

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

UNIDAD 1

PARTE 1

GENERALIDADES

1.1 Concepto de derecho internacional público y sus distintas denominaciones

Concepto

El derecho internacional público es el conjunto de normas y principios nacidos de fuentes internacionales particulares que regulan las relaciones entre los sujetos internacionales.

Al decir relaciones entre sujetos internacionales nos estamos refiriendo a las relaciones entre Estados, o de éstos con organismos internacionales, o de los organismos internacionales entre sí, incluyendo a los ciudadanos en sus intereses particulares, respecto de los Estados y respecto de los organismos internacionales, lo cual en la actualidad resulta imperativo.

Esta definición ha tomado en cuenta la evolución del derecho internacional, tan cambiante en los últimos años y que ha llegado a incorporar otros sujetos, susceptibles de obligaciones, responsabilidades y derechos.

El derecho internacional público es, desde el punto de vista de las fuentes, el ordenamiento jurídico de la comunidad internacional.

Debemos recordar la definición clásica de derecho internacional público, es decir aquella expuesta por tratadistas tradicionales como CHARLES ROUSSEAU, TRUYOL Y SERRA, CALVO, MANUEL FRANCISCO MARMOL,

KOROVIN y otros, quienes lo definían como el conjunto de normas o principios que regulan las relaciones jurídicas de los Estados entre sí.

Esta definición consideraba a los Estados como únicas personas del derecho internacional público, ya que los organismos internacionales y las personas particulares no formaban parte del mismo, lo cual en la actualidad resulta un concepto incompleto.

Existen tantas definiciones de derecho internacional público, como tratadistas hay, en cada documento investigado o consultado, existe un concepto diferente, aunque los elementos que forman parte de él son generales. De esta manera, si tomamos como referencia los elementos comunes de dicha definición, podemos decir el derecho internacional es el conjunto de normas y principios que se aplican en la sociedad internacional, tanto en las relaciones entre Estados soberanos, como respecto a las organizaciones internacionales; y de éstas, en las relaciones con sus similares o con los Estados; y, aquellas que se aplican directamente a los individuos, principalmente en las relaciones con los otros sujetos del derecho internacional.

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO ES EL CONJUNTO DE NORMAS Y PRINCIPIOS QUE REGULAN LAS RELACIONES ENTRE LOS SUJETOS INTERNACIONALES: LOS ESTADOS, LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES Y LOS CIUDADANOS EN SUS INTERESES CON AQUELLOS.

Denominaciones del derecho internacional público

No obstante que existían relaciones entre los pueblos, desde el inicio mismo de su organización, éstas fueron creciendo y desarrollándose en la medida que crecía la necesidad de comerciar entre ellos de establecer ciertas estrategias de acercamiento. Sin embargo, el derecho internacional empieza a surgir unido a los grandes Estados de Europa, en

el siglo XVI, aunque lo hacía apegado al concepto y respeto del principio de la soberanía de los Estados, caracterizado por situaciones emanadas de la práctica y por su estrecha relación con la política.

En la época moderna, ya en el siglo XX, las relaciones internacionales toman un nuevo cariz, se fortalecen los acuerdos entre los Estados se profundiza en la práctica de la diplomacia y se adoptan una serie de normas que iban rigiendo esas relaciones, hasta enriquecer el derecho internacional, al que se lo venía denominando como "derecho de las Naciones", "derecho universal" y "derecho de gentes" (*jus gentium*)

El *jus gentium*, fue parte del derecho público (*jus publicis*), que regía las relaciones del Estado romano con los otros Estados, ejemplo: declaraciones de guerras, tratados de paz o de alianzas. Pero además fue una colección de reglas y principios que eran comunes en las instituciones que prevalecían entre las distintas tribus italianas.

El *jus inter gentes* fue el vocablo que se lo introdujo en casi todos los idiomas para referirse al derecho internacional.

En cuanto al derecho universal, encontramos una definición que incluye la idea general con la que se pretendía describir a esta ciencia: "El derecho universal es el que abarca todos los fenómenos jurídicos con una específica referencia a proyección mundial, comprendiendo una justicia en la que el ser humano como integrante de la humanidad vive en el espacio total" (Ciuro Caldani, 2001). Es decir, la idea de un derecho universal, que estudia la relación del hombre con el espacio universal en el cual habita.

Otras denominaciones con las cuales se ha conocido al derecho internacional son: derecho transnacional o derecho de las naciones.

1.2 Diferencias entre derecho internacional público y el derecho público interno

Existen diferencias importantes entre las normas del derecho internacional y las del derecho interno, tanto en el ámbito del origen y de la naturaleza, como en el de la aplicación de cada uno de ellos, algunas de esas diferencias son las siguientes:

- El derecho interno regula la conducta o las relaciones entre los individuos (derecho privado) y entre el individuo y el Estado (derecho público), mientras que el derecho internacional, regula las relaciones entre los Estados, los organismos internacionales y los demás sujetos del derecho internacional público, incluyendo al ser humano.
- El derecho interno se nos presenta como un derecho de subordinación, en tanto que el internacional como un derecho de coordinación, ya que el primero procede de la voluntad unilateral del Estado que las dictó, y el segundo, de la voluntad común de dos o más Estados. Entre sus cometidas está armonizar normas comunes.
- Las normas del derecho interno son promulgadas por la autoridad competente y se aplican o se imponen necesariamente a los particulares. En tanto que en las del derecho internacional, basta la coincidencia de voluntades entre los Estados, impuestas a ellos mismos las organizaciones internacionales o supranacionales.
- El derecho interno es un derecho con fuerza coercitiva, la misma que está organizada de un modo conveniente. El derecho internacional tiene relativa fuerza coercitiva, ésta ha sido impuesta por las organizaciones internacionales supranacionales y consisten, más en condenas impuestas por la opinión pública internacional, sin desconocer, desde luego, la acción de los Tribunales de Justicia Internacionales, como el de la Haya y la Corte Penal Internacional, auténticos tribunales de justicia que imponen penas coercitivas.

