



UNIVERSIDAD MICHOACANA DE SAN NICOLÁS DE HIDALGO  
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE  
DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

TESIS

LA INAPLICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL EN MATERIA DE  
DERECHOS HUMANOS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION.  
LA POSTURA TRADICIONALISTA DE LA CORTE.

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE  
MAESTRO EN DERECHO

PRESENTA:

LICENCIADO JOSÉ ANTONIO SOBERANO HERNÁNDEZ

DIRECTOR DE TESIS  
DOCTOR CARLOS SALVADOR RODRIGUEZ CAMARENA

MORELIA MICHOACAN

FEBRERO DE 2017

## Dedicatoria

*Porque nada hubiese sido igual y porque sin tu ayuda constante, amor y comprensión hoy nada de esto sería posible.*

*Solo tú me has enseñado a apreciar lo mejor de la vida, me has enseñado a amar, a comprender, a como conducirme.*

*Me enseñaste buenos valores, me has dado lo mejor de ti, tú has sido mi mejor maestra, en fin, todo lo que soy es gracias a ti.*

*Por todo eso y por muchas cosas más.*

*Te amo Mamá.*

## Índice

	Pág.
<b>Dedicatoria</b> .....	II
<b>Índice</b> .....	III
<b>Resumen</b> .....	VI
<b>Introducción</b> .....	VIII

### Capítulo 1

#### Del derecho internacional público

1.1. Concepto y definición.....	1
1.2 Antecedentes .....	3
1.3 Fuentes del derecho internacional .....	9
1.3.1 Los tratados internacionales .....	10
1.3.2 La costumbre .....	11
1.3.3 Los principios generales del derecho.....	12
1.3.4 Las decisiones judiciales.....	13
1.3.5 La doctrina .....	13
1.4. Sujetos del derecho Internacional público.....	13
1.5. Las negociaciones jurídicas internacionales .....	19
1. 5.1. Las conferencias y los congresos .....	19
1.5.2. Las declaraciones .....	21
1.5.3. Las renunciaciones.....	21
1.5.4 Las protestas.....	22
1.5.5 Los tratados .....	22
1.6. El derecho internacional de los derechos humanos .....	23
1.6.1. La declaración universal de derechos humanos de 1948 .....	26
1.6.2. Los derechos humanos y la política internacional.....	28
1.6.3. La Convención interamericana de derechos humanos de 1969 o Pacto de San José del 22 de noviembre de 1969.....	29

1.6.4 El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario .....	32
---	----

## Capítulo 2

### La influencia del *iusnaturalismo* y *iuspositivismo* en el orden jurídico internacional

2.1. Introducción.....	35
2.2. Las doctrinas iusnaturalistas .....	39
2.3. Las doctrinas positivistas.....	45
2.3.1. Los predecesores.....	45
2.3.2. Los positivistas sistemáticos .....	50
2.4. Iusnaturalismo y Iuspositivismo en la historiografía internacional .....	51
2.5. Algunas consideraciones.....	55

## Capítulo 3

### Ubicación jerárquica de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico mexicano y su correlación con el artículo 133 constitucional

3.1. Introducción.....	58
3.2. Recepción del derecho internacional .....	61
3.2.1. Teoría dualista .....	62
3.2.2. Teoría monista .....	64
3.2.3. Tesis coordinadoras.....	66
3.3. Soberanía y derecho internacional.....	67
3.4. De los principios jurídicos.....	74
3.5. Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico mexicano .....	79

## Capítulo 4

### De la primacía de los derechos frente al orden jurídico mexicano

4.1. Introducción.....	82
4.2. La justificación de existencia del estado .....	84
4.3. ¿Qué es una Constitución? .....	86
4.4. De La Soberanía y el principio de argumentación.....	92
4.5. El pueblo como protector de los derechos humanos.....	96
<b>Conclusiones.....</b>	<b>98</b>
<b>Fuentes de Información.....</b>	<b>100</b>

## **Resumen**

El cumplimiento a las disposiciones que señala el Derecho internacional, en materia de Derechos Humanos, así como a las resoluciones que han emitido las instancias supranacionales se han vuelto un punto crítico que merece reflexión.

La firma y ratificación de un tratado internacional, así como el reconocimiento de la competencia de las instancias supranacionales no basta para que se lleve a cabo una plena protección a los derechos de las personas, no obstante, su significativa importancia.

En el caso particular del Estado mexicano y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consideramos que un aspecto decisivo que influye en la problemática antes citada es la idea decimonónica de supremacía constitucional, postura que adopta la Corte, por lo que resulta conveniente para nuestro estudio analizar la naturaleza de la Constitución y su vínculo con el Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos.

Palabras clave: postura tradicionalista, derecho internacional de los derechos humanos, efectividad, sistema jurídico mexicano, criterios jurisprudenciales.

## **Abstract**

To comply with the provisions established by the Human Rights international law, as well as with the resolutions that have been issued by supranational organizations, have become a critical point that deserves reflection.

To sign and ratify an international treaty and the recognition of the competence of international instances are not enough to carry out a full protection of the individual rights, in spite of their significant importance.

In the case of the Mexican State, we consider that a decisive aspect that influences the above problems is the nineteenth-century idea of constitutional supremacy, idea that the Mexican Supreme Court of Justice has adopted, making

it suitable to study and analyze the nature of the Constitution and its link to Human Rights international law.

Keywords: traditionalist stance, international human rights, effectiveness, Mexican legal system, jurisprudential criteria.

## Introducción

El término *decimonónico* hace referencia a una situación perteneciente a un tiempo pasado, que sucedía en siglos atrás o que simplemente ha quedado en desuso. En tal sentido, a lo largo del presente trabajo se busca denotar que los argumentos emitidos por parte del Estado Mexicano y de su Suprema Corte, respecto a la inaplicación del Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos se tiñen de tal complejo.

Con base en lo anterior, se analizan cada uno de tales argumentos, así como los temas que se trastocan, buscando con ello incidir, de manera positiva, en la postura tradicionalista que todavía hoy mantiene el Estado Mexicano y desmitificar, por decirlo así, los argumentos en contrario que vuelven imposible la exigibilidad del referido Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Temas tales como: el principio de supremacía constitucional, la soberanía nacional, el principio de representación, la división de poderes, las teorías de creación y justificación del Estado. Pues ya se ha observado que son estos temas, los que retoma el Estado para producir, a través de la Suprema Corte, los criterios que imperan en nuestro sistema jurídico y que dejan en segundo plano los Derechos Humanos consagrados en la comunidad internacional respecto de las restricciones contenidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Así pues, en el desarrollo del presente trabajo el lector podrá encontrar los antecedentes y evolución de la ciencia jurídica internacional, los sujetos que participan de la misma y las relaciones que nacen en la comunidad internacional, relaciones por virtud de las cuales se comprometen los países además de las consecuencias jurídicas del incumplimiento por parte de cualquiera de ellos.

En seguida, encontrará un análisis amplio de las distintas corrientes filosóficas del derecho, así como la influencia que las mismas han tenido tanto en la comunidad internacional como en la producción de normas jurídicas, conferencias, congresos, tratados internacionales, etcétera.

En un momento posterior, se estudia la realidad mexicana tocante al tema del Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos. Las teorías de recepción del mismo, el argumento de la soberanía nacional, las distintas posturas adoptadas por la Corte y las tesis jurisprudenciales emitidas por la misma, así como la confrontación o contradicción del derecho interno frente al derecho internacional.

Páginas más adelante, se retoman las teorías de los clásicos referentes a la soberanía, a las formas de gobierno y a la creación misma del Estado, para denotar la finalidad de éste, finalidad que en la actualidad dista en demasía de aquel momento histórico.

Lo que se busca pues, es precisar que bajo esta óptica ningún argumento es suficiente para justificar el actuar tanto del Estado Mexicano como de sus autoridades. Por lo que, en tratándose de Derechos humanos no deben existir jerarquías, instituciones o figuras de derecho que dejen supeditado el ejercicio de los mismos. Y que, en todo momento, dichos Derechos Humanos se vean respetados y garantizados por el Estado, sus autoridades y más aún por el propio individuo.

## Capítulo 1

### Del derecho internacional público

*SUMARIO: 1.1 Concepto y definición. 1.2 Antecedentes. 1.3 Fuentes del derecho internacional. 1.4 Sujetos del derecho Internacional público. 1.5 Las negociaciones jurídicas internacionales. 1.6 El derecho internacional de los derechos humanos.*

#### 1.1 *Concepto y definición*

El derecho internacional público puede definirse como el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones de los Estados entre sí, o más correctamente, el derecho de gentes rige las relaciones entre los sujetos o personas de la comunidad internacional.<sup>1</sup>

La función del derecho internacional público es triple. En primer lugar, tiene la función de establecer los derechos y los deberes de los Estados en la comunidad internacional. En seguida, debe determinar las competencias de cada estado, y en tercero, ha de reglamentar las organizaciones e instituciones de carácter internacional.<sup>2</sup>

El derecho internacional público 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.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> SEPULVEDA, Cesar, *Derecho Internacional*, Decimoséptima edición, México, Porrúa, 1960, p. 3.

<sup>2</sup> *Ídem*

<sup>3</sup> ORTIZ, Ahlf Loretta, *Derecho Internacional Público*, Segunda Edición, México, Oxford, 2000, p. 5.

La disciplina del derecho internacional público se ha creado para regular los actos que realizan los Estados, en su calidad de entes soberanos, que ha tenido algún tipo de alianza o de convenio con diversos fines, ya sea de guerra, de paz, ayuda comunitaria o de derechos humanos entre otros.

También denominado como *Ius gentium*, el derecho internacional público se ha definido como el conjunto de normas jurídicas aplicables en todos los pueblos sin distinción por nacionalidad, normas que los romanos aplicaban a todos aquellos que no eran considerados como ciudadanos.<sup>4</sup>

Un primer acercamiento al concepto de Derecho Internacional, debe proveer referencia del origen de la denominación de esta disciplina. Y ello, no por motivaciones curiosas, sino más bien porque su misma denominación actual puede resultar inadecuada al objeto de la relación jurídica.

El nacimiento de un término que proponga la idea de la noción autónoma del objeto de nuestro estudio es comúnmente establecido en el *Ius gentium* romano, término que se contraponía al *Ius civile* y que apuntaría a un derecho común a todos los hombres, deducible de la razón natural. Con él se pretenderían regular las relaciones en las que las partes no eran ciudadanos romanos, lo que haría difícil la aplicación de un *Ius civile* a unas relaciones que exigían la aplicación de unas normas jurídicas menos complejas que este. El término sería recogido en la edad media y conceptualizado por la Escuela Española de Derecho Internacional, aun, que por su objeto, hoy habría que identificar al *Ius gentium* más con el derecho internacional privado que con el derecho internacional público. En efecto el verdadero Derecho Internacional Público romano sería el *Ius feciale*, en cuyo cuerpo se contenían las leyes relativas a las embajadas, a los tratados y al derecho de guerra.

Fue Bentham quien, en 1780, empleo por primera vez el termino de derecho internacional, como forma de contraste al derecho nacional. Durante

---

<sup>4</sup> ARRELLANO, García Carlos, *Primer Curso de Derecho Internacional Público*, Séptima Edición, México, Porrúa, 2009, p. 6.

algún tiempo ese término convivió con el viejo *ius gentium*, y que actualmente resultaría totalmente improcedente.

En definitiva, la referencia al Derecho Internacional, *Droit International*, *Diritto Internazionale* o *International Law*, se ha convertido en modo corriente que permite identificar sin confusiones a la disciplina objeto de esta investigación. Equivocación en su origen porque el Derecho Internacional fue en su nacimiento un Derecho Interestatal y que solo podía llamarse internacional dada la falaz identificación del Estado con la Nación. Menor equivocación en el presente porque hoy, este derecho ha perdido su carácter marcadamente interestatal para iniciarse en la regulación de las relaciones entre otros sujetos del derecho.<sup>5</sup>

En la mencionada línea funcional, consideramos que el Derecho Internacional puede ser entendido como: el conjunto de normas jurídicas que regulan la sociedad internacional y las relaciones de sus miembros en la consecución de intereses sociales colectivos e individuales.

Una vez explicitas las diversas concepciones del derecho internacional público, y para efectos de la presente investigación se adoptará la definición más amplia del mismo, es decir, rama del derecho público externo que regula, vigila y sanciona las relaciones entre los Estados de la comunidad jurídica internacional y los derechos y obligaciones que de las mismas de originen.

## 1.2 Antecedentes

Del nombre mismo del derecho internacional se desprende que solamente puede existir en relación a comunidades jurídico-políticas independientes. Por ello no resulta correcto sostener que este orden jurídico pudo existir en la antigüedad. La historiografía de los siglos XVIII y XIX penetró demasiado en los autores de esta materia, sin embargo, de ahí que se observe una marcada predisposición de los

---

<sup>5</sup> LOPÈZ, Zamarripa Norca, *Nuevo Derecho Internacional Público teoría, doctrina, practica e instituciones*, México, Porrúa, 2008, pp. 72-74.

publicistas de señalar que hubo derecho internacional desde los orígenes de la civilización.<sup>6</sup>

Las rudimentarias instituciones que surgen de manera aislada y fugaz en la historia de los tiempos antiguos no pueden considerarse, en ningún caso, como integrando un sistema jurídico entre naciones. Porque mal puede hablarse de un derecho que rige a los Estados cuando estos 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 solo después del Renacimiento, y no en época anterior.<sup>7</sup>

En realidad, el derecho internacional empieza a surgir coetáneamente a la formación de los grandes Estados de Europa, en el siglo XVI: España, Francia, Inglaterra, Austria, 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 romano imperio y ocurre el descubrimiento de América, con su cauda de efectos. Ósea, desde esa centuria principio a socavarse el principio 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 le hacían sombra, como eran derivados del régimen feudal.<sup>8</sup>

La presencia de los nuevos Estados del siglo XVI, y el descubrimiento del nuevo mundo, condujeron a situaciones enteramente diferentes a las que les precedían, que ya no podrían regularse sino por un nuevo derecho diferente a lo 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.

---

<sup>6</sup> *Ídem*, p. 5

<sup>7</sup> PALLARES, Bossa Jorge, *Derecho Internacional Público*, Bogotá Colombia, Segunda Edición Leyer, 2004. p. 5.

<sup>8</sup> *Ídem*.

Una confirmación adicional se recibe del hecho que antes del siglo XVI no existía ninguna doctrina del derecho internacional. Ella se principia a integrar con Vitoria. Es posible señalar varias etapas en el desenvolvimiento del derecho internacional a partir de su aparición.

- a) *La primera de ellas va desde el renacimiento hasta la paz de Westfalia de 1648*

Todavía se advierten residuos medievalistas durante gran parte de este periodo. La comunidad internacional se confunde con la comunidad cristiana revestida de espiritualidad, pero empieza a ser penetrada de un espíritu renacentista, eminentemente laico, que busca para ella un orden legal. Empero, se busca la justificación de la conducta de los soberanos en normas religiosas y poco se recurre a las reglas jurídicas. Aunque las instituciones son incipientes, se observa un crecimiento en el número de ellas y empiezan a abrirse paso numerosos principios de convivencia internacional, y la convicción, entre los Estados, de ser miembros de una misma familia.

- b) *Puede señalarse el siguiente periodo desde el tratado de Westfalia hasta la Revolución Francesa*

El tratado de Westfalia<sup>9</sup> marca un hito muy destacado en el progreso de las instituciones internacionales. Constituyó durante casi un siglo la estructura política internacional del continente europeo y es el primer síntoma importante de la existencia del derecho internacional. Confirmó este pacto el principio de la soberanía territorial, indispensable en un orden jurídico internacional.

En esta segunda etapa se percibe un incremento de las actividades diplomáticas. Nacen y se multiplican los tratados de comercio. La institución de la neutralidad se desarrolla notablemente, y se principia a regir lo relativo al contrabando de guerra. Con respecto al anterior, este periodo represente un decidido avance.

---

<sup>9</sup> *Idem.*

Un poco más avanzada esta etapa surge el tratado de Utrecht que establece un principio político internacional de la mayor importancia; “el justo equilibrio del poder”, originado prácticamente desde Westfalia y que se mantuvo hasta la época de Napoleón. El principio del equilibrio es el sustituto lógico de un monopolio de poder o de una organización internacional, que no podrían darse por aquellos días.

Se caracteriza el periodo por un marcado progreso en el número y la técnica de los tratados, por la realización de pactos para el tratamiento de prisioneros, de heridos y enfermos en campaña y demás, y por el apogeo que alcanzo la neutralidad.<sup>10</sup>

### c) *Las guerras Napoleónicas*

Estas guerras, que tanto alteraron la faz del Continente y que no trajeron ningún desarrollo notable del derecho de gentes, terminaron con un acontecimiento internacional de gran importancia y que constituye el origen del tercer gran periodo 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 ahí, fue un pacto de ayuda militar y un prolegómeno de organización internacional, pues establecía el sistema de la consulta por medio de congresos, para actuar defendiendo el principio de la legitimidad monárquica, en contra de los brotes del liberalismo.

Surge en Viena el llamado “Concierto Europeo” que, fundado en el “Equilibrio del poder”, habría de manejar los destinos del mundo a lo largo del siglo XIX. Un hecho es cierto, mala o buena la organización que surgió del Congreso de Viena desde 1815 hasta 1914 no hubo “Guerra Mundial”, y solo hasta 1870 (o sea

---

<sup>10</sup>SORENSEN, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 99-106.

cincuenta y cinco años después) ocurrió una contienda importante el en 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 habría de pesar en la formación de las instituciones. Se desarrollan las represalias. El bloque se asienta en sus rasgos fundamentales, y se depura. La intervención se instaura y se crea toda una teoría en su rededor. La esclavitud desaparece, por acción internacional. Se forma el régimen de la navegación de los ríos internacionales. Se suprime el corso. La institución diplomática, aunque pierde brillantes, gana en extensión y estabilidad. El régimen consular llega a su esplendor.<sup>11</sup>

Hacia el final de este 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 que ante este incremento tan sorprendente de los pactos internacionales, los autores hubieron de deducir que no había otro derecho internacional que el volitivo o contractual. Hacia el final del siglo XIX se echan las bases de los sistemas de solución pacífica de los conflictos entre los Estados y se empiezan a crear los grandes organismos administrativos internacionales. El positivismo se instaló y reino durante toda esta singular etapa, girando en torno del concepto de una soberanía absoluta e ilimitada del Estado.<sup>12</sup>

#### d) *La Guerra Mundial (1914-1918)*

La Gran Guerra significó un gran golpe para el desarrollo del derecho de gentes, y produjo un desaliento muy marcado respecto de la efectividad de este orden jurídico. El señorío de la moral internacional que había presidido la comunidad de estados casi desde Westfalia, fue desplazado, dejando su lugar a un sórdido nacionalismo y a la anarquía. Pero la reacción no tardo en presentarse, y hubo un

---

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

<sup>12</sup> *Idem.*

tibio renacimiento. El derecho internacional se robusteció, las instituciones ya conocidas crecieron y otras nuevas se formaron, por ejemplo, las organizaciones internacionales. Por unos años, un nuevo espíritu pareció prevalecer, pero como no habían podido erradicarse del todo los nefastos conceptos de discoleria y de predominio y campeaban el resentimiento y la incomprensión, al final del periodo 1938-1939, se perdió mucho de lo trabajosamente ganado, y pudo advertirse un retroceso súbito. El periodo entre las dos guerras fue, pues, contradictorio en sí mismo.

Realmente, aunque se estaba gestando desde antes, el gran cambio tuvo lugar a partir de 1945,<sup>13</sup> pues el derecho internacional empezó a ser penetrado por circunstancias que alteraron profundamente ese 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, hemos asistido a un enriquecimiento constante de sus normas y de sus instituciones y a ciertos cambios de concepción y de tratamiento. Se han universalizado sus dimensiones al mismo tiempo han caducado varias normas e instituciones viejas. Este periodo que estamos viviendo ha constituido una autentica etapa de transición constructiva y dinámica.

Con todo, esa concentración de progreso ha obscurecido un tanto el panorama general de la disciplina, y ha sido fuente de ilusiones bastante peligrosas. La aplicación de este orden jurídico se ha quedado atrás del desenvolvimiento que se percibe y se notan desajustes. Tampoco la posición del Estado individual ha correspondido al adelanto del derecho de gentes. Las *voluntas civitate maximae* es la voluntad máxima del pueblo no se manifiesta enteramente por esa causa, ni acaba de centralizarse, como ya debiera haber ocurrido en consonancia a este desarrollo.

El Estado nacional ha mostrado concomitantemente cierta penuria para resolver sus problemas propios, y ha evidenciado la necesidad de una

---

<sup>13</sup> *Idem*

interdependencia estrecha con sus congéneres. También exhibe cierto anacronismo como organización para resolver los problemas de la sociedad humana.

La doctrina del derecho de gentes se ha visto poderosamente afectada: ha sido necesario un entendimiento más completo de las relaciones entre el cambio social dinámico –interno e internacional- y el derecho como instrumento de orden social.<sup>14</sup>

El pasado cuarto de siglo ha sido pródigo de desenvolvimientos, y nuestra disciplina enseña un semblante diferente del que venía trayendo desde el siglo XIX. Dentro de otros veinticinco años su fisionomía será muy diversa de la que ahora conocemos, y seguramente para entonces habrá terminado de evolucionar hacia un auténtico derecho universal de la comunidad de Estados. Puede garantizarse que en los próximos lustros presenciaremos desarrollos aún más formidables.<sup>15</sup>

### 1.3 *Las fuentes de derecho internacional público*

La palabra fuente deriva del vocablo latino *fons-fontis* que significa de donde brota o emana, así pues, como fuente del derecho internacional se refiere al hecho de donde nace, emana o proviene el derecho internacional es decir el origen de la normatividad internacional.<sup>16</sup>

La escuela sociológica principia apenas a manifestarse, y aún falta un largo trecho para que surja un tratamiento sistemático de las fuentes empleando el acceso sociológico, pero con el fin de rodear los obstáculos causados por la falta de acuerdo y por las exageraciones y restricciones de la postura tradicional, podríamos convenir aquí en algo que parece ir ganando poco a poco el ascenso de los tratadistas, por lo menos en principio e inconscientemente en ocasiones, o

---

<sup>14</sup> GUTIERREZ, Posse Hortensia D.T., *Guía para el Conocimiento de los Elementos de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires Argentina, FEDYE, 2003, p. 25.

<sup>15</sup> *Op. Cit.*, nota 1 pp. 7-12.

<sup>16</sup> *Op. Cit.*, nota 1, p. 91.

sea, en el aserto de que existe una descripción aceptable de los modos de creación de las normas internacionales, contenida o comprendida en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas, que a la letra señala:

- 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, y
- d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas del derecho.

Enseguida se analiza cada una de ellas y la manera en que se constituyen como fuentes del derecho internacional, así como las obligaciones que adquieren los Estados por su nacimiento.

### 1.3.1 *Los tratados internacionales*

Los pactos entre los Estados, por su peculiar naturaleza, no pueden contener normas de derecho internacional general. Ni siquiera puede afirmarse que la mayoría de los pactos contengan normas específicas de derecho internacional particular. Solo en algunos casos recogen derecho consuetudinario. Quizá los únicos que deben estimarse como fuentes son aquellos que se firman entre varias naciones para declarar cual es la ley o para codificarla o para crear una institución internacional. Lo más que se podría decir de los pactos como fuentes es que crean derecho internacional particular. Y no se debe perder la vista, por otra parte, que los tratados solo obligan a las partes y no a terceros.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Artículo 2 de la Convención de Viena sobre derechos en los tratados internacionales. "Para los efectos de la presente Convención se entiende por tratado un acuerdo internacional regido por el derecho internacional y celebrado por escrito."

Independientemente de esas limitaciones, cuando los tratados pueden ser fuente de derecho internacional lo son de manera valiosa, porque se trata entonces de derecho escrito inteligible, discutido por las partes, definido en una palabra.<sup>18</sup>

Los tratados internacionales tienen un proceso especial de creación,<sup>19</sup> pues su realización consta de varias etapas igualmente importantes en su consecución:

- a) Negociación. Esta etapa comienza con la discusión de los Estado u organismos internacionales a fin de culminar con las cláusulas de un tratado con las que deben estar de acuerdo todos los diamantes
- b) Adopción del texto. Este se adopta por unanimidad si son bilaterales; es caso de ser multilaterales, según lo dispongan las partes y en su defecto, por dos terceras partes presentes al momento de la votación
- c) Autenticación del texto. En esta etapa el texto es certificado con el fin de que sea la redacción definitiva que corresponda al mismo.
- d) Manifestación del consentimiento. Es el acto mediante el cual las partes se obligan a cumplir con el texto. Los medios de manifestación son la firma, el canje, la ratificación, la aceptación, la aprobación y la adhesión.<sup>20</sup>

### 1.3.2 *La costumbre*

Según Loretta Ortiz Ahlf<sup>21</sup> la costumbre tiene un elemento material y uno espiritual. El elemento material lo encontramos en la conducta de los Estados, ya sean acciones u omisiones. En cuanto al elemento espiritual, se encuentra determinado por la conciencia que tiene lo Estados sobre sus deberes internacionales y su manera de conducirse.

Por lo tanto, se puede afirmar que antes de que existiera cualquier regulación procesal o adjetiva internacional, los Estados se regían por la

---

<sup>18</sup> *Op. Cit.*, nota 1, PP. 95-96.

