

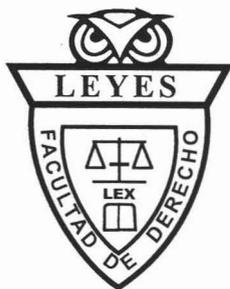


**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**LA DOCTRINA  
DE LA UNIDAD DE DERECHO**

**T E S I S**  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
**LICENCIADA EN DERECHO**  
**P R E S E N T A**  
**GUADALUPE BARRENA NAJERA**



**ASESORA:  
DRA. CARLA HUERTA OCHOA**

**CIUDAD UNIVERSITARIA, 2003**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**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.



*"Isn't it fascinating to realize that no image, no form, not even a shade or color, 'exists' on its own; that among everything that's visually observable we can refer only to relationships and to contrasts?"*

M.C. Escher

Agencia de la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE Guadalupe Barrera  
Nájera

FECHA abril 13. 2004 *[Signature]*

SUBSCRIPCIÓN

*Para Acacia y Carlos Barrena*

*Para Pablo, Paco y Carlos porque  
me cuidan siempre.*

*Para Silvia y Bernardo Schoenfeld  
y Lilia y Germán de la Maza  
porque nunca nos han dejado  
solos.*

**GRACIAS** Acacia, por ser siempre tan fuerte. Gracias a mis hermanos y las familias De la Maza y Schoenfeld.

**GRACIAS** a todas las personas que han estado conmigo durante mi formación universitaria. Me siento afortunada por los amigos que tengo. Quisiera mencionar a algunos de ellos:

Agradezco a los profesores de la Facultad de Derecho, especialmente a Fernando Serrano Migallón, César Callejas y Orlando Montelongo, quienes me ayudaron de modo literalmente insustituible para llegar al final. Por su impulso constante, gracias.

El desarrollo de este trabajo se condujo en su totalidad gracias a la acogida del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Carla, por las largas discusiones, una guía firme y tu infinita generosidad, como siempre, gracias. Agradezco también a Enrique Villanueva, a José Antonio Caballero, a Hugo Concha y a Enrique Cáceres su permanente disposición. Alfredo, gracias por ver por mí. Saludo siempre a los amigos más jóvenes.

Además, sin la comprensión y tolerancia del *Nacional Center for State Courts*, en particular de Michael Runner y Kathryn Fahnestock, habría sido imposible llegar aquí.

Con admiración profunda, gracias a Rob Varenik, a Mike y a Katie por su compromiso sin concesiones.

En mi caso, las enseñanzas en verdad definitivas vinieron del estudio colegiado y el debate continuo, en particular a través del Seminario, del *Jessup* y de *Cauces*. Gracias pues, a Óscar Correas y Arturo Berúmen por introducirme *al* Seminario, donde comencé a estudiar filosofía y teoría del derecho.

Igualmente agradezco a mis amigos del *Philip C. Jessup*, quienes representan una de las etapas de aprendizaje más fuerte y rico de mi vida: Marie Alsace, los Fernandos, Carlos, Christian y Sergio. Gracias a las generaciones que continúan, en especial Angie, Hyun y Rafa. Gracias a los amigos del Seminario por las preocupaciones compartidas, en particular a Carlos Montemayor, César Flores, Mauricio del Toro y Alejandro Rodiles. Gracias al Consejo de *Cauces*, Sergio, Rafael, Juan Pablo, Erick, César, Alejandro y Mauricio. A Horacio gracias en particular por prestarse a revisar este texto.

salve amigo jorge, zona franca  
salve lade y verito sin más  
por el ámbito de libertad  
salve superagente, cach, eth, rod, vanessa, jose

# SOBRE LA DOCTRINA DE LA UNIDAD DEL DERECHO

## CONTENIDO

INTRODUCCIÓN .....	V
ABREVIATURAS .....	X
<b>I. SISTEMAS JURÍDICOS DE SEGUNDO ORDEN .....</b>	<b>1</b>
A.    CAMBIOS EN LOS PRESUPUESTOS DEL DUALISMO .....	7
1. <i>Derecho interno y fuentes del derecho internacional</i> .....	8
a) Derecho internacional consuetudinario .....	9
b) Principios generales de derecho .....	13
c) Decisiones judiciales internas .....	15
2. <i>Contracción del ámbito reservado de la jurisdicción interna</i> .....	18
3. <i>Sujetos de derecho internacional</i> .....	22
a) Individuo como sujeto de derecho internacional .....	22
b) Incremento en el número de Estados .....	24
c) Organizaciones internacionales y desarrollo del sistema de Naciones Unidas .....	27
B.    CAMPO COMÚN DE APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNO E INTERNACIONAL .....	31
1. <i>Derecho interno frente a la jurisdicción internacional</i> .....	31
2. <i>Orden constitucional moderno típicamente abierto al orden             internacional</i> .....	42
a) Constituciones modernas y derecho internacional en los años 80 .....	44

b) Apertura del orden constitucional al derecho internacional en la actualidad .....	46
C.    ALCANCES EXPLICATIVOS DE LAS TEORÍAS DUALISTAS ..	60
D.    TRES INSTANCIAS DEL PROBLEMA ANTERIOR .....	66
1. <i>Estado federal</i> .....	67
2. <i>Derecho intersocietario</i> .....	70
3. <i>Integración europea</i> .....	72
E.    SISTEMAS JURÍDICOS DE SEGUNDO ORDEN .....	79
<b>II. LA UNIDAD DEL DERECHO SEGÚN KELSEN .....</b>	<b>89</b>
A.    ARGUMENTOS SOBRE LA UNIDAD DEL DERECHO .....	90
1. <i>Validez simultánea y ausencia de contradicciones</i> .....	90
2. <i>Principio de efectividad</i> .....	93
3. <i>Relación de complementariedad</i> .....	95
B.    NORMA FUNDANTE COMO DADORA DE ORDEN .....	97
<b>III. DERECHO INTERNACIONAL COMO ‘DERECHO’ .</b>	<b>101</b>
A.    DERECHO COMO ORDEN COACTIVO .....	104
1. <i>Normas internacionales no sujetas a coacción</i> .....	107
B.    DERECHO COMO UNIÓN DE REGLAS PRIMARIAS Y SECUNDARIAS .....	112
1. <i>Reglas secundarias en derecho internacional</i> .....	115
a) Regla de reconocimiento .....	119
b) Reglas de cambio .....	122
c) Reglas de adjudicación .....	123
d) Obediencia generalizada del sistema jurídico .....	126
C.    LA NATURALEZA INSTITUCIONAL DEL DERECHO .....	128

1. Proliferación de órganos jurisdiccionales internacionales..	132
a) Desarrollo de la Corte Mundial .....	139
b) Efectos del desarrollo de la jurisdicción internacional. ....	141
2. Órganos primarios de aplicación de derecho internacional	143

**IV. VALIDACIÓN RECÍPROCA Y PUNTO DE VISTA EXTERNO NO EXTREMO DEL SISTEMA JURÍDICO .... 148**

A. VALIDACIÓN DE SISTEMAS COMO RECONOCIMIENTO RECÍPROCO .....	151
1. Relaciones de validación y complementación.....	152
2. Validación como satisfacción de un criterio de identificación .....	158
3. Validación recíproca como cadena circular de validez .....	161
4. Diferenciación de sistemas en las cortes .....	167
5. Interpretación restrictiva del reconocimiento .....	175
6. Papel de la textura abierta de la regla de reconocimiento... ..	178
7. Otros argumentos .....	180
a) Ausencia de mecanismos para eliminar una norma contradictoria del sistema .....	180
b) Papel del paradigma estatal .....	183
8. Primera conclusión parcial.....	187
B. PUNTO DE VISTA EXTERNO NO EXTREMO DEL SISTEMA JURÍDICO .....	188
1. Estándar de juicios de valor jurídico en Kelsen .....	190
2. Ausencia del aspecto valorativo en Hart .....	194
3. Una antinomia en Hart: consecuencia para los conceptos de validez y eficacia.....	199

4. <i>La problemática de la normatividad</i> .....	201
5. <i>Necesidad del aspecto externo de los sistemas jurídicos</i> .....	207
C. EL MONISMO COMO CONSECUENCIA DE LA EXISTENCIA DE UN SISTEMA INTER-AB Y DEL ASPECTO VALORATIVO DEL DERECHO .....	213
<b>V. CONCLUSIONES</b> .....	<b>220</b>
<b>BIBLIO-HEMEROGRAFÍA</b> .....	<b>227</b>
A. LIBROS .....	227
B. ARTÍCULOS EN LIBROS Y PUBLICACIONES PERIÓDICAS .....	229
C. CURSOS DE LA ACADEMIA DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA HAYA (RCADI) .....	234
<b>OTRAS FUENTES</b> .....	<b>235</b>
A. TRATADOS INTERNACIONALES .....	235
B. RESOLUCIONES Y DOCUMENTOS DE NACIONES UNIDAS .....	236
C. DECISIONES DE LA CORTE MUNDIAL .....	237
D. DECISIONES DE OTROS TRIBUNALES .....	239
E. LEGISLACIÓN LOCAL .....	240
F. SITIOS DE INTERNET .....	242
<b>TABLA DE GRÁFICAS, TABLAS Y FIGURAS</b> .....	<b>243</b>

## INTRODUCCIÓN

La hipótesis que sostengo es que los sistemas A e inter-AB forman parte de una misma cadena de validez, en donde un sistema jurídico A y un sistema jurídico B son análogos (como dos sistemas nacionales), y están relacionados por un tercer sistema: inter-AB (como el derecho internacional). En otros términos, las normas de inter-AB en conjunto forman parte del material jurídico que una corte del sistema A debe aplicar. Pretendo concluir que *sí es el caso* que puedan explicarse estos dos sistemas en términos de uno solo, porque las normas de inter-AB forman parte de la regla de reconocimiento de A.

En términos de las teorías que analizan las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, mi tesis defiende una postura monista similar a la que presentó Kelsen. Desde la perspectiva de la dogmática jurídica, el derecho internacional y el interno han sido normalmente considerados dos sistemas independientes. Pero sus crecientes interrelaciones no pueden ser explicadas en estos términos. He dedicado la primera parte del primer capítulo del trabajo a examinar si esta concepción tradicional es suficiente para dar cuenta de las relaciones que efectivamente se dan entre estos dos sistemas. Analizaré las relaciones entre los sujetos, materias y fuentes de estas normas, y la existencia de normas conflictuales entre ellas. La segunda parte del capítulo examina la posible analogía del problema con las relaciones entre sistemas jurídicos al interior del estado federal, con comunidades autónomas (indígenas) y en la Unión Europea.

Este capítulo pretende evidenciar en qué sentido la discusión que ofrezco es necesaria. Al abarcar casi un tercio de la extensión total de

la tesis, parece excesivamente largo. No obstante, y considerando cuán común sigue siendo el paradigma tradicional del derecho internacional, este capítulo me pareció necesario para describir la concepción contemporánea de la que parto, y que me condujo a discutir este problema. Una sección especialmente laboriosa de este capítulo fue el análisis de comparación constitucional que elaboré para responder una de las objeciones de Hart: que la relación del derecho internacional con el interno depende de su regulación en cada constitución. Decidí no excluir este análisis porque muestra el estado actual del derecho constitucional al respecto.

El segundo capítulo está dedicado a describir brevemente la tesis monista presentada por Kelsen. Aunque basado en la dogmática jurídica, se trata de un argumento de teoría del derecho.

La discusión del monismo como argumento de la teoría del derecho puede tratarse en dos partes. Primero, y en virtud de la gran reticencia que existe para considerar al derecho internacional como jurídico, dediqué el tercer capítulo a mostrar en qué modo las normas internacionales son “jurídicas”, empleando los conceptos de derecho de Kelsen, Hart y Raz. La juridicidad de las normas internacionales es una precondition de la discusión; de no ser jurídicas (en el sentido del derecho nacional), no tendría sentido preguntarse si forman o no parte del material jurídico obligatorio para las cortes locales.

El cuarto capítulo incorpora la discusión del monismo propiamente dicho. La primera parte del capítulo discute las objeciones de Hart y Raz a la tesis de Kelsen. La segunda parte revisa por qué las teorías de Kelsen y Hart no pueden coincidir en la tesis de la unidad del derecho. Discutiré la explicación del aspecto interno y externo del derecho de Hart, en contraste con la concepción del derecho no reducible a un hecho social, evidenciado por las prácticas de la comunidad. La

segunda sería una posición como la de Kelsen que afirma la existencia de un sentido objetivo de lo jurídico, de su función como esquema objetivo de interpretación, que presupone la existencia de una categoría de “lo debido”, *ie*, la norma fundante.

Este trabajo es importante, porque de la unidad del derecho interno con el internacional depende que las normas de éste puedan ser obligatorias para las cortes locales de un país. Si un estado no reconoce abiertamente en su constitución las normas de derechos humanos, por ejemplo, como obligatorias, un individuo no puede exigir su aplicación. Mi tesis pretende establecer que las normas de derecho internacional general (diferentes de las normas convencionales) son vinculatorias desde ya para las cortes locales. Y esto debe ser así en virtud de su propia naturaleza, *ie*, porque han sido creadas con la misma autoridad que crea el sistema interno. Este es un problema eminentemente práctico, que se refiere a la defensa de los derechos del individuo dentro del estado: “*the difference in response to a clash of international and domestic law in various domestic courts is substantially conditioned by whether the country concerned is monist or dualist in its approach.*”<sup>i</sup> La postura adoptada ante este debate determinará en gran medida la participación de las cortes de un estado en la aplicación e interpretación del derecho internacional general y convencional. En un sistema de derecho descentralizado como el internacional, es de gran relevancia que las cortes participen en su proceso de creación.<sup>ii</sup>

Al mismo tiempo, este es un serio problema teórico, que sólo puede resolverse atendiendo a los criterios de individuación de sistemas jurídicos.

Finalmente, vale hacer algunas aclaraciones: (i) El enfoque empleado. El enfoque kelseniano ha sido fuertemente criticado, en especial por las escuelas con enfoques realistas. No es posible aquí

explicar con precisión qué ofrece un enfoque normativista que lo hace más adecuado que uno realista. En todo caso, antes de discutir sobre la interpretación posible de las normas, es necesario conocer cuáles son las normas disponibles a un juez. Por ello, mi mayor interés es indagar sobre el conjunto de reglas que obliga a un juez local al decidir un caso. Los límites de ese conjunto sólo pueden ser determinados mediante un criterio de individuación de sistemas jurídicos. Específicamente en el caso de normas internacionales, “[...] *it is standards derived from legal sources deemed to be representative of the attitude of the community that provide the yardsticks for finding a – not the– correct solution to a legal problem.*”<sup>iii</sup> Además, Kelsen ofrece algo que Hart no tiene: una categoría de *lo debido*. El problema de suponer que tal categoría no existe implica reducir todo cuanto hay a los hechos, la materia. El que esto sea posible no puede ser indagado en este trabajo. Pero es necesario tener en mente que este problema subyace en nuestra elección de una concepción del derecho.

(ii) El título del trabajo. El monismo, que defendió Kelsen, lo criticó Hart y fue comentado por Dworkin llamándolo la “doctrina de la unidad del derecho”. Este trabajo no es una apología del monismo de Kelsen, sino que he pretendido atender a las críticas, en especial a las de Hart. Por eso he empleado el nombre que le dio Hart a la teoría, y no el nombre que usó Kelsen.

(iii) Las citas textuales sin traducir. El primer capítulo se basa en fuentes dogmáticas, y en su mayoría en artículos de revistas especializadas, en donde pude encontrar información actualizada, generalmente en inglés, inaccesible de otro modo. Pero las secciones subsecuentes están basadas casi exclusivamente en la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho*, la *Teoría General del Derecho y del Estado*, y los *Principios de Derecho Internacional* de Kelsen; el *Concepto del Derecho* y “Doctrina de Kelsen de la Unidad del

Derecho” de Hart; y *El Concepto del Sistema Jurídico* y los ensayos de *La Autoridad del Derecho* de Raz. Empleé ediciones en lengua inglesa de todos estos textos salvo de la *Teoría Pura*, que estudié en español. Elegí estas ediciones por preferir las versiones originales. Preferí las obras Kelsen en inglés porque estuvieron más a mi alcance que las versiones en español.

En virtud de que la mayoría de los textos consultados no estaban escritos en español, y aunque lo lamento, opté por no incluir traducciones al español de las citas a veces extensas. Hacerlo hubiera implicado recoger las traducciones existentes después de la redacción final de la tesis, o realizar mis propias traducciones de los textos. Cualquiera de los dos casos me pareció injustificado para este trabajo.

Guadalupe Barrena

---

<sup>i</sup> R Higgins *Problems and process. International law and how we use it* (Clarendon Press Oxford 1994) 206.

<sup>ii</sup> *Idem* 218.

<sup>iii</sup> B Simma y A L Paulus ‘The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View’ (1999) 93 AJIL 302, 316 (énfasis del autor).

## ABREVIATURAS

### Libros y artículos

- Hart CL *The Concept of Law* 2nd ed (1994 Clarendon Press Oxford)
- Hart KDUL 'Kelsen's Doctrine of the Unity of Law' en S Paulson & B Litschewski Paulson *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes* (Clarendon Press Oxford 1998) 553-81
- Kelsen TPD *Teoría Pura del Derecho* R Vernengo (trad) (2nd ed Porrúa México 1993)
- Kelsen GTLS *General Theory of Law and State* A Wedberg (tr) (Harvard UP Cambridge 1945)
- Kelsen PIL *Principles of International Law* (Rinehart & Co New York 1952)
- Raz CLS *The Concept of a Legal System* (Clarendon Press Oxford 1973)
- Raz PRN *Practical Reason and Norms* (Oxford UP Oxford 1990)

### Publicaciones periódicas

- AJ Jurisp American Journal of Jurisprudence
- BYIL British Yearbook of International Law
- Cal LR California Law Review
- CMLR Common Market Law Review
- Cornll Intl LJ Cornell International Law Journal
- ILM International Legal Materials
- ICLQ International and Comparative Law Quarterly
- L & Phil Law and Philosophy
- Mich LR Michigan Law Review
- NYIL Netherlands Yearbook of International Law
- NYULR New York University Law Review
- RCADI Recueil des Cours – Acadmie de Droit international
- RIAA Reports of International Arbitral Awards
- NCar J Int'l L North Carolina Journal of International Law
- & Comm Reg and Commerce Regulation
- Tex L Rev Texas Law Review
- Yale LJ Yale Law Journal
- ZöR Zeitschrift für öffentliches Recht

## Instituciones internacionales

- CEJ Corte Europea de Justicia
- CIJ Corte Internacional de Justicia
- Corte-IADH Corte Inter-Americana de Derechos Humanos
- CPJI Corte Permanente de Justicia Internacional
- CNU Carta de Naciones Unidas
- CEDH Corte Europea de Derechos Humanos
- CIADI Centro Internacional de Arreglo de Disputas de Inversión
- LN Liga de Naciones
- NU Naciones Unidas

## I. SISTEMAS JURÍDICOS DE SEGUNDO ORDEN

La teoría monista o de la unidad del derecho<sup>1</sup> tiene dos vertientes: una en derecho internacional, y otra en la teoría del derecho. Los propósitos de este capítulo consisten en mostrar cuál es el argumento contrario a la unidad del derecho –ie, el pluralista en derecho internacional–; y contrastarlo con las relaciones actuales entre el derecho interno y el internacional, a fin de determinar si el dualismo es un modo efectivo de describir el fenómeno.

Pueden identificarse cuatro momentos históricos en los que ha surgido la pregunta por la unidad del derecho interno con el internacional. Primero, al final del siglo XIX: la integración de unidades políticas independientes a Alemania hizo necesario discutir cuál sería la relación de los dos sistemas jurídicos luego de la unión, ya que estas entidades (vg, el reino de Bavaria) se rehusaban a admitir la pérdida de su soberanía.<sup>2</sup> La compleja naturaleza del Reich motivó la discusión entre los teóricos del derecho. En el caso de la unión de dos entidades estatales podían identificarse dos explicaciones posibles: que cada una

---

<sup>1</sup> Como fue llamada por Hart en KDUL y R Dworkin en ‘A comment on the unity of law doctrine’ en Kiefer & Munitz (eds) *Ethics and Social Justice* (State University of New York Press Albany 1968) 200.

<sup>2</sup> L Ferrari-Bravo ‘International and Municipal Law: The Complementarity of Legal Systems’ en R Macdonald & D M Johnston (eds) *The Structure and Process of International Law. Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory* (Martinus Nijhoff The Hague 1983) 723, 729.

mantuviera su sistema jurídico independiente y que se creara adicionalmente un tercer sistema que comprendiera las relaciones entre ellas; o que ambas unidades integraran un solo cuerpo legal identificado como estado. La primera opción corresponde al dualismo o pluralismo; la segunda, al monismo. La teoría monista reapareció a finales de la Primera Guerra Mundial, principalmente a causa de las obligaciones de reparaciones que contrajo Alemania y la protección internacional para las minorías en Europa Central y Oriental. La cuestión fue considerada nuevamente al final de la Segunda Guerra Mundial respecto de las atrocidades del régimen Nazi y, en general, respecto de la protección internacional de los derechos humanos.<sup>3</sup> Más recientemente –como se mostrará más adelante– el debate ha resurgido en torno de la integración europea.

La teoría clásica del dualismo o pluralismo en derecho internacional fue encabezada por el profesor Triepel.<sup>4</sup> Esta postura es descrita por el profesor Oppenheim:

The *sources* of municipal law are custom grown within the boundaries of the State concerned and statutes enacted by the law-giving authority. The *sources* of International Law are custom grown among States and law-making treaties concluded by them [...] Municipal

---

<sup>3</sup> *Idem* 732-3.

<sup>4</sup> Es conveniente tener en mente que Triepel *Les rapports entre le droit interne et le droit international* 1 RCADI (Sijthoff Leyde 1923) 79, distinguía al orden nacional del internacional por la autoridad con que las normas habían sido creadas e identificó esto con el concepto de fuente de derecho.

law regulates the relations between the *individuals* under the sway of a State and the relations between the State and the individual. International law, on the other hand, regulates relations between *States* [...] whereas Municipal Law is a law of the sovereign over the individuals subjected to his sway, the Law of Nations is a law not above, but between sovereign States, and therefore is a weaker law.<sup>5</sup>

El dualismo consiste en la afirmación básica de que en la ausencia de coincidencia en fuentes, sujetos y objeto, hay que considerar al derecho internacional por un lado, y al derecho interno por otro, como dos órdenes jurídicos separados e independientes. El profesor Ferrari Bravo considera que esta doctrina era una *vindicatio in libertatem* del derecho internacional<sup>6</sup>, que apareció como respuesta al negársele su existencia por la doctrina constitucional alemana, a su vez fundada en la teoría hegeliana del Estado.<sup>7</sup>

Otra versión de la teoría pluralista, la de los jueces de la Corte Mundial<sup>8</sup> Anzilotti o Fitzmaurice, postula que estos dos órdenes jurídicos nunca entran en conflicto, ya que no tienen un campo

---

<sup>5</sup> L Oppenheim *International Law. A treatise* H Lauterpacht (ed) (Longmans Green and Co London 8<sup>th</sup> ed 1955) vol 1 §20 (énfasis mío).

<sup>6</sup> L Ferrari-Bravo, ante, nota 2, 729.

<sup>7</sup> Sobre el impacto de teoría del estado de Hegel sobre este debate, J Starke 'Monism and Dualism in International Law' (1936) 17 BYIL 1-19.

<sup>8</sup> Con este término suele designarse a la CPJI creada en 1919 y sucedida por la CIJ desde 1945.

común de aplicación. Al no regular las mismas relaciones, no puede darse el debate sobre su posible unidad. Por principio, el derecho interno no se aplica en la esfera internacional; y en caso de haber un conflicto entre derecho internacional y derecho interno, se resolvería en todo los casos de acuerdo con las reglas de conflicto de leyes propias de cada sistema local.<sup>9</sup> Por lo tanto, Anzilotti y Fitzmaurice coinciden en que “*there can be no conflicts between any two systems in the domestic field, for any apparent conflict is automatically settled by the domestic conflict rules of the forum*”.<sup>10</sup> Fitzmaurice califica de errónea la aseveración de que ésta es una posición pluralista,<sup>11</sup> arguyendo que no afirma que sean dos órdenes separados sino que la pregunta no se da. Sin embargo, de modo similar al profesor Triepel, afirma que no hay un campo común de aplicación, *ie*, que no regulan a las mismas personas o materias. Por lo tanto la base de la negación de la posibilidad del debate implica que el derecho interno y el internacional son de hecho dos sistemas jurídicos separados.

En cualquier caso, si la teoría dualista fuera una adecuada versión de las relaciones entre derecho internacional y derecho interno, no sería el caso que estos dos órdenes tuvieran un campo común de aplicación en las cortes internacionales o locales. Por lo tanto, no tendrían fuentes en común, no regularían las mismas materias, ni a los mismos sujetos.

---

<sup>9</sup> G Fitzmaurice *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law* 92.II RCADI (AW Sijthoff Leyde 1975) 70.

<sup>10</sup> *Idem.*

<sup>11</sup> *Idem.*

Este capítulo se divide en dos partes. En la primera se analiza la relación del derecho interno con el internacional, y la segunda pretende generalizar la problemática a otras instancias.

Partiré de tres presupuestos. Primero, adoptaré provisionalmente esta que afirma la independencia de las normas internacionales de los sistemas jurídicos nacionales, es decir, que el dualismo o pluralismo es una descripción adecuada de esta relación.

Segundo, emplearé una estipulación sobre la función del derecho internacional. El término “derecho internacional” fue empleado por primera vez por Jeremy Bentham<sup>12</sup> para distinguir las normas que relacionaban a los sistemas jurídicos nacionales entre sí, del derecho propio “de las naciones”:

The word international, it must be acknowledged, is a new one; though it is hoped, sufficiently analogous and intelligible. It is calculated to express, in a more significant way, the branch of law which goes commonly under the name of the law of nations; an appellation so uncharacteristic, that, for it not for the force of custom it would seem rather to refer to internal jurisprudence. The Chancellor D'Agucsscau has already made, I find, a similar remark: he says that what is commonly called *droit des gens*, ought rather to be termed *droit entre les gens*.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> P Bobbit ‘Public International Law’ en D Patterson (ed) *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Blackwell United Kingdom 1999) 96.

<sup>13</sup> J Bentham *The principles of morals and legislation* (Prometheus New York 1988) 326 (Ch. XVII §2.XXV).

Esta distinción es relevante para poder diferenciar al derecho interno y al internacional, entre otras cosas, por la función que cumplen. El derecho internacional existe para vincular a los sistemas jurídicos internos. Por esto puede decirse que presupone la existencia de las entidades entre las cuales opera y en consecuencia es diferente de los órdenes jurídicos que relaciona. Por esto puede ser calificado como un sistema de *segundo orden*. Pretendo mostrar cómo ésta y otras características del derecho internacional hacen necesaria la evaluación de las posturas que afirman la independencia entre estos aparentemente dos órdenes jurídicos.

Tercero, tomaré provisionalmente la postura de la teoría del derecho de Kelsen o Hart de que el derecho internacional es jurídico al menos en el modo primitivo que ambos autores señalan (TPD §42b 325-6; CL 236). Este asunto será discutido en el capítulo III.

En la primera parte del capítulo ofreceré evidencia (A) para determinar si esto es el caso analizaré si la situación actual del derecho internacional corresponde a la concepción dualista clásica indagando si existen o no 1. fuentes, 2. materias y 3. sujetos claramente diferenciadas del derecho interno. Además, analizaré (B) la posición de los jueces Anzilotti y Fitzmaurice de que en la esfera interna las reglas conflictuales de los estados resolverán los eventuales conflictos entre derecho internacional y derecho interno. Para evaluar esta aseveración indagaré sobre (1) la posibilidad de que exista un campo común de aplicación y en su caso, normas conflictuales que resuelvan la relación del derecho internacional con el interno; y (2) un posible campo común de aplicación en derecho interno, particularmente a raíz de la apertura de los sistemas constitucionales modernos al derecho internacional. Así podré evaluar (C) la pertinencia del pluralismo. La segunda parte (D) describe la problemática en 1.

un orden estatal (el estado federal), 2. Un orden infraestatal (derecho intersocietario) y 3. Un orden supraestatal no necesariamente internacional (Unión Europea).

La conclusión de este capítulo (E) debe ser la analogía entre estas cuatro situaciones como instancias de un problema sobre las relaciones de dos órdenes similares y otro cuya función es relacionarlos, que he llamado de *segundo orden*.

#### A. CAMBIOS EN LOS PRESUPUESTOS DEL DUALISMO

El derecho internacional en este siglo se ha desarrollado de un modo peculiar. La descripción del sistema que pudo ser cierta a principios del siglo XX no parece precisa ahora, considerando tres factores fundamentalmente.

(i) Un importante presupuesto del dualismo es la separación entre las fuentes del derecho interno y el internacional. Aunque las fuentes del derecho internacional no han cambiado, intentaré evidenciar que las fuentes de estos dos sistemas aparentemente separados tienen vínculos muy importantes.

(ii) Durante el último siglo la comunidad internacional se ha “juridificado” (*legalized*).<sup>14</sup> El *corpus* del derecho internacional se ha incrementado notablemente y esto ha traído “*an enlargement of the material scope of operation of international law- [...] international law covers almost every field of human activity—political, social, economic, and scientific and*

---

<sup>14</sup> P M Dupuy ‘The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice’ (1999) 31 NYU J Int’l L & Pol 791, 795.

*technical.*”<sup>15</sup> Mientras más crece el número de materias reguladas por este sistema se reduce el ámbito de discreción absoluta de los estados.

(iii) El derecho internacional ha experimentado una “multiplicación de sus actores”.<sup>16</sup> Ya no es relevante exclusivamente para los estados sino que hay otros sujetos regulados por sus normas, como las organizaciones internacionales, los individuos, minorías o grupos beligerantes.

(iv) Es particularmente relevante que los mecanismos de resolución de controversias internacionales por la vía judicial, y no meramente arbitral, también se han incrementado. Lo mismo puede decirse de los mecanismos de seguimiento. Este es un cambio importante en el sistema internacional. Sin embargo está más asociado con la centralización o juridicidad del derecho internacional que con la concepción dualista, por lo que será discutido más adelante.<sup>17</sup>

### 1. Derecho interno y fuentes del derecho internacional

En la doctrina de las fuentes del derecho internacional una visión ampliamente difundida estipula que el artículo 38 del Estatuto de la CPJI y luego el de la CIJ incluyen no sólo las fuentes obligatorias para los fallos de la Corte Mundial, sino que establece las fuentes del derecho internacional en general. Este argumento se apoya que los estados se refieren al estatuto como

---

<sup>15</sup> *Idem.*

<sup>16</sup> *Idem.*

<sup>17</sup> Ver abajo, §III.C.1 Proliferación de órganos jurisdiccionales internacionales., 132.

incorporando el catálogo general de fuentes, según lo evidencian sus declaraciones y la celebración de otros tratados que incluyen idénticas fuentes o hacen referencia al artículo 38;<sup>18</sup> y que la Corte misma ha adoptado esta postura.<sup>19</sup> El que el estatuto sea universalmente aceptado<sup>20</sup> refuerza el argumento de que las fuentes del derecho internacional son las establecidas en el artículo mencionado, y son por tanto formalmente claras.

El dualismo presupone la independencia total de las fuentes del derecho interno e internacional. Se discutirá ahora el papel del consentimiento en: (i) la cristalización del derecho internacional general y (ii) para la existencia de principios generales del derecho; así como (iii) las relaciones de las decisiones judiciales internacionales y nacionales y (iv) notas sobre la doctrina de las facultades implícitas de la jurisdicción internacional. Estos puntos debieran mostrar que en realidad hay una relación muy fuerte entre las fuentes del derecho internacional y el derecho interno que no concuerda con los presupuestos del dualismo.

#### *a) Derecho internacional consuetudinario*

El derecho interno puede ser relevante para la jurisdicción internacional por su relación con las fuentes del derecho

---

<sup>18</sup> I Brownlie *Principles of Public International Law* (4<sup>th</sup> ed.) (Clarendon Press Oxford 1990) 3.

<sup>19</sup> vg, G Danilenko *Law-Making in the International Community* (Martinus Nijhoff Dordrecht 1993)

<sup>20</sup> *ie*, que es un tratado del que virtualmente todos los países del mundo son partes. Ver §III.C.1.a) Desarrollo de la Corte Mundial, 139.

internacional. El derecho interno constituye la actividad del estado, la expresión de su 'voluntad'.<sup>21</sup> Esto implica que el derecho interno constituye potencialmente la evidencia del elemento objetivo (*inveterata consuetudo*) o subjetivo (*opinio juris*) de la costumbre internacional. Igualmente constituye al menos en cierto sentido la materia de los principios generales del derecho. El derecho interno constituye *la actividad* del estado en las tres ramas del gobierno: ejecutiva, legislativa y judicial: se trata de la práctica estatal que constituye el elemento objetivo de la costumbre internacional. El problema se presenta al evaluar cuál es el contenido del derecho consuetudinario *a falta* de la expresión directa de la voluntad del estado. Es decir, ¿puede el elemento subjetivo de la costumbre inferirse de la actividad del estado? o ¿precluye el silencio la formación de una norma general? Este es un problema que no puede ser debidamente tratado aquí. La única razón para discutirlo es evidenciar que el derecho interno es más importante para la formación del derecho internacional de lo que suele admitirse.

Tradicionalmente se considera al derecho internacional como un orden normativo que existe por voluntad de los estados y que ellos en realidad consienten a las reglas. Basta con citar un ejemplo:

Now there is only one mode of formation of rules of international law, and that is the acquisition of consent. Custom proves the achievement of general consent; considered as documents. Treaties, considered as

---

<sup>21</sup> *Case Concerning the Factory at Chorzow* 1928 PCIJ Ser A No 17 [en adelante 'Fábrica de Chorzow'].

agreements, are acts of consent; considered as documents, they are records of evidence of consent.<sup>22</sup>

Tal concepción voluntarista requeriría de la aprobación expresa de todos los miembros de la comunidad para la formación de una norma de costumbre.

El profesor Schachter ofreció un argumento que permite evaluar la pertinencia de tal concepción.<sup>23</sup> Supongamos que todos los estados aceptan el sistema de derecho internacional y por lo tanto éste es una expresión de su voluntad. De ser el caso, un estado podría expresar su voluntad de separarse por completo del sistema de derecho internacional. Esto no ha pasado en la historia reciente. En todo caso, ha ocurrido que algunos estados nacientes han rechazado reglas específicas de costumbre internacional; o por ejemplo, la Constitución soviética de 1924 rechazaba el derecho internacional en general por ser producto del capitalismo. Pero en ambos casos este reclamo lleva implícita la aceptación de reglas de reconocimiento de su calidad de sujeto de la comunidad y de los derechos de independencia política e integridad territorial que otorga el derecho internacional. No parece posible que un estado renuncie al sistema internacional en tanto tal, porque al hacerlo ha reconocido algunas de sus reglas. Por lo tanto, no es el caso que el derecho internacional se acepte por consentimiento expreso.

Otro ejemplo puede evidenciar la inconveniencia de la teoría del consentimiento. Para que haya consentimiento tácito o

---

<sup>22</sup> P E Corbett 'The Consent of States and the Sources of the Law of Nations' (1925) 6 BYIL 20, 23.

<sup>23</sup> O Schachter *International Law in Theory and Practice* (Martinus Nijhoff Dordrecht 1991) 10-11.

expreso debe haber conocimiento de la norma de que se trate. Pero este no es siempre el caso, y parece más bien que hay una presunción en favor de que la falta de oposición por sí sola constituye aquiescencia, sin que esto implique a su vez el conocimiento de la regla en cuestión.<sup>24</sup> Un contraejemplo común de la teoría del consentimiento es el caso del estado que surge por primera vez a la esfera internacional y está *ipso facto* obligado por las normas consuetudinarias internacionales que se han creado sin su participación (CL Cap X). Otro caso similar es cuando un estado no participa en la formación de una norma específica en razón de su contenido. Por ejemplo en el caso del derecho espacial muchos países no participan activamente en la formación de las reglas porque no cuentan con esta tecnología y por lo tanto no son tomados en cuenta para el elemento objetivo de la costumbre. Sin embargo, en el momento en el que adquieran tecnología espacial, estarán vinculados por las reglas que se han formado. Otro ejemplo es la función de países no ribereños en el desarrollo del derecho del mar, particularmente antes de que la Convención de NU sobre Derecho del Mar de 1982 les concediera derechos específicos.<sup>25</sup> Por ejemplo en el caso del derecho de los tratados debe aclararse que si bien la suscripción de un tratado determinado es cuestión de la voluntad

---

<sup>24</sup> J Charney 'Universal customary law' (1993) 87 AJIL 529, 537.

<sup>25</sup> United Nations Convention for the Law of the Sea, art 69 (1982), NU Doc A/CONF.62/121 (1982) 21 ILM 1982 [en adelante 'UNCLOS'].

del estado, el derecho de los tratados es materia del derecho internacional general.<sup>26</sup>

Es notable la opinión del Juez Tanaka sobre la ausencia de consentimiento de algunos estados como factor que precluye la formación de normas generales:

The answer must be in the negative for the reason that Article 38, paragraph 1(b) of the Statute does not exclude the possibility of a dissidents for the purpose of the creation of a customary international law and that the contrary of a particular state or states would result in the permission of obstruction by veto, which could not have been expected by the legislator who drafted the said article.<sup>27</sup>

Parece entonces que hay buenas razones para decir que el consentimiento no es una condición *sine qua non* de la formación de normas generales de costumbre. Por lo tanto, el elemento objetivo puede jugar un papel preponderante del que *es posible* inferir la *opinio juris* de los miembros de la comunidad. En cualquier caso debe siempre subrayarse que las reglas no son elegibles una vez que se han generado.

#### *b) Principios generales de derecho*

De acuerdo con el artículo 38.1(c) del Estatuto de la CIJ los principios generales del derecho “reconocidos por las naciones civilizadas” son fuente de derecho.<sup>28</sup> Oscar Schachter identifica

---

<sup>26</sup> J Charney ante, nota 24, 534.

<sup>27</sup> *South West Africa Cases* (Second Phase) 18 June 1966 ICJ Reports p 291.

<sup>28</sup> ICJ Statute 38(1)(c).

cinco formas en las que la comunidad internacional se refiere a los principios generales. La referencia incorporada en el Estatuto de la CIJ representa una fuente autónoma de derecho.<sup>29</sup> Así lo evidencia el hecho de que este apartado esté separado de los tratados y la costumbre. Este tipo de normas se identifican generalmente con una regla que se aplica en todos los sistemas legales internos o que es común a “todos los sistemas jurídicos.”<sup>30</sup> Ello no requiere que el estado de hecho consienta en que una norma de su derecho interno se considere obligatoria en la esfera internacional, sino que se infiere a través de una búsqueda de la uniformidad en la aplicación de cierta regla. Estas normas son relevantes por su utilidad como “última salvaguarda contra la posibilidad de un *non liquet*.”

Esta fuente no requiere del consentimiento de los estados para existir y consecuentemente no puede explicarse en términos de una teoría del consentimiento.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> Las otras cuatro formas en que la comunidad internacional se ha referido a estos principios son: los principios concomitantes a la naturaleza de la comunidad internacional; los principios inherentes a la naturaleza del derecho, comunes a todos los sistemas jurídicos; principios inherentes a la naturaleza de todas las sociedades; principios inherentes a la naturaleza del hombre. O Schachter, ante, nota 23, 50.

<sup>30</sup> *Idem* en el sentido de principios inherentes a la naturaleza del derecho.

<sup>31</sup> Charney, ante, nota 24, 534.

### *c) Decisiones judiciales internas*

Actualmente la proliferación de los órganos judiciales internacionales ha traído diversos efectos. Uno de los más notables es la penetración de la jurisdicción internacional en los órdenes jurídicos internos. En los sistemas de integración de la Comunidad Europea,<sup>32</sup> la Unión Económica Benelux,<sup>33</sup> el Mercado Común de África Suroriental,<sup>34</sup> la Comunidad Andina<sup>35</sup> y el Centroamericano<sup>36</sup> las cortes nacionales están facultadas para solicitar fallos preliminares a las cortes supranacionales sobre asuntos del derecho de integración, que son vinculatorios. Esta facultad puede devenir en un deber de las cortes locales de última instancia en estos sistemas, salvo el centroafricano. Al solicitar fallos preliminares sobre la aplicación directa del derecho de integración, las cortes locales de hecho pasan por encima de los parlamentos, que comúnmente

---

<sup>32</sup> Tratado ECSC, nota, art 234.

<sup>33</sup> Treaty Instituting the Benelux Economic Union, art 6.3 (1958) 381 UNTS 165 [en adelante 'Tratado Benelux'].

<sup>34</sup> Treaty Establishing the Common Market for Eastern and Southern Africa art 30 (1993) 33 ILM 1067 [en adelante 'COMESA'].

<sup>35</sup> Tratado que Establece la Corte de Justicia del Pacto de Cartagena, art 29 (1979) 18 ILM 1203.

<sup>36</sup> Protocol of Tegucigalpa art 22.k (1991) 36 ILM 923 que reforma la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (1962) 2 ILM 235.

tienen la facultad de establecer los mecanismos de incorporación de derecho internacional.<sup>37</sup>

Por otro lado, las decisiones judiciales de las cortes locales son fuente de derecho internacional según el estatuto de la CIJ.<sup>38</sup> En general, es una visión común el que las cortes internas actúan como *agentes* del orden internacional.<sup>39</sup> Esto es exacto dada la función de las cortes locales como intérpretes del contenido del derecho internacional.<sup>40</sup> Especialmente, otra evidencia de la penetración del derecho internacional en la jurisdicción interna es el desarrollo del castigo de graves violaciones del derecho internacional por parte de individuos.<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> C Romano 'The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle' (1999) 31 NYU J Int'l L & Pol 709, 749 [en adelante 'Proliferation'].

<sup>38</sup> Estatuto CIJ, 31(1)(d).

<sup>39</sup> Cf. K Knop 'Here and there: international law in domestic courts' 32 NYU J Int'l L & Pol 501-4. La profesora Knop describe como la intervención de las cortes internas en la interpretación del derecho internacional trae consigo un fenómeno de 'transjudicialismo' porque la ley es interpretada simultáneamente por un gran número de actores de todas las jurisdicciones.

<sup>40</sup> H Lauterpacht 'Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law' (1929) 10 BYIL 65, sobre la dificultad del dualismo para explicar la función de las decisiones judiciales internas en la formación del derecho internacional.

<sup>41</sup> Aunque el ejercicio de la jurisdicción universal no había sido muy frecuente después de la Segunda Guerra Mundial, el profesor Charney 'International criminal law and the role of

El fenómeno de la jurisdicción universal para castigar violaciones graves de derecho penal internacional fue claramente impulsado por la aparición de los tribunales internacionales para Yugoslavia y Rwanda.<sup>42</sup>

La relación inversa, *ie*, del derecho interno llevado a la esfera internacional fue ampliamente polémica en el caso de *Barcelona Traction* ante la CIJ.<sup>43</sup> En uno de los puntos del caso debía establecerse si las normas de las entidades jurídicas como las corporaciones debían aplicarse en la esfera internacional, que no contaba con tales entidades. Se discutió entonces el modo o grado en que debían operar los conceptos de derecho interno en derecho internacional. Incluso se consideró si era posible la operación de estos conceptos en vista de la necesidad de preservar la supremacía del derecho internacional.<sup>44</sup>

Podría decirse que el estado aplica normas internas análogas a las internacionales, o que las cortes internacionales aplican

---

domestic courts' (2001) 95 AJIL 120, 121, cita instancias de cortes en Bélgica, Camboya, España, Francia, Sierra Leona, Suiza, Togo, y Timor Oriental.

<sup>42</sup> *Idem* 120.

<sup>43</sup> *Case Concerning Barcelona Traction Light & Power Co. Ltd.* (Belgium v Spain) (Second Phase) 5 February 1970 ICJ Reports 4.

<sup>44</sup> Los jueces Fitzmaurice y Gros sostuvieron estas posturas antagónicas. Al respecto, Sir Arthur Watts 'Nationality of Claims. Some relevant concepts' en V Lowe & M Fitzmaurice (eds) *Fifty Years of the International Court of Justice* (Cambridge UP Cambridge 1996)

normas similares a las internas. Tal cosa sería análoga a decir que los estados federados aplican normas locales similares a las federales, pero nunca las propias normas federales. Sin embargo esta parece una opción que multiplicaría innecesariamente el material legal existente. El efecto de la interacción entre ambas jurisdicciones es que la separación entre las normas internas y las internacionales es difícil de mantener.

## 2. Contracción del ámbito reservado de la jurisdicción interna

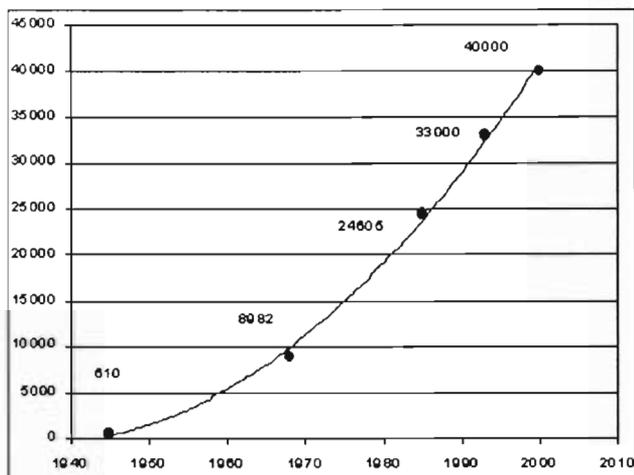
La cantidad de reglas convencionales adoptadas por la comunidad internacional ha crecido notablemente en la última mitad del siglo. Entre 1918 y 1941 se registraron sólo 610 tratados multilaterales.<sup>45</sup> Desde la aparición de NU, por virtud del artículo 102.1 de la CNU los miembros deben registrar los tratados que suscriba en la Secretaría General de la Organización, so pena de no poder invocarlos frente a ésta.<sup>46</sup> En 1948 había 610 tratados registrados; en 1968, 8982; en 1985, 24605;<sup>47</sup> en 1995, 33 mil;<sup>48</sup> hasta diciembre de 2000 había más de 40 mil.<sup>49</sup>

---

<sup>45</sup> E Brown Weiss 'The Rise or the Fall of International Law?' (2000) 69 Fordham L Rev 345, 351

<sup>46</sup> CNU, art 102: "1. *Every treaty and every international agreement entered into by any Member of the United Nations after the present Charter comes into force shall as soon as possible be registered with the Secretariat and published by it.*"

<sup>47</sup> UN Treaty Series, 1948, 1968, 1985.



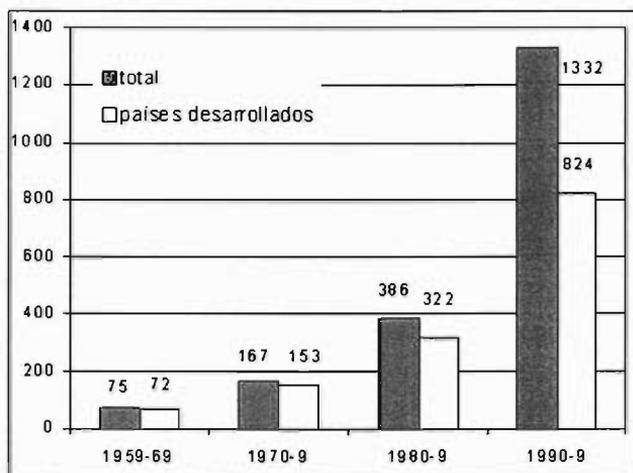
*Gráfica 1. Tratados registrados en la Secretaría General de NU 1946-2000*

El caso de los tratados bilaterales de inversión es muy ilustrativo porque la cantidad de tratados existentes en la materia hace 40 años era sólo de 75 mientras que en la actualidad hay más de 1300. Es interesante además porque permite apreciar la participación de los miembros de grados de desarrollo diferente:

---

<sup>48</sup> E B Brown Weiss 'The New International Legal System' en N Jasentuliyana (ed) *Perspectives in International Law* (Kluwer Law United Kingdom 1995) 63, 80.