1.3 Lugar que ocupa el derecho internacional público en el ordenamiento jurídico: doctrinas dualista y monista

En el territorio del Estado tienen vigencia tanto las normas de derecho internacional como las normas de derecho interno, y pueden estar en vigor conjuntamente. Si unas no se oponen a las otras, o hay coincidencia entre ambas, no existe problema; sin embargo, si dichas normas se oponen entre sí, o si hay discrepancia entre una y otra disposición, será necesario establecer la prevalencia de una de ellas.

Al respecto, se han mantenido dos teorías llamadas dualista y monista, las cuales describiremos a continuación:

1.3.1 Teoría Dualista

La cual reconoce que el Orden Jurídico Internacional y el Orden Jurídico Interno son dos sistemas diferentes, independientes, separados, que nunca llegan a fundirse y que por lo tanto no debe existir conflicto entre ellos, ya que ambos ordenamientos poseen características diferentes. Esta teoría es defendida entre otros por ANZILOTTI y representada todavía hoy por la doctrina italiana.

Las características que las difieren son las siguientes:

Diferentes fuentes

En el derecho interno la principal fuente es la ley, la cual es producto de la voluntad unilateral del legislador. En el derecho internacional no hay un legislador internacional capaz de crear normas jurídicas de manera unilateral para someter a esa ley a los Estados que conforman la Comunidad Internacional. Su principal fuente está constituida por los tratados internacionales, que son producto de la voluntad conjunta de los Estados que los celebran y que dan su consentimiento a través de las normas que generalmente esos mismos tratados las contienen.

Diferentes sujetos

En el derecho interno, las normas jurídicas están destinadas a gobernantes y gobernados. En el derecho internacional ese destino es para los Estados principalmente, aunque hay casos en que esas normas están también destinadas a gobernantes y gobernados de esos Estados.

Diferente poder de coacción

Las leyes nacionales poseen la fuerza obligatoria en el orden interno y los ciudadanos pueden ser llevados por la fuerza a los tribunales, si incumplieron una norma; en el orden Internacional, existen los tribunales internacionales, pero no tienen la fuerza obligatoria para someter a un Estado demandado, siempre es necesario que los Estados acepten la jurisdicción de dicha Corte.

Diferentes ámbitos territoriales

Las normas de derecho interno se aplican en todo el territorio nacional para el cual fue hecha y por excepción, expresamente determinada, se aplicará extraterritorialmente, sin embargo, la norma de derecho internacional ha sido hecha para aplicarse en el territorio comunitario o de los Estados partes. (Ley Supranacional).

Las críticas en contra de esta teoría se basan no sólo en razones metodológicas sino filosóficas e históricas, como aquellas que no se puede admitir la coexistencia de dos órdenes jurídicos supuestamente heterogéneos. Sostienen, además, que esta doctrina llevaría a negar la existencia del derecho internacional.

Por otro lado, en la actualidad, no se puede admitir que el único sujeto de derecho internacional sea el Estado, existen organizaciones no gubernamentales e incluso individuos que son parte de las relaciones. Además, como son dos sistemas autónomos, entre los cuales no hay subordinación, la norma internacional para ser aplicada en el territorio de

un Estado necesita ser incorporada a la legislación nacional, a través de un acto legislativo interno.

1.3.2 Teoría Monista

Toma como punto de partida la unidad de normas jurídicas. Está constituido según el principio de subordinación, es decir todas las normas jurídicas se hallan subordinadas, las unas a las otras, en un orden jerárquico. Esta teoría ha sido expresada por KELSEN, principalmente y en Francia, fue extendida al derecho internacional por SCHELLE, autor que fundamenta la unidad del sistema jurídico sobre la unidad social de los grupos que entran en relación.

KELSEN y otros tratadistas, admiten que desde el punto de vista científico los dos sistemas a los cuales puede dar nacimiento el monismo (es decir primacía del derecho interno o primacía del derecho internacional) son igualmente admisibles, pudiendo elegirse una norma cualquiera como punto de partida del sistema jurídico total. Dice ROUSSEAU que "si KELSEN defiende la primacía del derecho internacional, no es por razones de orden científico, sino por consideraciones de orden práctico: la primacía del derecho interno provocaría en efecto la división del derecho internacional y como consecuencia, su negación" (Rousseau, Derecho Internacional Público profundizado, 1966, pág. 17).

1.3.2.1 El monismo con primacía del derecho interno

Son varios los defensores de esta concepción, la llamada "Escuela de Bonn", algunos franceses, y más ampliamente los juristas soviéticos que admiten que el derecho internacional deriva del derecho interno, desembocándose así en una concepción unitaria del derecho, con primacía del derecho público nacional.

Quienes sostienen esta doctrina, lo hacen bajo estas argumentaciones:

La ausencia de una autoridad supraestatal, por lo que cada Estado determina libremente cuáles son sus obligaciones internacionales y; permanece en principio como único juez del modo en que las ejecuta

El fundamento puramente constitucional-por lo tanto, interno- de las obligaciones competentes para concluir los tratados en nombre del Estado y obligar a éste en el plano internacional.

Las objeciones que se hacen a esta doctrina son:

- Es insuficiente, ya que no vale en definitiva sino con respecto a los tratados, cuya fuerza obligatoria hace descansar sobre la Constitución de cada Estado.
- Le contradice el propio derecho internacional positivo. Si las obligaciones internacionales reposaran sobre la Constitución del Estado, su validez debería estar subordinada a la de la Constitución en base a la cual fueron concertadas.