<sup>19</sup> *Op. Cit.*, nota 3 p. 13

<sup>20</sup> En el caso mexicano el presidente de la república es el encargado de la celebración de los tratados internacionales con la autorización del senado. Artículos 76 y 89 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>21</sup> *Op. Cit.*, nota 3 Ortiz Ahlf Loretta, p. 50.

costumbre internacional. Y es a partir de la costumbre y de las necesidades objetivas de cada Estado particular, que se comenzó con la creación de los tratados y demás reglamentación internacional tanto mundial como regional.

Por su parte Matthias Herdegen<sup>22</sup> señala que para considerar ciertos actos como parte de la costumbre internacional se debe tomar en cuenta no solo la conducta de los Estados sino también la de los organismos internacionales, esta situación es primordial ya que en la mayoría de las ocasiones son los organismos internacionales y no los Estados, los encargados de regular que se cumplan estas costumbres una vez que son positivizadas.

### 1.3.3 *Los principios generales del derecho.*

La disputa sobre la naturaleza y valor de tales principios no ha terminado todavía porque aquí vuelve a perfilarse la lucha entre naturalistas y positivistas. Estos últimos, que se batían en retirada, niegan por supuesto que representen algo en realidad.

Sobre la naturaleza de los principios generales del derecho mencionaremos que no consisten en reglas específicas formuladas para propósitos prácticos, sino en proposiciones generales que yacen en todas las normas de derecho y que expresan las cualidades esenciales de la verdad jurídica misma.<sup>23</sup>

Son la substancia misma de los sistemas jurídicos. No se refiere a cualesquiera preceptos jurídicos de los diversos Estados que casualmente coinciden entre sí, sino única y exclusivamente a aquellos principios fundados en ideas jurídicas generales aplicables a las relaciones entre los Estados.

---

<sup>22</sup> HERDEGEN, Matthias, *Derecho Internacional Público*, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, México, 2005, p. 147.

<sup>23</sup> *Op. Cit.*, nota 1, SEPULVEDA Cesar, p. 104

#### 1.3.4 *Las decisiones judiciales.*

La jurisprudencia internacional constituye una fuente muy importante del derecho internacional moderno. Pero su carácter es más bien auxiliar, porque una sentencia internacional no puede apoyarse de manera única y exclusiva en un precedente jurisprudencial. Las decisiones judiciales no son normas, pero son fuentes a las que se recurre para encontrar la regla aplicable.<sup>24</sup>

A diferencia de la jurisprudencia interna, que es una evidencia de una costumbre, las decisiones judiciales internacionales son evidencia de reglas de derecho.

#### 1.3.5 *La doctrina.*

Por alguna razón oscura, la doctrina internacional se encuentra relajada en nuestro tiempo, a un lugar mediocre entre las fuentes oficiales. El artículo 38 la lista como un método subsidiario, meramente auxiliar. Se le ve con mucha suspicacia hoy día, cuando en el período heroico del derecho internacional, desde Vitoria hasta Vattel, la doctrina tuvo el papel preponderante para la creación de las reglas del incipiente derecho de gentes.<sup>25</sup>

#### 1.4 *Los sujetos del derecho internacional público*

La teoría de los sujetos del derecho internacional se había quedado estática, más los nuevos desarrollos de la comunidad de Estados la han puesto en situación de avance, y la hacen merecer ya un tratamiento sistemático, por ser una de las instituciones del moderno derecho de gentes que muestra movimiento y dinámica.

El sistema internacional, o la sociedad internacional, si se prefiere denominarlo así, se basa fundamentalmente en los Estados como sujetos o actores predominantes. Durante mucho tiempo se sostuvo uniformemente que los Estados eran los únicos sujetos o los sujetos exclusivos del orden jurídico

---

<sup>24</sup> *Idem* p. 106.

<sup>25</sup> *Idem*

internacional.<sup>26</sup> Solo hasta los años veinte empezó a abrirse paso débilmente la tesis de que además del Estado existen otros sujetos o actores titulares de derechos y obligaciones internacionales, y que hay una parte del derecho de gentes, cada vez más creciente, que se dirige a ellos. Esta postura no ha dejado de tener oposición, sobre todo de los positivistas, que mantienen que el único derecho internacional es aquel producido por la voluntad del estado, y que lo demás es solo una emanación subsidiaria.

Más la teoría Estado-centrista se bate ya en retirada, porque no explica correctamente lo que está ocurriendo en la vida de relación internacional, que muestra ya una estructura extremadamente compleja, y que desplaza al Estado del centro de referencia de todas las normas internacionales para colocar junto a él a otros entes corporados.

Es fácil explicarse por qué el Estado reclama el centro de la escena, ser el personaje exclusivo, el actor por excelencia. El Estado era a la vista el promotor único de los eventos mundiales. Casi sin discusión los Estados aparecían como factores de los actos que producían cambios en la distribución de poder en el mundo, miembros de las alianzas, responsables de avances territoriales, de la conquista colonial, de la paz y de la guerra, titulares de los medios de solución pacífica, esto es, de los acontecimientos más importantes de la convivencia internacional, que producían o alteraban las normas del orden jurídico internacional. Ello permitió pues la concepción de lo que consideraba “el sistema múltiple de Estados”.

Pero ese término de sistema múltiple de Estados ya no describe acertadamente el ambiente en el cual tiene lugar las actividades de otros entes. En efecto, han surgido en la escena internacional otros actores o sujetos, que poseen capacidad ya sea para producir normas o para influir en el comportamiento de los Estados.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> *Op Cit*, nota 7

<sup>27</sup> GONZALES, Martín Nuria y RODRIGUEZ Jiménez Sonia, *Derecho Internacional Privado*, México, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, 2010, p. 21.

Uno de esos actores son las organizaciones y organismos internacionales. Otros son unidades de acción que poseen poder y alcance sobre recursos naturales y económicos que son esenciales para los Estados, y pueden negociar con estos, tal como las grandes empresas transnacionales, susceptibles de imponer conductas a algunos de esos sujetos, pues les afectan política o económicamente. Otros son los bloques o agrupamientos de Estados, que también dan nacimiento a algunas normas imperativas, como el tratado de río, la OTAN, etcétera. Otros actores son las instituciones internacionales no gubernamentales. Podría mencionarse también al Vaticano, como sujeto especial. Los individuos, sobre todo en los últimos tiempos, han aparecido como sujetos dignos de importancia.

De acuerdo con la teoría usual, ser sujeto en un sistema jurídico, en este caso el orden internacional, o ser persona jurídica dentro de ese sistema entraña tres elementos básicos. Primero, el sujeto comporta deberes, esto es, se le puede exigir responsabilidad por cualquier comportamiento que se aparte de lo prescrito en el sistema del que forma parte. Después, el sujeto tiene la facultad de reclamar el beneficio de derechos frente a los demás. Por último, un sujeto tiene la capacidad para concertar relaciones jurídicas contractuales o de cualquier otra índole, con otras personas jurídicas. Señalemos también que la calidad del sujeto la confiere la sociedad internacional a través de un acto de contenido jurídico.<sup>28</sup>

La pretensión de exclusividad de la personalidad internacional de los Estados se basa en el nacionalismo, fenómeno que a su vez genera al derecho internacional. El nacionalismo conduce a que el Estado se considere a sí mismo el depositario exclusivo de la jurisdicción legal internacional. El Estado es, en las relaciones internacionales, el protagonista más conspicuo, la unidad básica de acción. En el derecho internacional el Estado es el sujeto más importante de derechos y obligaciones, y como poseedores de esa esencia misteriosa y mística que es la soberanía, son los Estados en la mayor medida los creadores formales y los beneficiarios del derecho internacional, lo cual los hace diferentes de los otros

---

<sup>28</sup> *Idem.*

sujetos. El Estado es, pudiera decirse, sujeto primario, y los otros son sujetos derivados.<sup>29</sup>

Levy explica bien el fenómeno.<sup>30</sup> Señala que existe una indudable ventaja en que los Estados sean los sujetos exclusivos. Son estas entidades las que pueden provocar, de su población, los mayores sacrificios, pues esa población ve a su Estado como una comunidad capaz de protegerle y garantizarle su existencia libre. Hay también lo que llama este autor la “pulcritud orgánica”. Los Estados son las unidades mayores en el mundo. En globo terráqueo está dividido en unidades y fincadas territorialmente, definibles. Este es un subproducto del deseo de los pueblos de organizarse como Estados, pero es un arreglo útil, porque clarifica en donde empieza una soberanía y empieza otra; lo que una unidad puede hacer o no hacer a otra. No es extraño que el derecho internacional se haya desarrollado mejor en relación a esta relación global específica. Una gran parte del derecho de gentes se aplica al aspecto territorial: fronteras, mar territorial, adquisición y pérdida del territorio, control sobre nacionales, responsabilidad del estado frente a otros. Como expresa Levy los ciudadanos pueden conocer con certeza los límites de su amada comunidad. La división es nítida, psicológica y físicamente.

Los nuevos sujetos, diferentes de los Estados, y de los que hablaremos adelante, no representan hasta ahora amago a ese arreglo básico. Han ingresado al sistema internacional sin que se haya alterado el pale de los Estados como sujetos esenciales, ni ha habido necesidad de cambiar la división del mundo en unidades nacionales.

Tampoco ha podido alterarse de modo sustancial la independencia neta de los Estados, esa independencia que en cierto modo es la razón de ser y la garantía del derecho internacional. Se teme, con alguna razón, que si se crearan sujetos dotados de autonomía y de poder, diversos de los Estados pero que

---

<sup>29</sup> HERDEGEN, Mathias, *Derecho Internacional Público*, México, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, 2005, p. 113.

<sup>30</sup> *Idem.*

fueran susceptibles de competir con estos, los Estados no lo admitirían fácilmente porque correría riesgo su monopolio en los asuntos mundiales.<sup>31</sup>

Sin embargo, contra ese cómodo y tradicional esquema de los Estados como únicos sujetos han empezado a aparecer circunstancias que lo modifican indefectiblemente. La concepción de los individuos y de los grupos sobre el Estado ha venido cambiando. Se cuestionan la supremacía del Estado y su capacidad para proporcionar por sí solo el bienestar material de los ciudadanos. Los funcionarios del Estado están constantemente sujetos a crítica y se pone en duda su aptitud para resolver los graves problemas del Estado moderno. Existe una noción más imbuida de interdependencia internacional, por otra parte y por último, el Estado, aun en el caso de que sea una potencia mayor, es vulnerable física y económicamente. Han surgido además entes intergubernamentales capaces de proveer a los Estados pequeños seguridad y bienestar material, quitando ese monopolio al Estado aislado. La sola discusión de la soberanía en los tiempos modernos revela que tal como se entiende y se aplica en el intercambio internacional, ella no es absoluta. La posición contemporánea sobre la soberanía se opone fuertemente a la noción de depositar poder absoluto en cualquier persona o cuerpo. Ello satisface las modernas necesidades de la vida internacional, y por ello puede razonarse, dice Okeke, que no debe negarse la calidad de sujetos internacionales a otros entes por el hecho de que no poseen esa substancia que es la soberanía.

Y podemos terminar con un valioso juicio del eminente jurista británico Lauterpacht “el ámbito de los sujetos de derecho internacional no está rígida e inmutablemente circunscrito por alguna definición sobre la naturaleza del derecho internacional, sino que es capaz de modificación y desarrollo de acuerdo con los requerimientos de intercambio internacional”.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> NASH, Rojas, Claudio, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción*, México, Porrúa, 2009, p.15.

<sup>32</sup> *Idem*.

Ya no puede sostenerse entonces la exclusividad de los Estados como sujetos del derecho internacional. Lentamente el papel de únicos sujetos se fue perdiendo, por más que mantuvieron una lucha enconada. Y así comenzaron a surgir sujetos tales como las organizaciones internacionales, los organismos especializados, gobiernos de facto, y movimientos de liberación nacional, y aun individuos, apareciendo como sujetos especiales.

Es verdad que los poderes constitucionales y la personalidad de los organismos internacionales depende de la voluntad de los estados que los crean, pero también es cierto que con el funcionamiento de ellos los Estados miembros individuales van perdiendo jurisdicción, y por la especialidad de la función, tales cuerpos van creando, derecho internacional diferente del que los Estados crean entre sí, pero que tiene el mismo valor que el otro. Los Estados, preocupados sin duda por el crecimiento, la proliferación y las posibilidades de estas organizaciones regatean el que puedan expedir derecho obligatorio y que tengan facultades de concertar tratados. Pero es un hecho evidente la misión que desempeñan. La facilidad de concentrarse en aspectos técnicos y específicos hacen que los estados les deleguen, a veces inconscientemente, en ocasiones automáticamente, ciertas facultades de acción, de tal manera que imperceptiblemente o no influyen en el desarrollo del derecho internacional y en la política general de la comunidad, reduciéndose la libertad de acción y de decisión de los estados que las crean.

También en ocasión al surgimiento del derecho de libre determinación, los pueblos se han convertido en sujetos. Las empresas inversionistas, de acuerdo con el muy extendido Tratado para el Ajuste de las Controversias entre Estados e Inversionistas Particulares, promovido por el Banco Mundial, coloca a estas en la situación de sujetos.

El individuo, paulatinamente, ha adquirido en algunos casos la situación de sujeto de derecho internacional.<sup>33</sup> La Corte Europea de Justicia admite a los particulares demandando a los Estados. Los movimientos de liberación nacional

---

<sup>33</sup> *Op Cit*, nota 1, pp. 481-506.

gozan de personalidad internacional. Puede afirmarse que la materia esta fluida, en estadio de progreso, pese a que el Estado no muestra gran voluntad para abandonar su posición de exaltación.

### 1.5 *Las negociaciones jurídicas internacionales*

Por negociaciones jurídicas internacionales se entiende aquellas relaciones entre Estado que producen una norma jurídica, sea general, sea particular, o bien que la derogan. Estas negociaciones jurídicas adoptan formas muy variadas, y las principales son: Congresos y Conferencias, Declaraciones, Renuncias, Protestas y de manera más destacada, los Tratados.<sup>34</sup>

#### 1.5.1 *Las conferencias y los congresos*

A veces, no hay distinción entre Congresos y Conferencias internacionales, sobre todo, en el pasado. Pero es posible establecer actualmente una pequeña diferencia. Los Congresos se orientan hoy día hacia materias técnicas, o técnico-jurídicas, y acusan, por otra parte, muchas veces un marcado carácter privado, no oficial.

Las Conferencias más bien son reuniones formales de representantes debidamente autorizados para el propósito de discutir materias internacionales de interés común para tratar de llegar a una solución con respecto a ellas.

El procedimiento habitual de la Conferencia –y también en mucho del Congreso- está constituido por una invitación que hace un Estado a otro o un organismo internacional a los Estados en él representados. En esa invitación se precisan la materias o materias sobre las que ira a tratar la Conferencia, y en ellas se determina el lugar y fecha de la reunión, y en ocasiones se envía el reglamento a que estarán sujetas las actividades correspondientes.

---

<sup>34</sup> DEL ROSARIO, Rodríguez Marcos, *Universalidad y Primacía de los Derechos Humanos*, México, IBIJUS, 2012, p. 34.

Los representantes a tales Conferencias se acreditan, si son oficiales, con plenos poderes (infra) y si son solo participantes, o la Conferencia es de carácter no estatal –Congreso- se acreditan con una simple carta o credencial. En Conferencias bien organizadas se proporciona a los delegados, además, distintivos y tarjetas de inscripción, que facilitan el intercambio y la identificación oportuna.

Por lo común, se escoge de antemano quien va a presidir la reunión Conferencia o Congreso que usualmente es el secretario de relaciones exteriores del país que expide la invitación, aunque, naturalmente, ha habido excepciones. También comúnmente se nombran comités para repartir el estudio de los problemas o las labores, y existe casi siempre un cuerpo que lleva la orientación general política y técnica de la Conferencia, que se llama Comité de iniciativas (Steering Committee) y que regula y coordina las actividades de los diversos comités. También funge este órgano como elemento para juzgar si puede presentarse a la consideración de la Conferencia algún asunto nuevo, o alguna proposición fuera del término señalado para ello. Este Comité se transforma después en el eje de la Sesión Plenaria, que es donde van surgiendo los asuntos aprobados en el seno de cada comité –o subcomité- presentados por el relator de cada uno de ellos.

Discutidos los asuntos en estas Sesiones Plenarias, los que se aprueben por ella (que deben serlo por gran mayoría) figuraran en un documento que las contiene por oren, y que se denomina tradicionalmente acta final. Ella se firma por los delegados a la Conferencia o Congreso y lo pueden ser posteriormente por otros Estados que no estuvieron representados, si lo desean.<sup>35</sup>

Las actas finales son documentos muy barrocos, pues contienen gran diversidad de asuntos: resoluciones, recomendaciones, declaraciones, homenajes, etcétera. La naturaleza tan especial de los diplomáticos hace por fuerza que estén recargados de elementos inútiles. No son documentos obligatorios, y además, los

---

<sup>35</sup> *Idem.*

Estados participantes pueden hacer reservas a ellas, al momento de firmar, con el objeto de precisar un punto o señalar una interpretación.

Pero otras veces el resultado de una conferencia es una Convención la cual se firma por los plenipotenciarios de lo países que desean quedar obligados y más tarde queda sujeta al procedimiento de ratificación.<sup>36</sup>

### 1.5.2 *Las declaraciones*

Las declaraciones son entendidas, en el campo internacional, como cuatro diferentes cosas. En una primera acepción significa la parte declarativa de un tratado, también llamada proemio. En su segundo significado, una declaración equivale a una manifestación de política o de una conducta que se piensa seguir en el futuro por una Nación o por varias. Y en este sentido la Carta del Atlántico, de agosto 14 de 1941, es una declaración. Por cuanto al tercer aspecto del vocablo, ha habido tratados que indebidamente han sido llamados declaraciones, como la Declaración de París, de 1856, sobre derecho marítimo, que es, en realidad, una convención multilateral. Finalmente, la declaración significa una manifestación unilateral que produce efectos jurídicos y estas últimas son las que propiamente deben entenderse como negociaciones jurídicas internacionales. Por ejemplo, el reconocimiento, el anuncio del bloqueo, etcétera, se traducen de modo inmediato con respecto a terceros Estados, en normas jurídicas internacionales.<sup>37</sup>

### 1.5.3 *Las renunciaciones*

Las renunciaciones vienen a ser el abandono voluntario de un derecho o de una expectativa de derecho cuando ellos son susceptibles de renuncia. La renuncia puede ser expresa o tácita. Ejemplo de la última es el caso de un territorio que pasa a ser ocupado por otra nación, la cual hace a la primera una manifestación

---

<sup>36</sup> *Idem.*

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 110.

de ello y ésta no se opone ni protesta. Se entiende que ha existido renuncia implícita.

La renuncia expresa puede ocurrir por ejemplo cuando un Estado renuncia a una reclamación a la que tiene derecho para evitar una fricción o para llegar a un acuerdo con el Estado contra el cual se tiene la reclamación.

Produce, por consecuencia, la renuncia, normas jurídicas en beneficio de otras naciones. Pero debe ser aclarado que ella vale solo en los límites precisos en que se manifiesta como efectivamente deseada.<sup>38</sup>

#### 1.5.4 *Las protestas*

Las protestas constituyen una declaración de voluntad de un Estado en el sentido de que no se reconoce como legítima una conducta o de que un estado de cosas no es aceptado, o de que un acto que otros Estados plantean realizar lesiona los intereses jurídicos del que formula la protesta.

La protesta es útil para fincar un derecho. Por ejemplo, si un país ocupa un territorio al que otro Estado tiene una pretensión, esa protesta sirve para que no se perfeccione la ocupación, y para que sea tomado en consideración el Estado que protesta. Para que sea válida la protesta ha de ser formal, y debe ser formulada por el órgano del Estado que tenga la representación internacional.<sup>39</sup>

#### 1.5.5 *Los tratados*

Los tratados son por excelencia la manifestación más objetiva de la vida de relación de los miembros de la comunidad internacional. Puede definirse, en sentido amplio, como los acuerdos entre dos o más Estados soberanos para crear, para modificar o para extinguir una relación jurídica entre ellos.

---

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>39</sup> BECERRA, Ramírez José de Jesús, *El Constitucionalismo ante los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos*, México, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Jalisco IBIJUS, 2011, p. 24.

Tradicionalmente se sostiene que los tratados deben poseer ciertos elementos y tener presente ciertas cualidades para que tengan la validez debida. Se habla comúnmente de la capacidad, del consentimiento, del objeto y de la causa. Solo los Estados soberanos pueden concertar tratados.

El procedimiento para realizar un tratado internacional comprende muchos pasos y es diferente en el caso de un tratado multilateral que en el de uno bilateral. Para concluir un pacto bilateral, lo más usual es que los gobiernos interesados se intercambien notas en las que se precisen la conveniencia y la oportunidad de llegar a un pacto sobre determinada materia.

La ratificación de los tratados es la aprobación dada al tratado por los órganos competentes del Estado, que hace que éste quede obligado por tal tratado. La ratificación es un acto complejo, que comprende varios pasos. Concluido el tratado se hace llegar a los órganos representativos del Estado, entonces dicho órgano lo somete a los procedimientos internos de discusión y de aprobación, con las recomendaciones y aclaraciones que se juzguen pertinentes.<sup>40</sup>

### 1.6 *El derecho internacional de los derechos humanos*

El tema de los derechos humanos ha cobrado importancia internacional, cada vez más creciente. Ordinariamente, los derechos humanos eran una cuestión doméstica, y competía exclusivamente al Estado tutelarlos. Los derechos del hombre brotan del derecho natural, son una emanación de este, y se positivaron en los ordenamientos internos desde fines del siglo XVIII, transformándose en preceptos claros, obligatorios para el Estado.<sup>41</sup>

Aunque ya desde el mismo siglo XVIII había existido cierta acción internacional para la defensa internacional de algunos derechos, en determinadas ocasiones, como en el caso de la protección a los cristianos maronitas en el Medio

---

<sup>40</sup> *Idem.*

<sup>41</sup> MIRKINE, Guetzevitch B., *Derecho Constitucional Internacional*, Madrid, Reus, 2013, p. 18.

Oriente por la Corona Francesa, y se dieron casos de intervención internacional en algunas partes en la centuria pasada para proteger a ciertos grupos y minorías, la verdad es que el derecho internacional de los derechos humanos, como sistema, con instituciones y con normas ciertas aceptadas por los Estados, principio a existir a partir de la II Guerra Mundial, en que surge un impulso idealista, altruista, humanitario y racional para salvaguardar los derechos del hombre conculcados o amenazados por su gobierno.

El interés internacional por los derechos del hombre principio con la célebre Carta del Atlántico, proclamada por el presidente norteamericano Roosevelt y el Primer Ministro británico Winston Churchill , en 1941, en donde se expresaron las cuatro libertades: libres de necesidad, libres de temor, libres para expresarse, libres para abrazar cualquier religión. En suma una reafirmación de la dignidad del individuo como ser humano. Era una reacción contra las terribles persecuciones dirigidas a los individuos de los países del Eje, pero al mismo tiempo una promesa, y el reconocimiento de que sin bienestar no puede haber libertad, y en el fondo, la admisión de que una nueva organización internacional debería contar con métodos y procedimientos internacionales para tutelar esas libertades básicas.

El movimiento internacional en pro de un sistema de derechos humanos empieza prácticamente en nuestro suelo, en Chapultepec, en 1945, en la Conferencia de Estados Americanos sobre problemas de la Guerra y de la Paz. Tal vez con cierto exceso, pero también en alguna forma proféticamente, la Conferencia de Chapultepec proclamo la resolución XI, llamada “Declaración de México, por lo cual se encargaba al Comité jurídico Interamericano un proyecto de convención regional sobre los derechos y deberes del hombre, y expedía la declaración IX, que proclamaba categóricamente “la adhesión de las Repúblicas Americanas a los principios consagrados en el derecho internacional para la salvaguardia de los derechos del hombre,” y se pronunciaba por un sistema de

protección internacional de esos derechos. De esa manera se reiteraba la vocación del Comité Americano hacia la libertad.<sup>42</sup>

En la literatura internacional no se ha estudiado debidamente la influencia de la Conferencia de Chapultepec sobre la Carta de las Naciones Unidas, que puede percibirse fácilmente. Por otra parte, unas semanas más tarde tuvo lugar la conferencia de San Francisco, de Organización de las Naciones Unidas. Los veinte Estados de la América Latina integraban un bloque poderoso entre las cincuenta y tantas naciones que constituyeron el sistema de la ONU. De manera que muchas de las ideas recientemente ventiladas en Chapultepec hicieron su aparición en San Francisco, en abril, y se reflejaron, en el texto de la carta.<sup>43</sup>

Lo anterior explica que en el Preámbulo de la Carta aparezcan cosas tales como la reafirmación de “la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derecho de hombre y mujeres,” y se declara la determinación de los pueblos para promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad. En los Propósitos de la Carta se menciona el de la cooperación internacional para el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción de raza, sexo idioma o religión.<sup>44</sup>

En otras partes de la Carta, por ejemplo, en el artículo 13, se observa que la Asamblea General es responsable de estudios y recomendaciones sobre el tema de los derechos humanos, y se encarga al Consejo Económico y Social, por el artículo 62 que formule recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, y la efectividad de tales derechos y libertades. Por su parte, el artículo 68 señala al Consejo Económico y Social que establezca una comisión para la promoción de los derechos humanos. En la sección de la Carta que se ocupa de territorios no autónomos y del régimen internacional de administración fiduciaria<sup>45</sup> se contienen

---

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

<sup>43</sup> *Idem.*

<sup>44</sup> ROJAS, Caballero Ariel, *Los Derechos Humanos en México*, México, Porrúa, 2013, p. 97

<sup>45</sup> Carta de las Naciones Unidas, capítulos 11 y 12.

disposiciones sobre derechos humanos, estableciendo además el derecho de libre determinación de los pueblos que habría de desarrollarse poderosamente mas tarde. Por último, los artículos 55 y 56 recogen la promesa de los Estados para actuar separada y conjuntamente, en cooperación con las Naciones Unidas para promover el respeto de los derechos humanos.

