

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Principios, normas y estructuras

Eduardo Jiménez de Aréchaga

Heber Arbuét-Vignali

Roberto Puceiro Ripoll

TOMO I



FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA

AL LECTOR DE ESTE LIBRO

Un libro editado por Fundación de Cultura Universitaria representa el esfuerzo intelectual de un autor, que ha dedicado valioso tiempo para su realización, cubriendo una necesidad en la formación de estudiantes y en el perfeccionamiento de profesionales y docentes.

También implica un esfuerzo por parte de Fundación de Cultura Universitaria, tanto desde el punto de vista económico como en el empeño puesto para que el libro tenga una buena realización gráfica y un precio razonable.

Quienes en 1968 idearon nuestra Fundación, lo hicieron pensando fundamentalmente en el gran beneficio que iba a representar la edición de material bibliográfico accesible económicamente para todos.

La fotocopia ilegal de libros constituye una amenaza cierta contra el delicado equilibrio de la actividad desarrollada por FCU, y está especialmente prohibida por el Art. 46 de la Ley 9.739 (Propiedad literaria y artística), la que establece sanciones penales.

A los efectos de poder continuar con la importante tarea que llevamos adelante, resulta fundamental la comprensión por parte de cada uno de los lectores de este libro, del daño que se produce cada vez que este libro se fotocopia. El precio de este libro podrá disminuir en la medida que su fotocopiado se reduzca.

Sólo con la toma de conciencia de todos, seguirá existiendo el libro técnico.

Junta Directiva de FCU



DERECHO

KZ3410
J55

S = 1220979

1ª edición, noviembre 2005

F-12411
TEPME

© FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA

25 de Mayo 568 - Teléfono 916 11 52

C.P. 11.000 Montevideo - Uruguay

DERECHOS RESERVADOS

Queda prohibida cualquier forma de reproducción, transmisión o archivo en sistemas recuperables, sea para uso privado o público por medios mecánicos, electrónicos, fotocopiadoras, grabaciones o cualquier otro, total o parcial, del presente ejemplar, con o sin finalidad de lucro, sin la autorización del editor y el autor.

D- 259139

ÍNDICE

Capítulo I LA SOCIEDAD Y EL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONALES Por Heber Arbuét-Vignali

Sección I.	La sociedad internacional y sus reglas desde el origen al segundo milenio	23
	1. <i>La sociedad internacional y sus reglas</i>	23
	2. <i>La teoría jurídica de la soberanía</i>	29
	3. <i>Las relaciones internacionales actuales</i>	41
Sección II.	Concepto y naturaleza del Derecho Internacional Público actual	50
	1. <i>Precisión previa y opciones doctrinarias</i>	50
	2. <i>Nuestra opción y su análisis</i>	51
	3. <i>Relaciones del sistema con otras disciplinas</i>	59
	a. Con el derecho interno	59
	b. Con otras ramas de las ciencias sociales	62
	c. Con el Derecho Internacional Privado	63
	d. Con el Derecho Comunitario	64
	e. Con la política internacional	66
Sección III.	Concepto y naturaleza del Derecho Comunitario	69
	1. <i>Definición y análisis</i>	69
	2. <i>Origen y evolución</i>	72
	3. <i>Elementos característicos del Derecho Comunitario</i>	75
	a. Las Organizaciones Internacionales supranacionales .	75
	b. La supranacionalidad	77
	4. <i>Fundamento de obligatoriedad y Principios del sistema</i>	78
	a. Fundamento de obligatoriedad	78
	b. Los principios del Derecho Comunitario	78
	5. <i>Sujetos y fuentes</i>	79

D-259139

a. Sujetos	79
b. Fuentes	80

Capítulo II

EL FUNDAMENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Por Heber Arbuét-Vignali

Sección I.,	Presentación del tema	83
	1. <i>Su ubicación en la Teoría General</i>	83
	2. <i>Las diferentes posturas de la doctrina</i>	85
Sección II.	Las diferentes perspectivas doctrinarias anteriores a la Escuela de Montevideo	87
	1. <i>Los variados enfoques del problema del fundamento</i>	87
	2. <i>Los negadores del Derecho Internacional Público</i>	88
	3. <i>La querrela de escuelas: jusnaturalistas y positivistas</i>	91
	a. Planteo de la cuestión	91
	b. La propuesta jusnaturalista	91
	c. La reacción positivista	93
	4. <i>Las nuevas propuestas</i>	95
	a. El normativismo	95
	b. Las corrientes de menor arraigo	95
	c. Las corrientes sociológicas	96
	d. El neo jusnaturalismo	96
Sección III.	Nuestra opción	97
	1. <i>Planteo de la cuestión</i>	97
	2. <i>Análisis crítico a las teorías anteriores a nuestra posición</i>	99
	3. <i>Nuestra respuesta</i>	100
	4. <i>El punto de vista jurídico-sustancial</i>	101
	5. <i>El punto de vista jurídico-formal</i>	103
	6. <i>El punto de vista jurídico-sociológico</i>	104
	7. <i>El punto de vista jurídico-valorativo</i>	105

Capítulo III

LOS SUJETOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

Por Heber Arbuét-Vignali

Sección I.	Los sujetos en la teoría general y en la práctica del Dere- cho Internacional Público	110
------------	--	-----

	1. <i>Ubicación conceptual del tema</i>	110
	2. <i>Los “sujetos” en los sistemas de coordinación</i>	112
	3. <i>El concepto de sujeto en la doctrina y en la práctica de las Relaciones Internacionales</i>	113
Sección II.	El Estado como sujeto del Derecho Internacional.....	115
	1. <i>El Estado sujeto originario</i>	115
	2. <i>Incidencia de ciertas peculiaridades del Estado en su calidad de sujeto del sistema</i>	116
	a. <i>Incidencia de la estructura del Estado</i>	116
	b. <i>Incidencia de la independencia del Estado</i>	120
	3. <i>El reconocimiento de Estados</i>	122
	4. <i>El reconocimiento del gobierno de un Estado</i>	124
	a. <i>Planteo de la cuestión</i>	124
	b. <i>Presupuestos que deben darse</i>	126
	c. <i>Requisitos para otorgar el reconocimiento</i>	126
	d. <i>Naturaleza del reconocimiento</i>	131
	e. <i>Forma, organización y efectos del reconocimiento</i>	131
Sección III.	La Comunidad Beligerante como sujeto del Derecho Internacional.....	133
	1. <i>El instituto</i>	133
	2. <i>La subjetividad jurídica de la Comunidad Beligerante</i>	135
	3. <i>Los presupuestos objetivos para admitir a la Comunidad Beligerante como sujeto</i>	136
	4. <i>Naturaleza, efectos y formas del reconocimiento</i>	137
	a. <i>Naturaleza</i>	137
	b. <i>Efectos</i>	137
	c. <i>Formas</i>	138
	5. <i>La admisión de insurgencia</i>	139
Sección IV.	Los Movimientos Nacionales de Liberación.....	140
	1. <i>El instituto</i>	140
	2. <i>Orígenes del instituto</i>	141
	3. <i>Características, requisitos para reconocer y efectos (extensión) de la personería</i>	141
	a. <i>Características de los Movimientos Nacionales de Liberación</i>	141
	b. <i>Requisitos para reconocerlos</i>	142
	c. <i>Efectos del reconocimiento</i>	142

Sección V.	Otros sujetos vinculados a los Estados y con base territorial	143
	1. <i>Planteo general y situaciones excluidas e incluidas</i>	143
	2. <i>El Estado Vaticano - Santa Sede y la Orden de Malta</i>	144
Sección VI.	Las Organizaciones Internacionales como sujetos del Derecho Internacional.....	146
	1. <i>Introducción</i>	146
	2. <i>Origen, concepto, naturaleza y tipos de las Organizaciones Internacionales</i>	148
	a. Origen y evolución	148
	b. Concepto y naturaleza	149
	c. Clasificaciones.....	152
	3. <i>Subjetividad jurídica de las Organizaciones Internacionales</i>	154
	4. <i>Participación de los Estados en las Organizaciones Internacionales</i>	156
	a. Número de miembros e igualdad jurídica	156
	b. Estructura orgánica, integración y presidencia de los órganos.....	157
	c. Formas de votación y consenso	161
	5. <i>Los medios de acción</i>	165
	a. Introducción	165
	b. Respaldos jurídicos	165
	c. Respaldos materiales.....	168
	d. Respaldos humanos	169
	6. <i>La función pública internacional</i>	170
	a. Los funcionarios internacionales.....	170
	b. Definición	170
	c. Situación jurídica	171
	7. <i>Los Congresos Internacionales</i>	174
Sección VII.	La situación del ser humano individual en el Derecho Internacional.....	176
	1. <i>El ser humano y el derecho</i>	176
	2. <i>La expresión "sujeto" en el derecho</i>	177
	3. <i>El ser humano individual en el Derecho Internacional Público</i>	179
	4. <i>El papel del individuo en el Derecho Internacional Público</i>	181

Capítulo IV
LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO
 Por Eduardo Jiménez de Aréchaga: Secciones I a V
 Roberto Puceiro Ripoll: Sección VI

Sección I.	Las fuentes en general.....	184
Sección II.	La costumbre como fuente del Derecho Internacional	185
	1. <i>La costumbre internacional</i>	185
	2. <i>La doctrina de la costumbre como acuerdo tácito</i>	186
	a. <i>La doctrina originaria</i>	186
	b. <i>Críticas a la doctrina originaria</i>	188
	c. <i>La situación actual de la doctrina</i>	190
	3. <i>Dónde encontrar la costumbre internacional</i>	192
Sección III.	La costumbre como fuente del Derecho Internacional en la Corte Internacional de Justicia	196
	1. <i>Introducción</i>	196
	2. <i>Consideraciones generales</i>	199
	3. <i>El Derecho Internacional consuetudinario y el convencional</i>	200
	4. <i>Las tres modalidades del derecho consuetudinario resultantes de las conferencias generales de codificación</i> ..	202
	a. <i>Las modalidades</i>	202
	b. <i>Efecto declarativo</i>	203
	c. <i>Efecto cristalizador</i>	204
	d. <i>Efecto generador</i>	205
	5. <i>Requisitos para la consolidación de una norma consuetudinaria que tenga su origen en la disposición de un tratado</i>	209
	6. <i>La necesidad de la "opinio juris"</i>	211
	7. <i>El tiempo exigido para la elaboración de una norma consuetudinaria</i>	212
	8. <i>Medios para obtener información acerca de la práctica estatal</i>	213
	9. <i>Los trabajos preparatorios y el derecho consuetudinario</i>	214
	10. <i>Consentimiento del Estado demandado o consenso general de los Estados</i>	215
Sección IV.	Los principios generales del derecho reconocidos por los principales sistemas jurídicos, como fuente del Derecho Internacional.....	218

	1. <i>Concepto y naturaleza</i>	218
	2. <i>Alcance general de esta fuente</i>	219
	3. <i>Ejemplos de aplicación de principios generales de derecho</i>	221
	4. <i>El método comparativo para la determinación de “los principios generales de derecho reconocidos por los principales sistemas jurídicos”</i>	225
	5. <i>Los principios generales del Derecho Internacional</i>	226
Sección V.	Medios auxiliares de determinación de las reglas de Derecho Internacional	228
	1. <i>La jurisprudencia internacional</i>	228
	2. <i>La doctrina de los publicistas</i>	230
Sección VI.	Jerarquía entre las diversas fuentes	232
	1. <i>La posición tradicional</i>	232
	2. <i>Enumeración de las actuales fuentes formales del Derecho Internacional Público</i>	233
	3. <i>Jerarquía entre las fuentes formales del Derecho Internacional y entre sus normas</i>	234
	a. <i>Planteo de la cuestión</i>	234
	b. <i>Jerarquía entre las fuentes formales del Derecho Internacional</i>	235
	c. <i>Jerarquía entre las normas jurídicas de las distintas fuentes formales del Derecho Internacional</i>	236

Capítulo V

EL DERECHO DE LOS TRATADOS

Por Eduardo Jiménez de Aréchaga

Sección I.	Concepto y tipos de tratados	242
	1. <i>Definición de tratado</i>	242
	2. <i>Clasificación de los tratados</i>	248
	a. <i>Planteo</i>	248
	b. <i>Tratados “stricto sensu” y acuerdos en forma simplificada</i>	248
	c. <i>Tratados bilaterales y multilaterales</i>	248
	d. <i>Tratado-ley y Tratado-contrato</i>	250
Sección II.	Formación de los tratados	250
	1. <i>Introducción</i>	250
	2. <i>Negociación</i>	252

	3. <i>Adopción del texto</i>	252
	4. <i>Autenticación</i>	253
	5. <i>Ratificación</i>	256
	6. <i>Entrada en vigor</i>	258
	7. <i>Adhesión</i>	259
	8. <i>Registro y publicación</i>	259
	9. <i>Depósito del tratado</i>	261
Sección III.	Reserva de los tratados.....	262
	1. <i>Concepto</i>	262
	2. <i>Forma</i>	262
	3. <i>Efectos</i>	262
	a. De su aceptación	262
	b. De las objeciones	263
	c. Las propuestas de la Comisión de Derecho Internacional y las Convenciones de Viena	265
Sección IV.	Interpretación de los tratados.....	267
	1. <i>Introducción</i>	267
	2. <i>Disposiciones de la Convención de Viena sobre interpretación</i>	268
	3. <i>Las enmiendas de los Estados Unidos en la Conferencia de Viena</i>	269
	4. <i>Papel de los trabajos preparatorios</i>	271
	5. <i>El elemento intertemporal</i>	272
Sección V.	Efectos de los tratados	275
	1. <i>Efectos entre las partes</i>	275
	2. <i>Los tratados y los terceros Estados</i>	276
	a. Principio general.....	276
	b. Tratados en los que se prevén obligaciones para terceros Estados.....	276
	c. Estipulaciones en favor de terceros Estados.....	277
Sección VI.	La cláusula de la Nación más favorecida	285
Sección VII.	La nulidad y la terminación de los tratados	288
	1. <i>Introducción</i>	288
	2. <i>Causales de nulidad</i>	289
	a. Capacidad.....	289

	b. Vicios del consentimiento.....	290
	c. La legalidad del objeto del tratado	292
	d. Nulidad absoluta y relativa	297
	3. <i>Terminación y suspensión de los tratados</i>	298
	a. Causas extrínsecas e intrínsecas de terminación de un tratado.....	298
	b. Derecho implícito de denuncia.....	299
	c. Cambio fundamental en las circunstancias	300
	d. Terminación de un tratado como consecuencia de su violación.....	308
	e. Otras causas extrínsecas.....	316
	f. Efecto de la guerra sobre los tratados	317
Sección VIII.	La modificación de los tratados.....	320
	1. <i>La regla de principio</i>	320
	2. <i>La revisión de los tratados y la doctrina del cambio pacífico</i>	321
Sección IX.	Otras disposiciones	323

Capítulo VI
NUEVAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL
 Por Roberto Puceiro Ripoll

Sección I.	La equidad.....	325
	1. <i>Concepto y funciones de la equidad</i>	325
	2. <i>El recurso a la equidad con el consentimiento expreso de las partes</i>	326
	3. <i>Remisión del derecho convencional a la equidad</i>	327
	4. <i>Remisión del derecho consuetudinario y de los principios generales de derecho a la equidad</i>	329
	5. <i>La equidad como elemento sustancial del Derecho</i>	330
Sección II.	Los actos unilaterales	331
Sección III.	Actos unilaterales de los Estados	332
	1. <i>Conceptualización y forma</i>	332
	2. <i>Clasificación y tipos</i>	334
	a. Actos unilaterales autónomos.....	334

	b. Actos unilaterales vinculados con otros actos jurídicos	336
	3. <i>Legitimidad</i>	337
	4. <i>Fuerza obligatoria</i>	337
	5. <i>Oponibilidad a terceros</i>	339
	6. <i>Modificación y revocabilidad</i>	339
	7. <i>Interpretación</i>	341
	8. <i>Naturaleza jurídica</i>	341
Sección IV.	Los actos unilaterales de las organizaciones internacionales	342
	1. <i>Las resoluciones: forma de expresión de voluntad de los organismos internacionales</i>	342
	2. <i>Forma de adopción de las resoluciones</i>	343
	3. <i>Las decisiones de las organizaciones internacionales</i>	345
	a. Las decisiones vinculadas con la estructura y el funcionamiento interno de la organización.....	346
	b. Las decisiones relacionadas con actividades externas de las organizaciones	347
	4. <i>Las recomendaciones de los organismos internacionales</i>	349
	a. Las recomendaciones en sentido estricto	349
	b. Las pseudo recomendaciones	351
Sección V.	Actos concertados de naturaleza no convencional.....	355

Capítulo VII

LAS NORMAS DE JUS COGENS EN EL CAMPO DEL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

Por Roberto Puceiro Ripoll

Sección I.	Relevancia del tema. Origen del concepto.....	359
Sección II.	Doctrina y jurisprudencia.....	360
Sección III.	Importancia del proceso codificador del Derecho de los Tratados.....	365
Sección IV.	Consideraciones generales	366
	1. <i>Acepción específica</i>	366

	2. <i>Realidad del jus cogens</i>	366
Sección V.	Caracteres de las normas de jus cogens	368
	1. <i>Planteo de la cuestión</i>	368
	2. <i>Imperatividad, inderogabilidad</i>	368
	3. <i>Generalidad</i>	370
	4. <i>Aceptación y reconocimiento universal</i>	372
	5. <i>Dinamismo y mutabilidad</i>	373
Sección VI.	Fuentes	374
Sección VII.	Objeto del jus cogens.....	375
Sección VIII.	Individualización. Clasificación	377
	1. <i>Planteo de la cuestión</i>	377
	2. <i>Normas que protegen los intereses y los valores de la comunidad como tal</i>	378
	3. <i>Normas que protegen los derechos de los Estados como tales y en sus relaciones recíprocas, en tanto que miembros de la sociedad internacional</i>	378
	4. <i>Normas que protegen los derechos fundamentales de las personas en su proyección humanitaria y universal</i>	379
Sección IX.	Efectos.....	379
Sección X.	Mecanismos y procedimientos.....	381
Sección XI.	Proceso de codificación. Desarrollo progresivo.....	383
Sección XII.	Desarrollo esencial	383

Capítulo VIII
LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL
PÚBLICO Y OTROS SISTEMAS