<sup>49</sup> <http://untreaty.un.org/English/overview.asp>, mayo 26 2001.



Gráfica 2. *Tratados bilaterales de Inversión 1959-99*

Un aspecto interesante es el desarrollo de la práctica mexicana respecto de la celebración de tratados internacionales. De acuerdo con el profesor López Ayllón<sup>50</sup> en 1996 estaban vigentes 306 tratados internacionales, frente a 204 leyes federales. Asimismo es notable observar cómo los criterios de la Suprema Corte de Justicia en que los tratados internacionales fueron relevantes, se han incrementado notablemente. Mientras que de 1917 a 1988 se emitieron 68 criterios, *ie*, 0.98 por año, de 1988 a 1998 se emitieron 38 criterios, *ie*, 3.45 anuales. Estos datos evidencian la abundancia de instrumentos internacionales en el sistema jurídico nacional, ya que por cada ley había 1.5

---

<sup>50</sup> S López Ayllón 'La jerarquía de los tratados internacionales (Amparo en Revisión 1475/98, Sindicato Nacional de Controladores de Transporte Aéreo)' (2000) 3 Cuestiones Constitucionales 197, 199.

tratados. Muestran además un aumento significativo en la apertura del sistema jurídico al derecho internacional según se ve en la práctica de la Suprema Corte.

Puede presumirse que las normas regulan materias diferentes y no son la mera reiteración de la regulación ya existente. La consecuencia necesaria del incremento de las normas convencionales es la reducción de la esfera de discreción de los estados al interior, en gran cantidad de materias. El incremento de materias objeto de regulación internacional y el incremento de los sujetos que éste regula, han llevado a que la línea divisoria nítida que se podía trazar entre ambos sistemas un siglo atrás, no sea ya tan clara.<sup>51</sup> El hecho que más ha contribuido al desvanecimiento de esta separación es que una gran cantidad de materias, que se consideraban dentro de la jurisdicción doméstica de los estados, se encuentra actualmente regulada por el derecho internacional. Esta es la contracción del ámbito de la jurisdicción interna.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> M Sahovic 'The concept of international law at the end of the twentieth century' in R S Pathak & R P Dhokalia (eds) *International Law in Transition. Essays in Honour of Judge Nagendra Singh* (Martinus Nijhoff India 1992) 87, 89, 91, explica que:

[...] the inevitable conclusion which can be drawn is that its modern evolution is going in the direction of the construction of one unified, integrated and coherent system of law. [...] one may say that it seems that the dualistic approach to the relations between States and International law is gradually crumbling. *The monistic approach is gaining ground*, to be explained by the growing interdependence of States and the institutionalization of the international community (énfasis mio).

<sup>52</sup> E B Brown Weiss, ante, nota 48, 77.

### 3. Sujetos de derecho internacional

A principios de siglo era claro que los únicos sujetos de derecho internacional eran los estados. Actualmente esta aseveración no es válida. Aunque el estado continúa siendo el principal sujeto en este ámbito, en el nuevo sistema internacional existen organizaciones internacionales, organizaciones no gubernamentales (ONG's), minorías étnicas, asociaciones delictivas internacionales, organizaciones profesionales transnacionales, unidades de gobiernos sub-estatales, etc.<sup>53</sup>

A continuación se describen los sujetos de derecho internacional más aceptados: a) la relevancia del individuo como sujeto de derecho internacional; b) el fenómeno del incremento en el número de estados; y c) la proliferación de organizaciones internacionales y el desarrollo de Naciones Unidas.

#### *a) Individuo como sujeto de derecho internacional*

Tradicionalmente el individuo ha sido considerado como objeto de regulación del derecho internacional, cuya protección constituye un derecho del estado del que es nacional, a través de la protección diplomática. Sin embargo hay dos aspectos que considerar: primero, las capacidades procesales del sujeto en derecho internacional; y segundo, su responsabilidad individual.

Puede decirse que los individuos son *per se* sujetos de derecho internacional, aunque no sean las personas procesadamente aptas para reclamar la violación de una

---

<sup>53</sup> *Idem* 66.

norma.<sup>54</sup> La penetración del individuo como sujeto de derecho internacional, se evidencia por las facultades procesales que le son conferidas cuando puede actuar por él mismo en contra del estado que ha violado sus derechos. La defensa de los derechos humanos ha cambiado radicalmente la posición tradicional al permitírsele a un individuo demandar a su propio gobierno ante la CEDH o la CIADH.<sup>55</sup> Lo mismo ocurre con otros sistemas de seguimiento, como los cuerpos de UN, a los cuales el individuo acude directamente. Otra forma en la que los particulares han entrado a la esfera internacional, es a través de sus derechos como extranjeros en cuanto a la protección de sus propiedades o de sus inversiones, por ejemplo, a través de contratos con gobiernos extranjeros,<sup>56</sup> o de tratados de protección a la

---

<sup>54</sup> En *LaGrand Case* (Germany vs United States of America) 27 June 2001 ICJ [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org) §77, Cfr §89 sobre la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, la CIJ dijo: “Based on the text of these provisions, the Court concludes that Article 36, paragraph 1, creates individual rights, which, by virtue of Article 1 of the Optional Protocol, may be invoked in this Court by the national State of the detained person” (énfasis mío).

<sup>55</sup> A Wasilkowski ‘Monism and Dualism at Present’ en J Makarczyk *Theory of International Law at the Threshold of the 21<sup>st</sup> Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* (196 Kluwer Law, The Netherlands) 321, 328

<sup>56</sup> vg, *Norwegian Ship-owners’ Claims Arbitration* (Norway v U.S.) I RIAA 307 (1922).

inversión.<sup>57</sup> Sucede algo similar cuando particulares se convierten en parte de acuerdos internacionales, como en el caso de los tratados de explotación de INMARSAT.<sup>58</sup>

Un caso señalado como de excepción es la responsabilidad individual por violaciones de derecho penal individual. Después de la Segunda Guerra Mundial fue necesario considerar a los individuos como sujetos de modo excepcional en casos de violaciones al derecho humanitario o al derecho penal internacional.<sup>59</sup> Sin embargo, el inminente establecimiento de la Corte Penal Internacional, así como los tribunales *ad hoc* para Rwanda y Yugoslavia, no permiten calificar de excepcional la responsabilidad individual.

Por estas dos razones la tajante separación entre derecho interno e internacional no existe más, y debe admitirse el debilitamiento del dualismo en la ausencia de este presupuesto.

#### *b) Incremento en el número de Estados*

Pretendo mostrar cuantitativamente cómo ha cambiado la esfera internacional por la multiplicación de sus actores. El que haya más estados ahora que en el pasado no nos dice nada sobre la pertinencia de la teoría dualista. Sin embargo, debe considerarse

---

<sup>57</sup> vg, North American Free Trade Agreement December 1992 (1993) 32 ILM 289 Capítulo 11.

<sup>58</sup> (International Maritime Satellite Organization) ver A Wasilkowski, ante, nota 55, 329.

<sup>59</sup> *Judgement of Nuremberg Tribunal* 1946 Int'l Military Tribunal at Nuremberg (1947) 41 AJIL 172.

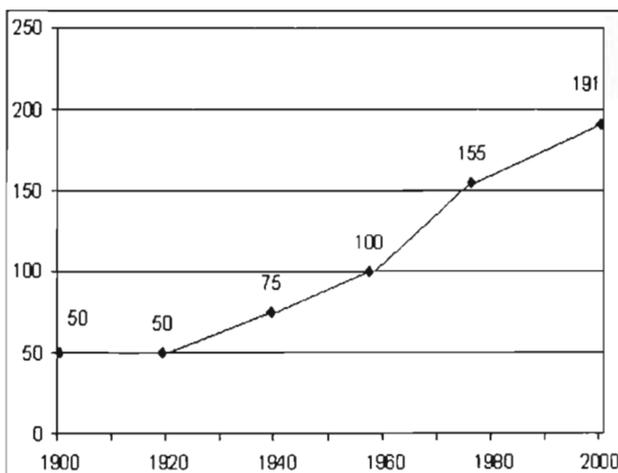
reconocimiento de Estados constituyen un criterio para su identificación. Los criterios para identificar a un estado son: (i) población permanente; (ii) territorio definido; (iii) gobierno; (iv) capacidad de entablar relaciones internacionales.<sup>60</sup> De acuerdo con estos criterios, actualmente existen 190 estados miembros de Naciones Unidas; el Vaticano mantiene una misión permanente.<sup>61</sup> No parece que haya otro estado reconocido y que no sea miembro de NU.

---

<sup>60</sup> Convention on Rights and Duties of States, (1933) Dec 26, Stat 3097 TS 881 165 LNTS 19 art 3 [en adelante ‘Convention on Rights and Duties of States’]; Se considera que esta Convención refleja de modo general una norma de costumbre internacional. Cf. R Higgins *The Development of International Law by the Organs of the United Nations* (Oxford UP Oxford 1963) 13. Esta regla sobre el reconocimiento de estados corresponde al ‘principio de efectividad’ del derecho internacional, como lo llamó Kelsen (PIL §III A3 212). Sin embargo, en la actualidad no puede decirse que el reconocimiento de estados es una condición para su existencia. En cualquier el lugar de esta norma en la ‘creación’ de estados en derecho internacional no es ya la que Kelsen describió. Cf. Crawford *The creation of states in international law* (Clarendon Press Oxford 1979)

<sup>61</sup> <http://www.un.org/members/index.html>, junio 2001.

Durante la segunda mitad del siglo XIX el número de estados pasó de 44 a 50.<sup>62</sup> Durante el siglo XX el número de estados llegó casi a 200, incrementándose en cerca de 400%. La siguiente gráfica muestra el incremento de sujetos en el último siglo:



*Gráfica 3. Estados reconocidos 1900-2000*

Debe ponerse énfasis en que un número importante de nuevos estado surgió a partir de cada una de las dos Guerras Mundiales. Nuevamente de 1991 a 1994 surgió una gran cantidad de estados principalmente por al desmembramiento de la URSS y de la República Federal Socialista de Yugoslavia.

---

62

<http://www.genevanews.com/gnir/html/Archives/199806/Perspective.html>

c) *Organizaciones internacionales y desarrollo del sistema de Naciones Unidas*

En 2000 existían 6,415 organizaciones intergubernamentales y unas 44 mil organizaciones no gubernamentales internacionales.<sup>63</sup> Su presencia en el sistema internacional tiene cada vez mayor peso: cada una de ellas constituye un foro internacional en el que se da movilidad a las normas del sistema, y en ellas los actores tienen ocasión de discutir y de manifestar su opinión. En estos foros puede verse evidencia de la formación de normas generales.<sup>64</sup> Destaca el papel de NU como foro de codificación del derecho internacional en el derecho de los tratados, las relaciones consulares o el derecho del mar. Sin embargo, otros foros han tenido impacto en otras materias (como derecho ambiental, comercio internacional o derechos humanos).<sup>65</sup>

Dada la relevancia de la Organización de Naciones Unidas (NU) en la comunidad internacional, se hará referencia a ella con particular interés. Sin duda, esta organización –y su predecesora, la Liga de Naciones (LN)– han concentrado una gran cantidad de miembros. A continuación se presenta una gráfica que permite apreciar la relación entre el número de

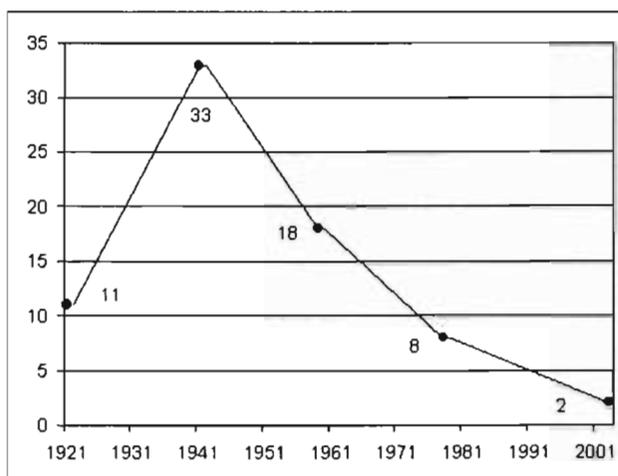
---

<sup>63</sup> E Brown Weiss, ante, nota 45, 350.

<sup>64</sup> La posibilidad de que en un foro casi universal que negocie un tratado, se puede codificar o formar reglas de costumbre. El ejemplo más claro son las Convenciones de Ginebra de 1958 sobre derecho del mar. *North Sea Continental Shelf Cases* (FRG v Denmark; FRG v Netherlands) 20 February 1969 ICJ Reports.

<sup>65</sup> Charney, ante, nota 24.

estados reconocidos en el mundo y su pertenencia a LN o a NU desde la aparición de la primera:



*Gráfica 4. Diferencia entre el número de estados reconocidos y los miembros a LN o NU 1919-2000*

Esta gráfica se ha elaborado comparando: (i) el número de estados en el mundo con base en algunos datos de diversas fuentes;<sup>66</sup> y (ii) el número de miembros de LN desde 1919 hasta su extinción;<sup>67</sup> y el número de miembros de NU desde 1945.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> La diferencia representada se ha calculado con base en el número de estados existentes de acuerdo con datos extraídos de: J Crawford, ante, nota 60, 3; y R Higgins, ante, nota 60, 14) y el número de miembros de Naciones Unidas: United Nations Information Technology Section, Department of Public Information 'Growth in United Nations Membership 1945-2000', <http://www.un.org/Overview/growth.htm#2>, 2000.

<sup>67</sup> P Stollo, 'The League of Nations Time Line,' <http://worldatwar.net/timeline/other/league18-46.html>.

Por lo menos dos datos son inciertos. Primero, el número de nuevos estados no es idéntico al número de nuevos miembros, porque la URSS y Ucrania estaban contabilizados como dos miembros de la organización; Rusia, una de las 14 repúblicas de la URSS, fue la sucesora legal de ésta después de su desintegración. Por otro lado, la República Federal Socialista de Yugoslavia generó cuatro estados; y la cuestión de su sucesión ha sido un problema que la República Federal de Yugoslavia ha señalado ante la CIJ. Esta cuestión permanece sin resolverse.<sup>69</sup>

La gráfica permite apreciar que NU es una organización prácticamente universal y que nunca antes en la historia había sido el caso que casi todos los estados del mundo pertenecieran a una organización global, por su número de miembros y por la extensión de materias que regula. Sólo Suiza y la Santa Sede (que no es estado en estricto sentido) no son miembros de la organización, pero mantienen un estatus de observadores permanentes. De manera que la Carta de Naciones Unidas (CNU) establece obligaciones con una fuerza vinculatoria casi universal. La LN nunca gozó de tal aceptación: “[w]ith the single exception of the United States, all recognised states were members of the League during all or part of its existence; but

---

<sup>68</sup> Growth in united nations membership, 1945-2000, <http://www.un.org/Overview>, Information Technology Section, Department of Public Information, United Nations 2000.

<sup>69</sup> *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia-Herzegovina v Yugoslavia) (Preliminary objections) 11 July 1996 ICJ [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org).

*never all at the same time.*”<sup>70</sup>

Una consecuencia del carácter universal de NU es el peso específico de la ONU en el sistema legal internacional. El artículo 103 establece un criterio de resolución de conflictos de normas internacionales: “*In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail.*”<sup>71</sup> Entre las obligaciones de la Carta se encuentran las incorporadas en sus principios (art 2) y las de respeto a los derechos humanos (arts 55-6), que deben preferirse a cualquier otra obligación de cualquier fuente.

De lo antes visto puede concluirse que efectivamente los presupuestos de la teoría dualista se han transformado. Las proposiciones que afirman la separación necesaria entre fuentes, materias y sujetos de derecho interno con derecho internacional no parecen ser una descripción adecuada. Hay en estos tres aspectos un campo de intersección entre ambos órdenes jurídicos del cual no puede dar cuenta el dualismo.

A continuación se revisará la posibilidad de que, en contra de las aserciones de los jueces Anzilotti y Fitzmaurice, sí haya un campo común de aplicación de estos dos sistemas.

---

<sup>70</sup> F P Waters ‘The League of Nations’ en E Luard (ed) *The Evolution of International Organizations* (Thames & Hudson London 1944) 25, 40.

<sup>71</sup> ONU art 103.

## B. CAMPO COMÚN DE APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNO E INTERNACIONAL

La segunda versión del dualismo que se mencionó, es la de los jueces Anzilotti y Fitzmaurice, quienes afirman la imposibilidad de un debate sobre la unidad del derecho, porque el derecho interno y el internacional no tienen un campo común de aplicación, y en caso de inconsistencias se debe recurrir a las normas conflictuales de cada país.

Analizaré ahora la posibilidad de un campo común de aplicación en las esferas internacional e interna. La primera, a través del papel del derecho interno en la jurisdicción internacional, para establecer que las normas de conflicto que gobiernan las relaciones entre estados no son las que gobiernan las relaciones entre el derecho interno y el internacional. La segunda, para mostrar cómo los sistemas internos son en la actualidad típicamente abiertos al derecho internacional, y cómo, en mayor o menor grado, éste se aplica en las cortes locales.

### 1. Derecho interno frente a la jurisdicción internacional<sup>72</sup>

Pueden distinguirse dos tipos de sentencias relevantes para este tema: las que adoptan la postura de la separación esencial del derecho interno con el internacional, y las que establecen la aplicabilidad o no del derecho interno en los tribunales internacionales.

---

<sup>72</sup> Ver W Jenks *The Prospects of International Adjudication* (Stevens & Sons London 1964) 547-662.

En principio, y de manera generalizada, se ha sostenido que la relación entre los dos órdenes jurídicos es una de separación necesaria: el derecho internacional es un derecho que regula las relaciones entre Estados soberanos iguales entre sí.<sup>73</sup> La Corte Mundial adoptó en el caso del *S.S. Lotus* en 1927 una definición de derecho internacional con el espíritu de marcar su separación esencial del derecho interno:

[i]nternational law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims.<sup>74</sup>

Este pasaje evidencia dos posiciones sobre la relación del derecho internacional con el interno: (i) se incorpora el principio de igualdad soberana, el cual implica que ningún orden interno puede ponerse por encima de otro; y (ii) también es claramente dualista por considerar que hay una separación necesaria entre el derecho internacional y el derecho interno, dada la separación de sus fuentes y de los sujetos a los cuales regulan. Sin embargo, cuando un tribunal encuentra necesaria la valoración del derecho interno, lo hará en tanto que éste constituye la evidencia de la conducta o la voluntad del Estado.

---

<sup>73</sup> El principio de igualdad soberana está codificado en el artículo 2.1 de la CNU: “1. *The Organization is based on the principle of the sovereign equality of all its Members*”.

<sup>74</sup> *Case Concerning the S S Lotus* 9 September 1927 (France v Turkey) PCIJ Series A no 10 p 18.

evidencia de la conducta o la voluntad del Estado. Uno de los axiomas de derecho internacional, derivado del principio de igualdad soberana, es que el derecho interno no puede tener fuerza vinculatoria en un tribunal internacional. No obstante, *no es clara la relación entre el principio de igualdad soberana* (en términos de la independencia de los órdenes jurídicos internos entre sí) *y la independencia del orden interno del orden internacional*. La CPJI expresó su postura en la resolución del caso de *Ciertos Intereses Alemanes en Alta Silesia Polaca*, respecto de una fábrica de nitrato de propiedad alemana en Chorzów, Polonia. Esta fábrica había sido presuntamente expropiada por una ley polaca de 1920, misma que violaba la Convención de Ginebra entre Alemania y Polonia de 1922 en la cual se fijaba la frontera entre estos dos países. La Corte, al preguntarse por la necesidad de examinar la ley presuntamente expropiatoria, estableció que:

From the standpoint of international law and of the Court which is its organ, municipal laws are merely facts that express the will and constitute the activities of States, in the same manner as do legal decisions or administrative measures.<sup>75</sup>

Una de las consecuencias de la igualdad soberana es que el derecho interno no puede ser admitido como vinculatorio para la contraparte en un tribunal internacional. Esta consecuencia es análoga al principio *par in parem non habet jurisdictionem*, ie,

---

<sup>75</sup> *Case Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia* (Germany v Poland) (Merits) May 25, 1926 CPJI, Series A no 7 p 19 [en adelante ‘Ciertos Intereses Alemanes’].

que un estado no puede ser sometido a la jurisdicción de otro.<sup>76</sup> Esto establece una regla general del funcionamiento del sistema internacional que ha sido reiterada en numerosas ocasiones por la Corte Mundial: el derecho interno es una evidencia de la voluntad del estado<sup>77</sup> o del incumplimiento de una obligación,<sup>78</sup> y no puede ser invocado ante un tribunal internacional,<sup>79</sup> porque

---

<sup>76</sup> *Customs Régime Between Austria and Germany* (Advisory Opinion) September 5<sup>th</sup>, 1931 Series A/B no 41, 57 (Individual Opinion by Judge Anzilotti): “[t]he State has over it no other authority than that of international law”; Convention on Rights and Duties of States, ante, nota 60; Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, art 5 ILC Rep (A/46/10) (1991) II(2) ILC Ybk: “A State enjoys immunity, in respect of itself and its property, from the jurisdiction of the courts of another State subject to the provisions of the present articles”.

<sup>77</sup> *Ciertos Intereses Alemanes*, ante, nota 75, p 19.

<sup>78</sup> *Anglo Iranian Oil Company Case* (United Kingdom v Iran) ICJ Reports 1952 p 93.

<sup>79</sup> *Case concerning Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie* (Libyan Arab Jamahiriya v United Kingdom) (Provisional measures) 14 April 1992 ICJ Reports Opinion of Judge Shahabudden; “Inability to act under domestic courts was no justification for non compliance”; *Elettronica Sicula S.P.A.* (United States v Italy) 20 July 1989 ICJ Reports 15, 73-4 “The fact that an act might have been unlawful under municipal law did not necessarily mean that the act in question was unlawful under international law”.

este último prevalece.<sup>80</sup> En cualquier caso, la sentencia de *Ciertos Intereses Alemanes* no fija una postura respecto de la separación necesaria del derecho interno y el internacional, como lo hace la sentencia del caso del *S.S. Lotus*. Al no ser esta separación ni una consecuencia del principio de igualdad soberana, ni estar establecida en la jurisprudencia internacional, *no puede decirse que la cuestión esté decidida*: la aserción de que el derecho internacional prevalece sobre el interno no prejuzga sobre su unidad.

No obstante lo anterior, y aun cuando parece clara la inaplicabilidad del derecho interno y del derecho internacional en la jurisdicción internacional, debe matizarse la proposición de que el derecho interno constituye ‘meramente hechos’ ante un tribunal internacional. El profesor Jenks afirma que la sentencia de *Ciertos Intereses Alemanes* debe considerarse:

as being not an exclusive indication of the manner in which the Court should regard municipal law but merely an indication of the manner in which it should regard them in certain type of case which does not prejudice the

---

<sup>80</sup> *Applicability of the obligation to arbitrate* (Advisory Opinion) April 26 1988 ICJ Reports p12, 34; *Greco-Bulgarian “Communities”* (Advisory Opinion) 31 July 1930 PCIJ Series B No 17 4-46 p 32; En cuestión de delimitación marítima, *Fisheries Case* (UK v Norway) 18 December 1951 ICJ Reports 132: “*the delimitation of sea areas has always an international aspect; it cannot be dependent merely upon the will of the coastal state as expressed in municipal law.*”

possibility that it may be proper to regard them in a quite different manner in other types of case.<sup>81</sup>

El tipo de caso determinará la necesidad de aplicar derecho interno o no. Pero *sí pueden* existir circunstancias en las que un tribunal internacional deberá valorar el derecho interno *como derecho y no meramente como hechos*. Un ejemplo puede ilustrar esta hipótesis.

En agosto de 1935 el senado de la Ciudad Libre de Danzig emitió dos decretos legislativos que seguían la legislación adoptada por el Reich alemán, imponiendo penas a cualquier persona que cometiera un delito “que merezca una pena de acuerdo con las concepciones fundamentales del derecho penal y el sentimiento popular.”<sup>82</sup> En 1935 el Consejo de la LN pidió a la CPJI una opinión consultiva para que resolviera si estos decretos estaban en contra de la constitución de Danzig. Aunque la Corte no consideraba este texto constitucional como un instrumento internacional, sí le atribuyó un carácter peculiar porque la LN se constituyó como “garante de la Constitución...y le concierne no sólo el texto constitucional, sino su adecuada aplicación.”<sup>83</sup> El fallo de la Corte requirió esencialmente la consideración de la Constitución de Danzig y los decretos legislativos en cuestión.

---

<sup>81</sup> W Jenks ante, nota 72, 548 (énfasis mío).

<sup>82</sup> M O Hudson (ed) *World Court Reports* (Carnegie Endowment for International Peace Washington 1938) 513.

<sup>83</sup> *Treatment of Polish Nationals in the territory of Danzig* (Advisory Opinion) 4 February 1932 PCIJ Series A/B No 44 p 21. Esta función del Consejo de la LN se estipula en el artículo 103 del Tratado de Versalles. art 103 del Tratado de Versalles.

El juez Anzilotti expresó en su opinión individual que la Corte no debió haber juzgado este caso porque el problema planteado no implicaba la relación de la Constitución con el derecho internacional, sino la relación de los decretos legislativos sobre derecho penal con la Constitución.<sup>84</sup> Dijo además:

the Court may find it necessary to interpret a municipal law, quite apart from any question of its consistency or inconsistency with international law, simply as a law which governs certain facts the legal import of which the Court is called upon to appraise.<sup>85</sup>

Es decir, cuando el tribunal deba valorar el derecho interno *como derecho y no meramente como hechos*, o como el derecho que ‘gobierna ciertos hechos cuya legalidad la Corte está requerida a apreciar’, tal apreciación no implica que el Tribunal deba admitir la interpretación de las cortes locales de tales reglas, ni que el juez interno será consultado en su capacidad de autoridad. El tribunal mantiene la facultad de separarse de la interpretación interna en determinadas circunstancias. Esta facultad existe porque no está aplicando derecho interno en cuanto tal; de lo contrario no podría formular su propia interpretación.

La CPIJ en el caso de *Ciertos Empréstitos Serbios* tuvo que analizar si la legislación francesa le impedía a este país cumplir

---

<sup>84</sup> *Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City* (Advisory Opinion) 4 December 1935 PCIJ Series A/B No 65 p 64 (Judge Anzilotti’s Individual Opinion).

<sup>85</sup> *Idem* (énfasis mío).

con la cláusula de oro en los empréstitos de los que Serbia era acreedora.<sup>86</sup> La Corte rehusó adoptar *cualquier* interpretación del derecho interno, ya la francesa, ya la propia, porque “*the fact that the terms of legislative provisions are capable of a different construction is irrelevant*”.<sup>87</sup> Por lo tanto, no interpretó el derecho francés de un modo contradictorio al de la Corte de Casación de ese país, aunque dijo que: “[f]or the Court itself to undertake its own construction of municipal law [...] would not be in conformity with the task for which the Court has been established [...]”, y continuó: “*It is French legislation as applied in France, which really constitutes French law [...]*.”<sup>88</sup> Por lo tanto expresó que generalmente el tribunal internacional seguiría la interpretación de las cortes locales en un caso en el que el derecho interno fuera relevante.

Esta postura debe contrastarse con la expuesta en un caso subsecuente, peculiar por la existencia de un tratado que daba jurisdicción a la Corte haciendo mención de sus facultades sobre la interpretación del derecho interno. En el caso de *Pago en Oro de Empréstitos Federales Brasileños Emitidos en Francia*,<sup>89</sup> el artículo VI del Acuerdo Especial que daba jurisdicción al

---

<sup>86</sup> *Special Agreement* April 19 1928 PCIJ Series C No 16-III p 292 in *The World Court Reports* M Hudson (trad) (Carnegie Endowment for Int'l Peace New York 1935) vol II p 341.

<sup>87</sup> *Payment of Various Serbian Loans Issued in France* (Serbia v France) July 12 1929 PCIJ Series A No 20/21 5-89, p 47.

<sup>88</sup> *Idem* 46.

<sup>89</sup> *Payment of federal Brazilian loans issued in France* (Brazil v France) July 12 1929 Series A No 20/21 93-155.

tribunal estipulaba que la Corte *no estaba obligada a seguir la interpretación del derecho interno de las Cortes locales*. Al interpretar este artículo la Corte confirmó las razones del caso anterior para no separarse de la interpretación del país, y dijo que “[o]nce the Court has arrived to the conclusion that it is necessary to the municipal law of a particular country, there seems no doubt that it must seek to apply it as it would be applied in that country.”<sup>90</sup> Pero también dijo que “[i]f this [interpretation] is uncertain or divided, it will rest with the Court to select the interpretation which it considers most in conformity with the law”.<sup>91</sup> Por lo tanto, aunque generalmente la Corte preferiría la interpretación de las cortes internas, ella conservaba la facultad de emprender la construcción de una interpretación propia cuando la interpretación local no existiera o fuese contradictoria. Esto implica la facultad de la Corte de determinar cuando una interpretación sea contradictoria o no satisfaga los requisitos del tribunal. De esto puede concluirse que no es el caso que el poder judicial de una de las partes pueda ser convocado para dar su opinión *con carácter de autoridad*.

Recientemente en el tribunal arbitral constituido bajo el Capítulo 11 del TLCAN en el caso de *Metalclad Corporation* contra México<sup>92</sup> sobre la expropiación indirecta de un

---

<sup>90</sup> *Idem* p 124. (énfasis mío).

<sup>91</sup> *Idem*.

<sup>92</sup> *Metalclad Corporation vs Mexico* August 30<sup>th</sup> 2000 ICSID (Additional Facility) No ARB (AF)/97/1 [en adelante ‘Metalclad 1’]; ver también, *The United Mexican States v Metalclad Co.* Mary 2<sup>nd</sup> 2001, 2001 BCSC 664 L002904.

confinamiento de residuos peligrosos, fue necesario analizar las disposiciones constitucionales y de la legislación federal mexicana respecto de las facultades del municipio.<sup>93</sup> Incluso suponiendo que el tribunal juzgara este un caso en el que el derecho interno debía ser aplicado *como lo haría el juez del foro*, debió llegar a una decisión propia sobre el contenido de la ley sin que mediara una declaración oficial del gobierno mexicano, con carácter vinculatorio para el tribunal del contenido del derecho interno. El tribunal no solicitó a las autoridades judiciales nacionales su interpretación de la ley, sino que recibió la declaración de testigos expertos para llegar a su determinación.<sup>94</sup> El tribunal mantuvo consigo la facultad de establecer *cuál* era la interpretación válida del derecho interno, si la interpretación del país, o la del tribunal mismo. Esta facultad de los órganos judiciales se confirma en los acuerdos del CIADI en los que las partes conceden al tribunal la facultad de valorar el derecho interno.<sup>95</sup>

Si la interpretación de derecho interno parece incierta, no obliga a la Corte a consultar con el gobierno implicado cuál interpretación adoptar, sino que esta facultad reside en la Corte. Aun en el caso más radical de remisión del tribunal internacional al derecho interno, no se declaró la existencia de una obligación absoluta de someterse a la interpretación local. Mientras que el juez del foro en derecho internacional privado está obligado a aplicar las normas del derecho extranjero *como*

---

<sup>93</sup> Metalclad 1, ante, nota 92, §81-4.

<sup>94</sup> *Idem* §24.

<sup>95</sup> ICSID treaty.

*lo haría el juez extranjero*,<sup>96</sup> no es claro que ésta sea la regla en la esfera internacional. Paradójicamente, según la postura dualista, las relaciones entre el derecho internacional e interno se resuelven desde la perspectiva interna por medio de reglas de conflicto de leyes.<sup>97</sup> Pero la relación contraria no se da, es decir, el derecho internacional no tiene reglas de conflicto de leyes para referirse al derecho interno más que la determinación del tribunal de aceptar o no la interpretación de las autoridades locales. Estas consideraciones, como lo señala Anzilotti, serán relevantes una vez que el tribunal internacional haya encontrado que el derecho interno es *legal y no sólo fácticamente relevante*. Mientras que la regla que gobierna las relaciones entre dos sistemas internos es clara, no puede decirse que las mismas reglas regulen la relación del derecho interno con el derecho internacional.

Puede apreciarse que aun cuando el valor del derecho interno en la esfera internacional es *prima facie* la consecuencia del principio de igualdad soberana, esa formulación no agota las posibilidades de esta relación. El derecho interno *sí* puede ser valorado como derecho en la jurisdicción internacional, y aunque generalmente el órgano internacional adoptará la interpretación de los cuerpos locales, no está obligado a adoptarla en todos los casos. Además, el hecho de que el derecho interno constituya la prueba del elemento objetivo de la costumbre internacional y el material de los principios generales del derecho, dificulta establecer una línea clara de separación entre uno y otro sistema. Más aún, la ausencia de claridad en las normas de conflicto indica que la relación entre

---

<sup>96</sup> Vg, Código Civil para el Distrito Federal, art. 14.I.

<sup>97</sup> ver arriba Anzilotti y Fitzmaurice, ante, nota 9.

normas de conflicto indica que la relación entre dos sistemas nacionales no es la misma que la del derecho interno con el internacional.

## 2. Orden constitucional moderno típicamente abierto al orden internacional

Poco antes de la Segunda Guerra Mundial, el profesor Starke dijo sobre la relevancia del debate entre el monismo y el dualismo que:

[t]he problem of the relation between these two normative orders is by no means modern, but it has been brought to the fore in recent times by the growth of modern constitutions and their necessary modification in order to function in an international society...*Are international law and municipal law concomitant aspects of the same judicial reality (monism) or are they quite distinct normative realities (dualism)?*<sup>98</sup>

La postura de que la relación entre el derecho internacional y el nacional no es necesaria, sino que está determinada por la constitución de cada estado, fue adoptada por el profesor Hart: “*whether or not international law and the law of the state form one system depends in the manner in which and extent to which a given state recognizes international law*”(KDUL 563). La justificación de esta afirmación será discutida más adelante (§IV, 148). Por ahora basta decir que la unidad de dos entidades aparentemente separadas puede resolverse atendiendo a la manera en que las partes consignan esta relación. En la sección

---

<sup>98</sup> Starke ‘Monism and Dualism in International Law’ (1936) 17 BYIL 1-19, 2. (énfasis mío.)

previa se ha visto cuál es la postura del derecho internacional al respecto. Falta indagar cómo la establecen las normas constitucionales.

Desde un punto de vista de eficiencia, una mejor integración del derecho internacional en derecho interno implica una mayor eficacia de las obligaciones del Estado, al menos frente a los particulares, ya que estarán facultados para invocar derecho internacional en los procedimientos internos. Esto permite implementar efectivamente el derecho internacional en el derecho interno, y evita que el Estado incurra en responsabilidad internacional.<sup>99</sup> Pero esto no implica un juicio sobre la unidad del sistema.

Para conocer la manera en que las constituciones modernas consignan esta relación, haré una comparación de textos y la contrastaré con otra realizada en los años ochenta a fin de evaluar si ha habido algún cambio. El análisis que describo a continuación pretende mostrar en qué grado las constituciones modernas establecen sistemas jurídicos cerrados o abiertos. El criterio para determinar si un sistema interno permanece cerrado o no, será el grado en el que permita la aplicación de normas extra-sistemáticas, específicamente de derecho internacional. La apertura será tratada sólo como un indicador de la unidad o no del sistema, pero como se verá, la cuestión de la jerarquía entre un sistema abierto y las normas que recibe, permanece indeterminada.

---

<sup>99</sup> Draft Articles on State Responsibility (Appendix 'Provisional articles provisionally adopted by the drafting committee on second reading') art 1 (2000) II ILC Ybk 52<sup>nd</sup> Session [en adelante 'DASR'].

a) *Constituciones modernas y derecho internacional en los años 80*

En 1983 Antonio Casesse publicó su estudio comparativo *Modern Constitutions and International Law*.<sup>100</sup> En él divide el desarrollo de la incorporación del derecho internacional al derecho local en cuatro periodos:

(i) a partir de 1779 con la Constitución de Estados Unidos, cuyo artículo 4 colocaba a los tratados internacionales al mismo nivel que las leyes federales. Esta fue la primera constitución en incorporar derecho internacional. La igual jerarquía de derecho internacional con la legislación federal implicó la adopción del principio de *lex posterior derogat prior*.<sup>101</sup>

(ii) desde la Constitución de Weimar hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial. La Constitución alemana de 1919 fue la primera en referirse al derecho de costumbre, y en colocarlo en el mismo rango que la ley.<sup>102</sup> La Constitución de España en 1931 fue innovadora porque colocó a los tratados por encima de las leyes, e incorporaba derecho de costumbre. Por su parte, la URSS, en su Constitución de 1924, rechazó el derecho internacional por considerarlo un producto del capitalismo.

(iii) El tercer periodo se extiende desde la Segunda Guerra Mundial hasta fines de los años cincuenta. En general, los países socialistas “*did not pay any significant attention to the*

---

<sup>100</sup> A Casesse *Modern Constitutions and International Law* 192.III RCADI (Martinus Nijhoff The Netherlands 1985).

<sup>101</sup> *Idem* 351.

<sup>102</sup> *Idem* 357-8.

*enforcement of international law.*”<sup>103</sup> Los países latinoamericanos mantuvieron una “*moderate overture to the international community*”; preferentemente no se referían al derecho internacional general, y no hacían ninguna referencia al nivel jerárquico de los tratados en su orden interno.

Deben mencionarse cuatro países que fueron particularmente progresistas en este periodo: Alemania, Japón, Italia y Francia. Todos ellos adoptaron constituciones particularmente abiertas al derecho internacional: incluyeron el reconocimiento formal del derecho internacional general; colocaron los tratados por encima de las leyes; se referían a la adhesión a organizaciones internacionales que buscaran la paz; e incluyeron reglas particularmente explícitas sobre la prohibición de la guerra;

(iv) el cuarto periodo se extiende desde finales de los cincuenta. El derecho constitucional se desarrolló de la siguiente manera: el bloque socialista se mantuvo relativamente aislado del derecho internacional; los países latinoamericanos mantuvieron una “actitud prudente” sin otorgar garantías para el cumplimiento de los tratados; y los países de Europa occidental se dividieron en dos: los miembros de la Comunidad Económica Europea “tendieron” a implementar el derecho de los tratados y las resoluciones de las organizaciones internacionales, mientras que los que no eran miembros de esta comunidad mantuvieron una apertura moderada.<sup>104</sup>

La conclusión del estudio de Casesse puede formularse así:

---

<sup>103</sup> *Idem* 364.

<sup>104</sup> *Idem* 367.

- Negación de la prevalencia del derecho internacional en el orden interno: “most of the States [...] which currently make up the world community do not accord primacy to international rules in their national legal systems.”<sup>105</sup>
- La generalidad de los estados incorporaba de manera moderada el derecho internacional (estados tercermundistas y socialistas). Desatacan:
  - algunos países de Europa occidental habían desarrollado mecanismos para asegurar el cumplimiento de tratados internacionales y resoluciones de organizaciones internacionales,
  - existían algunas constituciones que de modo excepcional integraban al mismo tiempo costumbre internacional y especificaban la jerarquía de los tratados frente a las leyes.

*b) Apertura del orden constitucional al derecho internacional en la actualidad*

Con el ánimo de establecer cuál es la relación entre el derecho internacional y el interno en las constituciones modernas a 15 años de este estudio, he elegido una muestra de constituciones de todas las regiones del mundo que han sido creadas o modificadas en la década de los 90. Se observaron 92 constituciones distribuidas por región de la siguiente forma: 21 de África, 18 de América; 24 de Asia, 19 de Europa del Este y 10 de Europa Occidental.<sup>106</sup> Esta muestra permite observar

---

<sup>105</sup> *Idem* 435.

<sup>106</sup> Las constituciones analizadas han sido tomadas del *International Constitutional Law Center*, <http://www.uni->

constituciones distribuidas en todo el mundo que han sido creadas o reformadas en la última década, aunque estas modificaciones no se refieran específicamente a normas de derecho internacional.

Para valorar el grado de apertura del sistema al derecho internacional he tomado como base los puntos que consideró Casesse:<sup>107</sup>

1. garantía de cumplimiento de principios generales y reglas consuetudinarias internacionales;
2. garantía de cumplimiento de tratados;
3. referencia a organizaciones internacionales;

---

wuerzburg.de/law salvo las siguientes: Constituciones americanas: <http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions>; Albania [www.ipls.org/services/kusht/contents.html](http://www.ipls.org/services/kusht/contents.html); Algeria [www.waac.org](http://www.waac.org); Azerbaijan [www.president.az/azerbaijan/const.htm](http://www.president.az/azerbaijan/const.htm); Andorra, [www.andorra.ad/consell](http://www.andorra.ad/consell); Bangladesh [www.bangladeshgov.org](http://www.bangladeshgov.org); Camboya [www.cambodia.org/facts/constitution.html](http://www.cambodia.org/facts/constitution.html); Georgia, [www.friends-partners.org/oldfriends/constitution/constitution.georgia.html](http://www.friends-partners.org/oldfriends/constitution/constitution.georgia.html); Moldva y Seychelles, [www.urich.edu/~jpjones/confinder](http://www.urich.edu/~jpjones/confinder); Kazakstan, Kyrgystan, Tajakstan y Turkmenistan, [www.ecostan.org/Laws/](http://www.ecostan.org/Laws/); Malawi, [www.sas.upenn.edu/African\\_Studies](http://www.sas.upenn.edu/African_Studies); Uzbekistan <http://www.umid.uz/Main/Uzbekistan/Constitution>; Vanuatu [www.vanuatu.usp.ac.fj](http://www.vanuatu.usp.ac.fj).

<sup>107</sup> Casesse, ante, nota 100, 345.

4. referencia a fines de la comunidad internacional (como la paz).

Este análisis es mucho más estrecho que el del profesor Casesse. No me he referido a la práctica judicial de los estados. Me he limitado al estudio de los textos constitucionales. Esto no me permite valorar cómo operan las normas constitucionales, sino sólo la manera en que han sido consignadas en el texto. He detallado las categorías de Casesse en once puntos, cuya presencia en los textos analizados he marcado con 1, y su ausencia con 0:<sup>108</sup>

1. Revisión de la constitucionalidad de tratados antes de su ratificación.
2. Reglas previendo la revisión de la Constitución en caso de pretender ratificar un tratado que la contradiga.
3. Posición jerárquica obligatoria de los tratados por encima de las leyes.<sup>109</sup>

---

<sup>108</sup> Al momento de asignar los valores he considerado que un texto que regula *cualquier norma* de tratado, o de costumbre independientemente de su contenido, *implica* la referencia a *todas* las normas de la misma fuente.

<sup>109</sup> La Constitución de Paraguay incorpora este principio de la siguiente forma:

(1) The Constitution is the supreme law of the Republic. The Constitution, the international treaties, conventions, and agreements that have been approved and ratified by Congress, the laws dictated by Congress, and other related legal provisions of lesser rank make up the national legal system, in descending order of preeminence, as listed.

Constitución de Paraguay, artículo 136.

4. Circunstancias excepcionales en las que se permite que los tratados estén jerárquicamente por encima de las leyes.<sup>110</sup>
5. Incorporación de reglas de derecho internacional general, que varía desde su mención en el texto hasta métodos para determinar su contenido. Antonio Casesse distingue entre incorporación de derecho internacional general y referencia a “principios generales” de derecho internacional.<sup>111</sup> Aquí se ha omitido esa distinción, ya que la inclusión de este tipo de normas en la constitución de un país *debiera* bastar para poder ser invocadas en la jurisdicción interna.
6. Reglas permitiendo que se castiguen crímenes internacionales incorporados en derecho internacional general.<sup>112</sup>

---

<sup>110</sup> Puede citarse el artículo 125 a) de la Constitución de la República Eslovaca que permite que la Corte Constitucional resuelva sobre la incompatibilidad entre “*generally binding legal regulations with international treaties promulgated in a manner established for the promulgation of laws*”, sin establecer una posición jerárquica general entre estos dos tipos de normas. Constitución de la República Eslovaca, art 125.

<sup>111</sup> Casesse, ante, nota 100, 387-91.

<sup>112</sup> Un caso particularmente severo respecto de la jerarquía del derecho penal internacional general sobre el orden jurídico interno, es la Constitución de Bangladesh que estipula que:

Notwithstanding anything contained in this Constitution, no law nor any provision thereof providing for detention, prosecution or punishment of any person, who is a member of any armed or defence or auxiliary

7. Normas de tratados de Derechos humanos que pueden extender los derechos concedidos en la constitución (*ie*, a los derechos constitucionales expresos se añaden los incluidos en tratados).
8. Normas internacionales de derechos humanos como límite a la interpretación constitucional (los derechos expresos se interpretan de acuerdo con obligaciones de tratados de derechos humanos, por ejemplo los pactos de NU).<sup>113</sup>
9. Normas internacionales de derechos humanos para interpretar los derechos concedidos en la Constitución (los derechos expresos en la Constitución se interpretan de acuerdo con documentos como la Declaración Universal de Derechos Humanos).<sup>114</sup>

---

forces or who is a prisoner of war, for genocide, crimes against humanity or war crimes and other crimes under international law shall be deemed void or unlawful, or ever to have become void or unlawful, on the ground that such law or provision of any such law is inconsistent with, or repugnant to any of the provisions of this Constitution.

Constitución de Bangladesh art 47 (3).

<sup>113</sup> Por ejemplo, la Constitución de Etiopía establece, por una parte, que el derecho internacional es parte esencial del derecho del territorio (art 9), y luego en el artículo 13 (2) que “*The fundamental rights and freedoms specified in this Chapter shall be interpreted in a manner conforming to the principles of the Universal Declaration of Human Rights, International Covenants on Human Rights and International instruments adopted by Ethiopia.*” Constitución de Etiopía, arts 9 y 13.

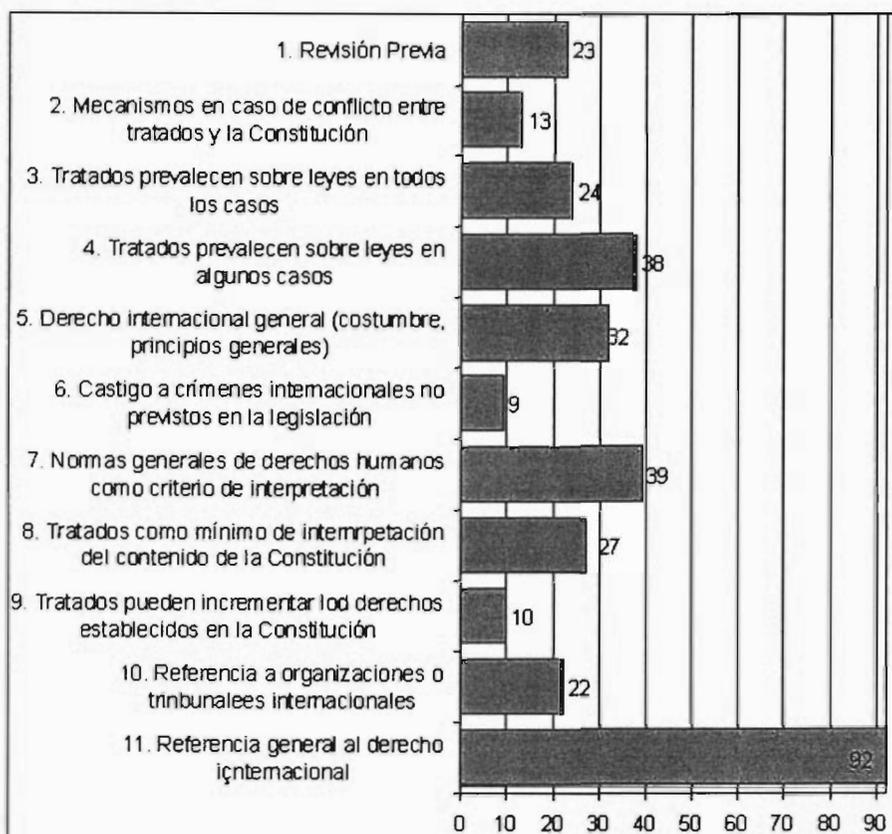
<sup>114</sup> Un ejemplo claro de este tipo de reglas es la Constitución de Argentina, que refiriéndose a una serie de tratados que

10. Reglas referentes a resoluciones de organizaciones o tribunales internacionales.
11. Mención de derecho internacional para limitar el territorio del Estado, y/o reglamentación de la facultad de firmar tratados.

