



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGON

Revisor Discontinua.

**“EL TRATADO COMO NO-FUENTE DEL
DERECHO INTERNACIONAL.”**

TESIS PROFESIONAL

Que para obtener el Título de:
LICENCIADO EN RELACIONES INTERNACIONALES

P r e s e n t a:

EFRAIN VEGA MUYTOY

Asesor de Tesis: Maestro Lic. Isidro Casas Resendiz

26420)

San Juan de Aragón, Edo. de México, 1998

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



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.

Prof.: Joel Sandoval Alviso

Por confiar en su más humilde servidor y que con ejemplo ha demostrado
como se deben asumir responsabilidades.

AGRADECIMIENTOS

A DIOS:

Por darme la oportunidad de ser parte de su creación

A mis padres:

Héctor Vega González

Y

Dolores Muytoy Mendoza

Por ser el maravilloso medio por el cual Dios me dió la vida

A México:

Por brindarme todas las garantías de libertad soberanía y oportunidades de
nación, que mis hermanos en el pasado con sangre forjaron y así heredaron.

A la U.N.A.M.:

Por formarme como profesional de manera incondicional depositando en mi
la confianza de crear un mejor mexicano consciente de las necesidades de
mi patria y mis hermanos nacionales.

A mi hija y esposa:

Diana Daniela Vega Aguilar

y

Alma Delia Aguilar Díaz

Que después de Dios configuran todo el amor que existe para mi en el
universo

I N D I C E

	Pág
Introducción.....	8

CAPÍTULO 1

HISTORIA DEL DERECHO INTERNACIONAL

1.1. Derecho Internacional.....	20
1.2. Origen del Derecho Internacional.....	25
1.2.1. Tendencias.....	26
1.2.1.1. Época antigua	27
1.2.1.2. Derecho internacional moderno.....	28
1.2.1.2.1. La paz de Wetsfalia-1648.	29
1.2.1.2.2. Pacto de Utrecht-1713.....	33
1.2.1.2.3. Revolución francesa 1789.....	34
1.2.1.2.4. Congreso de Viena de 1815.....	35
1.2.1.2.5. Primera Guerra Mundial-1914-1918.....	37
1.2.1.2.6. Segunda Guerra Mundial-1939-1945	38
1.2.1.2.7. Nacimiento de la O.N.U	40

CAPÍTULO II
FUENTES DEL DERECHO

	Pág.
2.1. Concepto de fuente.	50
2.2. Tipo de fuentes.	56
2.2.1. Fuentes formales.	56
2.2.2. Fuentes reales.	57
2.2.3. Fuentes históricas.	58
2.3. Análisis de las fuentes formales.	58
2.3.1. Proceso Legislativo.	58
2.3.2. Proceso Consuetudinario.	61
2.3.3. Proceso Jurisprudencial.	62
2.3.4. La Doctrina.	64
2.3.5. Principios Generales del Derecho.	65
2.3.6. Tratados Internacionales.	67
2.4. Fuentes del Derecho Internacional.	68
2.4.1. Tratado Internacional.	69
2.4.2. Costumbre Internacional.	69
2.4.3. Principios Generales del Derecho.	76

CAPÍTULO III
LOS TRATADOS INTERNACIONALES

3.1. Concepto de Tratado.	82
3.2. Fundamentación del Tratado.	84

	Pág.
3.3. Clasificación de los Tratados.	85
3.4. Denominación del Tratado.	87
3.5. Proceso de Creación del Tratado.....	88
3.5.1. La Negociación.	89
3.5.2. Adopción del texto.....	89
3.5.3. Autenticación del texto.....	89
3.5.4. Manifestación del consentimiento.....	90
3.6. Entrada en vigor de los Tratados.....	91
3.7. Interpretación de los Tratados.....	93
Conclusiones.....	99
Bibliografía.....	102

Introducción

Qué se pretende lograr con el estudio de éste tema

El universo se encuentra en constante movimiento, mismo que genera cambios, todo lo que está contenido en éste se rige por los mismos principios de cambio y movimiento continuo, sin que nada ni nadie pueda alterar en forma definitiva el flujo natural de las cosas.

El principio de que todo se encuentra ya en la naturaleza, siendo tarea cotidiana del hombre el descubrirlo en forma ordenada, logrando así la armonía y equilibrio de las cosas.

La comunicación constante del hombre con el hombre ha sido elemento vital desde el principio de la evolución de la humanidad, así como la instrumentación de medios cada vez mas complejos los cuales deben ir acordes a las necesidades de las nuevas y más complejas sociedades.

Bajo este contexto las Relaciones Internacionales han estado presentes casi desde el primer momento en que el hombre se integro en sociedad, en su forma más primitiva, evolucionando ésta paralelamente a las nuevas y más ambiciosas necesidades de la humanidad. Siendo hasta después de la segunda mitad del siglo XX donde han tomado la importancia y atención debida sin precedente alguno.

Es así de ésta forma en que se han detectado deficiencias y grandes lagunas producto de la costumbre y de las distintas interpretaciones en ocasiones erróneas o mal intencionadas por conveniencia de los actores dominantes del escenario internacional.

El objetivo principal que ha motivado el desarrollo de ésta investigación es el de tratar de demostrar la existencia de una interpretación que al parecer se ha venido manejando análogamente en forma errónea como el de aceptar al tratado como la fuente del Derecho Internacional. Ésta inquietud no es nueva ya que existen registros de estudiosos del Derecho Internacional que en cierta forma ya lo han manifestado. Como son en primer lugar los negadores de la existencia del Derecho Internacional, siendo el primero de ellos el inglés (filósofo) Thomas Hobbes. El escribió a mediados del siglo XVII, siendo parte de los inspiradores del movimiento de la ideología liberal inglesa y francesa en el siglo XVIII. "En su libro (El Leviathan libro II, Caps. XVII y XXVI) que el derecho de gentes no es sino un conjunto de leyes que regulan las relaciones mutuas de fuerzas físicas entre los estados. Para HOBBS, los Estados viven todavía en un "estado de naturaleza", no encontrándose sometidos a una civitas máxima superior. Una nación está frente a otra "en posición de gladiadores" (Leviathan, Libro I, Cap. XIII)".¹

¹SEPULVEDA Cesar, Derecho Internacional Público, editorial Porrúa, Edición 8a, pág.40.

Lo anterior conlleva a plantear cuestionantes iniciales
así como
sus respuestas tentativas que marcaran la pauta de éste
trabajo.

1.-¿Se puede pasar por encima de los principios fundamentales del derecho como disciplina reguladora de toda actividad humana para justificar o legitimar la presencia de una disciplina que nace de ésta misma, (Derecho Internacional) negando así los principios que constituyen al Derecho?

2.-El efecto sancionador que se le adjudica al tratado se sustenta en términos reales en ¿una Norma Jurídica? o en ¿la Política Internacional?

3.-En la práctica cotidiana de las Relaciones Internacionales ¿se puede considerar al Tratado como fuente del Derecho Internacional? si se sabe de antemano que éste carece heteronomía coercibilidad, así desde éste punto de análisis éstos dos elementos son básicos en el existir y práctica del Derecho.

Las respuestas preliminares que se aceptan
son las siguientes

1.-Es innegable la existencia del Derecho Internacional como ordenador supremo del actividad entre naciones en condiciones ideales, pero la problemática que éste

enfrenta radica en estructura, y deficiencias en sus fundamentos y la equivocada interpretación análoga de éstos, sin contar con las corrientes ideológicas conservadoras que persisten por la constante preservación del poder, principales factores que frenan la evolución sana del Derecho Internacional.

Dentro del punto de observancia que se asume la Política Internacional es la principal reguladora de las relaciones entre los estados y demás sujetos internacionales pasando por encima del Derecho.

Si se sigue cayendo en el error constante de pensar que la regulación real de la actividad entre estados ésta en manos del Derecho Internacional, se estarán negando los principios esenciales de éste.

Lo que hoy regula la relación entre los estados, podría llevar cualquier otro nombre más congruente a dicha Regulación Internacional de la cual si puede ser fuente el tratado, el cual no tiene los elementos jurídicos que el derecho demanda para contemplarlo como fuente.

2.-En la actividad internacional contemporánea, así como en su evolución histórica el Tratado Internacional ha mantenido una evidente falta de equidad poniendo en una posición de desventaja a la parte más débil, dejando así el papel de sancionador a la parte firmante con mayor fuerza política, económica o militar.

De esta manera se puede contemplar al Tratado como un instrumento sometedor de las naciones débiles en los términos mencionados en el punto anterior, beneficiando de forma intencional a la nación más poderosa, (Como fue el caso de los tratados de paz firmados al fin de las dos grandes guerras) rompiendo así con los principios básicos e inmutables del Derecho.

3.-El derecho en su sentido más puro se contempla como el conjunto de normas jurídicas que regulan por medio de la equidad las relaciones del hombre en su forma individual y colectiva, procurando que en el ejercicio de éste exista la armonía y desarrollo de sus actores. Así el derecho que se encuentra conformado por normas jurídicas, las cuales exigen cuatro características para que se puedan considerar validas:

- I.-Heteronomía.
- II.-Bilateralidad.
- III.-Coercibilidad.
- IV.-Exterioridad.

Y según los estudiosos de la materia consideran que al faltar una de éstas características la norma no es jurídica, pudiendo constituirse como normas de trato social, morales o religiosas pero no "jurídicas". Así desde el punto de vista general se aprecian los elementos creadores del Tratado los cuales no lo llevan a

constituirse como una norma jurídica, siendo imposible que el Tratado sea heterónomo, ya que con ésta característica el Tratado tendría que hacerlo un órgano supremo y lo impusiera a los Estados o sujetos internacionales, lo cual no ocurre pues al crearse el tratado se tendrá que llevar a cabo mediante una negociación realizada por los Estados participantes; en la creación del mismo tratado, y de ésta misma negociación resultará el texto, que sin lugar a dudas será "autónomo", lo cual rompe el principio que marca el derecho para la conformación de sus normas; entonces el tratado no siendo jurídico tampoco puede ser fuente del derecho, careciendo de la misma forma de coercibilidad que consiste en la obligatoriedad suprema de cumplir con lo establecido en el tratado, en dado caso que éste fuera heterónomo.

Para explicar lo anterior en el capítulo uno se analiza el origen del derecho internacional, así como el desarrollo evolutivo de éste en el transcurso de su historia, mencionando los momentos más relevantes, que lo conformaron hasta la época moderna.

En el capítulo dos se estudian las fuentes del derecho, la conformación de éste y de las normas jurídicas, analizando cada uno de los elementos fundamentales que caracterizan al derecho como conjunto de normas jurídicas que regulan la actividad del hombre, individual y colectivamente.

Justificación del tema

El panorama que se vislumbra en el escenario internacional toma dimensiones más complejas al correr del tiempo, nacen nuevos problemas, surgen nuevas necesidades, crece la actividad en el momento que los avances tecnológicos en materia de comunicación acortan distancias.

El reto que los gobiernos asumen en la lucha constante de subsistencia y bienestar de los estados los llevan a crear, modificar y adecuar mecanismos que regulen los diferentes tipos de problemas y conflictos que emergen de la necesaria actividad internacional.

El principal papel del internacionalista como analista es aportar iniciativas de solución a los diferentes problemas existentes que atañan a la sociedad internacional, partiendo de la observancia y así utilizando las herramientas teórico metodológicas existentes, para integrar propuestas que tengan sustentos universalmente válidos.

Partiendo de lo anterior se han detectado principalmente dos tendencias que contemplan o abordan de manera diferente a la regulación de las relaciones existentes entre los estados. Siendo éste un problema de interpretación.

La primera indica que los diferentes acontecimientos producto de la actividad internacional es regulada por el derecho internacional.

La segunda postura demuestra la no aplicación del derecho internacional en las relaciones entre estados.

Ésta disyuntiva conlleva a realizar un estudio analítico en estructura y forma jurídica del derecho y así mismo del derecho internacional producto de éste.

El isnanaturalista como Referente Teórico

Entorno al estudio del derecho natural, ya que ésta corriente considera que en el mundo todo es un orden natural incluyendo al hombre mismo como parte de ese orden, ahora si consideramos al hombre como parte de la comunidad internacional, lo más prudente es estudiarlo desde un todo como lo hace el derecho natural

El derecho natural, entendido como un conjunto de principios universales e inmutables, que serían expresión de una justicia trascendente que gobernaría, a imagen del mundo físico, el universo de la moral y la sociedad.