Aun con el lenguaje contundente empleado en la Carta, ahí no se imponen obligaciones para los Estados miembros, ni se establecen métodos o instituciones para la tutela internacional de ellos, ni se definen ni especifican los derechos humanos. Sin embargo, es evidente que la Carta introdujo un nuevo elemento de las relaciones internacionales, una preocupación que se insertó desde entonces en la conciencia universal sobre la necesidad de instituir y de proteger esos derechos por vía internacional, cuando es deficiente el sistema domestico de su protección, un aviso de que la comunidad internacional se proponía ir tomando acción en este campo, si las circunstancias lo justificaban. Las condiciones del mundo de la posguerra no permitían ir más allá.

#### 1.6.1 *La declaración universal de derechos humanos de 1948*

El espíritu mundial en pro de los derechos humanos llevo a nuevos desarrollos. El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas que, con forme a la Carta,<sup>46</sup> podría crear comisiones para la promoción de los derechos humanos y para hacer recomendaciones, para ello, creo en 1946, por resolución 5 la comisión de derechos humanos primero con nueve miembros y más tarde con dieciocho, representantes de los Estados, con el encargado de elaborar entre otras cosas una Declaración Universal de derechos humanos. Se creó un Comité *ad hoc* para redactar un proyecto que, aprobado, se sometió a la Asamblea General en 1948. Discutido ahí el proyecto, resulto de él la Resolución 217 del 10 de diciembre de 1948<sup>47</sup> que fue adoptado por 48 votos favorables y 8 abstenciones.

---

<sup>46</sup> *Idem*, artículos 62 y 68.

<sup>47</sup> Documento de las Naciones Unidas A/810.

Los Estados adoptaron la declaración en el entendido de que era una proclamación no obligatoria, pese a que hubo un movimiento bastante sólido para que se examinara a la vez un Pacto de Derechos Civiles y Políticos, propuesto por el Comité *ad hoc*, y que fuera rechazado por la Asamblea. Los Estados fueron bastante prudentes al conformarse solo con una Declaración, que no ofrecía caracteres obligatorios, pues las circunstancias de entonces no permitían ir más allá.

Un punto interesante, aunque desde luego más bien académico a estas alturas, consiste en analizar el valor jurídico de la declaración universal. Se ha sostenido en los últimos tiempos que los derechos humanos constituyen un principio básico de la Organización de las Naciones Unidas, y como la Carta no anuncia específicamente cuales son esos derechos humanos, la Declaración viene a complementarla. Se dice además que la carta de la ONU es un tratado, y contiene obligación respecto a los derechos humanos que no son otros que los contenidos en la declaración.

Por otra parte, se afirma, el principio básico de la buena fe en la interpretación y en el cumplimiento de los tratados celebrados obliga a descargar puntualmente las obligaciones internacionales contraídas en ellos y en la Carta existe la de tutelar adecuadamente los derechos humanos. Ahora esta discusión ya no tiene mucho sentido, por la existencia de los Pactos de las Naciones Unidas y de otros instrumentos que consagran obligaciones específicas sobre estos derechos e instituciones para velar por su cumplimiento. Conviene señalar sin embargo, que andando los años, las Naciones Unidas mismas se manifestaron en el sentido de reconocerle algún valor jurídico. Por ejemplo, la resolución 1904 de la Asamblea General, de noviembre de 1963 proclamo el deber de los Estado “de observar completa y fielmente las disposiciones de la Declaración” y la conferencia de Teheran, de 1968 se pronunció en el mismo sentido. La Corte Internacional de

Justicia, en el caso de Namibia sentencio que la Carta impone a los Estado miembros obligaciones jurídicas respecto a los derechos del hombre.<sup>48</sup>

Diremos brevemente que la Declaración Universal aunque contiene los derechos fundamentales de la persona humana, como los derechos, civiles, políticos, económicos y sociales, fue concebida como una marca a la cual llegar más adelante, ya que ella misma se autocalifica como “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse” y fue ello precisamente lo que permitió que fuera aceptada sin mayor discusión.

En la declaración se consagran los derechos a la vida, a la libertad y seguridad de la persona, el debido proceso legal, a la personalidad jurídica, a buscar y gozar de asilo, libertad de conciencia, pensamiento, expresión, asociación y privacidad. También señala el derecho de propiedad, a la participación política, a la seguridad social, al trabajo, a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales.<sup>49</sup>

La declaración como quiera que sea tuvo un impacto importante, pues sin su existencia no se hubieran construido ni los dos Pactos de las Naciones Unidas, ni las Convenciones regionales, americanas y, europea, ni se hubiesen desarrollado las funciones de los organismos intergubernamentales que tiene la misión de vigilar y proteger los derechos humanos. Por otra parte, la Declaración tuvo la importante función de familiarizar a los Estados con la noción de que el asunto de los derechos humanos no es de la exclusiva jurisdicción interna de los mismos, sino del interés general de la comunidad.

### 1.6.2 *Los derechos humanos y la política internacional*

Pronto se percibió que los derechos humanos constituyen un poderoso ingrediente en las relaciones internacionales, un factor político muy importante, que hizo

---

<sup>48</sup> PEREZNIETO, Castro Leonel, *Derecho Internacional Privado*, México, Oxford, 2009, p. 129.

<sup>49</sup> OROZCO, Sánchez Cesar Alejandro, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su recepción en México*, Segunda Edición México, UBIJUS, 2013, p. 37.

avanzar el movimiento de los derechos humanos en el mundo. En efecto en algunos casos, la observación de los derechos humanos se ha empleado como pauta para la aceptación de un régimen. En otras ocasiones, ellos han sido vehículo para lograr la libre determinación de los pueblos, o como para fundar el activismo de los grupos revolucionarios. A veces, se han empleado como fundamento de justificación de la política exterior, encubriendo objetivos que no guardan relación con los derechos del hombre. Y también se les ha usado como razón para intervenir en los asuntos de otros países, justificadamente o no. Ello hizo deseable la existencia de un orden legal, y de instituciones que menguaran el ímpetu político bilateral de los Estados, y que pudieran en cierta medida lograr el respeto de los gobiernos a los derechos humanos, alejando el aspecto de intervención, pero con la convicción de que un programa general de cumplimiento de los derechos del hombre pueda llevar una paz cabal.<sup>50</sup>

Pero de alguna manera, el rejuego entre la política y el derecho hizo progresar el movimiento universal de los derechos humanos, y condujo, al cabo de pocos años, a la celebración de tratados generales y regionales y al establecimiento de instituciones tutelares de esos derechos básicos, que encontraron un campo para su desarrollo propicio para su desarrollo funcional.

### 1.6.3 *La Convención interamericana de derechos humanos de 1969 o Pacto de San José del 22 de noviembre de 1969.*

La Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido un paso muy importante para fortalecer y para institucionalizar definitivamente la internacionalización de los derechos humanos en este hemisferio.<sup>51</sup>

Los antecedentes inmediatos de este interesante instrumento hay que verlos, en primer lugar, en la Convención Europea de Derechos Humanos y en el Pacto internacional de Derechos y Deberes Políticos de las Naciones Unidas, y en

---

<sup>50</sup> *Idem.*

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 45.

segundo término, en La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948.

Desde hacía tiempo estaban circulando proyectos de convención, procedentes de varios países, que se reunieron ante el Consejo de la OEA. Este cuerpo solicitó a la comisión que examinara tales proyectos, y que sometiera su propio anteproyecto, lo cual hizo, fusionando el suyo con los otros, que revisó. Entre tanto, en 1966, la Asamblea General de las Naciones Unidas había aprobado el texto de los dos Pactos. Esto aceleró el movimiento regional y el Consejo de la OEA resolvió solicitar opiniones de los gobiernos sobre si procedería llevar a efecto una convención regional habiendo ya una universal. Las respuestas fueron afirmativas y se sometió a los Estados miembros de la Organización el proyecto realizado por la CIH. Se convocó a una conferencia especializada, que tuvo lugar en San José Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969, para producir un texto final, que pudiera ser suscrito. La Convención tardó 9 años para entrar en vigor, hasta julio de 1978, en que se completó el número de 11 ratificaciones.<sup>52</sup>

La Convención Americana es mucho más extensa que la europea. Ella tiene 82 artículos y ahí se encuentran protegidos 26 derechos y libertades fundamentales en tanto que en la Convención Europea aparecen solo 18. Los derechos que aparecen en ambas son: el derecho a la vida, el derechos de la integridad personal, o sea protección contra la tortura y el tratamiento inhumano, prohibición de esclavitud y de servidumbre, el derecho a la libertad y a la seguridad, el derecho al debido proceso legal, la no retroactividad a la ley penal, el derecho a la vida privada y familia, libertad de conciencia y de religión, libertad de pensamiento y de expresión, libertad de reunión, libertad de asociación, protección a la familia, el derecho de propiedad, la libertad de movimiento, el derecho a no ser exilado, la prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros, el derecho a

---

<sup>52</sup> CABALLERO, Ochoa José Luis, *La Incorporación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en España y México*, Distrito Federal, Porrúa, 2009, p. 301.

elecciones libres, el derecho a un efectivo remedio legal si se violan los derechos individuales.<sup>53</sup>

Los ocho derechos que aparecen en la Convención Americana y no en la Europea o en sus protocolos son: el derecho a la personalidad jurídica, el derecho a la compensación cuando hay un desvío de justicia, el derecho de réplica, el derecho a un nombre, los derechos del niño, el derecho a una nacionalidad, el derecho de igualdad ante la ley, el derecho de acilo.

El derecho que figura en el sistema europeo de protección pero no en la Convención Americana es el derecho a la educación.

Es interesante observar que la Convención Americana, siguiendo a la Europea, admite que los Estados parte pueden suspender algunos de los derechos reconocidos en ella, por ejemplo, en caso de guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado, pero las disposiciones que adopte ese Estado deben aplicarse por el tiempo estrictamente limitado a los requerimientos de la situación, y siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que impone el derecho internacional, y no entrañen discriminación alguna fundada en motivo de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. Pero existe un mínimo inderogable que no puede ser afectado por tales disposiciones suspensivas, como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la personalidad jurídica, a la prohibición de la esclavitud, al principio de legalidad y retroactividad, la libertad de conciencia y religión, el derecho al nombre, la protección a la familia, los derechos del niño, el derecho a la nacionalidad y los derechos políticos, ni las garantías judiciales necesarias para la protección de tales derechos.<sup>54</sup>

La Convención Americana crea dos órganos para la protección internacional de los derechos humanos en la región. El primero de ellos es la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, el segundo órgano es la Corte Interamericana de los Derechos Humanos como un órgano especial de la

---

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

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 345.

OEA, y que debe ser conceptuada como un órgano autónomo, no obstante que la Convención no lo señala.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se integra con siete jueces, elegidos a título personal entre juristas de las más alta autoridad moral y reconocida competencia que tengan las calificativas requeridas para desempeñar los más altos tribunales. A diferencia con lo que ocurre con la Comisión solamente los Estados partes en la Convención pueden proponer candidato y tomar parte en la elección, pero los candidatos pueden ser de la nacionalidad de cualquier miembro de la OEA.

La corte tiene dos funciones judiciales: en primer lugar tiene la facultad de decidir controversias relacionadas con denuncias de violaciones que haya cometido un Estado parte en contravención a la Convención de San José. Esto es la llamada jurisdicción contenciosa. Pero además la corte tiene la facultad de expedir opiniones consultivas o dictámenes, o sea la facultad de interpretar la Convención y ciertos tratados de derechos humanos en procedimientos que no se refieren a la solución de controversias en los derechos humanos. Esto es, lo que puede denominarse la jurisdicción consultiva. Esta capacidad consultiva es mucho más amplia que la de la corte europea de los derechos humanos.

#### *1.6.4 El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario*

El derecho humanitario es una rama del derecho internacional de los derechos humanos y además está fundado precisamente sobre ellos.<sup>55</sup> Sin embargo, el derecho humanitario se ha manejado de manera independiente por los autores porque está muy vinculado con el conflicto armado, y porque los organismos encargados de su aplicación y de su vigilancia son de naturaleza especial, y además no gubernamentales. Pero en tanto tiene ese derecho una relación íntima

---

<sup>55</sup> *Idem.*

con los derechos humanos, es menester aquí hacer una referencia breve de esta rama especial, y conectarla con la de los derechos del hombre.

El derecho internacional humanitario tiene una historia próspera. Se inició con Henry Dunant que, consternado por la matanza de la batalla de Solferino, en 1859, llamó la atención de los soberanos sobre la ayuda a las víctimas de la guerra a través de un folleto llamado “Recuerdo de Solferino”, que condujo a la Conferencia de Ginebra de 1864, de la cual surgió la Primera Convención para Aliviar la Suerte de los Heridos en Campaña, que estuvo en vigor respecto a 12 países.

La Convención de 1864 tenía por objeto la protección de hospitales y su personal, la protección de los miembros de la población civil que hubieren albergado enfermos o heridos en sus casas, y el derecho de repatriación. Esa fue la primera piedra del edificio del derecho humanitario. Más tarde vino la Declaración de Bruselas de 1874, sobre prisioneros de guerra, que establecía un régimen sobre la captura, la internación y el tratamiento de los prisioneros y que habría de influir sobre los convenios relativos a prisioneros de guerra que surgieron en 1907 y 1949.

Puede afirmarse que el primer esfuerzo sistemático está constituido por la Convención de la Haya de 1899, relativa a las leyes y costumbre de la guerra terrestre que contiene reglas sobre el comportamiento a observar en caso de conflicto bélico, tendiendo a humanizar las hostilidades, por lo menos, a restarle brutalidad al encuentro armado.<sup>56</sup>

En 1906 se reunieron en La Haya 36 Estados para modernizar la Convención de Ginebra de 1864, sustituyéndole por una nueva con el mismo nombre o sea, Convención para aliviar la suerte de los heridos y de los Ejércitos en Campaña. No solo se protegía a los enfermos y a los heridos sino que los beligerantes adquirirían la responsabilidad para localizar a los heridos y enfermos. Continúo el movimiento al año siguiente, en La Haya, en donde se adoptó entre otras la Convención IV respecto a las leyes y costumbres de la guerra terrestre.

---

<sup>56</sup> O`DONELL, Daniel, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, México, Tierra Firme, 2007, p. 56.

Ahí se proscribían armas que causaran sufrimiento innecesario y se prohibió el bombardeo indiscriminado.

El sistema de La Haya, a pesar de aportar progresos notables para el derecho internacional humanitario, se vio desacreditado ante los ojos del mundo porque injustamente se le culpaba de no haber podido impedir la horrenda hecatombe de 1914 a 1918. Pero en su abono digamos que las potencias beligerantes observaron en grado aceptable los preceptos de esas Convenciones de La Haya, y que además, ellas fueron la base de los desarrollos posteriores. Es probable que de no haber existido el régimen de La Haya el movimiento se hubiera detenido inexorablemente, pues no hubiera habido una práctica reglamentada que probara los beneficios del sistema humanitario.

Después de la Guerra mundial y continuándose con el mismo espíritu se reunieron las Naciones en 1929 para sustituir la Convención de Ginebra de 1906 por dos nuevas: la Convención de Ginebra para Aliviar las Condiciones de los Heridos y Enfermos de los Ejércitos en Campaña, y la Convención de Ginebra relativa al Tratamiento de Prisioneros de Guerra. Pero el régimen resultaba todavía bastante primitivo.

Se necesitó el sacudimiento de la Guerra Mundial II para que se progresara un tanto y así surgieron las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949. Los cuatro convenios de Ginebra superaron en mucho el régimen anterior. La Convención I reemplaza las de 1864, 1906 y 1929. La segunda reemplaza la Convención X de La Haya de 1907. La tercera sustituye y mejora la de 1929. La cuarta confiere protección civil al territorio enemigo u ocupado en tiempo de guerra. Ella complementa las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907.<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 59.

## Capítulo 2

### La influencia del *iusnaturalismo* y *iuspositivismo* en el orden jurídico internacional

*SUMARIO: 2.1 Introducción. 2.2 Las doctrinas iusnaturalistas. 2.3 Las doctrinas positivistas. 2.4 Iusnaturalismo y iuspositivismo en la historiografía internacional. 2.5 Algunas consideraciones.*

#### 2.1 Introducción

Sin duda alguna, una de las corrientes filosóficas del derecho más emblemática y polémica por lo que a sus juicios de valor respecta, y la concepción de una fuente divina del derecho lo constituye el *iusnaturalismo*. Según esta corriente filosófica el derecho nos ha sido dado por virtud de la razón, la moral y la naturaleza misma del hombre, el cual ha sido creado a la imagen y semejanza de Dios<sup>58</sup> y por ende es menester emular y seguir los ordenamientos divinos para la existencia de una vida en sociedad.

En todo hombre siempre existirá una cierta dualidad, pues mientras que por un lado se encuentra en la búsqueda constante de la superación individual, habita también en él su lado altruista o noble, por virtud del cual no puede ser indiferente ante la desgracia o desventaja en que se encuentre la otredad,<sup>59</sup> según este principio y partiendo de la idea *iusnaturalista* de que el derecho deriva de la

---

<sup>58</sup> RAMOS, Alejandro, *La Ciudad de Dios en Santo Tomás de Aquino*, Madrid, Mar Del Plata Universidad Fasta, 2008, p. 5.

<sup>59</sup> Los otros son otros en la medida en que son diferentes de nosotros; la otredad es entonces esa posibilidad de reconocer, respetar y convivir con la diferencia; es la única garantía de la diversidad, la que, por lo demás, hace posible esa cualidad de los seres humanos de ser únicos e irrepetibles.

esencia del hombre<sup>60</sup> éste debe tener por tanto esa misma dualidad y jamás dejar de lado el aspecto moral ni mucho menos los valores.

Por tanto, en toda expresión de derecho, ya sea por virtud de una ley o de cualquiera de las distintas fuentes del mismo, siempre debe encontrarse inserta esa valoración moral, siendo entre el catálogo de valores la justicia el más representativo. Al respecto Santo Tomás, uno de los pioneros de la corriente filosófica en estudio distingue tres tipos de leyes; la ley eterna, la ley natural y la ley positiva:

Ley eterna es el ordenamiento que Dios impone al mundo, al universo y a la sociedad orientada hacia el bien. Ley natural es la expresión en la naturaleza humana de la ley eterna prescrita por Dios para todos los seres creados, la razón humana es capaz de encontrar las obligaciones morales que están inscritas en nuestra naturaleza y guiarnos hacia el bien. Y por último la ley positiva es una prolongación de la ley natural, constituye el conjunto de normas morales que le permiten vivir al hombre en sociedad.<sup>61</sup>

En esta sintonía de ideas toda ley debe ser por tanto justa y no podrá en ningún momento alejarse de su genealogía, es decir, de la ley eterna. Dios le ha concedido la inteligencia y racionalidad al hombre, sin embargo este debe vivir en constante adoración e imitación a su creador y buscar que cuando la ley se vuelva terrenal o positiva siga conservando los principios de la ley eterna, solo así podrá ser calificada de ley justa y eficaz.

El *iusnaturalismo* se subdivide a su vez en un *iusnaturalismo* teológico y un *iusnaturalismo* laico o racional, en donde según la postura teológica el derecho es eficaz toda vez que deriva de la naturaleza del hombre como hijo de Dios, y en contraposición, los laicos o racionales le otorgan esa validez en cuanto al carácter racional del mismo, es decir, que el derecho es válido por que deriva de la

---

<sup>60</sup> FLORES, Mendoza Imer Benjamín, *La Concepción del Derecho en las corrientes de la Filosofía Jurídica*, México, Oxford, p.1010.

<sup>61</sup> *Op. Cit.*, nota 1, p. 16.

naturaleza del hombre como ser racional.<sup>62</sup> Lo que resulta trascendente es que la postura laica logra una cierta emancipación del pensamiento o de la racionalidad del hombre, esto es, mientras que los teólogos le siguen atribuyendo todo al Creador, los laicos no obstante que reconocen que Dios es el origen de las cosas, del hombre y por tanto del derecho, le asignan solo al hombre esta facultad intelectual de razonabilidad.

Aristóteles definió al hombre como el *zoonpoliticon*, es decir, como el animal sociable, ya que siempre existe en éste la necesidad de vivir en concurrencia con otros hombres, de sociabilizar y cohabitar en conjunto, sin embargo para que ello sea posible es necesario que exista una regulación, reglamentación u ordenamiento al cual todos deban someterse para poder garantizar la paz y hegemonía social así como las libertades y prerrogativas universales, siendo este el principal argumento de justificación de la existencia del Estado y del derecho según la teoría del *Contrato Social* de Rousseau.<sup>63</sup>

Entre los principales precursores del *iusnaturalismo* encontramos a Hugo Grocio, San Agustín, Santo Thomas, Tomas Hobbes, Baruch Spinoza, John Locke, Emmanuel Kant, Juan Jacobo Rousseau etc.

A pesar de todos los esfuerzos y avances, la corriente *iusnaturalista* ha recibido una serie de fuertes críticas principalmente por sus antagonistas, los cuales son simpatizantes de otra de las corrientes filosóficas del derecho el *iuspositivismo*.<sup>64</sup> De hecho se ha creído que la separación de la corriente *iusnaturalista* (teológica y laica) en su aspecto racional es lo que dio cabida para tratar de explicar al derecho no tanto por la esencia del hombre como ser racional, sino que el derecho viene a ser producto de la voluntad propia del hombre.

---

<sup>62</sup> Op. Cit., nota 3.

<sup>63</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques, *Del Contrato Social, Discurso sobre las ciencias y las artes. Discurso sobre el origen y fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, Madrid, Alianza S. A., 1980, Capítulos I y II pp. 26, 27.

<sup>64</sup> ROJAS, Amandi Víctor Manuel, *Filosofía Del Derecho*, novena edición, México, Oxford, 2000, pp. 219-232 También conocido como positivismo legal, es una corriente de pensamiento jurídico cuya tesis principal es la separación entre moral y derecho, que supone un rechazo a toda relación conceptual vinculante entre ambos y que se basa en principios como el de legalidad, principio de la constitucionalidad, principio de rigidez, etcétera.

Para los *Iuspositivistas* (Augusto Comte, John Austin, Hans Kelsen, Julius Stone, Jeremy Bentham, Rudolf Von Ihering, etcétera) el elemento principal u objeto de estudio no lo constituye el contenido de la norma jurídica sino la propia norma en sí, sin importarles hacer juicios de valor, lo que importa es el procedimiento a través del cual es producida la ley así como el orden jurídico al cual pertenece y su perfecta estratificación que evite cualquier controversia entre leyes.

El positivismo jurídico comparte la aversión contra las especulaciones teológicas y las construcciones metafísicas, pues pregona la separación estricta del derecho de la ética, moral y religión, así como su independencia de toda consideración valorativa ya que se debe limitar, según Julius Stone,<sup>65</sup> a un análisis de las interrelaciones lógicas de las normas jurídicas.

En el *Iuspositivismo* el estudioso del derecho solo debe centrar su atención en el derecho en cuanto tal, no debe hacer juicios de valor sobre lo benévolo o malo que pueda resultar el contenido de la norma jurídica.

Se considera a Kelsen como el principal exponente de esta corriente pues es el primero en propugnar por una separación real de la ciencia jurídica respecto de la ideología teológica y metafísica del derecho. En su *Teoría Pura del Derecho* asevera que el objeto de la ciencia del derecho lo constituyen las normas jurídicas,<sup>66</sup> para él lo importante es el proceso de formación de las normas y su validez extrínseca sin tomar en cuenta si estas pueden llegar a ser justas o injustas.

Estas dos corrientes filosóficas del derecho resultan importantes dentro del presente trabajo ya que ambas aportan cuestiones demasiado interesantes, se podría llegar a analizar cada una de ellas de manera exhaustiva y denotar las virtudes que en particular ofrecen, sin embargo, de momento lo que resulta

---

<sup>65</sup> STONE, Julius, *The Province and Fuction of Law*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University, 1961, p. 31.

<sup>66</sup> KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1986, P.83

trascendente es la influencia que ambas han tenido con respecto a la vida y a los hechos en la esfera internacional.

Por otra parte, hoy en día también se habla de una tercer corriente filosófica del derecho denominada *iusrealismo*, incluso de una teoría tridimensional, no obstante ello en el trabajo que ahora nos ocupa se ha optado por analizar únicamente a las dos corrientes ya citadas toda vez que la disputa más marcada se ha librado entre estas, dividiendo a los juristas en iusnaturalistas y iuspositivistas, además de que los hechos que a continuación se refieren tengan tintes de una u otra.

