

El Derecho Internacional en los Sistemas Jurídicos Nacionales: una investigación empírica

Pierre-Hugues Verdier y Mila Versteeg †

I. Introducción

Los expertos en derecho internacional han reconocido durante mucho tiempo la importancia de las normas y los procesos mediante los cuales los estados adhieren a las obligaciones legales internacionales y las “trasladan” a sus sistemas jurídicos nacionales¹. Del mismo modo, las investigaciones realizadas por politólogos en áreas específicas reconocen cada vez más que la implementación doméstica es crucial para el cumplimiento y la efectividad del derecho internacional². Sin embargo, la falta de datos sistemáticos dificulta la formación de una imagen general de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno

† Profesor de investigación de Derecho John A. Ewald Jr., Universidad de Virginia (Verdier); Profesora de Derecho, Universidad de Virginia (Versteeg). Los autores desean agradecer a Benedict Kingsbury, Anthea Roberts, Paul Stephan, un supervisor anónimo, y a los participantes en el Coloquio Sokol de 2014 sobre Derecho Internacional Privado por sus útiles comentarios y sugerencias sobre una versión anterior.

¹ Véase, por ejemplo, Karen Knop, *Here and There: International Law in Domestic Courts*, 32 N.Y.U. J. INT’LL. & POL. 501 (2000); Harold Hongju Koh, *Why Do Nations Obey International Law?*, 106 YALE L.J. 2599 (1997).

² Véase, por ejemplo, Beth A. Simmons, *Mobilizing for Human Rights: International Law in domestic politics* (2009); Yonatan Lupu, *Best Evidence: The Role of Information in Domestic Judicial Enforcement of International Human Rights Agreements*, 67 INT’LORG. 469 (2013); Andrew Moravcsik, *Liberal Theories of International Law*, in *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: the State of the Art* 83, 96–100 (Jeffrey L. Dunoff & Mark A. Pollack eds., 2013).

alrededor del mundo, y mucho menos permite documentar su evolución a lo largo del tiempo. Recientes estudios cualitativos de la práctica estatal han comenzado a llenar este vacío, pero ofrecen solo una imagen estática de un determinado momento y están limitados a relativamente pocos países³. Algunos proyectos cuantitativos cubren más países, pero solo abordan un número limitado de cuestiones basadas únicamente en el texto de las constituciones nacionales⁴.

En este ensayo, nos basamos en una nueva base de datos que surge de un proyecto de investigación multianual sobre el derecho internacional en los sistemas jurídicos nacionales. Este conjunto de datos proporciona lo que creemos que es una información singularmente sistemática, única y completa acerca de la relación entre los órdenes legales internacionales y nacionales. El conjunto de datos captura numerosas características específicas de los enfoques que tiene el derecho internacional en los sistemas jurídicos nacionales, incluyendo los procedimientos de elaboración de tratados, el estatus de los tratados en el derecho interno y la recepción del derecho internacional consuetudinario (DIC). Actualmente cubre 101 países para el período 1815-2013, ampliando así el alcance de la investigación más allá de los estados occidentales reconocidos para incluir numerosos estados de África, Asia, América Latina y la antigua Unión Soviética. Abarca un período más largo que los datos existentes, lo que permite la identificación y el análisis de las tendencias históricas. Incorpora información que se encuentra no solo en las constituciones, sino también en las leyes, la jurisprudencia, los documentos ejecutivos y administrativos y las fuentes secundarias. Estos datos nos permiten ir más allá de la clasificación monista-dualista tradicional y proporcionar una exploración más matizada de cómo los países abordan el derecho internacional en sus sistemas jurídicos nacionales.

En las siguientes secciones, describimos las características más destacadas de los datos, identificamos las principales tendencias sobre el derecho internacional en los enfoques nacionales y discutimos sus

³ Véase, por ejemplo, *International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion* (Dinah Shelton ed., 2011); *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study* (David Sloss ed., 2009); *National Treaty Law and Practice* (Duncan Hollis et al. eds., 2005).

⁴ Véase, por ejemplo, Tom Ginsburg, et al., *Commitment and Diffusion: How and Why National Constitutions Incorporate International Law*, 2008 U. ILL. L. REV. 201; Oona A. Hathaway, *Treaties' End: The Past, Present, and Future of International Lawmaking in the United States*, 117 YALE L.J. 1236 (2008).

implicaciones para el derecho internacional comparado. Encontramos que, en conjunto, los enfoques nacionales para la elaboración e implementación de tratados han cambiado considerablemente, y sugerimos que la dirección del cambio refleja la preocupación simultánea por asegurar la implementación efectiva de un creciente cuerpo de normas derivadas de tratados y abordar las preocupaciones de mayor responsabilidad y legitimidad a medida que una cantidad mayor de funciones gubernamentales migran hacia el nivel internacional. Más específicamente, encontramos que es más probable que los sistemas jurídicos nacionales otorguen a los tratados un efecto directo y una superioridad jerárquica sobre el derecho interno, lo que es consistente con el deseo de garantizar una implementación efectiva. Al mismo tiempo, los sistemas jurídicos nacionales han ampliado constantemente las categorías de tratados cuya ratificación requiere aprobación legislativa previa, expandiendo así el papel de las legislaturas nacionales en el proceso de creación de leyes internacionales.

Con respecto al DIC, encontramos una notable consistencia en todos los países: la gran mayoría de los sistemas jurídicos nacionales ahora reconocen que la costumbre, al menos en principio, es directamente aplicable. Al mismo tiempo, una parte creciente de los países considera que la costumbre es jerárquicamente inferior a la ley nacional, lo cual limita la capacidad de los tribunales para aplicarla directamente en muchas circunstancias y preserva la capacidad del poder legislativo para desplazar las reglas consuetudinarias. Por lo tanto, el régimen de recepción para la costumbre refleja tanto las ideas tradicionales de recepción automática del derecho de gentes en el ordenamiento jurídico nacional como la sospecha contemporánea del proceso de formación de la costumbre, incluida su falta de consentimiento formal por parte de las instituciones políticas nacionales.

Estas tendencias en las actitudes de los ordenamientos jurídicos nacionales hacia los tratados y la costumbre internacional albergan importantes ideas para el derecho internacional comparado. Por ejemplo, nuestros datos proporcionan información sobre los roles respectivos de las instituciones políticas nacionales como el poder ejecutivo, el poder legislativo y los tribunales en relación con el derecho internacional, que puede orientar el análisis comparativo. Aunque proponemos conjeturas acerca de cómo las tendencias que identificamos se relacionan con fenómenos más amplios - como la naturaleza cambiante del orden jurídico internacional y los debates sobre el déficit

democrático - los métodos que utilizamos no nos permiten hacer ningún reclamo causal. Nuestra muestra de países es demasiado diversa y el número de variables de confusión es demasiado grande para que tales afirmaciones se puedan hacer y sean corroboradas dentro del marco de este ensayo. Nuestro propósito principal aquí es documentar patrones y tendencias globales y proponer hipótesis sobre sus posibles causas y relaciones que puedan ser probadas por futuros doctrinarios del derecho internacional comparado.

II. Una nueva base de datos sobre el derecho internacional en los sistemas jurídicos nacionales

Las diferencias entre países en la relación entre el derecho internacional y los sistemas jurídicos nacionales a menudo se explican en los libros de texto de derecho internacional por referencia a la distinción monista-dualista. De acuerdo con esta distinción, los sistemas monistas consideran al derecho internacional y al derecho nacional como “dos partes de un mismo sistema” en el que “el derecho internacional pasa automáticamente al sistema legal del estado”, de modo que “cuando el estado ratifica un tratado, ese tratado es incorporado automática y plenamente a la ley nacional”⁵. De hecho, en un sistema monista “puro”, “se considera que la ley nacional deriva su autoridad, en última instancia, del derecho internacional, que ocupa un lugar más alto en la jerarquía de las normas legales”⁶. Por el contrario, los sistemas dualistas consideran al derecho internacional y a la ley nacional como “sistemas legales separados” en donde “[una] regla de derecho internacional vinculante para el estado no se convierte automáticamente en parte de la ley nacional; solo lo hace cuando se ha transformado o incorporado a la legislación nacional por un acto a nivel nacional, como una ley para la implementación de un tratado”⁷.

Como deja en claro nuestro estudio, la distinción monista-dualista tiene limitaciones fundamentales a la hora de clasificar los enfoques nacionales del derecho internacional. En primer lugar, debido a que derivan de un debate teórico sobre la naturaleza del derecho internacional en lugar de un esfuerzo por clasificar los actuales sistemas jurídicos, “ninguna teoría ofrece una explicación adecuada de la práctica

⁵ Lori Fisler Damrosch & Sean D. Murphy, *International Law: Cases and Materials* 621 (Sexta ed. 2014).

⁶ *Id.*

⁷ *Id.*

de los tribunales internacionales y nacionales, cuyo papel en la articulación de las posiciones de los diversos sistemas jurídicos es crucial⁸. En segundo lugar, los sistemas nacionales no adoptan un enfoque monolítico del derecho internacional; la mayoría de ellos combinan aspectos de los enfoques monistas y dualistas. Por ejemplo, en el Reino Unido los tratados no forman parte de la legislación nacional a menos que el Parlamento los implemente, mientras que los tribunales pueden aplicar directamente la costumbre internacional. Finalmente, debido a que la distinción se articula a un alto nivel de generalidad, los académicos a veces difieren en cuanto a si un país en particular debe clasificarse adecuadamente como "monista" o "dualista". Por ejemplo, mientras muchos observadores consideran que Francia es un país monista, algunos destacados doctrinarios franceses sostienen que, debido a que el efecto directo y la superioridad de los tratados en Francia no se basan en su validez internacional, sino en la constitución francesa, el país es realmente "dualista"⁹.