¿Qué es el derecho?

El derecho en su forma pura es la ciencia más noble, ya que en su contexto implica igualdad, justicia, paz, armonía, manejando solo valores que conllevan a un fin supremo que es el de regular las relaciones del hombre con el hombre y con la sociedad, preservando la integridad física , moral y de libertad que emanan de la naturaleza misma.

El derecho incursiona en todas los ámbitos de la actividad del hombre imponiendo normas producto de la observancia de la conducta humana así como de la costumbre persiguiendo fines congruentes a sus principios y fundamentos.

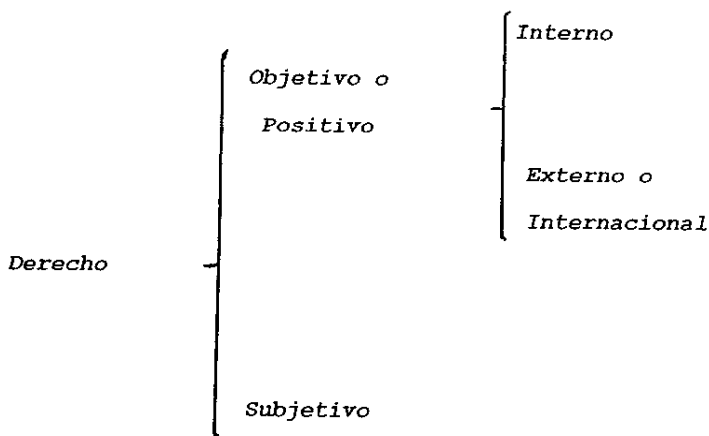
El derecho en forma idealista proviene del mismo dios, porque al igual ambos conciben a la humanidad con el criterio de igualdad sin distinción alguna.

E.V.M

1.1. Derecho Internacional

El homogeneizar un concepto de derecho internacional se torna tarea un tanto compleja y tema de un nuevo proyecto de investigación; lo que se pretende es abordar a los estudiosos del tema para partir de bases sólidas y así analizar la conformación del derecho internacional.

Si se contempla al derecho internacional como una rama del derecho el cual lo clasificamos principalmente para su estudio, (ver cuadro 1) es necesario remontarnos a su origen y conformación como norma jurídica.



Cuadro 1 Clasificación de derecho a derecho internacional.

De esta manera se puede decir que el Derecho es el conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta del hombre en la sociedad siendo estas impuestas,

obligatorias, con una fuerza coactiva imponiendo deberes y otorgando facultades a los sujetos de éste.

El derecho desde su forma más pura implica igualdad de facultades y deberes, máximo instrumento mediador a conflictos y previniendo ilícitos con el imperativo principal que respalda por la fuerza y justicia dentro del marco de una sociedad humana.

Los cimientos donde se finca el Derecho deben de guardar relación con sus distintas ramificaciones que emergen de el si no se estaría cayendo en la negación de las fuentes que constituyen a éste.

"Puede decirse que el derecho internacional se encuentra en una situación peculiar frente a las otras ramas del derecho. En relación con este tema, Antonio Truyol y Serra afirma:

Pesa, en efecto, sobre el derecho internacional un destino singular. mientras las disciplinas que investigan el derecho interno en sus distintas manifestaciones suelen limitarse a abarcar cierto número de problemas especiales de mayor y menor entidad, el derecho internacional es en sí mismo, como tal, problemático. Su existencia como ordenamiento jurídico autónomo ha sido negada con una reiteración excesiva.

Y luego agrega

...esta constancia en el ataque y prestigio de los atacantes tenía que colocar, inevitablemente, al derecho internacional en una situación algo precaria en la familia de las disciplinas jurídicas, entre las cuales apareció demasiadas veces como un intruso que sin título legítimo pretendiera ocupar un lugar que no le corresponde.

Lo anterior lleva al profesor español a reconocer que el derecho internacional se vio en la ineludible necesidad de justificarse sin cesar, de librarse de esta sospecha y de reivindicar con energía su carácter jurídico.

¿A qué se ha debido esta situación? las explicaciones que se han formulado son principalmente dos: las peculiaridades de su ámbito de aplicación y su relativa juventud.

Por lo que se refiere a su ámbito de aplicación, en un sentido amplio comprende las relaciones internacionales, "entendidas como tal comunicación e intercambio entre Estados y todo movimiento de personas, bienes e ideas más allá fronteras nacionales", como las define **Frederik Hartmann**.

En cuanto a su juventud lo cual es un hecho incuestionable si se compara con la gran mayoría de las disciplinas jurídicas, hace que algunos de los moldes del derecho interno no sean aplicables válidamente.

El proceso evolutivo del Derecho Internacional Público se hace evidente en materias como el derecho internacional del mar, el derecho internacional cósmico o espacial, el derecho internacional de la guerra, etc. Basta recordar, por ejemplo, que en agosto de 1978 se conmemoró el quincuagésimo aniversario de del Pacto Briand-kellog o pacto de París, por los cuales los Estados renunciaron a la guerra como instrumento de política nacional. Así, la prohibición del uso de la fuerza, regla fundamental del DIP, se proclamó hace apenas 50 años.

En lo que concierne al concepto de DIP, conviene mencionar los tres tipos de definiciones que se han propuesto al respecto.

a) Definiciones según sus destinatarios conforme a las cuales el DIP es el conjunto de normas que regulan las relaciones entre los estados y demás sujetos internacionales; por ejemplo,

Derecho internacional público es el conjunto normativo destinado a reglamentar las relaciones entre sujetos internacionales.

(Seara Vázquez)

b) Definición según la materia las cuales parten del carácter internacional de las relaciones reguladas; por ejemplo:

El derecho internacional público es el conjunto de normas jurídicas que rigen las relaciones internacionales.

(Guggenheim)

c) Definiciones según la técnica de creación de las normas las cuales consideran el procedimiento de su positivización; por ejemplo:

Conjunto de normas para un momento dado y que sin tener en cuenta el objeto ordenado y el sujeto obligado, se han convertido como consecuencia de un procedimiento, en internacionales.

De los criterios mencionados en los incisos anteriores, el subjetivo y el formal son útiles en la definición del DIP. Por el contrario, el criterio material, como bien señala Miaja de la Muela, implica el riesgo de que si bien puede reflejar con exactitud el contenido del DIP en un determinado momento, al cambiar las circunstancias caería en disconformidad con las nuevas realidades.

De acuerdo con estas consideraciones, el DIP puede definirse como aquella rama del derecho que regula el comportamiento de los Estados y demás sujetos atípicos mediante un conjunto de normas positivizadas por los poderes normativos peculiares de la comunidad internacional."²

²ORTIZ AHLF Loretta, Derecho Internacional Público, ed. 2a, Edit., Harla, México, 1993., pp.4-5.

El determinar cual es el origen del derecho internacional puede ser tarea de un nuevo proyecto de investigación, ya que en el transcurrir de la historia, los estudiosos del tema que han pertenecido a las distintas corrientes de estudio del derecho internacional difieren a niveles extremos que incluso llegan a afirmar la inexistencia de éste; criticándolo, a nuestro parecer con razonamientos lógicos y en ocasiones no encontrando razonamientos que nulifiquen satisfactoriamente a estos

Por otra parte dentro del contexto internacional, en el campo de la investigación en materia de indagar el origen del derecho internacional se ha aceptado una serie de acontecimientos históricos como factores fundamentales que marcan el principio; por su estructura, impacto histórico y aportaciones al desarrollo del derecho internacional como disciplina reguladora del acontecer internacional.

1.2. Origen del Derecho Internacional

Derecho Internacional implica relación entre actores jurídicos y políticos independientes, así se concluye que resulta difícil que este orden jurídico existiera en las sociedades antiguas.

Los estudiosos de la materia recurren a la historia determinando que el origen del derecho internacional moderno surge en el siglo XVII. sin embargo otra corriente sostiene la existencia de derecho internacional desde las primeras civilizaciones. Esto es conveniente aclararlo

toda vez de que no se puede negar que con el nacimiento de las relaciones entre las personas individuales nace la transacción de tipo comercial que cuando se realizó entre los grupos organizados tal vez por el derecho consuetudinario o bien por una reglamentación despótica, se da cualquiera de las dos posturas el caso, la consecuencia es que nacieron los que se denominan Cónsules, amén de considerar la existencia de otra figura internacional aparecida antes de 1648, y la referencia es la representación del Vaticano a través de los nuncios.

1.2.1. *Tendencias*

En el estudio de la historia del derecho internacional operan dos tendencias definidas perfectamente.

1.-Ésta afirma que existían instituciones internacionales semejantes a las que hoy tenemos desde la conformación de los Estados más primitivos.

2.-Aquí se ubica el origen del derecho internacional en Europa del siglo XVI, momento donde se conforman los grandes Estados europeos.

Partiendo del siguiente enfoque nos inclinamos por la primera como punto de análisis.

I.-Las relaciones jurídicas entre dos o más Estados.

(Se afirma que desde las primeras civilizaciones antiguas ya existían este tipo de relaciones aunque de una forma primitiva)

II.-La pluralidad de Estados y el establecimiento de Derechos y obligaciones recíprocos.

(Ya se vislumbraban estas características en las sociedades arcaicas)

III.-Cierta similitud entre la identidad de las instituciones arcaicas y las modernas, contando que el derecho internacional se encuentra en un constante proceso evolutivo.

1.2.1.1. *Época antigua*

La conformación del derecho se viene gestando desde las civilizaciones más antiguas con la característica de ciencia evolutiva, adecuándose a las necesidades y cambios de cada época.

Es imperante tener presente la supremacía que guarda el derecho natural (entendiendo como un conjunto de principios universales e inmutables) incluso sobre el derecho positivo.

"Las rudimentarias instituciones que surgieron de manera aislada y fugaz en la historia de los tiempos antiguos no pueden considerarse, en ningún caso, integrando por un sistema jurídico entre naciones.

Porque mal puede hablarse de un derecho que rige a los Estados cuando éstos no existen unos frente a otros. De esta manera el derecho internacional fue posible cuando aparece el Estado moderno, autónomo, autocapaz, en

relaciones de igualdad con sus semejantes, fenómeno que tiene lugar sólo después del Renacimiento, en época anterior."³

1.2.1.2. *Derecho Internacional Moderno*

Los diferentes enfoques que se tiene en torno a la presencia histórica del derecho internacional están en función de su participación y enriquecimiento de estudio de las diferentes corrientes y escuelas ideológicas así como su aplicación en conflictos.

"En realidad el derecho internacional empieza a surgir paralelamente a la formación de los grandes Estados de Europa, en el siglo XVI: España, Francia, Inglaterra, Austria y Países Escandinavos.

Las raíces del derecho internacional se encuentran ciertamente en la Alta Edad Media, pero esta rama no se manifiesta con sus rasgos peculiares sino hasta el momento en que sobreviene el desmembramiento del Sacro Imperio Romano y ocurre el descubrimiento de América con su cauda de efectos. Osea, desde esta centuria principia a socavarse el origen de la supremacía universal del Papa y se fue mermando la autoridad imperial dejando el paso a una nueva organización político jurídica. Pero a la vez el Estado moderno tuvo que suprimir, de su seno, poderes que

³SEPULVEDA Cesar, op cit .pág.7

le hacían sombra como eran los derivados del régimen feudal.

La presencia de los nuevos Estados del siglo XVI, y el descubrimiento del Nuevo Mundo, condujeron a situaciones eternamente diferentes a las que precedían, que ya no podrían regularse sino por un nuevo derecho diferente al conocido, pues las normas jurídicas en uso hasta entonces resultaban incapaces para ordenar y regir las circunstancias que en el campo europeo se estaban produciendo."⁴

1.2.1.2.1.

La paz de Wetsfalia 1648.

Es evidente desde un enfoque jurídico que la conformación del derecho internacional moderno toma una vertiente equivoca de interpretación en el momento en que los acuerdos, pactos y demás denominaciones del tratado se le adjudican a éste, careciendo éstas denominaciones de forma jurídica, poniendo así en duda la legitimidad del derecho internacional.