## 2.2 Las doctrinas iusnaturalistas

Las doctrinas internacionales que, hacen descansar al derecho internacional sobre el derecho natural, son llamadas naturalistas, y en oposición a ellas existen las denominadas positivistas, que trata de fundamentarlo solo en la voluntad de los Estados. Entre ambas existe una separación irreductible.<sup>67</sup>

Francisco de Vitoria (1492-1546) haciendo una generalización se puede anticipar aquí que Vitoria es el creador de la teoría iusnaturalista internacional. Francisco Suarez; otro de los teólogos juristas, es el filósofo sistematizado de ella, y Grocio, por su espíritu metódico y erudito, tuvo que ser el vulgarizador de esta teoría. Cada uno de estos tuvo frente así un fenómeno peculiar que influiría en el desarrollo del derecho de gentes. Vitoria hubo de considerar los nuevos problemas de la conquista de América; a Suarez correspondió en su tiempo la situación especial de los jesuitas en el siglo XVII, el embate de la reforma, y el fraccionamiento del imperio germánico, y a Grocio le toco observar la moderna conducta de la guerra y la formación de una pequeña agrupación de los Estados en lucha constante y competidora. Por ello es que los problemas en cada uno de ellos fueron tratados tan especialmente.

---

<sup>67</sup> SEPULVEDA, Cesar, *Derecho Internacional*, Decimoséptima Edición, México, Porrúa, 1996, pp. 13-35.

Es fray Francisco de Vitoria, el organizador de la doctrina natural *ius* internacionalista. A la vez, este insigne maestro es el fundador de la escuela hispánica del derecho de gentes. Vitoria, burgalés de origen, catedrático de Prima Teológica de la famosa universidad de Salamanca nace en 1480, 1483 o 1492, y muere en 1546. De confirmarse la última fecha. Vitoria nació con América, bajo un signo feliz. Perteneció a la orden de los dominicos, y tal vez esa circunstancia provocara la orientación definitiva de este teólogo hacia ciertos problemas en que esta selecta orden de monjes tomo activa y denodada participación, en la cuestión de los indios. La llamada problemática indiana, iniciada por el vibrante Fray Bartolomé de las Casa, obispo de Chiapas, y como Vitoria, dominico, en un bando, y en otro, Juan Ginés de Sepúlveda, el cronista regio cordobés, se desenvolvió en torno a los derechos de los naturales de América, y a los llamados “justos títulos” de la conquista. Los dominicos sostuvieron con firmeza, desde la junta de teólogos de Valladolid, que no era lícito, y si contrario al derecho natural, desposeer a los indios.<sup>68</sup>

El maestro Salmantino no publicó obra. Se conocen sus enseñanzas por que fueron recogidas por sus discípulos, a la manera de apuntes de cátedra que luego el profesor enmienda, aunque tal vez en algunas ocasiones fuesen textos del mismo Vitoria, corregidos como notas de conferencias. Se conservan principalmente, las llamadas Reelecciones (Relecciones) o sean repeticiones de cátedra, dispuestas por temas ordenados, para facilidad de la enseñanza. Las Reelecciones Theologice comprenden usualmente las de *Indis Recenter Inventis*, *de iure belli Depostate Civile* y probablemente corresponde a clases impartidas desde 1539 a 1543, pero sin comprobación.<sup>69</sup>

El concepto de derecho de gentes de Vitoria es una noción apartada un poco de la concepción agustiniana y tomista, pero en el mismo orden de ideas. Naturalmente, Vitoria quita al *ius Gentium* todo lo que no es humano, y procura darle un contenido propio. Además, la concepción Vitoriana del *ius Gentium* se

---

<sup>68</sup> TERAN, Juan Manuel, *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 2012, p. 225.

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

funda ya en una noción novedosa de comunidad internacional, laica, y con ello valerosamente rompe con una tradición y un orden establecido: la tesis de que la comunidad humana solo puede existir en la religión católica. Se sale Vitoria de la definición de Gayo, en las institutas: *Quod Naturalis Ratio Inter Omnes homines Constituit, Vocatur Ius Gentium*, para explicar su ortodoxa concepción del derecho de gentes. En efecto, el dominico, alterando brillantemente el texto, dijo: *Quod Naturalis Ratio Inter Omnes Gentes Constituit, Vocatur Ius Gentium...* y sobre esa definición constituye su tesis fundamental de que el derecho de gentes brota de la sociedad internacional: *Ex Communi Consensu Omnium Gentium Et Nationum*.<sup>70</sup>

El derecho de gentes surge de la sociedad, de la sociedad natural, de las relaciones entre los pueblos; no entre todos los hombres considerados individualmente sino entre los hombres agrupados en naciones, y en esto ha de verse una superación de la doctrina tomista de la comunidad cristiana, y un positivo adelanto. Ahí está el mérito de Vitoria, el primero en haber intuido el nuevo orden jurídico.

Otra notable aportación de Vitoria al incipiente derecho internacional de su época es el concepto de la guerra en el orden jurídico universal. Lo que se venía llamando la “teoría judicial” de la guerra, de las enseñanzas de Santo Tomás de Aquino, se desenvuelve elegantemente en la *relectio* segunda de *indis, sive iure bello*, para formar un auténtico sistema. Trata ahí con sabia argumentación el maestro de Salamanca de la guerra justa y la guerra injusta, de la ofensiva y defensiva, lo ilícito de la guerra, los prisioneros, etcétera, al grado que muchos de estos conceptos se antojan completamente modernos.<sup>71</sup>

Tomando en consideración lo primitivo de las relaciones internacionales de entonces, y lo férreo de la tradición teológica, que impedían cualquier desviación, emerge, Vitoria con gran señorío, con enorme valor, y con excesivo talento para formar los cimientos de una ciencia jurídica enteramente nueva. Con todos los

---

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 268.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 279.

defectos que pudieran advertirse en sus textos, Vitoria tuvo el destello del genio creador.<sup>72</sup>

Fernando Vázquez de Menchaca (1512-1569). Otro de los genuinos padres de la teoría Española del derecho de gentes es Menchaca, oriundo de Valladolid. Se le menciona como fundador del principio de la libertad de los mares, aunque, como vimos, la originalidad en este tema la tiene Vitoria. Representativo de ese formidable espíritu místico y católico del español, Menchaca acudió al Concilio de Trento, en donde destacara y tal vez su participación no fue pequeña en los cañones que resultaron de tal Concilio que vino a modernizar y a salvar para después la religión católica.<sup>73</sup>

El sistema de raciocinio de Vázquez de Menchaca es el usual de los teólogos: sentada una premisa fundamental, de ahí se sucede la exposición de las consecuencias de ese primer principio. Ello es advertible en su obra más conocida: *controversiarum, aliarumque usu frequentum, libri tres* 1563, pues señala:

...todo poder legítimo de príncipes, reyes, emperadores o de cualquier otro régimen ha sido instituido, creado, recibido o simplemente admitido, única y exclusivamente, para bien de los ciudadanos, no para utilidad de los que gobiernan.

Este principio fundamental, que causa al jurista vallisoletano como talentoso, independiente y agudo, le sirve mas adelante para hacer derivar consecuencias que permitan resolver cuestiones jurídicas concretas, o sean las controversias arduas, graves o egregias que Menchaca trata de resolver en su obra.

Sosteniendo, como lo hizo tan enérgicamente Vitoria, que ni el Papa ni el Emperador son los únicos señores del universo, agrega el de Valladolid que tal

---

<sup>72</sup> *Idem.*

<sup>73</sup> HERNÁNDEZ, Franco Juan Abelardo y CASTAÑEDA, Daniel H., Curso de Filosofía del Derecho, México Distrito Federal, Oxford, 2009, p. 161.

imperio viene a contrariar la solidaridad internacional. Esto es un reforzamiento de la tesis que genéricamente expusieron los maestros hispanos de esta escuela.<sup>74</sup>

Sistematizo Vázquez de Menchaca sobre la libertad de los mares, bordando un poco sobre el *Ius Communicationis* de que había hablado Vitoria, pero agregando una concepción personal: el mar es libre porque es de las cosas que no pueden prescribirse. En el segundo de los libros que integran las controversias, y que se ocupa de la prescripción, establece Vázquez el principio fundamental de que los lugares públicos y comunes no pueden usucapirse, porque son de todos y no de nadie en particular y siendo el mar un lugar público,. Luego es de todos y ninguno puede reclamar para sí una porción, porque vendría a contrariar el derecho general de los pueblos de poseer derechos sobre tales porciones. Influyo esta doctrina directamente en Hugo Grosio.

No es esa la única contribución de Menchaca al naciente derecho de gentes. Es posible entrever en sus escritos la idea de la primacía de la solidaridad internacional por encima de las Convenciones de un Estado en particular. Mantiene así mismo la idea de comunidad internacional, que establece derechos y deberes también internacionales. Vázquez de Menchaca debe ser considerado como un fino crítico y como un depurador elegante dialectico, amén de un doctrinario democrático.<sup>75</sup>

Baltazar de Ayala. Aunque está incluido en la escuela hispánica del derecho de gentes, este autor no fue religioso figuro como auditor general de ejército español de los países bajos, y en 1581 escribió un pequeño tratado, que se llama *De Jure Et Officiis Bellicis Et Disciplina Militari*, dedicado especialmente a los ejércitos en Campaña y que repite alguno de los conceptos de los predecesores. Habla, por ejemplo, de un *ius humanae societatis* que tiende a preservar la paz entre los pueblos, y en esto es un seguidor de Vitoria y un continuador de la concepción de la comunidad internacional.

---

<sup>74</sup> CARPINTERO, Benítez Francisco, *Historia breve del Derecho Natural*, Madrid, Colex, 2000, p. 35.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 40.

Los demás temas que aparecen en el libro de Ayala son: el concepto de guerra justa, sanciones en la guerra, represalias, tratados entre los beligerantes, (conteniéndose aquí en embrión el principio *de Pacta Sunt Servanda*) y el estudio sobre los legados diplomáticos, esto último bastante rudimentario.<sup>76</sup>

Puede ser considerado Ayala como el creador de derecho militar de los ejecitos en Campaña y su influencia sobre Grosio fue preponderante.

Francisco Suárez, gran filósofo del derecho de gentes de la escuela hispánica y, a la vez, el que clausura esta brillante manifestación intelectual. Natural de Granada, jesuita, dotado de gran capacidad de trabajo, intransigente con los heréticos, ha sido considerado como el talento más ilustre de la compañía de Jesús. Felipe II lo nombro profesor de teología en la vetusta universidad de Coímbra, en Portugal, en 1596, en los tiempos en que España dominada en toda la península Ibérica. Esta catedra la desempeño hasta su muerte.<sup>77</sup>

En realidad, las preocupaciones de Suarez hacia el derecho de gantes son accidentales y subordinadas, porque eran otros puntos de teología general los que dominaban su mente.

Suárez trata del *Ius gentium* y del derecho natural en la introducción de *De Legibus*, de una manera muy general, y más ampliamente, en el libro II. Sigue en lo fundamental la obra teológica de Santo Tomas. En la introducción trata de explicar los tres conceptos torales: la ley eterna, el derecho natural y el *Ius gentium* o derecho de gentes.<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> *Idem.*

<sup>77</sup> *Op. Cit.*, nota 68, p. 166.

<sup>78</sup> *Ius gentuim* y derecho internacional en estos teólogos no son la misma cosa, aunque son conceptos próximos, porque la noción de *Ius gentium* abarca el derecho civil y el derecho público interno y solo de una manera secundaria se refiere a las relaciones entre los pueblos; es en otra época más cercana a la nuestra donde se encuentra el concepto *Ius gentium* ya similar al derecho internacional.

En Suárez, el *Ius gentium* constituye una forma intermedia entre el derecho natural y la ley humana, pero principalmente en la forma como se integra y por el consentimiento. El derecho natural existe pero es *per se*, es inherente.

En el sistema suarciarcano, el derecho natural es un derecho necesario, en tanto que el derecho de gentes es un derecho contingente, porque sus elementos son la libre voluntad y en su caso la moral, que son elementos mutables y contingentes, y precisamente fundado en eso mismo señala otra diferencia el filósofo: el derecho natural es de origen sobrenatural (fuera de hombre) e inmutable, en tanto no cambia la naturaleza humana, esto es, mientras la naturaleza humana siga siendo la misma, el derecho natural seguirá siendo también y correspondiendo el mismo, en cambio el *Ius Gentium* se basa en la expresión de la voluntad común y en el deseo de los seres humanos, y es mutable, como lo son la voluntad común y los deseos humanos y nace, no de la necesidad natural inherente a la naturaleza humana, sino solo de las necesidades que surgen en la sociedad organizada.

## 2.3 Las doctrinas positivistas

### 2.3.1 Los predecesores

Richard Zouch (1590-1660). El eslabón entre la escuela naturalista y la positivista resulta ser Zouch, inglés que fue como Gentil, profesor de derecho civil de la universidad de Oxford y de la misma manera que *Gentili*, hubo de dictaminar sobre los derechos de un diplomático criminal. En el caso de Zouch, don Pantaleón Sá, hermano del embajador de Portugal en Inglaterra, en 1653, dio muerte a un súbdito británico, y enjuiciado que fue, el tribunal, con apoyo de una opinión de este autor que resolvía no cabía la excepción de la inmunidad diplomática, lo condenó a muerte.

Ya para entonces había publicado *Iuris Et Iudicii Feciales, Cive Ius Intergentes* (1650). En esta obra pretende abandonar el concepto de *Ius Gentium*,

ambiguo e impreciso, y que no definía la naturaleza de los derechos entre los Estados, y, mejorarlo con el *Ius Facile* asemejándolo a esta institución romana.

Pero el nombre no satisfizo, pues no podía establecerse una comparación útil entre uno y otro. Quizá el nombre de *intergentes* que ya había usado Vitoria para designar este orden jurídico, resultara mucho más adecuado, pero no logro adelantarse en el futuro. Ha de reconocérsele a Zouch, sin embargo, su espíritu de independencia.<sup>79</sup>

No abandona Zouch por entero el derecho natural como base de derecho internacional e inclusive se advierte cierto propodito naturalista al hablar de la comunidad de pueblos y firma que la costumbre debe ser congruente con la razón, pero prefiere deducir el derecho de la costumbre y de los tratados, y en este aspecto resulta el precursor de la escuela positiva. Sus ideas, empero, no son muy destacadas y su contribución a la ciencia del derecho internacional es más detalle que de principios.

Cornelius Van Bynkershoek (1673-1743). Fue sin duda el autor mas distinguido de su época, y uno de los que más influyeron en la doctrina del derecho marítimo internacional. Desde muy joven ejerció la judicatura como Magistrado del Tribunal Supremo de la Provincia de Zelandia, actividad que habría de proporcionarle claridad de estilo y precisión en la formula.<sup>80</sup>

El gran ideal del derecho de gentes había sido la reunión de la razón y de la costumbre en un cuerpo armónico de normas, en donde hubiese el deseado equilibrio entre ambas. Grosio es sin duda el representante más genuino de esa corriente. Pero Bynkershoek, holandés como aquel, prefirió a la costumbre como a la integradora de este orden jurídico. Ello fue asi porque Bynkershoek tenía sobra

---

<sup>79</sup> *Op. Cit.*, nota 63 Juan Manuel Terán, pp. 226-230.

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

de jurista, pero esencia de filósofo. Tenía que derivar por fuerza hacia el positivismo.<sup>81</sup>

Hacia 1702 publicó *De dominio maris disertatio*, un tratado más bien estrecho, que continúa los argumentos de Grosio sobre los problemas legales del mar. Su razonamiento para mantener la libertad de los mares es bastante débil, pues arguye que no habiendo caído el océano en la posesión de ningún monarca, no es ya susceptible de apropiación. Carece, pues, de la frescura y del talento de un Vitoria o de un Vázquez de Menchaca. Sus aportaciones más estimables son el concepto de mar territorial, que asimila al territorio del Estado, y la regla de que la potestad sobre la tierra se extiende hasta donde alcance la fuerza de las armas. Años más tarde, en 1782 Ferdinan Galeani habría de calcular el alcance del cañón en tres millas, y de ahí data la famosa “regla de las tres millas” tan favorecida por Inglaterra y los Estados Unidos.<sup>82</sup>

En 1721 da a luz Bynkershoek un segundo ensayo, de foro *legatorum*, y destinado al estudio de la institución diplomática, que ha sido juzgado como excelente tratado. En 1737 publica su obra más importante, *Questiones Iuris Publici, Libri Dou*, que contiene la esencia de su pensamiento sobre el derecho de gentes. Ya puede advertirse en este autor una correcta identificación entre el *Ius Gentium* y el derecho internacional. Realza aquí la importancia de los tratados como evidencia de una costumbre. Para Bynkershoek la costumbre crea la norma jurídica internacional, mas no una costumbre cualquiera, sino la que explica y controla por la razón.<sup>83</sup>

Las aportaciones de este autor al derecho internacional son muy de tomarse en cuenta. Él es el creador, por ejemplo, de la noción del mar territorial. Desarrolla hábilmente el concepto de neutralidad, que habría de convertirse en clásico. También su manejo de la institución del bloqueo es muy aceptable. El tema de las presas marítimas también es tratado con eficacia por el maestro

---

<sup>81</sup> GONZALEZ, Uribe Héctor, *La Ciencia del Derecho durante el siglo XX*, México, UNAM, 1998, p. 1025.

<sup>82</sup> *Idem*.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 1030.

holandés. Sobre los pactos internacionales escribió con lucidez y penetración, refiriéndose con alguna extensión al difícil punto de la cláusula *Rebus Sic Stantibus*.<sup>84</sup>

Bynkershoek fue un autor de mucho éxito, por la forma sencilla y clara con que están redactadas sus obras. Muchas resoluciones internacionales y de la Suprema Corte de los Estados Unidos se han fundado sobre las enseñanzas de este brillante y práctico jurista.

Emerich de Vattel. El Suizo Vattel (1714-1767) es sin duda una de las más destacadas figuras entre los autores clásicos, y ofrece la particularidad de enlazar la época antigua con la contemporánea. Sigue muy de cerca a Wolff en el punto en que el derecho de gentes voluntario toma su fuerza obligatoria del consentimiento implícito o presunto de las naciones, el derecho convencional de su consentimiento expreso y el derecho consuetudinario de su consentimiento tácito. Pero se advierten diferencias en cuanto hace al establecimiento del derecho de gentes voluntario.<sup>85</sup>

El derecho de gentes es solo el derecho natural aplicado a las naciones, o sea que los Estados están absolutamente obligados a observarlo. El derecho de gentes es necesario porque las naciones lo tienen que obedecer. Las normas del derecho natural son obligatorias para los Estados, de la manera que lo son para los individuos, y ello es así porque los estados están compuestos de hombres y el derecho natural obliga a todos los individuos, cualesquiera que sean sus relaciones entre ellos.

Vattel, es un liberal contractualista. De ahí que su idea de igualdad de los Estados esté fundada precisamente en la nación del estado de naturaleza, en la que todos los miembros bien juntos y no reconocen otras leyes que las de la naturaleza misma o las del autor de ella. Empero, al dejar de lado el concepto Wolffiano de *Civitas Maxima*, y al suplantarle por la idea naturalista de “sociedad

---

<sup>84</sup> GOMEZ, Gallardo Perla, *Filosofía del Derecho*, México, IURE, 2008, p. 71.

<sup>85</sup> *Idem*.

de naciones”, no llena de ninguna manera el hueco que queda con el abandono de la idea de comunidad. En el sistema de Vattel, cada Estado conserva su individualidad independiente, y este principio habría de conducir a un retroceso en la ciencia del derecho internacional.<sup>86</sup>

Destaca el autor Suizo en algunas instituciones del derecho internacional. Así, por ejemplo, merecen señalarse sus teorías sobre la ocupación de territorios, bastante prolijas y fundamentales. También en la materia de los tratados Vattel contribuye poderosamente, sobre todo en lo que se refiere al tema de la interpretación de los pactos internacionales, donde resulta un hábil y detallado analista.

Sin embargo, no puede decirse que este publicista sea un autor original y profundo. Mas bien resulta, como lo expresa La Pradelle, un agradable intermediario entre la ciencia de Wolff, más fresca y mas penetrante, aunque complicada, y la política de fines del siglo XVIII. No está destinado a influir sobre los juristas bien preparados por la ligereza y la ambigüedad de su pensamiento, pero prepondero, en cambio, sobre las mentes menos jurídicas de los diplomáticos y de los cónsules. Es paradójico, por tanto, que muchos tribunales internos e internacionales, hubiesen recurrido a su opinión para apoyar una sentencia. Dickinson, por ejemplo, informa que la Suprema Corte de los Estados Unidos utilizo sus juicios en mas de 60 ocasiones, y las partes lo citaron en 92 de 142 pleitos. Todavía en 1911, en la sentencia del caso del Chamisal, se invocó su autoridad, y es frecuente observar referencias de el en varias de las decisiones de las Comisiones Mexicanas de Reclamaciones, que funcionaron de 1927 a 1934.<sup>87</sup>

Su preponderancia se explica quizá por el tremendo desarrollo que se observa en los problemas jurídicos internacionales después de las guerras Napoleónicas, y la ausencia de algún otro autor moderno de formación más completa. También por el hecho de haber escrito en idioma francés, muy utilizado

---

<sup>86</sup> FONDEVILA, Gustavo, *Filosofía del Derecho*, México, Oxford, 2010, p. 1.

<sup>87</sup> *Ibidem*, pp. 2-36.

en la época subsecuente, y sin duda porque su libro *Droit Des Gens* publicado en 1758 es de fácil acceso. No debe despreciarse tampoco, por otra parte, que sus ideas estaban revestidas de liberalismo. Con Vattel se cierra el llamado “periodo heroico” del derecho internacional, y esta disciplina entra en seguida en una etapa peculiar, que marca un cierto retroceso en el desarrollo que traía la ciencia de este orden jurídico.

### 2.3.2 *Los positivistas sistemáticos*

Puede darse el nombre de “sistemáticos” a los autores posteriores q Vattel, todos ellos positivistas que postularon desde fines del siglo XVIII y durante todo el XIX, presentando el orden jurídico internacional de una manera metódica y hasta cierto punto científica, en grandes síntesis.

En realidad, el imperio de los escritores de este grupo se extiende hasta la Primera Guerra Mundial, pues esta contienda parece constituir el límite entre dos épocas de pensamiento, cada una de características bien diferentes.

Este conjunto de autores influyeron posteriormente en el pensamiento internacional. sus obras se caracterizan por el despliegue de minucia y el recargo de antecedentes históricos: constituyen colecciones muy importantes de tratados, de documentos, de sentencias y de precedentes.

El primero de ellos es Moser (1701-1785) quien seguramente es el auténtico predecesor del positivismo del siglo XIX. Moser es partidario de un derecho internacional positivo, separado por completo del derecho natural. Proyectó una teoría de la experiencia pura en derecho internacional.

Tras de Moser figura el profesor alemán Gerog. Frederic de Matens (1756-1822) profesor de la universidad de Gottingen. Escribió en francés un libro *Precis De Droit De Gens Moderne De l' Europe*, en 1789. Aquí aparece ya el derecho de gentes como disciplina autónoma. Matens es quien introduce en el léxico internacional la frase “los derechos fundamentales de los Estados” (absolutos, inalienables) que ha provocado tantas discusiones. Fue Matens el primero que

buscaba una nueva estructuración, distinguiendo al objeto del sujeto del derecho internacional. Pero no puede decirse que en estos autores se encuentre una auténtica sistematización.<sup>88</sup>

Después de ambos, el positivismo se recrudece, y a lo largo del siglo XIX, y sobre todo en la segunda mitad de esa centuria, aparecen los grandes tratados, de enorme aparato, formados con enormes recopilaciones de pactos, de documentos y de sentencias judiciales, a veces arbitrariamente utilizados. El derecho natural, que poseía un fresco encanto, fue relegado. Se enfatizó el derecho del consentimiento del Estado como un derecho inalienable y absoluto.

#### *2.4 Iusnaturalismo y Iuspositivismo en la historiografía internacional*

Pues bien, después del análisis sucinto de lo que ha sido el derecho internacional público, así como del contenido que deberían de tener las leyes según el *iusnaturalismo*, nos encontramos ahora con la problemática de que es lo que debe entenderse por justicia, este valor hegemónico que según San Agustín y Santo Tomás<sup>89</sup> debe imperar en toda norma jurídica y que ya desde Platón se determinaba la dificultad para definirlo.<sup>90</sup>

Según Platón la justicia es el dar a cada uno lo que le pertenece,<sup>91</sup> después de él han sido un sin número de filósofos y juristas los que han intentado dar una definición más amplia y completa de la categoría "justicia" pareciéndonos el mejor o más correcto desde el punto de vista jurídico el dado por el emperador Ulpiano:<sup>92</sup>

*Iustitia est constans et perpetua voluntas sunt quinque tribuere*, la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo que le pertenece

Sin embargo cómo sería posible pensar en la ley y, en su redacción lograr incluir el derecho de todos para que este encuentre siempre relación con la

---

<sup>88</sup> *Op. Cit.*, 63 Juan Manuel Terán, p. 230.

<sup>89</sup> Véase, AQUINO, Santo Tomás de, *Suma Teológica*, Buenos Aires, Club De Lectores, 1949.

<sup>90</sup> Véase, PLATÓN, *La Republica*, México, UNAM, 1971, Libros uno, dos y nueve.