Por Heber Arbuét-Vignali
 Roberto Puceiro Ripoll

Sección I.	Marco conceptual e histórico del problema	387
	1. <i>Ubicación del tema</i>	387
	2. <i>Desarrollo histórico del asunto</i>	389

	3. <i>La inserción de la doctrina en la evolución del problema</i>	390
	4. <i>La realidad a partir de mediados del Siglo XX</i>	393
	5. <i>El análisis de la doctrina y práctica tradicionales y de la normativa internacional vigente</i>	395
	6. <i>Consideraciones en torno a las normas de la Constitución del Uruguay, relativas a esta temática</i>	397
Sección II.	Estado actual del problema y vías para resolverlo.....	400
	1. <i>Los puntos de partida</i>	400
	2. <i>Actitudes que puede asumir un Estado en las relaciones internacionales</i>	401
	a. <i>Las diversas posibilidades</i>	401
	b. <i>Situación en que el Estado se aísla internacionalmente</i>	402
	c. <i>Situación en que el Estado se vincula internacionalmente con otros Estados</i>	402
	3. <i>Disposiciones constitucionales respecto a las relaciones entre sistemas y sus consecuencias</i>	405
	a. <i>Si incluyen una norma expresa dando la primacía al derecho interno</i>	405
	b. <i>Si incluyen normas que dan primacía al Derecho Internacional en algunos o en todos los casos</i>	407
	c. <i>Si no se incluyen en la Constitución ningún tipo de norma</i>	407
Sección III.	El problema en el marco de los sistemas de cooperación e integración.....	412
	1. <i>Ubicación de la cuestión</i>	412
	2. <i>El problema de las relaciones entre sistemas en la cooperación y en las integraciones de baja intensidad y profundas</i>	412
	3. <i>Las relaciones entre sistemas en el marco de los procesos de integración de mediana intensidad</i>	413
	a. <i>Planteo de la cuestión</i>	413
	b. <i>La incorporación de la norma internacional</i>	413
	c. <i>Los acuerdos en forma simplificada</i>	415
	d. <i>El problema de la jerarquía</i>	417
	e. <i>Las posibilidades de evolución hacia un orden supranacional</i>	420
	f. <i>El enfoque jurídico</i>	421

Capítulo IX
LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL
QUE RIGEN LAS RELACIONES INTERNACIONALES

Por Heber Arbuét-Vignali: Secciones I, II y VI
 Eduardo Jiménez de Aréchaga: Secciones III, IV y V

Sección I,	Antecedentes, caracteres y naturaleza de estas reglas	428
	1. <i>Antecedentes doctrinarios</i>	428
	2. <i>Antecedentes de la práctica de los Estados</i>	430
	3. <i>Denominación</i>	433
	4. <i>Naturaleza jurídica</i>	435
	a. Planteo general	435
	b. La idea de Derechos Fundamentales	436
	c. Consecuencia de la soberanía	437
	d. Principios del Derecho Internacional	437
	e. Normas de “jus cogens”	438
	5. <i>Importancia del problema</i>	440
	6. <i>Reglas comprendidas en esta categoría</i>	440
	7. <i>Nuestra sistematización</i>	442
Sección II.	Principio de la igualdad soberana de los Estados.....	444
	1. <i>Los textos y su marco doctrinario</i>	444
	2. <i>El atributo de la soberanía</i>	446
	a. La idea de soberanía jurídica	446
	b. Características del atributo en el ámbito interna- cional	448
	c. Naturaleza y evolución del atributo	452
	3. <i>El principio de la igualdad soberana</i>	454
	a. Jerarquía del principio	454
	b. El valor de la igualdad	455
	c. Igualdad jurídica, de hecho y funcional	456
	4. <i>Los llamados corolarios del Principio de la Igualdad</i> <i>Soberana</i>	460
	a. Planteo de la cuestión.....	460
	b. La existencia e independencia del Estado	461
	c. La independencia y sus corolarios exteriores	462
	d. La independencia y sus corolarios internos	464
	e. La igualdad y sus corolarios.....	471
Sección III.	Prohibición del uso o amenaza de la fuerza	472

	1. <i>Introducción</i>	472
	2. <i>Amenaza de fuerza</i>	474
	3. <i>Significado de la palabra "fuerza"</i>	474
	4. <i>Interpretación del artículo 2, parágrafo 4, de la Carta</i> ..	475
	5. <i>Represalias armadas</i>	478
	6. <i>Agresión indirecta</i>	479
	7. <i>Otros corolarios del principio sobre abstención de la fuerza</i>	479
	8. <i>Usos legítimos de la fuerza</i>	480
	9. <i>Defensa propia y el derecho de libre determinación</i>	481
	10. <i>Prohibición del uso de la fuerza contra pueblos que ejercen su derecho a la libre determinación</i>	482
Sección IV.	El principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos	483
	1. <i>Introducción</i>	483
	2. <i>Libre determinación y descolonización</i>	484
	3. <i>El principio de libre determinación como un derecho de todos los pueblos</i>	486
	4. <i>El resultado de la libre determinación y la esencia del derecho de los pueblos</i>	487
	5. <i>La libre determinación y el título histórico a un territorio</i>	489
	6. <i>La cláusula de salvaguardia</i>	491
Sección V.	El deber de no intervención y la jurisdicción interna.....	494
	1. <i>La no intervención en la Carta de las Naciones Unidas</i> . ..	494
	2. <i>Intervención en asuntos internos o externos</i>	495
	3. <i>Ejemplos de intervención</i>	496
	4. <i>La fórmula general</i>	497
	5. <i>La excepción de jurisdicción doméstica</i>	498
	a. <i>Origen y naturaleza</i>	498
	b. <i>Concepto de intervención prohibida</i>	499
	c. <i>Alcance de la disposición</i>	499
	d. <i>Cómo y quién determina si un asunto es de jurisdicción doméstica</i>	500
Sección VI.	Los demás principios de la Declaración 2625/XXV	502
	1. <i>Introducción</i>	502
	2. <i>La solución pacífica de controversias</i>	502
	a. <i>Los textos</i>	502

b. Ubicación y alcance del principio.....	502
c. La libertad de elección de medios.....	503
3. <i>La cooperación internacional</i>	505
a. Los textos	505
b. Su análisis	505
c. La eficacia de estos textos.....	507
4. <i>La buena fe</i>	508
a. Los textos	508
b. Alcance	509
Índice de autores, casos y documentos, citados o consultados en el Tomo I	511

Capítulo IV

LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

por *Eduardo Jiménez de Aréchaga* (*) (**)
(Secciones I a V) (Nº 1)
y *Roberto Puceiro Ripoll* (Nºs. 2 y 3) (Sección VI) (***)

Sumario:

I. Las fuentes en general. II. La costumbre como fuente del Derecho Internacional. 1. La costumbre internacional. 2. La doctrina de la costumbre como acuerdo tácito. 3. Dónde encontrar la costumbre jurídica internacional. **III. La costumbre como fuente del Derecho Internacional en la Corte Internacional de Justicia.** 1. Introducción. 2. Consideraciones generales. 3. El derecho internacional consuetudinario y el convencional. 4. Las tres modalidades del Derecho consuetudinario resultantes de las conferencias generales de codificación. 5. Requisitos para la consolidación de una norma consuetudinaria que tenga su origen en la disposición de un tratado. 6. La necesidad de la “*opinio juris*”. 7. El tiempo exigido para la elaboración de una norma consuetudinaria. 8. Medios para obtener información acerca de la práctica estatal. 9. Los trabajos preparatorios y el derecho consuetudinario. 10. Consentimiento del Estado demandado o consenso general de los Estados. **IV. Los principios generales del derecho reconocidos por los principales sistemas jurídicos, como fuente del Derecho Internacional.** 1. Concepto y naturaleza. 2. Alcance general de esta fuente. 3. Ejemplos de aplicación de principios generales de derecho. 4. El método comparativo para la determinación de “los principios generales de derecho reconocidos por los principales sistemas jurídicos”. 5. Los principios generales del Derecho Internacional. **V. Medios auxiliares de determinación de las reglas de Derecho Internacional.** 1. La jurisprudencia internacional. 2. La doctrina de los publicistas. **VI. Jerarquía entre las diversas fuentes.** 1. La posición tradicional. 2. Enumeración de las actuales fuentes formales del Derecho In-

(*) Actualizado por Heber Arbuet-Vignali, El Pinar, febrero, marzo y junio 2004.

(**) Con este signo, al comienzo o al final de un párrafo o llamada, se estará indicando que el mismo no corresponde a la versión original, sino que se trata de un párrafo o llamada de complementación o actualización agregado en la versión 2004.

(***) Actualizada por el autor en 2004.

ternacional Público. 3. Jerarquía entre las fuentes formales del Derecho Internacional y entre sus normas.

Sección I

Las fuentes en general (1)

El alcance de la expresión “fuentes del Derecho Internacional” ha dado lugar a más de un equívoco. Algunos autores la confunden con el propio fundamento de este derecho; otros, se refieren con ella a los documentos que consignan las reglas jurídicas internacionales y hay también quienes la utilizan como sinónimo de los hechos históricos de la vida internacional en los que se manifiestan las referidas reglas o las causas o factores sociales determinantes de su surgimiento. Ninguna de estas acepciones es la que aquí se emplea. Se entiende por “fuentes del derecho internacional” los modos formales de constatación del Derecho Internacional; no sus fuentes documentales, ni su fundamento, ni tampoco las bases reales o las causas de hecho de las cuales puedan surgir las normas internacionales. Es lo que en la Teoría General del Derecho se llama “fuentes formales”, por oposición a “fuentes materiales”, o sea los medios o procedimientos por los cuales una regla de conducta entre Estados llega a cobrar validez jurídica; los materiales de los cuales un tribunal arbitral, una corte judicial o un internacionalista debe extraer la norma aplicable a una situación determinada.

Como dice Scelle (op. cit., III, 400) “las fuentes del derecho: no constituyen la totalidad del hecho jurídico; no son el origen del derecho sino su prueba reveladora, la parte inmediatamente utilizable y socialmente válida, la expresión humana” (2).

En el campo del Derecho Internacional hay tres fuentes, tres modos de constatación de las reglas de derecho o procedimientos para que una regla de

(1) Ver sobre este punto infra, Sección III, Numeral 1 in fine de este Capítulo.

(2) (***) Debe señalarse que en este mismo tomo, se vincula el fundamento formal del Derecho Internacional Público con el problema de sus fuentes (Ver Capítulo II, Sección III, Numeral 5). Aunque pudiera parecerlo, esta afirmación no contradice lo anteriormente expresado en el texto. Las fuentes no constituyen un instrumento apto para explicar como razón única y definitiva el porqué de la fuerza obligatoria irresistible de las normas del Derecho Internacional Público, salvo en el caso de que el autor se colocara en una posición voluntarista radical que haga descansar la validez y eficacia de este derecho en la voluntad de los Estados que generan las normas según las fuentes que determinan. Esta es un posición errónea y actualmente superada en toda la doctrina. En cambio, puede aceptarse, desde una aproximación parcial, que, desde un enfoque exclusivamente jurídico-formal, las reglas de Derecho Internacional Público positivo vigente que obligan a los Estados, son las producidas por los procedimientos formales (fuentes) aceptadas por el sistema: la costumbre y los tratados. Esta aproximación parcial tiene los solos efectos que se explican al tratarse el problema del fundamento en el Capítulo II citado y no pretende explicar ni porqué se acatan las normas, ni porqué es bueno que se acaten esas y no otras, sino únicamente de dónde deben extraerse las reglas del sistema que pueden pretender ser acatadas.

conducta entre Estados llegue a adquirir fuerza obligatoria: el tratado, la costumbre y los principios generales de derecho (3).

Los tratados constituyen la fuente más importante de normas de Derecho Internacional, por lo que requieren un estudio más detenido, que se realiza en capítulos subsiguientes (Ver en este Tomo los Capítulos V y VI). En el presente capítulo se examinan las restantes fuentes.

Sección II

La costumbre como fuente del Derecho Internacional

1. La costumbre internacional (1)

Es bien sabido que la costumbre constituyó una de las principales fuentes de validez de normas jurídicas en el derecho privado interno, si bien modernamente ha perdido dentro del Estado casi toda su virtualidad creadora, sustituida por la ley. Pero ese desplazamiento de la fuente consuetudinaria que se operó en el campo del derecho interno, no se ha verificado en la misma medida en el terreno internacional. Ello se debe, no tanto al supuesto "primitivismo" del orden jurídico internacional, sino a la necesaria ausencia de órganos legislativos internacionales.

La Teoría General del Derecho enseña que la costumbre jurídica está compuesta por dos elementos: uno material y otro psicológico. El elemento material consiste en la repetición de ciertos actos, en la existencia de ciertos usos o prácticas entre los Estados; el elemento psicológico es lo que se llama la "opinión juris sive necessitatis", o sea la convicción acerca de la obligatoriedad de esos usos o prácticas. La costumbre, como norma jurídica, surge recién cuando los dos elementos están reunidos, cuando el uso o práctica está sellado por la convicción existente en la comunidad acerca de su carácter obligatorio. Recién entonces nace la costumbre como norma jurídica y el uso o práctica se transforma

(3) (**) La afirmación de E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA es absolutamente compatible desde el punto de vista del Derecho Internacional Público positivo vigente ya que esas son las tres fuentes mencionadas en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que repite sin cambios su antecedente en el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional. Es también la posición pacíficamente aceptada por los Estados, la jurisprudencia internacional y la casi unanimidad de la doctrina. Sin contradecir lo anterior, al actualizar esta obra, creemos necesario señalar que desde un punto de vista exclusivamente conceptual y especulativo, si entendemos por fuentes los diferentes modos formales de constatación del Derecho Internacional, los distintos procedimientos a través de los cuales una regla de conducta cobra validez jurídica, no encontramos diferencias propias que permitan constituir a los "Principios Generales" en fuente autónoma. Formalmente estas reglas, en algunos casos de gran generalidad e importancia dentro del sistema y que configuran las indudables bases del mismo, se originan a través de iguales procedimientos, en general que las normas consuetudinarias y en algunos casos (por ej. el art. 2 inc. 4 de la Carta de las Naciones Unidas), que los tratados. Por un desarrollo más amplio de esta idea ver H.ARBUET-VIGNALI (2004, Cap. X, Sec. V).

(1) Ver sobre este punto, H. ARBUET-VIGNALI (1998).

en regla de derecho. Si bien algunos autores rechazan este segundo elemento psicológico (2).

En el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte la Corte dijo:

“No sólo los actos considerados deben constituir una práctica constante, sino que deben además demostrar, por su naturaleza o la manera en que son ejecutados, la convicción de que esa práctica se ha vuelto obligatoria debido a la existencia de una regla de derecho. La necesidad de tal convicción, es decir, la existencia de un elemento subjetivo se halla implícita en la moción misma de “*opinio juris sive necessitatis*”. Los Estados interesados deben, por lo tanto, tener el sentimiento de conformarse a lo que equivale a una obligación jurídica. Ni la frecuencia ni aún el carácter habitual de los actos bastan por sí solos (I.C.J. Reports, 1969, 44).

Cobbet, (1909, 5 y 6) emplea un símil muy interesante para explicar cómo se produce este proceso, a veces secular, de formación de la norma jurídica de carácter consuetudinario. “El crecimiento de una práctica o uso y su desarrollo en una costumbre jurídica puede ser comparada a la formación de un sendero a través de un campo. Al principio, cada caminante sigue su propia senda; gradualmente por razón de ser la vía más directa o por otro motivo de utilidad evidente, un camino en especial es seguido por la mayoría; este camino toma entonces el carácter de una senda, discernible pero todavía no bien definida, de la cual es cada vez más raro el apartamiento; hasta que en su etapa final, ese camino asume la forma en sendero bien definido, habitualmente seguido por todos los transeúntes. Y sin embargo, sería difícil señalar en qué preciso momento adquirió el carácter de un sendero reconocido”.

2. *La doctrina de la costumbre como acuerdo tácito* (3)

a. *La doctrina originaria*

Tal es la concepción clásica de la costumbre elaborada por la Teoría General del Derecho. Sin embargo, a pesar del papel importantísimo de la costumbre en la esfera internacional, durante mucho tiempo predominó y aún hoy se sostiene en el derecho internacional una teoría distinta de la expuesta. Algunos autores, especialmente “consensualistas”, sostienen que la costumbre requiere como un elemento esenciadísimo el consentimiento del Estado respecto del cual se invoca o quiere aplicar cierta práctica o uso internacional (4).

(2) GUGGENEHIM (op.cit., I, 274 y ss.), quién se funda en KELSEN (1939, 252 y ss.) Sin embargo, KELSEN, en su última obra (op.cit., 307), vuelve a la posición tradicional.

(3) Ver sobre este punto, infra Sección III, Numeral 2 de este Capítulo.

(4) (***) Debe tenerse en cuenta, porque será importante para compatibilizar lo que acá se dice con lo que señala JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA en esta y otras obras (1980, I, 37 y ss.) acerca de la posición de la Corte Internacional de Justicia sobre el “objeto sistemático” o “recalcitrante”, que los autores consensualistas a que alude JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, exigen una manifestación precisa y expresa del consentimiento de los Estados: aquella que se manifiesta cuando ese Estado ha contribuido con su práctica a configurar la regla consuetudinaria. Es decir que para que una norma consuetudinaria obligara a un Estado no bastaba con su silencio y falta de acción en contra-

Para esta doctrina, la costumbre se define como un acuerdo tácito entre Estados; por el hecho de adoptar en sus relaciones recíprocas ciertas actitudes, los Estados darían a estas actitudes el sentido de una promesa, comprometiéndose implícitamente los unos hacia los otros. Sería en este acuerdo tácito que reposaría la fuerza obligatoria de las reglas consuetudinarias. Dice Oppenheim (8ª ed., 25), por ejemplo: "Un Estado, puede dar su consentimiento mediante una declaración expresa, o tácitamente mediante una conducta que no seguiría en caso de no consentir en ella. Las fuentes del Derecho Internacional son dos, por lo tanto: 1) consentimiento expreso, mediante tratados y 2) consentimiento tácito, es decir, consentimiento implícito o consentimiento por conducta, que se da por los Estados al adoptar la costumbre de someterse a ciertas reglas de comportamiento internacional".