"Para algunos estudiosos del derecho internacional lo acontecido en 1648 en Wetsfalia en materia de acuerdos de paz marca el inicio del Derecho Internacional moderno, por los efectos en términos de conciencia que aquí se engendraron.

⁴SEPULVEDA Cesar, op cit..pág 8

La importancia política de los tratados de Wetsfalia consistió en un nuevo reparto de fuerzas, en el que el Imperio y España quedaron notoriamente debilitados, Francia preparada para ocupar el lugar preeminente e Inglaterra -en plena guerra civil entre CARLOS I y el parlamento- momentáneamente aislada.

Desde el punto de vista jurídico, es de subrayar la novedad de un congreso en que representantes de todos los países europeos discutieron sus diferencias.

Lo que no es exacto es que en Westfalia naciera el Derecho Internacional moderno. Todas las instituciones (diplomacia, tratados) que se desenvuelve en los decenios siguientes distan mucho de funcionar por vez primera.

Lo único que resulta cierto es que el 1648 acaba la lucha secular entre católicos y reformados; en las combinaciones impuestas por el deseo de mantener o modificar la balanza of power, el factor religioso deja de ser el fundamental, y las alianzas tratan de conseguir sus finalidades sin reparar en la confesión de la potencia colaboradora.

Con el tratado de Wetsfalia comienza una nueva época en la historia del Derecho de Gentes, pues éste tratado nos revela un fenómeno psicológico sin precedentes. se puede decir que en 1648 aparece por primera vez en el mundo del Derecho de Gentes una conciencia universal.

La visión neta de que un estatuto mundial debe ser establecido y corroborado por la voluntad común de todos los Estados: he aquí la concepción que se abre paso al final de la guerra de los Treinta Años.

La guerra entre Francia y España continua más de diez años, dando fin por el tratado de los Pirineos de 1659, firmado en la Isla de los Faisanes.⁵

Lo anterior resalta la conciencia colectiva de las comunidades de la necesidad de un estatuto mundial que medie entre los países, pero al parecer ésta dista mucho de una propuesta normativa jurídica en forma. Importante es decir que, en el tratado de Wetsfalia los participantes jamás se conocieron en la elaboración del mismo, sin embargo todos los estados se sometieron a sus consecuencias así entonces la paz de Wetsfalia dio a conocer lo siguiente:

1) Se termina con la guerra de los 30 años generada por los estados protestantes y católicos, lo que dio como consecuencia la posibilidad de crear estados con población que tuvieran una u otra tendencia, tomando el principio del tratado de paz de Ausburgo "Cuius regio eius religio", con el cual el soberano tiene el poder para expulsar a los disidentes.

⁵MIAJA DE LA MUELA Adolfo. Introducción al Derecho Internacional Público.. edición. 7a Editorial. Atlas. Madrid 1979.. págs.457-458.

2) El imperio germánico es dividido en 355 estados independientes, bajo la condición de no celebrar tratados que pudieran perjudicar a otro estado alemán.

3) La confederación Helvética y los estados bajos, que hasta entonces sólo gozaban de una independencia de hecho, fueron formalmente reconocidos como estados independientes, tal fue el caso de Suiza, Holanda, Dinamarca, Noruega y Finlandia, así como los estados bajos.

4) Las dos potencias victoriosas Francia y Suecia reciben, la primera una parte de Alsacia y la segunda la mayor parte de Pomerania y las ciudades de Wismar y Rostock, además Francia adquirió la soberanía sobre 10 ciudades imperiales libres situadas en Alsacia y entre ellas Estrasburgo.

La importancia política de Wetsfalia es el nacimiento de un cambio territorial en el mapa europeo, ya que se da la repartición del imperio germánico en 355 pequeños estados.

Por su parte la importancia jurídica es vital ya que por vez primera se trata de crear en los estados modernos una legislación internacional.

1.2.1.2.2.

Pacto de Utrech 1713.

"Los tratados de Utrech marcan un singular efecto en el acontecer entre las naciones europeas ya que con éste se restaura y asegura el equilibrio en Europa, que garantizaba la paz.

En Utrech el equilibrio se llevó a cabo por medio de las compensaciones, la mayor parte a costa de España, que garantizaron que las dos cortes borbónicas, ni aún aliadas, pudiesen perpetuar la balanza de poderes. CARLOS VI recibe para su Imperio: Bélgica, Nápoles, Cerdeña y Milanesado; Inglaterra, Gibraltar ocupado en nombre del archiduque Carlos, durante la guerra.

Menorca y el navío de permisión, por el adquiere el monopolio de conducción de negros a América. Ensanchan sus dominios el Duque de Saboya y el elector de Brandemburgo, que es elevado a rey de Prusia.

Otra gran potencia aparece en la nueva constelación de fuerzas europeas: Rusia; una larga guerra de Pedro I EL GRANDE con CARLOS XII de Suecia tiene por escenario Polonia. la sucesora del sueco, Ulrica Leonor se ve obligada a firmar la paz de Nystad-1721, por la que cede la pomerania a Prusia.

Dividida la Europa continental entre media docenas de potencias de fuerzas aproximadamente iguales, y con su protagonismo de Inglaterra en los mares, no por eso el equilibrio establecido en Utrecht gozó de una gran estabilidad.”⁶

1.2.1.2.3.

Revolución francesa 1789.

“Con la reunión de mayo de 1789 , de los Estados Generales, se abre en Francia un periodo revolucionario, inspirado en las corrientes ideológicas cuya puesta en práctica no podía quedar confinada en ámbito francés. Dentro del mismo año, uno de los primeros acuerdos de la Asamblea Constituyente es la proclamación de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, que excede en mucho a un acto de trascendencia nacional. En efecto, los derechos subjetivos allí declarados no eran una radical innovación : una serie de documentos legislativos ingleses, desde la Carta Magna de 1215 hasta el Bill de derechos de 1688, aseguraban análogas prerrogativas, pero jamás se pensó que su titular fuese la humanidad entera; eran tan solo privilegios propios de los ciudadanos ingleses. En cambio en el momento inicial de la independencia de los Estados Unidos, varias colonias elaboraron sus declaraciones de derechos, en las que la tradición anglosajona se mezcla con invocaciones a dios y al derecho natural, fuentes de libertad y seguridad para todos los hombres. la declaración de derechos francesa de

⁶MIAJA DE LA MUELA Adolfo. op cit., pág 493

1789 cuya inspiración en América, principalmente en la constitución de Virginia, es la más innovadora por operar en un medio en que subsistan múltiples vestigios feudales, que son radicalmente abolidos."⁷

Mientras en los países europeos el derecho interno se fortalecía basados en principios jurídicos, desplazando a las anteriores formas de gobierno como eran los sistemas feudales, la normatividad del derecho internacional quedaba en actos de buena fe y conciencia.

1.2.1.2.4.

Congreso de Viena de 1815.

"Las guerras napoleónicas, que tanto afectaron la faz del Continente y que no trajeron ningún desarrollo notable al derecho de gentes, terminaron con un acontecimiento internacional de gran importancia y que constituye el origen del tercer gran período en el desenvolvimiento de este orden jurídico. Tal suceso fue el Congreso de Viena de 1815, que a la vez señala el esplendor de la diplomacia clásica.

El Congreso de Viena deja paso a un derecho internacional bien estructurado, con casi las características que le conocemos. Se establecen por tal Congreso nuevas divisiones políticas, y se inaugura un sistema de gran resonancia: la intervención. La Santa Alianza, que resulta de allí, fue un pacto de ayuda militar y un prolegómeno de

⁷MIAJA DE LA MUELA Adolfo. op cit., pag. 493.

organización internacional, pues establecía el sistema de consulta, por medio de congresos, para actuar defendiendo el principio de la legitimidad monárquica, en contra de los brotes de liberalismo.

Surge en Viena el llamado "concierto europeo" que fundado en el "equilibrio de poder", habría de manejar los destinos del mundo a lo largo del siglo XIX.

Un hecho es cierto, buena o mala la organización que surgió del Congreso de Viena desde 1815 hasta 1914 no hubo "guerra mundial", y sólo hasta 1870 (o sea cincuenta y cinco años después) ocurrió una contienda importante en el continente europeo.

El derecho internacional después de ese Congreso, y hasta la Primera Guerra Mundial, alcanza un desarrollo portentoso de sus instituciones. Sucintamente pueden mencionarse los siguientes:

Surge una opinión pública internacional, que había de pesar en la formación de las instituciones.

Se desarrollan las represalias, el bloqueo se asienta en sus rasgos fundamentales, y se depura.

La intervención se instauro, y se crea toda una teoría en su rededor, la esclavitud desaparece, por acción internacional.

Se forma el régimen de navegación de los ríos internacionales, se suprime el curso.

La institución diplomática aunque pierde brillantez, gana en extensión estabilidad. El régimen consular llega a su esplendor.

Hacia el final de éste tercer periodo, principian los movimientos pacifistas se observa una multiplicidad de tratados, sin precedente, los cuales se hacen más técnicos y sobreviene la proliferación de los tratados multilaterales al grado de que ante éste incremento tan sorprendentemente los pactos internacionales, los autores hubieron de deducir que no había otro derecho internacional que el evolutivo contractual.

Hacia el final del siglo XIX se echan bases de los sistemas de solución pacífica de los conflictos entre los Estados y se empieza a crear los grandes organismos administrativos internacionales.

El positivismo se instaló y reinó durante toda esta singular etapa, girando en torno del concepto de una soberanía absoluta e ilimitada del Estado."⁸

1.2.1.2.5. Primera Guerra Mundial 1914-1918.

"La Guerra Mundial de 1914-1918, significó un gran golpe para el desarrollo del derecho de gentes, y produjo un desaliento muy marcado respecto a la efectividad de éste orden jurídico.

⁸SEPULVEDA, Derecho Internacional .pp.9-10

El señorío de la moral internacional que había precedido la comunidad de Estados casi desde Westfalia, fue desplazado, dejando en su lugar a un sórdido nacionalismo y a la anarquía. Pero la reacción no tardó en presentarse, y hubo un tibio renacimiento.

El derecho internacional se rebusteció, las instituciones ya conocidas crecieron y otras nuevas se formaron, como por ejemplo, las organizaciones internacionales. Por unos años, un nuevo espíritu pareció prevalecer, pero como no había podido erradicarse los nefastos conceptos de discolería y de predominio, y campeaban el resentimiento y la incomprensión, al final del periodo (1938-39) se perdió mucho de lo trabajosamente ganado, y pudo advertirse retroceso súbito.

El periodo entre las dos guerras fue, pues contradictorio en sí mismo."⁹

El proceso evolutivo del derecho internacional que había tenido grandes logros estructurales se vio estancado por los acontecimientos suscitados en Europa que dieron origen a la Primera Guerra Mundial.

1.2.1.2.6. Segunda Guerra Mundial 1939-1945.

La humanidad ha pagado en ocasiones con sangre y profundo dolor la necesidad de cambio el empleo de la fuerza para

⁹Idem

dar solución a conflictos y diferencias internacionales por el medio pacífico.

La culminación de la Segunda Guerra Mundial motivó con nuevos bríos la necesidad de retomar los medios pacifistas, entrando así de nuevo al periodo evolutivo del derecho internacional sin precedente generado por la conscientización de la humanidad.

"Realmente, aunque se estaba gestando desde antes, el gran cambio tuvo lugar a partir de 1945, pues el derecho internacional empezó a ser penetrado por circunstancias que alteraron profundamente este cuerpo legal, tal como la presencia de muchos nuevos Estados, los avances tecnológicos contemporáneos y el imperativo de considerar el bienestar de los grupos humanos como meta básica de la ideología y de la acción política, aunque los principios fundamentales han permanecido los mismos, hemos asistido a un enriquecimiento constante de sus normas y de sus instituciones y a ciertos cambios de concepción y tratamiento. Se han universalizado sus dimensiones. Al mismo tiempo, han caducado varias normas e instituciones viejas, éste periodo que estamos viviendo ha constituido una auténtica etapa de transición constructiva y dinámica."¹⁰

¹⁰Ibidem. pp 10-11

1.2.1.2.7. *Nacimiento de la O.N.U.*

El 26 de junio de 1945 se procede a la clausura de la Conferencia después de firmar la Carta de las Naciones Unidas, compuesta de ciento once artículos, a la que sirve de ajejo al Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, que había de sustituir al que existió en La Haya. También se firma otro convenio el titulo de "disposiciones provisionales", comprensivo de nueve puntos, referentes a una Comisión preparatoria para el establecimiento de distintos órganos previstos en la carta.