1.3.2.2 El monismo con primacía del derecho internacional

En esta acepción, es el derecho interno el que deriva del derecho internacional, y le concibe a éste como un orden jurídico jerárquicamente superior. No hay aquí dos órdenes jurídicos coordinados, sino dos órdenes jurídicos de los cuales uno, el internacional, es superior; y el otro el derecho interno es el subordinado.

El orden jurídico interno es derivado del orden jurídico internacional y colocado bajo su supremacía, es así de acuerdo con la fórmula de KELSEN, un "derivado" o una "delegación" del derecho internacional. Esta concepción fue defendida por la escuela normativa austriaca (KELSEN, VERDROSS) y por la francesa.

La crítica a esta teoría es que, sin embargo, de ser evidentemente más satisfactoria:

- El monismo llega a suprimir toda distinción entre el derecho internacional y el derecho interno, para fundir los dos en un derecho universal unificado.
- El monismo sería contrario a la verdad histórica, pues haría al derecho interno una simple "delegación" del derecho internacional.
- El monismo desconoce ciertos datos formales del derecho positivo, especialmente por su teoría de la derogación automática de las normas jurídicas inferiores contrarias. MIGUEL D'ESTEFANO (1974) describe el monismo de la siguiente manera:

(...) el Derecho Nacional y el Internacional forman parte de un sistema jurídico unitario, dentro del cual hay dos modalidades:

- La teoría del primado del derecho interno o monistas constitucionalistas, que reduce el derecho internacional en una parte del derecho interno, reconociendo la preeminencia de la ley nacional sobre la internacional (generalizada por los juristas alemanes de principios del siglo pasado).
- La teoría del primado internacional o monistas internacionales, que afirma la preeminencia de la ley internacional sobre la ley nacional y que a su vez se subdivide en dos corrientes:

Del monismo radical (KELSEN, SCHELLE), que sostiene que no es posible un derecho interno opuesto al derecho internacional, en cuyo caso, sufriría ipso facto de nulidad (lo que refleja el pensamiento imperialista, porque los Estados que ejercen papel preponderante en la elaboración del derecho internacional se hallarán en condiciones de dominar los Estados menos influyentes, llegando hasta edificar el derecho interno de éstos).

Del monismo moderado (VERDROSS, LAUTERPACH y otros), quienes sostienen que el derecho interno con respecto al

internacional no es nulo y obliga a las autoridades del Estado correspondiente. Esas leyes internas constituyen una infracción y pueden ser impugnadas por los procedimientos propios del derecho internacional (D'ESTEFANO,1974, págs. 8 y 9).

1.4 Referencia a las disposiciones del derecho constitucional ecuatoriano al respecto

La Constitución de la República del Ecuador, norma suprema del Estado, contiene las pautas que guían su accionar en el campo internacional, en lo que se refiere al manejo de la política exterior y las relaciones del Estado con sus similares, con los organismos internacionales y los ciudadanos en sus cuestiones con los Estados y con los organismos internacionales, promoviendo una adecuada inserción del país en el mundo.

La Constitución vigente (aprobada mediante Referéndum del pueblo ecuatoriano en 2008), contiene normas relativas a los asuntos internacionales principalmente en su Título VIII, las mismas que podríamos agruparlas en cuatro aspectos:

- Principios que deben tenerse en cuenta en las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional.
- El manejo de la política internacional: atribuciones del Ejecutivo. Normas sobre asuntos de carácter internacional que afectan a los ciudadanos.
- Los tratados e instrumentos internacionales, reglas para su celebración: suscripción, ratificación y denuncia.
- Preceptos sobre integración latinoamericana, como objetivo estratégico del Estado.

1.4.1 Principios que deben tenerse en cuenta sobre las relaciones del Ecuador con la Comunidad Internacional

La Constitución de la República (2008) contempla en el Título VIII "RELACIONES INTERNACIONALES", Capítulo primero: "Principios de las relaciones internacionales", lo siguiente:

Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y, en consecuencia:

1. Proclama la independencia e igualdad jurídica de los Estados, la convivencia pacífica y la autodeterminación de los pueblos, así como la cooperación, la integración y la solidaridad.
2. Propugna la solución pacífica de las controversias y los conflictos internacionales y rechaza la amenaza o el uso de la fuerza para resolverlos.
3. Condena la injerencia de los Estados en los asuntos internos de otros Estados, y cualquier forma de intervención, sea incursión armada, agresión, ocupación o bloqueo económico o militar.
4. Promueve la paz, el desarme universal, condena el desarrollo y uso de armas de destrucción masiva y la imposición de bases o instalaciones con propósitos militares de unos Estados en el territorio de otros.
5. Reconoce los derechos de los distintos pueblos que coexisten dentro de los Estados, en especial el de promover mecanismos que expresen, preserven y protejan el carácter diverso de sus sociedades, y rechaza el racismo, la xenofobia y toda forma de discriminación.
6. Propugna el principio de ciudadanía universal, la libre movilidad de todos los habitantes del planeta y el progresivo fin de la condición de extranjero como elemento transformador de las relaciones desiguales entre los países, especialmente Norte-Sur.
7. Exige el respeto de los derechos humanos, en particular de los derechos de las personas migrantes, y propicia su pleno ejercicio

mediante el cumplimiento de las obligaciones asumidas con la suscripción de instrumentos internacionales de derecho humanos.