Una consecuencia de esta doctrina es que habría una costumbre jurídica internacional solamente respecto de aquellas normas de práctica o de uso que los Estados han aceptado de un modo tácito y solamente respecto de aquellos Estados que las han aceptado de un modo tácito (5). Esta doctrina refleja, en este problema concreto, la tesis voluntarista sobre el fundamento del Derecho Internacional, según la cual todo el Derecho Internacional ha de basarse en el consentimiento de los Estados.

La derivación práctica de esta tesis es bien clara. Supóngase que surge un problema entre dos Estados, respecto, por ejemplo, al tratamiento a acordarse a un funcionario diplomático. Una de las partes sostiene que la otra ha violado la costumbre jurídica internacional sobre derechos e inmunidades diplomáticas. Esta otra, según la doctrina de la costumbre como acuerdo tácito, podría excusarse diciendo: "es posible que exista una norma consuetudinaria, pero ella no es obligatoria para mí, porque no he consentido nunca, ni expresa ni tácitamente, en esa regla consuetudinaria". De manera que para los autores voluntaristas se requeriría un elemento esenciadísimo para configurar una costumbre jurídica: el consentimiento del Estado respecto del cual se invoca la norma consuetudinaria (6).

Algunos autores consensualistas van todavía más lejos, llegando a alterar la construcción clásica de la costumbre elaborada por la teoría general del derecho, pues apurando con todo rigor sus premisas dicen: si se demuestra que

rio de la misma (consentimiento tácito), sino que era necesario, además, que el mismo, anteriormente, hubiera realizado en la práctica, las acciones que condujeran a la formación de la norma (lo que puede llamarse consentimiento expreso a través de los hechos, o de facto).

(5) (**) Téngase en cuenta que, en la época de que su autor escribiese originalmente este pasaje, la doctrina en general, y también JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, llamaban "consentimiento tácito" a lo que en la llamada 4 de esta Sección y actualmente, se denomina "consentimiento expreso a través de los hechos o de facto". Con esta aclaración las consecuencias que saca JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA de esta doctrina, resultan correctas y sus críticas a la misma (ver Numeral 2 b de esta Sección) son compartibles. Para comprender la situación actual, ver las aclaraciones hechas en el numeral 2 c de esta Sección.

(6) La Unión Soviética sustenta esta doctrina de que una costumbre internacional, para ser válida para la URSS requiere haber sido aceptada por ella. LAPENNA, (op.cit., 165). (**) Deben tenerse en cuenta dos cosas: que esta referencia a la URSS se hace en la década de 1950; y que al hablarse de "acuerdo tácito" esto tiene el sentido indicado en las llamadas 4 y 5 de esta sección.

el Estado contra el cual se invoca la costumbre la ha aceptado, es innecesario comprobar la existencia del elemento material, o sea, la repetición constante, inveterada de ciertos actos: es bastante demostrar que el Estado lo ha querido y ese consentimiento puede inferirse de un solo acto (7).

b. *Críticas a la doctrina originaria.*

La doctrina de la costumbre como acuerdo tácito es inaceptable porque, en primer lugar, modifica fundamentalmente el concepto de la costumbre jurídica tal como ha sido desarrollado por la teoría general del derecho, y, en segundo lugar, hace prácticamente inaplicables las normas de origen consuetudinario, porque a un Estado al cual se le quisiera aplicar una norma de este origen, le bastaría alegar que nunca ha consentido en ella. El Estado que pretende imponerla tendría que demostrar entonces que efectivamente la ha consentido, lo que constituiría una "probatio diabólica", puesto que en gran parte de los casos resultaría sumamente difícil demostrar que el otro Estado ha realizado, efectivamente, un acto tácito de consentimiento respecto de esa costumbre.

Pero, sobre todo, esta tesis es inaceptable porque contraría las normas del Derecho Internacional Público vigentes. Toda esta materia de las fuentes del Derecho Internacional se halla codificada en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en el cual se enumeran las fuentes en las que ha de buscar la Corte Internacional las normas jurídicas mediante las cuales resolverá los conflictos que se le planteen. Allí se dice que una de esas fuentes es "la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho".

Esta definición es defectuosa ya que, como observa Ch. Rousseau (op. cit., 825), la costumbre no es la prueba de una práctica, sino que, por el contrario es el examen de la práctica lo que probará o no la existencia de una costumbre jurídica. Pero en esa fórmula, la palabra "generalmente" tiene una importancia fundamental para el problema que se está considerando. Según esa disposición, lo que se exige es que la práctica, que el uso sea generalmente aceptado y no que haya sido aceptado en forma particular por el Estado contra el cual la regla consuetudinaria ha sido invocada. Esto muestra que, para la validez de la costumbre, para que una norma consuetudinaria se imponga a un Estado, no se necesita que haya sido aceptada expresa o tácitamente por ese Estado: es menester solamente que haya sido generalmente aceptada. No depende su validez, entonces, del consentimiento de cada uno de los Estados partes en el litigio, sino de la voluntad que pueda desprenderse de la generalidad de la comunidad internacional. Como enseñaba Westlake (op. cit., I, 16), "cuando una de esas reglas (consuetudinarias) se invoca contra un Estado, no es necesario demos-

(7) Esto sostiene, por ejemplo, STRUPP (1934, I, 304-5). Otra consecuencia que extrae STRUPP es que sólo los órganos que poseen competencia para obligar al Estado pueden contribuir a la formación de una costumbre. Solos los Jefes de Estado y Ministros de Relaciones Exteriores podrían consentir en costumbres internacionales. Ningún valor tendrían, en cambio, las leyes, los fallos judiciales y los actos administrativos internos. Ver las referencias hechas en las llamadas 4 y 5 de esta Sección.

trar que el Estado en cuestión ha asentido a la norma, ya sea diplomáticamente o por haber actuado conforme a ella, aún cuando sea siempre un argumento concluyente si eso se puede demostrar. Es bastante evidenciar que el consenso general de opinión de los Estados civilizados está en favor de la norma". Y observa L. Le Fur (op. cit., III, 363) que "en caso de discusión entre dos Estados sobre la validez de una costumbre internacional, los tribunales arbitrales no han investigado jamás si es aceptada por los dos Estados en litigio, sino exclusivamente si ha sido reconocida en general por la práctica internacional".

La Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso del Lotus (C.P.J.I, Serie A N° 10), aún cuando rindió tributo en apariencia, a la doctrina voluntarista, destacó el importante sentido de la palabra "generalmente" y consideró que las costumbres establecidas por los Estados de Europa, eran aplicables a Turquía, que no había tenido oportunidad de participar en su elaboración. Dijo la Corte: "Las reglas de derecho obligatorias para los Estados emanan de su propia y libre voluntad tal como se expresa en las convenciones o en usos *generalmente* aceptados como expresando principios de derecho.

Hay otro razonamiento que evidencia que esta doctrina del acuerdo tácito no es conforme a la realidad internacional. Supóngase el caso de un Estado mediterráneo y sin marina mercante, por ejemplo Bolivia o Suiza, que en un momento dado adquiere costas sobre el mar o una flota marítima. Desde el momento mismo en que hubiera adquirido ese litoral o ese pabellón marítimo, contraería todos los derechos y obligaciones emergentes del Derecho Internacional consuetudinario con respecto al mar libre y al mar territorial.

Si la doctrina voluntarista fuera cierta, no se podría afirmar en modo alguno que ese Estado mediterráneo hubiera adquirido obligaciones sino hasta el momento en que cupiera admitir la posibilidad de un asentimiento de su parte, expreso o implícito, a tales normas. Sin embargo, no es así; desde el "instante de razón" en que se transforma en Estado marítimo le están impuestas todas las obligaciones y derechos que emanan del ordenamiento internacional consuetudinario.

D. Anzilotti (1921) no se rinde ante este argumento y sostiene que en el momento en que ese Estado adquiere costas, por virtud del reconocimiento que se hace de la nueva situación por los demás Estados, se genera una especie de acuerdo tácito del cual emana la aceptación de las obligaciones internacionales consuetudinarias.

Puede examinarse esta argumentación de Anzilotti con un ejemplo todavía más claro: el caso del Estado creado "ex-novo", como, por ejemplo, Checoslovaquia, surgida a raíz del Tratado de Paz de Versailles, o el Uruguay, nacido de la Convención Preliminar de Paz de 1828. Ese Estado, desde el momento mismo de su creación, a pesar de que nunca ha tenido oportunidad de expresar una voluntad en el sentido de aceptar o rechazar las costumbres jurídicas internacionales, se encuentra obligado por esas normas de derecho (Cfr.: Moore, op. cit., I, 2 y H.A.Smith, 1932, 12 y 13).

Lo que ocurre, dicen los voluntaristas, es que al reconocerse a ese nuevo Estado se lleva a cabo una especie de acuerdo tácito en virtud del

cual se produce su aceptación del derecho internacional consuetudinario (Cfr. Oppenheim, (8ª ed., 18) y D. Anzilotti (1921, 70). Esta ficción, reminiscente del contrato social, constituye un esfuerzo desesperado de la doctrina consensualista para intentar mantener su explicación de la costumbre como acuerdo tácito (8).

(**) c. *La situación actual de la doctrina*

(**) En una época posterior a los originales que aquí se actualizan, E. Jiménez de Aréchaga (1980, 13 a 45), estudiando en el Curso que diera en la Academia de La Haya a la costumbre como fuente del derecho, rechaza nuevamente la doctrina consensualista y la doctrina del acuerdo tácito (pp. 34 a 37), pero lo hace en el entendido de dar a la teoría del acuerdo tácito el alcance y sentido señalado en las llamadas 4, 5 y 8 de esta Sección, pues inmediatamente Jiménez de Aréchaga (pág. 37) agrega: "...Sin embargo, esto no supone que la actitud adoptada por el Estado demandado (aquel a quién se le opone la norma consuetudinaria) carezca de toda importancia. Normalmente la Corte no se preocupa de averiguar el consentimiento específico del Estado demandado, sino que se concentra en la generalidad de la práctica, en el consenso general de los Estados; sin embargo cuando una norma consuetudinaria, a pesar de su generalidad ha sido desde sus comienzos rechazada por un determinado Estado de modo inequívoco y continuo, se presenta una situación totalmente diferente...", agregando poco más adelante (pág. 38 y llamada 51 en ella) que la Corte ha admitido en esos casos la formación de la norma consuetudinaria por la práctica generalizada, pese a la oposición aislada de los objetores, pero también ha admitido que, en esas condiciones, las reglas consuetudinarias en vigor resultaban "...no oponibles a Noruega (en el caso el Estado objetor recalcitrante), en cuanto se ha opuesto siempre a su aplicación...". Agrega Jiménez de Aréchaga (llamada 51 citada) que "...Generalmente se ha interpretado esto como una confirmación de la opinión dominante según la cual la oposición manifiesta y persistente de un Estado, aunque no puede impedir el nacimiento de una norma consuetudinaria, puede bloquear la aplicación de dicha norma respecto a él...".

(**) En conclusión podemos decir que para Jiménez de Aréchaga: no basta la práctica de unos pocos Estados para que surja una norma consuetudinaria de Derecho Internacional Público general, aunque con tales prácticas pudiera crearse una norma consuetudinaria regional (9); que para considerarse generalizada la práctica que configura la norma, no es necesario probar que el Estado frente al cual se invoca haya participado de la misma; que para evitar el sometimiento a las normas nacidas de esas prácticas, el Estado que así lo pretende

(8) (**) Lo expuesto en este literal debe comprenderse teniendo en cuenta el alcance de las expresiones señaladas en las llamadas 4 y 5 de esta Sección. Ver además lo comentarios de actualización que se agregan en el literal c de este Numeral.

(9) (**) Como ocurre con algunas prácticas de solución arbitral de controversias en el marco del MERCOSUR. Ver al respecto R.PUCEIRO RIPOLL (2003). Sobre la costumbre regional puede verse el trabajo de J.M.GAMIO (1996).

debe demostrar su calidad de objetor sistemático, recalcitrante, habiéndose opuesto expresamente a la práctica desde que comenzó a manifestarse, hasta que se consolida en normas, y después, hasta que se pretende oponérsela.

(**) De todo esto nosotros concluimos en que, siendo el Derecho Internacional Público un sistema jurídico de coordinación, es de su esencia el que sus sujetos participen, de alguna manera, en el surgimiento de las reglas que les van a ser aplicadas, y que las acepten. Que dicha aceptación puede ser expresa "de jure" cuando se asume el compromiso al suscribir y ratificar un tratado; que también puede ser expresa "de facto" cuando el Estado participa con otros de las prácticas que terminarán por crear una nueva norma consuetudinaria. Que ese consentimiento, tanto a los efectos de crear la norma consuetudinaria, como de que ella obligue, puede ser expreso o tácito: es expreso (de facto) cuando el Estado participa en la práctica; y es tácito cuando sin hacerlo, sabe que otros Estados con sus prácticas pueden estar generando una norma consuetudinaria que si se consolida podrá aplicársele, sabe también que si con otros realiza prácticas diferentes evitará que exista "una" práctica generalizada que origine norma consuetudinaria" y que, además, si no logra esto, puede por si solo ser objetor sistemático y evitar que ella se le aplique en el futuro. Si pese a esto el Estado nada hace ni dice, es que tácitamente acepta la práctica de los demás y la respalda como norma a respetar. En resumen, el consentimiento de los sujetos de un sistema de coordinación, es necesario para que las normas de este les alcancen, ya que tales sujetos tienen la posibilidad de quedar al margen del sistema aislándose; pero si deciden aprovechar las ventajas del relacionamiento y aceptan las normas que son necesarias para ordenarse, después que se comprometen ya no pueden desvincularse por su sola voluntad (como lo sostiene la errónea teoría voluntarista); y que el consentimiento puede manifestarse expresamente (de jure o de facto) o tácitamente (al no hacer nada para impedir el surgimiento de la norma o bloquear el derecho de exigírsela).

(**) La práctica de los Estados en el último medio siglo también responde al problema del Estado nuevo que recién arriba a la vida internacional al independizarse y del Estado antiguo que amplía su ámbito de actuaciones (comienza a navegar los mares u obtiene tecnología que le lleva al espacio exterior, por ejemplo). En el caso de la independencia de un Estado, al establecer relaciones diplomáticas con los demás o al solicitar su ingreso en Organizaciones Internacionales, especialmente las de alcance universal, si no hace reserva expresa del derecho consuetudinario anterior y la mantiene (10), lo que sería una especie de objeción sistemática, es que lo está aceptando tácitamente en toda su extensión; y lo mismo ocurre con el Estado antiguo que arriba por primera vez a una nueva situación: si por esto comienza a relacionarse con los demás y expresamente no hace reserva de las reglas consuetudinarias existen-

(10) (**) Como hicieron expresamente muchos Estados afroasiáticos al llegar a la independencia en relación a las reglas anteriores producto de las prácticas coloniales.

tes al respecto a las que no contribuyó, en este caso, tácitamente las está aceptando, no las objeta y le serán aplicables (11).

3. *Dónde encontrar la costumbre internacional*

Para encontrar la costumbre internacional, para poder inferir la existencia de lo que el Estatuto de la Corte llama “práctica generalmente aceptada”, es necesario proceder a un estudio detenido de los usos de los Estados. Si, por ejemplo, se busca determinar cuales son las reglas positivas que existen en el Derecho Internacional contemporáneo en materia de reconocimiento de gobiernos, es necesario hacer un estudio detenido de las prácticas seguidas por la mayor parte de los Estados, estudiar su correspondencia diplomática, las instrucciones que dan a sus Embajadores o representantes en el extranjero, etc.

Por regla general, la aplicación de una norma consiste en ajustar una acción o conducta concreta a una regla abstracta. Pero aquí el proceso se invierte: la determinación de una regla consuetudinaria resulta de un razonamiento inductivo que infiere de la conducta de los Estados una norma abstracta. Es natural que estas inferencias inductivas no significan una renuncia total al razonamiento o a la discriminación: no suponen la mera observación y resumen de los hechos. Cada precedente debe tomarse como la aplicación de un principio: el cometido del internacionalista es inferir de la práctica internacional los principios básicos del derecho de gentes. Pero a la vez, deben examinarse los hechos a la luz de los principios, porque si bien es en la práctica de los Estados donde se han de encontrar las líneas generales, dominantes, que ponen de relieve las normas que rigen determinada materia, hay en ella también excepciones, salvedades, a menudo violaciones de la norma, de tal modo que si se prestara atención exclusiva a estos casos, lejos de hallarse la regla de derecho que se busca, no se tendría sino un catálogo de infracciones a la misma.

Esa práctica de los Estados es, por lo común, accesible en los digestos diplomáticos: los “livres á couleur”, las instrucciones de cancillería, las respuestas a encuestas llevadas a cabo por organismos internacionales; las leyes internas; los decretos administrativos y las sentencias de sus órganos judiciales. Es a estos materiales donde debe acudir el internacionalista para sus actividades inductivas y el acceso y disponibilidad de tales documentos, “la materia prima de nuestro pensamiento”, al decir de Hudson (op. cit.), plantea grandes dificultades. Sin ellos, sin embargo, no puede haber obra seria en la ciencia del Derecho Internacional.

Además, no es bastante investigar la práctica de un Estado, sino la de todos, o al menos, la mayoría de ellos. Por lo menos, hay que ver si determinada práctica es seguida por los Estados que se encuentran o han encontrado en situación de aplicarla. En los hechos se presta una atención especial a la con-

(11) (**) Por una exposición más extensa de estas reflexiones nuestras, puede verse. H.ARBUEY-VIGNALI (2004, Capítulo X, 659 a 681) y H.ARBUEY-VIGNALI (1995, Capítulo IV, 53 a 62).

ducta de los Estados más importantes de la comunidad internacional, entre otros motivos, porque son aquellos cuya documentación es más accesible y porque la variedad de sus intereses internacionales, ha proporcionado con mayor frecuencia ocasión de seguir una práctica u oponerse a ella. Como ha dicho Palkock (op. cit., 511), "tal como entre los hombres, también entre los Estados, las opiniones y los usos de los miembros más prominentes de la comunidad tienden a constituir un ejemplo que ejerce autoridad sobre el resto".

Lo más delicado y difícil de apreciar en estos casos es la "opinio juris", la convicción acerca de la obligatoriedad de una práctica, ese elemento psicológico de la costumbre que transforma lo acostumbrado en lo debido.