Por estas razones, al recopilar nuestro conjunto de datos, vamos más allá de la distinción monista-dualista para proporcionar una imagen más detallada de la práctica estatal. Al hacerlo, también vamos más allá de la investigación existente. A diferencia de los estudios cualitativos existentes¹⁰, nuestro conjunto de datos cubre una amplia gama de países de todas las regiones del mundo, aborda sistemáticamente un conjunto estándar de preguntas, y codifica las respuestas en forma cuantitativa para permitir la representación visual y el análisis estadístico. En lugar de proporcionar una imagen estática, nuestro conjunto de datos cubre el período 1815-2013, y proporciona la primera imagen sistemática de la evolución de los enfoques nacionales sobre el derecho internacional

⁸ James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* 50 (Octava ed. 2012).

⁹ Véase, por ejemplo, Alain Pellet, *Vous avez dit "monisme"? Quelques banalités de bon sens sur l'impossibilité du prétendu monisme constitutionnel à la française*, in *L'architecture du droit: mélanges en l'honneur de Michel Troper* 827 (Denys de Béchillon et al. eds., 2006). En este artículo, aunque generalmente evitamos usar los términos "monista" y "dualista", a veces es necesario hacerlo para evitar la repetición o describir cómo se clasifican convencionalmente los sistemas legales. En tales casos, utilizamos el término "monista" para designar a los países donde los tratados tienen un efecto directo en la ratificación sin que el poder legislativo tome medidas adicionales (incluso si se requiere la aprobación legislativa antes de la ratificación o si es necesario que otras ramas adopten medidas formales para que el tratado entre vigencia) y "dualista" para designar países donde se requiere una acción legislativa para incorporar un tratado ratificado en la legislación nacional. La distinción monista-dualista es mucho menos importante para el DIC, y evitamos su uso en ese contexto.

¹⁰ *International Law and Domestic Legal Systems*, nota al pie 3 supra; *National treaty law and practice*, nota al pie 3 supra; *Treatymaking—expression of consent to be bound by a treaty* (Council of Europe ed., 2001).

durante ese período. Otra característica definitoria de nuestra base de datos es que se basa no solo en las constituciones nacionales, sino también en la información que se encuentra en la legislación ordinaria, la jurisprudencia, los documentos ejecutivos y administrativos y las fuentes secundarias. Seguimos este método porque las constituciones generalmente solo definen parcialmente la relación de un estado con el derecho internacional y, en algunos casos, guardan silencio sobre el asunto por completo. En ese sentido, nuestros datos difieren de las iniciativas existentes de Hathaway¹¹ y del Proyecto de Constituciones Comparativas¹², que reúnen información sobre el estado interno del derecho internacional basado únicamente en las constituciones.

Al recopilar nuestros datos, un primer paso fue identificar y definir los problemas sustantivos que definen la relación de un estado con el derecho internacional. Identificamos alrededor de cincuenta temas bajo las categorías de elaboración de tratados, recepción de tratados, y recepción del DIC. Para cada país, encargamos un memorando escrito que proporciona una respuesta narrativa a cada una de las preguntas y, cuando corresponde, documenta cómo esta respuesta ha cambiado con el tiempo¹³. Estos memorandos fueron escritos por los investigadores principales o por académicos, profesores y estudiantes que usualmente poseían un conocimiento sustancial sobre el sistema jurídico extranjero en cuestión. Donde existían múltiples interpretaciones, confiamos en la fuente más autorizada de ese sistema para emitir un juicio. Los principales investigadores realizaron toda la codificación.

Debido a que nuestro objetivo es proporcionar una imagen completa del derecho internacional en los sistemas jurídicos nacionales, incluimos una amplia gama de países: ricos y pobres, occidentales y no occidentales, democráticos y no democráticos. A primera vista, esta elección puede plantear preguntas sobre la importancia de las reglas y procedimientos que identificamos en los diferentes tipos de regímenes. Por ejemplo, uno podría dudar de que los estados no democráticos requerirían la aprobación legislativa previa a la ratificación del tratado, y que si existen tales disposiciones, tendrían un impacto significativo¹⁴. Sin embargo, una

¹¹ Hathaway, nota al pie 4 supra.

¹² Ginsburg, et al., nota al pie 4 supra.

¹³ Agradecemos al Proyecto de Constituciones Comparativas por brindarnos acceso a su depósito histórico de constituciones.

¹⁴ De los 101 países en nuestra muestra, el 30% no es actualmente "totalmente democrático". Definimos "totalmente democrático" como una puntuación de 6 o más en la escala de democracia de Polity IV que se usa comúnmente en la literatura de ciencia política.

exploración superficial de los datos revela que, así como los regímenes autoritarios casi siempre celebran elecciones, establecen tribunales constitucionales, y adoptan declaraciones de derechos, también requieren que el poder legislativo apruebe los tratados¹⁵. La literatura sobre ciencia política ofrece varias explicaciones: algunos estudios muestran que las autocracias adoptan características aparentemente democráticas simplemente porque son símbolos globales de estadidad¹⁶, mientras que otros las ven como concesiones a la presión popular que pueden convertirse en limitaciones reales¹⁷. Las legislaturas, los tribunales constitucionales y otras instituciones también pueden representar los intereses de los grupos poderosos cuyo apoyo el régimen requiere, imponiendo restricciones a los líderes incluso en ausencia de democratización. En este ensayo, no pretendemos explicar por qué los distintos países eligen enfoques específicos hacia el derecho internacional o medir sus efectos. Pero el hecho de que muchas de las características que describimos aparezcan en diferentes tipos de regímenes – y en otras notables diferencias entre estados – justifica la inclusión de una amplia sección del mundo en nuestro conjunto de datos.

III. Procedimiento de elaboración de los tratados

La proliferación de tratados y la expansión de su alcance sustantivo a asuntos previamente considerados de naturaleza doméstica - como la regulación económica, los derechos humanos y la protección del medio ambiente - han prestado una nueva urgencia a las preocupaciones sobre la legitimidad y la responsabilidad democrática del derecho internacional¹⁸. Desde esta perspectiva, la participación de las legislaturas nacionales en la elaboración de tratados desempeña un papel importante al conferir a los tratados la impronta de legitimidad democrática. Además, dicha participación defiende los principios de separación de poderes que son fundamentales para muchas democracias

¹⁵ De hecho, la correlación entre democracia y participación legislativa en la elaboración de tratados es cercana a cero. Ver infra nota al pie 22 y el texto adjunto.

¹⁶ Véase David S. Law & Mila Versteeg, *Constitutional Variation Among Strains of Authoritarianism, in Constitutions in Authoritarian Regimes* 165 (Tom Ginsburg & Alberto Simpser eds., 2013).

¹⁷ Véase Steven Levitsky & Lucan A. Way, *Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes after the Cold War* (2010); *Rule By Law: The Politics of courts in Authoritarian Regimes* (Tom Ginsburg & Tamir Moustafa eds., 2008); Marc Morjé Howard & Philip G. Roessler, *Liberalizing Electoral Outcomes in Competitive Authoritarian Regimes*, 50 AM. J. POL. SCI. 365 (2006); Steven Levitsky & Lucan A. Way, *The Rise of Competitive Authoritarianism*, 13 J. DEMOCRACY 51 (2002).

¹⁸ Véase Mattias Kumm, *The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis*, 15 EUR. J. INT'L L. 907 (2004).

constitucionales, en virtud de los cuales la legislación debe ser un campo exclusivo del poder legislativo en lugar del poder ejecutivo. De manera más general, la insistencia de la participación legislativa en la elaboración de tratados señala un compromiso con la soberanía nacional y un deseo de proteger a las instituciones políticas nacionales de la invasión internacional.

A este respecto, a veces se dice que los países que requieren que los tratados se implementen a través de la legislación nacional (a menudo denominados sistemas "dualistas") protegen más la soberanía que los países donde los tratados se vuelven directamente aplicables después de la ratificación (sistemas "monistas"). En el primero, el ejecutivo generalmente posee el poder de celebrar tratados, pero estos tratados no se convierten en parte de la ley nacional hasta que se implementan mediante una acción legislativa. Si la legislatura no está satisfecha con un tratado, puede abstenerse de implementarlo por completo, adoptar una norma que altere su contenido, o circunscribir su aplicación. Esta posibilidad proporciona al poder ejecutivo fuertes incentivos para anticipar potenciales objeciones legislativas al tratado y tomarlas en cuenta durante los procesos de negociación y redacción¹⁹. En consecuencia, el "acto de transformación sirve como un importante control democrático en el proceso de elaboración del tratado"²⁰. En contraste, los sistemas donde el derecho internacional se aplica directamente pueden ser vistos como más abiertos al derecho internacional. Además, dado que estos sistemas no requieren que los tratados se implementen a través de la legislación nacional, podrían permitir que el ejecutivo cree o modifique el derecho interno mediante la elaboración de tratados sin el consentimiento de la legislatura, lo que podría alterar la separación de poderes que caracteriza formalmente a la mayoría de los sistemas²¹.

Nuestros datos sobre la participación legislativa en la elaboración de tratados revelan una imagen más complicada que la sugerida por la tradicional división monista-dualista. En primer lugar, nuestros datos muestran que los sistemas en los cuales los tratados se aplican de manera directa casi universalmente requieren que el ejecutivo obtenga la

¹⁹ Yoram Z. Haftel & Alexander Thompson, *Delayed Ratification: The Domestic Fate of Bilateral Investment Treaties*, 67 INT'L ORG. 355, 361 (2013).

²⁰ John H. Jackson, *The Status of Treaties in Domestic Legal Systems: A Policy Analysis*, 86 AJIL 310, 324 (1992).