La ocurrencia de estos factores se muestra en la siguiente gráfica:

---

protegen derechos humanos, dice: *“in the full force of their provisions, they have constitutional hierarchy, do no repeal any section of the First Part of this Constitution and are to be understood as complementing the rights and guarantees recognized herein.”* Constitución de Argentina art 73 (22).



Gráfica 5. Frecuencia de indicadores de apertura

En la gráfica se muestra que *todas las constituciones* hacen referencia general al derecho internacional. Un dato que la gráfica no muestra es que sólo 16 de las 92 constituciones analizadas hacen sólo este tipo de referencia general. Todas las demás incluyen algún tipo de regulación más específica. Haciendo una breve comparación con el estudio de Casesse puede decirse que:

Aunque en el pasado fueron casos excepcionales, cerca de un tercio de las constituciones integran normas de derecho internacional general;

La quinta parte obliga a que los tratados prevalezcan sobre las leyes y cerca de 4 de cada 10 establecen circunstancias especiales en que esto puede ocurrir. Por lo tanto, cerca de 7 de cada 10 establecen la relación de derecho internacional con derecho interno, e específicamente a favor de la supremacía del primero.

Es relevante también que en el tema de los derechos humanos, más de la mitad establecen el uso significativo de normas de derechos humanos internacionales como marco mínimo de los derechos en el ámbito interno, incluso de manera suplementaria a la constitución.

Estas cifras permiten concluir que las garantías del cumplimiento de derecho internacional en derecho interno *no* son excepcionales, como Casesse las describió en su momento.

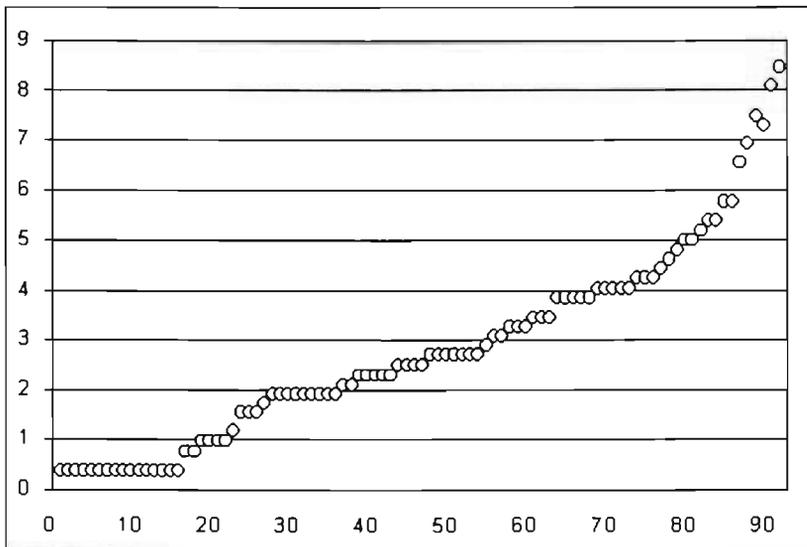
Para tener una más simple valoración de la apertura de las constituciones al derecho internacional, las características observadas se agruparon en las siguientes cinco categorías con el siguiente valor relativo:

No	Contenido de las categorías	valor
1 - 2	Revisión previa y mecanismos en caso de conflicto entre tratados y la constitución	5
3 - 4	Normas que regulan la superioridad de los tratados respecto de las leyes	2
5	Normas de derecho internacional general	2
6 - 9	Normas de derechos humanos o derecho humanitario	3
10 - 11	Normas que hacen referencias generales al derecho internacional	1

*Tabla 1. Valor relativo de indicadores de apertura*

Finalmente, la suma de estos factores se valoró en una escala de 0 a 10. He asignado más valor a la incorporación de tratados que a la de la costumbre porque, como se ha visto, el derecho

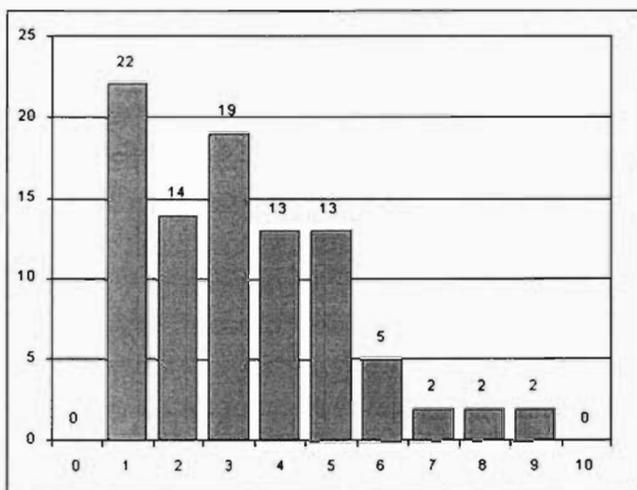
interno constituye la voluntad del estado, y es el material para la formación de las normas internacionales generales como la costumbre y los principios generales. Es muy importante subrayar por qué los estados se refieren a estas normas en sus constituciones: lo hacen para que en caso de incumplimiento, la norma general *sea exigible en la esfera interna*. Además, las referencias a la relación de las normas internacionales con la constitución han sido consideradas más valiosas que la referencia a las leyes, porque la primera es una referencia con mayor extensión que la segunda. La gráfica siguiente muestra la distribución de las constituciones analizadas de acuerdo con la calificación, que muestra el grado de apertura al derecho internacional. Cada punto (eje x) representa un sujeto de la muestra y el eje 'y' representa el grado de apertura; el valor más alto es 10, y el más bajo es 0:



*Gráfica 6. Distribución de Constituciones según su grado de apertura*

Desgraciadamente el método que he empleado no permite una comparación precisa con el estudio de Casesse. Para él, una constitución que establece la superioridad de todas las normas de derecho internacional general o convencional con el derecho interno sería, con toda seguridad, calificada con 10. El criterio empleado aquí es uno de eficiencia: he preferido asignar el máximo valor a una constitución que *prevé el orden jerárquico de todas las normas internacionales* respecto al derecho interno; en especial se refiere a temas como derechos humanos, derecho humanitario y resoluciones de cuerpos supra-nacionales. Esto implicaría que una constitución calificada con 7 podría contener normas sobre la jerarquía del derecho internacional en el sistema interno; pero por no referirse expresamente al tema de los derechos humanos, no tendría la máxima calificación. Este peso especial al tema de la protección al individuo se debe a que la relación del derecho interno con el internacional es específicamente relevante al evaluar los medios de defensa que tiene el particular en la esfera interna por violaciones a normas internacionales.

Teniendo en mente estos puntos, a continuación se muestra una gráfica que permite apreciar la distribución por rangos de 0 a 10:

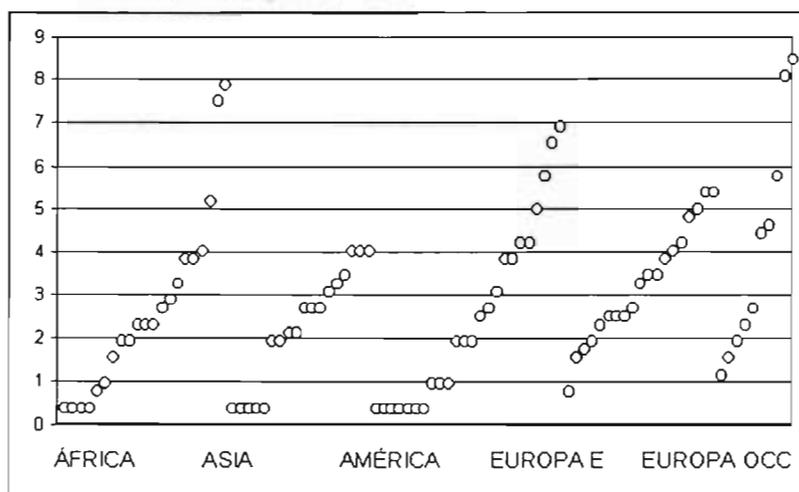


Gráfica 7. Frecuencia de grados de apertura

Como punto de comparación con el estudio de Casesse, tres Constituciones que él estimó muy abiertas en su estudio fueron las de Alemania, Francia y España. En este análisis han sido calificadas con 2.7, 3.8 y 8.1 respectivamente. En el caso de Alemania, se debe a que no tiene reglas específicas sobre la jerarquía de los tratados, sino solamente una referencia al derecho internacional general. Francia no refiere al derecho general, sino que sólo establece la jerarquía de tratados, sujeta a condiciones de reciprocidad. La Constitución española, por su parte, regula ambos aspectos de manera detallada y hace referencia además a normas de derechos humanos y resoluciones de organizaciones internacionales.

Debe observarse que: ninguna constitución rechaza el derecho internacional como lo hiciera en su momento la más radical Constitución soviética de 1924. Por lo tanto, *todas* las constituciones observadas mantienen *algún* grado de apertura al derecho internacional. Es importante insistir en que además de la apertura como tal, se ha evaluado el grado de regulación en

las constituciones. La mayoría de los textos se encuentran en un grado de apertura más elaborado que aquél que hace una mera referencia general al derecho internacional. La gráfica siguiente muestra esta distribución por región: África, América, Asia, Europa del Este y Europa Occidental:



*Gráfica 8 Distribución por región por grado de apertura*

Es interesante observar que el bloque de Europa occidental es el que muestra la menor tendencia a sistemas cerrados, y está formado por constituciones con un nivel muy alto de apertura. De acuerdo con Casesse, este movimiento comenzó a darse en los años 60m, pero sólo entre los miembros de la Comunidad Económica Europea. Actualmente hay algunas constituciones que no han completado el proceso de apertura. Como se mencionó arriba, Francia es un buen ejemplo porque se refiere a la jerarquía de los tratados sobre las leyes, sujeto a la condición de reciprocidad.

En el estudio de Casesse el bloque soviético era el más renuente a la aceptación del derecho internacional. Pero actualmente Europa del Este es una región más compacta, y es

la siguiente en tendencia a sistemas abiertos: aunque otras regiones tienen constituciones con un mayor grado de apertura, ésta es la que tiene menor número de sistemas cerrados.

Por su parte, África es la región que presenta mayor dispersión. Incluye constituciones con un muy alto grado de apertura, y es la tercera en orden ascendente por su tendencia hacia sistemas cerrados. Asia es más disperso que América, principalmente por la presencia de constituciones de países de la antigua URSS que, como puede verse en la región de Europa del Este, presentan un alto grado de regulación e integración de derecho internacional; pero tiene el mayor número de sistemas cerrados.

La conclusión de Casesse fue que los países latinoamericanos mantenían una actitud prudente hacia el derecho internacional. Actualmente América es la región más compacta, con mayor tendencia a sistemas cerrados. Puede verse que algunas constituciones son tan abiertas como algunas constituciones europeas, pero aún existen algunas en el continente que reflejan sistemas cerrados.

Cabe mencionar que México tiene una constitución cerrada de acuerdo con los criterios de eficiencia que se han empleado aquí: a pesar del mecanismo de ratificación, no existen normas de revisión previa de tratados a cargo de un órgano judicial;<sup>115</sup>

---

<sup>115</sup> Puede argumentarse que todos los actos del Congreso son *prima facie* constitucionales, salvo la declaración en contrario del órgano judicial. Sin embargo, mientras que las leyes son actos unilaterales del estado, los tratados internacionales involucran a varios sujetos de derecho internacional. Esto implica que mientras que las leyes pueden ser cambiadas con

no se explicita en el texto constitucional la jerarquía del derecho internacional respecto del ordenamiento interno (el artículo 133 es omiso en este punto); tampoco se hace referencia a derecho internacional general, derecho penal internacional, ni normas de derechos humanos; nuestra Constitución es omisa en cuanto a las resoluciones de organismos internacionales. Únicamente se incluye la regulación del territorio nacional y la capacidad de formular tratados, es decir, la categoría número 11.

En comparación con el estudio de Casesse puede afirmarse que las constituciones son en general más abiertas ahora que en el pasado, y con base en un examen más exigente, basado no sólo en la permisibilidad de la incorporación, sino en el grado de regulación, las constituciones se encuentran en un grado de moderado a avanzado de apertura. Ahora no es excepcional que las constituciones regulen su relación con el derecho internacional, o la supremacía de éste sobre el derecho interno. Ciertamente no se trata de la mayoría de los textos pero, según las conclusiones de Casesse, ha habido un avance en este terreno desde 1985.

Todos estos datos evidencian el hecho de que actualmente los sistemas nacionales no son típicamente cerrados al derecho internacional, sino que se ha incrementado su apertura. Esto, de acuerdo con las hipótesis planteadas al inicio de esta sección, sugieren un nuevo paradigma de la relación de ambos sistemas.

---

relativa facilidad, los tratados internacionales son diferentes. Por ello, el tipo de acto en el que se ratifica un tratado guarda una relación más compleja con la Constitución del estado, que sus leyes.

Puede ahora evaluarse la pertinencia de la teoría dualista para describir las relaciones entre derecho interno e internacional.

### **C. ALCANCES EXPLICATIVOS DE LAS TEORÍAS DUALISTAS**

Contra la descripción de las teorías dualistas, el derecho internacional y el interno no parecen ser independientes uno de otro. Existe una gran cantidad de normas en ámbito internacional que relaciona a los sistemas nacionales entre sí. Explicar la relación del derecho internacional con los sistemas jurídicos nacionales como una de total independencia no da cuenta de al menos cinco problemas: 1. Relación del derecho interno con las fuentes del derecho internacional, y viceversa; 2. Relevancia de sujetos de derecho internacional distintos del Estado, aunado a la existencia de un campo común de aplicación dada la diversidad de materias reguladas simultáneamente por derecho internacional y derecho interno; 3. Ausencia de normas de conflicto entre derecho interno e internacional. Pertinencia de analogar al derecho internacional con los derechos nacionales al explicar las relaciones entre uno y otro; y 4. Apertura de los sistemas nacionales al internacional.

Veamos cada uno de estos puntos.

1. La teoría dualista no puede dar cuenta de la relación entre derecho interno e internacional en tanto que constituyen recíprocamente fuente uno del otro. El derecho interno constituye la materia de los actos del estado, y es el medio con el que se evidencia la existencia de normas consuetudinarias, principios generales o violaciones a dichas normas. Por su parte, el derecho internacional constituye una parte importante del derecho interno de los países, como lo evidencia el hecho de su incorporación cada vez más sofisticada en las esferas legales internas. La separación entre estos dos sistemas implica que el

derecho interno no puede crear o alterar las reglas del derecho internacional, y la relación inversa tampoco existe; y por lo tanto, el derecho internacional es vinculatorio en el territorio del estado en la medida en la que éste adopte reglas que lo incorporen. Si tales reglas no existen, *no puede decirse que las cortes locales estén obligadas por el derecho internacional: “[I]f it happens that a rule of Municipal Law is in indubitable conflict with a rule of the Law of Nations, the court must apply the former.”*<sup>116</sup> Sin embargo, el derecho interno sí influye en el derecho internacional, en un modo determinante: el derecho interno es evidencia de la existencia de normas internacionales consuetudinarias; y las decisiones judiciales de cortes internas pueden ser invocadas internacionalmente como fuentes subsidiarias o guías de interpretación.

2. Al suponer la falta de identificación de sujetos de derecho interno con sujetos de derecho internacional, la teoría dualista no da cuenta de la creciente importancia que tienen en la esfera internacional otros sujetos distintos del estado. En cuanto al ámbito personal de validez, el derecho internacional regula la actividad de personas naturales (individuos en cuanto tales, gobernantes, diplomáticos, miembros de las fuerzas armadas) y de personas jurídicas (estados, corporaciones, organizaciones internacionales), y colectividades (grupos armados, pueblos). Por lo tanto no es cierto estos sistemas aparentemente separados sean esencialmente distintos respecto de sus ámbitos personales de validez. Aunque es verdad que el actor principal en el derecho internacional es el Estado, también es verdad que las normas de este sistema se aplican a otros sujetos: organizaciones internacionales, individuos, pueblos y partes de un conflicto

---

<sup>116</sup> Oppenheim, ante, nota 5, §20.

armado, entre otros. Su ámbito personal de validez abarca a sujetos que están también regulados por el derecho interno, incluido el propio estado. A pesar de este hecho, no es claro el sentido en el que debe interpretarse que hay sujetos simultáneamente bajo dos órdenes jurídicos: el internacional y el interno. Lo anterior se acentúa por el hecho de que el ámbito temporal y espacial de validez del derecho internacional es aquél en el que se producen las actividades que regula, dentro o fuera de las fronteras estatales, es decir, en cualquier lugar y tiempo.<sup>117</sup>

La paradoja de que un sujeto esté regulado simultáneamente por dos sistemas jurídicos parece ser un asunto de conflicto de leyes, como lo dicen Anzilotti y Fitzmaurice. Sin embargo, el que *el mismo sujeto se encuentra en el mismo territorio, al mismo tiempo, y respecto de la misma conducta* regulado por dos sistemas jurídicos no parece plausible. El problema se agudiza si se considera que las materias que solían estar bajo la jurisdicción interna del estado están ahora sujetas a intensa regulación internacional. Tradicionalmente, en el caso de conflicto de leyes, ha prevalecido el criterio del territorio, y se han desarrollado reglas específicas para materias específicas. Pero este criterio no resuelve la paradoja.

3. Se ha visto que el hecho de que el derecho internacional sea aplicado en las cortes locales, además de ser relevante para la eficacia de las obligaciones internacionales, genera una interacción muy intensa entre ambos sistemas, por lo que *'[i]nstead of a strict separation between international and*

---

<sup>117</sup> G Fitzmaurice, ante, nota 9.

*municipal law, an intensive interaction of the two is to be seen*'.<sup>118</sup> El mismo autor señala que:

Monist doctrines seem to be well suited for the facts of life and we cannot exclude that they will dominate in the future...However, it is enough to take a more careful look at the practice of states and their constitutional provisions (special mention being made with respect to court judgements) to find out that even if monist doctrines will put aside dualist ones in the future, they still do not reflect the actual contemporary state of affairs.<sup>119</sup>

Precisamente, como se ha visto con el análisis del grado de apertura al derecho internacional, la realidad constitucional *tampoco* concuerda con una postura dualista, como quizá ocurrió en el pasado.

4. La postura adoptada ante este debate determinará en gran medida la participación de las cortes de un estado en la aplicación e interpretación del derecho internacional general y convencional. En un sistema de derecho descentralizado como el internacional, es de gran relevancia que las cortes participen en su proceso de creación.<sup>120</sup>

Si aceptamos el dualismo, deberemos aceptar que cuando el derecho interno rechaza la aplicación de una obligación internacional por la aplicación de sus reglas de conflictos de leyes o cualquier otro impedimento estipulado en derecho local,

---

<sup>118</sup> A Wasilkowski, ante, nota 55, 327.

<sup>119</sup> *Idem*.

<sup>120</sup> R Higgins *Problems and Process. International Law and How we Use it* (Clarendon Press Oxford 1994) 218.

ejerce un derecho. Parece difícil reconciliar esta postura con el hecho de que el derecho internacional prevé la obligación de los estados de adecuar su constitución y sus leyes para implementar sus obligaciones internacionales. Este principio fue reconocido por la CPJI, cuando, al referirse al artículo 18 del Tratado de Lausana entre Grecia y Turquía en que las partes se comprometían “a introducir en sus respectivas leyes las modificaciones que fueran necesarias con vistas a ejecutar las normas de esta Convención”, comentó que:

[t]his clause, however, merely lays stress on a principle which is self-evident. According to which a State which has contracted valid international obligations is bound to make in its legislation such modifications as may be necessary to ensure the fulfilment of the obligations undertaken.<sup>121</sup>

A pesar de que el principio de jurisdicción interna incorporado en el artículo 2.7 de la ONU permite a los estados actuar libremente en las áreas no sujetas a regulación internacional, no puede decirse que este principio “permita” que los estados contradigan sus obligaciones internacionales en su legislación, de manera que éstas sean imposibles de cumplir.

La relación entre el derecho internacional y el derecho interno no es análoga a la que hay entre dos sistemas legales nacionales. En este último caso uno es independiente del otro y *ninguna* de las tres paradojas mencionadas se dan: no hay confusión en los sujetos, ni relación en las fuentes, ni fuerza vinculadora de las

---

<sup>121</sup> *Exchange of Greek and Turkish Populations* (Advisory Opinion) February 21<sup>st</sup> 1925 Series B No 10 6-28, 20 [en adelante ‘Pobladores Griegos y Turcos’].

normas de un estado sobre el otro. Por lo tanto, describir la primera relación en términos de independencia deja fuera los hechos importantes que se han descrito aquí.

Por estas razones concluyo que las teorías dualistas parecen sobresimplificar las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno.

[...] if the predominant approach is a pluralistic one, the emerging structure of international intercourse reveals the ever-increasing pressure of international machineries over purely national realities. One could therefore speak of a factual unity between international and municipal legal systems as evidenced by the innumerable linkages between them.<sup>122</sup>

Al revisar el modo en que las teorías dualistas dan cuenta de las relaciones del derecho interno con el internacional, parece que la realidad de esta intrincada relación supera los alcances de tales teorías.

El problema que se presenta en las relaciones del derecho interno con el derecho internacional puede generalizarse como el problema de las relaciones entre un sistema A y uno B similares, y su interacción con las normas de un sistema inter-AB que los relaciona entre sí. A continuación describiré como el mismo fenómeno puede generalizarse en el estado federal, en el derecho intersocietario y en la integración europea.

---

<sup>122</sup> L Ferrari-Bravo, ante, nota 2, 738.

#### D. TRES INSTANCIAS DEL PROBLEMA ANTERIOR

Hemos analizado ya la pertinencia del dualismo. Éste describe las relaciones del derecho interno con el internacional como de total independencia. La postura contraria es el monismo, que en la teoría del derecho propone, por un lado, que dos órdenes jurídicos simultáneamente válidos deben concebirse como una unidad, y en otro sentido, que la concepción del derecho como una unidad es una consecuencia necesaria de nuestro conocimiento de lo jurídico (TPD §43a 331). Al observar dos órdenes jurídicos diferentes como válidos simultáneamente, debemos concluir que son en realidad uno solo. Una tercera postura es el pluralismo que concibe la coexistencia de varios sistemas jurídicos, ya de la misma naturaleza (estatales, por ejemplo), ya de naturaleza distinta (supra o infra estatal) considerándolos independientes y separados unos de otros, sin referirse a las relaciones que guardan entre sí:

Una concepción Pluralista del Derecho, puede igualmente admitir la coexistencia de una pluralidad de sistemas jurídicos de naturaleza diferente, como los sistemas jurídicos supra-estatales (orden jurídico internacional; órdenes jurídicos supra-nacionales, como por ejemplo, el orden jurídico de las comunidades europeas), los sistemas jurídicos infra-estatales (órdenes jurídicos corporativos) o los sistemas jurídicos transnacionales o desterritorializados (orden jurídico perteneciente a un grupo transnacional de sociedades comerciales, orden eclesiástico).<sup>123</sup>

---

<sup>123</sup> M van der Kerchove & F Ost *El sistema jurídico entre orden y desorden* (Univ Complutense Madrid 1997) 163.

Puede pensarse en otra forma de pluralismo que *deliberadamente no se pronuncie* sobre las relaciones inter-sistémicas, una noción de pluralismo que “no presupone en sí ninguna relación específica de independencia de un sistema jurídico respecto a los demás”<sup>124</sup>. Pero es necesario decir que una concepción pluralista *no necesariamente* plantea una relación de interdependencia. A menos que la teoría que se analice *deliberadamente* se pronuncie sobre las relaciones inter-sistémicas, nuestra pregunta original subsiste: ¿cuál es la relación que guarda un sistema jurídico, como el nacional, con el internacional cuando el segundo presupone la existencia del primero, y cuando los sistemas nacionales se relacionan a través del segundo?. El sistema internacional presupone la existencia de sistemas nacionales; y parece igualmente claro que no es el caso que los sistemas nacionales no tengan ninguna relación entre sí en la actualidad. El problema es determinar cómo explicar estas relaciones desde un punto de vista normativo, *más allá de afirmar su existencia*.

Describiré brevemente tres instancias de este problema. En los tres casos, se trata de órdenes jurídicos complejos, es decir, en los que no puede apuntarse hacia un soberano, sino que integran varias unidades jurídico-políticas: el estado federal, los regímenes de autonomías, y el derecho comunitario europeo.

### 1. Estado federal

Una manera de explicar la formación del estado federal supone que históricamente se trató de sistemas independientes, que finalmente se relacionaron y se transformaron en un solo

---

<sup>124</sup> *Idem.*

sistema. Es claro que al inicio, cuando no había relaciones entre ellos o cuando esas relaciones no eran determinadas por normas jurídicas, ellos continuaban siendo sólo un sistema jurídico cerrado. Es particularmente importante subrayar el proceso histórico de formación del estado federal que describe Kelsen: “[n]ormally, a federal state comes into existence through an international treaty concluded by independent States“ (GTLS §I.Da1 319). En el momento en el que existieron relaciones jurídicas entre ellos, comenzó un proceso de integración. ¿Cuándo podemos decir que se han convertido en uno sólo?. Los estados federales constan de una “federación” y de entidades “federadas”. De acuerdo con Kelsen la federación y las entidades federadas constan cada una con su propia constitución, “[t]he constitution of a federation, the “federal constitution”, however, is simultaneously the constitution of the whole federal state” (GTLS §I.Da1 317). Al rastrear el origen de la validez del sistema federal se verá que las constituciones federales no confieren facultades a las entidades federadas, sino que limitan poderes que *ya* tenían.<sup>125</sup> De este modo las constituciones locales distribuyen competencias (con las que ya contaban) y las transfieren a un poder central.

Un tipo similar de organización, pero con mayor grado de descentralización, es el de las confederaciones. Kelsen las

---

<sup>125</sup> K Greenewalt ‘The Rule of Recognition and the Constitution’ (1982) 85 Mich LR 621, 645, describe el proceso en la Constitución de EU, y como la regla de reconocimiento hartiana se ubica no en la constitución federal, sino en cada una de las constituciones estatales, y es a través de éstas que los jueces reconocen como vinculatorias las reglas de la federación, además del derecho estatal.

describe como comunidades parciales integradas por estados legalmente iguales en las que el régimen de la confederación es válido en el territorio de los estados que son parte de ella. El ejemplo de Kelsen es la Liga de Naciones (GTLS §I.Da2 319). Aunque las confederaciones sean normalmente creadas mediante un tratado internacional, no queda excluida la posibilidad de que puedan ser creadas a partir de un estado federal, por medio de modificaciones al derecho local.

En realidad “[t]here is no absolute borderline between national and international law” (GTLS §I.Ea 325). Es un “hecho indudable” (GTLS §I.Ea 325) que las federaciones son establecidas mediante tratados internacionales y que las confederaciones pueden ser creadas por el derecho nacional; por lo tanto, el derecho internacional puede convertirse en la constitución de un orden nacional, y el derecho nacional puede generar un orden internacional. En ambos casos puede pensarse en la constitución o tratado internacional como la articulación de las relaciones entre las partes constituyentes. El criterio de diferenciación entre el derecho nacional e internacional:

is only relative: it is in the first place, in the degree of centralization or decentralization. National law is a relatively centralized legal order. It is especially the centralization of the application of law, the institution of central judicial organs competent to establish the delict and to order and execute the sanction, which is characteristic of a legal order constituting a State. By the centralization of the judiciary, the State can be distinguished from the inter- or super-statal legal community, constituted by the international legal order. (GTLS §II.Eb 325)

El grado de descentralización del derecho internacional puede apreciarse al compararlo con el derecho de los estados federales o de las confederaciones, aunque los regímenes de derecho

internacional particular (regímenes de tratados bilaterales o multilaterales) presentan mayor centralización que el derecho internacional general (consuetudinario). El número y complejidad de normas internacionales, y la ausencia de órganos centrales son evidencias de la descentralización del derecho internacional, que lo hace distinto del derecho estatal.

Esta explicación sobre el proceso de incorporación de dos o más entidades en un solo conjunto identificable incita a la pregunta sobre el carácter, unitario o no, del conjunto, y sobre las relaciones que guarda el conjunto con sus partes. El fenómeno descrito en las federaciones y en las confederaciones es el mismo: una integración de varias partes con un orden jurídico común. El problema radica en cómo determinar si hablamos de dos órdenes jurídicos, *ie*, el estado federal o la confederación por un lado y el que pertenece a cada uno de los estados federados o confederados, por otro.

## 2. Derecho intersocietario

Como se ha visto, en Kelsen (GTLS §I.D-E) puede apreciarse que no sólo puede formarse un derecho federal a partir de estados independientes, sino que a la inversa puede darse un proceso similar: una vez establecido un orden estatal, pueden surgir órdenes al interior que tengan autonomía. En el caso del derecho intersocietario, por ejemplo, se trata de las relaciones entre los regímenes legales de las comunidades indígenas y las normas que las relacionan con el régimen estatal. Estas normas son las que les confieren autonomía porque reconocen su existencia.

James Hopkins<sup>126</sup> explica que el problema de la fuente de los derechos de los pueblos indígenas ha sido identificado en los siguientes términos:

Aboriginal rights found their source in a "form of intersocietal law," binding Aboriginal and non-Aboriginal legal systems.

Aboriginal rights are "neither English nor Aboriginal in origin" but are instead "a form of intersocietal law that evolves from long-standing practices *linking the various communities*." Aboriginal rights stem from alternative sources of law, namely Aboriginal practices, customs and traditions that existed prior to contact.<sup>127</sup>

Los sistemas normativos de los pueblos indígenas se identifican en principio como sistemas jurídicos que se interrelacionan y dan origen a un derecho intersocietario. Enseguida, este derecho intersocietario incorpora una serie de relaciones con el derecho no indígena. La pregunta por la unidad del sistema jurídico nacional de Canadá no surge en ningún momento. Es claro que hay subsistemas de derecho indígena, y éstos se relacionan con el exterior. El que esta relación exista no impide que los pueblos indios reclamen derechos de soberanía sobre la tierra que originariamente poseen, y aun entonces la unidad del sistema canadiense no

---

<sup>126</sup> J Hopkins 'Constitutional aspects of Aboriginal development: taxation and Aboriginal governance in Canada' en J A González Galvan (ed) Seminario Internacional "Constitución y Derechos Indígenas" (UNAM-IIIJ México 2001) notas 11-57 y el texto que las acompaña (en prensa).

<sup>127</sup> *R v Van der Peel* de la 1996 2 S.C.R. 507 at 547 (énfasis mío).

tiene por qué verse amenazada. Puede así apreciarse la analogía del derecho intersocietario con el internacional: ambos operan relacionando dos sistemas jurídicos, aunque los ámbitos personal y territorial de validez del derecho aborígen puedan ser subconjuntos del sistema nacional; del mismo modo los ámbitos territoriales y personales del derecho interno pueden ser subconjuntos del derecho internacional. Además, el derecho intersocietario puede verse, en principio, como un derecho conflictual, aunque puede incluir además reglas sustantivas.

Además, el derecho canadiense y el derecho indígena son sistemas jurídicos que existen por sí, pero que *se reconocen* existencia jurídica *recíprocamente*; se ha desarrollado un derecho que los relaciona y que distribuye sus competencias. Debe distinguirse, pues, entre la *existencia de hecho* del orden normativo de las comunidades y el impacto del *reconocimiento jurídico* de ese orden en sus relaciones con el sistema nacional. Como se verá más adelante, debe tenerse en mente la relevancia de la distinción entre la existencia del derecho como hecho social, y los enunciados normativos que se pueden formular en torno de tal existencia.

### 3. Integración europea

La Unión Europea se ha constituido como un sistema legal supranacional *sui generis*; se arguye en favor de su estatus como distinto del derecho nacional y del internacional tradicional. En cualquier caso, es una instancia que permite analizar la manera en que los sistemas legales se entrelazan y penetran unos en otros. Las características legales del derecho comunitario que resultan más interesantes para este análisis son cuatro: el establecimiento de un orden jurídico a través de un tratado internacional, el principio de efecto directo, el principio de supremacía y la ausencia de regulación del uso de la fuerza.

La Unión constituye un orden jurídico autónomo establecido por un tratado internacional. Los países miembros han adoptado mecanismos comunes de decisión para adoptar estándares de conducta comunes a todos en diversas materias.<sup>128</sup> Además, los miembros se han sometido a la jurisdicción exclusiva y obligatoria de la Corte Europea de Justicia (CEJ), y más recientemente de la Corte de Primera Instancia, para resolver controversias derivadas de los tratados del régimen comunitario. Los Estados se han organizado de tal modo que han cedido ciertas facultades a un poder central. Además se ha concluido que las atribuciones concedidas a la Comunidad han generado un sistema legal diverso del nacional (y del internacional).

La Corte Europea, haciendo notar la protección que el régimen comunitario otorga a los individuos, señaló que estas normas tienen un *efecto directo* sobre el territorio de los países miembros:

---

<sup>128</sup> Treaty Establishing the European Economic Community (1957) 298 UNTS 3 [en adelante 'Tratado EEC']. Los Artículos 2 y 3 establecen las materias que serán competencia de la Comunidad. Destacan '*the approximation of the laws of Member States to the extent required for the proper functioning of the common market*'. (art. 2). Se establecen cuatro instituciones de la Comunidad: una Asamblea, un Consejo, una Comisión y una Corte de Justicia. (artículo 4); los mecanismos de toma de decisiones del Consejo y la Comisión: reglamentos, directivas y decisiones. (artículo 189); y la jurisdicción de la CEJ, la cual tiene jurisdicción exclusiva y obligatoria para interpretar y resolver disputas derivadas del tratado. Art. 164.

[...] the Community constitutes a new legal order of international law for the benefit of which the States have limited their sovereign rights, albeit within limited fields, *and the subjects of which comprise not only member states but also their nationals*. Independently of the legislation of Member States, Community law therefore not only imposes obligations on individuals but is also intended to confer upon them rights which become part of their legal heritage. These rights arise not only where expressly granted by the Treaty, but also by reason of obligations which the Treaty imposes on a clearly defined way upon individuals as well as upon Member States and the institutions of the Community.<sup>129</sup>

El principio de efecto directo adquiere relevancia, ya que ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la CEJ y no ha sido expresamente adoptado en los tratados relevantes. Esto sugiere que el principio de efecto directo es, más bien, una consecuencia del establecimiento de un régimen autónomo, para cuya subsistencia es indispensable que las obligaciones de los miembros puedan ser reclamadas desde la jurisdicción interna.

Además, a pesar de no haber ninguna disposición que establezca la supremacía del derecho comunitario sobre el nacional, la CEJ se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el punto. Aun cuando los tratados que han creado el orden jurídico comunitario no establecen su supremacía sobre los sistemas nacionales, la CEJ ha determinado que, incluso cuando en derecho interno no se contemplan medios para que los nacionales de los estados hagan valer sus derechos bajo el

---

<sup>129</sup> *Van Gend en Loos* Case No 26/62 [1963] ECR 12, 2 CMLR 105, 129 (1964) (énfasis mío).

régimen comunitario, las cortes nacionales deben aplicar estas reglas:

By creating a Community of unlimited duration, having its own institutions, its own personality, its own legal capacity and capacity of representation on the international plane and, more particularly, real powers stemming from a limitation of sovereignty or a transfer of powers from the States to the Community, the Member States have limited their sovereign rights and have thus created a body of law which binds both their nationals and themselves.<sup>130</sup>

La supremacía del derecho comunitario ha sido afirmada incluso frente al orden constitucional de los países miembros. La CEJ ha reconocido que no es posible tener diversos regímenes legales creados por la legislación interna de cada uno de los miembros, por lo que la unidad del sistema depende de que el orden comunitario prevalezca sin estar sujeto a legislación interna subsiguiente:

Furthermore, in accordance of the principle of the precedence of Community law, the relationship between provisions of the Treaty and directly applicable measures on the one hand and the national law of the Member States on the other is such that *those provisions and measures not only by their entry into force render automatically inapplicable any conflicting provision of current national law but –insofar as they are an integral part of and take precedence in, the legal order applicable in the territory of each of the Member States–*also preclude the valid adoption of new national legislative

---

<sup>130</sup> *Costa v. ENEL* Case No 6/64 [1964] ECR 585, 3 CMLR 425, 455 (1964).

measures to the extent to which they would be incompatible with Community provisions.<sup>131</sup>

Puede discutirse en qué medida deben ser aplicados los órdenes internacionales tradicionales por las cortes internas. Sin embargo, la aplicación de las reglas comunitarias no es exclusiva de la esfera internacional, sino que se ha llevado explícitamente al nivel *vertical*, del exterior al interior en las cortes locales.<sup>132</sup> La interpretación de la CEJ antes citada no está sujeta a las reglas de adopción de tratados (por sistemas de recepción automática u otros) fijadas en las constituciones de los miembros; su integración al orden interno no es elegible, sino obligatoria. Tal penetración vertical del derecho comunitario en los sistemas internos dificulta diferenciar claramente el grado de centralización del derecho comunitario del orden estatal. Como se ha visto en la primera sección de este capítulo, la supremacía del derecho internacional sobre el interno, desde la perspectiva internacional, ha sido afirmada en varias ocasiones por la CIJ. Pero la inaplicabilidad del derecho interno en caso de conflicto con el internacional parece ser un asunto de derecho constitucional que se resuelve en cada estado del modo descrito en la segunda sección del capítulo. Esto diferencia al derecho comunitario del internacional tradicional.

---

<sup>131</sup> *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal* Case No. 106/77 [1978] ECR 629, 23 CMLR 263, 283 (1978) (énfasis mío). Sobre la consecuencia de conflictos entre derecho internacional e interno Cfr. §IV.A.7.a). Ausencia de mecanismos para eliminar una norma contradictoria del sistema, 180.

<sup>132</sup> L Hancher 'Constitutionalism, the Community Court and international law' (1994) XXV NYIL 159-98, 265

Por otro lado, el medio de implementación de las obligaciones del régimen comunitario es similar al del derecho internacional general, porque la CEJ carece de medidas coactivas para obtener el cumplimiento de sus sentencias; no obstante, el régimen comunitario es a menudo calificado de jurídico.<sup>133</sup> Pero este régimen es distinto del internacional tradicional porque quedan expresamente excluidas del régimen de contramedidas del derecho internacional general, y no pueden suspenderse por razones de reciprocidad.<sup>134</sup>

---

<sup>133</sup> *Idem*. La autora explica que:

As Weiler observes this latter system 'which is typically actuated through the principles of state responsibility, reciprocity and counter-measures, gives the notion of supremacy an exceptionally rarefied quality, making it difficult to grasp and radically different from that found in the constitutional orders of states with centralized enforcement monopolies'

citando a J H H Weiler, 'The transformation of Europe' (1991) 100 Yale LJ 2405, 2414 n 8.

En E Denza 'Two legal orders: divergent or convergent' (1999) 48 ICLQ 257 se explica que incluso en caso que la CEJ imponga sanciones pecuniarias a individuos el EC Treaty Consolidated version art 245 (ex 188) & 256 (ex 192) dice: "*Enforcement shall be governed by the rules of civil procedure in force in the State in the territory of which it is carried out*".

<sup>134</sup> En *EEC Commission v Luxembourg* Case No 90 & 91/63 [1964] ECR 625, 631, la CEJ señaló que el derecho comunitario era un nuevo orden jurídico en el que los miembros no debían tomar la ley en sus manos. Más adelante en *Commission v France* Case No 232/78 [1979] ECR 2729, 2739, dijo que '*A member state cannot under any circumstance unilaterally adopt, on its own authority, corrective measures, or measures to*

Puede recapitularse así la relación del derecho comunitario con los sistemas internos: (i) las normas del derecho comunitario deben ser integradas al derecho interno y son vinculatorias directamente en el territorio de los miembros; y (ii) la supremacía del derecho comunitario se extiende incluso sobre el derecho constitucional de los miembros. Pero el derecho interno *no es invalidado* por los órganos comunitarios, sino que en caso de conflicto no es aplicable. Esto sugiere una construcción dualista porque la invalidez de una norma (inaplicabilidad) en el orden comunitario no implica la invalidez en el sistema interno. Pero el grado de penetración del derecho comunitario en los regímenes nacionales sugiere también una construcción monista. El problema se agudiza al observar que, por ejemplo, la Corte Constitucional Alemana ha declarado la libertad del país de reservar su adhesión a la Unión mientras se cumplan las cláusulas constitucionales de democracia y estado de derecho (artículo 79.III). Otro ejemplo es el referéndum que llevó a la adhesión de Austria a la Unión en 1994. Los principios constitucionales de soberanía popular y federalismo se limitaron en un referéndum hasta un punto dado; una mayor limitación requeriría un nuevo referéndum, pero la supremacía del derecho comunitario frente al constitucional se acepta comúnmente.<sup>135</sup>

---

*protect trade designed to prevent any failure on the part of another member state to comply with the rules laid down by the treaty*". Ver L Hancher, ante, nota 132, 269, en donde se hace notar el hecho de que la restricción de las contramedidas es un fenómeno común a varias ramas de derecho internacional público, y no es exclusiva del régimen comunitario.

<sup>135</sup> T Öhlinger 'Unity of the Legal System or Legal Pluralism: The *Stufenbau* doctrine in present-day Europe' en A Jyränki

En fin, la construcción del régimen comunitario permite ver los problemas de la relación compleja entre órdenes jurídicos que se ha descrito en relación con el derecho internacional 'tradicional'.

### E. SISTEMAS JURÍDICOS DE SEGUNDO ORDEN

Se ha planteado antes el problema que representa describir la relación entre el derecho interno y el orden internacional. Para poder abordar el caso de la formación del estado federal, la existencia de órdenes jurídicos infranacionales y la integración europea como instancias del mismo problema, es necesario expresar en qué sentido pueden entenderse éstas como situaciones análogas.

La formación de un estado federal integrado por partes antiguamente independientes es análoga a la formación de un orden supra o interestatal. En tanto que puede haber órdenes jurídicos que no sean estados (aunque a la inversa no se dé la relación), distinguimos cada uno de estos tres tipos de órdenes jurídicos por su grado de centralización, siendo el estado un orden relativamente más centralizado (TPD §41 a 291). Por ello, la problemática de la formación de un orden único o común a las partes en un estado federal es análoga a la formación de un orden único o común a las partes de los otros dos tipos de órdenes, *ie*, supra o interestatal. El procedimiento inverso, el de fragmentación del orden federal, puede ser visto como el problema del reconocimiento legal de órdenes jurídicos infranacionales existentes *de facto*. En la medida en que estos

---

(ed) *National Constitutions in the Era of Integration* (Kluwer Law London 1999) 163, 170-1

órdenes infranacionales no sean reconocidos legalmente no representan un problema para el orden superior, pero el reconocimiento implicará especialmente la asignación de las competencias en cada nivel jurisdiccional. En este sentido el derecho intersocietario es una instancia del problema ya planteado.

El caso de la Unión Europea es más claro, pero también más complejo. Como se dijo al inicio, la disputa del monismo y el dualismo tuvo su origen hace un siglo, cuando eran sumamente controvertidas la formación del estado federal y la relación del derecho internacional con el interno. La disputa ha resurgido para hablar de la Unión Europea, particularmente frente a los conceptos de efecto directo y supremacía sobre el derecho interno.<sup>136</sup> Estas características de la integración dificultan aclarar si la Unión Europea es similar al estado federal o al derecho internacional tradicional.

Por una parte, de lo expuesto en la sección anterior puede verse que se pretende distinguir a la Unión del derecho internacional general, porque en principio las diferencias formales entre ambos órdenes son bastante claras. Además, entre los argumentos que se esgrimen para distinguir al derecho comunitario del internacional tradicional se encuentran: (i) la posibilidad de que haya reglas sin el consentimiento absoluto de las partes, en especial a través de las decisiones de la CEJ (esto refiere a la doctrina de facultades implícitas); (ii) el interés por la mutua cooperación puede limitar el ejercicio de la voluntad de los estados miembros en el momento de aceptar nuevos compromisos en las formas de decisión del derecho comunitario

---

<sup>136</sup> *Idem* 167-8.

(tal restricción no se aprecia en los foros de derecho internacional tradicional); (iii) la legitimación del individuo como procesadamente apto en el derecho comunitario; y (iv) la función de las cortes nacionales como autoridades del sistema comunitario al emplear las mismas fuentes que la CEJ en cuanto al derecho comunitario.

Por otra parte, las analogías de la Unión con el derecho internacional son profundas si se considera que:<sup>137</sup> (i) en el caso del derecho comunitario y el internacional se trata en su mayoría de reglas entre estados soberanos; ni el tratado de la Comunidad Europea ni la CNU incluyen cláusulas sobre el retiro de sus miembros, y ello no sugiere que dejen de ser soberanos. (ii) Ambos órdenes tienen como fuentes principales la costumbre y los tratados; (iii) en ambos casos, los organismos constituidos actúan en el marco de los documentos que los crearon<sup>138</sup>; y (iv) finalmente, en ambos casos, las normas sólo pueden ser efectivas a través de la acción al interior de los miembros de la comunidad, *ie*, a través de las decisiones en el marco de su

---

<sup>137</sup> E Denza, ante, nota 133, 257-6.

<sup>138</sup> En el caso de dos opiniones consultivas de la CIJ, la Corte indagó sobre la posibilidad de que la Asamblea General y la Organización Mundial de la Salud estuvieran facultadas para requerirle una opinión sobre el uso de armas nucleares. *Legality of the Use or Threat of Use of Nuclear Weapons in Armed Conflict* (Advisory Opinion) ICJ Reports 1996, 66. Por su parte, la CEJ indagó sobre las facultades del Consejo de Ministros para adoptar directivas sobre la duración de la jornada de trabajo. *UK v Council of the European Union Case C-89/94* [1996] ECR I-5755.

legislación interna.<sup>139</sup> Pero de modo más importante debe verse que ambos órdenes están interrelacionados de tal forma que hoy es difícil determinar en qué nivel se encuentra la Unión, si federal o internacional:

It is to be regretted that the EC law ever ceased to be regarded as a vanguard system of international law. Perhaps this was because the debate was so long dominated by those who wished to see the European Community as an embryonic federal state [...] The governments of the member States to an increasing extent have seen that in certain areas there are still advantages in the public international law method of working together.<sup>140</sup>

De lo anterior se puede reconocer que, a pesar de una inclinación intuitiva y de la declaración de la CEJ de un sistema jurídico *sui generis*, los problemas que se presentan sobre su relación con el derecho interno de sus miembros, son análogos a los que hemos revisado al plantear la relación entre el derecho internacional en general y el derecho interno. En todo caso, esta comparación sugiere la flexibilidad<sup>141</sup> en el acercamiento al problema del orden legal al que pertenece la Unión, sugiriendo que no es tan importante esta decisión como la posibilidad de apreciar las complejidades de las relaciones inter y supraestatales. De modo que una solución válida para el orden de la Unión Europea debe valer también para el derecho

---

<sup>139</sup> Ver ante, nota 133.