Es esta una pesquisa difícil porque, como ha dicho W. Fischer (op. cit., 44), "el Rubicón que divide el uso del derecho se cruza silenciosa, inconscientemente, sin proclamación". Solamente cuando se encuentra una práctica en la cual estén contestes la mayor parte de los Estados, una práctica dominante, general, y, al mismo tiempo, la evidencia de que ella se lleva a cabo con plena convicción de su obligatoriedad, entonces recién se podrá inferir la existencia de una costumbre jurídica, de una regla de derecho de origen consuetudinario.

Guggenheim (op. cit.) sostiene que es imposible probar este elemento psíquico, o sea la existencia de sentimientos o pensamientos de los individuos que han realizado los actos que constituyen el uso o práctica, por lo que debe renunciarse a él. Sin embargo, dicho elemento es indispensable para distinguir la costumbre jurídica del simple uso: la repetición del acto no basta para darle carácter obligatorio, como la práctica del saludo al pabellón extranjero en alta mar, por ejemplo. Sólo la "opinio necessitatis" puede diferenciar, por ejemplo, las inmunidades diplomáticas que deben reconocerse como obligatorias, de las prácticas de cortesía fundadas en la "comitas gentium", como ciertas franquicias aduaneras que se toleran a los diplomáticos extranjeros.

Una confirmación de esto es que los tribunales internacionales que han debido pronunciarse sobre el problema han insistido en el elemento psicológico.

Por ejemplo, en el caso del Lotus, la cuestión ante la Corte Permanente de Justicia Internacional consistió en determinar si las normas del Derecho Internacional consuetudinario prohibían a Turquía iniciar en Constantinopla una acción penal contra el capitán de un barco de bandera francesa que había hundido en alta mar a un navío turco, causando pérdida de vidas de nacionales de este país. Francia, sostuvo que existe una costumbre internacional en el sentido de que los Estados deben abstenerse de ejercer jurisdicción penal en estos casos, salvo ante los tribunales del Estado del pabellón del barco; invocó como prueba de esa costumbre la ausencia de juicios penales de esta índole en la práctica internacional.

La Corte no aceptó esta argumentación, declarando que aún cuando esos casos fueran raros, ello "meramente mostraría que los Estados, en la práctica, se han abstenido, a menudo, de instituir procedimientos criminales, pero no que han reconocido estar obligados a dicha abstención; porque sólo si tal abstención se basara en la conciencia de tener el deber de abstenerse sería posible hablar de una costumbre internacional".

En el caso de Asilo entre Perú y Colombia, la Corte actual reclamó la existencia de los dos elementos: el uso uniforme y constante, y que ese uso "sea la expresión de un derecho del Estado que concede el asilo y un deber que incumbe al Estado territorial". Esto resulta del art. 38 del Estatuto de la Corte, que refiere a la costumbre internacional "como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho". La Corte exigió que Colombia demostrara, no sólo la existencia de una práctica regional por la cual el Estado asilante procediera a la calificación unilateral de la delincuencia política, sino también que esa práctica fuera "respetada por el Estado territorial como un deber jurídico a su cargo y no meramente por razones de conveniencia política". Dijo la Corte, que "la práctica ha sido tan influenciada por consideraciones de conveniencia política en los distintos casos, que no es posible discernir en todo ello un uso constante y uniforme aceptado como derecho, con respecto a la pretendida regla de la calificación unilateral y definitiva del delito" (12).

La importancia atribuida por la Corte a este pronunciamiento se ve confirmada por el hecho de que en el asunto relativo a los derechos de Estados Unidos en Marruecos lo transcribió como definiendo el concepto de costumbre internacional. También en este caso la Corte llega a la conclusión de que "no se ha suministrado prueba suficiente para concluir que se haya establecido un derecho al ejercicio de una jurisdicción consular fundada en la costumbre o el uso de tal manera que haya llegado a ser obligatorio para Marruecos" (13).

A diferencia de los casos anteriores, en el juicio del Paquete Habana, en 1900, la Corte Suprema de los Estados Unidos, luego de examinar la práctica internacional secular de más de quince Estados, llegó a la conclusión afirmativa de que "por un uso antiguo entre las naciones civilizadas, que ha comenzado hace siglos y ha madurado gradualmente en una regla de Derecho Internacional, es una norma establecida, fundada en consideraciones de humanidad en favor de un orden de hombres pobres e industriosos, la que dispone que los barcos costeros de pesca están exentos de captura como presas de guerra" (14).

No obstante, la búsqueda de la "opinio juris" no debe llevarse demasiado lejos. A diferencia de lo que ocurre con los tratados, no es necesario para el surgimiento de una costumbre jurídica que exista de parte de los órganos actuantes de cada Estado, una intención definida de contraer obligaciones recíprocas: es suficiente que la conducta realizada en forma paralela o concurrente esté dictada por el sentido de estar ejerciendo un derecho o cumpliendo con un deber en la esfera del Derecho Internacional. Por esta razón, la existencia de legislaciones nacionales uniformes y paralelas en diversos Estados, aún sin la intención deliberada de contraer obligaciones mutuas, constituye una prueba concluyente de una costumbre internacional, tal como lo reconoció la misma Corte Suprema de los Estados Unidos al rechazar una demanda contra el barco británico "Scotia". El "Scotia" había tenido una colisión en altar mar con un barco estadounidense, cuyos propietarios reclamaron daños y perjuicios. El "Scotia" se defendió sosteniendo que el barco estadounidense no exhibía las luces de

(12) I.C.J. Reports, 1950, pág. 276-78. Ver también BRIGGS, (1951, 728 y ss.).

(13) I.C.J. Reports, 1952, 200.

(14) BISHOP (op.cit., 27 y ss).

navegación reclamadas por una ley británica de 1863, que había sido imitada por leyes semejantes dictadas en EE.UU. en 1864 y en treinta y tres Estados más.

Dijo la Corte: "El derecho aplicable en el lugar del accidente no es el dictado por Estados Unidos ni por Gran Bretaña, sino el derecho del mar. Este derecho es universalmente acatado, y ninguna ley de uno o dos Estados puede crear obligaciones para el mundo entero. Como todo el Derecho Internacional, descansa en el consentimiento común de las comunidades civilizadas. Tiene fuerza obligatoria, no porque haya sido prescripto por un poder superior, sino porque ha sido generalmente aceptado como una regla de conducta. Muchos de los usos que prevalecen, y que tienen fuerza jurídica, sin duda se originaron en las prescripciones de algún Estado, que tuvieron al principio efecto limitado, pero que cuando adquirieron aceptación general se transformaron en obligaciones universales. Cuando, por consiguiente, encontramos que reglas de navegación como las contenidas en la ley británica de 1863, y en nuestra ley de 1864, son aceptadas como obligatorias por más de treinta de los principales Estados comerciantes del mundo, estamos constreñidos a considerarlas como el derecho del mar. Esto no significa dar efecto extraterritorial a las leyes de nación alguna, sino reconocer el hecho histórico de que por el consentimiento común de la humanidad se ha prestado aquiescencia a esas reglas como generalmente obligatorias... como Derecho Internacional" (15). Es significativo que en este caso, decidido en 1871, se consideró que la norma consuetudinaria emanaba de una práctica concurrente de numerosos Estados que no tenía sino muy pocos años de existencia.

Por último, debe señalarse que con cierta frecuencia, principios o reglas de derecho consuetudinario, son declarados o incorporados en convenios bilaterales o multilaterales, de tal manera que adquieren fuerza contractual entre las partes de ese acuerdo; sin embargo, la norma consuetudinaria continúa siendo obligatoria como tal para los demás Estados, y sobrevive, en lo que respecta a las partes, a la denuncia o extinción de esos convenios. Es más, la declaración o formulación convencional hecha por ciertos Estados de una práctica también seguida por otros, constituye la prueba más evidente de la existencia de una regla de Derecho Internacional consuetudinario. Así por ejemplo, en decreto de 28 de septiembre de 1951, el Gobierno del Uruguay dispuso la internación como refugiados políticos de oficiales del ejército argentino que habían intentado una frustrada revolución contra el régimen peronista, y la devolución de los aviones militares, al gobierno argentino, conforme a lo establecido por la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados en caso de Luchas Civiles, firmada en La Habana en 1928 y ratificada por el Uruguay pero no por la Argentina.

En el tercer considerando de ese decreto se expresa que "aun cuando no haya sido ratificada por la Argentina, es indudable que dicha Convención tiene, en muchos aspectos, carácter meramente declarativo del derecho internacional vigente de origen consuetudinario, por lo cual cabe o corresponde ajustar la

(15) BRIGGS, (op.cit., 25).

conducta del Estado a los principios y preceptos que integran su contenido". En otras palabras: aún cuando declaradas en una Convención, las normas consuetudinarias siguen rigiendo como tales las relaciones entre Estados ratificantes y no ratificantes de la misma. La falta de ratificación por un Estado de una convención declaratoria del Derecho Internacional consuetudinario que ha firmado no debe ser interpretada como el repudio de esa norma, si la vigencia de la misma puede ser demostrada por otros medios (16).

Igualmente, tratados internacionales celebrados entre otros Estados pueden revelar la existencia de una norma consuetudinaria establecida. Así, en el caso de Wimbledon, la Corte Permanente de Justicia Internacional sostuvo que existía "una práctica internacional constante" que obligaba a Alemania a permitir el pasaje por el canal de Kiel de navíos cargados con contrabando de guerra, con destino a Polonia, a pesar de que Alemania se había declarado neutral en la guerra que aquella sostenía con la Unión Soviética. La Corte se basó para encontrar esa práctica en las convenciones concluidas para otros canales como Suez y Panamá.

Sección III

La costumbre como fuente de Derecho Internacional en la Corte Internacional de Justicia

1. Introducción

El tema de la costumbre como fuente de Derecho Internacional debe ser examinado con referencia a cómo en los últimos años la Corte Internacional de Justicia ha enfocado el derecho consuetudinario; esta es una cuestión que C.W. Jenks (1971) acertadamente consideraba como crucial en la tarea de todo tribunal internacional. Este es un aspecto de la actividad de la Corte en los últimos años (1) que ha pasado algo desapercibido, a pesar de que, para el desarrollo del Derecho Internacional, tiene una significación más perdurable e importante que la solución que haya podido darse a un litigio determinado o lo que pueda decir una sentencia o una opinión consultiva en un caso concreto. Debe señalarse, a este respecto, el hecho de que —mientras la Corte Permanente durante su existencia y la Corte Internacional de Justicia hasta 1969 se ocuparon principalmente de asuntos referentes a la interpretación y aplicación de tratados— la Corte Internacional de Justicia, durante la última década (1970), ha tenido que enfrentarse prácticamente, en cada caso, con lo que se ha llamado

(16) En el caso de Asilo, la Corte Internacional, en un "obiter dictum" expresó que la falta de ratificación por el Perú de las Convenciones de Montevideo, de 1933 y 1939 sobre calificación unilateral en el asilo político, significaba que la costumbre, en caso de existir, no podría ser invocada contra el Perú. I.C.J. Reports, 1950, pág. 278. Esta afirmación de la Corte debe interpretarse no con un valor general sino referida al caso particular, en que no se consideró satisfactoria la prueba presentada respecto de la existencia de la costumbre invocada.

(1) (**) El autor se está refiriendo a la década de 1970.

“la medusa amorfa pero formidable del Derecho Internacional consuetudinario”.

Ese enfrentamiento comenzó con la sentencia dictada en 1969 en los asuntos de la Plataforma Continental del Mar del Norte. En esta sentencia la Corte no sólo tuvo que aplicar normas de Derecho Internacional consuetudinario; tuvo también que pronunciarse sobre cuestiones relativas a la naturaleza del Derecho Internacional consuetudinario, al proceso de su formación y a las relaciones de la costumbre con las disposiciones de origen convencional. Esta sentencia ha sido elogiada con razón por la riqueza de su análisis de la costumbre como fuente de Derecho Internacional (2).

En todos los casos sometidos subsiguientemente a la Corte, cuestiones relativas al Derecho Internacional consuetudinario volvieron a plantearse, a ser objeto de debate entre las partes, o a constituir un aspecto importante de la decisión judicial: las normas que rigen la responsabilidad de los Estados, en el asunto de la Barcelona Traction; el régimen de las pesquerías en alta mar adyacente a un Estado, en el asunto de las pesquerías islandesas (Competencia); la responsabilidad de los Estados derivada de la contaminación producidas por las pruebas nucleares realizadas en la atmósfera, en los asuntos de los Ensayos Nucleares; el derecho desarrollado en las Naciones Unidas referente a la descolonización y libre determinación, en los dictámenes consultivos de Namibia y Sahara Occidental. El fondo de los asuntos Apelación referente a la competencia del Consejo de la OACI y Namibia también requirieron la interpretación y aplicación de normas consuetudinarias que rigen la terminación de los tratados basada en su cumplimiento. Finalmente, los extremos litigiosos en el asunto del Mar del Egeo, entre Grecia y Turquía, tienen que ver con las normas consuetudinarias relativas a la naturaleza jurídica y la delimitación de la plataforma continental. Las decisiones de la Corte en los numerosos litigios de delimitación marítima que le fueron sometidos en los años ochenta, entre Túnez y Libia, Libia y Malta, Canadá y los Estados Unidos respecto del golfo de Maine, Honduras y El Salvador respecto del Golfo de Fonseca y Noruega y Dinamarca respecto de la Groenlandia Oriental, requirieron la aplicación de normas de Derecho Internacional consuetudinario. En particular, la Corte reconoció ese carácter a las normas relativas a los derechos del Estado litoral sobre su plataforma continental y su zona económica exclusiva. En esas sentencias la Corte admitió expresamente que la Zona Económica Exclusiva o la zona de pesca había llegado a constituir una institución de derecho internacional consuetudinario establecida en base al consenso alcanzado en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar.

En el litigio entre El Salvador y Honduras dijo la Corte que las normas consuetudinarias sobre Plataforma Continental y Zona Económica Exclusiva son “ambas emanaciones de las últimas y pocas décadas” (I.C.J. Report, 1992, 606).

En el pleito entre Irán y Estados Unidos ocasionado por la toma de la Embajada de los Estados Unidos en Teherán y la retención de sus funcionarios

(2) K. MAREK (1970, 45).

diplomáticos y consulares como rehenes, la Corte debió aplicar las reglas tradicionales de derecho consuetudinario que consagran las inmunidades y privilegios diplomáticos.

En el pleito de *Electrónica Sicula*, entre Italia y los Estados Unidos decidido por una Sala de la Corte en 1989 la Corte describió la regla que exige el previo agotamiento de los recursos internos como "un importante principio de derecho internacional consuetudinario" y aclaró ciertos aspectos relativos a la aplicación de esta norma consuetudinaria en el caso concreto.

Por último, en el litigio entre Estados Unidos y Nicaragua por el apoyo brindado a los "contras" la Corte debió aplicar el derecho consuetudinario que prohíbe la intervención y regula el derecho de legítima defensa (3).

Es cierto que, como ha señalado C. Parry (op. cit., 17) la doctrina general de las fuentes del Derecho Internacional no debe examinarse únicamente a través de la perspectiva adoptada por el Tribunal, sino también debe considerarse desde otros puntos de vista.

Por otra parte, es difícil negar el interés de un estudio de la forma en que, en asuntos recientes, la Corte Internacional de Justicia se ha ocupado y resuelto diversas cuestiones referentes a la costumbre como fuente del Derecho Internacional.

Una sentencia, ha dicho A. Ross (op. cit., 80), constituye "el pulso de la vida del Derecho" donde "entra en juego el análisis de las fuentes del Derecho". El problema de las fuentes del orden jurídico responde, en última instancia, a la simple pregunta: ¿Dónde encuentra el juez las normas que le permiten resolver cada caso concreto?

Para emplear la metáfora implícita en la palabra "fuente", ¿cómo se detectan esas aguas subterráneas que se han filtrado para constituir la fuente y origen de la norma jurídica?

Este estudio es útil, tanto desde el punto de vista teórico como desde el práctico. El método aceptado para el estudio científico del Derecho Internacional es el empírico. Como dice Sorensen (op. cit., 11 y 12), este método considera como normas del Derecho Internacional únicamente aquellas que serían aplicadas por un tribunal internacional en un caso dado en el supuesto de que tuviera competencia para resolver el litigio.

De hecho este es el enfoque que adoptan los asesores de los Ministerios de Asuntos Exteriores, o los internacionalistas dedicados a la práctica profesional, cuando asesoran respecto a algún problema de Derecho Internacional. Destacados profesionales atestiguan que, al ser consultados sobre alguna determinada cuestión, se preguntan cómo los tribunales internacionales probablemente resolverían dicha cuestión, en caso de tener competencia para ello.

En asuntos jurídico-internacionales, al igual que en el derecho interno- el asesoramiento jurídico sólido consiste, adaptando la frase de Holmes, en una profecía de lo que en realidad haría un tribunal competente si el asunto le fuera sometido.

(3) (**) Por un análisis mas detallado de este fallo, ver J.M.GAMIO (1996).

Incluso en el curso de negociaciones diplomáticas relativas a cuestiones jurídicas, cada una de las partes actúa como juez de las pretensiones de la otra y las compara con su propio pronóstico de lo que haría un tribunal que tuviera competencia para conocer el asunto. De este modo, la transacción negociada o la solución diplomática alcanzada resulta de las pretensiones de cada parte restada por la profecía que hizo la otra. Una de las funciones de un tribunal internacional es su disponibilidad en tanto que opción posible para asegurar que "la deducción en el Derecho rebajado que se opera en la solución negociada sea estimada en su propio valor y no por una cantidad arbitraria".

De ahí que al responder a cualquier cuestión jurídico-internacional, tanto desde el punto de vista académico como profesional, sea necesario tener en cuenta de qué fuentes la Corte Internacional de Justicia extrae el derecho, cuáles son los métodos y técnicas jurídicas que sigue para determinar si cierta norma ha recibido o no ese sello que le permite penetrar en el campo del derecho.

Al propio tiempo, el estudio de las fuentes ayuda a percibir las tendencias dominantes en el proceso dinámico de adaptación del derecho a las cambiantes necesidades sociales. Porque el análisis de las fuentes no sólo sirve para determinar cuál es el derecho vigente en un momento dado; es, al propio tiempo, un mecanismo que sirve para ajustar y adaptar este derecho a nuevas circunstancias y condiciones sociales en permanente cambio.

2. *Consideraciones generales*

Una primera consideración general que cabe formular es que, al ocuparse del Derecho Internacional consuetudinario, la Corte Internacional, durante la pasada década, ha adoptado un enfoque que puede considerarse innovador y potencialmente fecundo, sin caer por ello en posiciones extremas de heterodoxia jurídica.