²¹ Id. en 325.

aprobación legislativa antes de la ratificación. La Figura 1 muestra la prevalencia de dichos requisitos de aprobación legislativa previa entre los sistemas “monistas” (Panel A) y entre los sistemas “dualistas” (Panel B), respectivamente. El Panel A revela que, en la actualidad, todos los países donde los tratados se aplican directamente requieren una aprobación legislativa previa. También muestra que esta práctica ha sido común al menos desde el siglo diecinueve. El Panel B muestra que la aprobación legislativa previa es mucho menos común en los países que requieren que los tratados sean implementados mediante legislación nacional²².

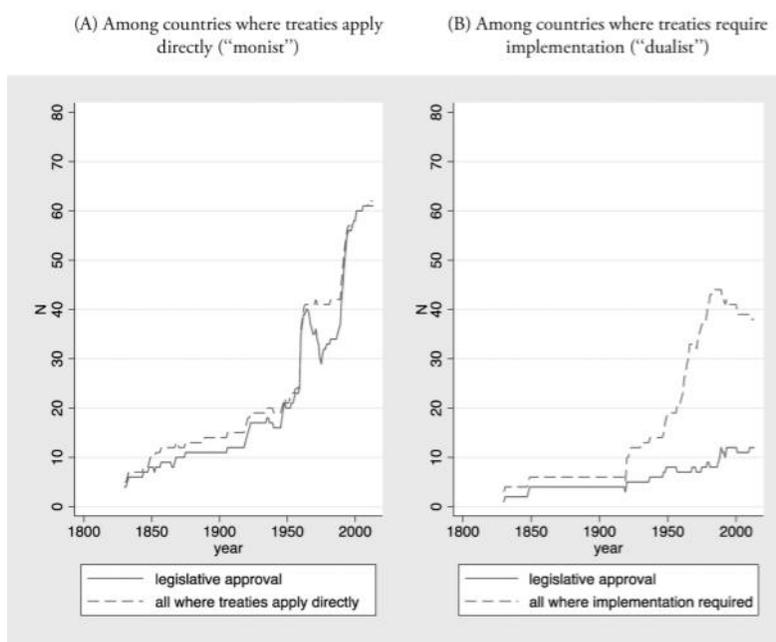


Figura 1. Requisitos de aprobación legislativa previa.

En segundo lugar, no solo un número creciente de estados requiere aprobación legislativa para la ratificación de tratados, sino que la lista de

²² Como se señaló anteriormente, este requisito se encuentra tanto en las democracias como en los regímenes no democráticos. La correlación entre la democracia y si un país requiere aprobación legislativa previa es de 0.06, lo que significa que las dos características no tienen casi ninguna relación. Al igual que las autocracias suelen celebrar elecciones, requieren que el Congreso apruebe la ratificación del tratado, manteniendo una separación formal de poder entre los poderes ejecutivo y legislativo.

tratados que requieren dicha aprobación también ha sido ampliada considerablemente con el tiempo. En particular, cada vez más los países requieren aprobación legislativa para tratados que se encuentran dentro del sistema legislativo tradicional²³. Como muestra el Panel A de la Figura 2, el porcentaje de estados que requieren aprobación legislativa para tratados que modifican la ley local ha aumentado. Del mismo modo, la Figura muestra un aumento en los requisitos de aprobación legislativa para tratados que requieren gastos internos, cuyo monitoreo se considera una tarea fundamental de las legislaturas democráticas²⁴. Al mismo tiempo, como lo muestra el Panel B, los requisitos de aprobación legislativa para los tratados que se encuentran dentro del ámbito tradicional de las relaciones internacionales (como los tratados militares, los tratados de amistad, los tratados que modifican las fronteras, o los tratados comerciales) se han mantenido más constantes a lo largo del tiempo. Por lo tanto, a medida que los tratados internacionales han proliferado, los países insisten cada vez más en la aprobación legislativa de aquellos tratados que se encuentran dentro del ámbito legislativo tradicional, preservando así la separación formal de poderes entre las diferentes ramas del gobierno²⁵. Particularmente, esta tendencia aparece tanto en las democracias como en las no democracias, lo cual sugiere que, en lugar de una verdadera democratización de la legislación internacional, la tendencia puede ser una reacción a la creciente invasión de tratados en áreas tradicionalmente reguladas por las legislaturas nacionales²⁶.

²³ Específicamente, en muchos países de derecho continental, la constitución distingue entre dominios legislativos y regulatorios. El dominio legislativo comprende leyes aprobadas por el parlamento en su conjunto, mientras que el dominio reglamentario consiste en regulaciones adoptadas sin aprobación parlamentaria. En muchos casos, la constitución establece explícitamente qué asuntos sustantivos se encuentran dentro del dominio legislativo. Cuando los tratados tratan temas que caen dentro del dominio legislativo, se requiere la aprobación parlamentaria.

²⁴ En palabras de Gladstone en un discurso realizado en 1891, "si la Cámara de los Comunes puede por cualquier posibilidad perder el poder de control de las concesiones de dinero público, dependiendo de ello tu propia libertad valdrá muy poco en comparación". 2 *The speeches of the right Hon. W. E. Gladstone* 343 (A. W. Hutton & H. J. Cohen eds., 1902).

²⁵ Uno podría objetar que tales procedimientos formales de elaboración de tratados carecen de sentido si el ejecutivo puede evitarlos mediante la celebración de acuerdos internacionales por otros medios, como los acuerdos ejecutivos. Sin embargo, en países que requieren la aprobación legislativa previa de categorías específicas de tratados, la regla virtualmente uniforme es que los acuerdos ejecutivos no pueden ser constitucionalmente utilizados en estas áreas.

²⁶ La correlación entre la democracia y los requisitos de aprobación legislativa para los tratados que modifican la legislación nacional es de -0.03, mientras que la correlación entre la democracia y los requisitos de aprobación legislativa para los tratados que requieren gastos nacionales es de -0.11.

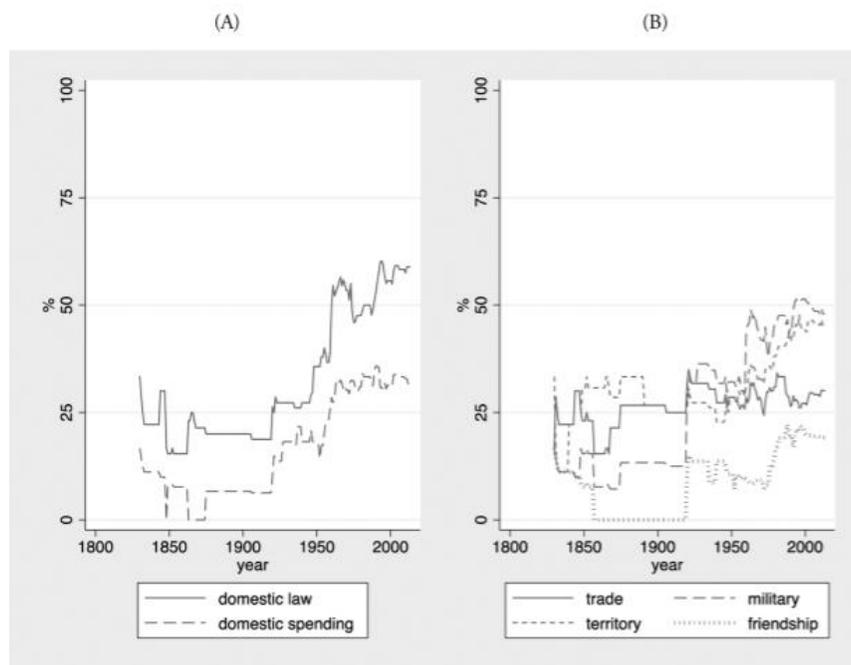


Figura 2. Requisitos de aprobación legislativa previa (según el tipo de tratado).

Juntos, estos dos hallazgos llevan la atención a la legislatura al ser un actor de importancia crítica en la elaboración y la implementación de los tratados: las legislaturas comúnmente aprueban los tratados antes de la ratificación y, en muchos casos, también tienen la tarea de trasladarlos a la legislación nacional²⁷. Al mismo tiempo, estos hallazgos señalan las diferencias potencialmente importantes en las formas en que las legislaturas interactúan con el derecho internacional en diferentes sistemas. A primera vista, uno podría esperar que la legislatura pueda alterar los entendimientos internos del derecho internacional solo en los estados donde los tratados requieren la incorporación de acuerdo a las corrientes “dualistas” tradicionales. La implementación legislativa ofrece numerosas oportunidades para aclarar el lenguaje ambiguo, insertar nuevas definiciones e interpretaciones, y adaptar el tratado a los

²⁷ Kevin Cope & Hooman Movassagh, *Comparative International Law and National Legislatures*, in *Comparative International Law* (Anthea Roberts et al. eds., 2018).

conceptos idiosincrásicos del derecho interno. Además, dado que las legislaturas son cuerpos políticos inherentes²⁸, podrían intentar adaptar estratégicamente la legislación de implementación a las preferencias políticas de sus electores.²⁹ En tales sistemas, el poder legislativo jugaría un rol central en la configuración de la interpretación y aplicación de las normas de derecho internacional. Por el contrario, uno podría esperar que, en los sistemas donde los tratados se aplican directamente, los tribunales sean los actores centrales en la aplicación e interpretación de los tratados. A diferencia de las legislaturas, se puede presumir que los tribunales son intérpretes más fieles de los acuerdos internacionales, dada su mayor independencia de las presiones electorales y su participación en una más amplia comunidad mundial de jueces³⁰.