<sup>140</sup> E Denza, ante, nota 133, 284.

<sup>141</sup> *Idem* 284.

internacional en sentido amplio, y en su relación con el derecho interno.

Parece claro que los sistemas jurídicos estatales se consideran separados e independientes entre sí, y estas relaciones se encuentran en el derecho internacional positivo, como se ha señalado antes. El problema es explicar las relaciones entre estos ordenamientos estatales y otros que pueden no estar reconocidos *legalmente* como órdenes jurídicos (o cuyas fuentes no sean reconocidas sino parcialmente), como los sistemas normativos infranacionales de comunidades indígenas, ordenamientos supranacionales como la Unión Europea, o en la determinación del momento en que dos órdenes estatales se fusionan y generan un único orden. Puede rechazarse de plano que cualquiera de estos órdenes no estatales sean jurídicos. Así persistirían sistemas nacionales independientes uno de otro, en el sentido de que pueden existir uno *sin* el otro; es decir, que es *posible* que no tengan ninguna relación, aunque ello no sea el caso. El problema se presenta cuando conferimos al derecho internacional y a órdenes normativos distintos del estatal el carácter de órdenes jurídicos. En el caso del derecho internacional, éste presupone necesariamente la existencia de otros sistemas jurídicos. Por lo tanto no es independiente de ellos, como podrían serlo los sistemas nacionales. Así describe Kelsen la posición de los pluralistas. “*International law and national law are, in their opinion, two separate, mutually independent, legal orders that regulate quite different matters and have quite different sources*” (GTLS 2 § VI C i 363). Se trata de una condición necesaria del derecho internacional el presuponer la existencia de órdenes estatales. No es éste el caso entre órdenes estatales iguales, de los que se puede decir que *de facto* se encuentran cada vez más relacionados normativamente, pero para los que estas relaciones no son *necesarias, sino históricamente contingentes*. El derecho internacional está

condicionado a la existencia de los sistemas internos, entre los cuales opera como puente.

No es necesario que los sistemas jurídicos mantengan ninguna relación con otros. Puede imaginarse una situación en la que los miembros del sistema 'B' ignoren la existencia de un sistema jurídico 'A': no puede decirse que estos dos sistemas guarden alguna relación entre sí. Pero el caso del derecho internacional es diferente.

Piénsese en un sistema inter-AB cuya única función es organizar las relaciones entre sistemas A y B preexistentes. Sustituyamos A y B, y llegaremos al resultado de la última columna de la derecha:

	sistema A	sistema B	sistema inter-AB
(i)	Aguascalientes	Baja California	sistema federal
(ii)	derecho aborigen	derecho canadiense	derecho intersocietario
(iii)	derecho francés	derecho inglés	derecho comunitario
(iv)	derecho francés	derecho inglés	derecho internacional

*Tabla 2. Composición de sistemas de segundo orden inter-AB*

(En lo subsecuente usaré los términos 'sistema A', 'sistema B' y 'sistema inter-AB' con estas sustituciones. Llamaré norma interna a cualquier norma de inter-AB.)

Debe resaltarse que la convención es que las instancias i y ii son entendidas como una unidad. Las relaciones de iii y iv pueden ser diferenciadas por el grado de descentralización que presentan. Pero sus relaciones normativas *no parecen ser diferentes* de las que existen entre las instancias i y ii. Pueden ser subsumidos bajo las mismas categorías normativas: el

sistema inter-AB. Aquí he considerado más sencillo decir que inter-AB es un sistema que *relaciona* a otros entre sí, atendiendo a la función que cumple. Averiguar si inter-AB tiene o no autonomía respecto de A y de B, es justamente el problema que debe resolverse aquí.

Puede verse que el conjunto de normas que relacionan a A con B, e l sistema inter-AB, puede ser ignorado (desconocido) por un tercero. Pero no puede decirse de A o de B que ignoren el sistema inter-AB, ni que éste último no presupone la existencia de los primeros. Por esto he llamado a inter-AB sistema 'de segundo orden'.

En fin, las situaciones descritas antes pueden verse como instancias del problema que representa la relación entre órdenes jurídicos en los que su posición jerárquica recíproca no es clara. Estos problemas no surgen entre sistemas jurídicos nacionales, que se reconocen iguales entre sí, sino sólo entre aquellos cuyas relaciones son más intensas por tener ámbitos de aplicación comunes que no se han resuelto claramente.

Finalmente, preguntar si dos sistemas están separados es diferente de preguntar cuál de ellos se encuentra en superioridad jerárquicamente.

En el marco de la problemática en la unión Europea, parecería posible resolver el problema de la jerarquía de las normas del sistema comunitario sin responder la pregunta por la unidad o el dualismo, observando la práctica de los órganos judiciales competentes y el modo en que los miembros han respondido al proceso de integración:<sup>142</sup> “[...] *the question as to whether a dualistic theory is compatible with an approach according to*

---

<sup>142</sup> T Öhlinger, ante, nota 135, 172.

*which both international and domestic law regarded as valid positive law need not be settled.*"<sup>143</sup> De hecho, preguntar por el fundamento de validez del sistema comunitario –ie, determinar si tal fundamento se encuentra en las constituciones locales o en sí mismo– es válido, y no puede contestarse tomando alguna de las dos posturas.

Una posición dualista retrataría la situación como si hubiera dos sistemas independientes y separados, entre los que no hay relaciones normativas: obliga a la evasión del problema. Una posición monista en el modelo de Kelsen implicaría presuponer que se ha determinado la fuente de validez del derecho interno y del comunitario. Bajo ninguno de estos esquemas puede apreciarse y resolverse la contradicción del derecho constitucional respecto de la posición de la CEJ. Pero la dificultad de tomar postura sobre esta disputa teórica no impide comprender el alcance de los principios de efecto directo y superioridad del derecho comunitario.<sup>144</sup>

*"Instead a sound legal position should recognise these fundamental conflicts as being unsettled without thereby banishing them from the realm of legal reasoning."*<sup>145</sup> El profesor Öhlinger opina que la adopción de cualquiera de las

---

<sup>143</sup> *Idem* 167.

<sup>144</sup> *Idem* 169.

<sup>145</sup> *Idem* 172-3. El autor explica la similitud entre la presente integración europea y la situación en 1648 tras la firma del tratado de Osnabrück, el cual establecía un equilibrio entre el imperio cristiano y las emergentes soberanías territoriales. Pufendorf calificó esta construcción de monstruosa por ser lógicamente contradictoria.

dos posibilidades equivaldría a cortar, en lugar de desatar, el nudo gordiano.

El profesor Massimo la Torre ha explicado en un sentido similar las razones por las que el régimen comunitario no puede ser resuelto en términos de monismo o de pluralismo. Sin embargo, él ha encontrado que un ‘pluralismo conectado’ es un punto medio que explica las relaciones entre el sistema comunitario y los sistemas nacionales, pero que desde el punto de vista interno (el del aplicador de la ley) implica la existencia de *un sólo sistema normativo*.<sup>146</sup>

What we need is a rule of recognition, which in our case could be offered by the treaty, whereby we are told the extension (and the intension as well) of a general normative field. [...] Nonetheless, these rules of recognition are not higher norms in the sense of a *Grundnorm*, the top of a legal hierarchy or *Stufenbau*. Had it to be such, we would fall back again into a form of “monism” and to some notion of sovereignty.<sup>147</sup>

El alcance de las normas comunitarias es claro, y lo es por prevalecer sobre el derecho interno en ciertos casos. Sin embargo, la unidad del sistema está sujeta a discusión. No hay una relación de necesidad entre la jerarquía y la unidad del sistema. Bien puede concebirse al derecho comunitario como separado del nacional.

Desde la perspectiva del derecho internacional, se han analizado posturas dualistas, que predicán la superioridad

---

<sup>146</sup> M la Torre ‘Legal Pluralism as evolutionary achievement of community law’ (1999) 12 (2) Ratio Juris 182, 193.

<sup>147</sup> *Idem* 193-4.

jerárquica del orden internacional sobre el interno. Desde la óptica del derecho interno, se han visto diferentes modos de integrar el derecho interno al internacional. Mientras que algunos países admiten el derecho internacional como parte del derecho interno, otros lo supeditan a la consistencia con la constitución, y afirman que hay normas internacionales que no son parte del derecho interno.

En términos del sistema inter-AB puede decirse que A y B son dos sistemas diferentes. La pregunta de la jerarquía no se da, pero se sabe que no se trata de una unidad. Los sistemas A e inter-AB presentan otro problema. La pregunta del monismo es si a e inter-AB forman un solo sistema o no, desde la perspectiva de cualquiera de los dos sistemas. Esto permite separar la cuestión de la jerarquía como una pregunta posterior.

Una vez que se ha discutido la pertinencia del dualismo para responder a los problemas planteados, describiré la opción contraria: el argumento de Kelsen para establecer la unidad del derecho.

## II. LA UNIDAD DEL DERECHO SEGÚN KELSEN

La explicación de la teoría de la unidad del derecho se encuentra en los fundamentos de la teoría de Kelsen: la norma fundante como categoría de nuestro pensamiento jurídico, su capacidad de dotar al sistema jurídico de coherencia, y el papel de la sanción como criterio de individuación de normas. El argumento que conduce a Kelsen a establecer la teoría de la unidad consta de una cuestión previa y de tres argumentos basados en dos observaciones de la operación del derecho internacional. La cuestión previa es que el derecho internacional es jurídico en el mismo sentido que el derecho interno; y que los ámbitos de aplicación del derecho interno son también los del derecho internacional. El primer argumento consiste en que esta aplicación simultánea *no puede explicarse* sin decir que ambos órdenes forman un sólo sistema libre de contradicciones. El segundo es: que el derecho internacional cuenta con una regla de reconocimiento de estados, como una condición necesaria para su existencia, y por lo tanto mantiene una relación de *validación* con el derecho interno. El último argumento es que el derecho interno complementa las normas internacionales al incluir sanciones en derecho interno.

Un corolario importante al argumento monista es la relación de jerarquía del derecho internacional sobre el interno. Aunque la postura de Kelsen varió con el tiempo,<sup>148</sup> él afirmó la imposibilidad para la ciencia jurídica de tomar una de las dos

---

<sup>148</sup> cf. C Richmond 'Preserving the Identity Crisis: Autonomy, system and sovereignty in European law' (1997) 16 L & Phil 377, 410.

opciones.<sup>149</sup> Yo misma adoptaré y seguiré este camino; no discutiré el tema sino de modo marginal, en virtud de la distinción entre las preguntas por la unidad y por la jerarquía previamente formulada.

#### A. ARGUMENTOS SOBRE LA UNIDAD DEL DERECHO

La cuestión previa es que el derecho internacional efectivamente es jurídico, porque cuenta con los mismos atributos que el derecho interno. El derecho internacional es derecho porque estatuye actos coactivos como sanción (TPD §42a 323-5). Su juridicidad se funda en que establece reglas para el uso de la fuerza, que está en manos de la comunidad y que consiste en represalias y guerra. No obstante su carácter de 'derecho', es primitivo por carecer de un órgano centralizado facultado para ejercer la fuerza (TPD §42b 325-6).

##### 1. Validez simultánea y ausencia de contradicciones

El primer argumento de Kelsen se basa en la observación de la validez simultánea del derecho interno e internacional. Al concebir estos sistemas como simultáneamente válidos Kelsen concluye que la única consecuencia posible es que ambos sean entendidos como formando parte de un sólo sistema jurídico.

---

<sup>149</sup> H Kelsen 'The Concept of a legal order' (1982) 27 AJ Jurisp 64, publicado por primera vez en 1958; y H Kelsen 'Sovereignty' en Paulson & Paulson *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes* (Clarendon Press Oxford 1998) 525, publicado originalmente en 1960 [en adelante 'Sovereignty'].

La versión fuerte del monismo es una *construcción epistemológica* que permite comprender cómo son en verdad los sistemas jurídicos, así como las relaciones que guardan entre sí.<sup>150</sup> El pluralismo jurídico establece la existencia de tantos sistemas jurídicos como estados haya; y puede reconocer al derecho internacional como un sistema jurídico adicional, independiente de los sistemas estatales, aunque el modo en que esta independencia se dé, no parece del todo claro (TPD §43a). Aunque Kelsen reconoce que el derecho internacional y el nacional no forman una unidad jurídica en el sentido operativo – por no existir un gran estado federal–, sí postula la necesidad lógica de una construcción monista:

Sólo contamos con una unidad epistemológica de todo el derecho; es decir, cabe concebir al derecho internacional, junto con los órdenes jurídicos particulares de cada estado, como un sistema unitario de normas, de igual modo que se acostumbra ver en los órdenes jurídicos estatales particulares una unidad.

Ello se contrapone a la tesis tradicional que quisiera ver en el derecho internacional y en los derechos estatales particulares dos sistemas normativos distintos, entre sí independientes, aislados reciprocamente en tanto se funden en dos normas básicas diferentes. Esta construcción dualista –que quizás, habría que

---

<sup>150</sup> Puede pretender reducirse el argumento monista de Kelsen a una necesidad cognitiva, *ie*, al monismo como la manera de interpretar los hechos del mundo normativo (cf. C Richmond, ante, nota 148, 408). Sin embargo, al hacerlo no daríamos cuenta con suficiente claridad de que esta construcción epistemológica presupone un funcionamiento del derecho interno e internacional: que son simultáneamente válidos.

denominar “pluralista”, atendiendo a la multiplicidad de los órdenes jurídicos estatales particulares— es, sin embargo, *insostenible por razones puramente lógicas*, si es que ha de verse tanto en las normas del derecho internacional como en los órdenes jurídicos estatales particulares normas simultáneamente válidas, a saber, como normas jurídicas. [...] *El criterio negativo de esa unidad es la falta de contradicción*. Este principio lógico también vale para el conocimiento en el dominio de las normas. No cabe describir un orden normativo de manera de afirmar que vale tanto la norma “A es debido”, como “A no es debido”. Lo que sobre todo interesa en la determinación de la relación entre derecho estatal y derecho internacional, es la cuestión de si entre ambos sistemas normativos pueden darse conflictos irresolubles. (TPD §43a 330, énfasis mío.)

Entre los argumentos sobre la lógica de los sistemas, Kelsen afirma que la ausencia de conflictos entre el derecho interno y el internacional prueba el criterio negativo de la unidad de los sistemas jurídicos. Kelsen propone un argumento que *no pretende describir* la relación de los sistemas jurídicos desde el punto de vista de su organización. Para él es claro que no se puede hablar de una estructura de tipo estatal, de una federación que comprenda a todos los estados del mundo. Él tomó en cuenta que el desarrollo del sistema internacional está por venir, y que se desarrollarán la responsabilidad individual y la justicia internacional:

En la misma manera en que el derecho internacional penetra con sus regulaciones en materias que hasta ahora sólo se encontraban normadas por los órdenes jurídicos estatales particulares, tiene que reforzarse la tendencia al facultamiento y obligación inmediatas a los individuos. Con ello y en igual medida, aparecerá, en lugar de la responsabilidad colectiva y por el resultado, una responsabilidad individual por la intención. Junto a

ello se produce –lo que, en el presente, sólo se observa dentro de comunidades particulares de derecho internacional– la constitución de órganos centrales destinados a la producción y ejecución de normas de derecho. Esta centralización se refiere por de pronto –en entera semejanza con la evolución del orden jurídico de los estados particulares– a la actividad jurisdiccional: tiende a la formación de una justicia (tribunales) internacional. TPD §42d 330

Sin embargo, su modelo monista responde a una necesidad cognitiva. No sería posible en su teoría del sistema jurídico concebir que dos sistemas jurídicos fueran válidos simultáneamente, *ie*, que valieran para los mismos ámbitos de validez.

Las normas del derecho internacional y las del derecho local pertenecen a un mismo sistema de derecho: “*The monistic view is the result of the analysis of the norms of positive international law referring to States, and that means, to the national legal orders. It is from the standpoint of international law that its connection with national law and hence with a universal legal order is seen[...]*” (GTLS 2 §VI C a 363).

## 2. Principio de efectividad

El segundo argumento de Kelsen es que el derecho internacional contiene una norma denominada por él ‘principio de efectividad’ que es un estándar para el reconocimiento de estados.<sup>151</sup> Como se ha señalado arriba, el principio de efectividad es similar a la regla de reconocimiento de estados

---

<sup>151</sup> C fr. Principio de efectividad TPD §34 (h) 226, y norma fundante de derecho internacional, 227.

que se ha enunciado aquí, aunque más adelante importantes distinciones deberán hacerse para apreciar la precisión del argumento de Kelsen.<sup>152</sup> Más aún, el derecho internacional tiene dos tipos de contenidos, que hacen suponer en sí mismos una cierta relación entre el derecho interno y el internacional. Estos contenidos son:

(1) the norms referring to matters that can be regulated in a positive way only by international law, and do not allow of such regulation through national law, conceived of as the law of one state, the validity of which is limited to a certain territory and its population [...] (2) Norms referring to subject matters that can be regulated also by national law, and that actually are regulated only by national law insofar as customary or conventional international law does not regulate them in a positive way [...] (PIL §III 205)

Las normas del segundo tipo *pueden* pertenecer al derecho internacional; las del primer tipo son, según Kelsen, *necesariamente* normas de derecho internacional (PIL §III 205).<sup>153</sup> La relación de los ámbitos de validez del derecho

---

<sup>152</sup> Ver §IV.A.1 ‘Relaciones de validación y complementación’ p 152.

<sup>153</sup> De acuerdo con Philip Bobbit, ante, nota 12, 97, se puede ver a las normas de derecho internacional como regulando dos subclases distintas de materias: las cuestiones que no pueden ser competencia exclusiva de un estado, sino que involucran al menos a dos, como el territorio, la migración, la jurisdicción; y por otro lado, otros asuntos interestatales, como la guerra, o el funcionamiento de las organizaciones intergubernamentales. Como se ha dicho ya, las normas que se encuentran

interno y del internacional se aprecia más claramente si consideramos que sólo una norma puede limitar los ámbitos de validez de otra norma; y la norma que determina los ámbitos de validez del derecho interno sólo puede pertenecer al derecho interno o a un orden superior (PIL 93). Este enunciado, por sí sólo, no parece problemático. Incluso resultaría difícil explicar en qué sentido podemos concebir normas que determinen los ámbitos de validez de un sistema, sin que tomemos una de estas dos alternativas. Si se considera que el derecho internacional contiene las reglas que distribuyen la jurisdicción de los estados al identificar normas para delimitar fronteras, para otorgar la nacionalidad o para determinar si un estado existe, parece necesario concordar con Kelsen sobre la unidad cognitiva que integran el derecho interno y el internacional.

### 3. Relación de complementariedad

El tercer argumento está basado en la relación de complementación de las cortes locales frente al derecho internacional. El derecho internacional es vinculatorio directamente sobre individuos en algunos casos excepcionales; asimismo el derecho internacional contiene reglas incompletas, cuya sanción se delega a los sistemas nacionales: “Las obligaciones que el derecho internacional impone inmediatamente a individuos se constituyen a través de las

---

originariamente en la esfera interna de los estados, pueden ser transferidas a la esfera internacional, y comprenden la segunda clase distinguida por Kelsen. Típicamente puede pensarse en la regulación internacional de los derechos humanos como normas de este tipo.

sanciones específicas del derecho estatal: sanciones penales y ejecución civil” (TPD §42d 330). Además afirma que la naturaleza propia del derecho implica su aplicabilidad sobre personas naturales y no de modo abstracto sobre entidades jurídicas. El derecho internacional no simplemente regula a los estados, sino que regula a las personas que los constituyen.

Los argumentos presentados por Kelsen se han ordenado aquí según la crítica de HLA Hart en KDUL, misma que se discutirá en el último capítulo. El razonamiento que obliga a Kelsen a sostener una concepción dualista pueden dividirse en dos tipos: (i) argumentos respecto de la lógica inherente a los sistemas jurídicos (primer argumento) y (ii) argumentos prácticos, con base en la realidad normativa (segundo y tercer argumentos). Estos dos tipos de argumentos son analizados por Hart como las versiones fuerte y débil del argumento monista: fuerte por considerar que es *necesario* y no sólo un hecho, que se trate de una unidad; débil al implicar que es un hecho que ambos órdenes forman un solo sistema (KDUL 554-5).

Brevemente debe considerarse la relación entre la norma fundante y el argumento monista. Basta decir que (i) si la norma fundante es una necesaria categoría de neutro razonamiento jurídico;<sup>154</sup> (ii) una consecuencia de la norma fundante es que no podríamos concebir conflictos en los sistemas jurídicos (TPD §43a 330, ante); (iii) y la unidad del sistema jurídico es una consecuencia de nuestro razonamiento jurídico. Debemos decir

---

<sup>154</sup> Citado en Raz ‘The Purity of the Pure Theory’ en S Paulson & B Litschewski Paulson *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes* (Clarendon Press Oxford 1998) 237 [en adelante ‘The Purity’].

que la norma fundante, en cuanto categoría del pensamiento jurídico, implica que se conciba a los sistemas jurídicos formando una unidad cuando tienen validez simultánea. Debe hacerse notar también que al lado de estas relaciones se encuentra el carácter valorativo de las normas jurídicas, cuya relación con la norma fundante se verá más adelante.

La noción monista como necesaria en nuestra concepción del derecho y la concepción monista como una característica de la operatividad de los sistemas, están relacionadas de un modo peculiar. En realidad la pregunta por la formulación fuerte del monismo no surge sino hasta que hemos establecido que dos órdenes jurídicos son válidos simultáneamente. De lo contrario, sólo tendríamos dos órdenes A y B que existen por completo separados uno de otro, y al no tener ningún punto de contacto, no puede generarse ningún conflicto entre ellos. Este es el problema que se ha tratado en el capítulo anterior.

## **B. NORMA FUNDANTE COMO DADORA DE ORDEN**

Ahora intentaré evidenciar que la noción de la unidad del derecho en Kelsen está necesariamente ligada con la norma fundante. Por esto haré algunos comentarios sobre una de sus funciones en la teoría del derecho.

La caracterización del derecho como un orden coactivo en Kelsen no consiste en considerarlo como órdenes respaldadas por amenazas. No es su carácter coactivo lo que lo distingue, sino la conjunción de lo coactivo con su carácter ordenado. El sentido del orden deriva en un criterio de individuación del sistema jurídico, *ie*, una norma fundante que es la razón de su validez. Luego, el que dos normas jurídicas diferentes tengan en común la misma norma fundante constituye el criterio para saber que ambas pertenecen a un mismo orden jurídico.

El criterio de individuación del orden jurídico está en Kelsen determinado por el concepto de validez. Así: *“Several norms belong to the same legal order if all derive their validity from the same basic norm.”* (PIL §VB4 408); por lo tanto, *“If several norms all receive their validity from the same basic norm, then—by definition—they all form part of the same system”* (PIL §VB4 408). Deben, sin embargo, distinguirse en la norma fundante dos principios diferentes: *“According to the nature of the basic norm we may distinguish two different principles constituting the unity of a normative order or a normative system: a static and a dynamic principle“* (PIL 409). El principio estático no es estrictamente jurídico, sino normativo en general, porque puede ser aplicado, por ejemplo, a las normas morales. Por virtud del contenido de la norma, desprendemos de una regla general una norma individualizada:

According to the static principle, the norms are valid, and that means we assume that the individuals whose behaviour is regulated by the norms ought to behave as the norms prescribe, by virtue of their contents—their contents having an immediately evident quality that guarantees their validity; or, in other terms, the norm are valid because of their inherent appeal. [...] The norms have this quality because their validity is derivable from a higher, *ie*, more general norm as the particular is derivable from the general (PIL 409 / GTLS).

El funcionamiento del principio estático se aprecia en la aplicación de las normas jurídicas a un caso concreto. De una norma de conducta general se llega a la regulación de un caso específico. Esto se aprecia particularmente en la decisión judicial. Este principio es característico también de órdenes normativos como la moral, en donde cada uno de los sujetos obligados concluye cómo debe comportarse a partir de enunciados generales.

El atributo de los sistemas jurídicos, que los diferencia de otros tipos de órdenes normativos, es el principio dinámico. La manera de reconocer la identidad de un orden jurídico es la identidad de la autoridad con que las normas han sido creadas, *ie*, es el fundamento de su validez:

Un “orden” es un sistema de normas cuya unidad ha sido constituida en cuanto todas tienen el mismo fundamento de validez; y el fundamento de validez de un orden normativo es –como veremos– una norma fundante de la cual deriva la validez de todas las normas pertenecientes al orden. Una norma aislada sólo es una norma jurídica *en cuanto pertenece a un determinado orden jurídico*, y pertenece a un determinado orden jurídico cuando su validez reposa en la norma fundante de ese orden. (TPD §6a 75, énfasis mío.)

Más claramente, la norma fundante es un elemento común a todas las normas de un mismo sistema; la identidad de la norma fundante, de la cual las normas deriven su validez, determina la unidad del sistema.

Esto tiene además la consecuencia de dotar al sistema de coherencia, de modo que un sistema jurídico está libre de contradicciones. No puede decirse que en un mismo sistema haya dos normas que regulen de modo contradictorio la misma conducta:

Puesto que la norma fundante básica es el fundamento de validez de todas las normas pertenecientes al mismo orden jurídico, constituye ella la unidad dentro de la multiplicidad de estas normas. Esa unidad también se expresa diciendo que el *orden jurídico es descrito en enunciados jurídicos que no se contradicen*. [...] Semejante conflicto normativo aparece cuando una norma determina una conducta como debida, y otra

norma obliga a una conducta incompatible con la primera. (TPD 34 TPD 214, énfasis mío.)

Debe insistirse en que la consistencia del orden jurídico tiene un impacto definitivo en la decisión judicial. El compromiso con la coherencia del sistema implica decir que no es el caso que el juez esté autorizado para fallar en dos sentidos contradictorios, *ie*, con los que el sujeto no pueda cumplir simultáneamente. La ausencia de contradicciones está presente en nuestra comprensión del derecho a través de la norma fundante.

Si se acepta la teoría de Kelsen sin más, entonces debe aceptarse la unidad del derecho como necesaria. En virtud de lo expuesto en el primer capítulo respecto de las materias y sujetos que regula el derecho internacional, debe concordarse con el hecho de que en verdad son válidos simultáneamente, *ie*, que hay una gran coincidencia entre sus ámbitos de validez.

Pero pueden avanzarse dos razones para separarse de este argumento, relacionadas con la manera en que, de hecho, se relacionan los estados en la actualidad: las restricciones al uso de la fuerza y las represalias, y la diferencia del principio de efectividad –según lo enunció Kelsen– y la regla de reconocimiento de estados en la actualidad. El primer punto pertenece a la juridicidad del derecho internacional; el segundo, al argumento monista en cuanto tal.

Para poder determinar si el argumento de Kelsen fructifica, debe analizarse la cuestión previa, considerando la regulación actual del uso de la fuerza. Como este es el criterio de individuación de Kelsen, debe elegirse un sustituto: Hart. El reto es poner el argumento monista en los términos de la teoría de un autor que lo ha rechazado decididamente.

### III. DERECHO INTERNACIONAL COMO ‘DERECHO’

La sistematicidad con la que Kelsen o Hart analizan el derecho obedece a la necesidad de hacer inteligible a nuestros ojos el mundo real del derecho. Pero para construir un modelo en verdad explicativo es necesario conocer la realidad del derecho.<sup>155</sup> Para aclarar el contenido de lo jurídico comenzaré por una estipulación: la distinción del derecho de otros tipos de órdenes normativos –específicamente, de la moral o las reglas sociales– radica en la limitación a las instituciones aplicadoras del derecho sobre el material que pueden emplear en sus decisiones. Esta separación es claramente enunciada en autores como Raz o MacCormick,<sup>156</sup> que ponen énfasis en el peso de las instituciones aplicadoras del derecho, en oposición a las instancias creadoras, siguiendo las teorías de Hart. Lo jurídico es autoritativo (*authoritative*), en oposición a lo discursivo de la moral –*ie*, que determina sus contenidos mediante el consenso y sin apelar a la autoridad.<sup>157</sup> El *quid* de la existencia del derecho es que hay instituciones que pueden autoritativamente determinar el contenido de una disputa (que no ha podido ser resuelta moralmente). La creación del derecho requiere apelar a la autoridad, que a su vez depende de la existencia de reglas que establezcan quién debe ser obedecido.<sup>158</sup> Las normas jurídicas,

---

<sup>155</sup> MacCormick ‘The concept of law and *The Concept of Law*’ en RP George (ed) *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism* (Oxford UP Oxford 1999) 177.

<sup>156</sup> *Idem* 164.

<sup>157</sup> *Idem* 69.

<sup>158</sup> *Idem* 173.

en tanto que eliminan la posibilidad de un futuro debate sobre el punto, constituyen razones perentorias para la acción.<sup>159</sup> Además, el derecho es institucional porque es sistemático y contempla la existencia de reglas secundarias de cambio y adjudicación.<sup>160</sup> Esto permite que haya cuerpos que crean el derecho y que lo aplican para determinar la respuesta a asuntos controvertidos moralmente.

Según los autores a los que haré referencia, el derecho internacional es jurídico pero primitivo (Kelsen); o primitivo y, por tanto, no jurídico (Hart); o dudosamente jurídico (Raz). Pudiera parecer inútil revisar la correspondencia entre estos tres conceptos de derecho y el derecho internacional, vg, por considerarse que su carácter jurídico es claro. Sin embargo la separación entre lo jurídico y lo no jurídico es, para mis propósitos, esencial. De acuerdo con Raz, las normas jurídicas constituyen razones excluyentes en el razonamiento judicial –ie, el juez no está en libertad de elegir para su fallo otras razones que las reglas del sistema que está obligado a seguir (PRN 139). Mi pregunta original sobre la relación del derecho interno con el internacional es si el juez de un sistema interno *está obligado* a aplicar las normas del sistema internacional y, por lo tanto, si las normas internacionales forman parte de las razones excluyentes que está obligado a aplicar. Si las normas internacionales no fueran jurídicas, la argumentación que presentaré en el siguiente capítulo sería trivial.

---

<sup>159</sup> *Idem* 177, explica que Raz ha añadido esta conclusión a la teoría de Hart.

<sup>160</sup> *Idem* 175.

Desde el punto de vista de la teoría del derecho internacional la cuestión de su juridicidad suele plantearse en términos de su similitud con el derecho nacional. En este sentido, la juridicidad del derecho internacional no es todavía aceptada sin más.<sup>161</sup> Por su parte el profesor Franck considera innecesaria la justificación de la juridicidad del derecho internacional.<sup>162</sup> Sin embargo, afirma también que un estudio sobre el papel de las normas de derecho internacional debe comenzar por discutir la cuestión de la similitud, que no identidad, entre las normas de derecho internacional y las del interno. Precisamente porque, como dice Franck, deben admitirse las diferencias que guardan el derecho internacional y el interno, y debemos asegurarnos de determinar en qué grado son éstas significativas. Aunque toda esta sección podría considerarse trivial, mi intención es ofrecer razones para que la juridicidad del derecho internacional sea admitida empleando *estos y no otros* conceptos de derecho. Es decir, en términos del profesor Franck, que las diferencias del derecho internacional con el interno *no son determinantes* para nuestra comprensión de *lo jurídico* según ha sido descrita por los tres autores cuyas teorías del derecho emplearé.

Con esto en mente, revisaré brevemente tres teorías del derecho que comparten la tesis de la separación entre el derecho y la moral. La caracterización general de *lo jurídico* permitirá discutir en que sentido el derecho internacional puede ser

---

<sup>161</sup> vg, R Kolb ‘Le droit international est-il un droit primitif?’ (2000) 55 ZÖR 101, se refiere a una buena cantidad de escritos más o menos recientes sobre el punto.

<sup>162</sup> T Franck *The power of legitimacy among nations* (Oxford UP New York 1990) 27-40.

considerado como un orden jurídico y no solamente social o pre-jurídico: (1) partiré de Kelsen, quien decididamente otorga al derecho internacional el carácter de “jurídico”, pero rechazaré su criterio de individuación de normas (coacción); (2) intentaré preservar la juridicidad del derecho internacional, retirando la coacción como condición de las normas en particular, e integrándola a las características del sistema legal en cuanto tal, como hacen Hart o Raz, y ofreceré una explicación del sentido en que el derecho internacional puede reunir las características del sistema jurídico que impone Hart; (3) finalmente, pondré énfasis en las instituciones aplicadoras de derecho, siguiendo la teoría de Raz. El objetivo de esta sección es establecer cómo podemos interpretar al derecho internacional como ‘derecho’.

#### A. DERECHO COMO ORDEN COACTIVO

Para Kelsen, el derecho es un orden coactivo; su finalidad es desalentar la comisión de ciertos actos considerados no deseables para la comunidad, a través de la amenaza del uso de la fuerza: “[...] los sistemas sociales designados como “derecho” [...] son órdenes coactivos en el sentido de que reaccionan con un acto coactivo [...] ante ciertas circunstancias consideradas indeseables, en cuanto socialmente perjudiciales [...]” (TPD §6b 46). Esto implica que la coacción es la consecuencia normativa de que un supuesto sea de hecho el caso: “Que el derecho sea un orden coactivo quiere decir que sus normas estatuyen casos de coacción atribuibles a la comunidad jurídica.” (TPD §6b 47). Lo esencialmente jurídico en cuanto a la fuerza se refiere, no consiste propiamente en su uso o en la amenaza de su uso. El carácter coactivo del derecho *no radica en estar integrado por órdenes respaldadas por amenazas*, sino en el hecho de que el orden asigna a la comisión de cierto acto, una consecuencia en la forma de coacción: “El

derecho es un orden coactivo, no en el sentido de que ejerce [...] coacción psíquica, sino en el sentido en que los actos coactivos [...] son estatuidos por él como consecuencias de condiciones que él determina” (TPD §6bα 49).

El orden jurídico, en el que la coacción es la consecuencia de la realización de una hipótesis, cumple la finalidad de desalentar la comisión de actos considerados poco deseables. Pero esto no es suficiente para caracterizar a lo jurídico. Hay otros tipos de normatividad, como la moral o las normas sociales, que imponen sanciones con el fin de que no se presenten ciertas conductas. El derecho es una técnica social específica, porque es posible emplear la fuerza física para que tenga lugar la consecuencia establecida en el sistema:

A social order that seeks to bring about the desired behaviour of individuals by the enactment of such measures of coercion is called coercive order. [...] these sanctions are only coercive measures in the sense that certain possessions are taken from the individuals in question against their will, if necessary by the employment of physical force. In this sense, the law is a coercive order (GTLS 1 § I B d 19) .

La manera en que se integra este orden coactivo lleva a esclarecer dos conceptos fundamentales para el derecho, que corresponden a la hipótesis, por un lado, y a la consecuencia de su realización, por otro: “*Delict and sanction are the two fundamental data of the law, which is a set of norms a coercive act, the sanction, is attached, as consequence, to a conduct, the delict, as a condition of the sanction*” (PIL §IA3 6). En consecuencia, el delito no es el quebrantamiento de la ley, sino sólo la generación de un supuesto que produce como consecuencia un acto de coacción: “*But the delict is neither a violation nor a negation of the law. It is a conduct determined*

*by the law as a condition of the sanction, likewise determined by the law”* (PIL §IA4 7, similar en GTLS 1 §III C 54). La obligación es la conducta contraria a aquélla cuya realización implica la consecuencia coactiva; debe ser separada del concepto de responsabilidad. Ésta debe entenderse como la condición de ser un sujeto el merecedor de la sanción: *“Legal responsibility must be distinguished from a legal obligation, especially from the obligation to repair an illegally caused damage. An individual is legally responsible for the delict if the sanction is directed against him”* (PIL §IA6 9).

Hablando de la relación entre una tribu negra bajo un régimen despótico y la constitución de la república Suiza, Kelsen dice:

[...] there is a common element, that [...] enables the word “law” to appear as the expression of a concept with socially highly significant meaning. For the word refers to that specific social technique of a coercive order [...]: the social technique which consists in bringing about the desired social conduct of men through the threat of a measure of coercion which is to be applied in case of contrary conduct. GTLS 19

Respecto del carácter coactivo del derecho, debe concluirse que la existencia de *lo* jurídico permite distinguir el uso autorizado de la fuerza del uso ilegal de la fuerza: “[...] será necesario siempre distinguir entre uso de la fuerza prohibido y el permitido, vale decir [...] uso de la fuerza autorizado en cuanto sanción, atribuible a la comunidad jurídica” (TPD §6bβ 49). Esto es una consecuencia necesaria sólo en tanto que se presume el monopolio autorizado de la fuerza por la comunidad, de modo que la coacción sólo podrá emplearse en los casos en que la comunidad así lo estipule:

It is characteristic of national law that it determines the conditions under which force may lawfully be employed

[...] Under national law the employment of force is a delict unless it is prescribed or permitted by the legal order, and, as a rule, it is prescribed or permitted by the law by the law only as a sanction. (PIL §IA8 13)

Debe insistirse en que el derecho no es sólo coactivo, sino que es un orden. La formulación contraria es equívoca porque no nos permite apreciar su dimensión normativa:

[...] esta formulación ignora el *sentido normativo* en que los actos coactivos en general, y, en especial, las sanciones son estatuidas por el orden jurídico. El sentido de una amenaza radica en que será inflingido un mal bajo determinadas condiciones; el sentido del orden jurídico es que, bajo ciertas condiciones, *deben* inflingirse ciertos males. (TPD §6c 57, énfasis mío.)

El fenómeno jurídico es esencialmente distinto de otros tipos de técnicas sociales, no por su carácter coactivo, sino porque es además, *ordenado*: “*A norm prescribes or permits a certain human behavior. A set of norms which for some reason or another form a unit we call a normative order. The law is a normative order, and since legal norms provide for coercive acts as sanctions, the law is a coercive order*” (PIL §IA3 6). Se verá ahora la consecuencia de este concepto de derecho para el orden internacional.

### 1. Normas internacionales no sujetas a coacción

El concebir el derecho como orden coactivo impone a Kelsen la obligación de identificar la manera en que el derecho internacional puede considerarse coactivo, para establecer su carácter jurídico. La pregunta crítica es si en derecho internacional general existe tal cosa como un delito; es decir, si la realización de cierto supuesto implica que debe aplicarse la coacción como una consecuencia (PIL §IB2 19).

La cuestión de si el derecho internacional ha de ser considerado derecho, sólo puede resolverse con los mismos criterios empleados para el derecho estatal. De modo que la pregunta fundamental sobre el carácter jurídico del derecho internacional debe formularse como sigue:

Does international law provide for coercive acts (enforcement actions) as the consequence of a certain conduct of states determined by international law, or, in other terms, does international law determine a certain conduct of states as the condition of certain enforcement actions, and thus make this conduct an international delict the enforcement actions having the character of sanctions? (PIL §IB3 22.)

En virtud del carácter descentralizado de la comunidad internacional –la ausencia de cuerpos legislativos, ejecutivos o judiciales–, hace del derecho internacional un orden jurídico primitivo, en el que estas funciones son desarrolladas por los propios miembros de la comunidad; y las medidas coactivas caen generalmente en la categoría de la legítima defensa (PIL §IB3 22-3).

Haré dos comentarios sobre los argumentos de Kelsen que me parecen imprecisos. Primero, de acuerdo con Kelsen, no debe confundirse la existencia de una sanción con el principio general de que el incumplimiento de una norma implica la obligación de hacer reparaciones “*[f]or a sanction is a coercive act, not an obligation*” (PIL §IB3 21). Pero esta afirmación no parece ser tan clara. La CPJI estableció el contenido del derecho internacional general en materia de responsabilidad, y en particular sobre la obligación de reparar como consecuencia de un acto ilícito: “*it is a principle of international law, and even a general conception of law, that any breach of an engagement*

*involves an obligation to make reparation*".<sup>163</sup> Más adelante, la Corte señaló:

The essential principle contained in the actual notion of an illegal act –a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals– is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act re-establish the situation which would in all probability, have existed if that act had not been committed. Restitution in kind or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear; the award, if need be, of damages for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it—such are the principles which should serve to determine the amount of compensation due for an act contrary to international law.<sup>164</sup>

La Corte consideró que la consecuencia normativa necesaria de la responsabilidad –del incumplimiento de una obligación– es la obligación de hacer reparaciones.

De esto se desprende que toda obligación internacional lleva consigo una consecuencia normativa, a menos que se pueda invocar alguna causa que excluya la responsabilidad. En tal caso, la obligación no lleva aparejada una consecuencia jurídica, porque la responsabilidad no se ha generado en realidad. Aun cuando el derecho internacional no regulara el uso de la fuerza en el modo descrito por Kelsen, el orden internacional sí une una consecuencia jurídica a supuestos de hecho.

---

<sup>163</sup> Fábrica de Chórzow, ante, nota 21, 29.

<sup>164</sup> *Idem* 47.

Si el derecho es un orden coactivo, como dice Kelsen, entonces todo lo que no está sujeto a una sanción, no puede ser llamado derecho. Hart explica de qué manera esta definición de derecho es insuficiente. Parece que Hart ha acertado al señalar que hay cierto tipo de normas que deben considerarse jurídicas, pero que no puede decirse propiamente que tengan una sanción prevista en el sistema, sin caer en explicaciones paradójicas. En el derecho hay normas que confieren facultades. No hay sanción. No hay amenazas ni daños por no ejercer una facultad (ver en general CL Capítulo III).

Además de las razones que la teoría de Hart opone a Kelsen para reducir el impacto de la coacción en el concepto de derecho, debe mencionarse una objeción práctica. En el caso del derecho internacional,<sup>165</sup> Kelsen debe concluir que el carácter jurídico de este sistema corresponde a las obligaciones que los estados pueden reclamarse entre sí a través de las excepciones a la prohibición de la amenaza o uso de la fuerza, *ie*, la legítima defensa y las contramedidas, que constituyen excluyentes de responsabilidad. En la actualidad el rango de obligaciones internacionales sujetas a este tipo de medidas no incluye las normas fundamentales de derecho internacional: las normas de *jus cogens*, obligaciones de derecho humanitario, de derechos humanos fundamentales y de uso de la fuerza.<sup>166</sup>

#### Measures not subject to countermeasures

1. Countermeasures shall not involve any derogation from:
  - a) The obligation to refrain from the threat or use of

---

<sup>165</sup> El caso del derecho comunitario es similar, ante, nota 134.

<sup>166</sup> DASR, ante, nota 99, art 50.

- force embodied in the Charter of the United Nations;
- b) Obligations for the protection of fundamental human rights;<sup>167</sup>
  - c) Obligations of a humanitarian character prohibiting any form of reprisals against persons protected thereby;
  - d) other obligations under peremptory norms of general international law.
  - e) Obligations to respect the inviolability of diplomatic or consular agents, premises, archives or documents
2. A State taking countermeasures is not relieved from fulfilling its obligations under any applicable dispute settlement procedure in force between it and the responsible State.

El desarrollo más o menos reciente del derecho internacional ha traído nuevas circunstancias que la argumentación de Kelsen no tomaba en cuenta, pero que deben ser mencionadas aquí para que el problema pueda ser abordado más claramente.

Aunque no es claro que la opinión de la Comisión de Derecho Internacional codifique el estado actual del derecho en este punto, pone al menos en duda la aseveración de que todas las normas del sistema llevan aparejada una sanción, ya mediante la guerra, ya por contramedidas. Este tipo de respuesta al incumplimiento de normas tan elementales como las enunciadas arriba, evidencia que es posible que haya normas que son jurídicas pero no son exigibles a través de la fuerza. Pero si se

---

<sup>167</sup> *Idem* §299. El relator recibió un gran apoyo del comité en cuanto a la necesidad de establecer que las contramedidas no pueden violar obligaciones de derechos humanos.

acepta que existe un catálogo de fuentes de derecho internacional, debe aceptarse que los estados regularán el uso de la fuerza como lo consideren pertinente; esto implica que ciertas conductas han quedado excluidas del dominio de este tipo de acciones. Negar esta posibilidad implica presuponer un contenido necesario del derecho, que no puede ser modificado por los miembros de la comunidad de obligados, sin que sus normas pierdan el carácter de jurídicas. Caracterizar a lo jurídico como coactivo aunado al carácter de orden, parece un buen criterio de diferenciación de *lo* jurídico, en oposición a otros tipos de normatividad. Pero el criterio de individuación de normas basado en sanciones estipuladas para cada una de ellas en el sistema, conduce a excluir del dominio de lo jurídico las conductas sin sanción.

Por esto es necesario rechazar la coacción como criterio de individuación de las normas internacionales. Entonces, debe responderse a la pregunta por el criterio de *lo* jurídico. Esto es, debe especificarse cómo podría ser el derecho un orden coactivo sin que sea necesario que cada parte de él, *ie*, cada norma, sea coactiva. Para intentar esclarecer esta pregunta, revisaré la teoría del derecho de Hart.

## **B. DERECHO COMO UNIÓN DE REGLAS PRIMARIAS Y SECUNDARIAS**

Para Hart la pregunta sobre el carácter jurídico o no del derecho internacional no parece ser muy importante al establecer el concepto de derecho: “[...o]nly a relatively small and unimportant part of the most famous and controversial theories of law are concerned with the propriety of using the expressions ‘primitive law’ or ‘international law’ to describe the cases to which they are conventionally applied.” (CL 4). En el proceso de establecer el concepto de derecho, el caso del derecho

internacional es más bien marginal; discutir si es correcto o no llamarlo así, no parece importar: “*That [this] cannot be the root of the difficulty seems plain for two reasons*” (CL 3-4): primero, por carecer de una legislatura, no se puede llevar a los estados a la corte sin su consentimiento, y tampoco existe un sistema de sanciones centralizadas; segundo, porque se trata de un caso de frontera. La única razón para discutir cuán adecuado es subsumir al derecho internacional bajo el término ‘derecho’ podría ser por las implicaciones prácticas que ello tuviera.

De acuerdo con Hart, el sistema jurídico es la unión de reglas primarias y secundarias. Las primeras indicarán lo que los miembros de la comunidad deben hacer o de lo que deben abstenerse, independientemente de su voluntad. Las reglas secundarias indican lo que las personas pueden hacer para introducir nuevas reglas primarias, extinguirlas o modificar las ya existentes, determinar su incidencia y operación (CL V.1 81), y corresponden al ejercicio válido de facultades jurídicas (CL III.1 32). A diferencia de las reglas que imponen obligaciones, las reglas que confieren facultades son “recetas para crear deberes” (CL III.1 33). Por otra parte, es indispensable que las reglas sean seguidas por la población con mayor frecuencia de la que se desobedecen (CL vg IV.1 56, 112, 113): “*So long as the laws which are valid by the system’s tests of validity are obeyed by the bulk of the population this surely is all we need in order to establish that a given legal system exists*” (CL 114). El sistema jurídico tiene entonces dos características mínimas:

There are therefore two minimum conditions necessary and sufficient for the existence of a legal system. On the one hand, those rules of behaviour which are valid according to the system’s ultimate criteria of validity must be generally obeyed, and, on the other hand, its rules or recognition specifying the criteria of legal validity and its rules of change and adjudication must be effectively

accepted as common public standards of official behaviour by *its officials*. (CL 116, énfasis mío.)