Ésta entró en vigor, después de ratificada por las cinco grandes potencias y por la mayoría de los restantes miembros, el 24 de octubre, comenzando la vida de la Organización con la primera Asamblea General, abierta en Londres el 10 de enero de 1946.

Aunque no deja de presentar semejanzas con la Sociedad de las Naciones, el propósito de los autores de la Carta de las Naciones Unidas fue el crear un sistema más fuerte y eficaz, capaz de evitar en el futuro fallos percibidos en la experiencia ginebresa. Circunstancialmente unidas ante un poderoso enemigo común, las grandes potencias de 1945 entendieron que la persistencia de esta unidad es requisito indispensable, y acaso también suficiente, para

la realización de los fines propuestos por la nueva Organización.

Entre éstos fines son esenciales el de mantener la paz y la seguridad internacional, cuyo cumplimiento se encomienda a un órgano especializado, el Consejo de Seguridad, destinado a ser la pieza fundamental de la Organización.

Otras finalidades es el de fomentar las relaciones de amistad entre las naciones, basadas en la igualdad de derechos y en la libre determinación de los pueblos; realizar la cooperación internacional en la solución de los problemas económicos, sociales, culturales y humanitarios, así como el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales para todos, sin hacer distinción por motivos de raza , sexo, idioma, o religión, y servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones para alcanzar estos propósitos comunes.

El logro en el campo de las Relaciones Internacionales del nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas no tiene precedentes en términos de logros, emanado de la experiencia ésta se sustenta en principios fundamentales del derecho, como son; la igualdad, la paz , la armonía y el respeto a los derechos o garantías del hombre. Sin embargo en la práctica éstos propósitos carecen de la normatividad jurídica que garantice el cumplimiento pleno

de sus funciones. Ante conocido problema la Asamblea General, establece una comisión exclusiva de atender todo lo relativo al derecho internacional.

ONU--La Comisión de Derecho Internacional

"La Comisión de Derecho Internacional fue establecida por la Asamblea General en 1947 y efectuó su primer periodo de sesiones en 1949.

Su objetivo es la promoción del desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación. La Comisión que se reúne anualmente, esta regida por 25 miembros elegidos para desempeñar sus mandatos durante cinco años y ejercer sus cargos con carácter individual.

La Comisión ha preparado proyectos sobre diversos temas de derecho internacional, algunos de los cuales fueron elegidos por la Comisión, y otros fueron turnados por la Asamblea General o el Consejo Económico y Social.

La mayor parte del trabajo de la Comisión ha asumido la forma de proyectos de artículos, con base en los cuales las conferencias internacionales de plenipotenciarios, convocadas por la Asamblea General aprobaron convenciones que quedaron abiertas a la firma para que los Estados fueran partes de ellas. Así, en 1958 una conferencia de las Naciones Unidas aprobó cuatro convenciones sobre el derecho del mar, todas las cuales se hayan actualmente en vigor. Estas son:

La Convención sobre la alta Mar.

La Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua.

La Convención sobre Pesca y Conservación de los Recursos Vivos de la Alta Mar y

La Convención sobre la Plataforma Continental.

Una conferencia aprobó en 1961 una Convención sobre la reducción de la Apatriada, y dos conferencias realizadas en Viena en 1961 y 1963, aprobaron la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, respectivamente. Ambas convenciones se encuentran actualmente en vigor.

Una conferencia que se celebró en Viena en dos periodos de sesiones en 1968 y en 1969, aprobó una Convención sobre el Derecho de los Tratados. Una serie de proyectos de artículos sobre las misiones especiales no se remitió a una conferencia internacional, sino que fue examinada directamente por la Asamblea General, la cual en 1969 adoptó una convención sobre la materia.

También la Asamblea General ha expresado su deseo de que se elabore y concierte en forma expedita una convención internacional sobre la representación de los Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales,

partiendo como base de los proyectos de artículos adoptados por la Comisión sobre la materia.

Otros proyectos preparados por la Comisión comprenden un proyecto de una declaración sobre los Derechos y los deberes de los Estados, preparada en 1949; una formulación de los principios de los derechos internacionales que fueron incluidas en la Carta y el juicio del Tribunal de Nuremberg (1950) y un proyecto de código de delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad (1954), todos los cuales fueron redactados a solicitud de la Asamblea General. La Comisión ha preparado así mismo una serie de reglas modelo (1958) sobre procedimientos de arbitraje.

Actualmente la Comisión está trabajando en la codificación y en el desarrollo progresivo del derecho de la sucesión de Estados, de la responsabilidad de los Estados, de las cláusulas de la nación más favorecida y de la cuestión de los tratados concretados entre Estados y organizaciones internacionales.

Además la Comisión ha examinado la cuestión de protección y la inviolabilidad de los agentes diplomáticos y de otras personas que tienen derecho a protección especial conforme al derecho internacional, así como la revisión de su programa de trabajo a largo plazo."¹¹

¹¹Servicios de Información Pública, A-B-C de las Naciones Unidas. Nueva York .pp 82-83

Se puede detectar que la tarea de la Comisión del Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas se incrementa día a día a partir del momento de su integración, pero de antemano se sabe que muchas propuestas distan de la aplicación real, ya que éstas quedan solo en proyectos, como es el caso de:

-La codificación del derecho internacional.

-El establecimiento de derechos y obligaciones jurídicas de los estados dentro del contexto internacional.

Notas Explicativas del capítulo I

1.-El punto de análisis y estudio de éste capítulo se concreta a la normatividad jurídica la cual sustenta al derecho en estructura y práctica.

2.-El remontar éste estudio a momentos históricos es con el fin de obtener un seguimiento del proceso evolutivo del derecho internacional así como su participación y conformación en cada etapa de la historia.

3.-Los estudiosos del derecho internacional difieren en determinar cuándo tuvo origen éste sustentando en dos grandes posturas:

La primera se sustenta que desde las sociedades más arcaicas sus instituciones mostraban los elementos básicos en donde se sustenta el derecho internacional, en su forma más primitiva.

La segunda habla del origen del derecho internacional en el momento evidente del progreso de las instituciones internacionales, las cuales principian con los tratados de Westfalia.

4.-Es pertinente señalar la importancia que ha desempeñado la conformación de la O.N.U. en el proceso evolutivo del derecho internacional, así también como las lagunas que tiene en la aplicación e interpretación del mismo.

De antemano se entiende que no es tarea fácil el conformar un órgano jurídico que regule la actividad del escenario internacional en el cual sus actores atienden a intereses diferentes, sin mencionar la transformación constante y de gran magnitud que ha vivido la comunidad internacional en tiempo reciente.

¿Que es una fuente?

ii

En el todo contemplando así al universo y lo que de el se desprende parte de un principio el cual se le denomina origen o fuente.

En este orden todas las cosas tienen una fuente como un principio innegable y de carácter universal.

De esta manera no se puede negar que somos producto del universo y que nos regimos por leyes universales engendradas por este mismo como lo es el de que todo tiene un principio y fin.

Una ley universal es de que todo guarda congruencia con la fuente u origen de donde fue engendrado y si este principio fuese negado esta no tendría sustento existencial.

E.V.M.

2.1. Concepto de fuente.

Para hablar del derecho como disciplina es conveniente antes estudiarlo como un conjunto de normas jurídicas bilaterales, heterónomas, coercibles, y exteriores que tendrán como finalidad la regulación de la conducta de los hombres en la sociedad. Conocer cuales son los procesos de formación de esas normas jurídicas conviniendo antes el conocimiento de las normas.

Para poder comprender cómo se constituye el derecho como norma jurídica es necesario remontarnos a su origen. abordando la opinión de varios autores estudiosos del derecho para así conformar una plataforma sólida que soporte ésta investigación y así poder comprobar esta hipótesis que motivó éste trabajo.

Lo anterior conlleva a conceptualizar como primer dato el término fuente, el cual de acuerdo con el Diccionario Enciclopédico Océano se determina como:

"Manantial de agua que brota de la tierra..., principio o fundamento de una cosa."¹²

Concepto de fuente para el Maestro Hans Kelsen el establece:

¹²Diccionario Enciclopédico Océano, Tomo II, Grupo Editorial Océano, Ediciones Océano, Barcelona España 1984

"La expresión *fuerza* del derecho es una expresión figurada, superlativamente ambigua. se emplea no solamente para designar los métodos de creación jurídica, la costumbre y la legislación (entendiendo el último término en sentido más amplio, que comprende también la creación del derecho a través de actos judiciales, administrativos y de transacciones jurídicas). sino también para caracterizar el fundamento de validez del derecho y especialmente, la razón última de dicha validez. La norma básica aparece entonces como la del derecho..."¹¹

Para el maestro Eduardo García Maynez:

Fuente es de acuerdo lo transcribe de Claude Du Pasquier "Crear una metáfora bastante feliz, pues remontarse a las fuentes de un río es llegar al lugar en que sus aguas brotan de la tierra; de manera semejante inquirir la fuente de una disposición jurídica es buscar el sitio en que ha salido de las profundidades de la vida social a la superficie del derecho."¹⁴

Por todo lo anterior se puede definir a la palabra fuente del derecho como el lugar de donde nace, brota o surge algo a la vida jurídica.

El derecho precisa en determinar que existen 3 tipos de fuentes a saber de las cuales son:

- a).-Fuentes formales.
- b).-Fuentes reales.

¹¹KELSEN Hans, Teoría General del Derecho del Estado, ed. 2a, Edit.UNAM, México, 1988.,p.155.

¹⁴GARCÍA MAYNEZ Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, ed.35, Edit., Porrúa, México, 1984.,p.52.

c).-Fuentes históricas.

En la Enciclopedia Auto didáctica Océano a la fuente del derecho se le interpretan así:

"La palabra fuente, en acepción metafórica la encontramos definida como (principio u origen de una cosa). De éste modo las fuentes del derecho, serán los principios y fundamentos del mismo, es decir, la forma que tiene de manifestarse, exteriorizarse, y en suma, dictarse el derecho en la sociedad humana. Cada sistema jurídico tiene su propio sistema de fuentes, aunque muchos sistemas sean muy parecidos.

En derecho inglés y sus derivados (derecho norteamericano y el de muchas posesiones y dominios británicos), aunque la ley también es fuente principal de su ordenamiento jurídico, junto a ella y como elemento mas significativo esta la doctrina establecida en las sentencias de los tribunales, que constituye la base del llamado Common Law y de la equity.

La fuente principal del derecho internacional son los tratados o acuerdos entre estados, y no la ley. Las fuentes del derecho romano se basaban en los acuerdos de asambleas populares, en las decisiones del senado en las órdenes emanadas de los emperadores, en los edictos de los magistrados (que eran ciudadanos revestidos del poder

público) y en la doctrina los juristas (ciudadanos especializados en el estudio del derecho).

De esta última fuente procedía la mayoría de las normas aplicables. El sistema de fuentes que rige cada ordenamiento jurídico no es fruto del azar, sino consecuencia de múltiples factores: políticos sociológicos e ideológicos."¹⁵.

De la misma forma analítica el maestro Juan Antonio declara:

"El derecho es un producto eminentemente social; esta misma característica determina la calidad mutable del derecho una vez, que al mismo tiempo que la sociedad cambia y progresa, su producto cambiará y progresará al mismo ritmo.

Estos cambios se explican fácilmente si no perdemos de vista que las sociedades humanas, de simples que fueron, se han complicado en extremo, haciendo de este modo más complejas las relaciones entre los hombres, ahora bien si el derecho es regulador, fundamentalmente de tales relaciones, lógico resulta concluir que nuestra ciencia tuvo que mutar, a fin de encontrarse a tono con la

¹⁵Enciclopedia Autodidáctica Océano, Volumen II, Grupo Editorial Océano, Ediciones Océano - Exito S.A. pag. 533.

realidad de las relaciones entre los hombres en las diferentes etapas de la humanidad.

El derecho, concreción de un trabajo social milenario, debe haber nacido en la conciencia de los hombres para después, al exteriorizarse, toma una forma definida, objetiva; tal forma constituida por reglas formales y precisas que acusan ya un carácter obligatorio.