Nuestros hallazgos sugieren que esta imagen, construida en base a la distinción tradicional monista-dualista, podría ser algo engañosa. Dado que prácticamente todos los sistemas "monistas" requieren aprobación legislativa antes de la ratificación, sus legislaturas también desempeñan un papel central en el proceso de elaboración del tratado. Sin embargo, persisten importantes diferencias en el momento de la intervención legislativa: mientras que los sistemas "monistas" requieren aprobación legislativa previa a la ratificación, en los sistemas "dualistas" la legislatura puede intervenir solo después de la ratificación. Esto plantea la cuestión de si la participación legislativa *ex ante* es más protectora de la responsabilidad interna y la soberanía o si lo es la *ex post*. Una pista es que, como muestra el Panel B de la Figura 1, algunos países en los que los tratados requieren incorporación han comenzado recientemente a adoptar requisitos previos de aprobación legislativa³¹. Como ejemplo particularmente destacado, el Reino Unido, considerado durante mucho tiempo el epítome del modelo "dualista", adoptó tal requisito en 2010³². La nueva regla británica es inusual debido a que, en vez de requerir la aprobación afirmativa de los tratados por el Parlamento, requiere que el gobierno presente los tratados propuestos ante el Parlamento durante una sesión de veintiún días antes de ratificarlos. Durante ese período, cualquiera de las dos Cámaras puede votar en contra de la ratificación, en

²⁸ Véase, en general, David R. Mayhew, *Congress: The Electoral Connection* (1974).

²⁹ Véase Jackson, nota al pie 20 *supra*, en 325.

³⁰ Véase, en general, Anne-Marie Slaughter, *A New World Order* 65-103 (2004).

³¹ Aquí, nuevamente, no son necesariamente los países con el mayor pedigrí democrático los que han adoptado este requisito: la correlación entre democracia y aprobación democrática *ex ante* es cercana a cero en esta submuestra (0.12).

³² *Constitutional Reform and Governance Act*, 2010, c. 25, § 20 (Reino Unido).

cuyo caso el gobierno no puede proceder³³. Al parecer, el cambio fue motivado por las percepciones de un déficit democrático en el proceso de aprobación del tratados existente, a pesar del hecho de que los tratados no se convierten en parte de la ley nacional sin una ley posterior del Parlamento³⁴. Otros países tradicionalmente “dualistas”, como Belice, Irlanda, Ghana, Papúa Nueva Guinea y Zimbabue, también se han dirigido en los últimos años hacia un mayor papel parlamentario al adoptar requisitos de aprobación previa.

Este desarrollo sugiere que los requisitos de implementación legislativa no son necesariamente vistos como más efectivos que la aplicación directa de un tratado a la hora de proteger la responsabilidad y la soberanía. Específicamente, la implementación *ex post* puede ser vista como un control democrático insuficiente de la capacidad del gobierno para asumir engorrosos compromisos internacionales. El beneficio más obvio de involucrar a la legislatura antes de la ratificación en un sistema “dualista” es que la implementación *ex post* solo se requiere para aquellos tratados que requieren la incorporación en el sistema jurídico nacional para ser efectivos. Sin embargo, muchos tratados - como aquellos que crean organizaciones internacionales o alianzas militares, establecen fronteras, o acuerdan la solución de controversias internacionales - no suelen requerir dicha implementación, aunque a menudo crean compromisos sustanciales para un país y sus ciudadanos. De hecho, como muestra el Panel B de la Figura 2, los requisitos de aprobación legislativa previa a menudo cubren tales tratados, dando así voz al poder legislativo en una gama más amplia de asuntos de política exterior. En este sentido, la tendencia incipiente hacia la acumulación de la intervención legislativa *ex ante* y *ex post* puede considerarse como un correctivo a la cobertura insuficiente ejercida únicamente por la implementación *ex post*.

En términos más generales, esta tendencia sugiere que incluso para los tratados que modifican la legislación nacional, las aprobaciones *ex*

³³ El gobierno puede devolver el tratado al Parlamento con una declaración que explique por qué el tratado sin embargo debería ser ratificado, desencadenando un nuevo período de veintidós días durante el cual solo la Cámara de los Comunes (no la Cámara de los Lores) puede bloquear la ratificación. Id. § 20(4) - (5). La Ley va más allá de la Regla de Ponsonby anteriormente aplicable, según la cual el Parlamento podría revisar los tratados pero no anular la ratificación del ejecutivo. Ver Arabella Thorp, *Parliamentary Scrutiny of Treaties: Up to 2010*, at 9 (2009) disponible en: <http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN04693/SN04693.pdf>.

³⁴ Lucinda Maer Et Al., *House of Commons Library, Constitutional Reform and Governance Bill 21-22 (2009)*, disponible en <http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/RP09-73/RP09-73.pdf>.

ante y ex post no son simplemente sustitutos y que las implicaciones políticas de cada mecanismo deben explorarse con más detalle. Por ejemplo, las legislaturas que otorgan la aprobación previa podrían estar en una mejor posición para requerir modificaciones o reservas a un tratado. La frecuente insistencia del Senado de los Estados Unidos en las modificaciones y reservas ilustra esta práctica. Además, la participación parlamentaria antes de la ratificación del tratado puede indicar a los socios del tratado que las instituciones democráticas y los principales constituyentes nacionales apoyan el tratado, aumentando así la credibilidad del compromiso del estado. En contraste, las legislaturas en sistemas con aprobación ex post solo tendrán que tomar el tratado tal como está, pero pueden adaptar la legislación de implementación a las circunstancias del país, haciendo que la implementación sea potencialmente más eficiente. La capacidad de las legislaturas para abstenerse de aprobar una legislación de implementación también puede mejorar su posición de negociación cuando los socios del tratado no cumplen con sus compromisos³⁵. La literatura existente ha prestado poca atención a la cuestión de si la legislatura debería participar ex ante o ex post. Creemos que esta es una vía importante para futuras investigaciones.

IV. Recepción de tratados

La segunda característica central de la relación de un sistema jurídico nacional con el derecho internacional es el efecto que se le otorga a los tratados una vez que son ratificados. En algunos sistemas, los tratados se convierten automáticamente en parte del ordenamiento jurídico interno y se aplican directamente en los tribunales nacionales sin necesidad de adoptar medidas legislativas adicionales. Estos estados se conocen tradicionalmente como “sistemas monistas”. Sin embargo, otros diversos aspectos de la doctrina de recepción nacional afectan la aplicación interna de los tratados y crean variaciones entre dichos sistemas. Primero, los sistemas “monistas” a menudo distinguen entre los tratados

³⁵ Véase Eric A. Posner & Alan O. Sykes, *Economic Foundations of International Law* 141 (2013). El aumento de los obstáculos internos para la elaboración de tratados también puede fortalecer la posición negociadora de un estado ex ante, ya que sus contrapartes anticiparán que un tratado insuficientemente favorable puede no obtener la aprobación interna. Ver Robert D. Putnam, *Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games*, 42 INT'L ORG. 427, 452-53 (1988). Sin embargo, no está claro si la aprobación ex ante o los requisitos de implementación ex post deberían ser sistemáticamente más efectivos a este respecto - excepto, por supuesto, para los tratados que no requieren implementación doméstica para su efectividad.

de “ejecución automática” (*self-executing treaties*), que son directamente aplicables, y los tratados de “ejecución no automática” (*non-self-executing treaties*), que requieren una legislación de implementación. En segundo lugar, el estado jerárquico de los tratados en relación a la legislación nacional varía según los sistemas monistas. En tercer lugar, los sistemas monistas difieren en la medida en que sus tribunales aplican estándares interpretativos para evitar conflictos entre las leyes nacionales y las obligaciones de los tratados³⁶. Dichos estándares de interpretación están asociados tradicionalmente con sistemas dualistas, donde los tribunales, durante mucho tiempo, han interpretado la legislación de conformidad con los acuerdos internacionales.

Las decisiones que toma un sistema nacional al adoptar y aplicar cada una de estas doctrinas pueden tener implicaciones significativas tanto para la efectividad de los tratados como para la responsabilidad democrática y la legitimidad del derecho internacional. Por un lado, las elecciones que favorecen una recepción fuerte e incondicional de los tratados - como otorgar a la mayoría o la totalidad de los tratados un estado de ejecución automática, conceder a los tratados una superioridad jerárquica sobre otras fuentes del derecho interno, y aplicar fuertes presunciones de conformidad - pueden aumentar la credibilidad de los compromisos de un estado y la efectividad del régimen internacional relevante. Por otra parte, las mismas características reducen la capacidad de las instituciones nacionales para controlar el derecho internacional y las instituciones internacionales y para actuar como intermediarios en la adaptación de los tratados al ordenamiento jurídico nacional. Nuestros datos señalan cómo estas doctrinas han evolucionado a lo largo del tiempo a medida que algunas de estas preocupaciones se han hecho más notables.

Primero, si bien los abogados internacionales han reconocido durante mucho tiempo que el principio de la aplicación directa a menudo viene

³⁶ Es importante destacar que estas no son las únicas formas en que el derecho internacional puede ingresar a la legislación nacional. Por ejemplo, en algunos casos bien conocidos, los tribunales nacionales han considerado las obligaciones legales internacionales de un estado - aunque formalmente no incorporadas - para circunscribir acciones administrativas permisibles. Véase, por ejemplo, *Minister of State for Immigration and Ethnic Affairs v Teoh* (1995) 183 CLR 273 (Austl.). El nivel de influencia que el derecho internacional puede ejercer dentro de un sistema jurídico nacional es, en última instancia, una cuestión de grado. Ver Benedict Kingsbury, *The Concept of “Law” in Global Administrative Law*, 20 EUR. J. INT’L L. 23 (2009). En esta contribución, nos centramos en aquellos aspectos de la relación - incluida la aplicabilidad formal de los tratados ratificados por los tribunales nacionales y la articulación explícita de una presunción interpretativa de conformidad - que están bien documentados en muchos países y, por lo tanto, se prestan a una codificación coherente.

con excepciones para los tratados que no son de ejecución automática,³⁷ la prevalencia de estas excepciones es hasta ahora desconocida. Nuestros datos muestran que la abrumadora mayoría de los sistemas que, en principio, aplican los tratados directamente reconocen excepciones a esta regla y otorgan a los tribunales una discreción sustancial al determinar si un tratado es autoejecutable. La Figura 3 muestra la cantidad de sistemas "monistas" que permiten tales excepciones. Ese número ha aumentado abruptamente, a pesar de que la prevalencia de tales excepciones se ha mantenido relativamente estable como proporción de todos los países "monistas". A partir del 2014, Bielorrusia, Egipto, Estonia, Irán, Letonia, Marruecos, Tayikistán, Turquía, Turkmenistán y Ucrania son los únicos estados para los cuales no hemos encontrado evidencia de una distinción entre tratados autoejecutables y no ejecutables. La falta de tal doctrina podría deberse al hecho de que algunos de estos países tienen poderes judiciales relativamente débiles que pueden disuadir a los litigantes de confiar en los tratados y explicar por qué la cuestión de la autoejecución rara vez surge.³⁸ Al mismo tiempo, muchos otros países con poderes judiciales débiles sí reconocen esta distinción. De hecho, la correlación entre la existencia de una doctrina de un tratado no ejecutable y la independencia judicial es bastante baja.³⁹

³⁷ Véase, por ejemplo, Thomas Buergenthal, *Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law*, 235 RECUEIL DES COURS 303, 317 (1992).