Hart separa los hábitos de las reglas sociales y de las reglas jurídicas. Lo estrictamente jurídico está dado por la existencia de reglas secundarias. Ante la ausencia de reglas de este tipo, sólo hay reglas primarias para establecer deberes. Las reglas secundarias son reglas *sobre* las reglas primarias, sobre su identificación, introducción, y determinación conclusiva de que han sido violadas (CL 92). La unión de estas reglas constituye “el corazón” del sistema jurídico (CL 98).

La regla de reconocimiento determina las características que deberán tener las reglas primarias para ser consideradas reglas del grupo, y para que su cumplimiento sea objeto de presión social. Además, por virtud de esta regla, identificamos como una unidad a las partes del sistema jurídico (CL 94-5). Las reglas de cambio facultan a un individuo o a un grupo para introducir nuevas reglas al sistema y para eliminar las ya existentes. Las reglas de adjudicación facultan a ciertos individuos para hacer determinaciones conclusivas sobre la pregunta de si en un caso particular se ha incumplido la regla, y regulan el procedimiento para que se dé tal determinación (CL 96-7). Asociada con las reglas de adjudicación se encuentra la administración del castigo por incumplimiento, monopolizada oficialmente (CL 93). Hart opina que la ausencia de un monopolio oficial de las sanciones no es tan grave para la eficiencia del sistema como la ausencia de cuerpos de adjudicación (CL 94). Las reglas secundarias en general pueden entenderse como la aceptación de los oficiales del sistema de estándares comunes críticos de comportamiento oficial, especialmente como estándares de decisión judicial correcta (CL 116-7).

La regla de reconocimiento funciona como criterio de identificación de las normas primarias, pero también de las reglas de adjudicación y cambio. Constituye un criterio último y supremo de identificación de las reglas del sistema:

The rule of recognition providing the criteria by which the validity of other rules in the system is assessed is in an important sense, which we shall try to clarify, an *ultimate* rule: and where, as is usual, there are several criteria ranked in order of relative subordination and primacy and of them is *supreme*. (CL 105)

Y más adelante:

We may say that the criterion of validity or source of law is supreme if rules identified by reference to it are still recognized as rules of the system, even if they conflict with rules identified by reference to the other criteria, whereas rules identified by reference to the latter are not so recognized if they conflict with the rules identified by reference to the supreme criterion. (CL 106)

Sobre su carácter de criterio último de validez dice que la regla de reconocimiento es “*a rule which [...] provides criteria for the assessment of the validity of other rules; but [...] there is no rule providing criteria for the assessment of its own legal validity* (CL 107).” El fundamento de la validez del sistema jurídico es un hecho en el sentido de los enunciados externos que se pronuncian sobre la regla de reconocimiento. Pero es un *criterio de identificación de normas* (sin ser ella misma necesariamente una regla) según lo evidencia el uso que de ella hacen los miembros del grupo.

### 1. Reglas secundarias en derecho internacional

Como consecuencia de la definición de sistema legal, Hart concluye que el derecho internacional es un conjunto de reglas

primarias. Al comentar sobre la enunciación de Kelsen de la norma fundante del derecho internacional, dice: “*Why should we make this a priori assumption (for that is what it is) and so prejudge the actual character of the rules?*” (CL 235), es decir –en términos de Hart–, que no es necesario que el derecho internacional tenga reglas secundarias. Lo que debiera tener el conjunto de normas internacionales para ser calificadas de sistema, es “*a way of demonstrating the validity of individual rules by reference to some ultimate rule of the system*” (CL 234). Esto hace que el derecho internacional debe ser descrito como un conjunto de reglas primarias y no un sistema jurídico (CL 236). En cualquier caso, Hart apunta que este conjunto de reglas se encuentra en transición y que quizá en el futuro desarrolle las características que eliminen las dudas de los escépticos de la juridicidad del orden internacional (CL 367).

La razón para objetar que el derecho internacional sea en efecto derecho, no es que no cuente con poderes legislativo, ejecutivo y judicial del modo en el que se encuentran en el estado; ni que no sea posible que haya obligaciones entre entes soberanos. La razón que debe ofrecerse es la ausencia de reglas secundarias que hagan del conjunto de normas internacionales un sistema (CL capítulo X).

Para apreciar el sentido de este enunciado, es pertinente mencionar una cuestión problemática en Hart relacionada con la separación entre sociedades primitivas y sistemas jurídicos que se asimilan al derecho moderno; es decir, la separación entre sociedades cuyos órdenes normativos *no* tienen una regla de reconocimiento, de las que *sí* cuentan con una. Si la regla de reconocimiento debe entenderse como un parámetro para identificar las normas del sistema, como un criterio para conocer cuáles son los estándares comunes de conducta, su ausencia implica que tal criterio no existe. La pregunta es ¿cómo puede

un miembro de un grupo conocer las reglas que debe seguir si no existe un criterio de identificación? Parecería que, al menos desde el punto de vista interno, conocer las reglas que se deben seguir implica por sí la existencia de un criterio para distinguir las reglas que son obligatorias para los miembros, de las que no lo son. Esta pregunta puede caber si no se considera la teoría de Hart como una construcción histórica del desarrollo de los sistemas jurídicos; y no es el caso que Hart haya pretendido hacer tal reconstrucción.<sup>168</sup> Pero en tanto que modelo epistemológico del desarrollo del derecho, presenta algunos problemas, específicamente la circularidad de la regla de reconocimiento. Ella constituye una obligación para que los jueces apliquen ciertas normas al resolver disputas. Pero tal autoridad emana de las reglas de adjudicación, que están validadas por la regla de reconocimiento: “la regla de reconocimiento presupone “jueces”, y los “jueces” presuponen una regla de adjudicación”. ¿Cuál miembro de este círculo lógico de reglas es la última regla de un sistema jurídico?”<sup>169</sup>

Si este es el caso, entonces la sola existencia de un conjunto de normas que las autoridades judiciales estén obligados a seguir para emitir sus resoluciones, hace presumir la existencia de una regla de reconocimiento. MacCormick emplea el ejemplo de una aldea en donde los mayores estarán a cargo de resolver disputas *con base en las reglas aceptadas por el grupo*. Lo que diferencia este sistema de resolución de controversias de un sistema primitivo, es la discrecionalidad de las autoridades en decidir cuáles son las reglas aplicables. La comunidad en la que

---

<sup>168</sup> N MacCormick *Hart* (Edward Arnold London 1981) 108.

<sup>169</sup> *Idem* 106.

las reglas aplicadas por los jueces *son las consideradas válidas por la comunidad y no personalmente por cada juez*, constituyen un sistema jurídico porque sus decisiones están basadas en reglas que no son formuladas por ellos mismos en el momento de la decisión.<sup>170</sup>

MacCormick cita un pasaje en el que Hart critica la aserción de Kelsen de que el derecho internacional efectivamente cuenta con una regla de reconocimiento: “*For it says nothing more than that those who accept certain rules must also observe a rule that the rules ought to be observed. This is a mere useless reduplication [...] (CL 230)*”. De él, dice:

Hart, in his treatment of international law, pours cold water over Kelsen’s theory that there could be some such ‘basic’ norm of international law as that ‘states should behave as they customarily behaved’[...] What Hart overlooks is that *his* theory of the rule of recognition is a rule concerning about the rule about the standards which it is obligatory for judges to observe. And in that case it is no mere useless reduplication to say that certain judges, when states voluntarily refer disputes to them, must decide according to the standards of international custom as evidence of a general practice accepted as law’ (see Article 38 of the statute of the ICJ).<sup>171</sup>

En el fondo se trata de valorar a la costumbre como una fuente de derecho por sí misma, que es justamente uno de los argumentos de Hart en contra de la teoría de Austin. Es de especial relevancia para la presente discusión el notar que al

---

<sup>170</sup> *Idem* 113.

<sup>171</sup> *Idem* 114.

haber una regla de reconocimiento *se obliga a los jueces a decidir con base en ciertas reglas*, pero sus facultades están conferidas por otro tipo de reglas secundarias, reglas de adjudicación. Parte de la regla de reconocimiento implica que los jueces deberán decidir con base en las reglas que indica la regla de reconocimiento y las reglas de cambio. La costumbre no está sujeta a tal examen de validez si ha de ser una fuente autónoma de derecho, porque la costumbre no está constituida por actos en ejercicio de normas que concedan facultades, sino que son actos naturales.<sup>172</sup>

Teniendo en mente estos comentarios sobre la teoría de Hart, puede avanzarse una caracterización del derecho internacional como ‘sistema jurídico’, señalando el contenido de sus reglas secundarias:

#### *a) Regla de reconocimiento*

El derecho internacional no constituiría un sistema de derecho si no hubiera una regla de reconocimiento, *ie*, un criterio para determinar las normas válidas dentro del sistema. El catálogo de las fuentes de derecho internacional está incluido en el artículo 38 (1) del Estatuto de la CIJ. Esta conclusión se deriva de la aceptación de tal catálogo de fuentes por los miembros de la comunidad. Esta aceptación se evidencia mediante la pertenencia de todos los Estados al Estatuto de la CIJ, como se ha señalado anteriormente. Además, éste ha sido frecuentemente reproducido en los documentos constitutivos de tribunales internacionales.<sup>173</sup> Es sabido que éstos son los criterios por los

---

<sup>172</sup> *Idem* 115.

<sup>173</sup> I Brownlie ante, nota 18, 3.

que se determina la existencia de una regla del sistema, y los jueces y miembros del sistema se conducen de acuerdo con estos criterios.

Preguntarse por qué son éstas las fuentes del derecho internacional, sería como preguntarse por la validez del metro de París. (CL 109). Si la regla de reconocimiento se evidencia a través de la práctica de la comunidad, entonces es suficiente constatar que la comunidad internacional reconoce éstas como las fuentes del derecho. Los medios de los que se valga un juez para determinar la existencia de obligaciones pueden ser muy variados. Pero siempre tendrá que concluir si existe o no una obligación de tratado o costumbre; el modo en que ésta es afectada por los principios generales de derecho; y la jurisprudencia y doctrina relevantes.

La manera en que la práctica de los estados impacta el funcionamiento de las fuentes del derecho es una consecuencia natural del modo horizontal de ser del orden internacional. Las entidades cuya conducta es relevante para la creación del derecho internacional son los Estados. Ellos actúan colectiva o unilateralmente, y vierten sus opiniones en foros internacionales, en convenciones o en la conducción de su política interior. Esta es la evidencia a la que un juez recurrirá para determinar el contenido de las reglas de derecho internacional.

Es importante establecer en qué sentido esta formulación de la regla de reconocimiento podría superar las críticas hechas a Kelsen respecto de su formulación de la norma fundante de este sistema. Decir que la norma fundante del derecho internacional es que “los estados deben comportarse como lo han venido haciendo” (vg, TPD, 34 (h) 227) no arroja luz sobre el modo en que determinaremos qué normas pertenecen al sistema. No es propio responder aquí por qué se ha generado un orden

normativo entre los estados. Lo importante es responder a la pregunta de cómo se encuentran estas reglas, cuál es la prueba, el método, el modo de adopción, que debe seguirse para que podamos decir que una regla existe. Optar por el catálogo de las fuentes del derecho internacional como la regla de reconocimiento en términos hartianos, constituye una posición distinta de la de Kelsen, criticado por el propio Hart, como se ha visto. Este catálogo de fuentes responde esa pregunta, pero no lo hace la formulación de Kelsen. Por ejemplo, las reglas del uso de la fuerza no son tales porque los estados deban comportarse como lo han venido haciendo, sino porque se han introducido limitaciones a su ejercicio *como reglas del sistema*, siguiendo los procedimientos que la comunidad reconoce como válidos.

Respecto de la adopción de otras fuentes en el sistema internacional, es verdad que el desarrollo del derecho internacional ha resaltado la existencia del *soft law*, del derecho en formación. Pero también es cierto que el *soft law* puede aún interpretarse como alguno de los dos elementos constitutivos de la costumbre internacional. Puede verse que cuando la comunidad considere necesaria la introducción de otra fuente, o de aclarar el modo en que los actores internacionales diversos al estado son relevantes para la formación de reglas, estos procesos se introducirán en el sistema.<sup>174</sup>

Sobre la disputa de las fuentes de derecho internacional, debe recordarse que, a pesar de los diversos modelos explicativos que puedan citarse al respecto, los tribunales internacionales, para

---

<sup>174</sup> Ver, vg, K C Wellens 'Diversity on Secondary rules and the unity of international law: some reflections and current trends' (1994) XXV NYIL 3-32.

resolver controversias, citan este catálogo de fuentes como las legalmente relevantes. El modo en que otros actos jurídicos u otros actores intervengan puede precisarse caso por caso. Además, es verdad que las reglas secundarias del sistema internacional en general pueden matizarse dependiendo de las materias de que se trate.<sup>175</sup>

### *b) Reglas de cambio*

Las reglas de cambio del derecho internacional varían de fuente a fuente. El derecho de los tratados ha sido codificado en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.<sup>176</sup> En este documento se encontrarán reglas de creación y cambio (en sus partes II, III y V). El profesor Wellens<sup>177</sup> ha mencionado que esta convención incorpora reglas de adjudicación. Puede ser el caso que las cláusulas compromisorias que otorgan jurisdicción a un tribunal (en este caso a la CIJ), o los acuerdos especiales (que tiene efectos similares), se entiendan como reglas de adjudicación; pero parece más adecuado reservar este nombre para los principios generales que gobiernan las reglas de jurisdicción, y considerar estos acuerdos como reglas primarias que establecen ciertas obligaciones para las partes.

Pueden mencionarse las reglas constitutivas de organismos internacionales, que operan de modo diferente a las relaciones exclusivamente interestatales. Cabe señalar que, de acuerdo con la doctrina de las facultades implícitas, es posible que una

---

<sup>175</sup> *Idem.*

<sup>176</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 UN Doc.A/CONF. 39/27 (1969) 8 ILM 679.

<sup>177</sup> K C Wellens, ante, nota 174, 9.

organización, creada por un tratado del tipo descrito en el párrafo anterior, emita reglas que no requieran del acuerdo expreso de sus miembros para entrar en vigor, por considerarse que estas facultades son necesarias para cumplir el fin para el que fueron constituidas.

En el caso de reglas consuetudinarias, se puede decir que los estados hacen evidente la existencia de normas consuetudinarias a través de diversos actos que conforman la práctica y la *opinio juris* necesarias para su declaración por un tribunal internacional.

### c) Reglas de adjudicación

Las reglas de adjudicación *facultan* a los jueces a actuar para resolver controversias, decidiendo con autoridad sobre la violación de una regla. La primera regla de la adjudicación es que la facultad de un cuerpo para emitir estas resoluciones puede ser sólo conferida por las partes involucradas. Así lo hizo notar la CPJI en el caso de Carelia del Este:

The refusals which Russia had already opposed to the steps suggested by the Council renewed upon the receipt by it of the notification of the request for an advisory opinion. The Court therefore finds it impossible to give its opinion on a dispute of this kind. [...]

The question put to the Court is not one of abstract law but concerns directly the main point of the controversy between Finland and Russia, and can only be decided by an investigation into the facts underlying the case.<sup>178</sup>

---

<sup>178</sup> *Status of Eastern Carelia* (Advisory Opinion) July 23<sup>rd</sup> 1925 Series B No 5 7-29, 28 & 28-9 respectivamente [en adelante ‘Eastern Carelia’].

Esto implica que antes de emitir una resolución, el tribunal deberá establecer si cuenta con el consentimiento de ambas partes para conocer del caso. Podría objetarse que ésta *no* es una regla de adjudicación, porque no faculta a ningún tribunal para resolver controversias, sino que esta facultad se concede de acuerdo con la voluntad de las partes. En cualquier caso, debe observarse que esta es una regla de adjudicación, *porque* establece los mecanismos que deben seguirse para resolver controversias. Los tribunales internacionales, en cuanto tribunales, se establecen por medio de tratados internacionales. La adhesión a ellos depende de cada estado. Actualmente cada estado acepta, en mayor o menor medida, el ejercicio de la jurisdicción internacional a través de cuerpos regionales, o especializados por materia.<sup>179</sup>

Igualmente, se encuentra establecida en derecho internacional la regla de que un juez está obligado a decidir: “*no express provision of the positive law is necessary to impose upon the judge the duty to give a decision, for or against the plaintiff, in every case brought before him*”.<sup>180</sup> Pareciera que ésta es parte de

---

<sup>179</sup> Es interesante observar la distribución geográfica de la jurisdicción internacional que se ha estudiado en el marco del *Project on International Courts and Tribunals* ([www.pict-pecti.org](http://www.pict-pecti.org)).

<sup>180</sup> H Lauterpacht *The function of law in the international community* (Clarendon Press Oxford 1933) 63-4. La declaración de una laguna no implica la autorización al juez para no resolver una disputa. Cf. M Aznat Gómez ‘The 1996 Advosory Opinion on Nuclear Weapons and *non liquet* in international law’ (1999) 48 ICLQ 3, 7-13.

la regla de reconocimiento por obligar a los jueces a actuar, más que facultarlos. Sin embargo, puede considerarse que esta regla faculta a los jueces a conducir de cierto modo el procedimiento judicial, con la finalidad de que exista una respuesta legal al caso planteado. En este punto podría objetarse que la CIJ ha declarado un *non liquet* recientemente.<sup>181</sup> Aunque en este caso la Corte no declaró sobre la legalidad de estas armas en cualquier situación,<sup>182</sup> sí expresó el contenido del derecho internacional en circunstancias relevantes para la determinación de la pregunta planteada por la Asamblea General. Es pertinente mencionar en defensa de la Corte que la pregunta pudo plantearse en términos más concretos, para que emitiera una resolución clara; o que de haberse tratado de un caso contencioso, la Corte se habría conducido de modo diferente.<sup>183</sup>

Deben considerarse, además, las normas de procedimiento que operan en la jurisdicción internacional, que son determinadas en primera instancia por el instrumento internacional que establece el tribunal; en segunda instancia son determinadas por los propios jueces a través de reglas de procedimiento; y en otras instancias pueden ser definidas por las partes, no de la controversia (esto es el caso en medios arbitrales

---

<sup>181</sup> *Legality of the Use or Threat of Use of Nuclear Weapons* (Advisory Opinion) 1996 ICJ Reports, 226.

<sup>182</sup> *Idem*, Dissenting Opinion of Judge Higgins, 583.

<sup>183</sup> Cf. *Idem*, Declaration of Judge of Judge Vereschetin, ligando el *non liquet* al procedimiento contencioso.

de resolución de controversias), sino del instrumento. Este es el caso de la Corte Penal Internacional.<sup>184</sup>

Cabe preguntar si las reglas de adjudicación de las cortes locales son parte de las reglas secundarias del orden internacional. Sólo lo serán si ejercen una *facultad* que concede el derecho internacional, y no meramente en aras de cumplir con una obligación del estado. Por ejemplo, si una corte interna aplica las reglas del debido proceso, no puede decirse que sea una institución aplicadora del derecho internacional. Sólo lo será cuando *falle con base en las normas de derecho internacional* (ie, empleando la regla de reconocimiento del derecho internacional) ejerciendo una *facultad* conferida por él (ie, mediante una regla de adjudicación). Como se ha visto,<sup>185</sup> las cortes locales se han considerado típicamente como órganos de aplicación del derecho internacional en el caso del ejercicio del principio de jurisdicción universal, que es una facultad conferida por el derecho internacional.

#### *d) Obediencia generalizada del sistema jurídico*

Finalmente, debe considerarse la condición de Hart sobre la obediencia generalizada del sistema jurídico como condición de su existencia. Como es el caso de las patologías de los sistemas jurídicos (CL VI §3), determinar si las normas internacionales son generalmente obedecidas o no queda para una investigación

---

<sup>184</sup> Estatuto de la Corte Penal Internacional UN Doc A/CONF. 183/9th, <http://www.un.org/law/icc/statute/romefra.htm> art 112 “Asamblea de Estados Partes”, describe las atribuciones de los miembros respecto del régimen legal de la Corte.

<sup>185</sup> I.A.1.c) Decisiones judiciales internas p 15.

profunda, que difícilmente puede hacerse en el contexto de estos comentarios. Puede, sin embargo, mencionarse la argumentación que han ofrecido otros autores a favor de la eficacia del derecho internacional.<sup>186</sup> La pregunta, sin embargo, permanece abierta. Quizá sea imposible determinar si este conjunto de normas es *generalmente* obedecido. Sin embargo, el desarrollo de la normatividad internacional –descrito en la sección anterior– demuestra que los estados emplean las normas internacionales más intensamente que antes, y que la regulación internacional abarca actualmente una gran diversidad de materias que antes eran jurisdicción interna de cada estado. Esto debiera bastar para rechazar el enunciado de que el derecho internacional no es obedecido en absoluto, y así decirse que *no es el caso* que el derecho internacional sea generalmente ineficaz. Para que este enunciado fuera claramente verdadero, deberíamos poder igualar al derecho internacional con el

---

<sup>186</sup> Brownlie, 'The roles of international law' (1946) 33 NYIL 209; Brownlie 'The function of law in the international community', en Brownlie *International law at the Fiftieth anniversary of the United Nations* 255.V RCADI (Martinus Nijhoff Netherlands 1995) 21; D'Amato 'Is International Law really law?' en D'Amato, *International Law* (Revised ed) (Transnational Publishers New York 1986); P Weil *Le droit international en quête de son identité* 237.VI RCADI (Martinus Nijhoff Netherlands 1992) 43 [...] Los argumentos generales son que la comunidad internacional de hecho emplea el discurso jurídico y lo invoca como razón para sus decisiones. En ese sentido el derecho internacional debe considerarse parte de la realidad del derecho internacional.

derecho romano (CL 104), es decir, con un régimen legal en desuso.

Frente a estas características del derecho internacional, puede decirse que este conjunto de normas *sí* tiene una regla de reconocimiento, reglas de cambio y reglas de adjudicación. Por lo tanto, de acuerdo con la definición de Hart, debe considerarse como un sistema jurídico. A pesar de esto, debe reconocerse que no es claro cómo pueden salvarse las impresiones normales de las posiciones que refutan la juridicidad de este orden con base en sus claras diferencias respecto del derecho estatal.

Si se precisa un modo de entender las instituciones propias de *lo* jurídico en general, podría apreciarse más claramente en qué sentido el derecho internacional es jurídico. Para esto introduciré el punto de vista de Raz, que al respecto puede considerarse como un desarrollo de la postura hartiana.

### C. LA NATURALEZA INSTITUCIONAL DEL DERECHO

Raz enuncia explícitamente las ideas avanzadas por Hart sobre la relevancia de las instituciones aplicadoras del derecho, en oposición a la relevancia atribuida a las instituciones creadoras de derecho en teorías anteriores, como la de Kelsen. Raz establece que la eficacia es la menos controvertida de las condiciones de existencia de los sistemas jurídicos. La segunda, y más importante, es su carácter institucional:

It is widely agreed [...] that a system of norms is not a legal system unless it sets up adjudicative institutions charged with regulating disputes arising out of the application of the norms of the system. It is also generally agreed that such normative system is a legal

system only if it claims to be authoritative and to occupy a position of supremacy within society, *ie*, it claims the right to legitimize or outlaw all other social institutions.<sup>187</sup>

Como avanza Hart en CL, es posible que exista una sociedad tal en la que las normas sean impuestas por las instancias aplicadoras del derecho; así, no será relevante el comportamiento general de la población para inferir la existencia de un sistema jurídico. Esto le permitirá a Raz criticar la postura que califica a los sistemas jurídicos en atención a su origen común, sea un legislador o una norma (PRN 129).

Las tres características de un sistema institucionalizado son: (PRN 126-7) (i) El criterio de pertenencia de una norma a un sistema institucionalizado se determina con base en la relación que dicha norma tenga con las instituciones que caracterizan al sistema, *ie*, que dichas instituciones estén obligadas a aplicar las normas bajo ciertas condiciones; (ii) la validez sistémica de las normas del sistema depende de que el sistema sea practicado, o esté en vigor; (iii) el criterio para determinar que está en vigor admite que algunas de sus normas no lo estén.

La validez sistémica de una norma institucionalizada depende de la autoridad de las instituciones creadoras y aplicadoras del derecho para regular el comportamiento y arreglar controversias. El papel de las instituciones aplicadoras del derecho es central: “*Institutionalized systems are sets of norms which either set up certain norm-applying institutions or which are internally related in a certain way to these*” (PRN 132).

---

<sup>187</sup> J Raz ‘Legal Positivism and the Sources of Law’ en *The Authority of Law* (Clarendon Press Oxford 1979) 37, 43.

Raz no identifica la ausencia de oficiales establecidos por un conjunto de normas con la falta de sistematicidad del derecho, como sí hace Hart (CL 117). Él restringe la condición necesaria de la sistematicidad del orden institucional a la existencia de instituciones aplicadoras del derecho. Hart concede mayor relevancia a las instituciones aplicadoras del derecho que a las aplicadoras de sanciones para establecer que un sistema existe (CL 94 y notas al capítulo V en 291). Pero Raz claramente rechaza la necesidad de instituciones de ejecución (*law enforcement institutions*) para calificar a un sistema como institucionalizado y legal (PRN 133). Primero, es posible que haya sistemas jurídicos que no tengan instancias aplicadoras de sanciones; y segundo, no todos los sistemas institucionalizados son jurídicos. Puede ser el caso que haya sistemas que regulen asociaciones privadas, que no regularán el uso de la fuerza ni se harán valer de la fuerza para cumplir sus normas. Las instituciones aplicadoras del derecho relevantes se denominan “instituciones primarias” y se ocupan de la determinación autoritativa de situaciones normativas de acuerdo con normas preexistentes (PRN 134).

Las instituciones definitorias de un sistema institucionalizado son los “órganos primarios”. Sus características son: (i) Las normas del sistema que permitan emitir resoluciones vinculatorias, deben conceder tales facultades en instituciones, es decir, “*on centralized bodies concentrating on their hands the authority to make binding determinations*” (PRN 136); (ii) Se refiere la teoría de Raz a las instituciones judiciales, pero no exclusivamente. Puede haber otros cuerpos encargados de la aplicación del derecho. Pero se trata de un primer paso para el análisis de los cuerpos judiciales; y (iii) El concepto de órgano primario no excluye la posibilidad de que tengan otras funciones, además de las judiciales. La existencia de los órganos primarios define a un sistema institucionalizado, a diferencia de

los sistemas de discreción absoluta que no tienen la obligación de decidir con base en normas previamente especificadas; no están obligados a seguir “[...] *common standards and can decide whatever they think best*” (PRN 138). La consecuencia más importante es que estos sistemas “[...] *do not provide any guidance to individuals on the behaviour which would entitle them to a decision in their favour, should a dispute arise*” (PRN 138). La segunda diferencia es que los sistemas institucionalizados “[...] *contain, in fact, consist of , norms which the courts are bound to apply regardless of their view of their merit*” (PRN 139).

Los sistemas jurídicos se diferencian de los demás sistemas institucionalizados *por su relación con otros sistemas institucionalizados en vigor en la misma sociedad*. Los sistemas jurídicos son *comprehensivos, supremos y abiertos*. Estas son condiciones necesarias en conjunto, pero cada una de ellas no es suficiente.<sup>188</sup>

Son *comprehensivos* porque pretenden tener autoridad para regular cualquier tipo de comportamiento: “*They do not acknowledge any limitation of the spheres of behaviour which they claim authority to regulate*” (PRN 150). Esto no implica ni que *de hecho regulen* todo posible comportamiento, ni que *de hecho tengan* la autoridad que pretenden. Sólo implica que *pretenden tener* tal autoridad para *poder regular* el comportamiento. La comprensión tampoco implica que otros sistemas normativos no tengan autoridad alguna.

---

<sup>188</sup> J Raz ‘The identity of legal systems’ en *The authority of law* (Clarendon Press Oxford 1979) 78, 117 [en adelante ‘The identity’].

De esto se desprende la segunda característica de los sistemas jurídicos, su *supremacía*:

This condition means that every legal system claims authority to regulate the setting up and application of other institutionalized systems by its subject-community. In other words it claims authority to prohibit, permit or impose conditions on the institutions and operation of all the normative organizations to which members of its subject-community belong. (PRN 151)

En tanto que los sistemas jurídicos reclaman supremacía sobre la comunidad que regulan, pueden en parte ser compatibles con otro sistema jurídico; por ejemplo, al aceptar normas extraterritoriales de otros sistemas jurídicos. Pero no puede un sistema aceptar la supremacía de otro sobre la misma comunidad de sujetos.<sup>189</sup>

La tercera característica de los sistemas institucionalizados es particularmente relevante para el problema que he planteado, porque establece la relación del sistema con otros. Los sistemas institucionalizados son abiertos porque en ellos coexisten, o pueden coexistir, normas de otros sistemas (PRN 153). Esta característica será discutida más adelante.

### 1. Proliferación de órganos jurisdiccionales internacionales.

La proliferación de los órganos jurisdiccionales internacionales es una notable característica del desarrollo del derecho internacional en el último siglo:

---

<sup>189</sup> *Idem* 119.

An effort to improve the efficiency of public international obligations, with the establishment of some conventional and sophisticated “follow-up machineries”, in particular in the field of human rights, international economic law, international trade law, and international environmental law.<sup>190</sup>

De acuerdo con Cessare Romano<sup>191</sup> una buena definición de un órgano jurisdiccional es la proporcionada por Christian Tomuschat: (i) debe ser permanente; (ii) debe estar establecido por un instrumento legal internacional; (iii) deben decidir los casos llevados ante ellos con base en derecho internacional; (iv) las reglas de procedimiento deben existir *ante facto*; (v) el resultado debe ser legalmente vinculatorio.<sup>192</sup> Estos criterios excluyen los tribunales *ad hoc*, que sólo representan un marco institucional estable para el arbitraje y la conciliación. Romano estipula otros dos criterios que podrían, no obstante, quedar subsumidos en alguna de las anteriores categorías, a saber: (vi) que los jueces no sean *ad hoc* en su mayoría; y (vii) la disputa resulta debe ser entre dos entidades, de las cuales al menos una debe ser un Estado o una Organización Internacional.

Actualmente hay 17 cuerpos que cumplen con estos requisitos, que llamaré en su conjunto “jurisdicción

---

<sup>190</sup> P M Dupuy, ante, nota 14, 795.

<sup>191</sup> Director asociado del Proyecto de Cortes y Tribunales Internacionales, en el Centro de Cooperación Internacional de la Universidad de Nueva York (C Romano, ‘Proliferation’ ante, nota 37).

<sup>192</sup> *Idem* 713-4.

internacional” (*international judiciary*). La jurisdicción internacional ha sido clasificada por Romano así:

JURISDICCIÓN	TRIBUNAL	MIEMBROS <sup>193</sup>	VIGENCIA
Jurisdicción General	Corte Internacional de Justicia <sup>194</sup>	63	1945
	Corte Centroamericana de Justicia <sup>195</sup>	9	1994
Derecho del Mar	Tribunal Internacional de Derecho del Mar <sup>196</sup>	16	1996
Derechos humanos /d. humanitario	Corte Europea de Derechos Humanos <sup>197</sup>	49	1958
	Corte Interamericana de Derechos Humanos <sup>198</sup>	17	1979
	Corte Penal Internacional <sup>199</sup>	63	
Órganos de Integración económica	Corte de Justicia de las Comunidades Europeas <sup>200</sup>	15	1952
	Corte de Primera Instancia de las Comunidades Europeas <sup>201</sup>	15	1988

<sup>193</sup> Estos datos no incluyen tribunales arbitrales, sino sólo medios estrictamente jurisdiccionales (Cfr. [www.pict-pcti.org](http://www.pict-pcti.org)).

<sup>194</sup> CNU.

<sup>195</sup> Protocolo de Tegucigalpa, ante, nota 36.

<sup>196</sup> UNCLOS, ante, nota 25, art 287.

<sup>197</sup> European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950) 213 UNTS 221.

<sup>198</sup> American Convention on Human Rights (1969) 1144 UNTS 123.

<sup>199</sup> Estatuto de la CPI.

<sup>200</sup> Treaty Establishing the European Coal and Steel Community (1951) 24 UNTS 140 [en adelante ‘Tratado ECSC’]; Tratado EEC, ante, nota 128.

regional	Corte de la Asociación Europea de Libre Comercio EFTA <sup>202</sup>	3	1994
	Corte de Justicia de la Unión Económica Benelux <sup>203</sup>	3	1974
	Corte de Justicia del Mercado Común de África Suroriental <sup>204</sup>	ND	1998
	Corte Común de Justicia y Arbitraje de la Organización para la Armonización de Derecho Corporativo en África <sup>205</sup>	16	1997
	Corte de Justicia de la Unión del Magreb Arabe <sup>206</sup>	5	1989
	Cuerpo Judicial de la Organización de Países Exportadores de Petróleo <sup>207</sup>	10	1980
	Corte de Justicia de la Comunidad Andina <sup>208</sup>	5	1984
Tribunal naciente	Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos <sup>209</sup>	ND	

---

<sup>201</sup> Decision of The Council of Ministers, October 24 1988, 1988 OJ (L319) I.

<sup>202</sup> Agreement on the European Economic Area (1992) 1795 UNTS 3.

<sup>203</sup> Tratado Benelux, ante, nota 33.

<sup>204</sup> COMESA, ante, nota 34.

<sup>205</sup> Treaty Establishing the Organization for the Harmonization of Corporate Law in Africa (1993) 4 OJ OHADA.

<sup>206</sup> Treaty Instituting the Arab Magreb Union (1989) 94 RGDIP 552.

<sup>207</sup> Treaty for the Establishment of an Arab Organization for the Petroleum Exporting Countries (1968) 68 UNTS 255.

<sup>208</sup> Tratado CJ-Cartagena, ante, nota 35.

*Tabla 3. Jurisdicción, vigencia y membresía de tribunales internacionales. (ND: No Disponible)*

En cuanto a los tribunales que están en proceso de creación (Corte Penal Internacional y Corte Africana de Derechos Humanos), deben hacerse algunas precisiones. La primera cuenta ya con el número de ratificaciones necesarias para su entrada en vigor (abril de 2002, casi cuatro años después de la adopción de su texto). La segunda es particularmente relevante porque permite la aplicación no sólo de la Convención Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, sino de cualquier tratado de derechos humanos del que el Estado implicado sea parte,<sup>210</sup> y le concede capacidad a las ONGs africanas reconocidas por la Organización para la Unidad Africana (OAU) para solicitar consultas a la Corte.<sup>211</sup>

Una interpretación más amplia de las condiciones señaladas permitirían añadir a la lista:

1. Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (1993);<sup>212</sup>

---

<sup>209</sup> Protocol to the African Charter of Human and People's Rights (1998) 58 ZaöR 727 Art 7.

<sup>210</sup> African Charter of Human and People's Rights, (1998) 58 ZaöR 727 Art 7.

<sup>211</sup> *Idem* Art 4.1.

<sup>212</sup> UN S C Res 827 Establishing an International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia 32 ILM 1203 (1993).

2. Tribunal Penal Internacional para Rwanda (1995);<sup>213</sup>
3. Mecanismo de Resolución de Controversias de la OMC (1995).<sup>214</sup>

Sin embargo, los dos primeros no son permanentes, y el tercero es más similar a un mecanismo arbitral. Además de esta lista, existen actualmente 7 comisiones o tribunales permanentes de arbitraje, 11 tribunales administrativos, 3 paneles de inspección, y 2 comisiones de compensación.<sup>215</sup>

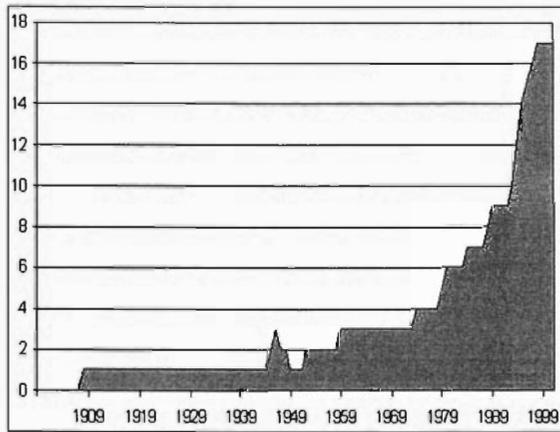
El incremento de los órganos jurisdiccionales internacionales durante el último siglo puede apreciarse en la siguiente gráfica:

---

<sup>213</sup> UN S C Res 55 Establishing the International Tribunal for Rwanda 33 ILM 1598 (1994).

<sup>214</sup> General Agreement on Tariffs and Trade: Multilateral Trade Negotiations Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Trade Negotiations 33 ILM 1125 (1994).

<sup>215</sup> *Cfr* Cuadro en Romano ‘Proliferation’ ante, nota 37, publicado antes de la entrada en vigor de la Corte Penal Internacional.



*Gráfica 9. Proliferación de Tribunales Internacionales 1909-2000*

Se observa que desde la desaparición de la Corte de Justicia Centroamericana en 1918, y hasta la aparición de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas en 1958, en el mundo había un solo órgano judicial: la Corte Mundial. En la gráfica se aprecia que el incremento más veloz en el número de cuerpos apareció en la última década. Cessare Romano atribuye esto a la reciente regulación internacional de temas que se encontraban en la jurisdicción doméstica de los estados: “*When conceived in this manner, the multiplication of international judicial fora becomes the precipitate of the accrued normative density of the international legal system*”<sup>216</sup>. Esto se confirma, por ejemplo, por la acelerada proliferación de tratados internacionales, particularmente en la última década, como se mostró previamente. Otras razones para este cambio son la caída del ‘bipolarismo’ con la Unión Soviética, e l desuso de las teorías

---

<sup>216</sup> *Idem* 729.

marxistas-leninistas de interpretar las relaciones internacionales y la expansión del modelo de economía de libre mercado.<sup>217</sup>

*a) Desarrollo de la Corte Mundial*

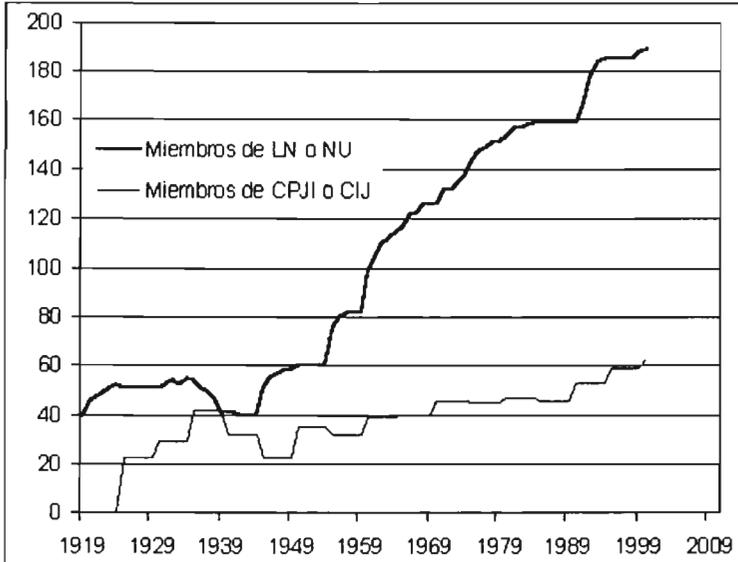
El órgano de jurisdicción general más importante por el número de sus miembros es la CIJ. Aunque este es el órgano jurisdiccional principal de NU,<sup>218</sup> y todos los miembros de esta organización lo son *ipso facto* también del estatuto la Corte,<sup>219</sup> el número estados que aceptan la jurisdicción obligatoria de la Corte Mundial ha aumentado a un ritmo constante pero lento:

---

<sup>217</sup> *Idem* 729-38.

<sup>218</sup> CNU 92

<sup>219</sup> CNU, 93 (1); Incluso Suiza, el único estado reconocido que no es miembro de NU, es parte del Estatuto de la CIJ.



*Gráfica 10. Relación entre el número de estados reconocidos y su pertenencia a la Corte Mundial 1919-2000*

Como se aprecia en la gráfica, cada vez más estados se han sometido a la jurisdicción del órgano judicial de NU. Puede decirse que en 1945 un poco más de la mitad de los miembros aceptaban la jurisdicción de la Corte; ahora sólo un tercio la acepta. De los 63 países que actualmente aceptan la jurisdicción de la CIJ, sólo 6 aceptaron la jurisdicción obligatoria de la CPJI; y 11 de los países que aceptaron la jurisdicción de la CPJI, nunca confirmaron su aceptación de la sucesora.<sup>220</sup> De los 5 miembros permanentes del Consejo de Seguridad, sólo el Reino Unido acepta la jurisdicción obligatoria de la Corte. Rusia y

<sup>220</sup> A guide to the history, composition, jurisdiction, procedure and decisions of the Court (-1996 1945), <http://www.icj-cij.org/icjwww/igeneralinformation/>

China nunca la han aceptado, y Francia y Estados Unidos retiraron su carta de aceptación (EU luego de perder un caso ante la Corte). Existen al menos 400 tratados multilaterales y bilaterales que confieren jurisdicción obligatoria a la CIJ.<sup>221</sup> De modo que, aunque los países no acepten su jurisdicción general, pueden aceptarla parcialmente respecto de un instrumento específico.

*b) Efectos del desarrollo de la jurisdicción internacional.*

El crecimiento de la jurisdicción internacional ha traído como consecuencia el desarrollo del derecho internacional en la medida en que ha sido aplicado e interpretado por los tribunales. No obstante el lento aumento en la membresía de la Corte Mundial, el incremento en la normatividad internacional en la última década se refleja también en su actividad judicial. La CPJI juzgó unos 24 casos contenciosos y dictó unas 25 opiniones consultivas, de 1922 hasta su desaparición formal en 1945. Hasta 1996, la CIJ había dictado 71 sentencias y 46 opiniones consultivas; y tenía 22 casos pendientes.<sup>222</sup>

Puede pensarse que el incremento indiscriminado de tribunales internacionales podría poner en peligro la unidad del sistema jurídico internacional, ya que al haber varias autoridades interpretando el mismo cuerpo legal, sin que entre ellas opere jerarquía alguna, podrían aparecer inconsistencias. En la práctica, no parece que el mayor número de tribunales haya hasta ahora traído consigo la fragmentación del derecho

---

<sup>221</sup> *Idem.*

<sup>222</sup> *Idem.*

internacional.<sup>223</sup> Para evitar que surjan contradicciones en el sistema, algunos autores juzgan necesario que la Corte Mundial se fortalezca como centro de este conjunto de instancias judiciales.<sup>224</sup>

Debe mencionarse que sigue manteniéndose en la comunidad internacional la primera regla de jurisdicción reconocida por la CPJI en 1925. Entonces se le solicitó una opinión consultiva respecto de la naturaleza jurídica de los acuerdos sobre Carelia del Este, contenidos en el Tratado de Paz entre Rusia y Finlandia. Al emitir su opinión, la Corte argumentó que la pregunta planteada por el consejo de la LN era en realidad una disputa entre Rusia y Finlandia, y que al negarse la primera a asistir al juicio, el tribunal no estaba en condiciones de resolverlo: *“It is well established in international law that no*

---

<sup>223</sup> El profesor Jonathan Charney en 'The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals' (1999) 31 NYU J Int'l L & Pol. 697, 699, analizó la interpretación del derecho en 5 temas fundamentales (fuentes, tratados, compensación por daños a extranjeros, responsabilidad internacional, agotamiento de recursos internos, nacionalidad, y delimitación marítima). Los tribunales que analizó son la CIJ, la Corte Europea de Justicia, la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los mecanismos de la OMC, el Tribunal Iran-EU y tribunales *ad hoc*. Su conclusión es que no hay disparidades significativas.

<sup>224</sup> Ver el número 'The Proliferation of International Tribunals: Piecing together the Puzzle' (1999) 31 NYU J Int'l L & Pol.

*State can, without its consent, be compelled to submit its disputes with other States either to mediation, arbitration, or to any other kind of pacific settlement.*”<sup>225</sup> Aunque, como se ha señalado, esta regla tampoco parece absoluta.

## 2. Órganos primarios de aplicación de derecho internacional

La caracterización institucional de Raz permite introducir algunas aclaraciones a la regla de reconocimiento hartiana, mismas que serán adoptadas aquí. Es pertinente recordar que la regla de reconocimiento debe interpretarse como imponiendo deberes a las instituciones encargadas de aplicar el derecho, y debe separarse de la práctica del ciudadano común, no porque ésta no sea relevante, sino porque incluso en una comunidad ‘de ovejas’, en donde los miembros no manifiestan un punto de vista interno, puede hablarse de un sistema jurídico (CL 117).

El derecho internacional cumple con las características de un sistema jurídico específicamente, pero es cuestionable si cumple con las características de un sistema institucionalizado en general (PRN 150); es decir, es dudoso que haya en él órganos primarios de aplicación del derecho. Por esta razón se ha ofrecido antes un esbozo de las condiciones actuales en que se encuentra lo que Kelsen llamó la “justicia internacional”. Debe compararse la definición de institucionalización ofrecida por Raz con el tipo de instituciones que existen en la comunidad internacional. Por un lado, para que el derecho internacional sea institucionalizado debe reunir órganos primarios, que son cuerpos centralizados que concentran en sus manos la autoridad

---

<sup>225</sup> *Eastern Carelia*, ante, nota 178, p 27.

de emitir resoluciones vinculatorias, y que se diferencian de sistemas de discreción absoluta al tener que emitir resoluciones con base en el material legal a su disposición. Por otro lado, la jurisdicción internacional, como ha sido descrita aquí, tiene cuatro características: es permanente; ha sido establecido por un instrumento legal internacional; decide los casos llevados ante ella con base en derecho internacional, con reglas de procedimiento determinadas *ante facto*; y el resultado debe ser legalmente vinculatorio.<sup>226</sup> Los tribunales internacionales emiten resoluciones vinculatorias, con base en derecho internacional, porque así lo establece el instrumento internacional que los constituye. Se cumplen, pues, dos de los tres atributos de la institucionalidad. Debe considerarse que las reglas de adjudicación varían de tribunal a tribunal. Pero además existe un contenido común al procedimiento en el derecho consuetudinario o en principios generales del derecho.

No es claro en qué sentido podrían considerarse los tribunales internacionales como órganos “centralizados” que “concentran” en sus manos la facultad de resolver con autoridad las controversias que se les presentan. Los tribunales internacionales están abiertos a recibir controversias entre miembros del instrumento que los crea; en ocasiones no se requiere ser miembro del instrumento, sino aceptar la jurisdicción del tribunal. En cualquier caso, debe aceptarse la jurisdicción del tribunal para que éste pueda tener la facultad de decidir la controversia. En ese caso, debe pensarse que la centralización del tribunal está determinada por la aceptación de la jurisdicción por parte de los miembros de la comunidad.

---

<sup>226</sup> C Romano ‘Proliferation’ ante, nota 37, 713-4 citando la definición de Christian Tomuschat.

Como se han cumplido dos de los tres atributos de la institucionalidad de Raz, debe decirse que el grado de institucionalización del derecho internacional está determinado por el grado de aceptación de la justicia internacional por parte de los miembros de la comunidad. Esto puede determinarse con base en la jurisdicción *ratione materiae* y el número de participantes en cada tribunal.

Debe considerarse, además, que aunque algunas materias de derecho internacional están sujetas a la jurisdicción de tribunales específicos (comercio, integración regional, derechos humanos, o derecho del mar) algunas otras no tienen un foro específico. Pero hay órganos que resuelven controversias sobre cualquier tema, especialmente la CIJ. Es difícil determinar qué porción del *corpus* del derecho internacional puede ser aplicado por los tribunales internacionales; no sólo existe jurisdicción a través de la pertenencia a un tribunal, sino también a través de las mencionadas cláusulas compromisorias, cuya cantidad y alcance es difícil determinar, considerando la gran cantidad de tratados en vigor que potencialmente pueden incluir una.<sup>227</sup> Más claramente que en el caso de las reglas secundarias de Hart,

---

<sup>227</sup> Ver Tabla 3. Jurisdicción, vigencia y membresía de tribunales internacionales. p.136. Además, la adhesión a la OMC es ahora de 143 miembros. Esto implica que en aspectos comerciales *por lo menos* 140 estados son miembros de la justicia internacional; en materia de derechos humanos, por lo menos 67, sin incluir el funcionamiento de la Comisión Africana de Derechos Humanos. Hay tribunales regionales en todos los continentes del mundo. Estos datos debieran permitir la conclusión de que *si* hay órganos primarios de derecho internacional.

debe aplicarse aquí lo dicho respecto de la función de las cortes locales para el sistema internacional.