En lugar de insistir, como la escuela positivista, en la prueba estricta del consentimiento del Estado demandado a la regla consuetudinaria, la Corte ha buscado el consenso general de los Estados, descartando así la concepción voluntarista de la costumbre y colocando en una perspectiva más amplia ciertos pronunciamientos anteriores relativos a la costumbre regional y local; ha aceptado en ciertas circunstancias el valor normativo de una práctica que se ha consolidado en un breve lapso de tiempo, admitiendo así que el desarrollo de la costumbre debe medirse según el ritmo de la vida contemporánea y no por lo que se ha establecido desde un tiempo muy largo o inmemorial; ha reconocido que el derecho consuetudinario no se desarrolla necesariamente con total independencia de los tratados, sino que puede también expresarse en convenios multilaterales de carácter general o en conferencias de codificación que tengan una amplia participación, asegurando de este modo la transición entre lo que se considera el Derecho Internacional del mundo europeo u occidental y el Derecho Internacional de hoy, universalmente aceptado. Asimismo, la Corte ha reconocido que esta forma del derecho consuetudinario que encuentra su expre-

sión en convenios puede operar de tres maneras distintas: el texto de la convención puede simplemente declarar una norma consuetudinaria existente con anterioridad; puede cristalizar una norma que se halle en vías de formación, "in statu nascendi"; o, por último, la disposición de "lege ferenda" de un tratado, o aún una propuesta en una conferencia internacional, pueden llegar a ser el foco o núcleo de una práctica estatal subsiguiente que, luego de un proceso de consolidación, se transforma en regla consuetudinaria.

Efectos semejantes pueden atribuirse a ciertas resoluciones de la Asamblea General. Algunas de éstas, como la Declaración de 1970 sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones amistosas, puede considerarse que expresan el consenso general de los Estados miembros respecto a ciertos corolarios que se derivan de los principios básicos de la Carta; otras como, por ejemplo, la Declaración de 1963 sobre los principios jurídicos del espacio ultraterrestre cristalizan normas en vías de formación, que hasta entonces sólo habían tenido un comienzo de existencia. Finalmente, la Corte ha reconocido que la Resolución 1514 sobre la concesión de la Independencia a los países y pueblos coloniales ha generado una norma del Derecho Internacional consuetudinario en virtud de la cual ha quedado abolida la legitimidad de los títulos de dominación colonial. Para llegar a esta conclusión se fundó en la práctica posterior de los Estados y de la propia Organización de las Naciones Unidas.

La Corte ha admitido, además, que pueda desarrollarse en los intersticios de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas una práctica de la organización internacional creadora de costumbre, análoga a la práctica de los Estados, como ha ocurrido respecto de la abstención voluntaria de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad.

Este enfoque, progresivo y al mismo tiempo ortodoxo, del derecho consuetudinario ha trazado un puente encima de lo que C.W. Jenks (1971, 11) describió como "el vacío generacional entre los arquitectos y artesanos que están decididos a reconstruir el Derecho Internacional y aquellos que lo determinan judicialmente en los estrados y tribunales internacionales".

3. *El Derecho Internacional consuetudinario y el convencional*

El artículo 38 del Estatuto de la Corte establece, en su epígrafe 1, una distinción tajante, en cláusulas distintas, entre las dos fuentes principales del Derecho Internacional: los tratados y la costumbre.

Por influencia de esta disposición, y de una actitud jurisprudencial desarrollada principalmente en base al derecho interno, la tendencia dominante considera estas dos fuentes como totalmente separadas e independientes. Algunos autores incluso subrayan sus rasgos contrapuestos: el Derecho Internacional convencional se identifica con el derecho escrito, o "lex scripta", y se describe como resultante de un esfuerzo intelectual deliberado que le permite lograr ciertas características de precisión, de claridad y de orden. El Derecho Internacional consuetudinario se define en cambio como un derecho no escrito, o "lex non scripta", y se presenta como un derecho espontáneo o implícito que es

calificado de desordenado e incierto. Algunos autores describen el proceso de creación de la costumbre como un "procedimiento artesanal" (4) que no se adapta bien al ritmo rápido de evolución del mundo moderno (5). Esta antítesis puede ser exacta en el ámbito interno en el que la legislación se contrapone correctamente al derecho consuetudinario; pero esto no es cierto en el mismo grado y en la misma medida en el ámbito del Derecho Internacional.

Una de las principales conclusiones que puede derivarse de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia relativa al tema de las fuentes durante las últimas décadas es que dicha contraposición o diferenciación entre el derecho convencional y el derecho consuetudinario no debe formularse, o aplicarse, demasiado rígidamente, dado que una norma contenida en un tratado puede ser, o llegar a ser, una norma consuetudinaria. En este sentido una distinción rígida entre ambas fuentes, como si existieran en compartimentos estancos, sería incorrecta.

Desde hace mucho tiempo se ha admitido que las normas jurídicas formuladas en el texto de un tratado podrían ser, o llegar a ser, normas de Derecho Internacional consuetudinario. La Corte ha reconocido recientemente que este proceso ha adquirido una significación mucho mayor en los últimos tiempos.

La causa de esto radica en que en los últimos treinta años la comunidad internacional ha asumido en forma colectiva, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, la tarea de codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional en una escala que carece de precedentes.

En conferencias diplomáticas, o aún en los órganos de las Naciones Unidas, con la participación de un gran número de Estados —entre los que hay que contar los nuevos Estados de Africa y Asia respecto a las conferencias más recientes— se han adoptado convenios multilaterales generales sobre varias materias, entre los que hay algunos que cubren ramas enteras del Derecho Internacional. Muchos de estos convenios han sido cuidadosamente preparados por un órgano técnico: la Comisión de Derecho Internacional. El proceso de elaboración incluye observaciones de los gobiernos a los proyectos iniciales de la Comisión y debates en la Sexta Comisión de la Asamblea General. Estos procedimientos otorgan a todos los Estados amplia oportunidad para tomar parte activa en la codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional consuetudinario; como ha dicho el profesor Reuter (*op.cit.*/1, 8), esto ha producido una especie de "nuevo bautismo" o confirmación del Derecho Internacional consuetudinario.

Como ha dicho el juez Lachs, "Estados con diferentes sistemas políticos, económicos y jurídicos, Estados de todos los continentes participan en este proceso". Ya no puede "establecerse una norma general de Derecho Internacional en virtud del "fiat" de uno o de unos pocos o —como antiguamente se pretendía— mediante el consenso únicamente de los Estados europeos" (6).

(4) CHAUMONT (*op.cit.*, 434).

(5) P.REUTER (*op.cit.*, 466).

(6) Opinión disidente del juez LACHS, I.C.J. Reports, 1969, pág. 227.

Se trata de un Derecho Internacional consuetudinario al que los nuevos Estados libre y voluntariamente han dado su caución y no algo “desarrollado antes de que fueran dueños de sus destinos y en cuya formación habían tenido escasa o nula participación” (7).

El procedimiento de adopción de estos instrumentos les confiere una autoridad propia incluso con anterioridad a su entrada en vigor formal. Las normas establecidas en un convenio general elaborado de acuerdo con dicho procedimiento –como sucede con las normas consuetudinarias– surgen del consenso de las partes sometidas a ellas, en lugar de ser impuestas por un legislador o autoridad externa.

Los debates desarrollados en una conferencia diplomática, seguidos de una práctica efectiva, pueden, ciertamente, incluso con anterioridad y con independencia de la adopción de un convenio, producir la aparición de un consenso de los Estados que cristalice en una norma consuetudinaria. Así las posiciones manifestadas por los Estados en sucesivas reuniones de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, y la práctica que han seguido de conformidad con dichas posiciones, han originado ya ciertas normas consuetudinarias que han modificado radicalmente el derecho del mar preexistente a la conferencia.

De este modo, los procedimientos contemporáneos de codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional –lejos de arrumbar el derecho consuetudinario en un segundo plano, como temieron algunos autores– le han dado, por el contrario, un nuevo vigor, han acelerado su ritmo de evolución y combinado el derecho consuetudinario y convencional en un todo armónico, como dos pilares que se apoyan y sustentan recíprocamente.

4. *Las tres modalidades del derecho consuetudinario resultantes de las conferencias generales de codificación*

a. *Las modalidades*

Recientes decisiones de la Corte Internacional de Justicia han reconocido o atribuido a los convenios generales adoptados en las conferencias de codificación importantes efectos en relación con la formación del Derecho Internacional consuetudinario. Incluso se han reconocido que pueden tener este efecto propuestas que no han alcanzado una aceptación formal pero que han hallado en dichas conferencias un amplio grado de consenso. Como ya se ha señalado, estos efectos pueden adoptar tres formas o modalidades que pueden ser descritas como: 1) efecto declarativo, 2) efecto cristalizador y 3) efecto constitutivo o generador.

Una primera posibilidad es que la norma convencional sea nada más que la declaración, la expresión formal y por escrito, de una norma de derecho consuetudinario ya existente. En este supuesto la disposición del tratado es pura y

(7) FITZMAURICE (op.cit, 471).

simplemente la codificación o enunciación de una norma consuetudinaria en vigor.

Una segunda posibilidad es que la disposición del tratado constituya la primera formulación en un texto de una costumbre que no había alcanzado su madurez plena, pero que se hallaba, como ha dicho la Corte, en vías de formación, una norma *in statu nascendi*. Como consecuencia de su incorporación a un tratado adoptado en una conferencia que tenga el carácter ya mencionado, dicha norma *in statu nascendi*, o dicha norma en vías de formación, cristaliza en una norma jurídica de carácter consuetudinario.

Una tercera posibilidad es que la disposición de un tratado, en el momento de su adopción, sea claramente una propuesta *de lege ferenda*, y no una norma ya existente o incluso *in statu nascendi*; que suponga, no la codificación del derecho existente, sino un desarrollo progresivo potencial de ese derecho. Sin embargo, como se ha admitido desde hace tiempo y la Corte ha tenido ocasión de confirmarlo, dicha disposición de un tratado puede constituir el punto de partida de una práctica posterior uniforme de los Estados conforme con dicha disposición en tal medida que la disposición en cuestión, siguiendo los cauces adecuados, se transforma en una regla de derecho consuetudinario.

Seguidamente se darán ejemplos concretos, tomados de la jurisprudencia reciente de la Corte, de estos tres procesos de declaración, cristalización o generación de una norma de Derecho Internacional consuetudinario.

b. *Efecto declarativo*

En el dictamen consultivo sobre Namibia, la Corte tuvo que considerar y aplicar los principios generales de Derecho Internacional que rigen la terminación de una relación convencional a causa de su violación.

¿Dónde buscó la Corte la fuente de las reglas consuetudinarias que regulan esta materia?

La Corte se fundó en el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como enunciando el derecho consuetudinario en esta materia, a pesar de que este instrumento todavía no estaba en vigor, ni había sido aceptado por los Estados comparecientes ante la Corte en este asunto.

La Corte declaró a este respecto:

“Las normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados relativas a la terminación de un tratado como consecuencia de su violación (que fueron adoptadas sin oposición) pueden, en muchos aspectos, ser consideradas como una codificación del derecho consuetudinario existente en esta materia” (8).

De modo semejante, la Corte en el asunto del Consejo de la OACI entre la India y el Pakistán invocó expresamente el artículo 60 de la Convención de Viena en apoyo de la conclusión de que solamente puede ser causa de termina-

(8) I.C.J. Reports, 1971, p. 47. Traducción española en Revista Uruguaya de Derecho Internacional, t. I. 1972, pág. 352.

ción del tratado una violación grave, tal como aparece definida en dicha disposición (I.C.J. Reports 1972, 67).

En las sentencias en las que la Corte declaró su propia competencia en los casos de las Pesquerías islandesas, el Tribunal tuvo que examinar el argumento de que el acuerdo que preveía la competencia del Tribunal había cesado de surtir efectos a causa de un cambio fundamental en las circunstancias. Este argumento tuvo que ser examinado a la luz de las normas de Derecho Internacional general que rigen la terminación de los tratados a causa de un cambio fundamental en las circunstancias.

La Corte declaró a este respecto:

“El Derecho Internacional reconoce que un cambio fundamental en las circunstancias que determinaron que las partes aceptaran el tratado, si produce una modificación radical del alcance de las obligaciones en él establecidas, puede otorgar a la parte afectada, si se dan ciertas condiciones, una causa para alegar la terminación o suspensión del tratado” (I.C.J. Reports, 1973, 18).

¿En qué se fundó la Corte para apoyar esta afirmación? De nuevo reconoció que un artículo de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados —el artículo 62— declaró o enunció las normas del Derecho Internacional consuetudinario ya existentes en esta materia. La Corte dijo:

“Este principio, y las condiciones y excepciones a que se haya sujeto, han sido incorporados en el artículo 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que puede considerarse en muchos aspectos como una codificación del derecho consuetudinario existente en materia de terminación de una relación convencional a causa de un cambio en las circunstancias” (I.C.J. Reports, 1973, 18).

c. *Efecto cristizador*

En los asuntos de la Plataforma Continental del Mar del Norte, Dinamarca y los Países Bajos adujeron:

“...que si con anterioridad a la Conferencia de 1958 sobre el Derecho del Mar, el derecho de la plataforma continental no pasaba de tener un carácter embrionario y si la práctica de los Estados carecía de uniformidad, sin embargo, “la definición y la consolidación del derecho consuetudinario en vías de formación tuvo lugar gracias a los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, a la reacción de los Gobiernos ante los trabajos de la Comisión y a los debates de la Conferencia de Ginebra» y que este derecho consuetudinario en vías de formación había “cristalizado en la adopción por la Conferencia de la Convención sobre la plataforma continental” (I.C.J. Reports, 1969, 38).

La Corte aceptó la validez de este argumento en lo que hace referencia a los artículos 1 a 3 de la Convención, pero no respecto al artículo 6 que contempla el método de delimitación. Señaló que los artículos 1 a 3 de la Convención, que contenían disposiciones fundamentales en las que se definían la noción de plataforma continental y los derechos de los Estados respecto a ella, eran “aquellos en que está claro que entonces se consideró que reflejaban, o cristali-

zaban, normas aceptadas, o al menos normas en vías de formación, del Derecho Internacional consuetudinario referentes a la plataforma continental" (I.C.J. Reports, 1969, 39 párrafo 63).

De un modo parecido, en su sentencia de 1973 por la que declaró su competencia en el asunto de las Pesquerías entre el Reino Unido e Islandia, el Tribunal reconoció como norma de derecho consuetudinario una regla que hallándose en vías de formación se convirtió en norma establecida en virtud de su incorporación a un convenio de carácter general.

La Corte tuvo que considerar "una velada acusación de coacción" formulada por Islandia contra la validez del tratado que establecía la competencia del Tribunal.

Al propio tiempo que rechazaba esta acusación, por hallarse "desguarnecida de la prueba en que pudiera fundarse", el Tribunal hizo una declaración de carácter general sobre la coacción como causa de nulidad de los tratados:

"No cabe duda, como se deduce de la Carta de las Naciones Unidas y ha sido reconocido en el artículo 52 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que en el Derecho Internacional contemporáneo son nulos los acuerdos obtenidos por la amenaza o el uso de la fuerza" (I.C.J. Reports, 1973, 14).

Así la Corte llegó a la conclusión de que el artículo 52 de la Convención de Viena había hecho explícito, o había reconocido, un corolario que se desprende del artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas y que en el Derecho Internacional contemporáneo es nulo todo tratado "obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios de Derecho Internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas".

Estos dos casos constituyen ejemplos de lo que la Corte calificó de "normas en vías de formación", que cristalizaron a través de su aceptación general por los Estados en el proceso de codificación. Determinados conceptos como el de los derechos del Estado ribereño sobre su plataforma continental, vigorosamente delineados en virtud de pretensiones unilaterales paralelas y de la ausencia de protestas, o ciertas normas como la nulidad de los tratados arrancada por la fuerza, implícitamente perceptibles en la Carta, podían en cierto momento no haber llegado a ser normas jurídicas indiscutidas. Sin embargo, cristalizaron a través del efecto catalítico de su incorporación a un convenio de carácter general. Adaptando la conocida frase del juez Cardozo, cabe decir que dichas normas tenían una existencia crepuscular hasta que el "imprimátur" de un convenio certificó su naturaleza jurídica.

d. Efecto generador

El proceso de codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional, además de declarar normas consuetudinarias preexistentes, o cristalizar otras en vías de formación, también puede tener un efecto generador o constitutivo, desempeñando así un importante papel al precipitar un crecimiento acelerado del derecho consuetudinario.

Ciertas disposiciones de un convenio multilateral, o incluso una propuesta en una conferencia diplomática que ha logrado un amplio grado de apoyo, pueden llegar a convertirse en modelo o guía de la conducta subsiguiente de los Estados, ejerciendo tanta influencia o poseyendo tal fuerza de persuasión, que la práctica de los Estados es atraída hacia dichas disposiciones “como las limaduras de hierro a un imán” (Baxter, *op. cit.*, 73).

Este proceso ha sido bien descrito por Sorensen:

“El convenio puede servir como una guía dotada de autoridad para la práctica de los Estados que se enfrenten con los nuevos problemas jurídicos con él relacionados, y de esta forma sus disposiciones pueden llegar a ser el núcleo alrededor del cual cristalice un nuevo conjunto de normas jurídicas generalmente reconocidas” (9).

Esta práctica posterior de los Estados, si es suficientemente uniforme y general, transforma una disposición o una propuesta originariamente de “*lege ferenda*” en una norma de Derecho Internacional consuetudinario.

En los asuntos de la Plataforma continental del Mar del Norte, la Corte tuvo que examinar lo que llamó la fase final de la argumentación desplegada por Dinamarca y los Países Bajos, esto es, que el artículo 6 de la Convención de Ginebra sobre la plataforma continental que establecía el principio o regla de la equidistancia en la delimitación de la plataforma continental había adquirido, con posterioridad a 1958, tal efecto constitutivo, y que su influencia había originado una nueva norma que, en la fecha de la sentencia en 1969, se había incorporado al “*corpus*” general del Derecho Internacional consuetudinario.