³⁸ En 2011, Bielorrusia, Irán, Marruecos, Tayikistán, Turkmenistán y Ucrania fueron clasificados como "no independientes" por The Cingranelli-Richards (CIRI) Human Rights Data Project (que califica la independencia judicial en una escala de tres puntos "no independiente", "parcialmente independiente" y "generalmente independiente"). Ver David L. Cingranelli et al., *The CIRI Human Rights Dataset*, CIRI HUMAN RIGHTS DATA PROJECT (Apr. 4, 2014), en: <http://www.humanrightsdata.com/p/datadocumentation.html>. Egipto, Letonia y Turquía fueron clasificados como "parcialmente independientes". Id. Únicamente Estonia fue clasificada como "independiente". Id.

³⁹ La correlación es de 0.17. De los veintidós países en nuestros datos que fueron clasificados como "no independientes" por el conjunto de datos del CIRI en 2011, dieciséis reconocieron una distinción entre tratados autoejecutables y no ejecutables, mientras que solo seis no reconocieron tal distinción.

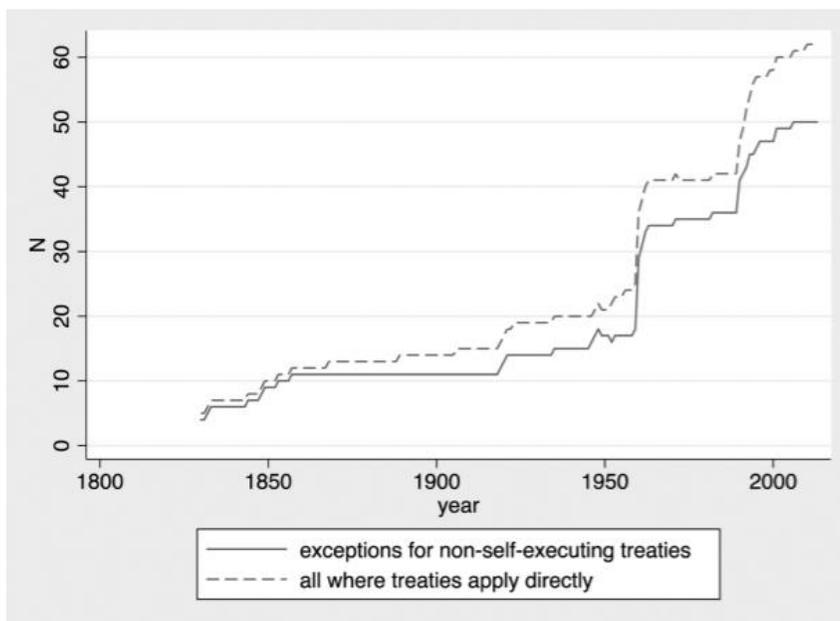


Figura 3. Excepciones para tratados no autoejecutables (únicamente países en donde los tratados se aplican directamente).

La casi universalidad de la distinción tiene varias implicaciones. Primero, sugiere que hay menos en juego en la decisión de aplicar los tratados directamente de lo que a menudo se sugiere, porque incluso aquellos estados que aplican los tratados directamente de hecho requieren la implementación legislativa para muchos tratados. Este hallazgo también señala la importancia de los tratados de autoejecución como un objeto del derecho internacional comparado, ya que un tratado que se considera de autoejecución en un estado puede no serlo en otro.⁴⁰ La distinción es notoriamente imprecisa, debido a que los estándares utilizados por los tribunales son difíciles de codificar o incluso de formular, dejando un margen sustancial para la discreción judicial que puede estar influenciada por numerosos factores legales y políticos. Por lo tanto, mientras pocos estudiosos creen que en *Medellín vs Texas* se adoptó una presunción contra la autoejecución, el énfasis de la Corte Suprema de los EE.UU. en la evidencia textual directa de autoejecución implica que el

⁴⁰ Buergethal, nota al pie 37 supra, en 317.

estándar es bastante alto.⁴¹ En contraste, los tribunales argentinos han considerado que algunas disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales son directamente aplicables, un estatus negado por prácticamente todos los demás sistemas nacionales.⁴² En los sistemas de derecho civil, diferentes órdenes judiciales dentro del mismo país a veces han chocado sobre si un tratado en particular es autoejecutable.⁴³ La práctica de los tribunales nacionales al designar algunos tratados como autoejecutables y otros como no autoejecutables es un área importante de investigación del derecho internacional comparado.

Un segundo hallazgo que se destaca de nuestros datos es que un número creciente de estados otorga a los tratados un mayor estatus interno que a las leyes ordinarias. La Figura 4 muestra el porcentaje de sistemas que otorgan a los tratados un estatus idéntico al de las leyes nacionales (Panel A), aquellos que consideran a los tratados inferiores a las leyes nacionales (Panel B), y aquellos en los que los tratados prevalecen sobre la legislación nacional (Panel C). En esta figura, nuestra muestra se limita a aquellos países que dan efecto directo a los tratados. En el primer siglo de nuestra muestra (de 1850 a 1950), la mayoría de esos sistemas consideraron a los tratados ratificados equivalentes a las leyes, de modo que la legislación nacional podía prevalecer sobre un tratado anterior. El número de sistemas "monistas" que consideraban a los tratados superiores a la legislación nacional flotaba entre el 25 y el 40 por ciento. Desde la década de 1960 en adelante, sin embargo, esta proporción ha aumentado dramáticamente, con más del 70 por ciento ahora otorgando a los tratados una superioridad jerárquica. En su mayor parte, este cambio se ha producido a través de revisiones

⁴¹ Medellín v. Texas, 552 U.S. 491, 506–20 (2008); véase Curtis A. Bradley, *Intents, Presumptions and Non-Self-Executing Treaties*, 102 AJIL 540 (2008); Carlos Manuel Vásquez, *Treaties as Law of the Land: The Supremacy Clause and the Judicial Enforcement of Treaties*, 122 HARV. L. REV. 599 (2008).

⁴² Cámara Federal de Apelaciones [CFed.], 2/6/1998, "Viceconte, Mariela c. Estado Nacional"/Acción de Amparo," La Ley [L.L.] (1998-F-305) (Arg.) (sosteniendo que el hecho de que el gobierno no fabricara una vacuna contra la fiebre hemorrágica argentina constituyó una violación del artículo 12 del PIDESC); Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN], 24/10/2000, "Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c. Ministerio de Salud y Acción Social/recurso de hecho," La Ley [L.L.] (2001-D-23) (Arg.) (estableciendo que el artículo 12 del PIDESC requería que el gobierno continuara suministrando un medicamento a un niño que tenía una condición inmunológica). Véase Andrew Byrnes, *Second-Class Rights Yet Again? Economic, Social, and Cultural Rights in the Report of the National Human Rights Consultation*, 33 UNSW L.J. 193, 206–07 (2010); Iain Byrnes, *Enforcing the Right to Health: Innovative Lessons from Domestic Courts*, in *Realizing the Right to Health* 525, 527 n.15 (Andrew Clapham & Mary Robinson eds., 2009).

⁴³ Véase Patrick Daillier, Mathias Forteau & Alain Pellet, *Droit International Public* 254–55 (8th ed. 2009).

constitucionales explícitas, aunque en algunos casos - como en Bélgica - los tribunales han afirmado la superioridad de los tratados sobre las leyes nacionales. Un número relativamente pequeño de estados otorga a los tratados ratificados un estatus aún más alto, tratándolos como iguales o superiores a la constitución.

El nuevo estatus elevado de los tratados en sistemas monistas puede plantear problemas de responsabilidad y soberanía. A medida que los países fueron otorgando un estatus más alto a los tratados, éstos han hecho que sea más difícil para las legislaturas anular los compromisos de los tratados a través de legislación posterior. En cambio, los países han facultado a sus tribunales para anular una legislación que contradice los tratados internacionales. Al mismo tiempo, estos países han ampliado constantemente las categorías de tratados que requieren aprobación legislativa previa para su ratificación. Así, mientras insisten en la participación legislativa *ex ante*, han marginado el papel de la legislatura *ex post*. Esta decisión puede imponer restricciones sustanciales a las instituciones políticas nacionales cuando las obligaciones impuestas por un tratado resultan en mayores costos o restricciones a la autonomía de la política nacional de lo que se creyó al momento de la ratificación. Es probable que este efecto sea particularmente notorio con respecto a la membresía en organizaciones internacionales que pueden tomar decisiones directamente aplicables y legalmente vinculantes.