8. Condena toda forma de imperialismo, colonialismo, neocolonialismo, y reconoce el derecho de los pueblos a la resistencia y liberación de toda forma de opresión.
9. Reconoce al derecho internacional como norma de conducta, y demanda la democratización de los organismos internacionales y la equitativa participación de los Estados al interior de éstos.
10. Promueve la conformación de un orden global multipolar con la participación activa de bloques económicos y políticos regionales, y el fortalecimiento de las relaciones horizontales para la construcción de un mundo justo, democrático, solidario, diverso e intercultural.
11. Impulsa prioritariamente la integración política, cultural y económica de la Región Andina, de América del Sur y de Latinoamérica.
12. Fomenta un nuevo sistema de comercio e inversión entre los Estados, que se sustente en la justicia, la solidaridad, la complementariedad, la creación de mecanismos de control internacional a las corporaciones multinacionales y el establecimiento de un sistema financiero internacional justo, transparente y equitativo. Rechaza que controversias con empresas privadas extranjeras se conviertan en conflictos entre Estados.
13. Impulsa la creación, ratificación y vigencia de instrumentos internacionales para la conservación y regeneración de los ciclos vitales del planeta y la biósfera (art. 416).

Estos principios que han sido universalmente reconocidos y practicados por la mayor parte de los países se tornan esenciales al momento incluso de la adopción de una norma internacional, o para el pronunciamiento del país en casos de respaldo o condena a las acciones de otro Estado, o de

un organismo supranacional. Y desde luego, rigen en la política internacional y en la convivencia armónica de los Estados. Algunos de estos principios se encuentran reconocidos por la Organización de las Naciones Unidas en su Carta (Naciones Unidas, 1945, art.1 y 2), así como en la Carta de los Estados Americanos (OEA, 1948, art. 3), instrumentos suscritos en 1945 el primero y en 1948 el segundo.

1.4.2 El manejo de la Política Internacional: atribuciones del Ejecutivo. Normas sobre asuntos de carácter internacional que afectan a los ciudadanos

El artículo 147 de la Constitución de la República del Ecuador, numeral 10, dispone:

Son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la Ley... 10. Definir la política exterior, suscribir y ratificar los tratados internacionales, nombrar y remover a embajadores y jefes de misión (...) (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 147).

Es decir, de acuerdo con nuestra Constitución, es privativo del Presidente de la República definir la política exterior y por lo tanto dirigir las relaciones internacionales. Y es el Ministerio de Relaciones Exteriores, a través del servicio exterior, quien ejecuta la política internacional de la República, vela por el respeto de la personalidad, soberanía, independencia, dignidad e integridad territorial de la República y asegura la defensa de sus derechos y la protección de sus intereses, según determina la Ley Orgánica del Servicio Exterior (Congreso del Ecuador, 2006).

Pero, además, el Presidente de la República tiene la atribución constitucional de "cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los tratados internacionales y las demás normas jurídicas dentro del ámbito

de su competencia (...)" (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 147, núm. 1), otorgándole la obligación de respetar y hacer respetar las normas adoptadas por el Estado ecuatoriano, en razón de la celebración y formalización de los instrumentos internacionales.

Entre las otras normas de política internacional que afectan a los ciudadanos y que están contenidos en la Constitución encontramos que la sección tercera, del capítulo tercero, del título II, se refiere a la a movilidad humana como uno de los derechos de las personas o grupos de atención prioritaria; es decir el reconocimiento a las personas del derecho a migrar y la prohibición de considerar como ilegal a un ser humano por su condición migratoria (art. 40).

En el artículo 41 se reconocen los derechos de asilo y refugio, de acuerdo con la ley y los instrumentos internacionales de derecho humanos y la protección del Estado a los asilados y refugiados.

Se reconoce también la igualdad de los extranjeros con los nacionales, sobre todo en la garantía de los derechos incluyendo el voto para los que hayan residido en el país por más de cinco años (art. 9 y 63).

La Constitución prohíbe la devolución o expulsión de extranjeros a un país donde su vida, libertad, seguridad o integridad o de sus familiares peligren, por causas de su etnia, religión, nacionalidad, ideología, etc. Además, prohíbe la expulsión de colectivos de extranjeros. Los procesos migratorios--dice- deberán ser singularizados (art. 66, núm. 14).

1.4.3 Los Tratados Internacionales. Facultad del Ejecutivo para celebrarlos y ratificarlos y del Legislativo para aprobarlos

El artículo 418 de la Constitución de la República (2008), dispone categóricamente que:

A la Presidenta o Presidente de la República le corresponde suscribir o ratificar los tratados y otros instrumentos internacionales (...).

La Presidenta o Presidente de la República informará de manera inmediata a la Asamblea Nacional de todos los tratados que suscriba, con indicación precisa de su carácter y contenido. Un tratado solo podrá ser ratificado, para su posterior canje o depósito, diez días después de que la Asamblea haya sido notificada sobre el mismo (art. 148).

Disposición ésta que confirma la responsabilidad compartida de Ejecutivo y Legislativo en la celebración de tratados internacionales. Pero además ratifica que la Asamblea Nacional, depositaria directa de la voluntad del pueblo, participe en el conocimiento y aprobación de los tratados internacionales que le comprometen.

De esta forma el artículo 419 de la misma Constitución (2008) señala que:

La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que:

- 1. Se refieran a materia territorial o de límites.*
- 2. Establezcan alianzas políticas o militares.*
- 3. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley.*
- 4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución.*
- 5. Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales.*
- 6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio.*
- 7. Atribuyan competencias propias de orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional.*

8. Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua la biodiversidad y su patrimonio genético (art. 419).

Con lo cual debemos admitir que hay otros tratados internacionales, cuya materia específica no está señalada en esta disposición que no requieren de la aprobación de la Asamblea Nacional para su ratificación o denuncia.