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

<sup>92</sup> VENTURA, Silva Sabino, *Derecho Romano*, México, Porrúa, 2000, p. 47.

justicia, toda vez que el término es subjetivo por antonomasia, pues lo que pudiere parecer justo para unos cuantos para la otredad parecería injusto. Mientras que para el que acusa a una persona por robarle un pedazo de jamón le pareciera justo que esta pague y se le encarcele, para el delincuente sería totalmente injusto que le priven de su libertad por haberle dado satisfacción a una necesidad tan primigenia como lo es el alimentarse.

Así como el burdo ejemplo antes mencionado existen miles de circunstancias en que no se pueda llegar al acuerdo de lo que resulta justo o injusto y, es precisamente con este tipo de problemas con los que se enfrenta el legislador ya sea nacional o internacional al momento de redactar la norma jurídica.

Ahora bien, será precisamente es este apartado en donde entremos al análisis de la influencia que ha tenido el orden jurídico internacional por parte de las corrientes filosóficas del derecho (lusnaturalismo, luspositivismo), en donde trataremos de dejar sembrada la semilla de la crítica para los futuros juristas respecto a las justificaciones o no que se hayan tenido para obrar en la esfera internacional con tintes de una u otra corriente.

Cuando el hombre vivía en aquel estado de naturaleza cuidándose siempre del semejante por existir en él un sentimiento de homofobia y, en donde nada le pertenecía a título de propietario, fue necesario realizar la referida cesión voluntaria de sus derechos para con ello lograr crear ese *leviatán* llamado Estado, por virtud del cual lograría ver salvaguardados sus bienes y derechos que antes se encontraban en la posibilidad de ser arrebatados por otro hombre que le pudiera someter a través de la fuerza física.<sup>93</sup> Este es salto que se da de aquel estado de naturaleza a un estado de derecho con el cual es indispensable que aparezca la ley.

---

<sup>93</sup> *Op. Cit.*, nota 7, pp. 29-40.

Con la creación del Estado surge también la necesidad de instaurar un orden jurídico del cual el Estado pueda echar mano para poder cumplir con las finalidades por las cuales fue establecido como organización política. Surge así el derecho impregnado de tantas bondades, valores y principios a través de los cuales, los hombres que habían dejado su estado natural para constituirse en un estado de derecho, verían garantizados sus intereses.

Sin embargo, no fue posible cortar de tajo aquella personalidad salvaje del hombre social recién nacido, el cual solo conocía la ley del más fuerte y que no podría por tanto adaptarse radicalmente al estado de derecho respetando las prerrogativas de los más débiles, por lo que fue indispensable que el Estado estableciera las bases para la correcta convivencia social, lo cual hizo por medio de la ley y para asegurarse que esta sería observada y respetada le aparejo una sanción, así el sujeto que vulnerara la ley se haría acreedor a una pena que la colectividad conocería, con la finalidad de que, quien se encontrase en una situación similar conocería cual sería la consecuencia.

Fue así como aquel derecho (lleno de valores, principios, costumbres, etc.) que era producto de una colectividad se redujo exclusivamente a ser visto como ley, y que con el paso del tiempo ésta se posicionara como la fuente hegemónica del derecho. Principio por demás positivista.

Por otro lado, como ya ha quedado mencionado desde los albores del derecho internacional público existía ya la disputa entre *iusnaturalistas* y *iuspositivistas*, la postura que adoptaban aquellos pensadores que le negaban toda calidad de ciencia jurídica al citado derecho de gentes era una postura *iuspositivista* puesto que para ellos era requisito indispensable que toda ley y toda disciplina jurídica cumpliera con las formalidades generales (bástese con notar que el primer pensador en definir al derecho de gentes, Bentham, pertenece a esa corriente).<sup>94</sup> Por el contrario aquellos que lo reconocían como rama del derecho y que participaban en los convenios internacionales en donde se seguía un principio

---

<sup>94</sup> *Op. Cit.*, nota 14.

de buena fe y se le atribuía a Dios el papel del órgano supremo y sancionador asumían una postura *iusnaturalista*.

Otro suceso internacional vestido de tintes ideológicos *iuspositivistas* resulta con la creación de la Sociedad de Naciones, aunque pudiera llegar a decirse que su creación atendía a fines más *iusnaturalistas*, el resultado que el mismo arrojó al orden internacional es por demás evidente. Pues durante mucho tiempo se aseveró que la misma no fue capaz de dar un argumento válido a la Alemania Nacé y desde luego positivista para evitar la declaración de la Segunda Guerra Mundial.

Este suceso (La Segunda Guerra Mundial) es el referente más claro de lo que una postura positivista puede llegar a legitimar, las atrocidades que en voz del derecho positivo se realizaron a la humanidad entera denotan la necesidad por demás, de que la norma jurídica jamás deje de lado las cuestiones valorativas, a la moral, la ética, la metafísica, los principios filosóficos con que nace el derecho, etcétera.

Después de la experiencia de un sistema positivista en el cual la ley y las mayorías legitiman todo abuso del poder, se pensó en la creación de un nuevo órgano internacional que se basara en los principios del derecho natural, por virtud del cual se garantizara la solución pacífica de los conflictos entre naciones, se velara por la paz y la justicia internacionales así como la libre autodeterminación de los pueblos, fue la Organización de las Naciones Unidas,<sup>95</sup> fundada el 24 de octubre de 1945 en San Francisco California por 51 países el organismo internacional que se encargaría de tratar de garantizar tales finalidades.

Actualmente se habla de derechos humanos y de todo un fenómeno de globalización que seguramente tendrá detrás suyo alguna influencia ideológica. Como tal la institución de los derechos humanos viene asediada por aquellos principios del derecho natural, un tanto cuanto difuminado claro está, sin embargo

---

<sup>95</sup> *Op. Cit.*, nota 15.

en la mayoría de las constituciones democráticas no se piensa ya solo en el derecho de las mayorías sino también en el de las minorías en cuanto parte integrante de la nación así como de la diversidad cultural que conforman los Estados vigentes. Por otro lado, el fenómeno de globalización podría atender más a intereses económicos y empresariales que han visto en las legislaciones todavía positivistas la posibilidad de expandirse por todo el orbe.

Sin embargo por muy optimista que se quiera ser y a pesar de los avances que se podrían confrontar, siguen existiendo en la vida internacional violaciones a los referidos derechos humanos, la ONU ya no es tanto como en sus inicios un organismo respetable, existen cuestiones políticas que cambian por completo a las instituciones y las contaminan, por decirlo así, en virtud de ciertos intereses individuales. La democracia ha quedado solo como un principio al cual alcanzar y no del cual partir, esto atiende en el muy personal punto de vista a que solo nos hacemos hacia el lado que convenga y nuestra postura resulta temporal y relativa.

### *2.5 Algunas consideraciones.*

Es así como la vida jurídica internacional se ha visto influenciada de una u otra corriente filosófica del derecho, sin embargo, como ya lo decía el Maestro Eduardo García Máynez<sup>96</sup> en un discurso sobre *iusnaturalismo versus iuspositivismo* “tal debate merece ya un descanso y debe quedar justamente situado como un capítulo más de una buena historia de las ideas político-jurídicas”

Lo cierto es, que el vocablo derecho al igual que el de justicia pueden tener una diversidad de concepciones que resulta difícil delimitar. Siempre hemos pensado que en cualquiera de nuestros textos dejamos al desnudo cierta parte de nosotros, es así como le abrimos nuestra intimidad al lector, el cual fácilmente podría notar la postura que adoptamos en cuestiones tan polémicas como el tema en estudio, y aunque se pretenda buscar esa objetividad en trabajos como el

---

<sup>96</sup> VAZQUEZ, Rodolfo, *Derecho y Moral*, Ensayos sobre un debate contemporáneo, Barcelona, Gedisa, 1998, P. 22.

presente, tendremos que dejar determinada nuestra opinión con respecto a los temas que se analizan.

Diríamos así, que esta investigación no se inclina ni favorece alguna de las posturas filosóficas del derecho, puesto que cualquiera de ellas tiene aspectos plausibles y otros que son criticables, la cuestión es no caer en lo radical. Temas como la religión, la justicia y el derecho atienden a cuestiones subjetivas que dan margen por lo tanto a la diversidad y divergencia de opiniones, no tenemos que casarnos con alguna de ellas, en lo particular lo que resulte racional es lo que llamaría nuestra atención y, ciertamente hay criterios racionales en cada una de las corrientes filosóficas del derecho.

Desde la aparición del Estado, sus dirigentes o gobernantes siempre se han dado a la tarea de encontrar criterios o principios que justifiquen la existencia del mismo así como la legitimación de su empoderamiento y en ocasiones uso indebido del mismo. Pues bien, todas y cada una de las corrientes filosóficas en estudio tienen una cierta dirección a tal tarea.<sup>97</sup>

El primer criterio de justificación de la existencia del Estado lo conformo la búsqueda por garantizar la justicia, sin embargo cuando se dio cuenta de que tal concepto resultaba tan general y relativo, el Estado emprendió su primera huida estratégica. Junto con esa justificación nace en el iusnaturalismo, la idea de un gobernante que representa a Dios en la tierra y que tiene el poder soberano para legislar y llevar a su comunidad al bien, buscando en todo momento la realización cierta de los valores ético.-morales.

Una vez abandonado el primer criterio de justificación de la existencia del Estado, éste se refugia en la idea garantista de la aplicación del derecho y las leyes, no obstante, al darse cuenta el conglomerado humano de que el Estado era el árbitro que dictaba las leyes o reglas del juego, pero que a la vez participaba de el y que podía en cualquier momento crear nuevas leyes o hacer las reformas o

---

<sup>97</sup> *Idem.*

adiciones que le convinieran, se emprende la segunda retirada estratégica. Junto con esta idea nació el *iuspositivismo* al basar su atención únicamente en la producción y efectividad de las normas jurídicas que garantizaran la hegemonía estatal.

En este último criterio de justificación el Estado se auspicia en la administración de justicia por medio de sus instituciones judiciales, las cuales son por demás un instrumento político, en donde en lugar de encontrar una verdadera administración de justicia estamos, y nuestro derecho junto con nosotros, en la voluntad, estado emocional, intereses políticos, personalidades y criterios de aquel funcionario que conozca de nuestra pretensión, es decir, que obtendremos justicia o no atendiendo a la postura o situación en que se encuentre el juzgador. A esta postura pertenece el *iusrealismo* que fija su atención en los precedentes o hechos, en la realidad supuestamente.<sup>98</sup>

Pero que pasara cuando ya no se encuentren pretextos o excusas para tratar de justificar la existencia del estado, actualmente se habla de los derechos humanos, parecerían estos, en esta sintonía de ideas, la siguiente retirada estratégica del Estado, el principio virtud del cual es necesaria la presencia del *leviatán* que garantice la protección de los mismos.

---

<sup>98</sup> *Op. Cit.*, nota 1, p. 60.

## Capítulo 3

### Ubicación jerárquica de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico mexicano y su correlación con el artículo 133 constitucional.

*SUMARIO: 3.1 Introducción. 3.2 Recepción del derecho internacional. 3.3 Soberanía y derecho internacional. 3.4 De los principios jurídicos. 3.5. Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico mexicano.*

#### 3.1 Introducción

Jeremy Bentham definió en 1789 al *ius gentium*<sup>99</sup> como el conjunto de normas jurídicas aplicables en todos los pueblos sin distinción por nacionalidad, normas estas que los romanos aplicaban a todos aquellos que no eran considerados como ciudadanos. A este gran autor también se le reconoce ser el primero en utilizar el término *International Law*<sup>100</sup> y que de ahí provenga el nombre de la disciplina hoy en día conocida como Derecho Internacional Público.

No obstante, la existencia y la aplicación formal de este conjunto de normas jurídicas en todos los pueblos, existió una corriente de pensadores denominados “los negadores radicales”, los cuales, en atención a su designación, le negaban toda clase de reconocimiento y la calidad de ciencia jurídica al recién nacido derecho internacional público. Entre sus opiniones se encuentran las comparaciones que los mismos hacían respecto de las características, de un

---

<sup>99</sup> ARRELLANO, García Carlos, *Primer Curso De Derecho Internacional Público*, séptima edición, México, Porrúa, 2009, PP. 135-148.

<sup>100</sup> *International law*, que traducido al español se entiende como la ley o el derecho internacional, disciplina encargada de regular las relaciones entre un país y otro, o entre un país y un organismo internacional, o el propio individuo y un país, y en general las relaciones entre los sujetos del derecho internacional público.

derecho nacional o interno, y las características de este derecho de gentes o internacional.

Su principal ideología fue esta exclusión del derecho internacional, toda vez que según este conjunto de pensadores el derecho internacional público carecía de dos de las principales características de la ciencia jurídica, la coercibilidad y su carácter heterónomo. En este tenor de ideas, “los negadores radicales” definían la característica de coercibilidad como la facultad de hacer exigible el cumplimiento de determinada norma jurídica, aun y en contra la propia voluntad, de la misma manera definían la característica de heteronomía como aquella facultad del órgano supremo para dictar y/o promulgar las normas jurídicas que regirían en determinado lugar o territorio, además de vigilar y sancionar su correcto cumplimiento. Características de las cuales carecía el derecho internacional público, ello debido a que no existía este órgano supremo en la esfera internacional que cumpliera con la facultad de legislar y que hiciera obligatorio el cumplimiento de esas normas jurídicas internacionales.

En los primeros convenios celebrados entre un Estado-Nación y otro siempre se seguía un principio de buena fe por lo que respecta al cumplimiento del mismo, pues se tenía la creencia que, de no cumplir cabalmente con lo convenido, el Estado que incumpliese se haría acreedor a una sanción divina, es decir, que sería Dios quien se encargara de sancionar al Estado desobligado. Fueron muchas y distintas las situaciones que varios Estados pasaron y que fueron atribuidas como castigos divinos<sup>101</sup> por no haber cumplido con lo convenido, entre las cuales se encuentran; las pestes, las hambrunas, la escases, las pandemias, etcétera.

Es por ello que en esta época (1789-1832) no se podía hablar propiamente de un derecho internacional público, ni de tratados inter-naciones y que la

---

<sup>101</sup> Un claro ejemplo sucedió entre Francia y Ámsterdam en el año de 1795, cuando estos dos estados-naciones convinieron acerca de las condiciones del paso de mercancías que sobre su territorio circularan, y al cual el Estado Francés incumplió, tan solo cinco años después Francia paso por una fuerte crisis económica la cual fue concebida como un castigo divino en atención al incumplimiento de dicho convenio.

corriente ideológica de “los negadores radicales” encontrara sustento a sus argumentos. Sin embargo, hoy en día y sobre todo en la esfera internacional el derecho de gentes es una de las ramas del derecho más importantes pues ha contribuido de manera representativa en las legislaciones, así como en las reformas de los ordenamientos jurídicos de los Estados que se organizan internacionalmente hablando.

Sin lugar a dudas un gran referente para el derecho internacional público lo constituye la carta de las Naciones Unidas, la cual encuentra su precedente en lo que fue la sociedad de naciones,<sup>102</sup> misma que vio su fracaso debido a las constantes violaciones por parte de los Estados que la integraban así como de su traición interna, puesto que dicha sociedad jamás logro encontrar la autoridad suficiente para hacer que sus resoluciones tuvieran un carácter vinculante para todos los Estados que pertenecían a ella. Fue por ello que después de la Segunda Guerra Mundial se pensó en un organismo internacional totalmente nuevo y, que lograra garantizar la solución pacifica de los conflictos entre los Estados Nacionales, así como la estabilidad y paz internacionales además de la libre autodeterminación de los pueblos.

De tal suerte, la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 así como la sociedad de naciones hoy día ONU,<sup>103</sup> constituyen el precedente más trascendental para el derecho internacional público y, junto con ello las diversas convenciones internacionales de las cuales una vez concluidas la

---

<sup>102</sup> La Sociedad de Naciones fue un organismo internacional creado por el Tratado de Versalles el 28 de junio de 1919, que se proponía establecer las bases para la reorganización de las relaciones internacionales una vez concluida la primera guerra mundial.

<sup>103</sup> La ONU (Organización de las Naciones Unidas) fue fundada el 24 de octubre de 1945 en San Francisco California por 51 países al finalizar la segunda guerra mundial para facilitar la cooperación en asuntos de derecho internacional, la paz y la seguridad internacional, el desarrollo económico y social, los asuntos humanitarios y los derechos humanos.

mayoría de las veces se opta por signar un tratado internacional,<sup>104</sup> buscando con ello darle reglamentación a las distintas CIDIPS.<sup>105</sup>

### *3.2 Recepción del derecho internacional*

En esta cuestión de las llamadas relaciones entre el derecho interno y el internacional surge de nuevo el drama de las doctrinas conflictivas, y ello resulta natural porque en el campo de la aplicación o de la efectividad del derecho de gentes en el ámbito interno del Estado vuelven a plantearse todos los problemas de la validez y de la naturaleza y esencia del orden jurídico internacional. Parece que el problema ha sido trasladado de un campo a otro solamente. En realidad, el debate se reduce a una cuestión práctica, la relativa al valor que debe darse en el interior del Estado, a las normas del derecho internacional, sean tratados, sean reglas consuetudinarias, sean sentencias internacionales.<sup>106</sup>

Son varios los países que participan en la celebración de tratados internacionales, ya sea con sus pares, o bien con organismos internacionales de diversa índole, sin embargo, esto no implica que la forma de recepción de esta legislación en su derecho interno sea igual en todos los casos.

Es por eso que desde el inicio de las relaciones internacionales se han llevado a cabo diversas teorías que discuten tanto la recepción del derecho internacional en el derecho interno, como la jerarquía que el derecho exterior debe tener respecto al interior, por lo tanto resulta importante tomarlas como punto de partida en la explicación de su fundamentación.

Son dos las principales teorías que existen respecto de la vinculación del derecho internacional en el derecho interno: el monismo y el dualismo. Sin embargo también se han creado recientemente teorías coordinadoras que

---

<sup>104</sup> Según la convención de Viena sobre el derecho de los tratados en su artículo 2 define; “se entiende por tratado un acuerdo internacional regido por el derecho internacional y celebrado por escrito”

<sup>105</sup> Son las conferencias internacionales de derecho internacional público o privado, cuya planeación es designada a determinado país con la finalidad de que se agenden los temas y propuestas que serán revisadas discutidas y comentadas en dichas convenciones.

<sup>106</sup>Op Cit, nota 1, p. 67.

explican como el derecho interno y el internacional puede converger y ser complementarios.

### 3.2.1 *Teoría dualista*

Mantiene esta teoría que el derecho internacional y el derecho interno son dos ordenamientos jurídicos absolutamente separados, entre los cuales falta toda relación sistemática. Las fuentes de ambos derechos son enteramente diferentes; una es la voluntad común de los Estados, la otra es la legislación interna.<sup>107</sup>

Existen autores que consideran que el derecho internacional no puede aplicarse a la conducta de los individuos dentro del Estado. A los individuos no les afecta el tratado. Por lo demás, el derecho internacional vale dentro del estado solo cuando se transforma esto es, cuando el Estado lo admite o incorpora dentro de su propio sistema legal.

La teoría dualista puede sintetizarse expresando que existen diferencias entre un orden jurídico y otro: a) en cuanto a las fuentes, porque uno se genera por el proceso legislativo interno y el otro surge de la costumbre y de los tratados internacionales; b) por lo que se refiere a las relaciones que regulan, pues el Derecho de Gentes rige relaciones entre Estados, miembros de la comunidad internacional, y el interno regula las de los individuos, y c) también en lo que toca a la substancia, pues el Derecho interno es la ley de un soberano sobre los individuos y el derecho internacional es un derecho entre los Estados, mas no encima de ellos.<sup>108</sup>

El dualismo se ha desarrollado en Italia y Alemania, primordialmente por pensadores tales como Henrich Triepel y Dionisio Anzilotti, Gaetano Morelli, Angelo Piero Sereni y Walter Rudolf. Esta teoría postula que tanto el orden jurídico

---

<sup>107</sup> BECERRA, Ramírez Manuel, *La Recepción del Derecho Internacional en el Derecho Interno*, México, UNAM, 2006, p. 12.

<sup>108</sup> Idem p. 60.

internacional como el nacional son iguales en cuanto a su independencia, pero se diferencian en muchos otros aspectos.<sup>109</sup>

En primer lugar, las fuentes del derecho internacional como ya se vio, son los tratados internacionales, la costumbre internacional y los principios generales del derecho además de complementarse con las resoluciones de los diferentes organismos internacionales.<sup>110</sup> Estas fuentes surgen de la actuación entre los países como entes jurídicos soberanos y de las costumbres diplomáticas que tengan con cada uno de sus pares. El derecho interno se crea mediante la costumbre interna de cada Estado, su carta fundamental, las diversas doctrinas y las leyes.

Además, se diferencian también en el tipo de relaciones que regula cada ordenamiento. El derecho internacional público regula las relaciones entre dos o más Estados, y el derecho interno regula las relaciones entre las personas o bien entre estas y el Estado.<sup>111</sup>

La tesis dualista que el derecho internacional se diferencia en el derecho interno en su sustancia ya que el internacional es un derecho que rige entre los Estados iguales y soberanos y por lo tanto tiende a ser más débil que el derecho interno. Por esta razón los Estados deciden que normas de derecho internacional pasaran a formar parte de su derecho interno y de qué manera.<sup>112</sup>

Manuel Becerra Ramírez señala que esta tesis postula la necesidad de una manifestación expresa por parte del Estado para incorporar a su derecho interno cierta normativa internacional, ya que no es posible que de manera automática el derecho internacional sea de obligatoria aplicación para un país, precisamente por ser un ente soberano, por lo cual, una vez manifestada la aceptación por parte del Estado de someterse a un tratado internacional, no puede haber conflicto entre

---

<sup>109</sup> BECERRA, Ramírez Manuel, *la recepción del derecho internacional en el derecho interno*, UNAM, México, 2006, p. 12.

<sup>110</sup> Como ejemplo se puede citar la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de derechos humanos la cual resulta vinculante para el Estado Mexicano.

<sup>111</sup> Op. Cit. Nota 10, p. 13.

<sup>112</sup> *Idem*.

ambos sistemas jurídicos. Y además, se supone el hecho de que determinado tratado internacional pase por un proceso de homologación respecto del orden jurídico nacional.<sup>113</sup>

Loretta Ortiz Ahlf señala que para los dualistas el derecho internacional no puede ser aplicado directamente por lo cual debe primero transformarse en norma interna; no es la norma internacional la que se aplica sino una nueva norma internacional.<sup>114</sup>

Ahora bien, la tesis del dualista tiene dos puntos torales que son bastante cuestionables. En primer lugar postula que si en determinado momento el derecho internacional y el nacional se contraponen siempre prevalecerá el derechos nacional, sin embargo, el Estado incurrirá en una responsabilidad internacional. Esta afirmación parece errónea, ya que una vez que el Estado ha aceptado someterse a determinada legislación internacional, lo hace con conocimiento de causa sobre las obligaciones que se adquieren con la firma del Pacto Internacional, por lo cual debe realizar a conciencia una revisión de su derecho interno con el fin de no caer en contradicciones ni limitantes para el ejercicio de la nueva normativa, además si dicha normativa es contraria a su derecho interno, no debía haber aceptado la recepción de la misma.

### 3.2.2 Teoría monista

También llamada de la supremacía del derecho internacional, propugna esta tesis por la superioridad del derecho internacional sobre el derecho estatal. Kelsen, Verdross, Scelle, Lauterpacht, etcétera, en sus aspectos mas radicales (Scelle, el primitivo Kelsen) niega la posibilidad jurídica de un derecho interno que se imponga al internacional. Resultaría nulo *Ab initio*.

En los tiempos modernos se ha dulcificado esta postura para caer en un monismo moderado, que tiene algunos puntos en contacto con el dualismo. Por

---

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

<sup>114</sup> ORTIZ, Ahlf Loretta, Derecho Internacional Público, Tercera Edición Oxford, México, 2011, p. 4.

ejemplo, en la afirmación de que el derecho estatal que se oponga al derecho internacional no es nulo, y obliga a las autoridades, pero difiere de aquellas en que tal hecho carece de importancia jurídica, porque en cualquier momento, y conforme al derecho internacional se puede exigir responsabilidad al Estado en donde se observa ese hecho.<sup>115</sup>

El monismo, representado por Hans Kelsen, Josép Kunz y George Scelle, es la antítesis del dualismo al sostener, que el derecho internacional y el nacional son dos elementos de un mismo concepto de derecho que se dirige al individuo.<sup>116</sup>

Los monistas sostienen una unidad entre ambas fuentes del derecho en un mismo ordenamiento jurídico a través de la subordinación de las mismas, es decir, ambos sistemas pertenecen al mismo ordenamiento y los problemas que existan entre las mismas solo serán problemas entre una norma inferior y una superior por lo cual serán fácilmente solucionables.<sup>117</sup>

Ahora bien, esta tesis tienes dos derivaciones que sostiene cada una la supremacía de un ordenamiento jurídico diferente:

- a) Monismo internista. Esta teoría postula que el derecho internacional parte del derecho interno ya que es a través de este como se adopta y en virtud de el puede dejar de reconocerse, por lo que el derecho interno tiene mayor grado jerárquico y el internacional se encuentra subordinado a él. Además, sostiene que el derecho internacional se ha creado para regular las relaciones entre los estados que ya contaban anteriormente con una regulación interna propia, luego entonces, el derecho internacional deriva de ordenamientos jurídicos internos previamente creados y por lo tanto se debe someter a ellos.<sup>118</sup>
- b) Monismo internacionalista. Esta derivación de la corriente monista postula que el derecho internacional no depende en nada de las Cartas

---

<sup>115</sup> *Op. Cit.*, nota 8, p. 68-69.