Por supuesto, hacer que los tratados sean superiores a la legislación ordinaria también puede traer beneficios, como permitir a los estados señalar que son socios creíbles de los tratados.⁴⁴ La lógica es la misma que la articulada por John Jay en los Papeles Federalistas, donde observó que "sería imposible encontrar una nación que hiciera algún trato con nosotros, que debería ser *absolutamente* vinculante para ellos, pero para nosotros solo en la medida y por el tiempo que creamos apropiado para estar obligado a cumplirlo".⁴⁵ Al hacer que los tratados prevalezcan sobre la ley nacional, los estados utilizan efectivamente sus propios tribunales como mecanismos para atar sus manos en cuanto al cumplimiento futuro de los tratados. Si esta estrategia funciona, otros estados pueden estar más dispuestos a participar en una cooperación mutuamente beneficiosa basada en un tratado. Esta estrategia puede ser particularmente valiosa para los nuevos estados con un breve historial de cooperación

⁴⁴ Véase, por ejemplo, Ginsburg et al., nota al pie 4 *supra*.

⁴⁵ The Federalist No. 64, en 362 (John Jay) (Clinton Rossiter ed., 1961).

internacional para demostrar su confiabilidad. De ser cierto, esta ganancia en la credibilidad internacional explica por qué los países están dispuestos a sacrificar cierto grado de participación democrática y flexibilidad futura de la política interna.

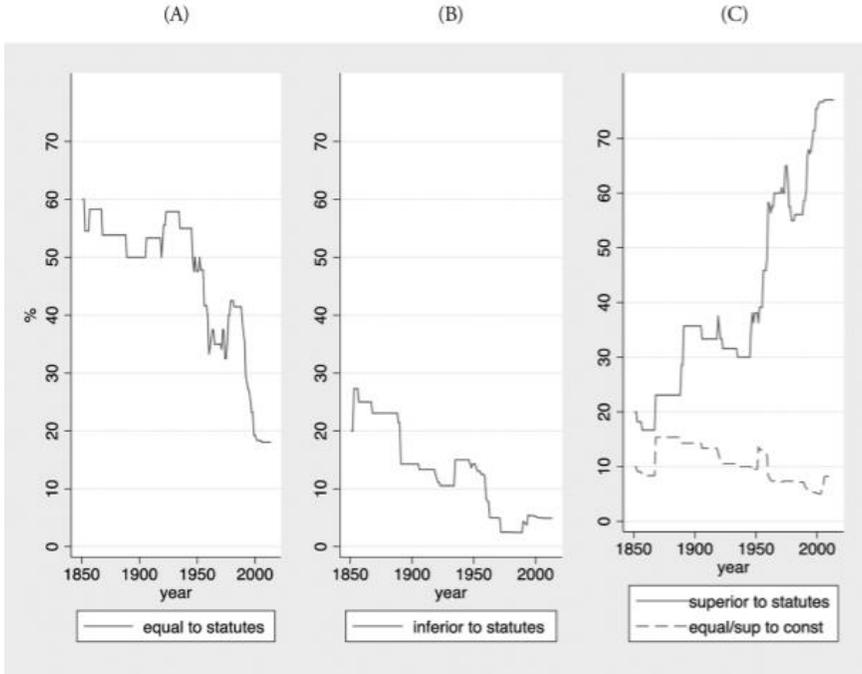


Figura 4. Estatus jerárquico de los tratados frente al de las leyes (únicamente países en donde los tratados se aplican directamente).

Desde la perspectiva del derecho internacional comparado, las diferencias en el estatus jerárquico de los tratados en los sistemas jurídicos nacionales pueden contribuir a diferencias en la interpretación y aplicación. Por un lado, uno podría esperar que los países donde los tratados gozan de una condición supralegislativa los apliquen con mayor fidelidad, ya que la legislatura no puede - al menos en principio - invalidar los tratados cuando surgen presiones políticas contrarias. En muchos casos, los tribunales nacionales en tales sistemas están facultados para desplazar la legislación nacional que infringe los tratados. En algunos casos, los tribunales pueden incluso otorgar cierta primacía a los tratados

sobre el derecho interno en ausencia de disposiciones constitucionales expresas a tal efecto, como lo hizo la Corte Suprema de Nigeria para la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos en una serie de casos.⁴⁶ La efectividad de este enfoque probablemente se convierta en una serie de factores extra-legales, como la independencia de los tribunales y su voluntad de hacer cumplir los tratados contra la voluntad de las ramas políticas de gobierno.

Por otro lado, la superioridad jerárquica de los tratados también puede llevar a efectos más sutiles en su interpretación y aplicación. Debido a que los legisladores saben que no podrán anular el tratado mediante una legislación posterior, es más probable que condicionen su consentimiento a la ratificación a las reservas u otras modificaciones que reduzcan el impacto local del tratado. Una vez que los tratados son ratificados, la imposibilidad de desplazarlos a través del proceso legislativo normal puede aumentar la presión sobre los tribunales nacionales para que reinterpreten estratégicamente sus disposiciones a fin de evitar conflictos con el ejecutivo o con la legislatura, satisfagan poderosas circunscripciones domésticas, o promuevan sus propias preferencias políticas. Por lo tanto, otorgar a los tratados un estatus legal más alto puede aumentar la importancia de las batallas interpretativas domésticas sobre las disposiciones del tratado, tanto en el proceso de aprobación del tratado como en el de litigio ante los tribunales nacionales. Como resultado, el efecto general de la superioridad de un tratado en la interpretación uniforme y aplicación de los tratados puede ser más ambiguo de lo que a menudo se sugiere. Si estas conjeturas son correctas, la tendencia a otorgar a los tratados un mayor estatus legal interno puede aumentar la prevalencia de interpretaciones nacionales divergentes de los tratados.⁴⁷

Una indicación de cómo los tribunales tratan el estatus elevado de los tratados internacionales es la creciente prevalencia de reglas interpretativas o presunciones similares a la conocida doctrina *Charming Betsy*, según la cual el derecho interno debe, en la medida de lo posible, interpretarse para evitar conflictos con las obligaciones internacionales que surgen de un tratado. Históricamente, tales doctrinas han sido más

⁴⁶ Véase Frans Viljoen, *International Human Rights Law in Africa* 533-37 (2nd Ed. 2012).

⁴⁷ Como señala Anthea Roberts, tanto los tribunales como las legislaturas pueden ser foros importantes para la "hibridación" de las normas internacionales y nacionales. Anthea Roberts, *Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law*, 60 INT'L&COMP. L.Q. 57 (2011).

destacadas en países donde los tratados requieren implementación interna porque la falta de efecto directo de los tratados hace que sea más probable que surjan conflictos potenciales entre la legislación nacional y un tratado no implementado. De hecho, como muestra el Panel A de la Figura 5, prácticamente todos los países que requieren implementación legislativa reconocen tal doctrina, aunque los pormenores de su aplicación por parte de los tribunales pueden variar considerablemente de un país a otro. En contraste, los sistemas donde los tratados se aplican de forma directa históricamente eran menos propensos a basarse en tales doctrinas, pero el Panel B de la Figura 5 muestra que un número creciente de estos sistemas ahora también las reconoce. Esta convergencia puede ser impulsada por el deseo de los tribunales en los sistemas "monistas" de dar efecto a algunos tratados - tales como las convenciones de derechos humanos - sin desplazar explícitamente la legislación inconsistente. La tendencia en consecuencia sugiere cautela judicial frente a un número creciente de tratados que ahora prevalecen sobre la legislación nacional.

V. Derecho internacional consuetudinario

Para la costumbre internacional, uno podría esperar que las preocupaciones sobre la responsabilidad sean particularmente importantes. A diferencia de los tratados, las normas establecidas del DIC obligan a los estados que no les han dado su consentimiento expreso. Como resultado, los estados podrían ser más reacios a facultar a los tribunales nacionales a identificar las normas del DIC y aplicarlas directamente, especialmente porque la existencia y el contenido de las normas son a menudo controvertidos. La falta de consentimiento explícito por parte de un estado para estar obligado por una norma de DIC también significa que los controles procesales internos que a menudo se aplican a la elaboración de tratados - como la aprobación legislativa previa - son inexistentes. Además, la legitimidad de las normas de DIC a menudo se cuestiona, especialmente porque muchas de ellas se crearon sin la participación activa de estados no occidentales. Por estas razones, la aplicación directa de la costumbre internacional puede plantear mayores preocupaciones en cuanto a la legitimidad que en el caso de los tratados. Según Posner y Sykes, "las personas que piensan que toda ley debería tener un pedigrí democrático se sienten incómodas si el derecho

internacional consuetudinario puede convertirse fácilmente en derecho interno”.⁴⁸

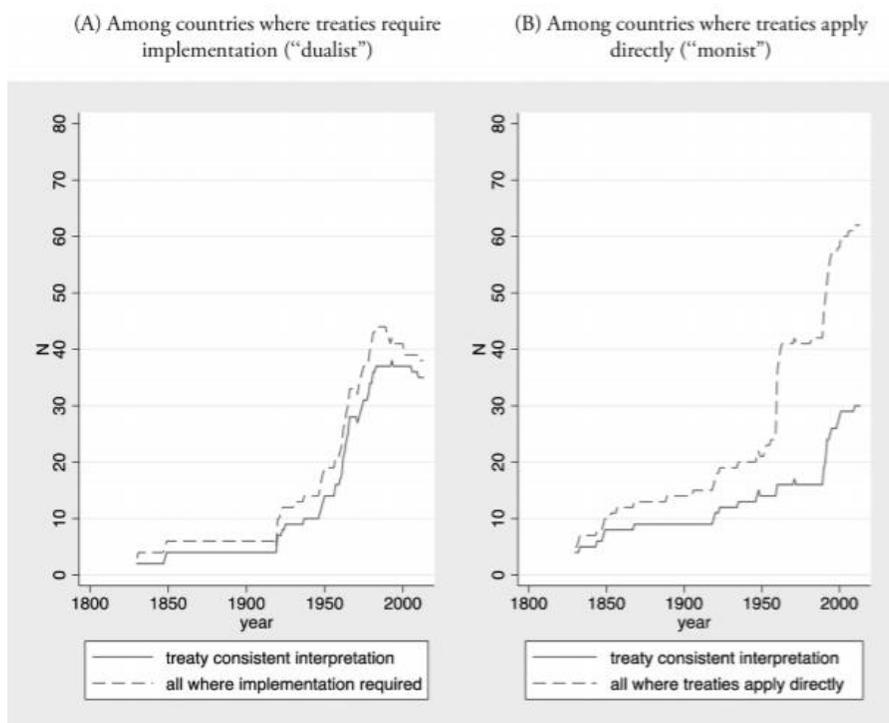


Figura 5. Reglas interpretativas que favorecen la conformidad.