La facultad de la Asamblea Nacional está expresamente señalada en el numeral 8 del artículo 120 de la Constitución de la República (2008) que dice: "*La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley: (...) 8. Aprobar o improbar los tratados internacionales, en los casos que corresponda*" (art. 120, núm. 8).

Y los casos que le corresponde son aquellos que los hemos encontrado señalados en el artículo 419 de la propia Ley Suprema.

Los tratados internacionales que vayan a ser ratificados por parte de la Asamblea Nacional deberán contar con el dictamen previo y vinculante de la Corte Constitucional, según lo dispuesto en el Artículo 438, numeral primero.

La Constitución de la República que entró en vigencia en octubre de 2008, introdujo algunas innovaciones en esta materia, por ejemplo, volvió a establecer disposiciones sobre la denuncia de un tratado internacional aprobado, que le corresponde al Presidente de la República, pero debe contar, además, con la aprobación previa de la Asamblea Nacional. Esta disposición no constaba en las Constituciones de 1998, ni en la de 1946, aunque sí en las de 1967 y de 1945. Del mismo modo la denuncia de un tratado internacional aprobado en referéndum requiere del mismo trámite que lo aprobó.

Otras innovaciones introducidas en la Constitución (2008) son las contempladas en los artículos 420, 421 y 422, transcritos a continuación:

Art. 420.- La ratificación de tratados se podrá solicitar por referéndum, por iniciativa ciudadana o por la Presidenta o Presidente de la República.

Art. 421.- La aplicación de los instrumentos comerciales internacionales no menoscabará, directa o indirectamente, el derecho a la salud, el acceso a medicamentos, insumos, servicios, ni los avances científicos y tecnológicos.

Art. 422.-No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.

Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia.

En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

1.4.3.1 Los tratados internacionales de derechos humanos

Desde hace varios años ya el derecho constitucional en varios países venía reconociendo a los tratados internacionales de derechos humanos una jerarquización a nivel de la propia Constitución, incluso y no muy pocos los sitúan por encima de ella. Sin duda esta fue una conquista de quienes

han trabajado constantemente por la defensa y el desarrollo de los derechos humanos en el mundo.

En el caso del Ecuador, en forma expresa, se encuentra señalada esta disposición en el segundo inciso del artículo 424 que dice:

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 424).

Por otro lado, es necesario dejar señalado que son de aplicación directa e inmediata estas normas previstas en instrumentos internacionales de derechos humanos, así lo dispone el artículo 426, la condición es, que dichas normas de los tratados de derechos humanos sean más favorables a las establecidas en la Constitución, y deben ser aun si las partes no las invocan expresamente.

1.4.4 Preceptos sobre integración latinoamericana, como objetivo estratégico del Estado aplicadas

El Ecuador ha sido tradicionalmente un país integracionista, generalmente ha estado dispuesto siempre a asociarse con otros Estados para formar uniones políticas, económicas o sociales, regionales o subregionales e incluso mundiales encaminadas a la armonización de políticas y normas comunes tendientes a lograr el bien común de sus pobladores.

La Constitución del Ecuador coloca entre los objetivos estratégicos del Estado a la integración y señala que en forma especial será considerada la integración con los países de Latinoamérica.

En artículo 423 de la Constitución se encuentran señalados los compromisos del Estado ecuatoriano en esta materia:

La integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe será un objetivo estratégico del Estado. En todas las instancias y procesos de integración, el Estado ecuatoriano se comprometerá a:

1. Impulsar la integración económica, equitativa, solidaria y complementaria; la unidad productiva, financiera y monetaria; la adopción de una política económica internacional común; el fomento de políticas de compensación para superar las asimetrías regionales; y el comercio regional, con énfasis en bienes de alto valor agregado.

2. Promover estrategias conjuntas de manejo sustentable del patrimonio natural, en especial la regulación de la actividad extractiva; la cooperación y complementación energética sustentable; la conservación de la biodiversidad, los ecosistemas y el agua; la investigación, el desarrollo científico y el intercambio de conocimiento y tecnología; y la implementación de estrategias coordinadas de soberanía alimentaria.

3. Fortalecer la armonización de legislaciones nacionales con énfasis en los derechos y regímenes laboral, migratorio, fronterizo, ambiental, social, educativo, cultural y de salud pública, de acuerdo con los principios de progresividad y de no regresividad. 4. Proteger y promover diversidad cultural, el ejercicio de la interculturalidad, la conservación del patrimonio cultural y la memoria común de América Latina y del Caribe, así como la creación de redes de comunicación y de un mercado común para las industrias culturales.

5. Propiciar la creación de la ciudadanía latinoamericana y caribeña; la libre circulación de las personas en la región; la implementación de políticas que garanticen los derechos humanos de las poblaciones de frontera y de los refugiados; y la protección común

de los latinoamericanos y caribeños en los países de tránsito y destino migratorio.

6. Impulsar una política común de defensa que consolide una alianza estratégica para fortalecer la soberanía de los países y de la región.

7. Favorecer la consolidación de organizaciones de carácter supranacional conformadas por Estados de América Latina y del Caribe, así como la suscripción de tratados y otros instrumentos internacionales de integración regional.

1.5 El derecho internacional público como un derecho imperfecto

Tradicionalmente lo que se ha pretendido es establecer el carácter jurídico de esta disciplina, con el objetivo de fundamentar si el derecho internacional público es una verdadera disciplina jurídica o una disciplina inconclusa, defectiva. Se han establecido dos grupos de tratadistas, los que niegan el carácter jurídico del derecho internacional público y los que defienden dicho carácter.