Puede apreciarse que no nos encontramos frente a un sistema de absoluta discreción, sino que se trata de un orden institucionalizado en algún grado, porque la comunidad cuenta con tribunales que en de manera creciente abarcan diversas materias y se extienden a una mayor cantidad de participantes. Esto debe permitirnos concluir que *sí* estamos frente aun sistema institucionalizado, y por lo tanto, ante un sistema jurídico.

De lo expuesto pueden decirse tres cosas: que el derecho internacional es jurídico en el sentido de Kelsen, pero es más conveniente prescindir del carácter coactivo que él le atribuye a *lo* jurídico. Por eso es necesario emplear otra concepción de derecho, como la de Hart. Pero para poder emplearla, es necesario que el derecho internacional tenga reglas secundarias, cuya existencia Hart niega. No obstante, puede encontrarse la regla de reconocimiento en las fuentes del derecho internacional, las de cambio en las normas de costumbre y tratado que regulan la creación de nuevas normas y las reglas de adjudicación en las reglas de resolución de controversias. El concepto de derecho de Hart puede apreciarse más claramente subrayando la importancia de las instituciones aplicadoras del derecho, como lo hace Raz. Más claramente, el derecho internacional es jurídico en la medida en que podemos decir que es institucionalizado; pero Raz opina que este no es el caso. Pero de acuerdo con el desarrollo de la jurisdicción internacional debe concluirse que es difícil determinar en qué sentido las normas internacionales no son jurídicas.

Parece que al final estas normas no son tan distintas de nuestra concepción intuitiva de lo jurídico. Por lo tanto, en el sentido descrito por Raz, las normas internacionales son *razones excluyentes en la decisión judicial*. Una vez establecida esta

cuestión previa, debe analizarse cuál es el sistema jurídico en el que estas razones excluyentes son vinculatorias –*ie*, si en la jurisdicción internacional exclusivamente, o si lo son en algún sentido en el derecho interno.

#### IV. VALIDACIÓN RECÍPROCA Y PUNTO DE VISTA EXTERNO NO EXTREMO DEL SISTEMA JURÍDICO

*If one assumes, for example, a system of reference firmly anchored to our earth, one has to say that the sun moves in heaven; if on the other hand one shifts the system of reference to a fixed star, then the sun is in rest. The antithesis of these two formulations is neither contradictory nor obscure; it is simply a matter of two distinct ways of looking at things. According to the theory of relativity, which today can surely be regarded as well established in physics, the two systems of reference and the corresponding ways of looking at things are equally correct and equally justified; it is in principle impossible, without being arbitrary, to decide between them on the basis of this or that measurement or calculation.<sup>228</sup>*

Antes se diferenciaba entre la pregunta por la jerarquía de las normas y la determinación de su pertenencia a uno o varios sistemas. Consecuentemente, el debate entre las posturas monistas y dualistas se refiere, en última instancia, a la afirmación de que dos conjuntos de normas pertenecen o no a

---

<sup>228</sup> Max Planck *Vorträge und Erinnerungen* (1949) 313, citado en, Kelsen 'The Concept of a Legal Order', ante, nota 149. En Kelsen 'Sovereignty' ante, nota 149, 535; al discutir la superioridad o no del orden internacional sobre el estatal dice que las dos opciones deben ser planteadas por la teoría del derecho, pero la decisión está fuera del ámbito de ésta, "*Legal science qua science regards them both with complete indifference*" Id, 536.

un solo sistema. La pregunta por la jerarquía de las normas es posterior, y no debe ser resuelta para acercarse a la problemática de la unidad.

La afirmación básica del monismo remite directamente al concepto de sistema jurídico que se adopte. La posibilidad de que los sistemas jurídicos puedan ser concebidos como una unidad, puede traducirse en términos de la teoría del derecho, como la pregunta por un criterio de individuación de sistemas jurídicos. Esto es relevante para determinar a qué normas se encuentra obligado el sujeto de derecho, y qué normas puede aplicar una instancia judicial. La pertinencia de la teoría del derecho como método de análisis de ese problema se confirma por su uso en sucesivos intentos de determinación de las relaciones de sistemas de segundo orden y sus partes constitutivas.<sup>229</sup>

Por otro lado, puede decirse que la indagación por el concepto del derecho es relevante sólo para distinguir *lo jurídico* del resto de los fenómenos del mundo. Las teorías del derecho de Hart o Raz buscan separar *lo jurídico* en general del resto de los fenómenos, y no parece que hayan tenido como principal objeto el separar a un sistema jurídico de otro. Más bien han partido

---

<sup>229</sup> Sobre el estado federal, la operatividad de la regla de reconocimiento de Hart es analizada en K Greenewalt, ante, nota 125; sobre la integración europea, se emplea el modelo hartiano en Jones 'The Legal nature of the European Community: A jurisprudential model using HLA Hart's model of law and legal system' (1984) 17 Crml Intl L J 1-59; el modelo de Kelsen para resolver el status de la Unión Europea es empleado en C Richmond, ante, nota 148.

del presupuesto de que el concepto de sistema jurídico tiene una relación de 'uno a uno' con el de estado, de modo que a cada estado corresponde un sistema jurídico y viceversa. Sólo han llegado estos autores a distinguir un sistema jurídico de otro como consecuencia del concepto de *lo jurídico* en general, sin explicitar un criterio que resuelva la pregunta de la pertenencia de una norma al sistema. Parece que en tanto que la sistematicidad es un carácter definitorio de *lo jurídico*, el concepto de derecho permite distinguir un sistema jurídico de otro. Pero un criterio de individuación es sólo incidental para el concepto de sistema jurídico. Por mi parte, reitero la estipulación del capítulo anterior. Asumo que el derecho se distingue del resto de los fenómenos por constituir razones excluyentes para la decisión judicial, y esto implica su carácter normativo.

A diferencia del capítulo anterior, en éste me referiré al concepto de *sistema* jurídico en tanto que criterio de individuación, *ie*, de *un sistema* diferenciado de otro y no de *lo jurídico* a diferencia de lo normativo en general. Volveré a las teorías de Kelsen, Hart y Raz.

Debe tenerse en mente aquí la analogía que se ha hecho entre el derecho federal, el intersocietario, el comunitario y el internacional. La pregunta, ahora crucial, es: ¿cuál es la razón de la validez de un sistema jurídico inter-AB cuya única función es organizar las relaciones entre sistemas A y B preexistentes? He intentado argumentar a favor de que la única razón para separar estos cuatro fenómenos son consideraciones de carácter político o sociológico. Pero pueden ser subsumidos bajo las mismas categorías normativas: el sistema inter-AB.

Esta sección tiene tres partes: A) discutiré la relación de validación descrita por Kelsen e intentaré una reformulación que pueda superar las críticas de Hart, primero, y de Raz, después;

discutiré luego si la versión de la textura abierta de la regla de reconocimiento de Raz puede ser empleada para describir la relación del derecho inter-AB con sus miembros A y B.

En seguida, B) trazaré una diferencia entre el sentido de la normatividad en Kelsen y Hart, que dé cuenta de la diferencia entre los puntos de vista interno y externo del derecho en ambos autores. Esto debe ser útil para explicar la diferencia entre el derecho como hecho y como fenómeno normativo que impide a Hart, en cierta medida, aceptar el argumento de Kelsen. Finalmente C) discutiré la consecuencia de estos dos elementos para el argumento monista.

#### **A. VALIDACIÓN DE SISTEMAS COMO RECONOCIMIENTO RECÍPROCO**

Al rechazar la coacción de Kelsen como criterio de individuación de normas, será necesario intentar trasladar el argumento monista a los términos de Hart o Raz. Para ello debo ofrecer razones que permitan superar sus contrargumentos a la teoría de la unidad del derecho.

A continuación 1. se analizarán los argumentos de Hart en contra de la teoría de la unidad de derecho; 2 y 3. intentaré responder a los argumentos de Hart y Raz; atenderé especialmente a dos: el argumento sobre las relaciones de validación y complementación; introduciré dos precisiones sobre el alcance del monismo; 4. analizaré la manera en que un criterio de individuación de sistemas puede operar en las cortes, e incluiré los ámbitos de validez del sistema como parte del criterio de individuación; 5. más adelante me referiré al argumento del reconocimiento como criterio de obligatoriedad o de unidad del sistema; 6. analizaré la posibilidad de explicar las consecuencias de los puntos anteriores en términos de la textura abierta de la regla de reconocimiento de Hart, con el fin de decir

que las normas del sistema inter-AB están incluidas en A, aunque no sea de forma explícita; y 7. me referiré a dos argumentos en contra del monismo que tienen que ver con la forma en la que los sistemas jurídicos operan en realidad.

### 1. Relaciones de validación y complementación

La crítica de Hart a la teoría de la unidad de derecho de Kelsen está contenida en el artículo *On Kelsen's Doctrine of the Unity of Law* (KDUL). El artículo está dividido en cuatro secciones: I. La unidad del derecho internacional y del derecho nacional; II. La teoría de la ausencia de conflictos; III. Pertenencia a un sistema jurídico; y IV. Problemas de reconocimiento.

Los argumentos de Hart en contra de Kelsen se refieren a la relación de validación y complementación; al criterio de individuación seguido por las autoridades aplicadoras del derecho; y al reconocimiento como criterio de individuación de sistemas. Me referiré indistintamente a la 'teoría de la unidad del derecho' y al 'argumento monista'.

Según la descripción de Hart, Kelsen propone que existe una relación de validación y una complementación entre el derecho interno y el internacional, para establecer que constituyen éstos una unidad. Estas relaciones se basan en una observación sobre el contenido del derecho internacional. El derecho internacional incluye normas para el reconocimiento de estados como condición para su existencia; así, limita sus jurisdicciones personal y territorial,<sup>230</sup> autorizando a individuos o grupos de individuos a crear un orden jurídico estatal: “[...] *International law contains among its rules one that Kelsen terms the*

---

<sup>230</sup> Lotus; Nottebohm; Barcelona.

*'principle of effectiveness', which 'determines' or 'is the reason for' the validity of national legal orders and their territorial and temporal spheres of validity"* (KDUL 561). La relación de complementación es similar y se basa en que las normas de derecho interno designan las sanciones que las normas de derecho internacional necesitan para ser efectivamente jurídicas.

El problema del argumento monista en el fondo se refiere a la posibilidad de que la validez de un sistema esté dada fuera de él, en un sistema de mayor jerarquía. Para Hart el que una norma diga que ella valida a otra no es suficiente; es necesario que *en realidad*, en la práctica, sea la razón de validez de tal norma. Este puede ser el argumento más fuerte con el que Hart ataca la teoría monista de Kelsen.

La crítica a la teoría de la unidad del derecho puede verse en un pasaje en que Hart plantea el problema en términos de cuatro preguntas sobre la relación entre dos sistemas jurídicos.<sup>231</sup> De estas cuatro, sólo dos pueden resolverse atendiendo exclusivamente a lo que dicen las normas (KDUL 562). En términos de los sistemas A, B e inter-AB las preguntas son:

A. ¿Trata el sistema inter-AB a los sistemas A o B como si formaran una unidad con él mismo?

---

<sup>231</sup> La versión original (KDUL 563) dice:

C1. Do international and municipal law form a single system?

C2. Does municipal law derive its validity from international law?

D1. Does international law treat municipal law as forming part of a single system with itself?

D2. Is municipal law valid according to international law?

B. ¿Son los sistemas A y B válidos de acuerdo con el sistema inter-AB?

La crítica de Hart es que hay otras dos preguntas relevantes para establecer la relación de validación, que no pueden responderse meramente atendiendo a lo que dicen las normas (KDUL 562):

C. ¿El sistema inter-AB y los sistemas A o B forman una unidad?

D. ¿Los sistemas A y B derivan su validez del sistema inter-AB?

De estas preguntas puede inferirse el modo en el que Hart plantea el problema. Primero, la cuestión de la unidad del sistema *no es idéntica* a la satisfacción de la relación de validación. Esta relación es sólo el modo en el que Kelsen ha planteado la discusión, y puede ser una condición necesaria para la unidad, pero ciertamente no es suficiente (KDUL 577). La relación de validación no responde a la manera en que las leyes son efectivamente reconocidas:

The Pure Theory blurs the distinctions between these very different types of questions; it does so because it concentrates too much on what laws of validating purport say about other laws, and pays too little attention to matters that do not concern the content of laws but their mode of recognition. The Pure Theory therefore, *has a juristic Midas touch, which transmutes all questions about laws and their relationship into questions of the content of law or questions concerning what laws say; but the touch is perverse for not all questions are of this kind.* (KDUL 563, énfasis mío.)

Así, una relación de validación entre dos normas no se da sólo porque una *afirma* que valida a la otra, sino que es necesario que *en verdad* ésta última constituya la razón de validez de la primera. En términos de la teoría hartiana, la relación de validación sólo se da entre una norma secundaria, una regla de cambio que confiere facultades a un sujeto para crear normas, y

la norma creada. Debe atenderse a los autores de la norma creada, a su modo o fecha de creación, o todas estas características (KDUL 577). La regla de cambio, a su vez, debe ser empleada por las cortes para que podamos decir que en verdad existe (Cfr KDUL 576). Esto es, debe estar 'validada' por la regla de reconocimiento.

Parece claro que "*it is not sufficient in order to establish that two rules form parts of a single system to show that one of them provides that rules of a certain description satisfied by the other are valid*", (KDUL 562) si consideramos uno de los ejemplos de Hart. Piénsese en una ley de A (inglesa) que especifica que en el territorio A las leyes del régimen B (soviético) serán válidas:

The important qualification that should be made in drawing any conclusion from the existence of a relationship of validating purport between rules is perhaps obvious. On the passing of the [A] Laws Validity Act it would be right to say that *for the purposes of [A] law*, or according to [A] law [B] laws were validated, or derived their validity from an [A] statute... (KDUL 562)

La posición de Hart es que el hecho de que A permanezca abierto a las normas de B y permita su aplicación *no* tiene ningún impacto sobre la existencia misma de las normas de B. Esto parece claro: la aseveración legal de que algo existe no tiene en principio ninguna implicación sobre la existencia del objeto.

La siguiente crítica de Hart se plantea en términos similares sobre la relación de complementación. Las normas de derecho internacional son incompletas porque no establecen sanciones a las conductas individuales que los estados están obligados a castigar. Por un lado, una parte del argumento de Kelsen sobre la complementación es que el derecho internacional y el interno constituyen una unidad porque las normas son vinculatorias en

última instancia sobre individuos (557-8 KDUL). En realidad esto es cierto, pero no es conveniente como un argumento sobre la unidad del derecho porque tendríamos que concluir que *todos* los órdenes normativos posibles constituyen una unidad, porque finalmente todas las normas, sin importar su naturaleza, son vinculatorias sobre las personas. Por otro lado, Kelsen emplea la analogía de la relación entre el derecho local (digamos, sistema A) y las regulaciones de una compañía extranjera (del sistema B), señalando que las regulaciones de B hacen que las normas del sistema A sean operativas. La crítica de Hart es que<sup>232</sup> “[...] *the regulations of the [B] corporation which would thus complete the [A] statute derive their validity from a statute of the [B] legislature determining the manner in which [B] corporation regulations are to be made*” (KDUL 560). Hart generaliza este argumento diciendo que:

[...] the fact that the completion relationship hold between certain rules *is not itself sufficient* to show that the rules between which it holds belong to one and the same system; For unless it can be *independently shown* that the very idea of the existence of different systems of legal rules is illusory, and that there is only *one* system of rules, it seems quite clear that the completion relationship may hold either between the rules of the same system or between rules of different system. (KDUL 559, énfasis mío.)

El ejemplo de Hart es claro. Considérese que un sistema jurídico *puede* permanecer cerrado a cualquier elemento extra-sistemático. De ser el caso, la compañía del sistema extranjero B

---

<sup>232</sup> Se ha sustituido “inglés” y “sueca” en la versión original por A y B respectivamente.

*no aparecerá* como legalmente relevante ante el esquema de interpretación del sistema A. Para formular el ejemplo debemos haber determinado primero que efectivamente tratamos con dos sistemas diferentes. Trasládese el ejemplo a los sistemas inter-AB y A: ¿una entidad creada en inter-AB aparece como legalmente relevante en el plano de A? El ejemplo opera entre A y B, independientes uno de otro, pero el caso entre inter-AB y A es distinto, porque el primero depende de la existencia de sus miembros. Considerando esto, no es claro en qué sentido una entidad legal de inter-AB podría *no existir* ante los sistemas A o B, del mismo modo en que una compañía extranjera de B podría *carecer de efectos jurídicos* en el sistema local A.

La crítica a la que Hart dedica una gran parte de su artículo es la teoría de la ausencia de contradicciones en un sistema jurídico como criterio negativo de individuación. La posibilidad de contradicción entre normas es sin duda un tema muy complejo; he decidido no tratarlo aquí. Sobre la crítica de Hart, sólo diré que para Kelsen éste era un criterio de individuación, porque afirmó que el sistema jurídico es aprehendido por nosotros como consistente y libre de contradicciones. No obstante, Kelsen no admitiría que un sistema no puede tener enunciado normativos contradictorios. El caso es que al ser interpretado, no puede decirse que contenga como solución a un caso concreto dos mandatos que no puedan ser cumplidos simultáneamente. En la teoría de Kelsen esto implicaría que la autoridad debería aplicar dos sanciones cuyo cumplimiento simultáneo es imposible.<sup>233</sup> Al

---

<sup>233</sup> R Dworkin, ante, nota 1, 200 afirma que la crítica de Hart enuncia la teoría de la ausencia de conflictos sin dar en el blanco de la imposibilidad de satisfacción simultánea de dos mandatos.

criticar a Kelsen, Hart no distingue entre el enunciado que niega la posibilidad de conflictos en el sistema, y el enunciado que obliga a un juez a optar por una solución.

Hasta aquí la exposición de Hart sobre la relación de validación y complementariedad. A continuación intentaré replantear la relación de validación para superar estas críticas.

## 2. Validación como satisfacción de un criterio de identificación

Dos razones hacen necesario apartarse del argumento monista de Kelsen: primero, que los argumentos de Hart parecen dar en el blanco sobre las relaciones de validación y complementariedad porque éstas parecen implicar que para establecerse, es suficiente lo que la norma *afirma*. Segundo, que el criterio de individuación de normas basado en la coacción ha sido rechazado en el capítulo anterior por no ser muy adecuado para describir el derecho internacional.

Para superar las críticas de Hart debe introducirse alguna modificación al argumento de Kelsen. Para ello quisiera introducir ahora dos estipulaciones sutiles.

Primero, omitamos cualquier aseveración sobre la relación de A con B, y ocupémonos sólo de la relación de *A o B con inter-AB*. Para la relación de complementación vale la misma aclaración: la relación se da entre un sistema inter-AB de segundo orden, y uno A o B; nunca entre A y B. La razón más importante para revisar las críticas de Hart es hacer clara la distinción entre los sistemas A y B por un lado, y el sistema inter-AB por otro. No debe perderse de vista que inter-AB es un sistema de segundo orden. Como se ha definido aquí, la relación que puede predicarse de A con B es una de total independencia (no puede decirse que uno dependa de la existencia de otro para ser

eficaz); no podemos decir lo mismo de la relación de A o B con inter-AB, porque la existencia de este último *depende* de los primeros. Si no existieran A y B no tendría sentido hablar de un orden inter-AB cuya función es relacionarlos.

Respecto de la segunda modificación al argumento, Kelsen afirma es que el derecho inter-AB (internacional) faculta a grupos de individuos a crear un sistema jurídico estatal. Aquí, en lugar de afirmar que una regla en inter-AB fija una condición de existencia de un sistema A o B, diré que el sistema inter-AB incluye criterios para identificar a las normas de A o B. Éste parece ser ahora el contenido del derecho internacional, como se ha visto en el primer capítulo al hablar de los sujetos de derecho internacional y del incremento en el número de estados. Aunque la cuestión no está completamente determinada en derecho internacional, parece que la regla ha cambiado desde mediados de siglo, cuando Kelsen diseñó su argumento. Ahora parece más claro que el reconocimiento *no* implica existencia, sin embargo permite el goce de ciertos atributos indispensables para la supervivencia del estado, como el respeto a la integridad territorial y a la independencia política derivadas de la igualdad soberana.<sup>234</sup>

Debe definirse el sentido en el que puede predicarse que el criterio de identificación contenido en inter-AB valida a sus miembros. De modo análogo al criterio de identificación de normas del sistema (norma fundante, regla de reconocimiento) el criterio de identificación de miembros no crea sistemas, sino que establece una condición para su pertenencia a un sistema superior inter-AB.

---

<sup>234</sup> Crawford, ante, nota 60.

Una reformulación del argumento monista –como la he planteado arriba– permite afirmar que inter-AB contiene un criterio de identificación o de pertenencia. Puede decirse que la regla que reconoce a otra es una de segundo orden, porque predica algo *sobre otra* regla preexistente, aunque no la crea. Llevado esto al orden nacional puede verse que el que el orden federal establezca un criterio de identificación de miembros es *suficiente* para *validar* (traer al discurso jurídico) a un sistema legal local preexistente. Ciertamente no es el caso que el sistema inter-AB *crea* un sistema jurídico A o B, pero sí extiende los efectos jurídicos de éstos a un plano superior.

Parece que hablamos es de una validez *recíproca*. No tratamos con un problema de la existencia en cuanto tal de los sistemas A o B,<sup>235</sup> sino de su reconocimiento *recíproco*. Para afirmar la relación de validación, no es *necesario* decir que el derecho inter-AB crea a sus miembros, y así decir que forman un solo sistema. Basta con aclarar que se trata del caso en que inter-AB contiene un *criterio de identificación* de A y B.

La diferencia entre Kelsen y Hart en este punto es que la validez en Hart implica la correspondencia con un criterio de identificación (regla de reconocimiento) sin que ello tenga relación con la existencia por sí; mientras que para Kelsen la validez sí implica existencia. Lo que Hart ataca es la validez en cuanto existencia. En la sección IV.B sobre el carácter

---

<sup>235</sup> La crítica en KDUL puede sintetizarse diciendo que Hart reclama a Kelsen *que la validez no significa la creación* de una norma (recuérdese que en Kelsen la validez es la existencia de la norma) sino el que satisfaga un criterio de identificación (la regla de reconocimiento).

valorativo de las normas jurídicas se discutirá la razón por la cuál Hart y Kelsen difieren en este punto. Se sostiene aquí que mientras Kelsen estaría dispuesto a decir que hay una doble implicación entre existencia y validez, Hart mantiene una posición distinta. Esto se evidencia al establecer Kelsen que la existencia de una norma jurídica implica un estándar de valoración objetivo.

En términos de Hart, el principio de efectividad de Kelsen ha sido replanteado: el que *inter-AB en verdad* valide (en el sentido de dotar de existencia) a A no es importante; el caso es que *inter-AB es en realidad empleado* por A y que contiene un *criterio de identificación* de sus miembros (sistemas jurídicos). Hart no acepta la primera proposición pero no tendría por qué objetar la segunda que está planteada en términos similares que la regla de reconocimiento. La pregunta es si esta formulación implica en algún modo la unidad del derecho.

Para superar el criterio de individuación de normas de Kelsen (coacción) que se ha rechazado antes, debe emplearse otra teoría del derecho. Por ello, intentaré poner en términos de Hart o Raz el argumento monista. Discutiré cuál es la postura de Raz al respecto, al rechazar el criterio de individuación de sistemas jurídicos de Kelsen. Finalmente, emplearé el concepto de ámbitos de validez como posible criterio de individuación de sistemas en una corte de A, al aplicar normas de otro sistema B.

### 3. Validación recíproca como cadena circular de validez

Raz retoma la cuestión que Hart plantea en KDUL (580) como el problema de un criterio de identificación de sistemas jurídicos que permitan tanto atender a los actos de las autoridades aplicadoras del derecho como concebir sistemas abiertos.

Raz idea una manera de resolver el problema de la identidad de los sistemas sin pasar por el problema de la individuación de las normas. La argumentación de Raz es relevante para el argumento monista al rechazar el criterio de individuación de Kelsen (la norma fundante) y describir cadenas circulares de validez dependientes de la validez de cada una de las normas que la forman.

Primero Raz limita la pregunta por un criterio de individuación. El sistema jurídico está compuesto por normas; pero la definición de norma es problemática en la teoría del derecho. Para eludir este problema, Raz separa la individuación de normas de la identificación de los sistemas jurídicos: <sup>236</sup> “[t]he problem of the identity of legal systems is the quest for the criterion or set of criteria that provides a method for determining whether any set of normative statements is, if true, a complete description of a legal system.”<sup>237</sup> En esta formulación, un enunciado normativo es puro si la existencia de una norma es condición de su verdad; todos estos enunciados referidos a un sólo sistema se denominan el “conjunto total”; y el conjunto de enunciados puros que sea lógicamente equivalente al conjunto total del sistema, se denomina una descripción completa del mismo. Aunque la individuación abarca tanto la continuidad en el tiempo de los sistemas como su alcance material, yo me ocuparé sólo de este último, *ie*, la manera en que podemos conocer si una norma pertenece a un sistema dado o no.

---

<sup>236</sup> J Raz ‘The identity’ ante, nota 188, 80-1.

<sup>237</sup> *Idem* 80.

Enseguida Raz proporciona dos razones para abandonar la norma fundante como criterio de individuación.

Primero, el contenido del sistema no puede ser deducido de ella. Él describe la norma fundante como la norma que le da validez a la primera constitución. De ser el caso, tanto la primera constitución como la norma fundante deben ser parte de todas las cadenas de validez del sistema (CLS 101). Si esto es así, podría decirse que no es necesaria la norma fundante, porque puede ser sustituida por la primera constitución. La “falacia” (CLS 101) de pensar en la validez de la primera constitución sin más es que las constituciones a menudo constan de más de una norma. Esto hace que la unidad de las normas del sistema esté determinada por una sola norma en común: la norma fundante; y ella es, por lo tanto, esencial para el criterio de identidad del sistema jurídico.

El contrargumento de Raz es como sigue: Kelsen hace necesario derivar el contenido de la norma fundante a partir de las normas del sistema; por lo tanto, el contenido de la norma fundante (*ie*, los actos de creación y aplicación que unifican al sistema) sólo puede ser explicitado después de observar las normas del sistema. El proceso no puede revertirse, no puede saberse cuál norma pertenece al sistema a partir de la norma fundante (CLS 102).

Esto parece exacto. Pero no puede ser una crítica al criterio de individuación de sistema jurídico en Kelsen, por dos razones. Primero, Kelsen está al tanto de esta situación, y de hecho asume que la relación no será bilateral: el contenido de la norma fundante depende del contenido de las fuentes que estipula la primera constitución. Segundo, el contenido de las normas que puedan ser dictadas *a posteriori* por una autoridad no puede ser contenido sino en virtud de la autoridad que las crea; y sólo

serán consideradas válidas porque sabemos que tal autoridad estaba facultada por la primera constitución para emitir las.

En términos de la teoría hartiana puede decirse que la regla de reconocimiento se conoce a partir de las reglas de cambio que aplican las cortes. Pero –como se ha señalado en el capítulo anterior– la regla de reconocimiento es igualmente circular, porque su contenido no puede ser determinado sino infiriéndola de la conducta de las cortes, que sólo son identificadas como autoridades aplicadoras del sistema por la regla de adjudicación que está validada por la regla de reconocimiento.

No obstante, supongamos que efectivamente la norma fundante *en cuanto norma* puede ser obviada. Raz propone una solución alternativa en donde la validez del sistema depende de la validez de todas las normas de la constitución; y la validez de cada una de ellas depende de la validez de las demás (CLS 138-9). La diferencia entre suponer la validez de la primera constitución sin más (o la validez dada por la norma fundante) y la solución de Raz se ilustra en un diagrama (CLS 139) en donde una cadena de validez vertical se transforma en una cadena de validez circular.

Raz explica el error de Kelsen separando dos funciones en la norma fundante. Una es la pregunta por la estructura del sistema; la otra es la pregunta por las normas que lo integran. En términos de Kelsen: *'what is it that makes a system out of a multitude of norms?'*, es la pregunta por la estructura. Esta es la pregunta que resuelve la norma fundante. Pero el criterio de individuación no está determinado por ella. Según Raz *"when does a norm belong to a certain system of norms?"* es una pregunta por el criterio de identidad. En consecuencia, podemos ver un conjunto de normas sistemáticamente (estructura), aunque formen dos unidades (identidad) como en el ejemplo de Raz, abajo.

El segundo argumento de Raz se basa en mostrar que puede haber una misma cadena de validez entre normas de dos sistemas diferentes. Raz emplea un ejemplo para decir que la cadena de validez de Kelsen no puede servir como criterio de individuación. El ejemplo involucra dos sistemas, A y B. El sistema A adopta una ley por la que autoriza al parlamento de B para hacer su propia constitución. De esto Raz deriva que la constitución de B ha sido *autorizada* por la de A. Por lo tanto, ambas forman parte de la misma cadena de validez (CLS 103). De manera análoga al ejemplo de Raz, puede pensarse en un sistema A, que emite una norma confiriendo a las autoridades nacientes de un sistema B la facultad de legislar. Esta es una razón por la que podemos decir que la crítica de Raz no prospera. Como se ha visto, ésta es la relación de validación que Hart imputa a Kelsen. En este sentido, Raz dice:

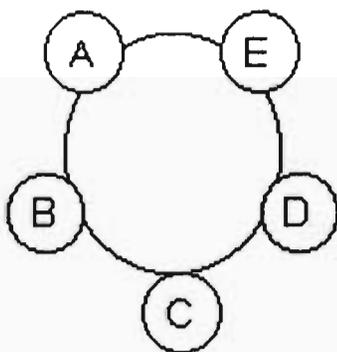
The conclusion can be avoided only by abandoning the principle of origin and regarding N3 as the first constitution not because it has been enacted by the exercise of a basic power but because it is recognised as such by the Courts. (CLS 108)

Este ejemplo es similar al que usa Hart respecto de las normas del sistema legal de Inglaterra, reconociendo como válidas las normas del régimen soviético (KDUL 562); se le puede aplicar el mismo comentario crítico de Hart a Kelsen: “*it concentrates too much in what laws of validating purport say about other laws, and pays too little attention in matters that do not concern the content of laws but their mode of recognition*” (KDUL 563). No es claro en qué sentido una constitución es creada cumpliendo una regla que confiere facultades. Quizá lo que sucede es que cesa el reconocimiento del sistema creado bajo la autoridad del sistema anterior. En ausencia de este reconocimiento se prepara una segunda constitución. De otro

modo deberíamos decir que el reconocimiento a un sistema externo valida nuestro sistema interno, *ie*, que la relación de validación en verdad se da en atención al contenido de las normas.

Por esto sólo permanece el primer argumento de Raz: la posibilidad de que la cadena de validez vertical dada por la norma fundante sea reemplazada por una cadena circular.

Como se ha mencionado antes, es posible construir un argumento para un sistema federal en el que la regla de reconocimiento se encuentre *en cada una de las constituciones estatales* y no en la federal. En el caso de nuestro sistema inter-AB (o más generalmente sistema con  $n$  miembros inter- $A_1, A_{1+(n-1)} \dots A_n$ ), el sistema de segundo orden depende de la validez de cada una de las normas fundantes (reglas de reconocimiento) de cada uno de los sistemas constitutivos. Con la modificación introducida al argumento monista en la sección previa, la validez de los sistemas relacionados equivale a su coincidencia con el criterio de identificación del sistema de segundo orden.



*Figura 1. Validación recíproca*

Llamaré a esta instancia de la solución de Raz una relación de *validación como reconocimiento recíproco*. Adoptaré esta descripción, no porque pueda probarse que es una mejor construcción que la de Kelsen, sino porque parece describir más claramente lo que ocurre, vg, entre una metrópoli y su colonia. El que una norma dote de validez a otras *no depende del contenido de las normas*, sino de la función que éstas tienen entre los miembros de la comunidad vinculada por ellas. Por eso el sistema inter-AB, en tanto que contiene un criterio de identificación de sus miembros, puede decirse que *valida* a ambos miembros A y B *uno frente a otro*, no en razón de su contenido, sino de su función. Debe reiterarse que no es el caso que cada miembro  $A_1, A_{n-1} \dots A_n$  pueda en lo individual excluirse del sistema o “elegir” las normas que le son vinculatorias. Considérese especialmente lo dicho antes sobre lo problemático de la teoría consensualista para explicar la fuerza vinculatoria del derecho internacional. La relación de validación recíproca es útil en cuanto evidencia la necesidad de la existencia de todos los miembros de un sistema y su reconocimiento como tales.

#### 4. Diferenciación de sistemas en las cortes

Revisaré ahora el papel de las instituciones aplicadoras de derecho en el argumento monista. Como se ha visto, para Hart es necesario encontrar un criterio de individuación de sistemas jurídicos que no atienda a la autoridad con la que la norma ha sido creada (aunque sí tome en cuenta sus circunstancias de creación); esta es la función de la regla de reconocimiento que nos permite enfocar la atención en las instituciones aplicadoras del derecho (KDUL 580). Estos criterios de individuación de sistemas se prueban en el momento de la aplicación de las normas de un sistema A en las cortes de un sistema B.

En esta sección insistiré en que de no atender a la autoridad de creación de normas, tendremos problemas para resolver la situación en que un juez en el sistema A aplica los estatutos de una compañía cuya validez deriva del sistema B. Afirmar que un juez de un sistema aplica normas de otro presupone que (i) se ha establecido que puede elegirse entre dos normas que tienen un ámbito común de aplicación; (ii) *que pertenecen a distintos sistemas A y B*; y (iii) que una norma inter-n obliga o permite al juez de A la aplicación de normas de B. Para ser operativa, la existencia de inter-n implica que se tiene un *criterio para identificar* órdenes normativos alternativos. El fundamento de la validez de inter-n *no es* B (el derecho extranjero), sino inter-AB (derecho conflictual), o A (derecho del foro), *pero no B*. Esto mismo dice Hart. De lo contrario se eliminaría la distinción entre las normas de uno y otros sistemas (KDUL, 580). Veamos las otras dos opciones, *ie*, la validez de inter-n basada en A, o basada en inter-AB. Por un lado, inter-n es una norma del tipo inter-AB de segundo orden, sobre las relaciones entre dos sistemas preexistentes. Por otro lado, si inter-n fuera establecida unilateralmente por A, podríamos tomar la primera opción.<sup>238</sup> Pero parece más bien que la norma inter-n es miembro simultáneamente de A y B porque (i) ha sido creada por las autoridades de A y B claramente en el caso del derecho internacional, por sus fuentes, que corresponden a su carácter

---

<sup>238</sup> Estas relaciones entre A, B e inter-AB pueden explicarse en la esfera internacional con ayuda del concepto de jurisdicción doméstica de los estados, de acuerdo con el cual existe un cúmulo de materias no sujetas a su determinación unilateral, por ser materia internacional. (vg, CNU 2.4)

horizontal; (ii) es aplicada por las autoridades de ambos sistemas.

Hart adopta una posición distinta: que la norma que aplica el juez del foro es una norma similar en contenido a la extranjera, pero en realidad aplica una norma puramente interna (KDUL 580). El inconveniente de esta explicación es que no resuelve el problema de distinguir una norma interna de una extra-sistemática, sino que propone que *cada* vez que un juez aplica una norma extranjera, en realidad se añade una nueva norma al sistema con idéntico contenido de la extranjera. Consecuentemente, esta explicación no permite distinguir entre una norma del sistema que la corte está *obligada* a aplicar, de una norma extra-sistemática que la corte está *facultada* para aplicar.

Para determinar la unidad de dos sistemas jurídicos, Hart busca un argumento mediante el cual se establezca que las cortes locales estarían dispuestas a preferir al derecho internacional (inter-AB) sobre el local (KDUL 563). Esta es, con certeza, una norma de inter-AB.<sup>239</sup> Parece que lo que Hart requeriría es que esta norma perteneciera, *además*, a A y a B. Pero de acuerdo con la teoría de las fuentes de derecho internacional revisada en el primero y segundo capítulos, las

---

<sup>239</sup> Como se ha dicho en el primer capítulo, las cortes internacionales han enunciado tal obligación, *Pobladores Griegos y Turcos*, ante, nota 121, 20. Es particularmente interesante que la dificultad para apreciar el papel de las cortes locales con el derecho internacional ha sido asociada con la concepción dualista de las relaciones entre derecho interno y el internacional, vg H Lauterpacht, ante, nota 40, 68.

normas internacionales han sido creadas en última instancia bajo la autoridad de A y B. Esto debería bastar para satisfacer el requisito de Hart. Si establecemos que nuestro criterio de identificación se sitúa en inter-AB, pero elaborado y aplicado por las autoridades de A y B, podemos replantear la relación de validación de Kelsen para acercarla más al concepto de validez de Hart: *ie*, no como existencia, sino como conformidad con un criterio de identificación.

Raz retoma la función de las cortes locales como medio para distinguir las normas de un sistema A de las del sistema B. Emplea la textura abierta de la regla de reconocimiento para describir cómo operan los sistemas jurídicos articulando relaciones entre distintos sistemas institucionalizados.

Ya antes, al discutir las críticas de Hart a la relación de validación, se ha analizado el papel de las instituciones aplicadoras del derecho. La explicación de Raz puede verse como una expansión de las líneas de trabajo de Hart en KDUL (Cf 581). Raz propone la idea de sistemas institucionalizados abiertos, *ie*, que el sistema jurídico regula otros sistemas institucionalizados:

A normative system is an open system to the extent that it contains norms the purpose of which it *is to give binding force within the system to norms which do not belong to it*. The more 'alien' norms are 'adopted' by the system the more open it is. It is characteristic of legal systems that they maintain and support other forms of social grouping. Legal systems achieve this by upholding and enforcing contracts, agreements, rules and customs of individuals and associations, and by enforcing though their rules of conflict of laws the rules of other countries, and so on (PRN 153, énfasis mío.)

Desde la perspectiva de la regulación de los órganos primarios, Raz opina que “[t]here is no reason why an institutionalized system should not include rules addressed to officials although they are neither rules of recognition nor rules identified by the rules of recognition” (PRN 146). La capacidad del sistema de ser abierto no afecta el carácter de superioridad característico de los sistemas jurídicos: “Most legal systems are at least partly compatible; they recognize, for example, the extraterritorial validity of some norms of other systems” (PRN 152). Raz observa la apertura del sistema jurídico en virtud de la función que éste cumple en la sociedad.

Si identificáramos las normas del sistema por ser obligatorias para los órganos primarios, y hay normas extra-sistemáticas que estos órganos deben aplicar, entonces se necesita un criterio que separe entre unas y otras. Decimos que las normas son ‘adoptadas’ por el sistema de acuerdo con alguna de dos pruebas: (i) debe ser una norma perteneciente a otro sistema practicado por sus súbditos, y que sea reconocida en tanto que esté en vigor en aquél sistema; o (ii) que se trate de normas formuladas con el consentimiento de los sujetos, “[...] by the use of powers conferred by the system in order to enable individuals to arrange their own affairs as they desire” (PRN 153). De acuerdo con la segunda categoría, Raz sostiene que las normas creadas por una facultad concedida por el sistema A *no pertenecen a él*, aunque pareciera que pertenecen a la misma cadena de validez. Esta es una instancia de la situación en la que un sistema A autoriza a la comunidad B a adoptar una constitución para sí. No parece que se trate *ni* de la misma cadena de validez *ni* de dos unidades separadas.

En cualquiera de los dos casos debemos saber primero que la norma pertenece a otro sistema. Como se ha dicho, ésta es exactamente la crítica que hace Raz a la norma fundante como

criterio de individuación. Generalmente, se sabe que las normas que aplica la corte pertenecen al mismo sistema jurídico, y sólo se duda en casos excepcionales. Raz ha optado por un criterio práctico para responder al problema de la identidad: debe considerarse las soluciones legales existentes; por ejemplo, que el derecho extranjero, al ser aplicado por las cortes con base en las reglas del derecho internacional privado, debe ser probado por testigos expertos, siendo esto *una indicación de que no es parte del sistema legal bajo el que estas cortes operan*.<sup>240</sup> Pero el hecho de que una norma deba ser probada por un testigo experto *presupone* que la hemos identificado como una norma extranjera. Persiste la interrogante: ¿cómo hemos llegado a esa conclusión?

Quisiera analizar en qué medida pueden los criterios de validez de la norma –que finalmente definen la competencia de las cortes del sistema–, ser un indicador de la pertenencia de la norma a otro sistema. Las normas tienen un ámbito temporal, material, espacial y personal de validez.

Estos son los ámbitos de validez de la Teoría Pura, que llevaron a Kelsen a establecer lo que he llamado aquí ‘cuestión previa’ del argumento monista: los ámbitos de validez del derecho interno parecen ser un subconjunto del derecho internacional, y esto implica que no pueda haber un criterio distintivo.

Los círculos pequeños en la figura con la que antes representado la validación recíproca representan sistemas del tipo A no incluidos del todo en el sistema inter-AB. En derecho internacional el ámbito reservado es un criterio negativo del

---

<sup>240</sup> J Raz ‘The identity’ ante, nota 188, 78, 83.

contenido de A que no está en inter-AB, *ie*, el alcance de la intersección está determinado por inter-AB. A y B no tienen más que eventuales intersecciones determinadas por inter-AB (derecho internacional privado). No es el caso que A sea un subconjunto de inter-AB, sino que inter-AB determina *si es el caso que A* sea un subconjunto suyo. Lo importante no es si inter-AB contiene a A o no, sino la razón por la que podemos determinar eso: una norma inter-n que distribuye las competencias del sistema inter-AB y A.

Para que dos normas sean aplicables al mismo caso, deben tener al menos uno de estos cuatro ámbitos de validez en común. La relación entre los ámbitos de validez de las normas de dos sistemas, A y B, es tal que hay una intersección entre ellas. Para que haya una coincidencia que permita que dos normas de dos sistemas distintos sean aplicables, es necesario que alguno de los ámbitos de validez de A sea *también* un ámbito de B. Sin embargo, podemos distinguir a ambos sistemas porque al menos *uno* de estos ámbitos de aplicación *nunca* pertenecerá a A y a B simultáneamente.

Es sencillo ver que entre sistemas nacionales, el ámbito territorial de aplicación *nunca* será el mismo para las normas de A y para las normas de B, *ie*, las normas de A son aplicables al territorio de A y, de modo similar, las normas de B se aplican al territorio de B. Los conflictos de leyes no surgen porque las normas de A *deban* ser aplicadas en otro territorio, sino porque gobiernan una materia, o se aplican a una persona, que incidentalmente está en el territorio de B. Puede decirse que la primacía del ámbito territorial de validez es contingente.<sup>241</sup> No

---

<sup>241</sup> Esto justamente critica el profesor MacCormick de la postura monista. Pero no es necesario que sea así. MacCormick

parece haber nada en la naturaleza del derecho que nos obligue a elegir al territorio por encima de otro criterio. Puede recordarse aquí que aun las constituciones de los sistemas con menor grado de apertura al derecho internacional, reconocen que su territorio está limitado por las normas de derecho internacional aplicable. En este sentido, el criterio de identificación contenido en inter-AB limita la jurisdicción de los sistemas nacionales, como lo propuso Kelsen.

El caso de un sistema inter-AB en relación con A o con B es diferente. En tanto que inter-AB es un sistema de segundo orden, vincula estos dos sistemas jurídicos, y con ello, a *todos los ámbitos de aplicación* de uno y otro. Todos los ámbitos de aplicación de A y todos los de B son los ámbitos de aplicación de inter-AB.

Si la norma cuya pertenencia al sistema es dudosa regula actos en una jurisdicción territorial, personal, temporal o material no reguladas en el sistema, la norma no es parte de él. Al menos debemos poder distinguir a alguno de los ámbitos de validez de la norma. Si frente a los órganos de aplicación del derecho esta distinción no es posible, la norma *debe* ser miembro del sistema. Por lo tanto, inter-AB y A, por un lado, e inter-AB y B, por otro, constituyen una unidad.

Podría objetarse que al atender a los ámbitos de validez de la norma se atiende de nuevo a lo que ella dice y no a lo que es en realidad. La diferencia con un enfoque tal es que los ámbitos de validez están definidos por inter-AB, no por A ni B

---

‘Institutions and law again’ (1999) 77 Tex L Rev 1429, 1430-5 [en adelante ‘Institutions’].

unilateralmente, sino en conjunto, al acatar un criterio de identificación de miembros.

##### 5. Interpretación restrictiva del reconocimiento

Los argumentos de Hart en KDUL sobre el reconocimiento, se refieren a comunidades sin órganos primarios de aplicación del derecho; al argumento realista de identificar las normas del sistema con las que *han* sido aplicadas por las cortes, más que con las que *debieran* ser aplicadas; y a la problemática de las cortes que aplican derecho extranjero. Este último punto se ha tratado en la sección anterior, y los primeros dos no se refieren a la teoría de la unidad del derecho, sino a la teoría hartiana del derecho en general, por lo que no serán revisados aquí.

La postura de Hart sobre la relación de validación es que “[...] *whether or not international law and the law of the state form one system depends in the manner in which and extent to which a given state recognizes international law*” (KDUL 563). Como Hart mismo señala, la noción de reconocimiento que él empleó no es suficiente para diferenciar las normas de un sistema de las de otro cuando una corte aplica derecho extranjero (KDUL 581).

El problema es el término “reconocer”. Si el término se refiere a reconocimiento en general, en un sentido *no* estrictamente hartiano (como “regla de reconocimiento”) puede aplicarse la crítica de Kelsen a las teorías del derecho basadas justamente en el “reconocimiento”. Una teoría que diga que la obligatoriedad de las normas está basada en el reconocimiento del individuo, no dice otra cosa que es obligatorio sólo lo que es querido por él

(TPD 34 i n).<sup>242</sup> Pero éste no debe ser el sentido en el que Hart emplea el término, porque en otro sitio ha dicho que la razón de la no juridicidad del derecho internacional no puede basarse en la imposibilidad de imponer obligaciones sobre el soberano; y que una teoría consensualista del derecho internacional no es del todo adecuada (CL Cap X). Por lo tanto, debe referirse a la inclusión en la regla de reconocimiento de las normas internacionales.

Consideremos que (i) el sistema inter-AB es jurídico (especialmente el derecho internacional) y, por lo tanto, vinculatorio para las comunidades de los sistemas A y B independientemente de su voluntad (en el caso del derecho internacional, con los límites y características que indican las fuentes del sistema). Además, (ii) A y B emplean el sistema inter-AB en sus relaciones recíprocas, y (iii) los sistemas A y B reconocen al menos en modo general al sistema inter-AB en su constitución escrita, al menos para la limitación de su jurisdicción territorial.<sup>243</sup>

---

<sup>242</sup> Nótese que en el caso del derecho intencional, el consentimiento del Estado no es una explicación del todo precisa, según lo expuesto en la sección I.A.1, p8.