<sup>116</sup> *Op. Cit.*, nota 10, p. 15.

<sup>117</sup> *Ídem.*

<sup>118</sup> *Op. Cit.*, nota 15, p. 5.

Fundamentales de los países, <sup>119</sup>por el contrario se sostiene que hay un solo sistema jurídico en el que el derecho interno está subordinado al derecho internacional,<sup>120</sup> y esta subordinación parte de la supremacía sobre el derecho interno a través del principio *Pacta Sunt Servanda* mediante el cual ningún país puede invocar su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. <sup>121</sup>

### 3.2.3 Tesis coordinadoras

Ahora bien, independientemente a estas tesis monistas y dualistas de la recepción del derecho internacional, en sede interna tenemos las llamadas tesis coordinadoras o conciliadoras que parten también de la unificación de los dos sistemas jurídicos, al igual que la teoría monista, pero se diferencia en que estas teorías postulan que el sistema nacional y el internacional tiene una relación de coordinación y no de subordinación. Estas teorías están sustentadas por autores tales como Truyol, Luna, Miaja de la Muela y Verdorss y su principal objetivo es la demostración de que puede existir una unificación cordial en la que ambos sistemas jurídicos se complementen entre sí sin tener que estar uno por encima de otro.

Habrá que preguntarse cuál de estas tesis sigue el Estado mexicano y en el resto del orbe, pero ello depende de la cultura de cada Estado, ya que mientras algunos países establecen que los tratados internacionales se encuentran por encima de su ordenamiento,<sup>122</sup> algunos otros les confieren una jerarquía menor respecto de su constitución,<sup>123</sup> algunos otros países sostienen que no existe ningún conflicto entre el derecho interno y el internacional ya que son dos sistemas jurídicos diferenciados.<sup>124</sup>

---

<sup>119</sup> Op. Cit., nota 10, p. 16.

<sup>120</sup> Op. Cit., Ortiz Ahlf nota 15, p. 5.

<sup>121</sup> Artículo 26 de la Convención de Viena sobre los derechos en los tratados de 1969.

<sup>122</sup> Tesis monista internacionalista.

<sup>123</sup> Tesis monista nacionalista.

<sup>124</sup> Tesis dualista.

### 3.3 Soberanía y derecho internacional

El vocablo soberanía ha jugado un papel demasiado importante en la teoría política y en la doctrina del derecho internacional. Pero, desgraciadamente, el contenido de esa palabra ha sido oscurecido y deformado la mayoría de las veces. Como dice con fortuna Ross no solo sucede que hay tantas definiciones del término soberanía como hay autores, sino que no hay acuerdo sobre cuál es el objeto buscado por este concepto en el derecho internacional.

Para ser una crítica científica de la soberanía habría que suponer naturalmente todas las definiciones de ese término y dirigir contra cada una de ellas las objeciones que procedieran. Pero ello podría hacerse en un tratado especialista y no en este momento donde solo nos sujetaremos a mencionar los lineamientos generales del problema y ha de ofrecer una solución práctica.

Cuando se decía, en la Edad Media, que el príncipe era soberano era porque sus súbditos no podían apelar a una autoridad mas alta. Pero es hasta el siglo XVI, con Bodino, cuando se construye sistemáticamente el concepto.

En realidad la soberanía es una característica esencial del Estado moderno. En efecto la presencia del Estado moderno centralizado y burocrático, hubo de dar nacimiento a una concepción nueva de ese poder, la cual surge con Juan Bodino<sup>125</sup>, quien, para designar ese fenómeno, dice “la soberanía es el poder perpetuo y absoluto”.

En Bodino, soberanía y poder de hacer la ley son una misma cosa. Ello resulta además, inherente a una persona; el príncipe. Bodino es un observador de los hechos, no es un teorizante. Noto él primero que ya había una nota esencial nueva en la organización política: la idea de supremacía del gobierno nacional o central sobre el sistema descentralizado feudal de la Edad Media; el criterio de que debe haber una única fuente de toda ley. La teoría de Bodino debe

---

<sup>125</sup> Véase en BODINO, Juan, *les Six Livres de la Republique*, Paris, 1579, libro 1 capítulo 8.

considerarse como constituyendo el primer paso en la dirección de la autoridad central o nacional, trayendo el orden al caos medieval. La soberanía en él, es la fuerza de cohesión, de unión de la comunidad política, sin la cual esta se dislocaría.

En la doctrina de Bodino, como es bien sabido, no se piensa en un soberano irresponsable, desligado de cualquier norma y arbitrario, sino en un príncipe que este sujeto al Derecho, no solo al que él hace, sino también a la ley divina, al derecho Natural, y a las leyes fundamentales del reino.

Pero el pensamiento de Bodino habría de ser deformado malamente por autores que lo emplearon para probar que los Estados, por su naturaleza, están encima del Derecho, que son omnipotentes, llegando con ello ha desafortunadas consecuencias. En efecto la aparición de Estados absolutistas rompió con la noción tradicional, presente en Bodino de que el príncipe estaba limitado por norma, y para poder explicar dialécticamente la nueva situación, los escritores identificaron a la soberanía con el poder absoluto, con la omnipotencia.

Así Hobbes, tres cuartos de siglo mas tarde, enfáticamente mantiene que el poder soberano debe ser tan grande como los hombres se lo imagine. Las consecuencias insatisfactorias de ello fueron que se extrajo al concepto soberanía del campo de la teoría jurídica para introducirlo en la ciencia política. Y naturalmente, hubo de buscársele un lugar a la soberanía, como si fuese una substancia con un cierto sentido místico para poder explicar, mas o menos convincentemente, porque es posible deducir de la soberanía un cierto número de derechos soberanos.

Fue por una derivación de esta tendencia por lo que la soberanía nacional fue proclamada solemnemente por los Estados generales de Francia en 1789, no como teoría, sino como una presente realidad. Consecuentemente, y puestos ya en camino de que la soberanía era una substancia misteriosa, pero plástica, los teóricos de la Revolución Francesa identificaron a la soberanía con la voluntad del pueblo, y así asumió la forma de soberanía popular, que corriera con tanto éxito a

lo largo del siglo XIX, y que informa nuestra constitución política, y que produjera beneficios, puesto que condujo a la forma de Gobierno Constitucional.<sup>126</sup>

Hasta aquí la doctrina de la soberanía no había producido más daño que originar una gran confusión alrededor del término, porque en lugar de orientar el pensamiento político hacia una nueva teoría sobre la naturaleza del nuevo poder gobernador, se cambió solo al titular de esa facultad mística, y se asignó al pueblo el poder de dar la ley y derogarla, pero el pueblo, en sentido técnico, no puede ser soberano sino solo la minoría (ocasionalmente la mayoría) que gobierna.

No era de extrañar que más tarde surgieran doctrinas que desplazaran a la soberanía hacia otro sector, pues convenientemente esa nota del poder permitía su traslado. Cuando se buscaba la glorificación del Estado por razones históricas o políticas, fue natural que se le asignara esa esencia mas para robustecer el concepto. Si se despoja a Hegel, por ejemplo, de su follaje y sus utopías, resulta un ecléctico, ya que en la idealización del Estado que él hace puede abstraerse el principio de la soberanía nacional tal como lo expresara la primera Constitución Francesa, la de 1791, y encontrarse también la deificación del monarca, a la manera de Bodino, pero sin embargo la teoría Hegeliana es de supremacía absoluta del Estado, eso es, ese poder misterioso, la soberanía se trasladó al Estado mismo.

Para Hegel, el Estado es la manifestación consiente de espíritu en el mundo. Su fundamento es la razón absoluta, manifestándose, así misma como la voluntad del Estado, y por consecuencia, la voluntad del Estado es la absoluta soberanía, y es también la única fuente de toda validez legal.

Es cierto que las doctrinas de Hegel condujeron al *Rechtstaat*, o sea el Estado de derecho o Estado Constitucional, pero no menos verdad es que sus tesis pavimentaron el camino para formas estatales autoritarias e inhumanas. Y a la vez, el resultado lógico de las posiciones derivadas de Hegel es la incompatibilidad del derecho del estado con el derecho internacional porque

---

<sup>126</sup> Artículos 39-41 de la Constitución Federal Mexicana.

¿Cómo un Estado puede estar sujeto a este orden jurídico si al mismo tiempo su voluntad irrestricta es la suprema ley y, a la vez, la fuente de la ley?

Por esa razón hubo teorías que, con la de la autolimitación, y la *Veirenbarung*, trataron de reconciliar las posiciones irreductibles, sin éxito.

El defecto principal de todas las tesis que se han examinado es que estudian la soberanía desde el punto de vista interno del Estado, sin dar una hojeada siquiera al derecho internacional. La doctrina de la soberanía fue desarrollada en su mayor parte por teóricos políticos que no estaban interesados en las relaciones entre los Estados. Willoughbi da cuenta de estas circunstancias:

Aparece claro que la idea de soberanía, tal como se expone en el derecho constitucional, no puede encontrar un lugar adecuado entre las concepciones internacionales... en la esfera de las relaciones internacionales el término independencia mejor que la soberanía indicaran el hecho que, considerado desde el punto de vista del derecho positivo el más completo individualismo prevalece en el campo internacional... siendo esto así para construir una ciencia de las relaciones internacionales es necesario principiar con una concepción del Estado que corresponda a las condiciones a las que se aplica... tan diferentes son estos dos campos del derecho constitucional y del internacional que solo pueden resultar confusiones en el intento de emplear conceptos apropiados solo para un campo en el otro campo. Parece especialmente deseable que el concepto estrictamente jurídico de soberanía, que constituye la idea fundamental de la ciencia jurídica constitucional no encontrara un acomodo permanente en la terminología internacional.<sup>127</sup>

Efectivamente, parece que la dificultad mayor consiste en pretender trasplantar, al orden jurídico internacional, un concepto que pertenece por entero a la teoría política del Estado. Entonces, y supuesto que la noción implícita primariamente en soberanía es superioridad, y que solo podría ser una noción apropiada cuando se analiza la vida interna del Estado y no cuando se examinan las relaciones de Estado a Estado, puede presentarse que el concepto soberanía

---

<sup>127</sup> WILLOUGHBI, *The Juristic Conception Of The State*, Vol. 11 A.P.S.R., 1918, pp. 207-208.

sea reemplazado, en nuestra disciplina, por una noción mas exacta, o bien, puede optarse por proporcionarle un contenido adecuado al vocablo, que vaya de acuerdo con el progreso actual de la doctrina internacional. Aunque esto último es lo más difícil, vale la pena intentar hacerlo.

Son varios los autores modernos que, desalentados por las dificultades del tratamiento, de la noción de soberanía, han propiciado su sustitución por otro vocablo de connotación más favorable. Así, encontramos a Ross, que propone su reemplazo por los conceptos de “autogobierno”, “capacidad de acción”, y “libertad de conducta”, o sea, por los efectos mas perceptibles de la soberanía. Vista detenidamente, la cuestión viene a ser la misma, y solo se cambia el todo por las partes.

Rousseau<sup>128</sup> intento que sea substituida por “independencia”, entendiendo con ello la exclusividad de la competencia, la autonomía y plenitud de la misma como los tres elementos que integran la independencia.

Pero, en realidad, con esta retirada no se obtiene éxito, porque independencia, como lo señalo Westlake con maestría, es un concepto negativo. Por lo demás, la concepción no es nueva, Vattel, en el siglo XVIII, ya había implicado esto mismo al afirmar que “toda nación que se gobierna a si misma bajo cualquier forma que sea, sin dependencia de ningún extranjero, es un Estado soberano.”<sup>129</sup>

La verdad es que solo dando un contenido adecuado a la soberanía del Estado se puede llegar a reconciliar la existencia de un Estado soberano con la presencia de un derecho internacional que regula las relaciones entre Estado. Y ello se logra con una implicación a la idea de comunidad internacional y a la función que desarrolla el Estado en esa comunidad. A mi entender, ello lo ha obtenido Heller.

---

<sup>128</sup> ROUSSEAU, *Droit International Public*, Sirey, Paris, 1955, pp. 90-92.

<sup>129</sup> Vease en VATTEL, *Le Droit des Gens*, I, Capitulo 1, párrafo 4.

La eficacia del derecho internacional, dice este autor, está fundada en la voluntad común de los Estados y en la validez de los principios ético-jurídicos. Los Estados actualizan o positivizan los principios jurídicos en preceptos jurídicos, los cuales, en su conjunto, forman los preceptos del derecho internacional. Y son los sujetos de este orden jurídico, libres, soberanos y jurídicamente iguales, los que formulan el derecho internacional.

Como todo derecho, el internacional es producto de una comunidad de cultura e interés que ningún político puede crear de manera artificial. Soberanía, entonces, viene a ser la capacidad de positivizar los preceptos supremos obligatorios para la comunidad. Su esencia es, en suma, la positivación, en el interior del Estado, de principios o preceptos jurídicos supremos determinantes de la comunidad.

Decir que un Estado es soberano, significa que él es la unidad universal de decisión en un territorio, eficaz en el interior y en el exterior. La soberanía no consiste en un grado superior de poder. Ni siquiera en un monopolio de poder por el Estado. El poder es solo un medio para el cumplimiento de la función soberana. Es esencia de la soberanía no dejar sin resolver ningún conflicto de los que pudieran presentarse en el área de su jurisdicción.

Solamente pues, en un concepto funcional de la soberanía es posible encontrar la solución al problema, no en la concepción estática de la soberanía como adorno del Estado, o como esencia del poder. Así, deja de ser un concepto metafísico y de misteriosa esencia y se convierte en una realidad dinámica.<sup>130</sup> De esta manera se destruye la decantada afirmación de que hay algo inherente a la naturaleza de los Estados, la soberanía, que hace imposible que estén sujetos a derecho. Y así, también, puede encontrarse la explicación fácil del derecho internacional como orden jurídico de entes soberanos a los que obliga.

Capacidad de crear y de actualizar el derecho, tanto el interno como el internacional, pero obligación de actuar conforme al derecho y responsabilidad por esa conducta son las notas modernas de la soberanía del Estado.

---

<sup>130</sup> *Idem.*

Consecuencias prácticas de la soberanía: el concepto de soberanía, en la teoría política del Estado, significa, pues, omnipotencia. Pero esta noción sufre lógicamente cambios cuando cada una de esas entidades omnipotentes en lo interior entra en coexistencia con otras entidades semejantes, pues ninguna de ellas puede tener supremacía sobre las otras. Cada una, sin embargo, rehúsa naturalmente a reconocer la autoridad superior de cualquier autoridad externa. Empero, todas ellas están dispuestas a aceptar las pretensiones de otras entidades a una posición similar, sobre bases de una cierta reciprocidad. Todo ello se traducen unos cuantos principios fundamentales<sup>131</sup>, que se enunciaran brevemente y que explican la convivencia de seres independientes y soberanos:

- 1- Aun sin su consentimiento, los sujetos del derecho internacional están obligados por las normas del derecho de gentes consuetudinario que les resulten aplicables y por los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- 2- Pueden imponerse a un sujeto del orden legal internacional obligaciones internacionales adicionales solo con su consentimiento;
- 3- El ejercicio de la jurisdicción territorial es exclusivo para cada Estado, a menos de que estuviere limitado o exceptuado por normas de derecho internacional;
- 4- En ciertos y especiales casos, los sujetos del derecho internacional pueden pretender jurisdicción sobre cosas y personas afuera de su jurisdicción territorial, y
- 5- A menos que existan reglas que lo permitan, la intervención de un sujeto de derecho internacional en la esfera de la exclusiva jurisdicción domestica de otro sujeto constituye una ruptura del orden jurídico internacional.

El problema se complica un tanto con la presencia de las organizaciones internacionales, porque aunque sea en corta medida las competencias, los poderes y las condiciones de su funcionamiento afectan o derogan el régimen

---

<sup>131</sup> SCHWARZENBERGER, Gorg., *A Manual Of Intarnational Law*, 4th Edition Volumen I, pp. 58-59.

normal de los Estado soberanos, a la vez que van creando un derecho situado un tanto encima de los sujetos de gentes.

Tan es así, que los propios Estados han querido precaverse de cualquier acción de las organizaciones, que pudiera ir en contra del régimen interior de un sujeto miembro de ellas.<sup>132</sup>

La práctica de las Naciones no ha sido muy elocuente en cuanto a la aplicación de esta disposición. Primeramente no resulta claro determinar lo que es “intervención” de las Naciones Unidas. Después, todavía no se ha visto la ocasión que las organizaciones internacionales tomen decisiones obligatorias con respecto a miembros reacios a acatarlas. Sigue rigiendo en todos los casos la regla del consenso.<sup>133</sup>

### 3.4 *De los principios jurídicos*

A lo largo de nuestra historia jurídica, el formalismo, así como nuestras instituciones, siempre se han regido bajo normas y principios por considerar que los mismos son el instrumento idóneo para la subsistencia del orden, es decir, que si seguimos al pie de la letra estas normas y principios terminará por imponerse la hegemonía del orden social y jurídico, por lo que no habría entonces ningún tipo de disyuntiva o divergencia tanto en la vida social como en la jurídica.<sup>134</sup>

Hablamos en general de normas porque no solo existen o son necesarias para la convivencia social las normas jurídicas, sino que también son indispensables las normas del orden social, las normas morales, las normas religiosas incluso las normas naturales; todas ellas establecen un deber ser, el cual si fuéramos capaces de obedecer nuestra realidad sería un tanto cuanto distinta, la propia realidad que hoy vivimos es resultado del obedecimiento

---

<sup>132</sup> Así el artículo 2, párrafo 7, de la Carta de las Naciones Unidas establece “ninguna disposición de esta Carta autorizara a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligara a los miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el capítulo VII.”

<sup>133</sup> *Op. Cit.*, nota 8 Sepúlveda, pp. 83-90.

<sup>134</sup> ROJAS, Amandi Víctor Manuel, óp. cit., nota 13, p. 247

paulatino que estamos haciendo a dichas normas. Pues lo mismo ocurre con la vida jurídica, solo que en ella además de existir las normas jurídicas también se establecen principios, principios que coadyuvan al correcto funcionamiento del engranaje jurídico, tales como: principio de buena fe, principio de auto aplicación de las leyes, principio de igualdad entre las partes, principio de economía procesal, principio de inmediatez, etc. No obstante el enunciado de los principios ya mencionados, y que se consideran de suma importancia, los principios que le interesa a esta investigación analizar serán: el principio de control de la constitucionalidad, el principio de legalidad, el principio de la convencionalidad y, el tradicional principio de supremacía constitucional.<sup>135</sup>

Analizaremos por tanto cada uno de los principios ya mencionados en el orden que fueron citados. Principio de control constitucional, el cual busca siempre la salvaguarda y protección de la constitución y, que todos los actos que se desarrollen bajo la luz del texto constitucional siempre cumplan con la literalidad de la misma. Doctrinalmente este principio se encuentra referido bajo dos tipos de controles, el control difuso y el control concentrado de la constitucionalidad, los cuales encuentran su precedente en los Estados Unidos de América y en Austria respectivamente.

El control difuso encuentra su acto pionero en el año de 1803 con el afamado caso *Marbury vs Madison*, en donde el juez estadounidense John Marshall dirime la controversia dando preferencia a la constitución por encima de cualquier otra legislación, logrando con ello sentar las bases para poder así controlar los actos del poder legislativo. En este control difuso de la constitucionalidad todo juez puede optar por no aplicar una ley que a su juicio y racionalidad considere como anticonstitucional. Entre sus principales características encontramos:

---

<sup>135</sup> *Idem.*

- 1- La jerarquización de las normas jurídicas, toda vez que se aplica la de mayor valor y se excluye a la norma secundaria, siendo así una facultad otorgada a la judicatura sin que se invada a la esfera legislativa.
- 2- De la judicatura en general, puesto que cualquier juez está dotado de esta facultad, de que en determinado momento o controversia pueda emitir su sentencia en este sentido dejando de aplicar la norma jurídica que se estima como anticonstitucional.
- 3- De relatividad de la sentencia, ya que la sentencia que llegue a dictarse solo surtirá efectos en relación con la controversia planteada, además de que este tipo de sentencias tienen un carácter declarativo y no de condena.

Por el contrario, el control concentrado de constitucionalidad se basa en un precedente que se suscitó en Austria en donde existía la contradicción entre una ley secundaria y la constitución general, sin embargo, aquella fue resuelta por el máximo tribunal instituido, y el sentido de la sentencia fue en pro del texto constitucional.

La única y gran diferencia de este tipo de control (control concentrado) con el control difuso es quien está dotado de la facultad para resolver la contradicción, mientras que en el control difuso cualquier juez puede dejar de aplicar una ley por considerarla contraria a la constitución, en el control concentrado solo el máximo tribunal con la designación que adopte será el que este facultado para hacer tal declaración, por lo que el juez que llegue a verse en tal situación deberá declinar en el conocimiento del asunto y remitirlo al máximo tribunal.<sup>136</sup>

Por lo que ve al principio de legalidad, este encuentra su fundamento en el propio texto constitucional mexicano, pues al recitar el artículo 14 constitucional, "Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento

---

<sup>136</sup> CARBONELL, Miguel, *Diccionario De Derecho Constitucional*, tercera edición Porrúa, -UNAM, Instituto De Investigaciones Jurídicas, México, 2009, pp. 900-980.

y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho,<sup>137</sup> establece las bases para que cualquier acto de alguna autoridad o de una institución o particular que actué como autoridad restrinja su proceder a lo pronunciado por las leyes. Sin duda alguna tanto este principio como todos los que ya fueron citados buscan la estabilidad y buen funcionamiento de las relaciones inter personales, es decir, tanto las normas sea cual sea su naturaleza, pero preferentemente las jurídicas, así como los principios en los que se basan, tienen como finalidad la imposición de ese orden hegemónico que garantice la vida en sociedad y, por lo que respecta al principio de legalidad este busca que todos los actos que ejecuten las autoridades se ajusten a las predisposiciones descritas en las leyes.

Ahora bien, después de haber analizado este principio de legalidad entraremos al estudio de otro principio no menos importante y que nada tenga que ver el orden en que fue citado, hablamos del principio de convencionalidad, el cual puede ser referenciado en los albores en que el Estado mexicano entra a la vida internacional, es decir, desde el año 1836 que es la fecha en que México entra en la vida de derecho internacional. Sin embargo y a pesar de la antigüedad de la participación de nuestra nación en la vida internacional, este principio de convencionalidad no ha logrado encontrar, dentro del derecho mexicano los lineamientos para su reconocida aplicación.

Un precedente importantísimo para este principio y que dio origen a una serie de reformas en el ordenamiento jurídico mexicano lo constituye el caso Rosendo Radilla Pacheco, en donde se da la desaparición forzada del mencionado ciudadano y, claro está con ello se vulneran un sin número de, derechos humanos que para tal momento ni siquiera figuraban en alguna legislación mexicana y que por lo tanto fue necesario acudir a las instancias internacionales. De tal precedente se desprende la importancia de este principio convencional, pues al no existir en el ordenamiento jurídico mexicano alguna norma que reconociera e hiciese garantizar los derechos humanos, se crea la necesidad de invocar los convenios internacionales que el Estado mexicano singó

---

<sup>137</sup> Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos, artículo 14, México, Porrúa, 2014.

y ratificó en tal materia. Sin embargo, el problema que encuentra este principio de convencionalidad es su posible contradicción con el principio de supremacía constitucional.

El artículo 133 constitucional establece “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión”, la problemática que se tiene es que durante muchos años, todavía en la actualidad, la interpretación que se ha hecho de este artículo asevera que por estar citada primero la constitución en el enunciado legal, ello le otorga cierta preponderancia y/o supremacía con respecto a los otros ordenamientos jurídicos que en el mismo artículo se mencionan.

Tal ha sido la tradición de este principio de supremacía constitucional que desde luego deja en segundo plano al principio de convencionalidad, que hasta hoy en día nuestro máximo órgano jurisdiccional se sigue postulando en el mismo sentido,<sup>138</sup> no obstante de que exista desde el año de 1988 un convención firmada y ratificada por el Estado mexicano, se trata de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, la cual en su artículo 26 establece la regla *Pacta Sunt Servanda*<sup>139</sup> que hace mención a que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”, además inmediatamente después en su artículo 27 se establece “Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado“ el cual si se interpretare de manera literal nos dejaría en el entendido que aun la constitución es considerada un ordenamiento de carácter interno y que por lo tanto no sería justificable dejar de aplicar determinado tratado, por concebirse como contrario a la propia constitución o al principio de supremacía constitucional.

---

<sup>138</sup> Tesis P, 20/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, Abril de 2014, p. 202

<sup>139</sup> *Pacta Sunt Servanda*, del latín “lo pactado debe observarse y ser cumplido”

Para el momento histórico en el que se suscitó el mencionado caso no existieron opiniones al respecto por parte de los doctrinarios, hasta la actualidad este es un tema en el que no se ha querido incursionar. Uno de los argumentos con los cuales se amparaba nuestro máximo órgano jurisdiccional en la resolución del caso Rosendo Radilla era, que las resoluciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos resultaban contrarias a la propia constitución y que por ello el Estado mexicano no estaría obligado a dar cabal cumplimiento.

