

El Caso del Derecho Internacional Comparado

The Case for Comparative International Law

Anthea Roberts

Australian National University

Ciudad: Nueva York

País: Estados Unidos

Paul B. Stephan

University of Virginia

Ciudad: Virginia

País: Estados Unidos

Pierre-Hugues Verdier

University of Virginia

Ciudad: Virginia

País: Estados Unidos

Mila Versteeg

University of Virginia

Ciudad: Virginia

País: Estados Unidos

Traducción original

RFJ, No. 9 Especial 75 años PUCE, pp. 197 -210, ISSN: 2588-0837

CODIGO JEL: P5, D23

PALABRAS CLAVE: instrumento internacional, cooperación internacional, acuerdo bilateral, derecho internacional, sistemas jurídicos.

KEYWORDS: international instrument, international co-operation, bilateral agreement, international law, legal systems

INTRODUCCIÓN¹

A primera vista, el “derecho internacional comparado” puede parecer un oxímoron. En principio, el derecho internacional -al menos cuando surge de tratados multilaterales o de la costumbre general- se aplica por igual a todas las partes o Estados. En consecuencia, los juristas internacionales suelen resistirse a hacer hincapié en los enfoques locales, nacionales o regionales debido a las aspiraciones de universalidad y uniformidad de este campo. Los comparativistas, por su parte, suelen pasar por alto la posibilidad de aplicar las ideas del derecho comparado al derecho internacional basándose en que “las normas que tienen un carácter declaradamente universal no se prestan a la comparación” (Gutteridge, 1980, p. 13).

Sin embargo, la división tradicional entre el derecho internacional y el derecho comparado está sufriendo cada vez más presión. Algunos estudiosos han cuestionado la pretensión de universalidad de este campo poniendo de relieve su eurocentrismo y destacando la diversidad de las tradiciones nacionales y regionales del derecho internacional. Otros han adoptado un enfoque comparativo para examinar cómo diversos actores estatales, como los tribunales nacionales, y no estatales, como las diferentes academias, se comprometen con el derecho internacional o lo abordan. Otros han explorado el efecto de las culturas, familias y tradiciones jurídicas en los enfoques del derecho internacional.

El uso de enfoques comparativos en el derecho internacional tiene importantes antecedentes en estudios anteriores. Sin embargo, la abundancia de nuevos trabajos y una serie de conferencias recientes ponen de manifiesto un interés renovado en este ámbito, que puede reflejar la creciente globalización de la práctica jurídica, la mayor penetración del

1 Los autores agradecen a los participantes en el Coloquio Sokol de Derecho Internacional Privado de 2014 sus comentarios sobre una versión anterior. El Fondo del Coloquio Sokol de la Facultad de Derecho de la Universidad de Virginia financió el Coloquio y la edición de las ponencias para su publicación.

derecho internacional en el ámbito nacional, el aumento del flujo transnacional de estudiantes de derecho, la mayor accesibilidad a diversas fuentes nacionales a través de bases de datos electrónicas y el movimiento hacia una era de poder multipolar. Algunos estudiosos han propuesto explícitamente la creación o la reactivación de un campo de “derecho internacional comparado”, aunque sus contornos y métodos siguen sin estar definidos.

El objetivo de este artículo es mostrar una serie de contribuciones que reflejan diferentes aspectos del fenómeno del derecho internacional comparado y comenzar a sentar las bases teóricas y metodológicas de este campo. Así, en los siguientes apartados se ofrece una definición provisional del derecho internacional comparado, se examinan algunas de las cuestiones metodológicas que plantean estos estudios comparativos y se exploran algunas de las implicaciones normativas de esta investigación. Con ello, esperamos estimular la investigación y el debate sobre este campo emergente.

1. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL COMPARADO

Como campo en desarrollo, los contornos del derecho internacional comparado son necesariamente fluidos y contingentes. Conscientes de estas dificultades, ofrecemos una definición provisional: el derecho internacional comparado implica la identificación, el análisis y la explicación de las similitudes y diferencias en la forma en que los actores de los distintos sistemas jurídicos entienden, interpretan, aplican y abordan el derecho internacional. Difiere de los debates sobre la fragmentación, que suelen referirse a las diferencias que surgen entre distintos subcampos del derecho internacional, como los derechos humanos y el comercio, o distintas instituciones internacionales, como la Corte Internacional de Justicia y los tribunales penales internacionales. En cambio, se centra en gran medida en las similitudes y diferencias entre los actores nacionales o regionales en su enfoque del derecho internacional².

2 Aunque esto constituye el núcleo del derecho internacional comparado, en algunas circunstancias también puede implicar la comparación de cómo los

Para proporcionar un marco de análisis, sugerimos que las ideas comparativas pueden utilizarse en el derecho internacional de tres maneras principales: (1) para *identificar* lo que constituye el derecho internacional; (2) para explicar las similitudes y *diferencias* en la *interpretación* y *aplicación* del derecho internacional, y (3) para comparar los enfoques de los actores nacionales o regionales respecto al derecho internacional.

En primer lugar, los métodos de derecho comparado pueden ser relevantes para *identificar* la existencia y el contenido del derecho internacional. Identificar el derecho internacional consuetudinario requiere que los juristas internacionales busquen la práctica estatal general y coherente y la *opinio juris*. Establecer un principio general del derecho internacional implica a menudo analizar si ciertos principios son comunes a los sistemas jurídicos nacionales, como analiza la contribución de Neha Jain con respecto a los enfoques adoptados por los tribunales penales internacionales. Realizar un análisis comparativo puede ser relevante en los ejercicios de codificación, como describe Mathias Forteau con respecto al trabajo de la Comisión de Derecho Internacional. La comparación de las prácticas nacionales también puede ser pertinente cuando se trata de interpretar los tratados a la luz de la práctica posterior, como se ha hecho o se ha sugerido en ámbitos como el derecho de los derechos humanos y el arbitraje de los tratados de inversión.

En segundo lugar, los estudios comparativos pueden ser útiles para identificar y explicar las similitudes y diferencias en la interpretación y aplicación del derecho internacional. Por ejemplo, ¿ofrecen los ejecutivos diferentes versiones de la misma norma de derecho internacional³? ¿Adoptan los poderes legislativos enfoques uniformes a la hora de transformar las obligaciones de los tratados en derecho interno o vernacularizan

organismos nacionales, regionales e internacionales entienden, interpretan, aplican y enfocan el derecho internacional.

3 Por ejemplo, las ramas ejecutivas de los gobiernos de Estados Unidos y Rusia han elaborado diferentes declaraciones de seguridad nacional que inciden en la interpretación y aplicación del uso de la fuerza.

esas obligaciones de forma particular y predecible?⁴ ¿Proporcionan los tribunales nacionales interpretaciones similares o diferentes de las obligaciones de los tratados y, al hacerlo, entablan un diálogo transnacional con los tribunales de otros Estados? ¿Qué explica estas similitudes y diferencias y qué significan para nuestra comprensión del derecho internacional? Christopher McCrudden aborda este reto en su análisis de 324 decisiones judiciales nacionales de 55 jurisdicciones que citan la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (McCrudden, 2016).

En tercer lugar, las ideas del derecho comparado, la política comparada y la sociología pueden ser útiles para explicar los diferentes enfoques nacionales del derecho internacional. Por ejemplo, ¿cómo pueden las diferencias jurídicas, políticas, culturales y económicas transnacionales informar sobre los distintos enfoques del derecho internacional? ¿Vemos similitudes o diferencias basadas en la condición de centro/periferia o en la pertenencia a diferentes familias jurídicas? ¿Cambian los enfoques de los distintos Estados a lo largo del tiempo y, en caso afirmativo, cómo y por qué? Un ejemplo de este trabajo es el estudio de Pierre-Hugues Verdier y Mila Versteeg sobre la relación entre el derecho internacional y el nacional en 101 países desde 1815 hasta 2013 (Roberts, Verdier y Versteeg, 2018). Al estudiar un gran número de países a lo largo del tiempo, son capaces de mostrar varias tendencias, como el aumento de los requisitos de aprobación legislativa de más tratados en más países, la creciente prevalencia de la aplicación directa y la superioridad jerárquica de los tratados, y la subordinación casi universal del derecho internacional consuetudinario a la legislación nacional

4 Por ejemplo, varios Estados han adoptado la prohibición internacional del genocidio en su derecho interno, pero han ampliado o reducido su definición con respecto a la del Estatuto de Roma.