Los argumentos de aquellos que niegan su carácter jurídico, se basan principalmente en que lo consideran como una simple política internacional y no un verdadero derecho, o como un simple conjunto de normas morales, es decir no jurídicas, ni obligatorias. Otros lo consideran solamente un "*derecho sui generis*", es decir un conjunto de norma válidas solamente para los contratantes y que el derecho internacional es solo el conjunto de normas aparecidas de los acuerdos bilaterales o multilaterales.

Por otro lado, están además, quienes consideran al derecho internacional como "un derecho imperfecto", como el alemán SABIGNY, debido principalmente a tres aspectos: 1.- Por falta de normatividad, pues no existe un legislador universal que dicte dichas normas, por lo tanto no se puede considerar un derecho positivo; 2.- Carece de coercitividad, su

cumplimiento no va acompañado de una fuerza represiva que garantice su cumplimiento y su incumplimiento no acarrea sanciones efectivas 3.- Por la falta de unión sistemática, pues se trata de normas desarticuladas, aisladas, con un lento mecanismo de armonización, que depende de la voluntad política de los Estados y que, en ciertos casos, no logran encajar adecuadamente en el derecho interno de muchos Estados.

Estos argumentos no dejan de ser una exposición de las falencias de las cuales se ve afectado el derecho internacional público, sin embargo, no llega a constituirse en un fundamento jurídico o doctrinario que niegue verdaderamente el carácter jurídico del derecho internacional público.

PARTE II

FUNDAMENTOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

2.1 Fundamentos de validez de la norma internacional

Para que el derecho internacional público tenga plena validez y sus normas sean consideradas válidas y aplicables, es necesario establecer la base o soporte lógico, histórico y jurídico sobre el que descansa y le otorga su razón de ser.

Con este objeto, los tratadistas han expuesto, en forma general, una serie de teorías, agrupándose en las diversas escuelas jurídicas, cada una de las cuales lo ha hecho en forma personal y excluyente. Debemos recordar que el derecho internacional público se ha nutrido de las doctrinas de determinadas escuelas, por lo que es natural mirar en ellas el verdadero fundamento de este derecho.

Algunas de esas escuelas son:

Teológica. - Fundamenta al derecho internacional en la religión, subordinándolo al concepto de moral y religión.

Romana.- Fundamenta el derecho internacional público al *Jus Gentium* romano, verdadero origen para algunos del derecho internacional.

De derecho natural.- Algunos autores han pretendido fundamentar al derecho internacional en el derecho natural. Una mezcla de derecho consuetudinario y derecho natural, sin precisar cuál de los dos es más prominente.

Positivista.- En esta escuela se agrupan todos los que sostienen que el derecho internacional proviene de los tratados y convenciones, así como de la costumbre.

Sin embargo, en la doctrina clásica, existen dos grandes corrientes una que versa sobre el voluntarismo y otra que se sitúa fuera del mismo.

2.1.1 Teorías voluntaristas: referencia a la doctrina de la autolimitación de voluntades, de la voluntad común y de la coordinación de voluntades

El derecho tiene su origen en la expresión de una voluntad. El derecho internacional se basa necesariamente en la voluntad del Estado.

Entre las teorías voluntaristas están:

La teoría de la autodelimitación.- (JELLINEK, 1880)¹. El Estado, por obra de su propia voluntad, establece limitaciones a su poder cuando lo estima necesario para entrar en el sistema internacional; por lo tanto, el derecho internacional es obligatorio porque el Estado es capaz de obligarse a sí mismo. Se ha objetado a esa tesis que, si el derecho internacional tiene por fundamento la voluntad del Estado, y ésta es discrecional, en manos de él está admitir tales o cuales reglas y también desecharlas. Este fundamento conduciría a la negación del derecho internacional.

La teoría de la voluntad común.- (TRIEPEL, 1889) El derecho internacional nace de la combinación de las voluntades de los Estados de la cual sale una voluntad común. Cada uno de ellos colabora a formar el derecho

internacional; pero una vez que se ha producido esa fusión de voluntades, distintas, pero con un mismo contenido, existe una unión, un acuerdo (Vereinbarung): el Estado se encuentra ante una norma objetiva, que no es un acuerdo con intereses encontrados ni es tampoco una simple suma de voluntades particulares, sino un resultado nuevo proveniente de la voluntad colectiva. Esta teoría muestra la manera como los Estados se sienten ligados, pero no explica la razón por la que se sienten ligados.

2.1.2 Teorías objetivistas: referencia a la escuela positivista, a la normativa, a la sociológica y a las del derecho natural

A las teorías voluntaristas se han opuesto autores como ANZILOTTI (1912), KELSEN (1920) y Verdross (1926), que han sostenido que la validez de una norma jurídica depende de la validez de una norma jurídica preexistente. Esta norma para ANZILOTTI es la regla "*pacta sunt servanda*", que impone el deber de cumplir las obligaciones contraídas. Para KELSEN esa norma jurídica es el derecho consuetudinario y Verdross, sostiene que los dos anteriores dan por supuesto la existencia de Estados y que éstos forman una comunidad, y que para "dar un contenido a la norma fundamental del derecho internacional tenemos que partir de aquellos principios jurídicos que los pueblos civilizados reconocen comúnmente, toda vez que las normas de derecho internacional positivo se han ido constituyendo sobre la base de la conciencia jurídica común de los pueblos" (Verdross, 1955, pág. 36). La intervención del Estado es necesaria desde el punto de vista formal.