Estos son por tanto, los antecedentes del derecho mexicano (1917-2014) en donde encontramos una serie de problemáticas y contradicciones que se buscara dar esclarecimiento con el desarrollo del presente trabajo y con las propuestas que al final del mismo se hagan.

### *3.5 Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico mexicano*

La Constitución Política Mexicana de 1917<sup>140</sup> establece en su artículo 133 lo que debe entenderse por Ley Suprema de la Unión, enunciando en primer lugar a la propia Constitución, después a las leyes del congreso que emanen de ella y por último, a los tratados internacionales, celebrados y que se celebren por el presidente con la aprobación del senado que estén de acuerdo con la Constitución, artículo virtud del cual se han venido haciendo una serie de interpretaciones por parte del máximo tribunal constitucional, el cual tiene tal facultad reservada de manera exclusiva y que se ha venido pronunciando de la siguiente manera:

En el año de 1999 se postula diciendo que “los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la constitución federal”,<sup>141</sup> para después en el año de 2007 postularse diciendo “tratados internacionales son parte integrante de la Ley Suprema de la

---

<sup>140</sup> Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos, artículo 133, México, Porrúa, 2014.

<sup>141</sup> Tesis: P. LXXVII/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Noviembre 1999, P. 46

unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales”<sup>142</sup> postura que a simple vista resulta similar al criterio de 1999, no obstante ello y después de la reforma constitucional hecha en 2011 referente a la materia de derechos humanos tal criterio cambia radicalmente, pues pareciera que en dicho momento la Suprema Corte de Justicia de la Nación había dado un paso agigantado al dotar de cierta flexibilidad al principio de supremacía constitucional, asumiendo una postura distinta al aseverar “tratados internacionales, cuando los conflictos se susciten en relación con derechos humanos deben ubicarse a nivel de la constitución”,<sup>143</sup> criterio en el cual se podría ver difuminado el principio de supremacía constitucional, ya que se establece a los tratados internacionales en un mismo nivel jerárquico al que venía ostentando la constitución.

Sin embargo, después del avance que hasta el momento se había logrado, posicionando a los pactos inter-naciones en el mismo nivel jerárquico que la constitución, en abril de 2014 la S.C.J.N. emitió un nuevo criterio jurisprudencial con el cual se pone cierta restricción a los mismos estableciendo que “Los derechos humanos contenidos en la constitución y en los tratados internacionales constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional”,<sup>144</sup> con el cual pareciera que existe una especie de involución, pues tal tesis jurisprudencial retoma al principio de supremacía constitucional con fundamento de esta nueva postura.

Este principio de supremacía constitucional deriva de la interpretación del artículo 133 constitucional que, tanto la S.C.J.N. así como la mayoría de los teóricos adoptan, pues al enunciar el referido artículo “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la

---

<sup>142</sup> Tesis: P. IX/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Abril 2007, P. 6

<sup>143</sup> Tesis: XI.1o.A.T.45 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Mayo 2010, P. 2079

<sup>144</sup> Tesis p/j, 20/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, Abril de 2014, p. 202

República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión” se piensa que debido al orden en que son enunciados estos tres elementos que constituyen la ley suprema de la unión, se está dotando de cierta supremacía a la constitución y que por ende tanto las leyes secundarias así como los tratados internacionales deben entenderse supeditados o subordinados a la misma.

No obstante, cuando se está en presencia de Derechos Humanos, mismos que han sido reconocidos por la propia constitución y que pueden verse protegidos o salvaguardados por algún pacto internacional del que el Estado mexicano sea parte, tal principio debería verse difuminado, toda vez que, si se presta atención al principio *pro persona* que se establece en el artículo primero del mismo ordenamiento legal invocado, se entendería que en tal momento el tratado internacional tendría preponderancia con respecto al texto constitucional, sin embargo se denota que la S.C.J.N. no ha aceptado esta hipótesis, pues en cada una de las tesis jurisprudenciales tocantes al tema en estudio se sigue postulando como defensora de este principio de supremacía constitucional.

De lo anteriormente expuesto, pareciera que siempre se tendrá la interrogante de cuál es realmente la posición o ubicación que tienen los tratados internacionales en el sistema jurídico mexicano, máxime que el Estado mexicano haya entrado a la vida internacional desde el año de 1836 y que hasta la fecha no se haya determinado la importancia, trascendencia y papel que juegan los pactos internacionales que el mismo ha signado y ratificado, pues el tribunal constitucional ha venido dándoles distintas posiciones, sin que se tenga certidumbre de la obligatoriedad y preponderancia de los mismos al ser invocados en alguna controversia que llegue a suscitarse, es decir, que se desconoce la manera en que serán tomados en cuenta cuando cierto particular se fundamente en alguno de estos pactos y, la importancia que se les dará a los mismos por parte de la autoridad correspondiente.<sup>145</sup>

---

<sup>145</sup> *Op. Cit.*, nota 134.

## Capítulo 4

### De la primacía de los derechos frente al orden jurídico mexicano.

*La justicia será una revolución de aquellos que sufren injusticias.*

Néstor De Buen Lozano.<sup>146</sup>

*SUMARIO: 4.1. Introducción. 4.2. La Justificación De Existencia Del Estado. 4.3. ¿Qué es una Constitución? 4.4. De La Soberanía y El Principio de Argumentación. 4.5. El Pueblo Como Protector De Los Derechos Humanos.*

#### 4.1 Introducción

Actualmente, el discurso de los Derechos Humanos en México se tiñe de ser solo un aliciente para la clase gobernada, es decir, hace las veces de opio para un pueblo que ve en la reforma constitucional de junio de 2011 conquistados y reconocidos determinados derechos, y que una vez lograda dicha conquista se adormece en la creencia de que tal reconocimiento es suficiente para ver respetados y garantizados ese catálogo de derechos.

Nada más errado, pues la historiografía ya se ha encargado de demostrarnos que la solución no siempre se encuentra en reformar o adicionar la ley o en institucionalizar cierto ideal sino todo lo contrario. Esto es, que una vez que se ha alcanzado un logro se debe persistir en el mismo pues su cristalización no es sinónimo de efectividad y que por el contrario si se ha conseguido cierta victoria, la parte que resultó victoriosa debe permanecer vigilante en la consecución de lo obtenido y asegurarse que la parte vencida no retome en sus manos las armas con que pueda arrancar le referida victoria.

---

<sup>146</sup> DE BUEN, Lozano Néstor, *Derecho Del Trabajo Mexicano*, Porrúa, México, 2000.

Por tanto, si bien es cierto que el reconocimiento de los Derechos Humanos en México constituye un avance significativo, ello no es indicativo de que lo prescrito por nuestra constitución, así como por los Tratados Internacionales en la materia de los cuales el Estado mexicano sea parte encuentren un cumplimiento efectivo tanto por el propio Estado como por sus autoridades.

Aunado a lo anterior, debe reconocerse que el respeto y la protección efectiva de los Derechos Humanos es más una cuestión de ideología y moralidad que una mera cuestión jurídica o positiva. Por decirlo así, la cultura e ideología con que han sido formados la gran mayoría de operadores jurídicos y dirigentes políticos dista en demasía con la realidad que oferta el paradigma de los Derechos Humanos, es como si aún no fuese posible respirar un ambiente nuevo debido a la enraizada tradición jurídico-política. Se vuelve pues, un proceso paulatino en el que día con día se debe perseguir que ese nuevo ambiente penetre en la cultura general.

De lo anterior, se desprende la necesidad de explicitar quien debe ser el protector de los referidos Derechos Humanos, por su parte, la propia Carta Fundamental<sup>147</sup> establece en su artículo 1º párrafo 3º “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley,” por lo que pareciera que dicha función se encuentra reservada, en primera instancia al Estado y en un ulterior momento a todas y cada una de las autoridades en la esfera de sus competencias.

Sin embargo, ya se ha observado que la protección jurisdiccional de los Derechos Humanos hasta el momento ha resultado insuficiente, por lo que debemos de pensar en otros medios alternativos que coadyuven en el respeto y protección efectiva de los mismos. Es así como la presente disertación propugna por que dicha función protectora de los Derechos Humanos no se halle reservada

---

<sup>147</sup> *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Porrúa, México, 2011.

únicamente a los órganos del Estado o resida esencialmente en alguno de los poderes de la unión, sino que es un deber por parte de la colectividad el conocimiento y la protección mutua de dichos derechos.

De tal manera y en lo sucesivo, si cada uno de los que integramos el elemento más importante del Estado (el pueblo) lográramos alcanzar una cultura más elevada respecto al reconocimiento, respeto y protección de los derechos humanos de la otredad, la intervención de las autoridades y del propio Estado sería cada vez con menor incidencia.

#### *4.2 La justificación de existencia del estado*

Desde el surgimiento del Estado, la teoría general y la mayoría de los tratadistas<sup>148</sup> le han asignado al mismo diversas justificaciones que tratan de legitimar tanto su propia existencia, así como el empoderamiento del cual goza. En primera instancia, y de acuerdo con las ideas contractualistas, el Estado surge de la necesidad de ver protegidos los derechos de primera ocupación que tenían los hombres que vivan en estado de naturaleza.

De tal situación, el referido hombre en el estado de naturaleza vivía con cierto sentido de homofobia y por decirlo de alguna manera en un estado de paranoia radical, pues tenía el temor de que en cualquier momento un símil a él, pero que le superara en fuerza, pudiera someterle y despojarlo de aquellas cosas y circunstancias que por derecho de antigüedad le correspondían. Así, fue necesaria la instauración de un ente superior a cualquier fuerza, el Estado.<sup>149</sup>

En tal sintonía, la principal justificación de la existencia del Estado era la protección del individuo y la garantía de la administración de justicia. No obstante

---

<sup>148</sup> HOBBS en el Leviatán, JOHN LOCKE en su obra sobre los Tratados del Gobierno Civil, ROUSSEAU en el Contrato Social.

<sup>149</sup> En su Teoría general, Jelinek afirma que el "Estado tiene una doble naturaleza: es, primeramente, una formación histórica a la que se adosa el derecho, pero que no pudo crear a éste, sino que es más bien el fundamento de su existencia. El ser precede a la norma, el hecho hace nacer el derecho, lo real se transforma en normativo. Pero, a su vez, la norma origina, en virtud de un elemento racional y progresivo, un orden superior al derecho positivo. Por ello, el Estado es al mismo tiempo una formación social y una institución jurídica."

ello, una vez que dicho ente observó que el propio concepto de justicia resultaba demasiado complejo y por lo tanto de igual forma resultaría complejo garantizar su correcta administración abandona esta tesis y se sitúa en una segunda justificación.

En un segundo momento, y ya abandonada la tesis de la administración de justicia ahora se auspicia bajo los principios de impartición de justicia por medio de las instituciones, es decir, mediante los órganos jurisdiccionales. Sin embargo y como tal postura resulta aparejada con la tesis anterior y en consecuencia se encuentra también sujeta a un cumulo de complicaciones puesto que los sujetos que participan en el proceso de impartición de justicia tampoco se ven ajenos a supuestos subjetivos que puedan influenciar en las resoluciones de los conflictos, esta tesis también es abandonada.

Así, en un ulterior momento el Estado se queda solo con la tesis de la división de funciones, es decir, que la única necesidad de su existencia es que creó la ley se encargue de su ejecución y dirima las controversias que se susciten entre los particulares. Esto es, a lo largo de su existencia y desde su propio surgimiento el Estado se ha hecho llegar de una serie de excusas que pretenden convencer de la necesidad del mismo y de la justificación de su poderío.

Actualmente, la mayoría de los Estados han adoptado un criterio de reconocimiento de los Derechos Humanos, aunque con la temeridad de caer en el error, pareciere que esa postura será la nueva excusa de su existencia y la cual lo justifique. Un mito que desde esta perspectiva resulta rebasado.

También en la materia económica se ha propugnado por resaltar el papel que juega el Estado, así en cada cambio en el modo o sistema de producción se hace necesaria la existencia y participación del Estado. Lo anterior en atención a que aun cuando se ha logrado la emancipación de la esclavitud al modo de producción feudalista y luego de este al capitalista, la clase económicamente desprotegida no se encuentra en las condiciones y con la preparación suficiente

para tomar las riendas del ente jurídico, por lo que resulta necesario que el Estado intervenga para dotar de nuevo de un cierto orden.

En consecuencia, y aunque en su momento dichas teorías sirvieran de justificación al surgimiento del Estado todas y cada una de ellas pueden tomarse como mitos, mismos que han quedado superados y de ahí que ahora se le demande al ente ficticio se someta a un principio de argumentación, tanto por lo que respecta a su propia existencia como con lo que ve a su actividad.

#### 4.3 *¿Qué es una constitución?*

Una vez observado que la negativa al cumplimiento de los pactos internacionales en materia de Derechos Humanos y en general al principio de convencionalidad, atiende a la idea decimonónica de supremacía constitucional, ello nos lleva a plantearnos la pregunta de ¿Qué es una constitución? O ¿Cuál es la esencia de una constitución?, para así poder obtener una respuesta del porque la negativa por parte del Estado de aceptar los pactos internacionales, en materia de Derechos Humanos, como parte integrante de la ley suprema de la unión y de su observancia y obligatoriedad efectivas.

Al respecto Ferdinand Lasalle<sup>150</sup> en su obra *¿Qué es una Constitución?* Define a esta como la suma de los factores reales del poder que inciden en las determinaciones jurídico-políticas en determinada Nación. Para este autor lo primero es saber en qué consiste la verdadera esencia de una constitución para luego observar si la carta constitucional determinada y concreta que examinamos se acomoda o no a estas exigencias sustanciales. En el espíritu unánime de los pueblos, una constitución debe ser algo más sagrado más firme y más inconvencional que una ley ordinaria.

En esta sintonía de ideas, para Lasalle una constitución es un documento jurídico en el que coexisten todos y cada uno de los factores reales de poder y en donde cada uno encuentra, no de manera literal, especificada la función así como

---

<sup>150</sup> LASSALLE, Ferdinand, *¿Que es una Constitución?*, Ariel, Barcelona, 1976.

el estatus que le corresponde pero que sin lugar a dudas es necesario para el correcto funcionamiento del Estado.

Así, la constitución de un país es la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país. Se toman estos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita, y a partir de ese momento, incorporados a un papel ya no son simples factores reales de poder, sino que se han erigido en derecho, en instituciones jurídicas. Y quien atenta contra ellos atenta contra la ley y es castigado.

De tal manera si una constitución no responde a los intereses de los factores reales de poder por más proclamada que sea, será una constitución dirigida al fracaso. Pues si en el momento idóneo no se despojó de las armas y del poder político a los citados factores de poder seguramente resurgirán para imponer de nuevo su voluntad y, por tanto, la constitución que hasta el momento se tenía por cierta será transformada para poder ser ajustada a la nueva realidad.<sup>151</sup>

Es así pues que una constitución no es de injerencia del Derecho o de un orden jurídico, sino que tal documento atiende directamente a los juegos e interés del poder. Los problemas constitucionales no son problemas de derecho sino de poder.

La verdadera constitución de un país solo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen. Y las constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores reales de poder imperantes en la realidad social.

Pero analicemos otros conceptos acerca del término constitución, conceptos dados por otros estudiosos del derecho y que sin duda son un referente en la materia:

---

<sup>151</sup> *Idem.*

Desde la antigüedad y hasta nuestros días, los conceptos de los diferentes estudiosos del derecho constitucional se han enriquecido a partir de la definición de Aristóteles,<sup>152</sup> el filósofo griego que en una especie de tipología de la constitución distinguió tres aspectos:

- 1- Como realidad; consideró que esta es la vida misma del Estado, vital para la existencia de la polis griega.
- 2- Como organización; fuera de toda abstracción, la realidad obliga a la conducción organizada, y la constitución se convierte en el gobierno mismo, de manera que su permanencia garantiza la vida del Estado.
- 3- Como *Lege Ferenda*; casi sinónimo de perfección, la constitución debe ser objeto de estudio permanente, que garantice su cualidad de ser la mejor, es decir, la que reúna elementos de todas aquellas que surgieron con el mismo propósito. Como ejemplo Aristóteles señaló la Constitución de Lacedemonia, que contenía una combinación de las constituciones oligárquicas, monárquicas y democráticas.

Para Carl Schmit<sup>153</sup> existen cuatro conceptos de constitución, el absoluto, el relativo, el positivo y el ideal:

- 1- Es una unidad, una forma de gobierno y la fuerza y energía que conforman al Estado.
- 2- La ley constitucional en particular atiende a un criterio formal, es decir, no interesa la importancia de las normas que contenga esa Carta Magna, sino que por el hecho de estar en el código supremo, esos preceptos tienen la categoría de constitucionales.
- 3- Constitución, significa decisión política del titular del poder constituyente; son determinaciones, decisiones que afectan al mismo ser social.

---

<sup>152</sup> Véase en ARISTOTELES, *La Política*, Tecnos, Madrid, 1996.

<sup>153</sup> SCHMIT, Carl, *Teoría De La Constitución*, Alianza, Madrid, 1982, P. 29.

4- Son los diferentes idearios que sostienen los partidos políticos.

Por su parte André Hauriou<sup>154</sup> considera que la constitución de un Estado es el conjunto de reglas relativas al gobierno y a la vida de la comunidad estatal, considerada desde el punto de vista de la existencia fundamental de esta.

A su vez Manuel García Pelayo señala; una constitución es la ordenación de ideas del Estado liberal burgués, que establece una limitación al Estado cuando señala la garantía de los derechos individuales y la división de poderes, así mismo, dice que la constitución de una nación no es producto de la razón, sino la consecuencia de una pausada transformación histórica en la que a menudo se encuentran elementos irracionales toda vez que la constitución es resultado de actos parciales y de usos y costumbres.

De otro modo, Georges Bordeau<sup>155</sup> concibe a la revolución de una idea caduca del derecho, cuando esta no satisface las aspiraciones y necesidades de los hombres, quienes pretenden un derecho acorde con los nuevos ideales de una comunidad determinada.

Respecto de los conceptos de Bordeau, Daniel Moreno afirma que la constitución es la vía por donde el poder político se convierte en institución estatal, pues comprueba la existencia del Estado como soporte abstracto del poder. La base de esta teoría es la institucionalización del poder a través de la constitución.

Hans Kelsen<sup>156</sup> señala que la constitución se debe, en sentido material, la existencia de una forma especial para las leyes constitucionales o forma constitucional. Por tanto, si existe una forma constitucional, las leyes de ella, es decir, las leyes constitucionales tendrán que ser distinguidas de las ordinarias. Para aquellas hay un procedimiento especial que implica su promulgación, además, reformarlas o abrogarlas es mucho más complejo y difícil que en el caso de las leyes ordinarias.

---

<sup>154</sup> HAURIUO, André, en CALZADA, Padron Feliciano, *Derecho Constitucional*, Herla, México, 1998, P: 131.

<sup>155</sup> CARPIZO, Jorge, *Estudios Constitucionales*, UNAM, México, 1980, p. 290.

<sup>156</sup> KELSEN, Hans, *¿Quién Debe Ser El Defensor De La Constitución?*, Alianza, Madrid, 1996.

Por ultimo Sieyés<sup>157</sup> asevera que una constitución abarca a la vez la formación y la organización interior de los diferentes poderes políticos, su correspondencia necesaria y su independencia recíproca. Agrega además, “La constitución de un pueblo no es y no puede ser más que la constitución de su gobierno y del poder encargado de dar leyes tanto al pueblo como al gobierno.”

Por otro lado, siendo la propia constitución una ley, debemos de analizar cuál es el sentido o la esencia de una ley, al respecto Montesquieu<sup>158</sup> en su magnífica obra *Del Espíritu de las Leyes*, además de analizar los distintos tipos o formas de gobierno, estudia también las causas físicas (clima y suelo), las causas sociales (el comercio, la moneda, el número de habitantes y la religión) y las causas morales (leyes, usos y costumbres) que en conjunto integran el espíritu general de una Nación y que será este el que le brinde su originalidad y uniformidad, así en el libro XIX capítulo V establece lo siguiente:

Corresponde al legislador acomodarse al espíritu de la nación, siempre que no sea contrario a los principios del gobierno, pues nada hacemos mejor que aquello que hacemos libremente y dejándonos llevar por nuestro carácter natural.

De tal manera, la ley positiva debe depender del espíritu general de la nación y la tarea del legislador consistirá en tener la virtud de dictar las leyes en función de ese espíritu general. En suma, así se tratará del legislador ordinario o del constituyente tales causas y tal espíritu debe ser tomado en cuenta para la configuración de la ley, ya sea de una ley ordinaria, o de la ley fundamental.

En conclusión, de todas las diferentes definiciones que se han explicitado, pareciere que el término de constitución se encuentra siempre asociado al establecimiento del Estado, de sus órganos, de la división de poderes y de un catálogo mínimo de derechos y libertades, en donde las leyes constitucionales deben diferenciarse de las ordinarias.

---

<sup>157</sup> SIEYÉS, Emmanuel, *¿Que es el Tercer Estado?*, UNAM, México, 1973, p. 11.

<sup>158</sup> MONTESQUIE, *Del Espíritu De Las Leyes* (1748), trad. De Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1987.

Si bien es cierto que, tanto el concepto de constitución como el de Estado son resultado del siglo XVIII, antes de tal paradigma se tenía una concepción distinta de lo que fuere una constitución, en ella se encontraban las aspiraciones de un pueblo y se regulaba además los temas que eran del interés general, no obstante ello, no existía como tal un documento escrito y mucho menos tal documento pasaba por un proceso político sino que era directamente del pueblo de donde emergía su constitución.

Así, si atendemos a su significado literal “acto de constituir”, las personas de determinado territorio se constituían en un pueblo desde el momento en que decidían unirse en una vida en común y organizándose para tratar de alcanzar sus aspiraciones como una sola familia, como un solo pueblo, y no en virtud de un proceso político.

Como ha quedado mencionado, existen diferentes definiciones del concepto de constitución y de todas y cada una de ellas se puede desprender el enfoque que tiene a la misma como el pacto que se hace ya sea entre el príncipe y el pueblo, o las entidades de un sistema federativo,<sup>159</sup>

Ello para pues en el siguiente cuestionamiento, ¿Es suficiente la idea de constitución como pacto o convenio entre el pueblo y la autoridad, como para superponerse una concepción decimonónica de supremacía constitucional frente a los Derechos Humanos? Es decir, ya que han quedado explicitadas las definiciones del termino constitución ¿es suficiente por sí mismo para ser interpuesto como objeción al cumplimiento de pactos internacionales en materia de Derechos Humanos? O debemos de concluir que la idea o principio de supremacía constitucional reviste una excusa, es más, otro mito inventado para no dar cumplimiento al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

---

<sup>159</sup> ORTIZ, Ahlf Loretta, *Derecho Internacional Público*, 3ª Edición, México, D.F., Oxford, 2004, p. 51.

#### 4.4 De la soberanía y el principio de argumentación

El término proviene de dos vocablos latinos *Supra* (por encima de) y *Onnus* (todos) que significa el que está por encima de todos, también es entendido como la *Summa Potestas*-suma o concentración de poderes o poder supremo.

Las doctrinas de la soberanía aparecen desde distintos aspectos en los orígenes de la constitución de los modernos, partiendo de una valoración de la antigua constitución mixta. La figura más emblemática en este sentido, en cuya obra encontramos ya bien expresados los caracteres de la moderna soberanía aunque todavía con presencia de una buena parte de la tradición medieval es la *Les six liuves de la Republique* de Jean Bodin.<sup>160</sup>

El rey no es soberano por que sea titular de múltiples y vastos poderes, sino porque esos poderes están dotados, en él y solo en él, de un carácter particular; el de la soberanía. Para que tal carácter esté presente es necesario que el poder del soberano sea perpetuo y absoluto. Un poder es soberano cuando puede llamarse originario, es decir, cuando no deriva de otro poder.

Sin embargo, en la tradición medieval se creía en la necesidad de imponer límites al soberano, creencia que desde luego es influencia en Bodin. Así, el soberano debe tener al menos dos límites. El primero es la imposibilidad de cambiar las leyes que regulan la sucesión al trono y de alienar los bienes que forman parte de la hacienda pública y, el segundo, viene unido a la existencia de un derecho profundamente radicado en las cosas y en los bienes, que regula la pertenencia de estos a los súbditos, este derecho de los particulares no está a disposición del soberano no puede ser libremente alterado por su voluntad discrecional, pues el soberano que entra en esta esfera acepta usar el mismo derecho que los particulares usan entre ellos.

Bodin procede también a enumerar de manera clara y definida los poderes y las prerrogativas que forman parte del núcleo duro de la soberanía, y que por

---

<sup>160</sup> BODIN, Jean, *Los Seis Libros De La Republica*, "Estado y Soberanía", Madrid, Tecnos, 1997.

ello no pueden ser compartidas; el poder de dar y anular las leyes, el poder de declarar la guerra y de firmar la paz, el poder de decidir en última instancia sobre las controversias existentes entre los súbditos, el poder de nombrar a los magistrados y el tan discutido poder de imponer los tributos.<sup>161</sup>

Así, el verdadero poder soberano es aquel originario y perpetuo que no está sujeto a límites y que no es derivado de ningún otro poder o institución, por lo cual siguiendo estas dos premisas se llegaría a la conclusión de que el poder ejercido por los gobernantes o dirigentes de un Estado, Nación o País no es en su totalidad un poder soberano y que en todo caso se podría hablar de un relativa soberanía

De tal manera, ¿por qué resulta importante el tema de la soberanía respecto de los tratados internacionales celebrados por México y en general para el derecho internacional público? La mejor respuesta a esta interrogante la encontramos en la postura que han adoptado los diferentes estados respecto al cumplimiento de dichos tratados internacionales.