2. LOS MÉTODOS DEL DERECHO INTERNACIONAL COMPARADO

Los estudios de derecho internacional comparado pueden basarse en teorías y metodologías de una amplia gama de campos y disciplinas vecinas, como el derecho comparado, la política comparada, la antropología y la sociología.

Un reto importante a la hora de aplicar el análisis comparativo en el derecho internacional es que el propio derecho comparativo está plagado de debates teóricos y metodológicos. Los estudiosos del derecho comparado se enfrentan a cuestiones como: si centrarse en la equivalencia formal o funcional entre sistemas jurídicos; si comparar los enfoques de los sistemas a un alto nivel de generalidad o centrarse en normas específicas (Reitz, 1998); y si analizar sólo las normas jurídicas formales (comparativismo delgado) o tener en cuenta las prácticas reales (comparativismo grueso) (Reitz, 1998). Al aplicar los enfoques de forma cruzada, los estudiosos también tendrán que examinar críticamente si algunos de los debates habituales del derecho comparado, como la existencia e importancia de las familias jurídicas, son pertinentes cuando se aplican al derecho internacional. La contribución de Jain aborda varias de estas cuestiones en su crítica a los métodos utilizados por los tribunales penales internacionales para encontrar principios generales del derecho (Jain, 2015).

Una cuestión recurrente en el derecho internacional comparado será la tensión entre la amplitud y la profundidad del análisis comparativo. Dado el número de Estados del sistema jurídico internacional y el hecho de que las normas de derecho internacional se basan a menudo en una pretensión de generalidad, la amplitud suele ser importante. Sin embargo, existe una tensión inevitable entre el número de Estados que se pueden estudiar (análisis horizontal) y la profundidad con la que se puede profundizar en los detalles de un Estado concreto (análisis vertical). Las descripciones densas que se centran en las culturas vivas más que en las normas jurídicas formales pueden

ofrecer la mejor oportunidad de comprender la función que desempeñan determinados conceptos jurídicos internacionales en sociedades concretas. Pero cuanto más profundo sea el análisis vertical, menos probable será que los juristas internacionales sean capaces de realizar análisis horizontales de gran alcance, y viceversa. Como campo, deberíamos esperar desarrollar una combinación de enfoques.

Como muestra la contribución de Roberts, Verdier y Versteeg (2018), es posible desarrollar grandes bases de datos y emplear técnicas estadísticas como el análisis de regresión para identificar tendencias y, eventualmente, relaciones causales. Este trabajo horizontal de gran envergadura, que está en consonancia con la reciente ola de estudios empíricos en derecho comparado e internacional, es probable que sea un aspecto importante del futuro trabajo de derecho internacional comparado. Pero también es importante desarrollar estudios de caso que permitan una comprensión más profunda de cómo se enfoca el derecho internacional dentro de determinados Estados, como muestra Congyan Cai (2007) en su análisis de cómo el enfoque judicial de China sobre el derecho internacional está moldeado por su estructura socialista y el ascenso de China. También puede ser útil recurrir a los métodos desarrollados en las ciencias sociales sobre cómo seleccionar estudios de casos para poner a prueba las hipótesis. Por ejemplo, Katerina Linos (2013) advierte contra el “muestreo de conveniencia”, en el que se infiere una norma general a partir de un puñado de ejemplos destacados y fácilmente accesibles de la práctica estatal. En lugar de ello, y extrayendo lecciones metodológicas de la política comparada, sugiere formas de realizar selecciones de casos teóricamente informadas, de modo que se puedan utilizar pequeños estudios para hablar de cuestiones más amplias.