La Corte no aceptó esta alegación; sostuvo que la regla de equidistancia carecía de carácter normativo, dado que su aplicación tenía carácter subsidiario respecto a la obligación primaria de efectuar la delimitación mediante acuerdo y se hallaba sometida a excepciones en el caso de que existieran circunstancias especiales. Además, la Corte tuvo en cuenta que la práctica posterior de los Estados no era concluyente ni suficiente.

Pero al negar que en este caso concreto la equidistancia se hubiera transformado en una norma consuetudinaria obligatoria para los Estados que no habían ratificado la Convención, la Corte hizo una afirmación de carácter general por la que reconoció la existencia y legitimidad de lo que hemos denominado efecto generador o constitutivo.

Dijo a este respecto:

“En la medida en que esta tesis se basa en la idea de que el artículo 6 de la Convención ha tenido la influencia y ha producido el efecto descrito, implica claramente que se considera dicho artículo como una disposición creadora de normas que ha servido de base o de punto de partida de una regla que, siendo puramente convencional o contractual en su origen, posteriormente se habría integrado en el “*corpus*” general del Derecho Internacional y sería en la actualidad aceptada como tal por la “*opinio iuris*”, de manera que habría llegado a ser obligatoria incluso para los países que no son, ni nunca han sido, partes de

(9) SORENSEN: Opinión disidente en los asuntos North Sea Continental Shelf, I.C.J. Reports, 1969, pág. 244.

la Convención. Ciertamente este proceso entra dentro del ámbito de lo posible y ocurre de tiempo en tiempo; constituye, sin duda, uno de los métodos reconocidos en virtud de los cuales pueden formarse nuevas normas del Derecho Internacional consuetudinario. Pero también no hay que considerar que dicho resultado se alcance con facilidad" (I.C.J. Reports, 1969, 41).

En las dos sentencias dictadas en 1974 en los asuntos de las Pesquerías Islandesas (fondo), la Corte tuvo ocasión de proclamar en forma positiva la existencia de normas consuetudinarias originadas a través de dicho proceso de transformación. En estos asuntos la Corte reconoció y aplicó normas consuetudinarias que se habían formado en la práctica de los Estados centrada en el núcleo de una propuesta sometida de "lege ferenda" en la Conferencia sobre el derecho del mar de 1960 y que no llegó a adoptarse por defecto de un voto.

La Corte dijo a este respecto:

"Por falta de un voto la Conferencia de 1960 no adoptó un texto que regulara ambas cuestiones de la anchura del mar territorial y del alcance de la competencia en materia de pesquerías. Sin embargo, con posterioridad a dicha Conferencia, la evolución del derecho por medio de la práctica de los Estados se desarrolló en base a los debates de la Conferencia y los acuerdos que estuvieron a punto de alcanzarse en ella. En estos últimos años dos conceptos han cristalizado como derecho consuetudinario a partir del consenso general puesto de manifiesto en dicha Conferencia. El primero es el concepto de zona de pesca, una zona en cuyo interior un Estado puede reclamar derechos exclusivos en materia de pesquerías, independientemente de su mar territorial; la extensión de dicha zona de pesca hasta un límite de doce millas a partir de las líneas de base aparece en la actualidad como generalmente aceptada. El segundo es el concepto de derechos de pesca preferentes en las aguas adyacentes en favor del Estado ribereño que se encuentra en una situación de dependencia especial de sus pesquerías costeras..." (I.C.J. Reports 1974, 23).

El Tribunal añadió que "la práctica estatal en materia de pesquerías costeras manifiesta una aceptación cada vez más numerosa y generalizada del concepto de derechos preferentes..." (I.C.J. Reports, 1974, 26).

A la luz de estas afirmaciones puede decirse que la Corte Internacional de Justicia ha realizado en la última década una contribución importante a la evolución de un concepto más flexible de fuente del Derecho Internacional consuetudinario, basada en el reconocimiento de un consenso firme de los Estados y sin tener en cuenta los requisitos formales de adopción de un texto, firma y ratificación de un convenio. La Corte atribuyó un peso considerable a lo que denominó "el consenso general manifestado" en la Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar "que en los últimos años ha cristalizado como derecho consuetudinario", en base a la práctica posterior de los Estados. Las implicaciones de estas declaraciones judiciales respecto a la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que cuenta con una participación mayor, tienen sin duda vasta significación.

La comparación entre esta conclusión afirmativa y la conclusión negativa a que se llegó en los asuntos de la Plataforma continental del Mar del Norte ha inducido la observación de que para la Corte una propuesta que no alcanzó la aceptación por una conferencia de codificación tenía más fuerza que una que había sido adoptada e incorporada a un convenio: que se daba así más importancia al fracaso que al éxito (Kearney, op. cit., 705).

Esta crítica pasa por alto el punto clave del problema de las fuentes que estamos examinando. La cuestión no depende del éxito o del fracaso de una determinada propuesta en la conferencia. Depende de la propia naturaleza de la disposición, de si posee o no un "carácter creador de normas" y, sobre todo, de si los Estados han seguido o no la disposición o propuesta como modelo o guía para su conducta posterior uniforme. Naturalmente esto no sucedió, y no podía suceder, con el artículo 6 de la Convención sobre la plataforma continental y con la norma de equidistancia allí prevista de un modo subsidiario. Por otra parte, esto se produjo con el concepto de zona de pesca más allá del mar territorial, aceptada y reconocida por todos los Estados marítimos y con el concepto de derechos preferentes, que fue incorporado en varios acuerdos bilaterales o multilaterales (10).

Es cierto que estos dos conceptos han sido reemplazados, o más bien incorporados, en la noción más amplia de zona económica de 200 millas, que ha adquirido actualmente firmeza al menos en relación a las pesquerías como consecuencia de la práctica de los Estados, basada en el asentimiento que apareció en las reuniones de la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar celebradas en Caracas durante los meses de julio y agosto de 1974. Pero cuando la Corte tuvo que decidir los asuntos de las Pesquerías islandesas, en julio de 1974, esta evolución todavía no había concluido. En consecuencia, como dijo la Corte, "dadas las circunstancias la Corte, en calidad de tribunal de derecho, no podría dictar una decisión "sub specie legis ferendae" ni anticipar el derecho antes de que el legislador lo haya establecido" (I.C.J. Reports, 1974, 23 y 24).

Sin embargo, a mi juicio, los trabajos de la Comisión de Fondos Marinos y de la Conferencia de Caracas, ya habían tenido, en julio de 1974, un efecto desestabilizador respecto de la norma consuetudinaria anteriormente existente en virtud de la cual se reconocía a todos los Estados una absoluta libertad de pesca en las aguas adyacentes más allá de las 12 millas, prescindiendo de los intereses del Estado ribereño. Es perfectamente posible que en el proceso de desarrollo del derecho una determinada norma, como la que reconocía una absoluta libertad de pesca más allá de las 12 millas, pierda vigencia respecto de las aguas adyacentes y que esto se produzca antes de que haya madurado una nueva norma como la que reconoce una zona económica exclusiva de 200 millas (11). Nada impide que quede extinguida una norma ya establecida de derecho consuetudinario cuando es contradicha por una práctica cada vez más amplia de los Estados. La exigencia de uniformidad de la conducta de los Estados necesaria para la aparición de una norma consuetudinaria también rige para la

(10) Enumerados en I.C.J. Reports, 1974, pág. 16.

(11) KEARNEY (op.cit., 694 y 695), parece negar dicha posibilidad.

continuidad de su vigencia. El derecho consuetudinario no exige que la norma consuetudinaria sólo pueda ser abrogada mediante la aparición de otra norma consuetudinaria o convencional que la reemplace.

Se ha dicho, sin embargo, que para que pueda modificarse o abrogarse una norma consuetudinaria “es necesaria una nueva norma, consuetudinaria o convencional. Para reemplazar la antigua norma, no basta la modificación o la retirada del consentimiento sino que es necesaria la elaboración de una nueva norma” (12). Esta opinión impone una excesiva rigidez al Derecho Internacional consuetudinario. Es verdad que la modificación o la retirada del asentimiento de un solo Estado, o de un grupo de Estados, no puede abrogar una norma vigente de derecho consuetudinario. Pero la comprobación de la ausencia o desaparición de un consenso general respecto a determinada norma produce su extinción, incluso antes de que haya madurado la norma consuetudinaria que venga a reemplazarla. Así sucedió, por ejemplo, con el rechazo de la propuesta formulada por los países industrializados, durante el proceso de elaboración de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, que exigía “una compensación adecuada, rápida y efectiva” en caso de nacionalización.

En opinión de varios jueces, en 1974, cuando la Corte tuvo que decidir los asuntos de las Pesquerías islandesas, existía una situación parecida (13). Por lo tanto, fue necesario encontrar una solución jurídica al caso que no se basara en una norma de derecho marítimo que, al parecer de un amplio número de jueces, había llegado a ser inaplicable en relación con las aguas adyacentes, y recurrir más bien a otras normas especialmente adecuadas a las circunstancias del caso: el derecho preferente del Estado ribereño y los derechos tradicionales del Estado dedicado a la pesca de altura.

Este ejemplo confirma la exactitud de la frase de Edmund Burke sobre las decisiones judiciales: “La premisa mayor tiene un aspecto aparatoso en la batalla, pero la victoria depende de la minúscula premisa menor de las circunstancias”.

5. *Requisitos para la consolidación de una norma consuetudinaria que tenga su origen en la disposición de un tratado*

El profesor B. d'Amato (1970, 892 a 895), que ha realizado valiosos estudios sobre la costumbre como fuente de Derecho Internacional, ha dicho, partiendo de un examen de la sentencia de 1969, que:

“...Todo lo que hay que tener en cuenta para saber si la disposición de un tratado origina Derecho Internacional consuetudinario... es lo que podemos deducir a la vista del tratado. Si el tratado expresa la intención de que una de sus disposiciones cree derecho consuetudinario, esta intención manifiesta es decisiva”.

(12) SKYBIZEWSKI (1971, 846).

(13) Véase la opinión individual colectiva en I.C.J. Reports, 1974, pp. 46-53.

A mi juicio, la sentencia de la Corte en los asuntos de la Plataforma continental del Mar del Norte no abona esta opinión, si se tiene en cuenta tanto la propia sentencia como los votos particulares disidentes.

Es cierto que la Corte prestó especial atención al “carácter creador de normas” de la disposición invocada, tal como se refleja en su formulación y en la estructura del tratado considerado como un todo. Pero la Corte consideró que esta exigencia era un primer requisito (14) que, aún en el supuesto de que se diera en este caso, debía ir acompañado del cumplimiento de otros. Estos son los tradicionalmente exigidos para la creación del Derecho Internacional consuetudinario; la existencia de una práctica extendida y general conforme con lo dispuesto en el tratado y la “*opinio juris*” o convicción de que esa práctica se ha convertido en obligatoria en virtud de la existencia de una norma jurídica que la exige. Lejos de prescindir de estos requisitos tradicionales y de establecer, como dice d’Amato “un atajo hacia el derecho consuetudinario”, la sentencia fue criticada por los disidentes por ser demasiado prudente y conservadora al respecto. En realidad, la Corte procedió a tomar en cuenta los demás elementos tradicionalmente requeridos para que surja una norma consuetudinaria y llegó a la conclusión de que tampoco se daban en este caso.

En pocas palabras, la sentencia no dice, ni explícita ni implícitamente, que si la forma y estructura de una disposición tuvieran un “carácter creador de normas” satisfactorio, la cuestión estaría resuelta. La Corte exigió además la “consuetudo” y la “*opinio juris*”; y, a pesar de su conclusión negativa respecto al primer requisito, procedió, sin embargo, a analizar los otros dos. La Corte dijo a este respecto que:

“...es indispensable que durante el período de tiempo en cuestión... la práctica de los Estados, incluidos aquellos que están especialmente interesados, haya sido amplia y prácticamente uniforme en el sentido de la disposición que se invoca y que, además, se haya manifestado de forma que permita establecer un reconocimiento general de que nos hallamos en presencia de una norma o de una obligación jurídica” (I.C.J. Reports, 1969, 43).

G.I. Tunkin ha observado que el Tribunal en su sentencia ha excluido “fases intermedias en el proceso por el que una norma convencional llega a ser una norma generalmente reconocida con ayuda del proceso consuetudinario”. Señala que “el proceso de reconocimiento de una norma convencional como obligatoria para los Estados que no son partes en el tratado es un proceso gradual. No todos los Estados reconocen en la misma fecha que dicha norma sea jurídicamente obligatoria para ellos”. Luego, pregunta, “¿cuál es la situación si la “*opinio juris*” solamente se ha formado en algunos de los Estados que no son partes en el convenio, mientras otros todavía se muestran remisos?”.

La respuesta —que ciertamente sólo contesta en parte a la pregunta— puede encontrarse en el artículo 38, epígrafe 1, del Estatuto. Un Estado parte en un litigio puede haber reconocido, en su correspondencia diplomática o de otro modo, una norma contenida en un convenio aunque no sea parte de él. De

(14) El texto de la sentencia dice sería necesario en primer lugar, I.C.J. Reports, 1969, 41.

acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38 [1], letra a), dicha disposición convencional puede ser aplicable al Estado en cuestión, antes de que llegue a ser una norma generalmente aceptada de Derecho Internacional consuetudinario. Este es otro ejemplo de la interacción entre derecho convencional y derecho consuetudinario.

6. *La necesidad de la "opinio juris"*

La exigencia del elemento subjetivo u "opinio juris" —negada por algunos autores (15)— fue firmemente recalcada en la sentencia de la Plataforma continental del Mar del Norte. La Corte dijo a este respecto:

"Los actos en cuestión no solamente deben constituir una práctica establecida, sino también deben tener tal carácter, o realizarse de tal forma, que demuestren la creencia de que dicha práctica se estima obligatoria en virtud de una norma jurídica que la prescriba. La necesidad de tal creencia, es decir, la existencia de un elemento subjetivo, se halla implícita en el propio concepto de "opinio juris sive necessitatis". El Estado interesado debe sentir que cumple lo que supone una obligación jurídica. Ni la frecuencia, ni el carácter habitual de los actos, es en sí suficiente. Hay numerosos actos internacionales, en el terreno protocolario, por ejemplo, que se realizan casi invariablemente, pero están motivados solamente por simples consideraciones de cortesía, de conveniencia o de tradición, y no por un sentimiento de deber jurídico" (I.C.J. Reports 1969, 44).

Algunos de los disidentes señalaron las dificultades que supone la prueba de la existencia de la "opinio juris" en casos concretos. "Este elemento, relativo a la motivación interna y poseyendo una naturaleza psicológica, no puede apreciarse con gran facilidad" (16).

Esta dificultad puede haber sido exagerada. Una gran proporción de lo que se entiende como elemento material de la práctica estatal incluye un elemento subjetivo implícito, una indicación de "opinio juris". Documentos que se consideran como prueba de la práctica estatal, tales como los argumentos que un Estado aduce en apoyo de una pretensión, las protestas que formula contra la conducta de otros Estados, las gestiones diplomáticas y las exposiciones ante tribunales internacionales, contienen con frecuencia indicaciones referentes no sólo a la conducta de dicho Estado, sino también acerca de las motivaciones, tanto jurídicas como de otra clase, que la sustentan. Por ejemplo, cuando un Estado pretende que otro Estado está jurídicamente obligado a comportarse respecto a él de una determinada manera, al mismo tiempo está reconociendo la obligación de adoptar la misma conducta en idénticas circunstancias si se hallara en la posición contraria.

Estas indicaciones expresas o implícitas de la "opinio juris" son especialmente significativas y frecuentes cuando un Estado participa en el proceso de

(15) Por ejemplo, P.GUGGENHEIM, (op.cit. 280).

(16) Juez TANAKA en I.C.J. Reports, 1969, 176. Ver también: Juez LACHS, pág. 231; y Juez "ad hoc" SORENSSEN, pág. 246.

codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional bajo los auspicios de las Naciones Unidas.

En el litigio entre Nicaragua y los Estados Unidos, refiriéndose a la norma consuetudinaria que prohíbe el empleo y la amenaza de fuerza dijo la Corte que la "opinio juris" puede "deducirse, "inter alia", de la actitud de las Partes y la actitud de los Estados respecto de ciertas Resoluciones de la Asamblea General, y en particular, de la Resolución 2625" (I.C.J. Reports, 1986, 99 y 100).

Cuando los Estados formulan observaciones a los proyectos elaborados por la Comisión de Derecho Internacional, hacen declaraciones en una conferencia diplomática, participan en la votación de un texto y firman o ratifican un convenio, a menudo suministran, expresa o implícitamente, valiosas indicaciones, no sólo acerca de su conducta objetiva, sino también sobre su "opinio juris" referente a las normas jurídicas en cuestión. En consecuencia, el Juez *ad hoc* Sorensen tiene razón al señalar que el enfoque adecuado "es examinar los elementos pertinentes como partes de un proceso general en el que se hallan conectados entre sí y son mutuamente interdependientes" y "que debe considerarse como elemento pertinente que un convenio haya sido adoptado en el proceso de codificación y desarrollo del Derecho Internacional bajo la Carta de las Naciones Unidas" (17). En otras palabras, los dos factores, el histórico y el psicológico, se engendran mutuamente (18).

7. El tiempo exigido para la elaboración de una norma consuetudinaria

La sentencia de la Corte en los asuntos de la Plataforma continental del Mar del Norte, que admitió que las principales disposiciones de la Convención de 1958 cristalizaron el derecho consuetudinario a partir de una práctica que comenzó en 1945, y las sentencias que aceptaron que ciertas propuestas de la Conferencia de 1960 se habían consolidado como normas consuetudinarias en 1974, constituyen manifestaciones dotadas de autoridad sobre el elemento temporal que la Corte exige para la elaboración de una norma consuetudinaria.

La doctrina tradicional exigía para la aparición de una norma consuetudinaria una práctica prolongada; algunas autoridades incluso aludieron a "una práctica continuada desde tiempo inmemorial" (19).

De hecho, estas recientes decisiones han revisado la doctrina tradicional.

Sin estar de acuerdo con lo que se ha llamado la "costumbre instantánea" (Cfr. B. Cheng, 1965, 23 y ss.), la Corte admitió que una práctica estatal que ha durando unos quince años era suficiente a esos efectos. La aceptación de la Corte de una práctica que ha madurado rápidamente revela que el requisito tradicional de la duración no es un fin en sí mismo, sino únicamente un medio para demostrar la generalidad y uniformidad de determinada práctica estatal.