Sin embargo, tal vez el patrón más sorprendente que surge de nuestros datos es que, en prácticamente todos los estados, las normas del DIC son, en principio, directamente aplicables sin implementación legislativa. El Panel A de la Figura 6 muestra el porcentaje de todos los países en nuestra muestra que siguen este enfoque (línea continua). El Panel B muestra el porcentaje, entre los estados que aplican los tratados directamente, que dan efecto directo al DIC. El Panel C muestra el porcentaje de países que requieren la incorporación de tratados pero que dan efecto directo al DIC. La figura revela que, si bien la recepción directa del DIC es algo más común entre los países que también aplican los tratados directamente (alrededor del 90 por ciento en la actualidad), la

⁴⁸ Posner & Sykes, nota al pie 36 supra, en 143.

mayoría de los países que requieren la implementación de tratados no aplican la misma regla a la costumbre internacional, sino que la aplican directamente. Por ejemplo, los tribunales en el Reino Unido - a menudo retratados como el hogar de la tradición "dualista" - han considerado durante mucho tiempo que el DIC es directamente aplicable por los tribunales. Por lo tanto, nuestros datos indican que la forma en que los sistemas legales nacionales tratan el DIC no está en gran medida relacionada con sus enfoques hacia los tratados. También sugiere que la distinción monista-dualista tradicional es inapropiada para clasificar los enfoques nacionales hacia el DIC.

Hay solo unos pocos países que actualmente no aplican de forma directa el DIC en sus órdenes jurídicos nacionales. En estos se incluyen países como Argelia, Irán, y Sri Lanka, que desde mediados hasta finales del siglo XX adoptaron fuertes posturas anticoloniales y resistieron activamente los aspectos consuetudinarios del derecho económico internacional, tales como los límites a la expropiación de inversiones extranjeras. Como resultado, se apartaron de la aceptación de la costumbre internacional como una fuente de ley que prevalece en la gran mayoría de los sistemas jurídicos nacionales. En 1966, el representante argelino en el comité legal de la Asamblea General explicó la resistencia de su país a la costumbre, afirmando que "debe hacerse una distinción entre las obligaciones aceptadas voluntariamente y la imposición general de la ley hecha en otra era por una comunidad internacional excluyente".⁴⁹ En algunos casos, estos países optaron por reemplazar las referencias constitucionales al DIC - que eran cada vez más comunes en ese período - con referencias a leyes hechas en instituciones internacionales que consideraban más representativas, tales como las Naciones Unidas.

Sin embargo, la aceptación casi universal de la aplicación directa del DIC no significa que las preocupaciones responsabilidad democrática y legitimidad estén ausentes; en cambio, éstas parecen estar canalizadas a través de otros aspectos de la doctrina de recepción del DIC. Lo más importante es que, mientras que los tratados internacionales ratificados reciben cada vez más una superioridad jerárquica sobre las leyes, lo contrario sucede con la costumbre internacional. De hecho, la proporción de estados que consideran que el DIC es superior a la legislación

⁴⁹ Abdelmadjid Djebbar, *La Politique Conventionnelle de L'Algérie* (2000) (traducción original realizada por el autor)

ordinaria ha disminuido en las últimas décadas. La Figura 7 muestra el porcentaje de estados que tratan al DIC como equivalente a las leyes nacionales (Panel A); inferior a las leyes nacionales (Panel B); y superior a las leyes nacionales (Panel C). La figura revela que desde la década de 1950 en adelante, a medida que una ola de nuevos países ingresa a nuestra muestra, el porcentaje de países que tratan al DIC como inferior ha aumentado. Por lo tanto, casi al mismo tiempo en que se hizo más común considerar a los tratados superiores al derecho interno, también se hizo más común considerar a la costumbre internacional como inferior.

Estos hallazgos tienen varias implicaciones para el derecho internacional comparado. El modelo dominante para la recepción del DIC es la aplicación directa en conjunto con la inferioridad jerárquica, un modelo que es poco común para los tratados. Como resultado, a diferencia de los tratados, uno podría esperar que el cumplimiento del DIC sea relativamente frágil porque una norma del DIC generalmente puede ser desplazada por la legislación si impone costos excesivos al gobierno o a los intereses nacionales. De la misma manera, si bien la relativa imprecisión de las normas del DIC puede facilitar su reinterpretación estratégica por parte de los tribunales nacionales, puede haber menos presión para participar en esta estrategia indirecta porque, a diferencia de los tratados ratificados, las normas gravosas del DIC pueden ser simplemente desplazadas por la legislatura. Además, a pesar del principio formal de aplicación directa, los tribunales a veces establecen excepciones bajo las cuales se niegan a aplicar las normas del DIC. Por ejemplo, la Cámara de los Lores del Reino Unido sostuvo que los individuos no podían ser procesados penalmente por no cumplir con el DIC que no ha sido implementado.⁵⁰ Por estas razones, uno podría esperar que los litigantes nacionales no dediquen mucho esfuerzo a elaborar interpretaciones alternativas de las normas del DIC, centrándose más bien en anularlas mediante una acción legislativa o negando su aplicabilidad.

Sin embargo, los desafíos en la interpretación doméstica y la aplicación del DIC son a menudo más altos que lo sugerido anteriormente. En primer lugar, los países que desean evitar el incumplimiento involuntario de las normas del DIC pueden - y con frecuencia lo hacen - incorporarlas a su legislación, a veces incluso

⁵⁰ R v. Jones, [2006] UKHL 16, [20]-[23] (apelación extraída de Inglaterra).

otorgándoles un estatus constitucional. Así, la ley interna de los Estados Unidos criminaliza la "piratería según la define la ley de las naciones"⁵¹ y permite acciones civiles para ciertos agravios cometidos "en violación de la ley de las naciones".⁵² Asimismo, las constituciones nacionales a veces consagran normas específicas del DIC, como las relativas a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.⁵³ En segundo lugar, los tribunales nacionales han invocado el estado de *jus cogens* de ciertas reglas del DIC para invalidar la ley nacional, otorgando así efectivamente un estado supralegislativo a estas reglas. Por ejemplo, la Corte Suprema de Chile invocó la regla *jus cogens* del DIC contra la tortura para justificar el revocamiento de una controvertida ley de amnistía aprobada al final del régimen de Pinochet.⁵⁴ Finalmente, la naturaleza misma del DIC es que puede ser alterada o desaparecer cuando suficientes estados cambian sus prácticas.⁵⁵ Como resultado, la interpretación nacional dada a las normas del DIC - especialmente por parte de los tribunales nacionales, que desempeñan un papel importante en el reconocimiento y desarrollo del DIC - no es un asunto indiferente porque influye en su evolución a nivel internacional.

⁵¹ 18 U.S.C. § 1651 (2012).

⁵² 28 U.S.C. § 1350 (2012).

⁵³ Véase, por ejemplo, Constitución política de Colombia [C.P.] art. 214.

⁵⁴ Véase Marny A. Requa, *A Human Rights Triumph? Dictatorship-era Crimes and the Chilean Supreme Court*, 12 HUM. RTS. L. REV. 79, 89-90 (2012).

⁵⁵ Anthea Roberts, *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation*, 95 AJIL 757, 784-85 (2001); Pierre-Hugues Verdier & Erik Voeten, *Precedent, Compliance, and Change in Customary International Law: An Explanatory Theory*, 108 AJIL 389 (2014).

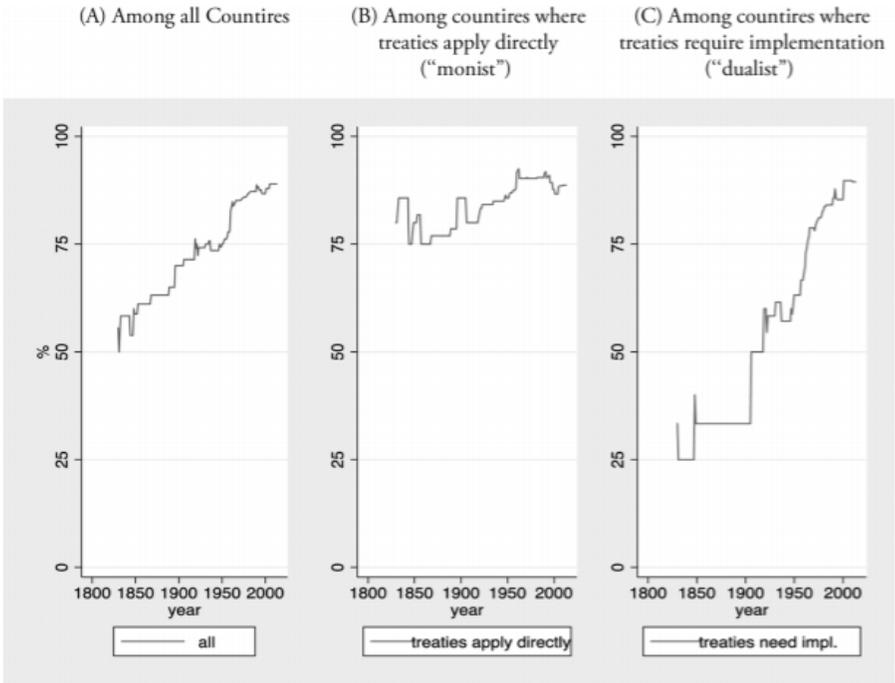


Figura 6. Aplicación directa del derecho internacional consuetudinario.