El derecho internacional comparado también puede aprovechar los conocimientos de la antropología y la sociología. La antropología llama la atención sobre el modo en que las normas internacionales pueden ser vernáculas en diferentes sistemas jurídicos (Sally, 2006; Zwingel, 2012). La

sociología proporciona herramientas para comprender cómo se desarrollan y transmiten los enfoques del derecho internacional a través de las redes profesionales y educativas. Por ejemplo, la contribución de Roberts parte de la premisa constructivista de que el campo está constituido en parte por procesos sociales, incluida la forma en que se presenta en los materiales de uso común (como los libros de texto y los libros de casos) y cómo se transmite de forma interactiva entre los actores (como los profesores y los estudiantes). Al examinar la difusión de los libros de texto de derecho internacional, destaca uno de los mecanismos a través de los cuales se exportan diferentes visiones del derecho internacional desde los Estados centrales, como el Reino Unido y Francia, y se importan a los Estados periféricos, como India y Senegal.

3. LAS IMPLICACIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL COMPARADO

Algunos juristas internacionales consideran que la noción de derecho internacional comparado amenaza los supuestos y objetivos universalistas del campo (Kennedy, 2007). Por ejemplo, Forteau (2015) sugiere que el derecho internacional comparado parece “una trampa: si se admite que hay diferentes enfoques del derecho internacional (es decir, un espacio para un verdadero derecho internacional comparado), ¿sigue habiendo un ‘derecho internacional?’” (p. 34). Muchos de los conceptos que los juristas internacionales celebran, como los derechos humanos, el Estado de Derecho y el libre comercio, se basan en ideales universalistas (Carruthers y Halliday, 2006). La noción de que éstos pueden ser interpretados y aplicados de forma diferente en distintos contextos nacionales podría parecer que socava las aspiraciones del campo.

Sin embargo, creemos que el derecho internacional comparado tiene el potencial de enriquecer nuestra comprensión del funcionamiento actual del derecho internacional y de cómo podría funcionar mejor en el futuro. Al buscar similitudes y

diferencias en la forma en que los Estados entienden, interpretan, aplican y abordan el derecho internacional, es posible ver casos en los que el sistema tiene éxito en la difusión de normas generales, así como ejemplos de los casos en los que las normas de derecho internacional dan lugar a la adaptación local o al incumplimiento. De hecho, como muestra el análisis de McCrudden sobre la CEDAW, la adopción de estudios comparativos más sistemáticos puede reducir el riesgo de permitir que un puñado de ejemplos de divergencia de alto perfil eclipse un conjunto mayor de convergencia menos sensacionalista.

Incluso cuando existen divergencias, su estudio no supone una amenaza existencial para el derecho internacional. Mientras que algunos estudiosos celebran las virtudes del pluralismo a la hora de promover la corrección de errores, la articulación de normas y la innovación creativa, otros subrayan que el derecho internacional tiene sus propios mecanismos para resolver las interpretaciones y prácticas divergentes, lo que depende, al menos en parte, de la comprensión compartida de la diferencia entre argumentos plausibles y pretextuales. Se expresaron temores similares sobre la amenaza potencial que supone la fragmentación del derecho internacional, pero el sistema internacional ha aprendido a convivir con cierto grado de divergencia entre los distintos subcampos y las distintas instituciones internacionales sin entrar en crisis (Rep. de la Comisión de Derecho Internacional, 2006).

Identificar y explicar las similitudes y diferencias a nivel descriptivo es también un proyecto distinto del ejercicio normativo de respaldar o intentar contrarrestar esas conclusiones. Por ejemplo, el análisis del derecho internacional comparado tiene el potencial de descubrir dinámicas de poder que privilegian a determinados actores y sus interpretaciones preferidas del derecho internacional. Sin embargo, el análisis no dicta qué hacer con estas revelaciones. Los realistas podrían celebrar el modo en que el derecho internacional se adapta para servir a los intereses de los Estados, mientras que los teóricos críticos del derecho podrían utilizar las mismas conclusiones

para defender medidas que contrarresten esas diferencias de poder y persigan un orden mundial más equitativo.