(17) I.C.J. Reports, 1969, pág. 246. En la sentencia hay un párrafo que también implica que la "opinio juris" puede desprenderse de la acción de los Estados, pág. 44, par. 77.

(18) DUPUY, R.J. (op.cit., 135).

(19) Opinión disidente del Juez NEGULESCO en P.C.I.J, Series B, núm. 14, pág. 114.

En la actualidad, la aparición simultánea de problemas parecidos en distintos Estados, el conocimiento inmediato de las actitudes adoptadas por otros gobiernos, la convergencia de información en las conferencias diplomáticas y en el proceso de codificación, son factores que explican la aceleración del desarrollo del derecho consuetudinario.

Esto, a su vez, permite que se creen nuevas normas del Derecho Internacional consuetudinario de conformidad con las exigencias del proceso dinámico de evolución y de cambio que es propio de la comunidad internacional contemporánea.

La Corte aludió expresamente a este aspecto del tema de las fuentes en la sentencia de la Plataforma continental del Mar del Norte, asunto en el que aprovechó todas las oportunidades que se ofrecieron para aclarar el alcance de cada uno de los rasgos específicos que se dan en el proceso de elaboración del derecho consuetudinario.

La Corte dijo a este respecto:

“...el transcurso de un período de tiempo reducido no es necesariamente, o no constituye en sí mismo, un impedimento para la formación de una nueva norma de Derecho Internacional consuetudinario a partir de lo que originariamente sólo era una norma convencional” (I.C.J. Reports, 1969, 43).

8. *Medios para obtener información acerca de la práctica estatal*

La importancia adquirida por el proceso de codificación en relación a la elaboración del derecho consuetudinario ha tenido una consecuencia práctica en el cambio que ha operado en los medios de determinación de la práctica estatal.

Antes, para determinar si cierta práctica había adquirido la generalidad y uniformidad exigidas, era inevitable un proceso de investigación difícil y complejo. Era necesario informarse de la práctica realmente seguida por un gran número de Estados a través del estudio de textos muy prolijos, y difícilmente accesibles, tales como su correspondencia diplomática, las instrucciones de sus ministerios de relaciones exteriores, sus “livres à couleur”, etcétera. Las dificultades de este estudio eran tales que en el Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional se solicitó a los Estados que publicaran repertorios de su práctica diplomática con el fin de hacer más fácilmente accesible la prueba del Derecho Internacional.

En la actualidad el proceso de codificación proporciona un medio fácil y cómodo para llegar a conocer la práctica real de los Estados.

Las observaciones de los gobiernos a los proyectos elaborados por la Comisión de Derecho Internacional, los debates en la Sexta Comisión de la Asamblea General, las declaraciones de los representantes de los Estados en las conferencias diplomáticas de codificación, constituyen una especie de encuesta pública acerca de la práctica de los Estados y sus puntos de vista respecto a las normas que se siguen o deberían seguirse en determinada materia; este es un

medio de prueba “exento de las ambigüedades e incoherencias propias del mosaico que constituye el testimonio de la práctica de los Estados” (Baxter, op. cit., 36).

Este progreso fue acertadamente destacado por el Juez Koretsky en su opinión disidente en los asuntos de la Plataforma continental del Mar del Norte, donde dijo:

“Mientras que antes, para determinar ciertos principios generales del Derecho Internacional, se consideraba indispensable reunir uno por uno, ladrillo por ladrillo, por así decirlo, los datos pertinentes, deduciéndolos de los actos gubernamentales, declaraciones, notas diplomáticas, acuerdos y tratados, referentes en el mayor número de los casos a asuntos concretos, estos principios empiezan actualmente a cristalizarse en conferencias internacionales que codifican ciertas zonas bastantes amplias del Derecho Internacional” (I.C.J. Reports, 1969, 156 y 157).

9. *Los trabajos preparatorios y el derecho consuetudinario*

Otro aspecto de la interacción cada vez mayor entre el derecho convencional y el consuetudinario es que, una vez que se ha admitido que un convenio internacional o una propuesta en una conferencia pueden, ya sea declarar una norma preexistente, cristalizar una regla en trance de aparición o ser el punto de partida de una práctica estatal que se consolide en derecho consuetudinario, los trabajos preparatorios de la norma convencional adquieren un valor de gran significación. Contribuyen a determinar si la norma se formuló “de lege lata”, si se trata de una norma “in statu nascendi” o si se propuso “de lege ferenda”. Sirven para determinar asimismo la “opinio juris” con que los Estados acogen cada propuesta.

Así, uno de los métodos tradicionales de interpretación de los tratados se ha convertido también en instrumento útil para la tarea difícil y delicada de determinar la existencia de una norma consuetudinaria.

En la sentencia de la Corte en los asuntos de la Plataforma continental del Mar del Norte, por ejemplo los debates de la Comisión de Derecho Internacional que precedieron a la incorporación de la regla de la equidistancia fueron un factor decisivo para dilucidar si se trataba de una norma declarativa del derecho anteriormente existente.

Después de examinar los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional y de observar que “la naturaleza de la norma en la Convención, por lo tanto, depende principalmente de las condiciones que indujeron a la Comisión a proponerla”, la Corte añadió:

“Estas condiciones... revelan que el principio de la equidistancia, tal como aparece en el artículo 6 de la Convención, fue propuesto por la Comisión con considerables dudas, a título más bien experimental y a lo sumo “de lege ferenda”, y en modo alguno “de lege lata” o en calidad de norma consuetudinaria en vías de formación. Sobre esta base, como es obvio, no

puede afirmarse que el artículo 6 de la Convención declare o cristalice la regla de la equidistancia" (I.C.J. Reports. 1969, 38).

Y en el dictamen sobre Namibia, al admitir que la disposición de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados relativa a la violación era declarativa del derecho consuetudinario, el Tribunal tuvo en cuenta, en tanto que factor importante, las indicaciones contenidas en los trabajos preparatorios de dicha Convención. El dictamen consultivo hace expresa referencia al hecho de que la disposición mencionada había sido adoptada por la Conferencia sin votos disidentes.

10. *Consentimiento del Estado demandado o consenso general de los Estados*

Una de las consecuencias de la evolución del derecho consuetudinario registrada en la última década es que la doctrina consensualista del derecho consuetudinario —que parecía haber sido aceptada por la Corte Permanente en el asunto del Lotus— ha sido abandonada por la Corte Internacional de Justicia.

La sentencia de los asuntos de la Plataforma continental del Mar del Norte contiene un rechazo implícito, pero terminante, de la doctrina según la cual el derecho consuetudinario constituye un pacto tácito, que necesita el asentimiento del Estado contra el cual se alega una norma consuetudinaria.

En dicho asunto, la República Federal de Alemania no había ratificado la Convención y la Corte rechazó expresamente el argumento, formulado por Dinamarca y los Países Bajos, de que la República Federal de Alemania "había aceptado el régimen del artículo 6 de forma obligatoria para ella" (I.C.J. Reports, 1969, 27). A pesar de esto, la Corte examinó si el principio de la equidistancia del artículo 6 era una norma del derecho consuetudinario, ya sea declarativa de una norma anteriormente existente, ya sea en calidad de cristalización de una norma en vías de formación o a título de punto de partida en una nueva norma. Todo el razonamiento de la Corte —incluidos en este punto los disidentes— se basa en el presupuesto de que si el principio de la equidistancia, por alguno de estos medios, había llegado a ser "parte del corpus del Derecho Internacional general", entonces dicha norma "como las otras normas del Derecho Internacional general o consuetudinario, obliga a la República Federal automáticamente y con independencia de cualquier manifestación del consentimiento, tanto expreso como implícito, que esta última haya podido prestarle" (I.C.J. Reports, 1969, 28). Es cierto que la Corte en estas palabras expone la argumentación de Dinamarca y los Países Bajos, pero no manifestó ninguna discrepancia y todo su análisis se centró en la cuestión de si la norma había sido aceptada por los Estados en su conjunto, prescindiendo de la falta de consentimiento del Estado demandado, que ya había sido reconocida.

De ahí que Ch. Rousseau (1970-83, I, 313) tenga razón al afirmar que esta sentencia constituye el abandono definitivo de la doctrina consensualista del derecho consuetudinario; teoría todavía defendida por algunos autores como G.I. Tunkin (1961, 422 a 429).

Es verdad que un obiter dictum de la Corte en la sentencia dictada a continuación en el asunto de la Barcelona Traction, ha sido interpretado por algunos comentaristas como una vuelta a la teoría de la costumbre basada en un pacto tácito o asentimiento, lo que ha suscitado algunas dudas.

En este asunto la Corte tuvo que abordar la cuestión de la protección diplomática de los accionistas y para ello examinó el tema desde la perspectiva general del origen, la finalidad y la función del derecho consuetudinario relativo a la protección diplomática y judicial de los intereses económicos extranjeros. En el curso de su consideración de este tema, la Corte aludió al hecho de que el derecho consuetudinario relativo a la responsabilidad del Estado en esta materia es un producto histórico que ha sido el resultado de los conflictos y controversias entre Estados que tenían intereses contrapuestos. La Corte añadió luego que "sólo podía haberse desarrollado un conjunto de normas con el asentimiento de los interesados. Las dificultades surgidas se han reflejado en la evolución del derecho en esta materia" (I.C.J. Reports, 1970, 48).

Este párrafo ha sido criticado porque parece sugerir que "ninguna norma de derecho consuetudinario puede desarrollarse sin el consentimiento concreto de aquellos a quienes afecta" (Mann, 1973, 270), volviendo a introducir así la doctrina del pacto tácito.

Sin embargo, del contexto se deduce claramente que la Corte se refería, no al consentimiento del Estado demandado en un determinado caso, sino a las relaciones entre los Estados interesados en ejercer la protección diplomática y los Estados en cuyo territorio dicha protección se pretende ejercitar. Al referirse al consentimiento de "los interesados", la Corte aludía a ambos grupos de Estados; es decir, no exigía el asentimiento de ningún Estado en particular, como pudiera serlo el Estado demandado, sino que se refería al consentimiento conjunto, al consenso de ambos grupos de Estados.

En el dictamen consultivo sobre Namibia, la Corte tuvo que pronunciarse sobre la objeción formulada por Sudáfrica que se oponía a la validez de la resolución por la que se solicitó el dictamen. Esta resolución había sido adoptada por el Consejo de Seguridad con la abstención voluntaria de dos miembros permanentes. La Corte proclamó la validez de la resolución del Consejo de Seguridad, señalando que la práctica de la abstención voluntaria había sido "generalmente aceptada por los miembros de las Naciones Unidas y constituye la prueba de una práctica general de dicha Organización" (I.C.J. Reports, 1971, 22).

Al emplear así los términos exactos del artículo 38 del Estatuto relativos a la costumbre, la Corte sugiere la existencia de una práctica de las Organizaciones Internacionales, similar a la práctica de los Estados, que constituye una fuente de normas de Derecho Internacional consuetudinario, aunque, en rigor, no esté contemplada en el texto del artículo 38.

La Corte llegó a esta conclusión a pesar del hecho de que la legitimidad de la práctica de abstención voluntaria ha sido negada en algunas ocasiones por Estados miembros que se oponían firmemente a una resolución concreta adop-

tada en esta forma por el Consejo de Seguridad. No se consideró que tal oposición individual y esporádica podía evitar a la práctica de su generalidad.

Todas estas conclusiones y pronunciamientos de la Corte, especialmente considerados en su conjunto, implican un total abandono de la doctrina del pacto tácito. Las normas consuetudinarias son el resultado del consenso general, no del consentimiento, expreso o implícito, de un Estado en particular.

Esto sitúa en su verdadera perspectiva anteriores "dicta" o pasajes de las sentencias en los asuntos del Derecho de Asilo (I.C.J. Reports, 1950, 277 y 278) y de los Derechos de los nacionales de Estados Unidos de América en Marruecos (I.C.J. Reports, 1952, 200 y 218 a 220) en los que se hizo referencia al asentimiento del Estado demandado. Como han señalado varios autores (20) dichos pasajes se refieren a una costumbre regional o local. El Estado que invoca una costumbre de esta clase tiene que probar su existencia y el asentimiento a la misma del Estado específicamente interesado. La costumbre general es, en cambio, parte del Derecho Internacional general cuyo conocimiento por la Corte se presume y respecto al cual el Estado que la alega no tiene la carga de la prueba. No hace falta probar el asentimiento específico del Estado demandado; lo que la Corte tiene que determinar es si, como dice el artículo 38 del Estatuto, cierta práctica es "generalmente aceptada como derecho".

Sin embargo, esto no supone que la actitud adoptada por el Estado demandado carezca en todo caso de importancia. Normalmente, la Corte no se preocupa de averiguar el consentimiento específico del Estado demandado, sino que se concentra en la generalidad de la práctica, en el consenso general de los Estados; sin embargo, cuando una norma consuetudinaria, a pesar de su generalidad, ha sido desde sus comienzos rechazada por un determinado Estado de modo inequívoco y continuo, se presenta una situación totalmente diferente. La situación del Estado recalcitrante se planteó en los asuntos de los Ensayos nucleares en los que los demandantes alegaron que la prohibición de realizar pruebas en la atmósfera había llegado a ser una norma de derecho consuetudinario, invocando en apoyo de esto el Tratado de prohibición de pruebas nucleares celebrado en Moscú en 1963, del que eran partes 106 Estados, y varias resoluciones de la Asamblea General. Francia, el Estado demandado, al igual que China, se había opuesto firmemente a la norma alegada y había rehusado ser parte en el Tratado de Moscú. La Corte no se pronunció sobre esta cuestión dado que no llegó a considerar el fondo del asunto (21).

(20) B.D'AMATO (1969, 216); WALDOCK (op.cit., 50).

(21) En 1951, en el asunto de las pesquerías noruegas, la Corte, después de llegar a la conclusión de que la regla de las diez millas para las bahías no era una costumbre establecida, añadió la observación de que en todo caso dicha regla no aparece oponible a Noruega, en cuanto se ha opuesto siempre a su aplicación a la costa noruega (I.C.J. Reports, 1951, 131). Generalmente se ha interpretado esto como una confirmación de la opinión dominante según la cual la oposición manifiesta y persistente de un Estado, aunque no puede impedir el nacimiento de una norma consuetudinaria, puede bloquear la aplicación de dicha norma respecto a él. Cfr. WALDOCK (op.cit., 50) y DE VISSCHER (op. cit., 74).

*Sección IV***Los principios generales del derecho reconocidos por los principales sistemas jurídicos como fuente del Derecho Internacional***1. Concepto y naturaleza*

El artículo 38 apartado 1, inciso c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que, según se ha visto ya, codifica las reglas existentes en materia de fuentes del Derecho Internacional, dispone que la Corte aplicará, como parte de ese ordenamiento jurídico, “los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.

Esa referencia a “naciones civilizadas”, propia de la época en que se aprobó el Estatuto, tiene una connotación impropia en el Derecho Internacional contemporáneo, por cuanto implica que en la comunidad internacional de hoy existen naciones que no son civilizadas. Por eso se le sustituye por la fórmula “los principales sistemas jurídicos”, frase tomada del artículo 9 del propio Estatuto.

¿Qué son estos principios generales de derecho reconocidos por los principales sistemas jurídicos? Son esas normas básicas, esenciales en todo ordenamiento jurídico, que se encuentran tanto en el derecho interno privado como en el público; por ejemplo, la regla de que todo aquel que comete un acto ilícito que provoca un daño a otro, debe reparar ese daño; esa reparación debe comprender no sólo el daño emergente, sino también el lucro cesante causado a la víctima del perjuicio; la norma de que nadie puede ser juez en su propia causa; el principio del enriquecimiento injusto, de la cosa juzgada, etc. En suma, se trata de esos preceptos básicos y fundamentales del derecho positivo —en algunos sistemas, como el nuestro, formulados en la Constitución o en los Códigos, y en otros, sobreentendidos como máximas subyacentes— que, al decir de Carnelutti, se encuentran dentro del orden jurídico como está el alcohol dentro del vino: constituyen la esencia o espíritu del derecho.

Esos principios que han sido, por así decirlo, decantados por la conciencia jurídica de la humanidad en el curso de siglos y que son compatibles con la estructura orgánica de la comunidad internacional, son igualmente reglas positivas de Derecho Internacional, directamente aplicables a las relaciones entre los Estados. Si bien han surgido y evolucionado para regir relaciones jurídicas entre particulares, reflejan de tal modo los sentimientos básicos de justicia y equidad natural que, cuando son aplicables, deben sin ningún género de dudas utilizarse también para regir las relaciones entre Estados.

Cuando los autores del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia debieron enumerar las fuentes de las que habrían de extraer los miembros de la Corte los preceptos jurídicos en que basar sus decisiones, tuvieron en cuenta no sólo los tratados y la costumbre, sino también el hecho de que los órganos arbitrales internacionales, en todas las épocas, habían hecho aplicación de esos principios básicos que, al ser utilizados con ingenio por juristas avezados, pue-

den servir para colmar vacíos o lagunas del ordenamiento internacional, supliendo la escasez o insuficiencia de sus normas. Y entonces se enumeró como tercera fuente de Derecho Internacional, ésta de “los principios generales de derecho”.

En la discusión que se planteó en la Comisión de Juristas que redactó en 1920 el Estatuto de la Corte, hay elementos de juicio que permiten determinar con exactitud que fue lo que se intentó establecer, y lo que entendían los autores del Estatuto por “principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. El representante británico en esa Comisión, Lord Phillimore, decía que esos principios generales de derecho son aquellas reglas jurídicas “que se van estableciendo de una manera uniforme por el foro doméstico, como ciertos principios de procedimiento, el principio de la buena fe, el de la cosa juzgada” (1), es decir, aquellos preceptos que los Estados están contestes en reconocer como normas jurídicas básicas en sus regímenes jurídicos internos, en sus Constituciones, en sus Códigos, en la jurisprudencia de sus tribunales.

Se ha dicho con acierto que esta fuente constituye la recepción de una especie de nuevo “jus gentium”, similar al que en el Derecho Romano había surgido a base de los edictos de los pretores peregrinos, que reconocían ciertos principios básicos de justicia aplicables a todos los individuos, cualquiera fuese su nacionalidad.

De este modo, mediante la obra paralela, separada e independiente de los Estados, en su esfera interna, van surgiendo principios fundamentales de derecho, que reflejan las reglas básicas de justicia aceptadas por las comunidades jurídicas y tales principios, cuando son comunes a los principales sistemas jurídicos, son también reglas positivas de Derecho Internacional.