Independientemente de aquel viejo derecho del más fuerte que parece ser la imposible primera manifestación del derecho entre hombres, se puede asegurar la existencia de otras circunstancias generadoras de derecho, unas que actúan aún en nuestra actualidad y otras que, o no actúan o su influencia se ha reducido considerablemente.

A estos medios o circunstancias por las cuales se ha establecido la norma jurídica se les llama fuentes del derecho

?

Cabe hacer mención de que, en relación con ellas, debemos distinguir dos tipos diferentes de fuentes del derecho: las racionales y las formales.

Por las primeras debemos entender todas las esas razones que deben prescindir, necesariamente, el proceso de formación de la norma.

Por las segundas entendemos los procedimientos o modos por los cuales se

concreto la regla jurídica. las segundas son el objeto de nuestro estudio....."¹⁶

Bajo el mismo esquema estudiamos la opinión del maestro Efrain Moto Salazar quien, comenta:

"El sentimiento de lo jurídico encuentra su primer origen, según hemos dicho, en la misma conciencia de los individuos, sólo que estos, según vimos, no viven aislados, si no en sociedad. De ahí que el derecho bien pronto se manifieste como un producto del espíritu popular que desenvolviéndose a través de diversos causes, se concreta en normas.

En otras palabras el derecho al desarrollarse adopta diversas formas, las cuales son llamadas fuentes del derecho. Estas son, de acuerdo con la definición que de las mismas da el Licenciado Angel Caso en su obra "Principios del Derecho" (segunda edición, 1937), "Las formas del desenvolvimiento del derecho a las cuales debe acudir para conocerlo y aplicarlo."¹⁷

¹⁶GONZALEZ Juan Antonio, Elementos de Derecho Civil, ed 7a., Edit.Trillas , México, 1990 pag. 33, 34, 35.

¹⁷MOTO SALAZAR Efrain, Elementos de derecho, ed. 42, Edit, Porrúa, México, 1997. p.10

"La expresión fuente del derecho, se usa para designar el origen del derecho, es decir, la manera como el orden jurídico brota por su observancia."¹⁸

Para la mayoría de los autores por fuente se entiende el lugar de donde nacen surge o brota algo a la vida jurídica.

El concepto anterior sin lugar a dudas presenta la alternativa que conlleva a un estado a la creación de su derecho, partiendo de varios procesos creadores de la norma jurídica, así la tradición indica que existen tres tipos de fuentes siendo éstas formales, reales y históricas.

2.2. Tipos de fuentes

Existen tres clases de fuentes del derecho:

- Formales.
- Reales.
- Históricas.

2.2.1. Fuentes formales

Por fuente formal se entiende al conjunto de pasos, procedimientos o formalidades que al darse una tras otra dan como resultado el nacimiento de una norma jurídica.

¹⁸FOLRES GÓMEZ GONZÁLEZ Fernando, *Nociones de Derecho Positivo Mexicano*, ed, 31a, Edit. Porrúa, México, 1992. p. 50.

Tradicionalmente se han clasificado las fuentes formales en:

- a.- Proceso legislativo.
- b.- proceso consuetudinario.
- c.- Proceso jurisprudencial.
- d.- Doctrina.
- e.- Tratado Internacional.
- f.- Principios Generales del Derecho.

2.2.2. Fuentes reales

"Las fuentes reales son aquellos elementos que determinan el contenido de las normas jurídicas, son pues, todos aquellos fenómenos sociales que contribuyen a la formación del derecho....."¹⁹

Por fuentes reales se entiende a los acontecimientos sociológicos que se toman en cuenta para la regulación de una conducta a través de la norma jurídica.

Si se tuviera que determinar que fuente es la más importante para el derecho sin lugar a dudas se tendría que colocar en primer lugar a las fuentes reales y no las fuentes formales como muy a menudo se puede pensar, ya que las fuentes reales presentan la realidad el acto mismo que debe ser reglamentado si se parte de que el derecho no es regulador a futuro sino en presente, se entiende entonces

¹⁹Idem.

que el acto debe aparecer y después ser regulado, en otras palabras primero aparece el hecho y representante de la fuente real y con posterioridad la fuente formal a través de un proceso que dará como resultado la norma que regulará al hecho mismo.

2.2.3. Fuentes históricas.

"Las fuentes históricas están integradas por todos aquellos documentos del pasado que contienen el texto de una ley."²⁰

Por fuente histórica se entiende a todo aquello que indica el derecho que prevaleció en un tiempo y lugar determinado, con lo que se puede dar cuenta el jurista moderno cuales fueron los errores legislativos con el fin de mejorarlos, así también se conocen los aciertos y se perfeccionan. Dentro de las fuentes históricas se encuentran los papiros, las instituciones, el digesto, los códigos, libros etc.

2.3. Análisis de las fuentes formales

2.3.1. Proceso Legislativo.

De acuerdo con el artículo 71 constitucional están facultados para iniciar leyes y decretos:

I. Presidente de la república,

II Cámara de Diputados, Senadores y Congreso de la Unión;

²⁰Idem

III. Las legislaturas locales de los estados.

El proceso legislativo comienza su camino con la iniciación, que consiste en que uno de los órganos enunciados en el artículo 71 de la Constitución Federal, realiza una iniciativa de ley mediante un proyecto de ley, el cual ha de llevar ante las cámaras para que sea revisado en su contenido, y lo puede entregar indistintamente a cualquiera de las dos, es decir, a la de diputados o a la de senadores, con una sola excepción si se trata de empréstitos, reclutamiento de tropas o cargas fiscales solamente la cámara de diputados podrá recibir el proyecto de ley, que si se refiere a cualquier otra materia si será indistinta su entrega; la cámara que reciba el proyecto recibirá el nombre de cámara de origen, y tendrá como función revisar que dicho proyecto no contravenga la constitución después de realizado el estudio y determinando que no existe contravención enviará dicho proyecto a la otra cámara que se denominará revisora, la que revisara el proyecto para indicar si afecta o no a la vida política del estado, en caso de ser negada tal hipótesis las cámaras desaparecerán para formar el congreso de la unión, y reunido éste se llevará a cabo la segunda fase del proceso legislativo que consiste en la discusión, que se realizará entre los integrantes del congreso para determinar en pleno o por mayoría de los asistentes si el proyecto a de seguir a la siguiente fase que será la aprobación, para con ello dar por terminada la

actividad del congreso de la unión. Toda vez que las faces siguientes las realizará el ejecutivo federal, razón por la cual el congreso de la unión deberá enviar inmediatamente de concluida la tercera fase el proyecto al presidente de la república para que éste realice la cuarta fase que se denomina sanción, es esta fase el ejecutivo federal determinará si aprueba o no el proyecto de ley, si lo hace se dice que el proyecto a sido sancionado y se ha convertido en ley pero sin vigencia, en caso de que no lo apruebe entonces el proyecto será vetado, es decir, impedido para que siga su curso, en este caso podrá el ejecutivo modificar el proyecto y devolverlo a la cámara de origen para que a su vez lo regrese ante el órgano que lo emitió para saber si lo acepta como ahora está, si lo aceptare en esos términos tendría el proyecto que iniciar todo el procedimiento nuevamente hasta llegar al presidente para que lo sancione.

Sancionado el proyecto y ahora convertido en ley, será publicado según lo exige la quinta fase, con la publicación se da a conocer a los habitantes que han de ser regulados por la nueva ley, finalmente se indica cuando a de iniciar a la vigencia, ocupándose para tal efecto cualquiera de los dos sistemas existentes, es decir, el sincrónico o el sucesivo; siendo el primero el que exige que toda la república se ponga de acuerdo para que entre en vigor la ley el mismo día para todos, y el segundo seguirá una regla que dice la ley entrará en vigor a los tres días de publicada en el lugar de su

publicación, (creación), y se otorgará un día más por cada 40 kilómetros o fracción que exceda de la mitad. El resultado de todo el proceso se llama ley , razón por la cual es imposible considerar a la ley como fuente formal del derecho ya que es el resultado de una fuente que si es formal como lo es el proceso legislativo.

2.3.2. Proceso Consuetudinario.

"La forma primitiva del desarrollo del derecho es la costumbre, así, podemos afirmar que ésta es la primera manifestación histórica del derecho. se puede determinar como la observancia uniforme y constante de reglas de conducta obligatorias, elaboradas por una comunidad social para resolver situaciones jurídicas.

Las normas que tienen como origen la costumbre, reciben, en conjunto el nombre de derecho consuetudinario (nacido de la costumbre)"²¹

La costumbre; tomada ésta de un sentido general, es una norma del obrar no obligatoria por órdenes o castigos establecidos contra su no cumplimiento; en consecuencia, son hábitos a los cuales se apegas el hombre en su vida diaria. Como fuente del derecho, esas costumbres o hábitos tienen carácter obligatorio, y sirviendo para resolver cuestiones que caen dentro del campo del derecho, el hombre se sujeta a ellos para evitarse una sanción; así la

²¹MOTO SALAZAR op. cit. pág.11

costumbre es fuente del derecho cuando crea normas a las que se las reconoce fuerza obligatoria, formándose el derecho consuetudinario con los principios jurídicos originados en la costumbre.

Por costumbre se entiende a la repetición de actos que se realizan dentro de una sociedad, los que la misma los considera como obligatorios, aun sin serlos legalmente; ya que para que la costumbre pueda convertirse en una ley se requiere que la sociedad solicite al estado que el acto o los actos los sancione y para ello el estado someterá el acto a un proceso legislativo mediante un proyecto de ley, y con ello se dice de manera acertada que la costumbre se hace ley, sin embargo no se puede olvidar que ha requerido de una fuente formal llamada proceso legislativo.

2.3.3. *Proceso jurisprudencial.*

"La jurisprudencia es la interpretación que de la ley hacen en los tribunales, cuando aplican cinco casos concretos sometidos a ellas y la generalizan. La Jurisprudencia la establecen los tribunales, en tanto que la ley es producto del poder legislativo. En ocasiones, la ley no es clara en su redacción y entonces es necesario interpretarla para aplicarla de una manera justa. Cuando los jueces interpretan la ley, están haciendo jurisprudencia."²²

²²Idem.

Por jurisprudencia se entiende a la interpretación que hacen los tribunales de la ley, sin embargo es conveniente precisar que la jurisprudencia tiene dos formas de presentarse, siendo la primera como interpretadora y la segunda como creadora, para que se de el segundo caso es necesario que se presenten cinco resoluciones en un mismo sentido sin tener una resolución en contra, a esta se le llama jurisprudencia en sentido positivo; si antes de conformar las cinco tesis que formarán una ley jurisprudencial o bien si después de conformarse las cinco, se emitiera una en sentido contrario ésta terminaría con la ley creada y comenzaría la contabilidad de tesis contradictorias para llegar a lo formación de una ley jurisprudencial contraria y a esta se le denomina ley jurisprudencial en sentido negativo.

La jurisprudencia se constituye con la interpretación que de la ley hacen los tribunales judiciales al dictar sentencia en los diferentes casos que se le someten a su resolución por los particulares; debe advertirse que la misión del poder judicial es aplicar el derecho y no crearlo, de ahí que los efectos de la sentencia se limiten al caso concreto que la ha originado, a diferencia de la ley que como se tiene visto, es de observancia general. en México por disposición constitucional, es únicamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como órgano máximo del poder judicial federal, Quien tiene facultades legales para sentar jurisprudencia, la cual se forma cuando son

resueltos en igual sentido cinco casos análogos de modo ininterrumpido, a modo de generalizar el sentido de la interpretación de la ley

2.3.4. La doctrina.

Otra fuente formal del derecho es la doctrina aunque ha sido muy criticada casi por todos los autores, sin embargo puede ser definida como el conjunto de opiniones que realizan de la ley los estudiosos del derecho y que sirven al igual que la jurisprudencia para llevar a cabo la interpretación de la ley, lo que de cierto modo no es indicio de creación de norma alguna, pero no hay que olvidar que en materia de trabajo cuando se dicta la resolución llamada laudo que ha de resolver un conflicto el arbitro tendrá que tomar como base para esa resolución a la doctrina.

Si el laudo emitido por la junta puede ser utilizado para una futura resolución entonces no se puede negar que la doctrina es creadora de normas jurídicas.