Los conocimientos derivados del análisis comparativo pueden ayudar a diseñar tratados e instituciones internacionales que respondan mejor a la diversidad del sistema jurídico internacional. Por ejemplo, si el análisis comparativo revela que los tribunales nacionales aplican los compromisos de los tratados de forma más coherente que los poderes legislativos, hacer que un tratado sea directamente aplicable puede ser deseable en áreas en las que la aplicación uniforme es importante. Del mismo modo, si el análisis comparativo demuestra que las prácticas de algunos Estados tienen un peso desproporcionado a la hora de evaluar la existencia y el contenido del derecho internacional, esto puede reforzar los llamamientos para crear repositorios de prácticas estatales y traducciones de instrumentos jurídicos clave de una mayor variedad de Estados.

Pensar en el derecho internacional comparado como un campo facilita la identificación de puntos ciegos en el trabajo existente y la sugerencia de direcciones para la investigación futura. Por ejemplo, gran parte de los estudios detallados sobre derecho internacional comparado realizados hasta la fecha examinan cómo los distintos tribunales nacionales interpretan y aplican el derecho internacional. Sin embargo, como muestra la contribución de Roberts, centrarse en las decisiones de los tribunales suele sesgar los estudios comparativos hacia ciertos Estados, en particular los Estados centrales, occidentales, de derecho común y de habla inglesa, y hacia cuestiones que se plantean ante los tribunales, como los derechos humanos y el derecho de los refugiados. Esto pone de manifiesto la importancia de otros proyectos de derecho internacional comparado, como los estudios sobre las legislaturas, los ejecutivos y los órganos administrativos, así como las descripciones de las prácticas de otros Estados, como China.

Por último, conceptualizar el derecho internacional comparado como un campo distinto nos permite relacionar mejor

el trabajo de diferentes estudiosos, en diferentes continentes y a través de diferentes generaciones, y centrar la atención en la evolución histórica del campo y su trayectoria futura. En particular, situar el actual auge del trabajo comparativo en el contexto de una larga tradición nos permite considerar cómo puede innovar -y a menudo lo hace-, por ejemplo, considerando una gama más diversa de países y sistemas jurídicos; prestando más atención a las causas y consecuencias de los diferentes enfoques nacionales y regionales; y recurriendo a los métodos de las ciencias sociales. En resumen, alentando a los estudiosos del derecho internacional a llevar a cabo proyectos comparativos y a comprometerse con las cuestiones teóricas y metodológicas fundamentales que plantean, esperamos impulsar el desarrollo del derecho internacional comparado y contribuir así a una mejor comprensión del derecho internacional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Cai, C. (2007). Change of the Structure of International Investment and the Development of Developing Countries BIT Practice – Towards A Third Way of BIT Practice. *JWIT*, 8 (6), pp. 829-847.
- Carruthers, B. y Halliday, T. (2006). Negotiating Globalization: Global Scripts and Intermediation in the Construction of Asian Insolvency Regimes. *Law & Social Inquiry*, 31 (3), pp. 521-584.
- Forteau, M. (2015). Comparative International Law Within, Not Against, International Law: Lessons to be Learned from the International Law Commission. *The American Journal of International Law*, 109 (3), pp. 498-513.
- Gutteridge, H.C. (1980). Comparative Law and the Law of Nations. In W.E. Butler (ed.), *International Law in Comparative Perspective*.