Al analizar los criterios o argumentos esgrimidos por los diversos estados tocantes al tema de cumplimiento de los tratados internacionales celebrados y ratificados por los mismos, siempre es posible denotar el tema de su soberanía y en consecuencia la negativa de aceptar cierta injerencia por parte de cualquier otro país u organismo. Así la soberanía de los estados es entendida como la facultad de autorregularse y de establecer la forma de gobierno que más le acomode, además de dictarse las reglas bajo las cuales operara el ente político.

Dicha facultad puede verse trastocada si se aceptará la posición o influencia de cualquier otro Estado u organismo, y de ahí que los estados cumplan relativamente los pactos celebrados con otros Estados, organismos u sujetos internacionales y que además su cumplimiento u obligatoriedad atienda a la voluntad parcial de dichos Estados.

---

<sup>161</sup> *Idem.*

Sin embargo, en un análisis personal y en atención a las raíces latinas del término de soberanía puede observarse como el mismo se va tergiversando con el paso del tiempo, pues el sentido que se le ha otorgado y su definición en un género femenino no existe dentro del latín, como tal el termino es Soberano del masculino y no soberanía en el actual sentido. Esto ocurre en el momento histórico en que el Monarca (el soberano) es despojado del trono por no ser congruente con la *lex* que el mismo expedía.

Estas ideas guardan íntima relación con aquellas esgrimidas como justificativas del surgimiento del Estado y su representación. Es decir, el Monarca quien se ostentaba de representante de Dios en la tierra y en quien se reunían las tres funciones (ejecutiva, legislativa y judicial) al no ser congruente, no vincularse a su propia ley, empezó a ser cuestionado en cuanto a su papel y a su propia representatividad.

Ello trajo consigo su derrocamiento y la preocupación por parte del pueblo al considerarse la pérdida de su Soberano.<sup>162</sup> Por lo que se preguntó ¿Quién será ahora nuestro soberano? es ahí donde se introduce la idea de depositar el poder soberano en el pueblo, el pueblo sería el único soberano y se dictaría para si las leyes que crea convenientes a su nueva realidad. Pero ¿Cómo ejercería el pueblo su poder soberano? Para ello debía organizarse y delegar nuevamente su soberanía (con sentido vigente) en un representante que observando el bien común sería quien tomaría las decisiones que atañen a todos.

Es así como el término de poder soberano es alterado, y sufre la modificación en el propio género pues al ser transliterado al español el vocablo que le resultaba afín era precisamente el de soberanía.

Pero analicemos la soberanía en el caso mexicano. El Estado mexicano siguiendo con la tradición Jacobina ha decidido mediante su constitución de 1917

---

<sup>162</sup> BECERRA, Ramírez Manuel, *la recepción del derecho internacional en el derecho interno*, UNAM, México, 2006, p. 156

(texto vigente) depositar su soberanía en el pueblo, de tal modo reza el artículo 39 constitucional:

La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.

A su vez el artículo 41 dispone lo siguiente: “El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos” de lo cual resulta que si se hiciera un análisis jurídico con relación a estos dos artículos, todos los actos llevados a cabo tanto por el Ejecutivo como por el Legislativo y Judicial deberían parar en beneficio del pueblo siguiendo las líneas del 39 constitucional que enuncia “todo poder público dimana del pueblo y se instituye en beneficio de este.”

En consecuencia, si la soberanía reside en el pueblo y cualquier poder público debe constituirse en beneficio del mismo, y a su vez el pueblo ejerce su soberanía a través de los poderes de la unión (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) todos y cada uno de los actos y decisiones tomadas por estos deberían parar en beneficio al pueblo, de no ser así adoptarían un complejo de anticonstitucionalidad.<sup>163</sup>

En conclusión, es aquí precisamente donde se demanda un principio de argumentación con respecto a las funciones, actos y decisiones tomadas por los poderes públicos o poderes de la unión, es decir, que durante el desarrollo de sus funciones y en las decisiones que los dirigentes de los mismos tomen se argumente, motive y fundamente de manera exhaustiva el porqué de determinada decisión o de cierta posición.

---

<sup>163</sup> PIÑA, Reyna Uriel, *El Principio de Argumentación del Estado Constitucional de Derecho*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Fundada en 1853 TERCERA ÉPOCA – AÑO CLIX – 2012 – Número 1 – Enero Marzo, Publicación trimestral Fundada en 1853 por el Excmo. Sr. D. JOSÉ REUS GARCÍA

Así, vamos encauzando el camino para demandarle al Estado y a los poderes públicos que argumenten porque, nacida bajo el mito de soberanía, la postura que se adopta con respecto a los pactos internacionales en materia de Derechos Humanos, y hasta qué punto esto le es favorable al pueblo ello bajo la luz de los artículos 1º, 39, 41 y 133 constitucionales.

#### 4.5. *El pueblo como protector de los derechos humanos*

Si retomamos la idea de que el Estado surge de la necesidad de protección del individuo frente al fuerte y arbitrario, dado que éste no es capaz de reconocer los derechos que tiene él mismo y frente a él los demás, es necesario precisar que el Estado, como tal, nace de la voluntad del pueblo mediante el contrato, arreglo o pacto que celebra y en virtud del cual cede voluntariamente las prerrogativas que tiene en el estado natural para que esta súper estructura le garantice la tranquilidad.

Sin embargo, este elemento de la colectividad guarda para sí un derecho de revisión y en su caso de insurrección cuando el dirigente del Estado se vuelve arbitrario. En esta idea, el Estado sería resultado de la voluntad del pueblo, es decir, que es creación del pueblo y que en ningún momento podría llegar a ser más fuerte la criatura frente a su creador.<sup>164</sup>

Así, si en aquel momento histórico se hubiera trabajado en el individuo que poseía mayores fuerzas y se le concientizara sobre los derechos que tiene la otredad quizá jamás se hubiera concebido la idea de creación del Estado.

No obstante, y como tal situación ya no es posible, lo que resulta plausible es trabajar en la concientización del hombre de hoy. Para que sea el pueblo el que ejerza la función protectora de los derechos humanos y que esta no se encuentre reservada a los órganos del Estado o a alguno de ellos en específico.<sup>165</sup>

---

<sup>164</sup> ROUSSEAU, Jean Jaques, *Del Contrato Social*, Alianza, Madrid, 1980.

<sup>165</sup> CARPIZO, Enrique, *Algunas Reflexiones Sobre El Control De Convencionalidad y Su Relación Con El Control Difuso En México*, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2009.

En este sentido, el gran tratadista Adam Smith en su obra *La Riqueza De Las Naciones*, postula la idea del egoísmo productivo, reducida tal hipótesis al hecho de que si un individuo dentro de una colectividad se preocupase únicamente por su bien y su superación, en tal momento los demás sujetos comenzarían a emularlo logrando con ello que en un ulterior momento que la colectividad en su conjunto se vería mejorada o superada, por decirlo así. No obstante, tal visión resulta lenta en el proceso de crecimiento general, pues lo correcto sería trabajar *per se*, pero a la vez aportar en la medida de lo posible a la comunidad en la cual se está inserto así el nivel de crecimiento, eficacia o producción sería más sencillo y rápido.

De lo anterior resulta que, si se trabajase por concientizar al individuo respecto del reconocimiento, respeto y protección de los derechos humanos y que de manera paulatina y en forma sucesiva los demás individuos del conglomerado empezaran a emularlo, el pueblo alcanzaría una cultura más elevada sobre este tópico, lo que haría posible ahora pensar en una vida sin la necesidad, existencia o injerencia por parte del Estado y sus autoridades. O simplemente, pensar en un Estado abstencionista que únicamente ejerza sus funciones cuando el orden se vea alterado.

A lo largo de la historiografía estatista, el Estado ha venido adoptando diversas posiciones, ya hemos tenido un Estado autoritario, uno totalitario, uno intervencionista. Porque no, pensar en la idea de un Estado abstencionista que únicamente ejerza sus funciones cuando la realidad lo demande. Así, esta función protectora de los derechos humanos sería compartida, tanto por el Estado y sus autoridades como por la colectividad en general.

## Conclusiones

De todo lo anterior, nos resultan insostenibles los argumentos tras los cuales se auspicia el Estado Mexicano, con el favor de la Corte, para dejar en segundo plano al Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos. Pues, con el último criterio jurisprudencial de abril de 2014 pareciera existir un cierto retroceso y regresar a la vida figuras tales como: el arraigo, la prisión preventiva prolongada, la extinción de dominio etcétera.

De igual forma, una vez explicitados los distintos significados de la palabra constitución y del procedimiento que la misma lleva para su establecimiento resulta, para esta investigación, inaceptable la idea de dotar de un principio de supremacía a tal documento, toda vez que como ha quedado evidenciado la significación del termino y de su contenido, es inverosímil que el Estado justifique la inaplicación de tratados internacionales en materia de derechos humanos apelando al referido principio de supremacía constitucional y de las restricciones que en la misma se encuentran.<sup>166</sup>

En tal sentido, no tiene razón de ser que el Estado ponga en supremacía los intereses de los factores reales de poder por encima de los derechos humanos de la colectividad, que en determinado momento y aun en la actualidad resulta un número considerablemente mayor respecto del número de personas que se encuentran en las elites (políticas, religiosas, empresariales, etcétera) las cuales logran ver protegidos sus intereses en la ley fundamental.

Más aún, si nos basáramos en las ideas contractualistas (Hobbes, Locke, Rousseau, Kant.) en donde el Estado es resultado de la voluntad popular y por tanto su Constitución, sería sencillo denotar que jamás fue intención del pueblo constituir un Estado que en adelante se convirtiera en el principal violador de sus derechos, sino que todo lo contrario, que surgida la necesidad de cambiar del estado de naturaleza a un estado de derecho en donde sus prerrogativas fueran

---

<sup>166</sup> Clausula *Pacta Sunt Servanda* y el artículo 27 de la Convención de Viena sobre derechos en los tratados.

garantizadas por un ente superior a cualquier fuerza, la colectividad, el pueblo, los contratantes deciden constituir al Estado sin más interés que el de ver salvaguardados sus derechos.

Así pues, resulta pertinente citar una de las ideas Jacobinas refiriéndonos a aquella en la que se postula que “nunca podrá hacer más, ni tener mayor fuerza la criatura respecto de su creador” aterrizada esta idea al Estado, se entiende que jamás podrá éste tener mayor autoridad que su creador el pueblo, y seguro es que, si se le preguntare al pueblo respecto de la jerarquía de sus derechos, este los colocaría en primer plano o simplemente apelarían por el respeto efectivo de los mismos, sin que medien cuestiones de política nacional o internacional.

Es por ello que esta tesis postula la idea de la primacía de los derechos humanos, frente a cualquier concepto, principio o tema considerado trascendente para un Estado. Más allá del concepto de constitución, de Estado, de la idea decimonónica de soberanía y de la jerarquización de los derechos fundamentales.

## Fuentes de información

### a) Bibliográficas

- ALAMAN, Lucas, *Historia de México*, Segunda Edición, México, Jus, 1969.
- ALEXY, Robert, *Teoría De Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Fareso, 1993.
- ALVAREZ, Ledesma Mario, *Introducción al Derecho*, México, McGraw, 1995.
- AQUINO, Santo Tomás de, *Suma Teológica*, Buenos Aires, Club De Lectores, 1949.
- ARISTOTELES, *La Política*, Tecnos, Madrid, 1996.
- ARRELLANO, García Carlos, *Derecho Internacional Público*, Tercera Edición, México D.F., Porrúa, 2005.
- ARTEAGA, Nava Elisur, *Derecho Constitucional*, México, Oxford, 1999.
- ATIENZA, Manuel, *Introducción al Derecho*, México, Distribuciones Fontamara, 1988.
- BASTIDAS, Colinas Sabino, *La Reformabilidad de la Constitución en el Derecho Mexicano*, México, Escuela Libre de Derecho, 1996.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *La Recepción del Derecho Internacional en el Derecho Interno*, México, UNAM, 2006..
- BECERRA, Ramírez José de Jesús, *El Constitucionalismo ante los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos*, México, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Jalisco IBIJUS, 2011.
- BIDART CAMPOS, Germán, *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003.
- BISCARETTI, Ruffia Paolo, *Introducción al Derecho Comparado*, México, FCE, 1996.

- BOBBIO, Norberto, *El Poder y El Derecho*, Grijalbo, México, 1985.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, España, Debate, 1992.
- BODIN, Jean, *Los Seis Libros De La Republica*, “Estado y Soberanía”, Madrid, Tecnos, 1997.
- BOFFI, Boggero Luis María, *Enciclopedia Jurídica Omeba XXXIV*, Buenos Aires Argentina.
- BURGOA, Orihuela Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Porrúa, 1973.
- CABALLERO OCHOA, José Luis, *La Interpretación Conforme*, México, Porrúa, 2013.
- CABALLERO, Ochoa José Luis, *La Incorporación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en España y México*, Distrito Federal, Porrúa, 2009.
- CALZADA, Padron Feliciano, *Derecho Constitucional*, Herla, México, 1998.
- CARBONELL, Miguel y Salazar, Pedro (Coords), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: Un Nuevo Paradigma*, México, UNAM, 2011.
- CARBONELL, Miguel, *Diccionario De Derecho Constitucional*, tercera edición Porrúa, -UNAM, Instituto De Investigaciones Jurídicas, México, 2009.
- CARBONELL, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, Editorial Porrúa Unan, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2004.
- CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo*, Cuarta Edición, México, Trotta, 2009.
- CARMAGNANI, Marcello, *Federalismos Latinoamericanos, México/Brasil/Argentina*, México, FCE, 1993.

- CARPINTERO, Benítez Francisco, *Historia breve del Derecho Natural*, Madrid, Colex, 2000.
- CARPIZO, Enrique, *Algunas Reflexiones Sobre El Control De Convencionalidad y Su Relación Con El Control Difuso En México*, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2009.
- CARPIZO, Jorge, *Estudios Constitucionales*, México, UNAM, Porrúa, 1991.
- CARPIZO, Jorge, *Federalismo en Latinoamérica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 1973.
- CARRANCO, Zúñiga Joel, *Poder Judicial*, México, D.F., Porrúa, 2000.
- CASANUEVA, Reguart Sergio, *Derecho Internacional Público En La Mundialización*, México, Porrúa, 2010.
- CASTILLO, Farreras José, *Las Costumbres y el Derecho*, México, SEP Setentas, 1973.
- CASTILLO, Nájera Fernando, *El Tratado Guadalupe-Hidalgo*, México, UNAM, 1947.
- CRUZ, Parcero Juan Antonio, *Los Derechos Sociales Como Técnica de Protección Jurídica*, Porrúa Unan, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2004.
- DE BUEN, Lozano Néstor, *El Derecho Mexicano Del Trabajo*, Porrúa, México, 2000.
- DE LA CUEVA, Mario, *La Idea Del Estado*, México, UNAM, 1980.
- DE LA TORRE TORRES, Rosa María, *El Nuevo Paradigma Constitucional*, Morelia, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2013.
- DEL ROSARIO, Rodríguez Marcos, *Universalidad y Primacía de los Derechos Humanos*, México, IBIJUS, 2012, p. 34.

- FERRAJOLI, Luigi, *Jueces y Política*, Trotta, Madrid, 1999.
- FERRER, Mac-Gregor Eduardo y SAIZ, Arnaiz Alejandro (coord), *Control de Convencionalidad, Interpretación Conforme y Diálogo Jurisprudencial*, México, Porrúa, 2012.
- FERRER, Mag-gregor Eduardo, *Derecho Procesal Constitucional*, Segunda Edición Porrúa, México, 2001.
- FIX ZAMUDIO Héctor y Carpizo Jorge, *Algunas Reflexiones Sobre La Interpretación Constitucional en el Orden Jurídico Mexicano*, México, UNAM, 1975.
- FIX ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA, Carmona, Salvador, *Las Reformas en Derechos Humanos Procesos Colectivos y Amparo como Nuevo Paradigma Constitucional*, México, Porrúa, 2013.
- FLORES, Mendoza Imer Benjamín, *La Concepción del Derecho en las corrientes de la Filosofía Jurídica*, México, Oxford, p.1010.
- FONDEVILA, Gustavo, *Filosofía del Derecho*, México, Oxford, 2010.
- GARCÍA, Máñez Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 60ª Edición, México, D.F., Porrúa, 2008.
- GOMEZ, Gallardo Perla, *Filosofía del Derecho*, México, IURE, 2008.
- GONZALES, Martin Nuria y RODRIGUEZ Jiménez Sonia, *Derecho Internacional Privado*, México, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, 2010.
- GONZALEZ, Magallanes Juan Carlos, *Juárez y El Tratado Mclane*. Ocampo, México, Publisher, 1964.
- GONZÁLEZ, Oropesa Manuel, *El Federalismo*, UNAM, México, 1995.
- GONZALEZ, Uribe Héctor, *La Ciencia del Derecho durante el siglo XX*, México, UNAM, 1998.

- GUTIERREZ, Posse Hortensia D.T., *Guía para el Conocimiento de los Elementos de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires Argentina, FEDYE La Ley, 2003.
- HABERMAS, Jurgen, *Teoría De La Acción Comunicativa*, Barcelona, Taurus, 2009.
- HAURIOU, André, *Derecho Constitucional e Instituciones Públicas*, Madrid, Reus, 1927.
- HAURIOU, André, en CALZADA, Padron Feliciano, *Derecho Constitucional*, Herla, México, 1998.
- HERDEGEN, Mathías, *Derecho Internacional Público*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005.
- HERNÁNDEZ, Franco Juan Abelardo y CASTAÑEDA, Daniel H., *Curso de Filosofía del Derecho*, México Distrito Federal, Oxford, 2009.
- IBARRA, Serrano Francisco, *Derecho Constitucional Comparado*, México, STJM, 1996.
- JELINEK, Jorge, *Teoría General Del Estado*, Fondo De Cultura Económica De España, Madrid, 2012.
- KELSEN, Hans, *¿Quién Debe Ser El Defensor De La Constitución?*, Alianza, Madrid, 1996.
- KELSEN, Hans, *Esencia y Valor de la Democracia*, Instituto De Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1934.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1986.
- LASSALLE, Ferdinand, *¿Que es una Constitución?*, Ariel, Barcelona, 1976.

- LEÓN BASTOS, Carolina, *La Interpretación de los Derechos Fundamentales según los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos*, Madrid, Talleres Editoriales Corneta, 2010.
- LOPÉZ, Ayllon Sergio, *Las Transformaciones del Sistema Jurídico y Los Significados del Derecho en México*, México, Unam, 1997.
- LOPEZ, Hermilo Bassols, *Los Nuevos Desarrollos del Derecho Internacional Público*, México, Porrúa, 2008.
- LOPEZ, Zamarripa Norka, *Nuevo Derecho Internacional Público Teoría, Doctrina, Practica e Instituciones*, México, Porrúa, 2008.
- MARQUEZ, De la Serna Juan Antonio, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Porrúa, 1996.
- MATEOS, Santillan Juan José, *Evolución Del Derecho Constitucional Mexicano*.
- MIRKINE, Guetzevitch B., *Derecho Constitucional Internacional*, Madrid, Reus, 2013.
- MONTESQUIE, *Del Espíritu De Las Leyes* (1748), trad. De Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1987.
- MORENO, Daniel, *Derecho Constitucional Mexicano*, Pax, México.
- MUÑOZ, Antonio, *Introducción al Derecho Internacional Público*, México, Porrúa, 2009.
- NASH, Rojas, Claudio, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción*, México, Porrúa, 2009.
- O`DONELL, Daniel, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, México, Tierra Firme, 2007.
- OLEA, Franco Pedro, *Manual de Técnicas de Investigación Documenta*, 34ª Edición, México D.F., Esfinge, 2007.

- OROZCO, Sánchez Cesar Alejandro, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su recepción en México*, Segunda Edición México, UBIJUS, 2013.
- ORTIZ, Ahlf Loretta, *Derecho Internacional Público*, Tercera Edición Oxford, México, 2011.
- PACHECO, Pulido Guillermo, *La Intensidad del Artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Porrúa, 2013.
- PALLARES, Bossa Jorge, *Derecho Internacional Público*, Bogotá Colombia, LEYER, 2004.
- PEREZ, Fernández De Castillo Bernardo, *Deontología Jurídica Ética Del Abogado Y Del servidor Público*, Decimosexta Edición, México, Porrúa, 2009.
- PEREZNIETO, Castro Leonel, *Derecho Internacional Privado*, México, Oxford, 2009.
- PIÑA, Reyna Uriel, *El Principio de Argumentación del Estado Constitucional de Derecho*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Fundada en 1853 TERCERA ÉPOCA – AÑO CLIX – 2012 – Número 1 – Enero Marzo, Publicación trimestral Fundada en 1853 por el Excmo. Sr. D. JOSÉ REUS GARCÍA
- PLATÓN, *La Republica*, México, UNAM, 1971.
- RAMOS, Alejandro, *La Ciudad de Dios en Santo Tomás de Aquino*, Madrid, Mar Del Plata Universidad Fasta, 2008.
- RAMOS, Quiroz Francisco, *El Control Constitucional y la Suprema Corte de Justicia*, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Instituto de Investigaciones Históricas, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales 1ª Edición Morelia, Michoacán., 2009.

- RODRIGUEZ, Fernández Ramón, *Derecho Constitucional*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 1992.
- ROJAS, Amandi Víctor Manuel, *Filosofía del Derecho*, 2da. Edición, México D.F., Porrúa, 2000.
- ROJAS, Caballero Ariel Alberto, *Los Derechos Humanos en México*, México, Porrúa, 2013.
- ROUSSEAU, *Droit International Public*, Sirey, Paris, 1955.
- ROUSSEAU, Jean Jacques, *Del Contrato Social, Discurso sobre las ciencias y las artes. Discurso sobre el origen y fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, Madrid, Alianza S. A., 1988.
- ROUSSEAU, Jean Jacques, *Del Contrato Social*, ed. Sociología alianza, Madrid, 1962.
- SAENZ, Arroyo, José, *Técnica Legislativa*, México, Porrúa 1988.
- SCHMIT, Carl, *Teoría De La Constitución*, Alianza, Madrid, 1982.
- SCHWARZENBERGER, Gorg., *A Manual Of International Law*, 4th Edition Volumen I
- SEARA, Vázquez Modesto, *Derecho Internacional Público*, edición 24, México, Porrúa, 2012.
- SENADO DE LA REPUBLICA, *Tratados Ratificados y Convenios Ejecutivos Celebrados por México*, México, 1972.
- SEPULVEDA, Cesar, *Derecho Internacional*, Decimoséptima Edición, México, Porrúa, 1996.
- SIEYÉS, Emmanuel, *¿Que es el Tercer Estado?*, UNAM, México, 1973.
- SIGMOND, Karen, *Problemas Actuales del Derecho Internacional*, México, Porrúa,

- SORENSEN, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- SOTO, Pérez Ricardo, *Nociones de Derecho Positivo Mexicano*, México, Esfinge, 1984.
- STONE, Julius, *The Province and Fuction of Law*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University, 1961.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, *La Jurisprudencia, Su Integración*, 2da edición, México D.F. Agosto 2005.
- TARRELLO, Giovanni, *Cultura Jurídica y Política del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- TENA, Ramírez Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Porrúa, 1991.
- TERAN, Juan Manuel, *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 2012.
- TOUCHARD, Jean, *Historia de Las Ideas Políticas*, Madrid, Tecnos, 1998.
- VÁZQUEZ, Josefina Zoraida, *El Federalismo Mexicano*, México, 1993.
- VAZQUEZ, Rodolfo, *Derecho y Moral*, Ensayos sobre un debate contemporáneo, Barcelona, Gedisa, 1998.
- VENTURA, Silva Sabino, *Derecho Romano*, México, Porrúa, 2000.
- WILLOUGHBI, *The Juristic Conception Of The State*, Vol. 11 A.P.S.R., 1918.
- XILOTL, Ramírez Ramón, *Derecho Consular Mexicano*, segunda edición, México, Porrúa, 2009.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *Jueces Constituciones*, En Carbonell Miguel, *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, UNAM, 2007.

## **b) Tesis Jurisprudenciales**

Tesis P, 20/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, abril de 2014, p. 202

Tesis: P. IX/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, abril 2007, P. 6

Tesis: P. LXXVII/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, noviembre 1999, P. 46

Tesis: XI.1o.A.T.45 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, mayo 2010, P. 2079

Tesis 1ª CXCVI/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, decima época, t. 1. junio de 2013, p. 602.

Tesis 1ª /J 18/2012 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, decima época, t. 1, diciembre 2012, p. 420.

Tesis 1.5º. C, J/1, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, decima época, t. 2, mayo de 2013, p. 1305.

Tesis 1. 7º, C. 46 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, t. XXVIII, agosto de 2008, p. 1083.

## **c) Fuentes Legales**

Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Carta Social Europea de Turín, 18 de octubre de 1961.

Constitución Española.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Convención interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Ley reglamentaria de los artículos 105 y 107 Constitucionales.

Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos.

Protocolo de San Salvador.

Tratado Internacional de la Comunidad Europea.