Al igual que en el caso de los tratados, la reinterpretación doméstica del DIC puede ocurrir de varias maneras. Primero, cuando los legisladores incorporan una norma del DIC por ley, pueden interpretar o modificar la norma para proporcionar detalles adicionales y avanzar en su versión preferida de la regla. Por ejemplo, cuando los Estados Unidos y el Reino Unido codificaron la inmunidad de un estado extranjero en la década de 1970, no declararon simplemente que la norma del DIC era parte de la ley nacional "como es" sino que adoptaron un conjunto extenso y detallado de disposiciones, que resultaron ser muy influyentes en aplicaciones posteriores de la norma tanto a nivel nacional como internacional.⁵⁶ Segundo, aunque las legislaturas en teoría pueden desplazar las normas

⁵⁶ Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, 28 U.S.C. §§ 1330, 1332, 1391(f), 1441(d), 1602-1611 (1994); State Immunity Act, 1978, 26 Eliz. 2, c. 33 (U.K.).

del DIC, aun así los partidos pueden considerar esencial dedicar esfuerzos sustanciales a moldear las interpretaciones de las reglas del DIC a través de los tribunales nacionales. El Congreso de los Estados Unidos podría, en teoría, derogar el Alien Tort Statute, pero en la práctica se han librado batallas de alto riesgo en los tribunales de los Estados Unidos por la interpretación tanto de la disposición en sí como de las normas del DIC para las cuales proporciona un remedio local.⁵⁷ Finalmente, cuando los estados incumplen las normas del DIC, pueden tener incentivos para disimular el incumplimiento al reinterpretar estratégicamente las normas en lugar de simplemente anularlas mediante legislación contraria. Esta última estrategia haría que el incumplimiento fuera más obvio y conduciría a una mayor probabilidad de sanciones o daños a la reputación. Por otro lado, proponer una nueva (y presumiblemente más permisiva) interpretación puede crear un precedente que socave una norma que el estado valora.⁵⁸ Una pregunta interesante para el derecho internacional comparado es hasta qué punto los tribunales nacionales se involucran en la interpretación estratégica del DIC, como parte de, o en oposición a, una interpretación de "buena fe" basada en la práctica prevaleciente y la *opinio juris*.

⁵⁷ Véase, por ejemplo, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S.Ct. 1659 (2013); *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004); *Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980), entre docenas de casos de apelación.

⁵⁸ Pierre-Hugues Verdier & Erik Voeten, *How Does Customary International Law Change? The Case of State Immunity*, 59 INT'L STUD.Q. 209 (2015). Por supuesto, esto es una preocupación solo cuando el estado valora la regla en general, pero desea justificar su deserción en un caso particular. Si al estado no le gusta la regla y quiere socavarla activamente, debe hacer que la infracción sea lo más "ruidosa" posible.

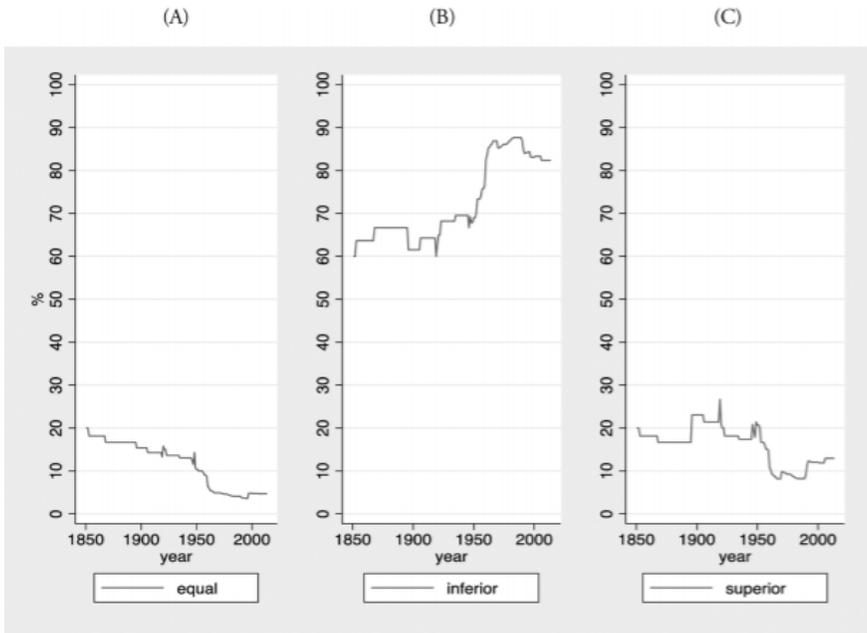


Figura 7. Estatus jerárquico del derecho internacional consuetudinario frente a las leyes (únicamente países que dan efecto directo al DIC).

VI. Conclusión

En esta contribución, hemos mostrado cómo las doctrinas nacionales que rigen la elaboración de tratados y el estatus de los tratados y del DIC en el orden legal nacional han cambiado con el tiempo. Hemos argumentado que estos cambios, que reflejan un esfuerzo continuo para balancear la legitimidad y la eficacia, tienen implicaciones importantes para el proyecto de derecho internacional comparado porque estas doctrinas estructuran cómo se interpreta y aplica el derecho internacional, en apariencia uniforme, en todos los países. Nuestros hallazgos también confirman que la distinción tradicional monista-dualista, que surgió originalmente de los debates teóricos sobre la naturaleza del derecho internacional, tiene un valor limitado a la hora de clasificar los sistemas jurídicos actuales o examinar sus implicaciones políticas y normativas. Las características canónicas de cada modelo son menos distintivas de lo que tradicionalmente fue sugerido: los sistemas "monistas" a menudo

niegan la aplicación directa a los tratados de "ejecución no automática"; muchos de estos sistemas históricamente consideraban a los tratados iguales - o incluso inferiores - a la legislación; y la dicotomía es en gran medida irrelevante para explicar el estado interno del DIC. Por lo tanto, confiar en una simple dicotomía monista-dualista a menudo puede oscurecer más que iluminar las preguntas relevantes.

Nuestro enfoque, aunque considerablemente más detallado que las clasificaciones anteriores, tiene, sin embargo, limitaciones importantes. Como señala Karen Knop, "la interpretación interna del derecho internacional no es simplemente la transmisión de lo internacional, sino un proceso de traducción de lo internacional a lo nacional".⁵⁹ Al codificar la doctrina en muchos países y de largos períodos de tiempo, inevitablemente debemos dejar de lado numerosas diferencias sutiles - legales pero también económicas, políticas y culturales - en la forma en que los sistemas jurídicos nacionales se relacionan con el derecho internacional. Además, dichos datos no pueden capturar directamente el impacto práctico del derecho internacional, tal como si los tribunales efectivamente hacen cumplir los derechos y obligaciones creados por un tratado específico en un contexto nacional específico. Empero, nuestro enfoque también tiene beneficios importantes, permitiendo que surja una imagen más completa y precisa y que se puedan identificar y medir las tendencias a largo plazo. Esta imagen más amplia pretende complementar y situar, no sustituir, los esfuerzos académicos detallados que se centran en países, regiones o áreas específicas del derecho internacional.

Nuestros hallazgos pueden informar el debate más amplio sobre la legitimidad del derecho internacional. Hemos sugerido que una respuesta generalizada a largo plazo a las crecientes preocupaciones sobre la legitimidad ha sido requerir una mayor participación legislativa en la elaboración de tratados. Sin duda, este enfoque solo aborda parcialmente el problema. Si los países carecen de los recursos para participar efectivamente en las negociaciones de tratados y no pueden creíblemente negarse a unirse, la participación legislativa formal puede parecer ilusoria. Sin embargo, politólogos han sugerido que imponer restricciones a la ratificación doméstica puede en sí misma aumentar la influencia de un país en las negociaciones internacionales.⁶⁰ El efecto

⁵⁹ Knop, nota al pie 1 supra, en 506.

⁶⁰ Putnam, nota al pie 35 supra, en 452-53.

puede agravarse a medida que más países en desarrollo adopten tales doctrinas mientras sus legislaturas se vuelven más poderosas y representativas. De manera relacionada, uno podría dudar de que las reglas formales que dan efecto interno al derecho internacional serán efectivas cuando los tribunales nacionales se vean comprometidos por la falta de recursos, la corrupción o la interferencia política. Sin embargo, los tribunales nacionales a veces han estado dispuestos a asumir riesgos alarmantes para implementar obligaciones internacionales. Las doctrinas formales, como la superioridad constitucionalmente establecida de los tratados, pueden contribuir a la percepción de legitimidad de tales intervenciones.

Si bien no buscamos afirmaciones causales en este ensayo, el conjunto de datos que reunimos allana el camino para la exploración cuantitativa de las relaciones entre las tendencias que identificamos y, más ampliamente, de las causas y efectos de las doctrinas de recepción del derecho internacional. ¿Por qué ciertos países optan por un modelo en lugar de otro? ¿Están estas decisiones impulsadas por preocupaciones conscientes sobre la efectividad y la legitimidad, o es un papel igual o mayor el que desempeñan las tradiciones legales, los factores políticos y económicos internos, o las contingencias históricas? ¿Cumplen de forma más consistente con sus compromisos internacionales, sin tener en cuenta la legislación nacional si es necesario, los países que otorgan a sus tribunales la autoridad para aplicar tratados directamente? ¿Son estos países más reacios a ratificar tratados en primer lugar? Si las decisiones que toman los países en cuanto al lugar que ocupa el derecho internacional en su ordenamiento jurídico nacional afectan estos resultados, comprender estas decisiones y su impacto será clave para el éxito del derecho internacional comparado.