- Jain, N. (2015). *Comparative International Law at the ICTY: The General Principles Experiment*. Cambridge University Press.
- Kennedy, D. (2007). One, Two, Three, Many Legal Orders: Legal Pluralism and the Cosmopolitan Dream, 3 N.Y.U. *Review of Law & Social Change*, 31 (3), pp. 641-649.
- Linos, K. (2013). *The Democratic Foundations of Policy Diffusion: How Health, Family, and Employment Laws Spread Across Countries*, 1er edición. Oxford University Press.
- McCrudden, C. (2016). Operationalizing the Comparative International Human Rights Law Method: a Case Study of CEDAW in National Courts. In Anthea Roberts et al. (eds.), *Comparative International Law*.
- Reitz, J. (1998). How to Do Comparative Law. *The American Journal of Comparative Law*, 46 (4), pp. 617-636.
- Rep. de la Comisión de Derecho Internacional. (2006). 58th Sess., May 1–June 9, July 3–Aug. 11. U.N. Doc. A/61/10; GAOR, 61st Sess., Supp. No. 10.
- Roberts, A., Verdier, P. y Versteeg, M. (eds.). (2018). *Comparative International Law*. Oxford University Press.
- Sally Engle, M. (2006). *Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice*. Chicago Series in Law and Society.
- Zwingel, S. (2012). How Do Norms Travel? Theorizing International Women's Rights in Transnational Perspective. *International Studies Quarterly*, 56 (115).

Recibido: 08 -10- 2020

Aceptado: 06-08- 2021

Anthea Roberts: Profesora de la Escuela de Regulación y Gobernanza Global (RegNet) de la Australian National University (ANU)

Correo: anthea.roberts@anu.edu.au

Ciudad: Nueva York

País: Estados Unidos

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8775-0001>

Paul B. Stephan: Profesor distinguido de Derecho John C. Jeffries, Jr. en University of Virginia.

Correo: pbs@virginia.edu

Ciudad: Virginia

País: Estados Unidos

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4378-7264>

Pierre-Hugues Verdier: Profesor de investigación de Derecho E. James Kelly, Jr. en University of Virginia.

Correo: pv6f@virginia.edu

Ciudad: Virginia

País: Estados Unidos

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1705-8706>

Mila Versteeg: Profesora asociada de Derecho en University of Virginia.

Correo: versteeg@law.virginia.edu

Ciudad: Virginia

País: Estados Unidos

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5231-9847>

TRADUCTORA:**Emilia Reinhart;** Investigadora jurídica independiente**Correo:** emiliareinhart1@gmail.com**Ciudad:** Quito**País:** Ecuador**ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-7894-9238>

* Esta traducción original al español fue publicada en coordinación con la autorización de los/las autores/as y/o editorial. Paracumplir nuestros estándares de calidad, cumplió con 1) un nuevo proceso de revisión por pares externos; y 2) adaptación a los parámetros editoriales de la revista RFJ. La RFJ seleccionó este artículo por su calidad e impacto internacional en el ámbito del derecho internacional comparado. Inicialmente, fue escrito como una sección introductoria del libro *Comparative International Law* editado por los autores. New York, NY: Oxford University Press, 2018. Pp. xi, 623 (publicado en inglés). Esta nueva versión revisada adaptada a nuestros estándares tiene una extensión de 15 páginas.

* This first and original translation of this article to Spanish was published in coordination with the authors' or publisher's authorisation. To match our quality standards, it complied with 1) a new external peer review process; and 2) adaptation to the editorial parameters of the RFJ journal. The RFJ selected this article for its quality and international impact in the international arena. It was written as an introductory section of the book *Comparative International Law*. Edited by the authors. New York, NY: Oxford University Press, 2018. Pp. xi, 623 (published in English). This new revised version adapted to our standards has a length of 15 pages.

RFJ

Revista Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador
ISSN: 2588-0837

Número 9
Agosto 2021
Especial 75 Aniversario
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Vol. II

Publicación Científica de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Todos los derechos reservados. El contenido de esta obra se encuentra protegido por la Ley. Cualquier requerimiento deberá ser realizado al Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Los artículos de este número se terminaron de aprobar bajo el sistema de evaluación de pares académicos y mediante la modalidad de «doble ciego», que garantiza la confidencialidad de autores y árbitros.

Quito, Ecuador, 2021
EDITADO EN ECUADOR - EDITED IN ECUADOR

Toda la información relevante de la revista se encuentra disponible en:

<http://www.revistarfjpuce.edu.ec/index.php/rfj>

All relevant information about the journal is available at:

<http://www.revistarfjpuce.edu.ec/index.php/rfj>