La reacción contra el positivismo aparece con teoría de la "conciencia jurídica internacional" (Defendida entre otros, por DUGUIT, 1921), de la llamada "Escuela Sociológica", según la cual los hombres poseen un instinto, un sentimiento independiente de su voluntad que los obliga a seguir cierta conducta; esta conciencia es el origen y la medida de las normas de derecho internacional e induce a reaccionar contra todo

ataque que se le dirija, porque se ha formado la convicción de que su respeto es indispensable para mantener el orden social e internacional.

La concepción del derecho natural establece que los principios del derecho internacional se concretan en dos normas fundamentales, que son una aplicación directa de la noción de justicia: la obligación de cumplir los compromisos contraídos y el deber de reparar el daño causado injustamente. De lo cual se deriva la importancia del principio *pacta sunt servanda* base fundamental del derecho natural, aunque por encima de este principio está la idea de la justicia, que reside en la conciencia jurídica de los hombres y esa noción es lo que da carácter obligatorio a sus normas.

PARTE III

FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

3.1 Concepto de fuente

Fuente es el conjunto de procedimientos a través de los cuales nace, se modifica o extingue el derecho internacional público. Son formas en las que el derecho internacional se expresa o manifiesta y a las cuales los sujetos, creados por él, se refieren para legalizar o legitimar sus conductas. Aquellas causas, orígenes e influencias que dan nacimiento a la norma jurídica.

Es decir, fuente del derecho internacional público puede tener un significado en razón del sentido que se le da la fuente, por ejemplo:

- En sentido material: de dónde nace o de dónde surge el derecho.
- En sentido general: de donde emana algo.

- En sentido filosófico: la causa última del derecho.
- En sentido instrumental: fuente de conocimientos.
- En sentido formal: actos o procedimientos jurídicos a los que determinados ordenamientos jurídicos están vinculados.

3.2 Fuentes principales y fuentes secundarias

3.2.1 Fuentes, principales, directas o autónomas

Las fuentes de derecho en sentido formal propio son los actos o procedimientos jurídicos a los que un determinado ordenamiento vincula la producción de reglas jurídicas. Son en este caso, los procesos de creación de las reglas de derecho internacional. Entre éstas tenemos a la costumbre, los tratados o convenios internacionales y los principios generales del derecho.

3.2.2 Fuentes indirectas, secundarias o auxiliares

Las fuentes auxiliares o secundarias del derecho internacional tienen como función, no crear derecho, sino contribuir a la determinación de las reglas de derecho.

Entre éstas ubicamos: las decisiones judiciales, la jurisprudencia y la legislación nacional, la jurisprudencia internacional, los documentos internacionales, la opinión de los jurisconsultos y de las asociaciones especializadas y la doctrina de los publicistas.

Hay autores que a estos actos no consideran como fuentes del derecho internacional, o que más bien, éstos están contenidos en las fuentes principales, de cualquier manera, podríamos afirmar que son actos en los cuales, en determinado momento, se soporta el derecho internacional para fortalecerse y enriquecerse.

3.3 Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, ha sido tomado, más bien como una norma que jerarquiza las fuentes del derecho internacional:

Art. 38.-

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono* si las partes así lo convinieren.

En tal sentido, CHARLES ROUSSEAU, afirma que no se trataría de una jerarquización de las fuentes, puesto que, éste solamente enumera las normas jurídicas que la Corte debe aplicar, y no establece un valor jerárquico; el haber colocado a los convenios internacionales en primer lugar y a la costumbre, en segundo lugar, obedece a la tendencia actual hacia el derecho escrito, aunque la costumbre sea la fuente original del derecho internacional.

Por otro lado, en sentido formal de esta disposición, una sentencia de la Corte nunca podrá apoyarse sólo en una decisión judicial o en la doctrina, ya que dichas fuentes sólo podrán utilizarse como medios auxiliares que apoyen a los tratados, la costumbre o los principios generales del derecho.

3.4 La costumbre: análisis de sus elementos constitutivos

La costumbre está definida como una práctica común y reiterada, general y uniforme, aceptada como derecho con carácter obligatorio y correcto. Los Estados tienen la convicción de estar cumpliendo una norma jurídica, por lo que se obligan a cumplir dicha práctica. Los propios destinatarios las crean, modifican o extinguen.

El mencionado artículo 38, literal b, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia define la costumbre internacional como una práctica generalmente aceptada como derecho. En este concepto, encontramos simple y claramente dos elementos: la práctica como elemento material y el derecho como elemento subjetivo.

ROUSSEAU, en su obra *Derecho Internacional Público Profundizado*, señala tres condicionantes o características que debe poseer la costumbre internacional:

- Una práctica común, que resulta de una repetición de actos concluyentes;
- Una práctica obligatoria, o sea que debe ser aceptada como de derecho, como correspondiendo a una necesidad jurídica.
- Una práctica evolutiva, que es la que distingue al derecho consuetudinario del derecho convencional (Rousseau, *Derecho Internacional Público profundizado*, 1966, págs. 96, ss).

Y señala que:

El fenómeno consuetudinario implica la reunión de dos elementos: por una parte, un elemento de hecho (es decir la existencia de una

costumbre constante y general); y por otra, un elemento psicológico (es decir la existencia de un elemento intelectual, la *opinio juris*, que implica la aceptación del carácter obligatorio de la costumbre por los sujetos mismos del derecho) (Rousseau, Derecho Internacional Público profundizado, 1966).

En este marco, casi todos los autores del derecho internacional público coinciden en otorgar a la costumbre internacional estos dos elementos, como condición inevitable para la existencia.

3.4.1 El elemento material

Este elemento consiste en la práctica general y uniforme de los actos u omisiones a los cuales se les denomina precedentes. Estos actos u omisiones deben ser probados.

ROUSSEAU, manifiesta que, para ser generador de costumbre, el precedente debe revestir dos caracteres, ya que la costumbre se presenta como un uso a la vez continuo y general.