La doctrina; podemos considerar a ésta como el conjunto de opiniones o criterios sustentados por los juristas, que resulta del estudio meramente especulativo de las instituciones jurídicas o de las normas del derecho positivo, a fin de comentarlas o estudiarlas. Conceptuada así la doctrina, sus conclusiones no revisten obligatoriedad a pesar de la autoridad o prestigio de autor en el campo científico y especulativo.

"La doctrina esta integrada por el conjunto de estudios y opiniones que los autores de derecho realizan o emiten en sus obras.

Los autores de derecho en múltiples ocasiones, emiten opiniones propias e interpretan la ley en sus obras, todo este conjunto de ideas expuestas por dichas personas, toma el nombre genérico de doctrina."²³

2.3.5. Principios Generales del Derecho

Son el conjunto de elementos a los cuales se recurren cuando se presenta alguna inconsistencia en la práctica del derecho, siendo estos:

La interpretación

La integración

La vigencia

La retroactividad

Conflictos de leyes.

La interpretación.-Todo precepto jurídico encierra un sentido. Pero este no siempre se halla manifiesto con claridad.

La integración.-La interpretación sólo resulta posible cuando hay preceptos que deben ser interpretados. pero puede presentarse el caso de que una cuestión sometida al consentimiento de un juez no se encuentre

²³Ibidem.

prevista en el ordenamiento positivo. si existe una laguna, debe el juzgador llenarla.

La vigencia.-Llegado el momento de la aplicación puede presentarse el problema que consiste en determinar si los preceptos que proveen el caso sometido a consideración de juez , están vigentes o han sido derogados.

La retroactividad.-una de las cuestiones más arduas que puede surgir en el momento de la aplicación, estriba en saber si una disposición legislativa puede aplicarse a situaciones jurídicas concretas, nacidas bajo el imperio de una ley anterior.

Conflictos de leyes.-La jurisprudencia técnica debe señalar las reglas con las cuales han de solucionarse los problemas derivados de la pluralidad de legislaciones."²⁴

Existe la duda también en determinar si los principios son fuente formal del derecho ya que si se analiza el artículo 14 último párrafo establece " En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o la interpretación jurídica de la ley, y a la falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho", este párrafo es claro al establecer que la resolución se FUNDARA en los principios con lo cual se

²⁴GARCÍA MAYNEZ Eduardo. op cit.pág...129-130

tiene que advertir que la fuente es la analogía más no los principios generales del derecho.

Los principios generales del derecho son reglas lógico-jurídicas deducidas de la ciencia misma del derecho, las cuales, siendo aplicables a todos los regímenes jurídicos, tienen validez universal.

Como ejemplos, podríamos citar algunos tomados al azar:

"Nadie esta obligado a lo imposible."

"Quien puede lo más puede lo menos."

"Donde hay la misma razón, cabe aplicar la misma disposición", etc.

Aunque en forma general es aceptada esta enumeración de las fuentes del derecho, podríamos asegurar que las examinadas en penúltimo y último lugares no constituyen propiamente fuentes del derecho.

2.3.6. Tratado Internacional.

Los tratados son considerados como fuente y se han definido como todo acuerdo internacional en el que se han registrado la negociación, la firma y la ratificación con el animo de crear una situación determinada en la esfera de la política internacional.

El tratado no podrá ser considerado como fuente del derecho, toda vez que para que éste se desarrolle requiere que exista un congreso o conferencia internacional

propuesta por un estado sede que por invitación o convocatoria a de llamar a los estados que participaran en la elaboración del texto del tratado, a través de su representante pudiendo ser éste el jefe de estado, el secretario o ministro de relaciones exteriores, el embajador o bien un sujeto plenipotenciario, mismos que terminado el texto lo firmarán mediante una rúbrica o firma de referéndum para luego ser ratificado el mismo texto pero ahora por el órgano que tenga competencia dentro de su territorio del cual es nacional. Finalmente una vez que se ha desarrollado el congreso o la conferencia y en cualquiera de ellos se realizó la negociación, la firma y con posterioridad la ratificación el resultado será un tratado, por ello no puede ser fuente del derecho sino una consecuencia, de ahí se puede establecer que la fuente del derecho internacional es el congreso o la conferencia pero no el tratado.

2.4. -Fuentes del Derecho Internacional

El derecho internacional se entiende como el conjunto normativo destinado a reglamentar a dos o más estados cuando tengan la calidad de ser entes soberanos.

El derecho internacional puede ser definido también como aquel que se ocupa de las relaciones jurídicas en las que intervienen los sujetos internacionales.

Cabría la posibilidad para determinar que el derecho internacional es regulador de las relaciones que se den entre la comunidad internacional.

Finalmente el Derecho Internacional es "El sistema de reglas sobre los derechos y obligaciones de los estados en sus relaciones mutuas. El derecho Internacional se basa en el concepto de igualdad soberana de los estados y también, finalmente, en el acuerdo entre ellos. Las fuentes del derecho internacional incluyen:

Tratados Internacionales.

Costumbre Internacional.

Principios Generales del Derecho Internacional.

2.4.1. Tratados Internacionales.

El tratado es el acuerdo de dos o más sujetos internacionales con el fin de crear situaciones concretas. Los tratados como ya quedó establecido se realizan mediante un congreso o una conferencia internacional, y pueden ser bilaterales cuando solamente participan dos estados, como es el caso de cuando se va a determinar una línea limítrofe (frontera), o bien multilaterales cuando participan más de dos estados .

2.4.2. Costumbre Internacional.

Recogiendo la antigua formula del estatuto del T:P:J:I: del 1920 el artículo 38,

2do del estatuto del tribunal de justicia declara que "la costumbre internacional como prueba de una práctica general, aceptada como derecho", es , así mismo, fuente de los derechos y obligaciones para los estados en sus relaciones mutuas.

Caracteres Generales y Fundamento.

Caracteres generales de la costumbre internacional.- La costumbre internacional es el resultado de la actitud adoptada por un estado en sus relaciones con otro, cuando esta actitud está determinada por la convicción de actuar con forme a derecho y es aceptada con esta misma creencia por el estado frente a quien se adopta. Sus caracteres propios pueden resumirse en las tres ideas siguientes:

a) La costumbre es , ante todo, la expresión de una práctica común, que resulta de una serie de precedentes, o sea de la repetición de actos concluyentes.

b) En segundo lugar, la costumbre se nos presenta como una práctica obligatoria, es decir, una práctica que debe ser aceptada como constitutiva del derecho, por corresponder a una necesidad jurídica. Si faltase este elemento psicológico nos hallaríamos ante una norma consuetudinaria, sino, simplemente, ante un uso no obligatorio o una práctica de cortesía internacional.

c) Por último, la costumbre internacional es una práctica evolutiva. Esta falta de fijeza acaba de perfilar la distinción entre el derecho consuetudinario y el convencional, mucho más estable y, por ello, mucho más imperativo. Esta ductilidad de la costumbre constituye, a la vez, una ventaja (ya que facilita su adopción a cada situación concreta), y un inconveniente (pues favorece a la transformación o a la abrogación de la regla jurídica por procedimientos ocultos e imperceptibles, dando lugar a una enojosa incertidumbre acerca del contenido del derecho).

Fundamento de la costumbre internacional.

Con fundamento de las normas consuetudinarias, la doctrina del derecho internacional, al igual que lo que atañe al fundamento de las normas convencionales presenta una radical diversidad de opiniones. La solución al problema se ha buscado en dos direcciones opuestas.

a) En un principio, siguiendo a Grocio, la costumbre internacional se consideraba un producto del asentamiento de los estados. Modernamente, la escuela positivista alemana e italiana ha recogido esta explicación voluntarista, que funda la costumbre en el consentimiento tácito y presunto de los estados (teoría de la costumbre-pacto). Pero esta concepción desconoce el carácter evolutivo del derecho consuetudinario y no puede explicar

como las normas consuetudinarias obligan a los estados a una nueva creación.

b) Por ello actualmente, la mayoría de los autores entiende que la costumbre internacional es la exposición de la regla objetiva, exterior y superior de las voluntades estatales. Este punto de vista es el que inspiró a la teoría de la consciencia jurídica colectiva, inicialmente defendida en Alemania por Savigni, según la cual la costumbre es la manifestación de una convicción jurídica cuya existencia es independiente de todo acto de voluntad, real o presunto.

Cabe preguntarse si nos hallamos ante un problema del mismo carácter que le da la determinación del fundamento del derecho convencional, que no presenta ni puede presentar, una solución exclusivamente jurídica. En este caso, como indican varios autores contemporáneos, bastaría buscar el fundamento de la costumbre en las necesidades de la vida social o en las exigencias de la vida internacional de las cuales habría surgido espontáneamente.

Condiciones de existencia.

El fenómeno consuetudinario implica la existencia de dos elementos: uno de hecho material (un uso constante u general) y otro, psicológico o intelectual (la opino

juris, que determina la aceptación por los propios sujetos de derecho del carácter obligatorio de la costumbre).

Existencia de un elemento material.-

Para que el precedente dé lugar al nacimiento de una costumbre, necesita, tanto si es positivo-acción- como si es negativo-omisión o abstención- reunir los caracteres de continuidad y generalidad, ya que la costumbre se nos presenta como un uso continuo y general.

a) Continuidad y aplicación en el tiempo.- En virtud de su propia definición la costumbre aparece como la repetición concordante de ciertos actos. Para que una disposición consuetudinaria adquiera valor obligatorio, es preciso que haya sido aceptada de modo constante por los estados que se han encontrado en la necesidad de aplicarla.

b) Generalidad en el espacio.- Pero la costumbre no constituye sólo el reflejo de una práctica continua, si no que ha de ser también la expresión de una práctica común. En lo relativo al grado de la generalidad que se requiere, la doctrina prescinde, ordinariamente, de la exigencia de la unanimidad, reclamando, tan solo, el consentimiento de aquellos estados que se han encontrado en situación de aplicar la costumbre y la falta de protesta por parte de los demás.

Junto a las costumbres generales, reconocidas por la mayoría de los estados (costumbres universales) existen costumbres relativas (costumbres regionales) propias de determinados grupos de estados, cuyos efectos se limitan a aquellos que las han reconocido o sancionado, mediante una práctica constante (tal es, por ejemplo, el caso del panamericanismo, expresión, en gran parte, de un derecho consuetudinario particular de los estados del nuevo mundo).

Existencia de un elemento psicológico.-

La presencia de los elementos de orden material que hemos estudiado no basta, por sí sola, para transformar una práctica internacional en costumbre jurídica obligatoria, pues para ello es preciso que, además, los sujetos de derecho crean en la necesidad de dicha práctica. Este elemento es de convicción, esta "aceptación", constituye la *opinio juris* u *opinio necessitatis*, único criterio válido para determinar la costumbre en el orden jurídico.

Conviene no olvidar que la costumbre internacional sólo origina una práctica obligatoria cuando no suscita ninguna reacción por parte de los estados interesados, ya que éstos pueden utilizar varios procedimientos-de orden diplomático (protesta) o de orden jurídico (procedimiento de la intervención, práctica de opinión disidente, principio de la relatividad de la cosa juzgada, formulación de reservas a la sentencia.) para sustentarse

desarrollo del derecho consuetudinario, cuya creciente influencia se manifiesta sobre todo a partir de 1919. Pero, aunque la jurisprudencia internacional sea un elemento esencia de la práctica internacional y por consiguiente de la costumbre, no puede ser considerada, por si sola una fuente independiente y distinta."²⁵

2.4.3. Principios Generales del Derecho Internacional.

"Los principios generales del derecho basados en ideas tales como la justicia, equidad y moralidad reconocidas por las naciones civilizadas; y una fuerza subsidiaria legal derivada de las decisiones judiciales y de enseñanzas de los publicistas legales reconocidos de varias naciones.

Aunque el Derecho Internacional se aplica por medio de tribunales judiciales internacionales, son los tribunales nacionales los que lo aplican e interpretan con más frecuencia. Si bien inicialmente se basó en precedentes de épocas anteriores, el Derecho Internacional se ha desarrollado en el moderno sistema estatal de paz de Westfalia de 1648.