<sup>243</sup> Aquí debe tenerse en mente el análisis presentado antes sobre la incorporación de obligaciones internacionales en las constituciones modernas (ver I.B.2 Orden constitucional moderno típicamente abierto al orden internacional, p 42). Se ha visto cómo ninguna de las constituciones analizadas rechaza al derecho internacional, sino que todas le conceden un reconocimiento general, ya sea regulando la facultad de ratificar tratados, o reconociendo su obligatoriedad en materia de

Veamos el caso del derecho estatal. Si aceptamos la posición de Hart, en caso que el derecho local fuera omiso respecto del modo de implementar la legislación federal, quedaría libre para no aplicarla. Esto equivale a decir que el derecho federal es debido sólo cuando es querido por la entidad federada. Aceptar la postura de Hart implica que el derecho interno, por ejemplo, es vinculatorio para los individuos sólo en el grado en que lo reconozcan. Incluso desde la postura de Hart puede argumentarse que la existencia de la regla internacional, particularmente en el caso del derecho internacional general, implica que el estado la “reconoce”. Esto es mucho más evidente respecto del derecho de los tratados. Si el estado ha ‘aceptado’ que una regla es vinculatoria sobre éste pero no existe un mecanismo preciso para llevarla al derecho interno ¿debemos decir que la regla no existe?

Parece que Hart requeriría para determinar la unidad de los sistemas jurídicos, es que en sus constituciones los estados expresaran tal unidad mediante una norma. Esto implicaría que *nunca* es el caso que la unidad de un sistema jurídico sea un hecho, sino sólo una determinación legal. Esto nuevamente atiende demasiado a lo que las normas dicen y no presta atención a cómo operan.<sup>244</sup> Una interpretación restrictiva del

---

fronteras, o en cuanto su regulación de las relaciones internacionales.

<sup>244</sup> Aun si este fuera el caso, un análisis comparativo de textos constitucionales muestra que en diversas materias, y para diversos fines, las constituciones modernas admiten expresamente la integración del derecho internacional al derecho interno, particularmente en el campo de los derechos

reconocimiento nos deja con la paradoja que se ha planteado ya de una norma de inter-AB que existe pero no en el ámbito de A o de B. Para avanzar una solución de esta paradoja se examinará la textura abierta de la regla de reconocimiento.

#### 6. Papel de la textura abierta de la regla de reconocimiento

La textura abierta de la regla de reconocimiento (CL 125) nos permite explicar que hay cierta incertidumbre en su contenido. El criterio último de validez proporcionado por la regla de reconocimiento hartiana, tiene una vaguedad necesaria, de modo que la jurisdicción del parlamento o de las cortes puede ser confusa en ciertos casos (CL 147-54).

La caracterización de la regla de reconocimiento como abierta en Hart permite explicar que ésta sea “incompleta” “[...] *for it may not include an accepted answer to some legal questions, such as the validity of the rules of public international law within the municipal legal systems.*”<sup>245</sup> Raz señala que “[t]he attempt to give a reasonable and systematic solution to a set of related legal problems to the type enumerated, is a possible aim of a legal theorist. It is not, however, an aim that has been important in the history of jurisprudence”.<sup>246</sup> El problema es cómo se determinan estas relaciones desde la teoría del derecho. Precisamente este es el enfoque que puede contestar a la

---

humanos.

(Ver

Gráfica 5. Frecuencia de indicadores de apertura, p 52).

<sup>245</sup> J Raz ‘The identity’ ante, nota 188, 94.

<sup>246</sup> *Idem* 85.

pregunta de si los tratados internacionalmente vinculatorios de los que el estado es parte, son o no parte del sistema interno del estado;<sup>247</sup> o más generalmente, si las normas de nuestro sistema inter-AB pertenecen a los sistemas A o B, o no.

Veamos cómo se aplica esto a las relaciones inter-sistemáticas. Por un lado tenemos que la relación entre un sistema A o B y un sistema inter-AB es una instancia de la situación de sistemas abiertos, en donde ambos reconocen la operatividad del otro. Pero no es uno de los casos empleados por Raz, quien se aboca a describir la situación entre dos sistemas A y B.

Pensemos en una regla jurídica de inter-AB que hemos llamado inter-n (sección 4, ante), que no está reconocida en el documento constitucional de un sistema A. Como se ha visto, las normas de inter-AB no son creadas unilateralmente sino bajo la autoridad de cada uno de los miembros de la comunidad (*ie*, A y B). Más aún, los ámbitos de validez de A y B son subconjuntos de los ámbitos de inter-AB. Por otro lado, la autoridad que creó la norma no está contemplada en la constitución, aunque en ciertos casos las cortes del sistema implícitamente la reconocen (al aplicar normas de otro sistema, porque aplican un criterio de identificación).

Si una regla inter-n sobre la que la constitución es omisa es empleada de hecho por el estado acaso debería ser considerada como reconocida para ser exigible en la esfera interna *a pesar de no estar explícitamente establecida en la constitución*. Éste parece ser un caso de la textura abierta de la regla de reconocimiento.

---

<sup>247</sup> *Idem* 82-3.

Finalmente, si la norma inter-n se puede interpretar como una instancia de la textura abierta de la regla de reconocimiento, *todas* las demás normas vinculantes para A y B contenidas en inter-AB están en el mismo caso.

Incluso cuando esto parece contrario a nuestra concepción normal sobre el contenido de la constitución, la opción opuesta (*ie*, descartar la obligatoriedad de la regla en la esfera interna) nos deja con una paradoja: el estado está obligado (en derecho internacional), pero esta obligación no existe (en derecho interno).

## 7. Otros argumentos

Otros argumentos en contra de la posición monista son: a) La ausencia de mecanismos para eliminar una norma contradictoria del sistema; y b) El papel del paradigma estatal.

### *a) Ausencia de mecanismos para eliminar una norma contradictoria del sistema*

Kelsen afirma que 1. hay un postulado de la ciencia del derecho que hace necesaria la unidad de los sistemas jurídicos; y 2. que no puede decirse que haya dos sistemas jurídicos que tengan el mismo objeto (la misma esfera de validez) y emitan órdenes contradictorias, que no pueden satisfacerse simultáneamente. La ausencia de contradicciones es descrita por Hart como:

“intuitively acceptable” [that] conflict between two rules requiring or prohibiting action is to be understood in terms of the logical possibility of joint obedience to them. Two such rules conflict if and only if obedience to them both (“joint obedience”) is logically impossible. (KDUL 566)

Independientemente de la afirmación de lógica deóntica contenida en este argumento, puede decirse que es posible que *no haya* conflictos entre dos sistemas jurídicos simultáneamente válidos (y que por ello, según Kelsen, sean una unidad), y tal(es) sistema(s) no contenga reglas para la anulación de normas contradictorias.

Un modo en que se defiende la tesis dualista, o por lo menos se ataca el monismo de Kelsen, es señalando que una ley interna que contradice una norma de derecho internacional continúa vigente en todo tiempo. Esto implica que aun cuando haya una contradicción, la normatividad internacional no ‘penetra’ en el derecho interno, y éste continúa vigente independientemente del contenido de aquél. Esta relación parece similar a la que guarda una legislación del sistema A con el contenido del orden jurídico B.

Esta posición implica el rechazo de la analogía ofrecida por Kelsen entre las leyes que contradicen una constitución, y cuya validez continúa hasta que sea declarada su invalidez por un cuerpo autorizado para ello, por un lado, y una ley en aparente contradicción con el derecho internacional, por otro. Se dice que tal analogía no se da, porque aunque lógicamente correcta, i) no puede pensarse en un sistema jurídico único que provea sanciones a los parlamentos que aprueban una ley en contra del derecho internacional; ii) la comunidad internacional no considerará válida una ley que contradice el derecho internacional, porque “[...] *from the internal viewpoint of the state, the statute is valid, but from the external viewpoint of the international community, the statute is invalid.*”<sup>248</sup> La

---

<sup>248</sup> G Hughes ‘Validity and the Basic Norm’ (1971) 59 CalLR 695, 711.

generalización de Kelsen puede expresarse así: una ley de menor jerarquía en contradicción con una de mayor jerarquía, continuará siendo válida hasta que un órgano competente declare su invalidez”. Para rechazar la analogía no es suficiente decir que el derecho internacional considera inválida la ley que se enuncia en contradicción con él. Sería necesario decir que no es el caso que un órgano competente de derecho internacional pueda declarar la invalidez de una norma interna en tanto que sea contradictoria con el orden internacional.

Lo que en realidad ocurre es que los tribunales internacionales declaran el sentido en el que el acto del estado contradice el derecho internacional. Aunque pueden ordenar que un estado actúe en un determinado sentido, no suelen ordenar que se “reponga” el acto reclamado, sino que se repare el daño causado que, de ser necesario, implicará que el estado cese en la conducta ilícita. Véase este ejemplo de la CIADH: “[...] el último párrafo del artículo sin numeración después del artículo 114 del Código Penal del Ecuador es violatorio del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia de los artículos 7.5 y 1.1 de la misma.”<sup>249</sup>

Como se señaló antes, éste es el caso de la Unión Europea, en donde el derecho interno del estado no es invalidado por el orden comunitario.<sup>250</sup> Además, como la reclamación generalmente involucra el daño en un caso concreto, el ordenamiento general del estado no se ve implicado, sino sólo un acto en particular. Esto no implica que no pueda haber una

---

<sup>249</sup> vg *Caso Suárez Rosero* noviembre 12 1997 Corte-IADH No 36 §110.5.

<sup>250</sup> Ver, ante I.D.3 Integración europea p 72.

declaración general sobre actos futuros del estado. La CIJ ha enunciado esta regla, por ejemplo, en el caso LaGrand:

[...] should nationals of the Federal Republic of Germany nonetheless be sentenced to serve penalties, without the rights under Article 36, paragraph 1 of the Convention having been respected, the United States of America, by means of its own choosing, *shall allow the review and reconsideration* of the conviction and sentence by taking account of the violation of the rights set forth in that Convention (énfasis mío).<sup>251</sup>

Esto implica que *cualquier violación futura* del estado debe ser evitada. La corte no se limitó a declarar sobre el caso de los dos ciudadanos alemanes involucrados, sino que ordenó medidas para que fueran respetados los derechos de Alemania de proteger a sus nacionales bajo la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

#### *b) Papel del paradigma estatal*

En relación con el paradigma del estado soberano, un primer razonamiento que nos obligaría a rechazar el monismo de Kelsen sería que los estados no se han aglomerado en torno de un poder central. Esto implica que la diferencia organizacional entre la comunidad internacional y el orden jurídico estatal presentan al monismo como esencialmente opuesto a nuestras intuiciones sobre el derecho. El derecho descentralizado,

---

<sup>251</sup> vg, La CIJ declaró en *LaGrand Case* (Germany vs United States of America) 27 June 2001 ICJ No 104 §128.7 [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org).

horizontal, o anárquico<sup>252</sup> parece una contradicción. Pero en realidad esto no debería bastar para rechazar el argumento monista:

If Kelsen's theory is admittedly heuristic at least on this issue of internationalism, this does not mean that simply because it lies somewhere between "the facts as they are" and "the facts as they might be", it is an exercise of deceit. "The facts" themselves, as every lawyer knows, are subject to interpretation. The purpose of using certain kinds of conceptual devices, of which Kelsen's model is an exemplary instance, is to interpret the facts with a view to discovering new perspectives and new possibilities.<sup>253</sup>

Kelsen emplea la teoría del monismo con ciertos fines ideológicos, que pueden haberlo llevado a hablar de cómo debiera ser: "*The general acceptance of the monistic hypothesis about international law as superior to national legal systems would help undermine the political doctrine of national sovereignties and would tend to strengthen historical developments on the direction of internationalism*" (GTLS 2 § VI C i 388).

Independientemente de estas consideraciones, es necesario analizar los argumentos que Hart ofrece en contra de la concepción monista de Kelsen. Lo que parece descansar en el

---

<sup>252</sup> A Clark Arend *Legal Rules and International Society* (Oxford University Press New York 1999) 165.

<sup>253</sup> WL McBride 'The essential role of models and analogies in the philosophy of law' (1968) 43 NYULR 53, 71.

fondo del rechazo de Hart del argumento monista, es una cuestión de principio sobre la definición del derecho:

'Systems' of laws constructed solely out of the relationship of validating purport would ignore the dividing line [...] introduced by the idea that recognition by the law-identifying and law-enforcing agencies effective in a given territory is of crucial importance to determine the system to which laws belong. [...] To deny [its] importance would be tantamount to denying the importance to lawyers and political theorists of the division between nation states. (KDUL 576)

Hart parte de que el paradigma del derecho es el orden estatal (CL 3). Y aunque Kelsen parte de la misma aseveración, puede apreciar cómo un orden no estatal puede ser jurídico. Independientemente de las ventajas del enfoque hartiano, esto puede explicar una razón más de la diferencia entre estas dos teorías. Si se parte del concepto de orden jurídico estatal para definir al derecho, puede entenderse por qué estas definiciones pueden ser inadecuadas para la teoría monista: no han sido diseñadas para resolver el problema de la relación entre sistemas jurídicos sino sólo para explicar su estructura y operatividad *al interior*.

La postura de Raz es un poco diferente. Para establecer la supremacía de los sistemas jurídicos, él emplea como criterio de diferenciación a *las personas* sujetas cada orden jurídico. Hart recurriría en alguna ocasión a la supremacía sobre cierto territorio (CL 70). Esto denuncia una relación distinta entre el derecho y el estado en uno y otro autor, permitiendo a Raz ser más flexible. Kelsen comprometió esta relación de modo que el estado fuera visible sólo desde la perspectiva del derecho; pero precisamente la construcción monista evidencia que él concebía al derecho *más allá* del estado. Al contrario de Kelsen, Hart

partió del paradigma del estado moderno, pero no parece que estuviera dispuesto a romper ese vínculo. Por su parte, si bien Raz inicia en esta misma relación derecho-estado, el emplear el ámbito personal de validez del derecho para distinguir los sistemas jurídicos es un avance que permite comprender más claramente la relación entre sistemas normativos que se traslapan.

MacCormick<sup>254</sup> sostiene un pluralismo radical extraído del punto de vista interno de Hart. Él ve en Kelsen un compromiso mayor con la supremacía sobre el territorio que en Hart, y construye un pluralismo a partir de Hart, en donde es posible que varios órdenes jurídicos coexistan y reconozcan su independencia. Al estar el concepto de estado ligado sólo de modo contingente con el de derecho, puede comprenderse que coexistan sin implicarse uno a otro. La razón de MacCormick para rechazar el monismo es el estatismo que se presume en una construcción de ese tipo, y la desventaja consiguiente de no permitir la articulación de otras instituciones de organización social. Pero esto no es necesariamente así, como puede apreciarse especialmente en la construcción de sistemas legales abiertos de Raz. El argumento de la unidad del derecho, desde que fue planteado por Kelsen no implica sino que el derecho debe ser entendido como un todo; pero no implica que el estado es la unidad mínima. He intentado argumentar a favor de que el monismo puede resolver el problema de cuáles órdenes normativos son obligatorios en la decisión judicial; esta respuesta permite que se aprecien varios órdenes jurídicos simultáneos sobre el mismo territorio, eludiendo la objeción de MacCormick.

---

<sup>254</sup> MacCormick 'Institutions', ante, nota 241.

## 8. Primera conclusión parcial

Hasta aquí se han dicho tres cosas:

1. Es posible plantear una relación de validación recíproca. El argumento monista puede construirse estableciéndolo sólo para las relaciones de inter-AB con sus miembros. Esto se debe a la aserción de que inter-AB contiene un criterio de identificación de los sistemas jurídicos miembros: validez como existencia para Kelsen, validez como conformidad con un criterio para Hart.

En cualquiera de los dos casos, si algo está incorporado como tal en el discurso jurídico esto sólo quiere decir que aparece ante el esquema de interpretación constituido por las normas jurídicas de un sistema. El sistema jurídico, en tanto que institucional, regula las relaciones con los otros sistemas normativos que existen. Es claro que los otros sistemas institucionalizados *no* existen por que el derecho los reconozca, *ie*, no son creados por el reconocimiento. Pero si no fueran reconocidos y regulados por el marco legal, no podrían ser efectivamente implementados, no ‘existirían’ jurídicamente.

Este es el sentido en que podríamos entender la relación de validación y complementación en Kelsen: la validación no es relevante *al interior* del sistema, que existe por sí; es relevante *al exterior* del sistema para relacionarlo con otros.

2. Aunque pueda interpretarse la relación de validación como se ha dicho, esto no responde a las críticas de Raz sobre el criterio de individuación de sistemas de Kelsen. Por eso puede optarse por el criterio circular de validez del sistema de Raz. Éste permite plantear la validez del sistema, no con base en una norma fundante sino en la validez simultánea de cada uno de sus miembros. Así, podemos describir al sistema inter-AB como válido, *porque* todos sus miembros lo son. Esto evidencia el

carácter de segundo orden, por un lado, y horizontal, por otro, del sistema.

A lo anterior se suma que los criterios de Hart y Raz para distinguir un sistema de otro en las cortes, no parecen fructificar. Puede emplearse un método de diferenciación basado en los ámbitos de validez de los sistemas. Si se considera que éstos están definidos por el sistema de segundo orden puede eludirse la posible crítica de atender demasiado a lo que las normas dicen y poco a sus circunstancias de creación.

3. La textura abierta de la regla de reconocimiento abre al derecho interno a todas las fuentes del derecho internacional. Aunque una interpretación restrictiva del reconocimiento no lo permite, desde el punto de vista interno, el derecho internacional debiera interpretarse como parte de la textura abierta de la regla de reconocimiento en tanto que el derecho internacional es usado por la comunidad de oficiales del orden interno en ciertas instancias, aun cuando su reconocimiento sea explícito sólo para algunas fuentes.

Así, el monismo debe preferirse porque en el plano práctico permite que la fuerza vinculatoria de *todo* el derecho internacional –y no sólo la parte incluida en las constituciones de los estados– sea explicable. Teóricamente, el monismo puede ser traducido así de Kelsen a Hart, al menos en lo que respecta a la estructura del orden jurídico y a su criterio de individuación.

## **B. PUNTO DE VISTA EXTERNO NO EXTREMO DEL SISTEMA JURÍDICO**

Queda al menos un asunto por resolver: ¿por qué si puede ponerse el monismo de Kelsen en términos de la teoría de Hart, éste lo rechazó tan fuertemente, y Kelsen lo defendió de igual modo? Ofreceré a continuación una explicación con base en la

problemática de la normatividad, *ie*, el valor jurídico que implica la existencia de una norma. Me acercaré al problema desde la diferencia entre validez y existencia en estos dos autores.

Hasta ahora, he ofrecido una propuesta en la cual la posición monista ofrecida por Kelsen podría superar las críticas de Hart. Pero Hart sostiene una objeción fundamental contra la posición de Kelsen sobre la relación de validación, referida indirectamente en CL:

[s]imilar distinctions about the factual assertion (or denial) that two independent legal systems exist, and propositions of law about the existence of a legal system, need to be borne in mind in considering the relationship between public international law and municipal law. Some very strange theories owe their only plausibility to a neglect of this distinction (CL 122).

Es por esto necesario discutir cuál es la diferencia a la que Hart se refiere, y que otras teorías no contemplan, sobre los enunciados de hecho y los enunciados jurídicos respecto de la existencia del derecho. De este pasaje debemos concluir que la relación entre enunciados de hecho y enunciados de derecho es el centro de la disputa entre Hart y Kelsen sobre el monismo. En otro sitio, Hart se refirió abiertamente a la luz que la discusión de la teoría monista de Kelsen arroja sobre la teoría del sistema jurídico (KDUL 554).

En este debate se involucran los conceptos de enunciados externos e internos, y consecuentemente, los conceptos de validez y eficacia del sistema jurídico. Además, a partir del pasaje transcrito, y los conceptos relevantes de la teoría hartiana, el debate versa sobre la posibilidad de que la existencia de un orden jurídico sea conocida objetivamente; es decir, si *debe ser posible* que sujetos externos al sistema puedan

reconocer su existencia. Mi intención es buscar la relación entre estos tipos de enunciados y la diferente dimensión normativa del derecho que adoptan Kelsen y Hart, por parecerme que esta diferencia es la que genera la construcción monista, y su rechazo respectivamente.

En esta sección expondré: 1. la necesidad de la concepción externa del valor jurídico de las normas en Kelsen; 2. la ausencia de necesidad del valor jurídico en Hart, quien limita la existencia externa del derecho a ciertos hechos sociológicos; 3. la implicación de estas posturas para los conceptos de validez y eficacia, punto en el que encuentro una antinomia en Hart, que es un argumento en favor de la postura de Kelsen, que preserva la dimensión valorativa de las normas; 4. la identidad de esta discusión con la problemática de la normatividad que describen los profesores Paulson y Raz; y 5. la necesidad de un aspecto externo no extremo de los sistemas jurídicos.

### 1. Estándar de juicios de valor jurídico en Kelsen

Pensar en el derecho como un conjunto de imperativos presenta varias dificultades. Una de ellas es cómo podemos distinguir entre los imperativos que debemos obedecer de los que no. Como se ha dicho, Kelsen propone el concepto de orden para distinguir entre una comunidad de ladrones y un sistema jurídico. Por virtud de la pregunta por la validez se aprecia el sentido objetivo del derecho, independientemente de la voluntad del creador. Así, una característica del derecho es que otorga a los actos un sentido objetivo, independiente del subjetivo con que el acto haya sido producido: “[e]l acto en cuestión logra su significado específicamente jurídico, su significación propia en derecho, a través de una norma que se refiere a él con su contenido, que le otorga significación en derecho, de suerte que el acto puede ser explicitado según esa norma” (TPD § 417).

Esto significa que, independientemente de la voluntad del actor, las consecuencias jurídicas de un hecho o una acción pueden verse sólo a través del derecho. Es decir, el derecho es un esquema de interpretación que asigna consecuencias jurídicas a hechos y actos.

Kelsen no sólo se refiere al modo en que es creado el derecho, sino al modo en el que es aprehendido por la ciencia del derecho. El jurista preguntará por la validez del derecho y reconocerá las normas como normativamente relevantes:

Que una norma que se refiere a la conducta de un hombre *valga* significa que obliga, que el hombre debe comportarse de la manera determinada por la norma. [...] la pregunta por la validez de la norma –es decir, la pregunta por qué un hombre debe comportarse así–, no puede ser contestada mediante la verificación de un hecho empírico, ya que el fundamento de validez de una norma no puede ser semejante hecho. De que algo sea, no puede seguirse, que algo *deba ser*, así como de que algo sea *debido*, no puede seguirse, que algo sea. El fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma (TPD 201 §34a).

La pregunta decisiva es la pregunta por el fundamento de validez del acto. Esta pregunta se formula desde la perspectiva de la ciencia del derecho, independientemente de que se formule también desde la perspectiva del súbdito.

Los actos que producen normas son imperativos, hechos en el mundo en los que uno requiere de otro alguna conducta. El ejercicio del poder legislativo –como facultad de crear normas– es diferente, porque podemos diferenciar los actos legislativos de los que no lo son, de acuerdo con ciertos criterios del sistema. No es éste el caso del ladrón que ordena una conducta a una de sus víctimas, posiblemente mediante la amenaza del uso de la fuerza.

Esta es la relación que encuentra Hart entre estar obligado y tener una obligación. Mientras que estar obligado puede reducirse al estado de compulsión generado por la amenaza de un hombre armado, la existencia de una obligación se evidencia por las críticas justificadas de la comunidad en la que se vive al desviarse de un estándar de conducta (CL 88, ver *infra*).

El considerar que el derecho es objetivamente determinable, implica que los enunciados jurídicos establecen la existencia de un estándar normativo vinculatorio:

The legal norm may be applied not only in the sense that it is executed by the organ or obeyed by the subject, but also in the sense that it forms a basis of a specific judgement of value qualifying the behavior of the organ, or the subject, as lawful (legal, right) or unlawful (illegal, wrong). These are the especially juristic value judgements. [...] The existence of a legal norm is its validity; and the existence of a legal norm, although *not identical with certain facts*, is conditioned by them. [...] A juristic value that asserts a positive or negative relation between definite legal behavior and a legal norm implies the assertion of the existence of a legal norm. [...] There is, however, only one positive law. [...] Its contents can be uniquely ascertained by an objective method. The existence of the values of law is conditioned by objectively verifiable facts. To the norms of positive law there corresponds a certain social reality, but not so to the norms of justice. (GTLS 1 §I Dc 47-9, énfasis mío.)

De modo que, de acuerdo con Kelsen, la existencia de una norma jurídica puede ser predicada por cualquiera, esté o no vinculado por ella; pero no sólo en cuanto regularidad de ciertos

hechos, sino que su carácter normativo puede ser aprehendido.<sup>255</sup>

Raz explica que Kelsen afirma: (i) que el contenido del derecho puede ser descrito con enunciados normativos, es decir, enunciados que expresan la existencia de un enunciado o un valor, un estándar normativamente vinculatorio y no meramente una práctica social; (ii) que la ciencia del derecho estudia al derecho como un sistema normativo *sin comprometerse* con su normatividad; y (iii) que los juristas hablan del derecho no en enunciados hipotéticos como ‘si la norma fundante es válida, entonces...’, sino que asumen la validez de la norma fundante. Puede decirse que Kelsen diferencia entre tres niveles de sujeción normativa: el del súbdito comprometido con la fuerza vinculatoria de las normas, el del observador no comprometido, y uno intermedio (del jurista) que no está comprometido con la fuerza vinculatoria pero *asume* la validez de la norma fundante.

Un sujeto que esté dentro del ámbito personal de validez en un orden jurídico, pero que no se sienta obligado por él, podrá determinar cuál es el contenido del derecho *como estándar normativo*, y no meramente como la práctica de la comunidad en la que vive. Esta parece ser la relación que Kelsen postula entre el punto de vista de un observador (el jurista, por ejemplo) y un súbdito del sistema. En términos de Kelsen, aunque la existencia de las normas está condicionada por ciertos hechos, la existencia y el hecho no son idénticos. Esto no impide que el contenido de las normas, el sentido del acto, el objeto de la obligación, puedan expresarse objetivamente desde cualquier punto de vista.

---

<sup>255</sup> J Raz ‘The purity’ ante, nota 154, §V p 245-7.

## 2. Ausencia del aspecto valorativo en Hart

Una característica importante en la teoría de Hart, es la distinción entre los puntos de vista interno y externo de las reglas (jurídicas) que acepta una sociedad. Él afirma que sobre las reglas de un sistema jurídico deben poder hacerse enunciados desde los puntos de vista internos y externos; los primeros hechos por un “jugador del juego”, y los segundos, por un observador que no reconoce las reglas como vinculatorias para sí mismo (CL VI §1 102):

The use of unstated rules of recognition, by courts and others, in identifying particular rules of the system is characteristic of the internal point of view. Those who use them in this way thereby manifest their own acceptance of them as guiding rules and with this attitude there goes a characteristic vocabulary different from the natural expressions of the external point of view. [...] This attitude of shared acceptance of rules is to be contrasted with that of an observer who records *ab extra* the fact that a social group accepts such rules but does not himself accept them. [...] The first of these forms of expression we shall call an *internal statement* because it manifests the internal point of view as is naturally used by one who, accepting the rule of recognition and without stating the fact that it is accepted, applies the rule in recognizing some particular rule of the system is valid. The second form of expression we shall call an external statement because it is the natural language of an external observer of the system, who without himself accepting its rule of recognition, *states the fact that others accept it* (CL 102-3).

Lo interno en el derecho no es idéntico al sentimiento de compulsión, ya que puede haber una regla que no genere tal sentimiento. El aspecto interno *no implica un sentimiento de*

*obligatoriedad*, es decir, que puede reconocerse la obligación y comportarse de acuerdo con ella sin sentirse obligado (“*feeling of compulsion*” CL 57). Lo que separa al hábito de la regla, lo que evidencia el aspecto interno de ésta, es que genere una actitud crítica reflexiva que se despliegue en forma de requerimiento de cumplimiento (CL 56-7). De modo análogo, el sentirse obligado y el tener una obligación son diferentes, porque la obligación existe a pesar de que el sujeto *no sienta* la compulsión o presión sociales que la violación genera (CL 88). En un sistema jurídico, que cuenta con una regla de reconocimiento, *la existencia* de las normas del sistema es una pregunta por su conformidad con los criterios de validez del sistema, es un *enunciado interno* y no meramente un enunciado externo, de hecho, que establece la convergencia del comportamiento de la comunidad.

El punto de vista externo, en cambio, se identifica con el del observador, o el de aquél miembro del grupo que rechaza las reglas, y está sólo preocupado por ellas al pensar que se pueden derivar de ellas consecuencias desagradables (CL 90). El punto de vista externo no puede formularse sino por la inferencia del comportamiento de los miembros de la comunidad, y en especial de las autoridades encargadas de su aplicación. El derecho es un hecho social, y puede ser observado con el fin de establecer las regularidades del comportamiento de sus miembros. El observador podrá identificar las conductas que son seguidas de la presión social del grupo. Pero sólo puede apreciar la regularidad del comportamiento del grupo, y ver el incumplimiento como una señal de que una conducta hostil debe esperarse. Aunque para el grupo “*the violation of a rule is not merely the basis for the prediction that a hostile reaction will*

*follow but a reason for hostility*” (CL 90),<sup>256</sup> el observador no puede sino tomar en cuenta que existe un punto de vista interno, pero no lo puede aprehender.

La regla de reconocimiento es distinta de las reglas del sistema. Por una parte, al igual que las demás normas del sistema, tiene estos dos puntos de vista. Sin embargo, ella misma “*is not stated but shown in the way in which particular rules are identified, either by courts or other officials or private persons or their advisers.*” (CL 101, énfasis del autor). El uso de una regla de reconocimiento no explícita (*unstated*) para identificar las reglas válidas del sistema es la característica del punto de vista interno (CL 102). La validez es una pregunta *sobre las reglas del sistema*, que se formula casi siempre desde el punto de vista interno, y se predica de las reglas que pasan la prueba de la regla de reconocimiento. Además: “[q]uien formula un enunciado interno sobre la validez de una regla particular de un sistema puede decirse que *presupone* la verdad del enunciado de hecho externo de que el sistema es generalmente eficaz” (CL 104; similar en 105). Los enunciados externos sobre la existencia de la regla de reconocimiento, son *enunciados de hecho* sobre la conducta de oficiales e individuos de utilizarla como tal (CL 107). Sin embargo, la existencia de la regla no se

---

<sup>256</sup> Aunque no pueda el observador aprehender el punto de vista interno, éste es una característica necesaria del derecho que es a menudo descartada en la teoría. Con esto me refiero a que el observador no puede en cuanto tal, apreciar las reglas en el mismo sentido en el que las aprecia un “jugador del juego”, pero debe tomar en cuenta *que hay* un jugador del juego con un punto de vista interno de las reglas.

expresa en términos de un enunciado interno sobre su conformidad con un criterio de validez:

In this respect, however, as in others a rule of recognition is unlike other rules of the system. The assertion that it exists can only be an external statement of fact. For whereas a subordinate rule of a system may be valid and in that sense 'exist' even if it is generally disregarded, the rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact (CL 110).

La existencia de la regla de reconocimiento no puede establecerse preguntando por su validez, sino sólo aseverando su existencia en la práctica real (CL 111): *“For we have reached a rule which, like the intermediate statutory order and statute, provides criteria for the assessment of the validity of other rules; but it is also unlike them in that there is no rule providing criteria for the assessment of its own legal validity”* (CL 107). La regla de reconocimiento puede ser pensada como norma jurídica, como derecho, por su relación con las reglas jurídicas, por su función como definitoria del sistema jurídico; pero puede ser considerada un hecho por ser usada como criterio de identificación de las normas del sistema.

Pero desde el aspecto interno, no puede ser dicha o afirmada, sino que se infiere de la validez de las reglas que la comunidad deriva de ella (CL 112). La pregunta por la validez de la regla de reconocimiento no se da:

We only need the word 'validity', and commonly only use it to answer questions which arise within a system of rules where the status of a rule as a member of the system depends on its satisfying certain criterion provided by the rule of recognition. No such question can

arise as to the validity of the very rule of recognition of the very rule of recognition which provides the criteria; it can neither be valid nor invalid but is simply accepted as appropriate for use in this way. To express this fact by saying darkly that its validity is 'assumed but cannot be demonstrated', is like saying that we can never demonstrate, that the standard metre in Paris which is the ultimate test of the correctness of all measurement in metres, is itself correct. (CL 109)

La regla se infiere de la conducta de las cortes y de su aceptación general o aquiescencia al asumir la población la validez de tal o cual regla del sistema (CL 108). La teoría del derecho debe atender a dos aspectos de la conducta diferentes: los aspectos interno y externo del derecho, a los que hace referencia al hablar de la complejidad de la teoría del derecho, aseverando que no debe menospreciar ninguno de estos puntos de vista (CL 91); de otro modo, de actitudes y comportamiento involucrados en la aceptación voluntaria de reglas, pero también de las actitudes más simples y del comportamiento de mera obediencia o aquiescencia (CL 201), el punto de vista interno puede quedar confinado a la actividad de los oficiales del sistema.<sup>257</sup>

---

<sup>257</sup> Este sería el caso en sociedades de ovejas, a las que se ha hecho referencia en la discusión anterior sobre la institucionalidad del derecho en Raz. Se trataría de una comunidad en donde las reglas no son internalizadas por la comunidad sino sólo impuestas por la autoridad y obedecidas por la población (CL 117).

### 3. Una antinomia en Hart: consecuencia para los conceptos de validez y eficacia

La relación de la eficacia y la validez tiene también implicaciones para la distinción entre el punto de vista interno y el externo, entre el derecho y el hecho. Por un lado, la eficacia de las reglas depende de que sean obedecidas:

If by 'efficacy' is meant that the fact that the rule of law which requires certain behaviour is obeyed more often than not, it is plain that there is no necessary connection between the validity of any particular rule and *its* efficacy, unless the rule of recognition of the system includes among its criteria, as some do, the provision (sometimes referred to as a rule of obsolescence) that no rule is to count as a rule of the system if it has long ceased to be efficacious. (CL 103)

Su validez depende sólo de que estén de acuerdo con la regla de reconocimiento: “*To say that a given rule is valid is to recognize it as passing all the tests provided by the rule of recognition and so as a rule of the system*” (CL 103). Por otro lado, el punto de vista externo se formula a partir de las regularidades de la conducta del grupo. Es desde este punto de vista que predicamos la existencia de las reglas.

La relación entre la validez y la eficacia, según Hart, puede derivarse de tres elementos:

- Una regla puede pertenecer al sistema, *ie*, cumplir con los requisitos de la regla de reconocimiento sin ser eficaz, es decir, sin ser obedecida (CL 103).
- El punto de vista externo requiere de la observación de regularidades en el comportamiento que permitan al observador concluir que la ruptura de la regularidad es una señal para la crítica y el requerimiento de cumplir por parte

de la comunidad, para expresar el hecho de que *otros aceptan la regla* (CL 102-3).

- Por lo tanto, puede haber una regla del sistema cuya existencia *sólo* podrá ser reconocida desde el punto de vista interno, pero no del externo porque no es obedecida, y por lo tanto, la uniformidad de la conducta y las reacciones derivadas del incumplimiento no pueden ser apreciadas por un observador.

Luego podemos decir que:

- La validez de las reglas es afirmada casi siempre desde el punto de vista interno (CL 104).
- ¿Cuándo cabe la pregunta por la validez de una regla desde el punto de vista externo? Parece razonable decir que el jurista hará esta pregunta. Siguiendo de (3) cuando esto pase, puede encontrarse en la situación de que una regla sea inválida, pero él no la pueda conocer. Para él, la regla no existirá, aunque exista desde el punto de vista interno.

Estos enunciados parecen llevar una contradicción consigo: por un lado, es posible que exista una regla en el sistema que es válida, pero no eficaz; y al mismo tiempo no es posible predicar la existencia de una regla desde el punto de vista externo, a menos que ésta sea aplicada por las autoridades responsables de ello, es decir, a menos que sea eficaz. Eso quiere decir que desde el punto de vista externo, hay reglas del sistema que son válidas, pero cuya existencia no podremos conocer porque no son aplicadas por las autoridades.

Esta contradicción en Hart puede avanzarse desde el momento en el que no formula ningún compromiso sobre la relación que debe haber entre el punto de vista interno y el externo, a diferencia de Kelsen. Debe añadirse que Hart (CL 109) asume que la pregunta por la validez aparece con mayor frecuencia

desde el punto de vista interno. Si este fuera el caso, la contradicción que he señalado no sería en absoluto relevante, porque la pregunta por la validez sería rara desde el punto de vista externo, y por lo tanto, sería trivial para nuestra concepción de derecho. Sin embargo, la pregunta por la validez puede formularse desde cualquier punto de vista, incluso sobre un sistema en el que no hay punto de vista interno, por no ser eficaz, como el derecho romano.<sup>258</sup> La amplitud de las situaciones en las que la pregunta por la validez es relevante hace que la relación entre existencia y validez que adopta Hart sea inadecuada.

#### 4. La problemática de la normatividad

El profesor Paulson explica la diferencia entre Hart y Kelsen a partir de la tesis de la “normatividad” del derecho.<sup>259</sup> El positivismo tiene dos tesis sobre la relación del ser con el deber: la tesis de la ausencia de una relación necesaria del derecho con la moral; y la tesis de la normatividad en oposición a la tesis de facticidad sobre la pertenencia del derecho al mundo del deber o al del ser:

---

<sup>258</sup> Hart y Raz mencionan la situación en la que un profesor enseña una clase de derecho romano, en la que se le trata como si el sistema existiera aunque se sabe que esto no es el caso (CL 104; CLS 1).

<sup>259</sup> Igualmente el profesor Bix describe brevemente la diferencia entre Kelsen y Hart en términos de la ‘normatividad’ del derecho. Cfr. *Jurisprudence* (Carolina Academic Press North Carolina 1999) 56-8

[...] from the standpoint of the separation and morality theses, norms of the law belong to the 'is' and norms of morality belong to 'ought', while from the standpoint of the normativity and facticity theses, legal norms belong to 'ought', and concatenations of fact, which are contrasted to legal norms to 'is'.<sup>260</sup>

Esta relación parece ser la denunciada por Raz al describir la distinción entre el acercamiento cognitivista de Kelsen al derecho, y el expresivista de Hart. Mientras que Kelsen afirma que el derecho puede ser descrito con enunciados que expresan un valor o un estándar normativo, para Hart no es el caso:

[...] the normative aspect of legal statements is not to be explained by their illocutionary force nor by the fact, taken by itself, that they express the acceptance of a standard of behavior. It has to be explained by the fact that such statements state or presuppose the existence of a value or a norm, that is, a normatively binding standard and not merely a social practice.<sup>261</sup>

Mientras que Hart y Kelsen sostienen la tesis de la separación del derecho y la moral, su postura respecto de la relación entre el derecho y los hechos es distinta. Como se ha visto en secciones anteriores, Hart establece como fundamento de la validez del sistema jurídico un hecho: la regla de reconocimiento, que es normativa desde el punto de vista

---

<sup>260</sup> S Paulson 'Introduction' en S Paulson & B Litschewski Paulson *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes* (Clarendon Press Oxford 1998) xxiii, xxxi [en adelante 'Introduction'].

<sup>261</sup> J Raz 'The purity' ante, nota 154, §IV, 244.

interno, y es un hecho social a los ojos del observador. Por su parte, Kelsen rechaza que el derecho pueda explicarse en términos de meros hechos:

[w]hat Hart develops as an alternative to the theory of reductive legal positivism, familiar from Austin and the tradition, is another fact-based theory. The difference, Hart contends, is that the facts he employs are social facts, significant in that they withstand the reductive move familiar from the tradition. Kelsen, by comparison, rejects not only old-style empirico-reductive legal positivism but, indeed, every fact-based theory.<sup>262</sup>

Este acercamiento a ambos autores explica por que conciben de manera diferente la normatividad del derecho: “*What sets Kelsen’s position apart is the normativity thesis, the idea that the import of such concepts as legal norm, ‘ought’, and obligation has to be explicated, at every juncture, independently of any appeal to fact—in contrast, say to Hart’s appeal to social facts.*”<sup>263</sup> La norma fundante preserva en Kelsen la dimensión normativa valorativa de las normas. Para Hart, como lo evidencia su concepción del punto de vista externo, esta dimensión valorativa no es necesaria.

El concepto de normatividad es que una proposición normativa implica la creencia en una norma válida, y una norma constituye un valor.<sup>264</sup> La normatividad en Kelsen se presenta

---

<sup>262</sup> S Paulson ‘Continental Normativism and its British counterpart: how different are they?’ (1993) 6 Ratio Juris 227, 236.

<sup>263</sup> S Paulson ‘Introduction’ ante, nota 260, xxxiv.

<sup>264</sup> J Raz ‘The Purity’ ante, nota 154, 243-4.

como un problema al tratar de conservar la explicación de la fuerza vinculatoria de las normas jurídicas, sin que ello implique recurrir a argumentos iusnaturalistas o a argumentos positivistas basados en hechos. La normatividad implica que se pueda decir que una norma válida es obligatoria, que el sujeto debe comportarse según indica la norma.<sup>265</sup>

MacCormick<sup>266</sup> explica el problema de la relación entre lo interno y lo externo del derecho abriendo un tercer nivel “hermenéutico” o “externo no extremo”, en el que el observador es capaz de dar cuenta del contenido de las reglas que una comunidad reconoce, sin sentirse obligado por ellas. Especialmente el observador comparte el “elemento cognitivo del punto de vista interno”. El empleo del lenguaje normativo *no presupone que el hablante asuma el punto de vista interno*. Este punto de vista hermenéutico es posible sólo si se postula o presupone un punto de vista interno hipotético o real:

[...] the difference of the statement *conceived as a statement* [...] is quite independent of the character or the standing or viewpoint of the person who uses it. Any such normative statement may be made *either* from the internal point of view *or* from the hermeneutic point of view [...] Such statements do certainly presuppose some rule or standard to which reference is made. But it need

---

<sup>265</sup> S Paulson ‘Introduction’ ante, nota 260, xli.

<sup>266</sup> N MacCormick, ante, nota 168, 38-9. Tanto el punto de vista externo extremo, como el no extremo o hermenéutico, están presentes en Hart, pero no se refiere a ellos como diferentes. La distinción de MacCormick se basa en los diversos usos que Hart hace del término “externo” en *The Concept of Law*. Otras referencias a esta distinción se encuentra en 43, 57.

not be a standard which the speaker accepts or adheres to from the internal point of view.<sup>267</sup>

Esto implica que no es el caso que haya normas válidas de un sistema que no puedan ser observadas desde el punto de vista externo; por lo tanto, es necesario que la existencia de una norma permita ser vista desde los puntos de vista interno y externo.

La pregunta necesaria es si el punto de vista externo no extremo que MacCormick extrae de Hart estaba en realidad contenido en su obra. En cualquier caso, de esta interpretación se desprende que Hart no fue claro en este punto. Además, Raz opina que *su propia* interpretación de Kelsen muestra algo que Kelsen avanzó pero no aclaró; y que ciertamente no estaba presente en Hart.<sup>268</sup> Sobre el mismo punto, la tercera vía propuesta por Raz entre puntos de vista internos y externos, permite formular enunciados en los que se acepta una postura normativa específica para formular una aserción limitada, sin sostener tal postura normativa en sí, *ie*, sin tomar el punto de vista interno. Brian Bix señala que es dudoso que este punto intermedio entre lo externo y lo interno pueda ser sostenido por Hart *sin la ayuda de lo añadido por Raz*.<sup>269</sup>

Al final, lo que Raz ha extraído de Kelsen sobre Hart es que puede apreciarse el discurso normativo como objetivamente

---

<sup>267</sup> N MacCormick, ante, nota 168, 39.

<sup>268</sup> J Raz 'Legal Validity' en *The Authority of Law* ante, nota 188, 146, 157 [en adelante 'Legal Validity']; J Raz 'The Purity' ante, nota 154, 247.

<sup>269</sup> B Bix, ante, nota 259, 40.

válido. Esto constituye un sentido diferente de la descripción del derecho con base en hechos sociales, que es la ofrecida por Hart.<sup>270</sup> La teoría pura del derecho:

[...] describe el derecho positivo, es decir, cualquier orden coactivo eficaz en términos generales, como un orden normativo objetivamente válido, estableciendo que esa interpretación sólo es posible bajo condición de que se presuponga una norma fundante básica según la cual el sentido subjetivo de los actos productores de derecho, también sea su sentido objetivo. Caracteriza así esa interpretación como una interpretación posible, no como una interpretación necesaria, y plantea la validez objetiva del derecho positivo como condicionada, condicionada por el presupuesto de la norma fundante básica (TPD §34 (i) 228-9).

Puede decirse que el enfoque de Kelsen trae a la discusión un tercer punto de vista ausente en Hart: el del sujeto que puede decir cuál es el contenido del derecho sin que sea necesario que asuma para sí la validez de las normas del sistema. Este es el discurso típico de un jurista o un asesor legal, o de cualquiera que explica el contenido *normativo* de un sistema jurídico.<sup>271</sup> Apreciar la normatividad en Hart es imposible porque el observador sólo puede apreciar hechos sociales, pero no podrá aprehender el punto de vista interno del orden jurídico.

Deben subrayarse dos aspectos sobre la problemática de la normatividad. Primero, la relación entre la normatividad y la norma fundante. Es justamente la presuposición de la norma fundante como parte de la conciencia jurídica lo que permite

---

<sup>270</sup> J Raz 'The purity' ante, nota 154 245.

<sup>271</sup> J Raz 'Legal Validity' ante, nota 268, 155-6

esta concepción normativa, el aspecto valorativo de la norma.<sup>272</sup> Segundo, la normatividad implica que el derecho sea un estándar objetivo de interpretación, en donde es necesaria la existencia de un punto de vista interno y uno externo de todas las normas; es decir, siempre será el caso que puedan existir ambos puntos de vista. Por lo tanto, es inadecuado decir, como parece implicar Hart, que el punto de vista interno sea suficiente para la existencia del derecho. El derecho es por sí, apreciable objetivamente, aunque su existencia dependa de un hecho social.

##### 5. Necesidad del aspecto externo de los sistemas jurídicos

La relación entre los puntos de vista interno y externo se formula en los autores que he revisado a veces aplicada a las normas, y a veces aplicada a los sistemas jurídicos. Aplicada al sistema jurídico esta relación sería planteada así: ¿es posible que exista un sistema jurídico que no sea susceptible de ser visto desde el punto de vista externo no extremo? Esto es, si puede un sistema jurídico ser apreciado externamente en su dimensión normativa (como las normas individuales) además de ser considerado un hecho social. Para el argumento monista esta pregunta representa la posibilidad de que la posición de Kelsen, como ha sido modificada aquí, sea más consistente y comprensiva que la de Hart.

Respecto de los sistemas jurídicos, Hart dice que debemos distinguir estos dos puntos de vista también, pero no es

---

<sup>272</sup> J Raz 'The purity' ante, nota 154 247.

explícito.<sup>273</sup> En Kelsen la existencia de una norma y de un sistema en general *implica* la posibilidad de que se emitan enunciados desde el punto de vista externo. Por el contrario, el argumento anterior sobre las implicaciones para la validez y la eficacia puede emplearse para decir que en Hart la existencia de un sistema jurídico depende exclusivamente del punto de vista interno de los súbditos. Es decir, que no es interesante la pregunta por su existencia desde el punto de vista externo. Discutiré en torno de dos aserciones hartianas: (i) el observador no puede apreciar más que la dimensión fáctica del sistema; y que (ii) los sistemas jurídicos *no están sujetas a un criterio objetivo de identificación*.