En cuanto a la continuidad de aplicación en el tiempo, -dice- ROUSSEAU (1966):

...en virtud de su definición, la costumbre aparece como la repetición concordante de ciertos hechos. Para que una disposición consuetudinaria adquiera valor obligatorio, es necesario que haya sido constantemente aceptada por los Estados que se encontraron en situación de tener que aplicarla.

En lo que se refiere a la generalidad en el espacio, "la costumbre no es solamente el reflejo de una práctica continua, es también la expresión de una práctica común" (ROUSSEAU, Derecho Internacional Público profundizado, 1966). El autor, señala la existencia de costumbres generales reconocidas por el conjunto de Estados (costumbres

universales) y de costumbres relativas (costumbres regionales), limitadas a ciertos Estados determinados.

3.4.2 El elemento subjetivo o psicológico

El elemento material no sería suficiente por sí sólo para que una práctica internacional pase a ser una norma consuetudinaria jurídicamente obligatoria, es necesario que los sujetos del derecho internacional creen en dicha práctica y la acepten. Esta "aceptación", -dice ROUSSEAU (1966)- , "constituye la *opinio juris u opinio necessitatis*, el elemento subjetivo, único criterio válido de la costumbre en el orden jurídico" (pág. 131).

Este elemento que consiste en la convicción de que la costumbre resulta jurídicamente obligatoria, es decir, se refiere a la conciencia que tienen los Estados de actuar jurídicamente obligados y por lo tanto se debe adecuar su conducta a la misma, caso contrario estaría violando dicha norma consuetudinaria.

3.5 Los principios generales del derecho

Son aquellos conceptos fundamentales que aparecen como el conjunto de ideas y creencias que forman el pensamiento jurídico de un pueblo y que están formados por aquellos principios elementales de justicia y equidad que tienen aplicación universal. Entre dichos conceptos están la libertad, igualdad, justicia, seguridad jurídica, equidad, bien común.

Estos conceptos jurídicos fundamentales se han conservado a través del tiempo y del espacio y que como sirven de base para la creación de la norma jurídica, se han constituido en fuente del derecho internacional.

Pero, además, los principios generales del derecho no solo sirven para crear y orientar normas de derecho, sino que complementan un ordenamiento deficiente, fruto incompleto de la imaginación del legislador, lo cual generalmente crea vacíos legales, los mismos que son completados por estos principios.

Los principios del derecho están constituidos por normas en las que se fundamenta su estructura, las cuales han sido partícipes en la historia del derecho internacional público. Estas normas o principios son llamados *Jus Cogens*, lo que FERMÍN TORO' las define como: "Normas Jurídicas Internacionales admitidas universalmente e imperativas que se dirigen por el alto grado de generalización de los preceptos expresados en ellos y son fundamentales y rectores para todas las demás normas jurídicas internacionales" (Toro, 1982). Es decir, son aquellas normas aceptadas y reconocidas por la Comunidad Internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario.

Algunos de los principios que forman el *Jus Cogens*, son los siguientes:

- Prohibición de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza.
- Obligación de arreglar las controversias por medios pacíficos.
- No-intervención en los asuntos de la jurisdicción interna de los Estados.
- Igualdad de derecho y libre determinación de los pueblos.
- Igualdad soberana de los Estados.
- Obligación de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas.

3.6 Las decisiones judiciales y la doctrina

Las decisiones judiciales o conjunto de decisiones judiciales de los tribunales internacionales que integran la jurisprudencia internacional constituyen fuente del derecho internacional. En tanto en cuanto los diversos tribunales internacionales, son cuerpos de magistrados independientes, su jurisprudencia constituye una valiosa aportación al corpus del derecho internacional que ha contribuido a la evolución del ordenamiento.

Algunos de estos tribunales son:

- Tribunal Internacional de Justicia, sede en la Haya, organismo principal de las Naciones Unidas.
- Tribunal Internacional del Mar, Hamburgo.
- Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo.
- Tribunal Europeo de Derecho Humanos, Estrasburgo.
- Corte Interamericana de Derecho Humanos, Costa Rica.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
- Tribunal para el enjuiciamiento ex Yugoslavia-Haya.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Luxemburgo.

Cada Tribunal en su contexto ha contribuido decisivamente a la creación del derecho internacional, aunque no genera derecho, sino que lo enuncia, determina su alcance y realiza su evolución. Se conoce como doctrina la opinión de los jurisconsultos y de las asociaciones especializadas. Como fuente de derecho internacional la doctrina puede ser de carácter filosófico, sociológico o histórico.

Se la considera como fuente indirecta, por cuanto se debe recurrir a ella como complemento para los estudios de los diversos casos que se plantean. Su importancia radica en que las opiniones dadas por los jurisconsultos no tienen la intención de constituir o crear normas de derecho internacional, sino que la cultura jurídica de los jueces internacionales, tratadistas y académicos constituye la mejor guía para su aplicación.

Sin importar el valor que se le quiera dar a la doctrina, es cierto que ha ejercido una gran influencia en las normas del ordenamiento jurídico.

MANUEL SIMÓN EGAÑA (1984), establece tres fines esenciales de la doctrina:

- Un fin científico, que persigue el estudio de las normas del ordenamiento jurídico vigente y las sistematiza a la vez, así como también a los principios generales del derecho.
- Un fin práctico, ofrece soluciones concretas donde la voluntad del legislador está plasmada en las normas generales y se convierte en el principal auxiliar del abogado y del juez en el estudio de los casos que se presenten.
- Un fin crítico, trata de mejorar cada vez más al derecho procurando un contenido más justo de las normas (Ciuro Caldani, 2001).