²⁵CHARLES ROUSSEAU, Derecho Internacional Público, edición 3a Ediciones Ariel Barcelona, págs.69-73

Hugo Grotius, autor del famoso tratado De Jure Belli ac Pacis (1625) se considera a menudo como padre del Derecho Internacional moderno.

El Derecho internacional es una guía para las actividades del estado y proporciona técnicas para resolver pacíficamente las disputas interestatales refiriéndose a normas aceptadas de conducta, en vez de recurrir a la fuerza.

El moderno sistema estatal se desarrolló primero en Europa Occidental, el Derecho Internacional, que asume una aplicabilidad universal, es en gran parte un producto de la cultura occidental. Sin embargo, la comunidad estatal ha crecido a más del doble desde la Segunda Guerra Mundial y la gran mayoría de los nuevos estados se encuentran en Asia y Africa, zonas que tienen muy poca o ninguna participación en el desarrollo de las reglas existentes del Derecho Internacional.

En consecuencia, muchos estados no occidentales, así como los países con antecedentes comunistas, atacan diversos aspectos del mismo en su forma actual. Esos retos se basan en diferencias culturales e ideológicas, orgullo nacionalista y antipatía hacia reglas creadas por sus antiguos amos coloniales. Por consiguiente, uno de los principales problemas para establecer el dominio del derecho entre naciones, consiste en la creación de un

nuevo sistema legal internacional que todos puedan aceptar. Algunas dependencias de las Naciones Unidas, como el Consejo Económico y Social, la Comisión de Derecho Internacional, los comités especiales creados por la Asamblea General y varias organizaciones regionales, están mostrando el camino. El proceso comprende intentos de codificación de las leyes, existentes y por medio de tratados para la promulgación de leyes, intentos para crear un nuevo derecho de acuerdo con las necesidades de una comunidad mundial de estados."²⁶

²⁶C. PLANO Jack, Diccionario de Relaciones Internacionales, ed. 1a, edit LIMUSA, México 1991.p. 347, 348

Notas explicativas del Capítulo II

1.-En éste capítulo se aborda al Derecho desde sus fuentes para entender su estructura que lo conforma.

2.-El origen del derecho se sustenta en sus fuentes, entendiendo por éstas el lugar donde nace o principia una cosa, el derecho emerge bajo tres vertientes en términos jurídicos que son:

-Las fuentes formales

-Las fuentes reales

-Las fuentes históricas

3.-El derecho esta constituido principalmente por normas inmutables (normas jurídicas) y sus características de aplicación se sustentan en:

-La coercibilidad

-La heteronomia

-La bilateralidad

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

-La exterioridad

Bajo éstos principios ya expuestos en éste capítulo se sustenta el derecho en general así como todas y cada una de sus ramas que se desprenden de éste, es necesario mencionar que para los estudiosos del derecho citados en éste trabajo el no se puede considerar fuente del derecho a un documento, acuerdo, contrato o demás denominaciones del tratado que carezca de forma jurídica.

Además cabe mencionar cual es el origen del tratado el cual veremos más adelante, anticipando que el cumplimiento de éste se basaba en principios religiosos y en el mejor de los casos en actos de buena fe.

3.1. Concepto de Tratado.

"Un acuerdo formal u obligación contra actual entre estados soberanos, que establece, define o modifica obligaciones y derechos mutuos. El tratado y otros tipos de acuerdos internacionales-acta, *aide mémoire*, carta constitutiva, pacto convención, *entente*, *modus vivendi*, protocolo-pueden tratar temas tales como la paz, cesiones territoriales, alianzas, amistad, comercio u otros asuntos de interés internacional.

El efecto jurídico o la naturaleza obligatoria (*pacta sunt servanda*) de un tratado, no depende del nombre del documento. Un tratado puede ser bilateral o multilateral y de duración específica o indefinida. Como proceso, la celebración de tratados comprende la negociación, la firma, la ratificación, el intercambio de ratificaciones, la publicación y proclama, y la ejecución. La ratificación de los tratados, un acto ejecutivo mediante el cual el estado acepta finalmente sus términos, se logra, con respecto a cada signatario, de acuerdo con sus procesos constitucionales.

Las obligaciones contractuales internacionales pueden darse por terminadas después de que se hayan satisfecho las condiciones especificadas, al final de un período

establecido, por consentimiento mutuo por denuncia unilateral como durante un estado de guerra entre las partes, o teóricamente cuando han cambiado las condiciones esenciales del acuerdo (rebus sic stantibus). Desde la segunda guerra mundial, las relaciones entre estados se han regido cada vez con más frecuencia por tratados multilaterales sobre una gran variedad de temas. Entre sus ejemplos se encuentran la carta constitutiva de las Naciones Unidas, el Tratado del Norte del Atlántico, el Pacto de Varsovia y los Tratados de Roma sobre la Integración europea, el Tratado de Prohibición de Pruebas Nucleares y el Tratado sobre el Espacio Exterior."²⁷

Definición de tratado según Prof. Eduardo García Maynes.

"Los tratados internacionales, que tienen el carácter de normas individualizadas, puesto que sólo obligan y facultan a las partes contratantes, no se confunden con los acuerdos conducentes a su formulación.

Declarar que la convención o el tratado son fuentes formales del derecho de gentes, es un error análogo al cometido por quienes afirman que la ley es fuente del orden jurídico en vigor.

Así como la legislación es un proceso cuyo fin estriba en la formulación de normas generales, el acuerdo

²⁷C. PLANO Jack, Diccionario de Relaciones Internacionales, ed. 1a, edit. LIMUSA, México 1991.p. 313, 314

internacional constituye un proceso formalmente regulado, que culmina en el establecimiento de la individualizada que llamamos tratado internacional..."

3.2. *Fundamentación del Tratado*

"En épocas remotas el fundamento de obligatoriedad de los tratados internacionales se ubicó en un mandato divino y se invocó el nombre de Dios para apoyarlos. Tal base subsistió durante muchos años, al grado que todavía en el siglo pasado encontramos tratados que aluden a la divinidad.

Un fundamento de la obligatoriedad de los tratados internacionales está en la regla *pacta sunt servanda*.

La norma *pacta sunt servanda* que es la base del derecho internacional general emanado del *consuetudinario*.

En la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, la Sección 1 de la Parte III, se refiere a la observancia de los tratados y se menciona expresamente el principio *pacta sunt servanda* en el artículo 26."²⁸

²⁸ARELLANO GARCÍA Carlos, Derecho Internacional Público, ed., la, Edit., Porrúa, México, 1997., pp.641-643.

Pacta Sunt Servanda

"La regla del derecho internacional general de que los tratados son obligatorios y hay que cumplirlos. Pacta Sunt Servanda es el principio que establece la base legal que hace que los tratados sean contratos obligatorios entre los Estados signatarios.

La razón fundamental del principio pacta sunt servanda es que a falta de un organismo internacional que se encargue de la observancia obligatoria, cada miembro de la comunidad internacional tiene la responsabilidad de cumplir sus acuerdos. suponer lo contrario sería dudar de la existencia del derecho internacional en una comunidad de estados soberanos.

Cuando se viola un tratado, ordinariamente el estado ofensor trata de justificar sus actos no en términos de la falta de normas, sino en términos de circunstancias atenuantes que afirma deben exceptuarlo de cumplir con esa regla (rebus sic stantibus). Esos intentos de justificación constituyen una aceptación indirecta de la existencia y validez del principio de pacta sunt servanda como regla general del derecho."²⁹

3.3. Clasificación de los Tratados

"Son muy variados los criterios clasificativos de los tratados internacionales.

²⁹C. PLANO Jack, op. cit. págs. 367-368.

Nos referiremos a los más usuales:

1.-Clasificación desde el punto de vista del número de Altas Partes contratantes.

2.-Clasificación desde el punto de vista de la materia regulada por los tratados internacionales.

3.-Clasificación desde el punto de vista del carácter normativo de los tratados.

4.-Clasificación de los tratados desde el punto de vista de la futura adhesión de otros Estados a lo estipulado de ellos.

5.-Clasificación de los tratados desde el punto de vista de su duración. en cuanto a su duración los tratados pueden ser:

a).-Transitorios.

b).-Permanentes.

6.-Clasificación de los tratados desde el punto de vista de la permisión o rechazo de reservas.

7.-Clasificación de los tratados desde el punto de vista de la ratificación.

8.-Clasificación de los tratados desde el punto de vista de alcance subjetivo."³⁰

3.4. Denominación de los Tratados.

En diversas ocasiones a los tratados Internacionales se les puede denominar como:

- 1.-Protocolo.
- 2.-Acta
- 3.-Declaración.
- 4.-Acuerdo Internacional.
- 5.-Convención.
- 6.-Actos.
- 7.-Pactos.
- 8.-Estatutos.
- 9.-Declaraciones.
- 10.-Arreglos, y una gama un tanto mayor de denominaciones, pero esto no es trascendente según cita Arellano García a Hans Kelsen:³¹

"Algunas veces el tratado se le llamade distintas formas; no obstante el nombre no tiene importancia."

³⁰ARELLANO GARCÍA Carlos, Derecho Internacional Público, ed., la, Edit, Porrúa, México, 1997.,pp.638-641

³¹Ibidem. pág.633

Si partimos del enfoque de los estudiosos que afirman que no tiene importancia el nombre que se le asigne al tratado sino el efecto que tenga; si utiliza la misma mecánica para conciliar diferencias, y todo lo que caracteriza al tratado.

Por otra parte podría existir el inconveniente de la interpretación que los distintos Estados le otorguen a cada denominación, según en su práctica y costumbre.

Lo más conveniente es de que exista una tendencia a homogeneizar a todas las denominaciones del tratado para no caer en posibles errores de interpretación, ya que en algunos nombres que se le denomina al tratado se percibe más que un compromiso jurídico uno de buena fe.

3.5. Proceso de creación del Tratado.

Las etapas en el proceso de celebración de los tratados internacionales son las siguientes:

- 1.-Negociación
- 2.-Adopción del texto.
- 3.-Autenticación del texto.
- 4.-Manifestación del consentimiento.

3.5.1. *Negociación*

"Tiene por objeto lograr un acuerdo entre las partes a fin de determinar las cláusulas del tratado. Esta fase no se encuentra regulada de forma autónoma por la CV (Convención de Viena).

3.5.2. *Adopción del texto.*

Una vez negociado el tratado, se adopta como definitivo; tradicionalmente los tratados se adoptaban por acuerdo unánime de las partes. En la actualidad los tratados bilaterales se adoptan por unanimidad y los multilaterales, según lo dispongan los estados parte, y a falta de acuerdo, por las dos terceras partes presentes y votantes. (art. 9 CV).

3.5.3. *Autenticación del texto.*

Es el acto mediante el cual se establece el texto definitivo de un tratado y en el que se certifica que ese texto es el correcto y auténtico. El artículo 10 de la Convención de Viena hace referencia a la autenticación: el texto de un tratado quedará establecido como auténtico y definitivo:

a).-Mediante el procedimiento que se prescriba en él o en que convengan a los Estados que hayan participado en su elaboración.

b).-A falta de tal procedimiento, mediante la firma *ad referendum* o la rúbrica puesta por los representantes de su estado en el texto de tratado o en el acto final de la Conferencia en que figure el texto.

3.5.4. Manifestación del consentimiento.

Este acto por el cual los estados se obligan a cumplir el tratado. La CV señala como formas de manifestación el consentimiento

a).-La firma (art. 12)

b).-El canje de instrumentos que constituyen un tratado (art. 13)

c).-La ratificación (art. 14)

d).-La aceptación (art. 14)

e).-La aprobación (art. 14)

f).-La adhesión (art. 15)

Los estados negociadores son los que escogen libremente cual va a ser el modo concreto de manifestar el consentimiento, como se desprende de los artículos 12,13,14, y 15 de la Convención.

Antes de la Convención de Viena, en la doctrina y en la práctica era corriente la distinción entre tratados y acuerdos en forma simplificada los tratados eran aquellos que se celebraban en forma mediata, en cuanto que el procedimiento de celebración se descomponía en varios

actos: negociación, firma, y ratificación. por el contrario, los acuerdos en forma simplificada se concluían normalmente por el jefe de Estado, ministro de Relaciones Exteriores o jefe de la respectiva misión diplomática.

Dichos acuerdos no estaban sujetos a una ratificación posterior, sino que obligaban a partir de la firma o el canje de instrumentos.