La primera aserción que puede extraerse de Hart sobre el punto de vista externo del sistema jurídico es que *el observador sólo puede apreciar su dimensión fáctica y no la normativa*. Lo único que sabemos sobre la relación entre el punto de vista interno y externo de los sistemas es que *no* es el caso que se pueda pronunciar un enunciado de hecho sobre la existencia de un sistema jurídico sin que se pueda al mismo tiempo formular un enunciado de validez desde el punto de vista interno (cfr. CL 104). Por un lado, la regla de reconocimiento puede verse desde el punto de vista externo como un hecho: “la aceptación del grupo es por sí sola necesaria y suficiente para su existencia.”<sup>274</sup> La regla de reconocimiento debe ser *empleada* para que pueda decirse que *existe*. El observador sólo puede reconocer la dimensión fáctica de las regularidades del comportamiento del

---

<sup>273</sup> Al referirse a la relación del derecho interno con el internacional (ver arriba).

<sup>274</sup> N MacCormick *Hart*, ante, nota 168, 109.

grupo, y a través de ellas inferir el contenido de la regla de reconocimiento. Por otro lado, la regla de reconocimiento no es en realidad una regla en el sentido de las normas del sistema; se trata de un *criterio de identificación* de normas. Ésta es asumida por la población, y es obligatoria para las autoridades judiciales para identificar las reglas que deben utilizar para resolver controversias:

We are able to distinguish a normal game from a game of scorer's discretion simply because the scoring rule, though it has, like other rules, its area of open texture where the scorer has to exercise a choice, yet has a core of settled meaning. It is this which the scorer is not free to depart from, and which, so far as it goes, constitutes the standard of correct and scoring, both for the player, in making his *unofficial statements* as to the score, and for the scorer on his *official rulings*. (CL 144, énfasis mío.)

La autoridad que resuelve un conflicto lo hará con base en las reglas que el grupo reconozca como válidas, identificándolas a través de una regla de reconocimiento. Como se ha discutido en la sección anterior, al ser la regla de reconocimiento sólo un hecho sociológico, no permite distinguir la dimensión normativa del discurso jurídico, y esto es más una estipulación hartiana que una conclusión. Si se considerara la posición de Kelsen descrita por el profesor Paulson, una estipulación también puede considerarse según la sección anterior, en donde la segunda es más comprehensiva que la primera, y por lo tanto debe preferirse.

La segunda aserción que se puede obtener de Hart a este respecto es que las determinaciones legales sobre la existencia de un sistema *no están sujetas a un criterio objetivo de identificación*. Por un lado la existencia del sistema puede sólo predicarse como cuestión de hecho (CL V §3). Hart analiza e

identifica dos casos: un sistema con una ruptura en el tiempo, por una revolución, por ejemplo, y otro sobre la independencia de una colonia:

Except for the apparent puzzle of self-reference the legal status of a provision on an existing system concerning the period during which it is to be considered to have existed, is no different from the law of one system declaring that a certain system is still in existence in another country, though the latter is not likely to have many practical consequences (CL 119).

Sin embargo, Hart omite la consideración de que en ambos casos, de haber un sistema superior inter-AB, el criterio de identificación contenido en él puede ser relevante para la determinación de la pervivencia del sistema. En ambos casos se trata de la determinación de un hecho, *ie*, si es o no el caso que un sistema ha aparecido. Esta postura prospera en Hart porque ha rechazado la posibilidad de que, desde el punto de vista externo, el derecho sea otra cosa que una concatenación de hechos. Pero al retirar esa aserción, ¿cuál es el efecto sobre esta posición?

He ofrecido razones en favor de la existencia de una relación necesaria entre el aspecto interno y externo de las normas, que permita la existencia de un punto de vista externo no extremo para preservar la normatividad del derecho; y que además permite una noción de sistema jurídico más comprehensiva, porque la postura contraria no nos permite apreciar *todas* las normas válidas de un sistema. De otro modo, la existencia de las normas jurídicas implica necesariamente que pueden ser apreciadas por un observador en su dimensión normativa.

Similarmente, la existencia de los sistemas jurídicos debe implicar por qué éstos pueden ser apreciados en su dimensión normativa valorativa, *ie*, que puedan formularse de ellos

aserciones externas no extremas sobre su aspecto valorativo además de enunciados que afirmen su existencia sociológica. Lo contrario implicaría que es posible que un sistema jurídico exista sin que pueda ser objetivamente apreciado por el observador. Ciertamente, si un sistema existe en el tiempo, o si se ha dividido para formar dos, puede ser una cuestión de hecho; pero que *puede* estar sujeta a una determinación legal.

Esta conclusión es consistente con la interpretación de Kelsen que se ha discutido. La dimensión normativa del derecho que existe en Kelsen, implica que necesariamente puede haber un punto de vista externo; que desde él es posible determinar objetivamente el contenido del sistema *en su dimensión valorativa*. Es decir, desde el exterior pueden *necesariamente* formularse enunciados de deber sobre el contenido del sistema, *ie*, 'el contenido de la norma *n* es debido'. Esto presupone un enunciado no sólo sobre la existencia social del sistema jurídico, sino sobre su *carga normativa* que viene de la norma fundante.

Por esto, *debe ser posible* que formulemos enunciados externos no extremos sobre la existencia de un sistema jurídico. Éste se distingue de los otros dos puntos de vista de la siguiente forma: el contenido de un enunciado interno sobre la existencia del sistema es siempre presupuesto; el enunciado externo dice que para otros tal sistema es válido; pero el enunciado intermedio dice que *el sistema es válido en general*.

En el caso de las normas se ha dicho que la dimensión normativa permite una descripción más comprehensiva del material jurídico. Con esto en mente puede verse que si no aceptamos la *necesidad* del punto de vista externo no extremo habrá sistemas jurídicos cuya existencia sea imperceptible para el observador. Por eso, esta postura parece mejor que la contraria. Debe concluirse así que donde haya un sistema jurídico, debe poder formularse un enunciado externo no

extremo. Esto implica que *no es el caso que el punto de vista interno sea suficiente para constituir un sistema jurídico*. Siempre es posible la formulación de un enunciado externo, separado (*detached*) o no comprometido (*uncommitted*).<sup>275</sup>

Si se acepta esta conclusión, debe indagarse sobre la relación entre la existencia fáctica del derecho y el criterio empleado para una determinación normativa al respecto. En cualquier caso, no es claro que el derecho pueda formular este tipo de determinaciones arbitrarias sobre sí mismo *sin ningún* criterio objetivo. Por un lado, la existencia de un sistema jurídico implica que sus normas son obligatorias para los sujetos involucrados. Pero como se ha visto, sólo un enunciado externo no extremo puede recuperar la dimensión normativa del sistema. Es decir, *si* existe un criterio (quizá no explícito) que permite la determinación de la existencia de un sistema.

De concederse esta conclusión se debe admitir que la objeción a Hart sobre el argumento monista de Kelsen no se sostiene. La consecuencia de ello es que el traslado del argumento monista a los términos de Hart y Raz, presentada en la sección anterior, es consistente con una teoría del derecho más comprehensiva, es decir, una en que se acepta un punto de vista externo no extremo necesario.

---

<sup>275</sup> '*Detached*' y '*committed*' son los términos que usa Raz en 'Legal Validity', ante, nota 268.

### C. EL MONISMO COMO CONSECUENCIA DE LA EXISTENCIA DE UN SISTEMA INTER-AB Y DEL ASPECTO VALORATIVO DEL DERECHO

Puede decirse que no hay razones para pensar que un sistema A que no es miembro de un sistema de segundo orden, deba tener un criterio para su propia identificación, según la crítica de Hart. Pero ¿cómo varía la situación cuando A está vinculado a un sistema inter-AB?

El hecho de que puedan hacerse juicios de valor jurídico afirmando la existencia de un sistema al apreciar su dimensión normativa, no nos dice nada sobre su relación con otros sistemas. Ya en la sección anterior se ha discutido la existencia de una norma en un sistema de segundo orden que funcione como criterio de identificación. Se ha dicho que la existencia de un sistema inter-AB implica necesariamente la existencia de un criterio de identificación de los sistemas entre los que opera, A y B. Ahora debe analizarse la relación entre la existencia de esta norma y un enunciado derivado del punto de vista externo no extremo.

Tenemos entonces la conjunción de dos elementos:

1. Una norma válida inter-n. Ésta identifica a los participantes del sistema de segundo orden y que es parte simultáneamente de los sistemas inter-AB y de A o B, cuando las autoridades de cada uno la empleen. Debe tenerse en mente que este criterio de identificación podría ser descrito como la regla de reconocimiento, como una “regla conceptual” para identificar

las normas válidas de un sistema.<sup>276</sup> Esta definición parece estar formulada desde un punto del observador que busca un criterio para conocer cuáles son las reglas del sistema. Hart pretende establecer el carácter normativo de la regla de reconocimiento como una característica que los miembros de la comunidad asumen. Calificarla exclusivamente como una regla conceptual omite por completo la necesidad postulada del punto de vista interno. Para esto es necesario el punto de vista externo no extremo.

2. Enunciados verdaderos desde el punto de vista externo no extremo sobre la existencia de un sistema jurídico. El observador intermedio puede formular enunciados sobre la existencia del sistema jurídico en tanto que normativo, y no sólo cómo concatenación de hechos. En términos de Hart este enunciado diría que la regla de reconocimiento es válida, *ie*, que el sistema existe. Este enunciado no es problemático porque la validez de la regla de reconocimiento no está dada por un criterio de validez superior a ella.

En la sección anterior describí cómo la existencia de la norma inter-n y la unidad de los sistemas inter-AB y sus miembros es una expresión consistente de un modelo conceptual trasladado de Kelsen a Hart. Ahora, al introducir la existencia de enunciados externos no extremos sobre la existencia de un

---

<sup>276</sup> E Bulyguin ‘Sobre la Regla de Reconocimiento’ en A Alchourrón y E Bulyguin *Análisis Lógico y Derecho* (Centro de Estudios Constitucionales Madrid 1991) 383, 387, 390.

orden jurídico A o B, quisiera indagar la posible identidad de contenidos de estos dos elementos.

Una evidencia de que existe alguna relación entre el contenido de inter-n y el enunciado externo no extremo, es el *reconocimiento derivado* que Hart introduce en KDUL (581). Hart planteó el problema en términos de la relación de validación de A y B, *ie*, de reconocimiento que efectivamente exista entre una norma de un sistema A y una norma de un sistema B. La relación de validación debiera existir en términos de un criterio de validez o pertenencia al sistema en cuestión. Como se ha visto antes, las cortes actúan en cumplimiento de una norma que, en ciertos casos, les permite aplicar normas extra-sistemáticas. Pero Hart cambia el criterio de individuación introduciendo un concepto de reconocimiento derivado propio de un observador, que es distinto del originario característico del juez como actor del sistema. El reconocimiento derivado es lo que permite a un juez en A aplicar una norma de B (KDUL 581).

Mi conclusión al respecto es que esto es posible porque existe un aspecto objetivo en la normatividad del derecho, que hace que su obligatoriedad sea perceptible aun al observador. El reconocimiento derivado *no prueba* la unidad del derecho, pero prueba la relación necesaria entre un criterio de individuación (norma) y la aserción (fáctica) de que un sistema existe.

El contenido de inter-n es un criterio de identificación que implica ya una definición, ya una estipulación de los miembros del sistema, que ha sido formulada por ellos mismos. ¿Cuál puede ser la consecuencia de esto? Piénsese en un sistema complejo que integre más de una unidad, como los sistemas federales. Será indispensable que exista un criterio de identificación de sus miembros. *No parece razonable que el criterio de identificación de sistemas sea distinto del criterio*

*objetivo de existencia.* Debiera ser el caso que el criterio de identificación de sistemas, empleado en inter-AB tuviera el mismo contenido que el enunciado externo no extremo que dice que el contenido de A o B es debido.

Si hay normas jurídicas en nuestro sistema inter-AB que fungen como criterio de identificación de los miembros éstas expresan un enunciado de deber que dice que lo que debe ser de acuerdo con el sistema A, debe ser, *ie*, que es debido que el contenido de la norma *n* de A sea debido.

Supongamos que el sistema inter-AB tuviera a ésta como su única regla. ¿Cómo hemos determinado que es una regla? Según Hart, de acuerdo con la regla de reconocimiento del sistema inter-AB; pero esta regla de reconocimiento, al establecer el criterio de identificación de normas del sistema, implica también *el ámbito* de aplicación de las normas de sus miembros. Además, la regla de identificación en el sistema inter-AB ha sido determinada por la autoridad de sus miembros, y al mismo tiempo, son ellos, en principio, los destinatarios de la norma. La horizontalidad del sistema inter-AB conduce a la identificación del criterio de pertenencia de normas con el criterio de identificación de los miembros. Inter-*n* puede verse entonces como un criterio de identificación de sistemas, *ie*, criterios de pertenencia: es una regla de reconocimiento de reglas de reconocimiento.

Los criterios de individuación de Hart permiten establecer la existencia *fáctica* de un sistema jurídico, pero no nos permiten discutir las consecuencias normativas de nuestras determinaciones, porque su modelo requiere ciertas adaptaciones al operar en sistemas complejos, integrados por

más de una unidad.<sup>277</sup> De acuerdo con lo analizado hasta aquí, todo esto se debe a que la relación entre el punto de vista interno y externo no es válida más que en un sentido: el punto de vista interno implica la presuposición, no de la existencia de la norma, sino del sistema; pero puede haber normas válidas sobre las que el observador no se pueda pronunciar porque no las puede percibir.

Esta línea de discusión parece viciada por no separar el enunciado de hecho de que un sistema existe, con un enunciado normativo con el mismo sentido, es decir, de nuevo el error que Hart señaló en Kelsen. Pero parece que al recuperar la noción de normatividad, el enunciado de hecho no es meramente un enunciado sociológico, como en Hart, sino que contiene el aspecto normativo valorativo del derecho, como en Kelsen. Es por lo tanto diferente. Un esquema de explicación como el de Hart no permite esta posibilidad.

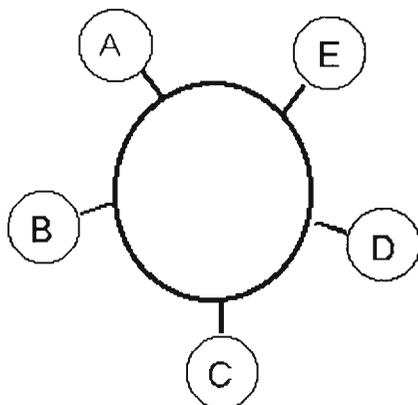
De todos los puntos tratados que pueden no haberse resuelto, queda una cuestión de particular importancia: las cadenas de validez:

Mostré antes cómo Raz describe cadenas de validez de un sistema que pueden prescindir de la norma fundante, haciéndolas depender de la validez de cada una de sus normas. Seguí este modelo para describir la validez de inter-AB, haciéndola depender *de hecho* de la validez de cada uno de los sistemas que pertenecen a él. Ahora puede añadirse al esquema

---

<sup>277</sup> K Greenewalt, ante, nota 125, explica que la regla de reconocimiento no está en la parte alta de un sistema federal, sino que es compleja al estar integrada en cada una de las constituciones de las partes de la federación.

el enunciado externo no extremo que afirma la existencia de un sistema jurídico recuperando su dimensión normativa:



*Figura 2. Validación recíproca y existencia objetiva del sistema*

La adopción de las cadenas circulares de validez, base del sistema jurídico en Raz se hizo por ser más conveniente que la vertical de Kelsen para evidenciar los atributos de un sistema de segundo orden. Pero no significa que haya tomado una postura al respecto. En cualquier caso puede decirse que las cadenas de validez de los miembros  $A_1 \dots A_{n+1}$  son cadenas verticales (esto puede aceptarse más intuitivamente en un sistema unitario). La conveniencia de que el sistema de segundo orden tenga una cadena circular es que no se necesita apelar a una norma fundante jerárquicamente superior a cada sistema miembro para establecer su validez. Este esquema elude la respuesta a la pregunta planteada al principio de esta sección: ¿la validez de un sistema se funda en él mismo o en uno diferente (acaso de mayor jerarquía)?

De acuerdo con alguna versión del argumento monista de Kelsen, el principio de efectividad implica que la validez del sistema está fundada en un sistema superior. Yo he preferido el

esquema de Raz por ser más conveniente; y en todo caso, la pregunta por la jerarquía se puede resolver por las mismas razones. Piénsese en que las normas unilateralmente determinadas en A contravienen las establecidas pluralmente en inter-AB. Una contradicción entre ellas se debe resolver adecuando alguna de las dos. Parece más eficiente la modificación de normas unilaterales que de normas que involucran mayor número de procesos. Es la única razón que puedo ofrecer para optar por la superioridad del sistema inter-AB.

## V. CONCLUSIONES

1. Al menos cuatro razones pueden ofrecerse para rechazar una explicación dualista sobre las relaciones del derecho interno con el internacional:
  - i. La teoría dualista no puede dar cuenta de la relación entre derecho interno e internacional en tanto que recíprocamente constituyen fuente uno del otro. La separación entre estos dos sistemas implica que el derecho interno no puede crear o alterar las reglas del derecho internacional, y la relación inversa tampoco existe; pero éste no es el caso.
  - ii. El dualismo supone la separación entre los ámbitos de validez del derecho internacional y del interno. Sin embargo, al observar los ámbitos personal, temporal y espacial de validez de sistemas nacionales e internacional, estos sistemas aparentemente separados no son muy distintos. No es claro cómo debe interpretarse que hay sujetos simultáneamente bajo dos órdenes jurídicos en donde los ámbitos de validez de uno son subconjunto de los de otro.
  - iii. El dualismo no explica la aplicación del derecho internacional en las cortes locales como factor de eficacia de las obligaciones internacionales y de interacción entre ambos sistemas. La regulación de este tema en diversas constituciones *tampoco* concuerda con una postura dualista.
  - iv. El dualismo permite que si el derecho [conflictual] interno rechaza la aplicación de una obligación internacional, se ejerce un derecho. Pero esto no puede reconciliarse con la proposición de que el derecho internacional prevé la

obligación de los estados de adecuar su constitución y sus leyes para implementar sus obligaciones internacionales.

2. Las relaciones entre el derecho internacional e interno son análogas a las relaciones entre: (i) un estado federal y las entidades federadas; (ii) el derecho aborigen de los pueblos indígenas y el derecho nacional canadiense; o (iii) el derecho comunitario y los sistemas de los estados miembros de la Unión Europea. Esto puede generalizarse como el problema de las relaciones entre un sistema A y uno B similares, y su interacción con las normas de un sistema inter-AB que los relaciona entre sí. A continuación describiré cómo el mismo fenómeno puede generalizarse en el estado federal, el derecho intersocietario y en la integración europea.

No es necesario que los sistemas jurídicos mantengan ninguna relación con otros. Puede imaginarse una situación en la que los miembros del sistema 'B' ignoren la existencia de un sistema jurídico 'A': no puede decirse que estos dos sistemas guarden alguna relación entre sí. Pero el caso del derecho internacional es diferente. Puede verse que el conjunto de normas que relacionan a A con B, sistema inter-AB, puede ser ignorado (desconocido) por un tercero. Pero no puede decirse de A o B que ignoren el sistema inter-AB, ni que éste último no presupone la existencia de los primeros. Por esto he llamado a inter-AB sistema 'de segundo orden'. Finalmente, A y B son dos sistemas diferentes, entre los cuales la pregunta de la jerarquía no se da, y al mismo tiempo se sabe que no forman una unidad. Los sistemas A e inter-AB presentan otro problema. La pregunta del monismo es si A e inter-AB forman un solo sistema o no, desde la perspectiva de cualquiera de los dos sistemas. Esto permite separar la cuestión de la jerarquía como una pregunta posterior.

3. El derecho internacional es jurídico en el sentido de Kelsen, pero es más conveniente prescindir del carácter coactivo que él le atribuye a *lo* jurídico. Por eso es necesario emplear otra concepción de derecho, como la de Hart, poniendo énfasis en las normas que confieren facultades, y las normas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación en el sistema jurídico.
4. Para poder emplear tal concepción, es necesario que el derecho internacional tenga reglas secundarias, cuya existencia niega Hart. No obstante, puede encontrarse la regla de reconocimiento en las fuentes del derecho internacional, las de cambio en las normas de costumbre y tratados que regulan la creación de nuevas normas y las reglas de adjudicación en las reglas de resolución de controversias.
5. La evolución de la justicia internacional proporciona una evidencia convincente de su institucionalización. El concepto de derecho de Hart puede apreciarse más claramente subrayando la importancia de las instituciones aplicadoras del derecho, como lo hace Raz. Más claramente, el derecho internacional es jurídico, en la medida en que podemos decir que es institucionalizado.
6. El argumento monista de Kelsen puede reformularse de modo que supere las críticas de Hart. La variación más importante es que he replanteado el “principio de efectividad”, base del argumento de Kelsen, *ie*, las normas internacionales facultan a los estados para emitir normas. En lugar de afirmar esto, he puesto énfasis en dos hechos: (i) un sistema A existe con anterioridad a un sistema inter-AB, en consecuencia no es el caso que inter-AB faculte a los estados a crear normas jurídicas; y (ii) las normas de un sistema inter-AB están creadas en virtud *de la misma autoridad* que las normas de un sistema A preexistente.

7. Es posible plantear una relación de validación recíproca. El argumento monista puede construirse estableciéndolo sólo para las relaciones de inter-AB con sus miembros. Esto se debe a la aserción de que inter-AB contiene un criterio de identificación de los sistemas jurídicos miembros: validez como existencia para Kelsen, validez como conformidad con un criterio para Hart.

En cualquiera de los dos casos, si algo está incorporado como tal en el discurso jurídico esto sólo quiere decir que aparece ante el esquema de interpretación constituido por las normas jurídicas de un sistema. El sistema jurídico, en tanto que institucional, regula las relaciones con los otros sistemas normativos que existen. Es claro que los otros sistemas institucionalizados *no* existen por que el derecho los reconozca, *ie*, no son creados por el reconocimiento. Pero si no fueran reconocidos y regulados por el marco legal, no podrían ser efectivamente implementados, no ‘existirían’ jurídicamente.

Este es el sentido en que podríamos entender la relación de validación y complementación en Kelsen: la validación no es relevante *al interior* del sistema, que existe por sí; es relevante *al exterior* del sistema, para relacionarlo con otros.

8. Aunque pueda interpretarse la relación de validación como se ha dicho, esto no responde a las críticas de Raz sobre el criterio de individuación de sistemas de Kelen.

Eempleé el esquema de Raz de validez del sistema jurídico, en donde la validez de cada norma se basa en la validez simultánea de todas las demás. Esto puede servir como modelo de la fuente de validez del sistema inter-AB, *ie*, la validez de todos los sistemas jurídicos preexistentes.

Esto permite plantear la validez del sistema, no con base en una norma fundante, sino en la validez simultánea de cada

uno de sus miembros. Así, podemos describir al sistema inter-AB como válido *porque* todos sus miembros lo son. Esto evidencia el carácter de segundo orden, por un lado, y horizontal, por otro, del sistema.

A lo anterior se suma que los criterios de Hart y Raz para distinguir un sistema de otro en las cortes no parecen fructificar. Puede emplearse un método de diferenciación basado en los ámbitos de validez de los sistemas. Si se considera que éstos están definidos por el sistema de segundo orden, puede eludirse la posible crítica de atender demasiado a lo que las normas dicen y poco a sus circunstancias de creación.

9. Al considerar las normas de inter-AB y de A como creadas bajo la misma autoridad, concluyo que las normas de inter-AB no reconocidas abiertamente en un sistemas interno deben explicarse en términos de la textura abierta de la regla de reconocimiento hartiana.

La textura abierta de la regla de reconocimiento abre al derecho interno a todas las fuentes del derecho internacional. Aunque una interpretación restrictiva del reconocimiento no lo permite, desde el punto de vista interno el derecho internacional debiera interpretarse como parte de la textura abierta de la regla de reconocimiento, en tanto que el derecho internacional es usado por la comunidad de oficiales del orden interno en ciertas instancias, aun cuando su reconocimiento sea explícito sólo para algunas fuentes.

Así, el monismo debe preferirse porque en el plano práctico permite que la fuerza vinculatoria de *todo* el derecho internacional –y no sólo la parte incluida en las constituciones de los estados– sea explicable. Teóricamente, el monismo puede ser traducido así de Kelsen a Hart, al

menos en lo que respecta a la estructura del orden jurídico y a su criterio de individuación.

10. Parecería que un sistema jurídico puede existir sin que pueda ser formulado el respectivo enunciado externo sobre el deber de acatar las normas que contiene. Aunque es verdad que no debe confundirse el enunciado de hecho de que un sistema legal existe, con el enunciado legal que al respecto pueda contener otro sistema, tampoco es cierto que no puedan formularse enunciados normativos (externos no extremos) sobre el punto. Si Hart aceptara esto, entonces la relación del sistema A con inter-AB, con una única norma de reconocimiento de sistemas jurídicos, sería una de implicación.

En virtud de la relación de implicación, las normas de inter-AB guardarán una relación necesaria en las cadenas de validez desde A o B *independientemente del reconocimiento explícito* del sistema, según lo permite la textura abierta de la regla de reconocimiento. Si esto se admite, pueden o no considerarse como formando una unidad con A o con B. El empleo de un concepto de sistema jurídico que no nos permita apreciar este hecho se justificaría si hubiera mejores razones teóricas o prácticas. Pero el dualismo tiene menos poder explicativo. Por su parte, el monismo parece una mejor teoría, porque permite explicar el sentido en que los sistemas jurídicos tienen una existencia externa objetiva y da cuenta del rango completo de las fuentes del derecho internacional.

Debe subrayarse que un modelo conceptual del sistema jurídico que no nos permite apreciarlo en su totalidad, o con suficiente claridad, no parece muy útil. No parece por ello haber razones para rechazar el argumento monista en favor de la

posición dualista que niega las relaciones entre el sistema inter-AB y sus miembros. Debe preferirse, pues, en cuanto descripción más completa de la realidad normativa.

## BIBLIO-HEMEROGRAFÍA

### A. Libros

A Alchourrón y E Bulyguin *Análisis Lógico y Derecho* (Centro de Estudios Constitucionales Madrid 1991)

J Bentham *The principles of Morals and Legislation* (Prometheus New York 1988) 326 (Ch. XVII §2.XXV)

B Bix *Jurisprudence* (Carolina Academic Press North Carolina 1999)

I Brownlie *Principles of Public International Law* (4<sup>th</sup> ed.) (Clarendon Press Oxford 1990)

A Clark Arend *Legal Rules and International Society* (Oxford University Press New York 1999)

J Crawford *The creation of states in international law* (Clarendon Press Oxford 1979)

A D'Amato *International Law* (Revised ed) (Transnational Publishers New York 1986)

G Danilenko *Law-Making in the International Community* (Martinus Nijhoff Dordrecht 1993)

R P George (ed) *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism* (Oxford UP Oxford 1999) 177.

T Franck *The power of legitimacy among nations* (Oxford UP New York 1990)

J A González Galvan (ed) *Seminario Internacional "Constitución y Derechos Indígenas"* (UNAM-I IJ México 2001) notas 11-57 y el texto que las acompaña (en prensa)

HLA Hart *The Concept of Law* 2<sup>nd</sup> ed (Clarendon Press Oxford 1994)

R Higgins *Problems and Process. International Law and How we Use it* (Clarendon Press Oxford 1994)

R Higgins *The Development of International Law by the Organs of the United Nations* (Oxford UP Oxford 1963)

M O Hudson (ed) *World Court Reports* (Carnegie Endowment for International Peace Washington 1938)

N Jasentuliyana (ed) *Perspectives in International Law* (Kluwer Law United Kingdom 1995)

W Jenks *The Prospects of International Adjudication* (Stevens & Sons London 1964)

A Jyränki (ed) *National Constitutions in the Era of Integration* (Kluwer Law London 1999)

H Kelsen *Teoría Pura del Derecho* R Vernengo (trad) (2<sup>a</sup> ed) (Porrúa México 1993)

H Kelsen *General Theory of Law and State* A Wedberg (trans) (Harvard UP Cambridge 1945)

H Kelsen *Principles of International Law* (Rinehart & Co New York 1952)

Kiefer & Munitz (eds) *Ethics and Social Justice* (State University of New York Press Albany 1968)

H Lauterpacht *The function of law in the international community* (Clarendon Press Oxford 1933)

H Lauterpacht *The Development of International Law by The International Court* (Frederick Praeger New York 1958) 166.

E Luard (ed) *The Evolution of International Organizations* (Thames & Hudson London 1944)

V Lowe & M Fitzmaurice *Fifty Years of the International Court of Justice* (Cambridge UP Cambridge 1996)

N MacCormick *Hart* (Edward Arnold London 1981) 38-9.

R Macdonald & D M Johnston, *The Structure and Process of International Law. Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory* (Martinus Nijhoff The Hague 1983)

J Makarczyk *Theory of International Law at the Threshold of the 21<sup>st</sup> Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* (Kluwer Law The Netherlands 1996)

L Oppenheim *International Law. A treatise* H Lauterpacht (ed) (Longmans Green and Co London 8<sup>th</sup> ed 1955) vol 1

R S Pathak & R P Dhokalia (eds) *International Law in Transition. Essays in Honour of Judge Nagendra Singh* (Martinus Nijhoff India 1992)

D Patterson (ed) *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Blackwell United Kingdom 1999)

S Paulson & B Paulson *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes* (Clarendon Press Oxford 1998)

J Raz *Practical Reason and Norms* (Oxford UP Oxford 1990)

J Raz *The Concept of a Legal System* (Clarendon Press Oxford 1973)

J Raz *The Authority of Law* (Clarendon Press Oxford 1979)

O Schachter *International Law in Theory and Practice* (Martinus Nijhoff Dordrecht 1991)

M van der Kerchove & F Ost *El sistema jurídico entre orden y desorden* (Univ Complutense Madrid 1997)

#### B. Artículos en Libros y Publicaciones Periódicas

M Aznar Gómez 'The 1996 Advisory Opinion on Nuclear Weapons and *non liquet* in international law' (1999) 48 ICLQ 3.

P Bobbit 'Public International Law' en D Patterson (ed) *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Blackwell United Kingdom 1999) 96.

E B Brown Weiss 'The New International Legal System' en Nandasiri Jasentuliyana (ed) *Perspectives in International Law* (Kluwer Law United Kingdom 1995) 63.

E B Brown Weiss 'The Rise or the Fall of International Law?' (2000) 69 *Fordham L Rev* 345.

I Brownlie 'The roles of international law' (1946) 33 *NYIL* 209.

E Bulyguin 'Sobre la Regla de Reconocimiento' en A Alchourrón y E Bulyguin *Análisis Lógico y Derecho* (Centro de Estudios Constitucionales Madrid 1991) 383.

J Charney 'Universal customary law' (1993) 87 *AJIL* 529.

J Charney 'The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals' (1999) 31 *NYU J Int'l L & Pol* 697.

P E Corbett 'The Consent of States and the Sources of the Law of Nations' (1925) 6 *BYIL* 20.

A D'Amato 'Is International Law really law?' en D'Amato *International Law* (Revised ed) (Transnational Publishers New York 1986)

E Denza 'Two legal orders: divergent or convergent' (1999) 48 *ICLQ* 257.

P M Dupuy 'The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice' (1999) 31 *NYU J Int'l L & Pol* 791.

R Dworkin en 'A comment on the unity of law doctrine' en Kiefer & Munitz (eds) *Ethics and Social Justice* (State University of New York Press Albany 1968) 200.

L Ferrari-Bravo, 'International and Municipal Law: The Complementarity of Legal Systems' in R St J Macdonald & D M Johnston, *The Structure and Process of International Law. Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory* (Martinus Nijhoff The Hague 1983) 723.

K Greenewalt 'The Rule of Recognition and the Constitution' (1982) 85 Mich LR 621.

L Hancher 'Constitutionalism, the Community Court and international law' (1994) XXV NYIL 159.

HLA Hart 'Kelsen's Doctrine of the Unity of Law' en S Paulson & B Paulson *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes* (Clarendon Press Oxford 1998) 553

J Hopkins 'Constitutional aspects of Aboriginal development: taxation and Aboriginal governance in Canada' en J A González Galvan (ed) Seminario Internacional "Constitución y Derechos Indígenas" (UNAM-I IJ México 2001) notas 11-57 y el texto que las acompaña (en prensa).

G Hughes 'Validity and the Basic Norm' (1971) 59 CalLR 695.

Jones 'The Legal nature of the European Community: A jurisprudential model using HLA Hart's model of law and legal system' (1984) 17 Crml Intl L J 1

H Kelsen 'Sovereignty' en Paulson & Paulson *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes* (Clarendon Press Oxford 1998) 525.

H Kelsen '*The Concept of a legal order*' (1982) 27 AJ Jurisp 64.

K Knop 'Here and there: international law in domestic courts' 32 NYU J Int'l L & Pol 501.

R Kolb 'Le droit international est-il un droit primitif?' (2000) 55 ZÖR 101.

H Lauterpacht 'Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law' (1929) 10 BYIL 65.

S López Ayllón 'La jerarquía de los tratados internacionales (Amparo en Revisión 1475/98, Sindicato Nacional de Controladores de Transporte Aéreo) (2000) 3 Cuestiones Constitucionales 197.

N MacCormick 'The concept of law and *The Concept of Law*' en R P George (ed) *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism* (Oxford UP Oxford 1999) 177.

N MacCormick 'Institutions and law again' (1999) 77 Tex L Rev 1429.

W L McBride 'The essential role of models and analogies in the philosophy of law' (1968) 43 NYULR 53.

T Öhlinger 'Unity of the Legal System or Legal Pluralism: The *Stufenbau* doctrine in present-day Europe' en A Jyränki (ed) *National Constitutions in the Era of Integration* (Kluwer Law London 1999) 163.

S Paulson 'Continental Normativism and its British counterpart: how different are they?' (1993) 6 Ratio Juris 227.

S Paulson 'Introduction' en S Paulson & B Paulson *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes* (Clarendon Press Oxford 1998) xxiii, xxxi.

J Raz 'The Purity of the Pure Theory' en S Paulson & B Paulson *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes* 237

J Raz 'Legal Positivism and the Sources of Law' en J Raz *The Authority of Law* 37

J Raz 'Legal Validity' en *The Authority of Law* 146.

J Raz 'The identity of legal systems' en J Raz *The authority of law* 78

C Richmond 'Preserving the Identity Crisis: Autonomy, system and sovereignty in European law' (1997) 16 L & Phil 377.

C Romano 'The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle' (1999) 31 NYU J Int'l L & Pol 709.

M Sahovic 'The concept of international law at the end of the twentieth century' in R S Pathak & R P Dhokalia (eds) *International Law in Transition. Essays in Honour of Judge Nagendra Singh* (Martinus Nijhoff India 1992) 87-93, 89.

B Simma y A Paulus 'The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View' (1999) 93 AJIL 302.

J Starke *Monism and Dualism in International Law* (1936) 17 BYIL 1.

M la Torre 'Legal Pluralism as evolutionary achievement of community law' (1999) 12 (2) Ratio Juris 182.

K C Wellens 'Diversity on Secondary rules and the unity of international law: some reflections and current trends' (1994) XXV NYIL 3.

A Wasilkowski 'Monism and Dualism at Present' en J Makarczyk *Theory of International Law at the Threshold of the*

21<sup>st</sup> Century. Essays in Honour of Krysztof Skubiszewski (196 Kluwer Law, The Netherlands) 321.

F P Waters 'The League of Nations' en E Luard (ed) *The Evolution of International Organizations* (Thames & Hudson London 1944) 25.

Sir Arthur Watts 'Nationality of Claims. Some relevant concepts' en V Lowe & M Fitzmaurice *Fifty Years of the International Court of Justice* (Cambridge UP Cambridge 1996)

C. Cursos de la Academia de Derecho Internacional de la Haya (RCADI)

I Brownlie International law at the Fiftieth anniversary of the United Nations 255.V RCADI (Martinus Nijhoff Netherlands 1995) 21.

A Casesse *Modern Constitutions and International Law* 192.III RCADI (Martinus Nijhoff The Netherlands 1985)

G Fitzmaurice The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law 92.II RCADI (AW Sijthoff Leyde 1975) 70.

H Triepel Les rapports entre le droit interne et le droit international 1 RCADI (Sijthoff Leyde 1923) 79.

P Weil *Le droit international en quête de son identité* 237.VI RCADI (Martinus Nijhoff Netherlands 1992) 43.

## OTRAS FUENTES

### A. TRATADOS INTERNACIONALES

Agreement on the European Economic Area (1992) 1795 UNTS 3.

American Convention on Human Rights (1969) 1144 UNTS 123.

Carta de Naciones Unidas, (1945) STAT 1031, TIAS 993;  
[www.un.org](http://www.un.org)

Convention on Rights and Duties of States (1933) Dec 26, Stat 3097 TS 881 165 LNTS 19.

EC Treaty Consolidated version

Estatuto de la Corte Penal Internacional UN Doc A/CONF. 183/9th, <http://www.un.org/law/icc/statute/rome fra.htm>

European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950) 213 UNTS 221

General Agreement on Tariffs and Trade: Multilateral Trade Negotiations Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Trade Negotiations 33 ILM 1125 (1994)

Estatuto de la CIJ STAT 1055, TIAS 993 [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org).

Convention for the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (1965) 575 UNTS 159

Protocol of Tegucigalpa (1991) 36 ILM 923 que reforma la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (1962) 2 ILM 235.

Protocol to the African Charter of Human and People's Rights, (1998) 58 ZaöR 727.

*Special Agreement* April 19 1928 PCIJ Series C No 16-III p 292 in *The World Court Reports* M Hudson (trad) (1935 Carnegie Endowment for Int'l Peace New York) vol II p 341.

Tratado que Establece la Corte de Justicia del Pacto de Cartagena (1979) 18 ILM 1203.

Treaty Establishing the Common Market for Eastern and Southern Africa (1993) 33 ILM 1067.

Treaty Establishing the European Coal and Steel Community (1951) 24 UNTS 140.

Treaty Establishing the European Economic Community (1957) 298 UNTS 11.

Treaty Establishing the Organization for the Harmonization of Corporate Law in Africa (1993) 4 OJ OHADA.

Treaty for the Establishment of an Arab Organization for the Petroleum Exporting Countries (1968) 68 UNTS 255.

Treaty Instituting the Arab Magreb Union (1989) 94 RGDIP 552.

Treaty Instituting the Benelux Economic Union (1958) 381 UNTS 165.

United Nations Convention for the Law of the Sea (1982) UN Doc A/CONF.62/121 (1982) 21 ILM 1982.

Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 UN Doc.A/CONF. 39/27 (1969) 8 ILM 679.

## B. RESOLUCIONES Y DOCUMENTOS DE NACIONES UNIDAS

Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, ILC Rep (A/46/10) (1991) II(2) ILC Ybk.

Draft Articles on State Responsibility (Appendix 'Provisional articles provisionally adopted by the drafting committee on second reading') (2000) II ILC Ybk 52<sup>nd</sup> Session.

United Nations 'Growth in United Nations Membership, 1945-2000' <http://www.un.org/Overview/growth.htm#2>, Information Technology Section, Department of Public Information 2000.

United Nations 'A guide to the history, composition, jurisdiction, procedure and decisions of the Court (1945-1996)', <http://www.icj-cij.org/icjwww/igeneralinformation/ibbook/Bbookframepage.htm>

UN Membership <http://www.un.org/members/index.html>, junio 2001.

UN SC Res 955, UN SCOR, 49<sup>th</sup> Sess., 3453mtg., UN Doc. S/RES/955 (1994) (Nov. 8, 1994)

UN SC Res 55 Establishing the International Tribunal for Rwanda (1994) 33 ILM 1598

UN SC Res 827 Establishing an International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia (1993) 32 ILM 1203

UN Treaty Series <http://untreaty.un.org/English/overview.asp> mayo 26 2001.

UN Treaty Series, 1448, 1948, 1968, 1985

### C. DECISIONES DE LA CORTE MUNDIAL

*Anglo Iranian Oil Company Case* (United Kingdom v Iran) 1952 ICJ Reports 93.

*Applicability of the obligation to arbitrate* (Advisory Opinion) April 26 1988 ICJ Reports 12.

Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina v Yugoslavia) (Preliminary objections) 11 July 1996 ICJ [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org).

*Case Concerning Barcelona Traction Light & Power Co. Ltd.* (Belgium v Spain) (Second Phase) 5 February 1970 ICJ Reports 4.

*Case Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia* (Germany v Poland) (Merits) May 25, 1926 CPJI, Series A no 7 p 19.

Case concerning Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v United Kingdom) (Provisional measures) 14 April 1992 ICJ Reports 132.

Case Concerning the Factory at Chorzow PCIJ Ser A No 17 1928 p 47.

*Case Concerning the S S Lotus* 9 September 1927 (France v Turkey) PCIJ Series A no 10 p 18.

Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City (Advisory Opinion) 4 December 1935 PCIJ Series A/B No 65 p 64.

*Customs Régime Between Austria and Germany* (Advisory Opinion) 5 September 1931 Series A/B no 41.

*Elettronica Sicula S.P.A.* (United States v Italy) 20 July 1989 ICJ Reports 15.

*Exchange of Greek and Turkish Populations* (Advisory Opinion) February 21<sup>st</sup> 1925 Series B No 10 p 6.

*Fisheries Case* (UK v Norway) 18 December 1951 ICJ Reports.

*Greco-Bulgarian "Communities"* (Advisory Opinion) 31 July 1930 PCIJ Series B No 17 p 4.

*LaGrand Case* (Germany vs United States of America) 27 June 2001 ICJ [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org).

Legality of the Use or Threat of Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion) 1996 ICJ Reports 226.

Legality of the Use or Threat of Use of Nuclear Weapons in Armed Conflict (Advisory Opinion) 1996 ICJ Reports 66.

Lotus; Nottebohm; Barcelona.

*North Sea Continental Shelf Cases* (FRG v Denmark; FRG v Netherlands) 1969 February 20 ICJ Reports 4.

*Payment of federal Brazilian loans issued in France* (Brazil v France) July 12 1929 Series A No 20/21 p 93.

*Payment of Various Serbian Loans Issued in France* (Serbia v France) July 12 1929 PCIJ Series A No 20/21 p 5.

*South West Africa Cases* (Second Phase) 18 June 1966 ICJ Reports 291.

*Status of Eastern Carelia* (Advisory Opinion) July 23<sup>rd</sup> 1925 Series B No 5 p 7.

*Treatment of Polish Nationals in the territory of Danzig* (Advisory Opinion) 4 February 1932 PCIJ Series A/B No 44 p 21.

#### D. DECISIONES DE OTROS TRIBUNALES

Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal Case No. 106/77 [1978] ECR 629, 23 (1978) CMLR 263.

*Commission v Franec* Case No 232/78 [1979] ECR 2729.

*Caso Suárez Rosero* noviembre 12 1997 Corte-IADH No 36.

*Costa v. ENEL* Case No 6/64 [1964] ECR 585, 3 (1964) CMLR 425.

Decision of The Council of Ministers October 24 1988, 1988 OJ (L319) I.

*EEC Commission v Luxembourg* Case No 90 & 91/63 [1964] ECR 625.

*Judgement of Nuremberg Tribunal* 1946 Intl Military Tribunal at Nuremberg (1947) 41 AJIL 172.

*Metalclad Corporation vs Mexico* August 30<sup>th</sup> 2000 ICSID (Additional Facility) No ARB (AF)/97/1.

Norwegian Ship-owners' Claims Arbitration (Norway v U.S.) (1922) I RIAA 307.

*R v Van der Peel* 1996 2 SCR 507.

The United Mexican States v Metalclad Co. Mary 2<sup>nd</sup> 2001, 2001 BCSC 664 L002904.

UK v Council of the European Union Case C-89/94 [1996] ECR I-5755.

*Van Gend en Loos* Case No 26/62 [1963] 2 CMLR 105 (1964).

## E. LEGISLACIÓN LOCAL

*International Constitutional Law Center,*

<http://www.uni-wuerzburg.de/law>, mayo-junio 2001:  
Constituciones de Alemania, Armenia, Austria, Bielorusia, Bélgica, Bosnia-herzegovina, Bulgaria, Cape verde, Congo, Angola, Corea del Sur, Croacia, Cuba, Eslovenia, España, Estonia, Etiopía, Fiji, Filipinas, Finlandia, Francia, Gabón, Grecia, Hungría, Iraq, Latvia, Lituana, Macedonia, Madagascar, Mali, Marruecos, Mauritania, Mongolia,

Mozambique, Namibia, Nepal, Nigeria, Noruega, Omán, Pakistán, Polonia, Portugal, República Checa, República Eslovaca, Rumania, Rusia, Rwanda, Saudi Arabia, Singapur, Siria, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Túnez, Uganda, Yemen y Yugoslavia.

*Constitutions of the Americas*

<http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions:>

Constituciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

Constitución de Albania

[www.ipls.org/services/kusht/contents.html](http://www.ipls.org/services/kusht/contents.html).

Constitución de Algeria [www.waac.org](http://www.waac.org).

Constitución de Azerbaijan

[www.president.az/azerbajjan/const.htm](http://www.president.az/azerbajjan/const.htm).

Constitución de Andorra, [www.andorra.ad/consell](http://www.andorra.ad/consell).

Constitución de Bangladesh [www.bangladeshgov.org](http://www.bangladeshgov.org).

Constitución de Camboya

[www.cambodia.org/facts/constitution.html](http://www.cambodia.org/facts/constitution.html).

Constitución de Georgia

[www.friendspartners.org/oldfriends/constitution/](http://www.friendspartners.org/oldfriends/constitution/).

Constitución de Moldova y Seychelles

[www.urich.edu/~jppjones/confinder](http://www.urich.edu/~jppjones/confinder).

Constitución de Kazakstan, Kirgystan, Tajakstan y Turkmenistán [www.ecostan.org/Laws/](http://www.ecostan.org/Laws/).

Constitución de Malawi [www.sas.upenn.edu/African\\_Studies](http://www.sas.upenn.edu/African_Studies).

Constitución de Uzbekistán

<http://www.umid.uz/Main/Uzbekistan/Constitution>.

Constitución de Vanuatu [www.vanuatu.usp.ac.fj](http://www.vanuatu.usp.ac.fj).

F. SITIOS DE INTERNET

Geneva News

<http://www.genevanews.com/gnir/html/Archives/199806/Prospective.html>.

Project on International Courts and Tribunals [www.pict-pcti.org](http://www.pict-pcti.org).

P Stollo 'The League of Nations Time Line'

<http://worldatwar.net/timeline/other/league18-46.html>.

## TABLA DE GRÁFICAS, TABLAS Y FIGURAS

Gráfica 1. Tratados registrados en la Secretaría General de NU 1946-2000.....	19
Gráfica 2. Tratados bilaterales de Inversión 1959-99 .....	20
Gráfica 3. Estados reconocidos 1900-2000 .....	26
Gráfica 4. Diferencia entre el número de estados reconocidos y los miembros a LN o NU 1919-2000.....	28
Gráfica 5. Frecuencia de indicadores de apertura .....	52
Tabla 1. Valor relativo de indicadores de apertura .....	53
Gráfica 6. Distribución de Constituciones según su grado de apertura.....	54
Gráfica 7. Frecuencia de grados de apertura .....	56
Gráfica 8 Distribución por región por grado de apertura.....	57
Tabla 2. Composición de sistemas de segundo orden inter-AB .....	84
Tabla 3. Jurisdicción, vigencia y membresía de tribunales internacionales. (ND: No Disponible) .....	136
Gráfica 9. Proliferación de Tribunales Internacionales 1909- 2000 .....	138
Gráfica 10. Relación entre el número de estados reconocidos y su pertenencia a la Corte Mundial 1919-2000.....	140
Figura 1. Validación recíproca .....	166
Figura 2. Validación recíproca y existencia objetiva del sistema .....	218