La Convención de Viena prescinde de dicha clasificación y designa como tratados a ambos tipos de instrumentos, por considerar la Comisión de Derecho Internacional de la O.N.U., que las diferencias estriban tan solo en los procedimientos de la celebración y entrada en vigor. El resto de las normas de derecho internacional relativas a la validez de los tratados, efectos, ejecución e interpretación se aplican por igual a ambos tipos de instrumentos.³²

3.6. Entrada en vigor de los Tratados

La manifestación de consentimiento de los Estados contratantes no constituye el punto final del proceso de celebración de un tratado. Tal momento final es realmente el de la entrada en vigor, a partir del cual el tratado empieza a obligar a los Estados parte.

El artículo 24 de la CV establece:

³²ORTIZ AHLF Loretta, Derecho Internacional Público, ed.2a, Edit., Harla, México, 1993.,pp.18-19.

Un tratado entrara en vigor de la manera y en la fecha en que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores.

Así por ejemplo, al Convención de Viena de 1969 establece que la misma entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o adhesión.

El artículo 24 continua diciendo: "a falta de tal disposición o acuerdo, el tratado entrará en vigor tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por tratado."

Debe mencionarse que en el supuesto de que el tratado ya haya entrado en vigor y un Estado desee posteriormente adherirse a el, para este último Estado entrará en vigor a partir del momento que manifieste su consentimiento, a menos de que el tratado disponga otra cosa.

Ahora bien, nada impide la aplicación provisional de un tratado antes de su entrada en vigor, como lo establece el artículo 25 de la CV, si el tratado así lo dispone o los estados negociadores así lo han convenido.

Por último, debe tenerse en cuenta de que bien si el tratado no obliga a las partes antes de su entrada en

vigor, éstas deberán abstenerse de cualquier acto que frustre el objeto y el fin del mismo (art. 18)."³³

3.7. Interpretación de los Tratados

"Antonio Remiro Brotóns señala que la labor interpretativa es consustancial con la aplicación de la norma, hasta el punto de que la práctica convencional y la doctrina hacen parecer frecuentemente ambos términos como sinónimos.

En efecto, antes de la aplicación del tratado es indispensable determinar el alcance de las normas jurídicas contenidas en el mismo y aclarar las ambigüedades.

La CDI (Comisión del Derecho Internacional), en su labor de desarrollar y codificar las reglas en materia de interpretación de los tratados, enuncia los siguientes principios básicos (art. 31, párrafo1)

1.-Principio del sentido corriente de los términos.

2.-Principio del contexto.

3.-Principio de la conformidad con el objeto y fin del tratado.

4.-Principio de la buena fe.

³³ORTIZ AHLF Loretta, op. cit.pág.18-19

Podemos referirnos brevemente a cada uno de ellos.

Principio del sentido corriente de los términos. De los tres términos de interpretación de los tratados (teológico, subjetivo, textual, objetivo lógico gramatical), en el seno de la CDI se decidió dar prioridad al textual objetivo o lógico gramatical. Al respecto, el artículo 31, párrafo 1 de la citada CV establece que los tratados han de interpretarse conforme a su sentido ordinario y corriente, dentro del contexto del tratado .

Ahora bien, el mismo art. 31 en su pár. 4 formula una excepción al principio general antes mencionado, al establecer: "se dará a un término un sentido especial si se consta que tal fue la intención de las partes". De esa forma, si las partes del tratado desean darle a un término un sentido especial, podrán hacerlo si consta que esa fue la intención. En este supuesto, el Tribunal de la de la Haya en el asunto del Estatuto Jurídico de Groenlandia Oriental, de 1933, y en el Asunto del Sahara Occidental, 1975, manifestó que la o las partes que quieran favorecerse de una interpretación tendrán que probar que esa fue la intención de las partes del tratado.⁴⁴

⁴⁴ORTIZ AHLF Loretta, Derecho Internacional Público, ed. 2a, Edit., Harla, México, 1993., pp.22-23.

Principio del contexto. La CV, en su art.31, párr. 2 menciona los siguientes componentes del contexto de un tratado:

a).-El texto, incluidos sus preámbulos y sus anexos.

b).-Todo acuerdo que se refiere al tratado, y que haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado.

c).-Todo instrumento formulando por una o más partes con motivo de la celebración del tratado, y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

El art. 31, párr. 3, ensancha la base interpretativa, al incluir además:

a).-Todo acuerdo ulterior entre las parte acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones.

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

c).-Toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

Debe precisarse que los preámbulos sin perjuicio de valor normativo que pueda reconocérseles son especialmente estimables en la interpretación de las disposiciones articuladas al texto, como lo señaló la Corte de la Haya en el asunto relativo a los Derechos de las Naciones de

Estados Unidos en Marruecos, 1952; y en el asunto de la Soberanía Sobre Ciertas Parcelas Fronterizas, 1959, entre otros.

Principio de la conformidad con el objeto y fin del tratado. La función interpretativa debe adecuarse al propósito que guió a las partes a contratar. Este principio se aplica en todo el tratado y a cualquiera de sus disposiciones.

Principio de la buena fe. En el derecho internacional al igual que en los derechos internos, la buena fe se ha considerado como un principio general, como se constata frecuentemente por la doctrina y la práctica de los Estados."³⁵

³⁵MORTIZ AHLF Loretta, Derecho Internacional Público, ed. 2a, Edit., Harla, México, 1993.,pp.23-24.

Notas explicativas del capítulo III

1.-Éste capítulo nos permite visualizar que el tratado se conforma como el principal instrumento regulador de la actividad internacional, evolucionando y conformándose acordemente a las necesidades e intereses de los estados que a el recurren.

2.-Por lo anterior se puede entender que a menudo se contemple al tratado como la principal fuente del derecho internacional, pero si se analiza como se constituye el mismo desde su origen, se podrá determinar que el tratado es producto de la necesidad de los estados para dar solución a diferencias generadas principalmente de la actividad internacional.

3.-El tratado desde su origen se ha comportado como una norma de trato social, la cual se puede adoptar o no por uno o varios estados, como son los tratados de cooperación y ayuda a países en vías de desarrollo, o como una regla impuesta por la fuerza como pueden ser los tratados de paz firmados al final de las dos Grandes Guerras Mundiales. Estos dos ejemplos de diferencias evidentes nos pueden escenificar el grado de interpretación que sufre el tratado.

Conclusiones

Es innegable la existencia del derecho internacional ya que como se vio, los principios que constituyen a éste se vislumbraban en forma arcaica desde las primeras civilizaciones, partiendo de que una de las características del derecho es su proceso evolutivo y que además se va adecuando en función de las necesidades de la sociedad, el efecto regulador del derecho en todas las actividades del hombre individual y colectivamente así como su presencia en las diferentes etapas de la historia y el éxito de la aplicación como disciplina reguladora consiste en la fundamentación de sus principios que lo caracterizan, mismos que lo llevan a involucrarse en toda actividad humana aplicando su normatividad en términos jurídicos. La interpretación errónea con la cual se maneja al tratado se pudo comprobar que el tratado no puede ser fuente del derecho internacional, ya que éste carece de una fuerza coerciva que en la práctica es la principal característica del derecho, las características fundamentales de éste son inmutables y guardan correspondencia con sus distintas ramas en que se divide para su estudio e interpretación. Lo antes mencionado no niega la factibilidad que tiene el tratado en la práctica, pero ésta no corresponde con la soporte jurídico que

demanda el derecho, así se puede entender el porque de la negación existente del derecho internacional en la práctica manifestada repetidamente por estudiosos en la materia, derivada principalmente de la interpretación errónea de su fundamentación, así se entiende que la actividad internacional es regulada principalmente por las políticas internacionales que emanan de los estados al igual que los tratados.

Los estudiosos del derecho encuentran en el derecho internacional al instrumento idóneo para dar solución a gran número de conflictos de carácter internacional ya que en la práctica el derecho ha demostrado su irremplazable mediación y éxito histórico en las relaciones sociales. Algunos estudiosos del derecho internacional al no encontrar en la práctica soporte jurídico alguno en las relaciones internacionales pretenden desligarlo de los principios del derecho, fundamentando que el derecho interno y el derecho internacional no se pueden comparar porque atienden a problemas diferentes en términos dimensionales, otros justifican la problemática del derecho internacional por su relativa juventud, lo cierto es que hasta hoy todos los intentos y justificaciones que se le den a la mediación entre estados no cumple con los elementos para considerarlo como una normatividad jurídica internacional. En una apreciación más lógica el tratado a menudo pretende sustentarse en los principios del derecho, sin lograrlo por la problemática que esto implica, y no como se han venido interpretando de que el derecho

internacional se sustenta o emerge de los principios del tratado, existen tantas corrientes ideológicas y de interpretación del acontecer internacional como sociedades soberanas en el mundo, por ésta razón se concluye que hasta hoy no ha sido posible legislar una normatividad jurídica internacional como los principios vitales del derecho los marca, y llevarla a la práctica. El derecho internacional se tiene que configurar en forma diferente que el derecho interno, esto se explica por la diferencia de problemas que éste aborda sin embargo esto no justifica que las fuentes del derecho internacional se desliguen de los principios inmutables que caracteriza al derecho.

Bibliografía

-ARELLANO GARCÍA, Carlos, Derecho Internacional Público, ed., 1a, Edit., Porrúa, México, 1997.

-CAMARGO, Pedro Pablo, Tratado de Derecho Internacional Público Tomo I Editorial Temis Librería, Colombia 1983.

-C. PLANO, Jack, Diccionario de Relaciones Internacionales, ed. 1a, edit. LIMUSA, México 1991.

-CHARLES ROUSSEAU, Derecho Internacional Público, edición 3a. Ediciones Ariel Barcelona.

-Diccionario Enciclopédico Océano, Tomo II, Grupo Editorial Océano, Ediciones Océano, Barcelona España 1984.

-Enciclopedia Autodidáctica Océano, Volumen II, Grupo Editorial Océano, Ediciones Océano-Exito S.A. pag. 533.

-FLORES GÓMEZ GONZÁLEZ, Fernando, Nociones de Derecho Positivo Mexicano, ed, 31a, Edit. Porrúa, México, 1992.

-GONZALEZ, Juan Antonio, Elementos de Derecho Civil, ed 7a., Edit. Trillas, México, 1990 pag. 33, 34, 35.

-GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, ed.35, Edit., Porrúa, México, 1984.

-JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, Derecho Internacional Moderno, Editorial Tecnos, Madrid 1980.

-JIMENEZ DE PRAGA, Manuel. Los Regímenes Políticos Contemporáneos. 5a edición. ; Editorial. Tecnos; España 1973.

-JUSTO SIERRA, Manuel, Derecho Internacional Público. 4a.Edición. ; Editorial Porrúa; México, 1969.

-KELSEN, Hans, Teoría General del Derecho del Estado, ed. 2a, Edit.UNAM, México, 1988.

-LLANES TORRES, Oscar B., Derecho Internacional Público, edición 1a. Editorial. Rolando Cárdenas, México, 1984.

-MOTO SALAZAR Efraín, Elementos de Derecho, ed. 42, Edit, Porrúa, México, 1997.

-MONTIEL ARGUELLO, Alejandro, Manual de Derecho Internacional. Editorial Universitaria Centroamericana; Costa Rica, 1976.

-ORTIZ AHLF Loretta, Derecho Internacional Público, ed. 2a, Edit., Harla, México, 1993.

-NUÑEZ Y ESCALANTE Roberto, Compendio de Derecho Internacional Público edición 10a. Editorial Orion, México 1970.

SEARA VÁZQUEZ, Modesto, Derecho Internacional Público. 5a. Edición. ; Porrúa , 1976.

SEARA VÁZQUEZ, Modesto, Tratado General de la Organización Internacional. 2a. ; Edición. ; F.C.E.; México, 1982.

SEPULVEDA, Cesar, Derecho Internacional. 13a. Edición.; Editorial, Porrúa; México, 1983.

-SERVICIOS DE INFORMACIÓN Pública, A-B-C de las Naciones Unidas, edit. Naciones Unidas, Nueva York, 1972. pag. 82, 83.

-VEDROS, Alfred, Derecho Internacional Público. 6a. Edición.; Editorial Aguilar; Madrid, 1982.