No se trata, con esta tercera fuente, de abrir la puerta a un pretendido Derecho Natural, ya que el art. 38 (c) acuerda la potestad de aplicar solamente aquellos principios que hayan sido “reconocidos” por los Estados, es decir, normas de derecho positivo, incorporadas en el orden jurídico en vigor en esos Estados. Tampoco se da cabida con esta fuente a la “equidad natural” “contra legem” ya que el propio artículo 38, en su apartado 2º, permite la aplicación de la equidad pero únicamente cuando medie un acuerdo previo y especial de las partes que autorice a la Corte a decidir el caso “ex equo et bono” (2).

2. Alcance general de esta fuente

Ha surgido una polémica en el campo doctrinario con respecto al alcance de esta fuente de Derecho Internacional. Un grupo de autores voluntaristas, hostiles a esta fuente, de donde surgen reglas de Derecho Internacional ajenas e independientes a la voluntad de los Estados (“questo infelicissimo articolo”, le llama Anzilotti), sostienen que ella constituye una fuente especial que se ha acordado con carácter excepcional respecto de la Corte Internacional de Justicia, pero que no existe como tal fuente en el Derecho Internacional general, con

(1) Procés Verbaux, pág. 335.

(2) (**) Ver lo expuesto en la llamada 3 de la Sección I de este Capítulo.

relación a los restantes órganos de jurisdicción internacional, como por ejemplo, los tribunales de arbitraje (3).

En cambio, una segunda posición, hoy prevaleciente, sostiene que, por el contrario, es esta una auténtica fuente del Derecho Internacional y que el art. 38 (c) del Estatuto no innovó en nada respecto de la práctica seguida hasta entonces, sino que no hizo más que codificarla y consagrar lo que existía hasta ese momento.

A. Verdross (ops.cits., vol. 30, 295 y ss. y vol. 52, 207 a 219) y Ch. Rousseau (op. cit., 900 y ss) han hecho un estudio detenido de la jurisprudencia de los órganos de arbitraje que precedieron a la Corte Internacional de Justicia y a su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional, y han mostrado que en todo tiempo los tribunales arbitrales y otros órganos de jurisdicción internacional, autorizados a laudar con arreglo al Derecho Internacional, fallaban los litigios sometidos a su decisión, no solamente tomando en cuenta los tratados y la costumbre sino también, en defecto de las mismas, esta tercera fuente, constituida por los principios generales de derecho. Estos tribunales han sentido siempre la necesidad de hacer valer en las relaciones entre Estados, no disciplinadas por tratados o normas consuetudinarias, ciertos principios que constituyen la aplicación para estas relaciones, de conceptos fundamentales de justicia objetiva.

Ambos autores citan numerosos ejemplos de aplicación de tales principios para fundar decisiones arbitrales, como la regla de que el incumplimiento de una obligación genera el deber jurídico de reparar; el principio de la fuerza mayor como eximente de responsabilidad; las reglas de la prescripción y muchos casos más. El hecho de que estos laudos, basados en tales principios, hubieran sido aceptados por los Estados, demuestra que aquellas decisiones se fundaban en el derecho positivo. Dice con acierto A. Verdross: "los diferentes Estados en litigio aceptaron todas esas sentencias sin formular la menor protesta. Es poco probable que los Estados se hubieran sometido regularmente y sin protestar a decisiones de esta naturaleza si según su opinión los principios generales de derecho no hubieran tenido fuerza obligatoria en las relaciones internacionales" (4).

Asimismo, el Barón Descamps, presidente del Comité encargado por el Consejo de la Sociedad de las Naciones de elaborar el proyecto de Estatuto de la Corte declaró expresamente que las disposiciones del art. 38 (c) no dan a los

(3) D. ANZILOTTI, (1921, 117 y ss.) y STRUPP, (1934, 445). A. P. SERENI, (1956, 154 y ss.) sostiene que estos principios no son fuente de Derecho Internacional porque uno de los más firmes principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas, la prohibición de hacerse justicia por mano propia, no es una regla positiva de Derecho Internacional. Lo mismo podría decir SERENI del principio del carácter compulsorio de la justicia. Pero estos dos principios no se han incorporado al Derecho Internacional por no corresponder a la estructura orgánica del mismo. KELSEN (op.cit., 307 y 393/4) también niega que sea ésta una fuente de derecho general, e incluso duda de la existencia de tales principios, especialmente en vista de los antagonismos ideológicos que separan el sistema jurídico comunista del capitalista.

(4) Recueil Génés sobre Sources du Droit, vol. III, pág. 384.

jueces un poder nuevo, dado que la aplicación de tales reglas “es práctica constante en las jurisdicciones internacionales” (5).

Después de la adopción de este precepto, un número considerable de tribunales arbitrales no obligados por el Estatuto han considerado este párrafo 3 del art. 38 como declaratorio del derecho existente en materia de fuentes (6).

3. *Ejemplos de aplicación de principios generales de derecho*

Los principios de derecho privado que, en el curso de la historia del arbitraje y la justicia internacional, se han prestado a una aplicación internacional, impresionan por su número y variedad. Lo mismo ha ocurrido, aunque en menor medida, con principios de derecho procesal y de derecho público, al extremo que ha sido posible confeccionar una extensa monografía en la que se sistematizan “los principios generales de derecho aplicados por tribunales internacionales” (B.Cheng, 1953).

Uno de los ejemplos más interesantes de este aspecto de la actividad judicial internacional es el caso de la indemnización rusa, decidido por la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya en 1912, es decir, antes de ser redactado el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En este caso el Tribunal recurrió a principios generales de derecho privado a fin de decidir la cuestión de si Turquía estaba o no obligada a pagar intereses moratorios por su demora en hacer efectiva la indemnización de guerra que debía a Rusia. Turquía sostenía que los Estados se hallan en una posición privilegiada y especial y no deben intereses moratorios por una deuda pecuniaria. El Tribunal denegó esta pretensión turca sosteniendo que “todas las legislaciones privadas de los Estados que forman el Concierto Europeo admiten, como lo hizo anteriormente el Derecho Romano, la obligación de pagar intereses por pagos demorados como una forma de indemnización jurídica” (7).

Asimismo, el Tribunal declaró que “existe una similitud entre las condiciones de un Estado y las de un individuo, que son deudores de una suma clara y exigible, por lo que es equitativo y jurídico aplicar por analogía los principios del derecho privado común” (8).

Es importante señalar que en 1913 D.Anzilotti publicó en la Revista italiana de Derecho Internacional (pp. 53 y ss.) una severa crítica de este laudo arbitral sosteniendo que el tribunal había aplicado entre dos Estados una nor-

(5) Procés verbaux, pág. 310.

(6) Por ej. Decisión administrativa N° II, Comisión Mixta de Reclamaciones Estados Unidos y Alemania, vol. I, 1923, Annual Digest, 1923-4, caso N° 205; Tribunal entre Rumania y Alemania, fallo 22 septiembre de 1928, ibid. 1927-8 caso N° 369; Lena Goldfields arbitration, ibid. 1929-30, caso N° 1. Caso Naulilaa, V.N. Reports of International Arbitral awards, vol. II, pág. 1016.

(7) BRIGGS (op.cit./1, 37). En una sentencia arbitral de 1861 se decidió que, según el derecho común, la acumulación de los intereses atrasados se detiene cuando alcanzan el monto del capital. LA FONTAINE (op.cit/1., 383).

(8) BRIGGS (op.cit., 42). Sobre la base de este razonamiento y citando opiniones de civilistas franceses, suizos y alemanes, el Tribunal consideró en definitiva que Rusia, al reclamar el capital sin hacer referencia a intereses, había renunciado a los mismos.

ma de derecho privado sin cuidarse de demostrar que ella constituía el contenido de una costumbre internacional. No es imposible que esta objeción haya sido, al menos para algunos, motivo determinante del establecimiento de “los principios generales de derecho” como fuente autónoma en el Estatuto de la Corte.

Lo relativo a la atribución de indemnizaciones por daños y perjuicios en general, y la medida de esa indemnización en particular, proporcionan claros ejemplos de aplicación a las relaciones internacionales de principios básicos de derecho privado, originariamente destinados a regular relaciones patrimoniales entre particulares. Cuando la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el caso de la Usina de Chorzow (9) declaró que el deber de reparar en forma adecuada en caso de violación de una obligación, no sólo es un principio de Derecho Internacional, sino también “una concepción general de derecho”, aludió a una larga serie de decisiones arbitrales. Así en el caso del Cape Horn Pigeon y otros barcos, decidido en 1902, entre Estados Unidos y Rusia, el árbitro Asser fundó su decisión en la tesis de que “el principio general de derecho privado según el cual los daños y perjuicios deben comprender una indemnización, no sólo por el daño sufrido, sino también por la ganancia de que ha privado, es igualmente aplicable a los litigios internacionales” (10).

Otros principios de derecho civil, como las reglas de prescripción, el respeto de los derechos adquiridos y las normas sobre expropiación, el enriquecimiento injusto, la excepción de fuerza mayor, el igual derecho de los copropietarios, han sido aplicados en todo tiempo por tribunales internacionales a la solución de controversias entre Estados.

En el caso *Gentini*, entre Italia y Venezuela, el árbitro Ralston se planteó el problema de si los “principios generales de prescripción deben aplicarse a las reclamaciones pecuniarias entre naciones”. Encontramos, dijo el árbitro, “que en todas las naciones y desde las épocas más primitivas se ha considerado que el transcurso del tiempo debe aportar un fin a las controversias particulares. Muy temprano en la historia del derecho romano este sentimiento recibió sanción legislativa... esas leyes de aplicación universal no eran actos arbitrarios del poder, sino que respondían a necesidades de la humanidad... Todos los argumentos en favor de su institución entre particulares existen igualmente cuando se entabla una reclamación por un gobierno en protección de un nacional”. En base a estas consideraciones, el árbitro consideró que la reclamación había prescripto (11). El Tribunal arbitral mixto greco-búlgaro, en el caso *Sarrapulos* resolvió en 1927, en forma concordante que “la prescripción parece constituir una regla jurídica positiva en casi todos los sistemas de derecho. Es la expresión de un gran principio de paz que está en la base del ‘common law’ y

(9) Serie A, N° 17, pág. 29 y N° 9, pág. 21.

(10) LA PRADELLE et POLITIS (op.cit., II, 285), donde se cita una serie de decisiones concordantes. A ellas cabe agregar el caso *Fabiani*. Moore, *International Arbitrations*, V. pág. 4908 y el arbitraje de *Delagoa Bay* entre Portugal y Gran Bretaña en que el daño emergente y el lucro cesante fueron reconocidos en base a los principios generales del derecho común de las naciones modernas. LAUTERPACHT (1933, 118 en nota).

(11) BISHOP (op.cit., 37 a 39).

de todos los sistemas de jurisprudencia civilizados... siendo parte integrante y necesaria de todo sistema de derecho debe ser admitida en el Derecho Internacional" (12).

El internacionalista suizo Huber, actuando como árbitro en 1923 en las reclamaciones de Gran Bretaña contra España originadas en la zona española de Marruecos, en la reclamación N° 16, hizo aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto. Gran Bretaña reclamaba el pago de un alquiler por el uso de un bien de un súbdito británico por las autoridades españolas. Estas alegaban que el contrato de arrendamiento no se presume y si no se ha concluido no puede haber obligación de pagar alquiler. El árbitro "constató ante todo que es un principio jurídico generalmente admitido aquel según el cual obligaciones cuasi-contractuales pueden nacer de actos unilaterales. Constató además que la ocupación prolongada de un inmueble por las autoridades, sin consentimiento del propietario, sin procedimiento de expropiación y sin la excusa de la necesidad militar, constituye muy ciertamente un hecho suficientemente extraordinario que reúne las características necesarias para que sea posible deducir de él, a cargo de las autoridades y en favor del propietario, obligaciones 'quasi-ex contractu'. Constató finalmente que en el caso sería razonable dar a esas obligaciones eventuales la forma de un pago de alquiler, destinado a indemnizar al propietario del uso de la propiedad que le ha sido retirada. Si las autoridades hubieran arreglado la situación con vistas a una ocupación temporaria, la transacción habría tomado la forma de un alquiler. La omisión, de parte de las autoridades, de concluir un contrato de esta naturaleza, no puede acarrearles ventajas" (13).

En el asunto de la indemnización turca, referido más arriba, el Tribunal declaró, en un "obiter dictum", que la "excepción de fuerza mayor es oponible en Derecho Internacional público como en derecho privado" (14) y la Corte de Justicia Centro Americana invocó en un caso "el principio emanado del derecho romano de que los comuneros no pueden hacer actos de disposición sino con el consentimiento y de común acuerdo con los demás" (15).

La importancia de los "principios generales" en los litigios ante tribunales internacionales no se limita al derecho de fondo. Muchas cuestiones de procedimiento y de prueba, a menudo decisivas, no reguladas por los tratados aplicables, se han resuelto mediante la aplicación de principios de derecho procesal que son inherentes a todo sistema jurídico o, como ha dicho la Corte Permanente, "elementos esenciales de todo procedimiento judicial" (16). B.Cheng (1953, 25 y 26, 257 y 390) enumera entre ellos el principio "Audiatur et altera pars", "Jura Novit Curia", "Res Judicata", el poder de todo tribunal de determinar su propia jurisdicción, el "onus probandi" al que reclama, etc..

Entre ellos ofrecen particular interés algunos principios básicos de derecho procesal establecidos por la Corte Internacional, como la doctrina de la pre-

(12) Annual Digest, 1927-8, caso N° 173.

(13) Recueil des sentences arbitrales, Nations Unies, vol. II, pág. 682.

(14) BRIGGS, (op.cit., 41).

(15) American Journal of International Law, 1917, pág. 728.

(16) En la opinión consultiva sobre Servicio Postal en Danzig, Serie B, N° 11, pág. 31.

clusión o "stoppel", ("Venire contra factum proprium"). En el asunto de las usinas de Chorzow, Polonia alegó la incompetencia de la Corte fundándose en que el art. 305 del Tratado de Versailles daba jurisdicción en el asunto a un tribunal arbitral mixto. Cuando se demostró que Polonia había hecho imposible a los afectados recurrir a ese tribunal, al no dar noticias previas de la expropiación proyectada, la Corte Permanente de Justicia Internacional declaró: "es un principio generalmente reconocido, no sólo por la jurisprudencia arbitral internacional, sino también por las jurisdicciones nacionales, que una parte no puede oponer a la otra el hecho de no haber cumplido una obligación o no haber utilizado un recurso, si la primera, por un acto contrario a derecho, ha impedido a la segunda cumplir con la obligación en cuestión o recurrir a la jurisdicción que le estaba abierta" (17).

Un principio, que es a la vez básico al derecho procesal y al derecho público es el del "nemo iudex in causa sua", también proclamado por la Corte Permanente de Justicia Internacional tomándolo como fuente de los principios generales de derecho reconocidos por los principales sistemas jurídicos. En su opinión consultiva sobre el Tratado de Lausana la Corte adoptó la doctrina de que las disposiciones del Pacto sobre votación deben someterse el principio general, a "la regla bien conocida según la cual nadie puede ser juez en su propia causa" (C.P.J.I., Serie B, N° 12, pág. 32).

En el caso Fabiani, entre Francia y Venezuela, decidido en 1896 por el Presidente de la Confederación Suiza como árbitro, se definió el concepto de retardo inmotivado como denegación de justicia determinante de responsabilidad internacional, basándose en "principios generales de derecho internacional sobre denegación de justicia, es decir, en reglas comunes a la mayoría de los sistemas jurídicos o enseñadas por la doctrina" (18).

En la opinión consultiva sobre reservas a la Convención que condena el genocidio la Corte actual expresó que "los principios que están en la base de esta Convención son principios reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorias para los Estados, aún fuera de todo lazo contractual" (19).

(17) Serie A, N° 9, pág. 31. Ver también el Asunto de las aguas del Mosa (Serie A/B, N° 70, pág. 25), en que la Corte Permanente declaró difícil de admitir que Holanda tenga ahora razón en quejarse por la construcción y funcionamiento de una compuerta para lo cual ellos mismos dieron un ejemplo en el pasado. Igualmente, al dictar su reglamento, la Corte se fundó en principios de derecho procesal universal, como la conexión entre lo que se pide y lo que se contra-demanda, en las demandas reconventionales, y en uno de sus fallos (Serie A, N° 6 pág. 20) se refiere a los principios ordinariamente admitidos en materia de litispendencia o sea la identidad de parte, la de objeto y la de "causa petendi". En Serie A N° 6 pág. 20 la Corte Permanente aplicó los principios generales sobre litispendencia. La Corte actual en el fallo en el asunto del Canal de Corfú I.C.J. Reports 1949 pág. 18, admitió la prueba circunstancial aduciendo que estos medios de prueba indirecta son admitidos en todos los sistemas de derecho y su uso es sancionado por la jurisprudencia internacional.

(18) MOORE, *International Arbitrations*, t. V, pág. 4895.

(19) Reports, I.C.J. 1951, pág. 23.

4. *El método comparativo para la determinación de "los principios generales de derecho reconocidos por los principales sistemas jurídicos"*

Para que los principios generales de derecho cobren relevancia internacional y puedan ser aplicados por los órganos judiciales y arbitrales de la comunidad de Estados, es menester que sean reconocidos por los principales sistemas jurídicos, representativos de la comunidad internacional.

La respuesta acerca de si determinado principio es aceptado o no, sólo puede provenir de un estudio de derecho comparado que debe practicarse respecto de los regímenes jurídicos contemporáneos, a fin de decidir si ha alcanzado o no la generalidad necesaria para convertirse en una regla positiva de derecho internacional que permita resolver jurídicamente controversias entre Estados.

El mero hecho de que un principio se encuentre en diversos sistemas de derecho interno no lo inviste con los atributos de universalidad requeridos para que pueda ser trasladado a la esfera internacional. Debe ser "reconocido por las naciones civilizadas", es decir, admitido en sustancia por los principales sistemas de derecho del mundo y, al aplicarlo, es menester no hacer violencia a los conceptos fundamentales de cualquiera de esos sistemas. El método del derecho comparado es indispensable en este caso, como medio de descubrir y determinar los principios de derecho interno sostenidos en común y maduros, por lo tanto, para su absorción por el Derecho Internacional.

En la práctica los órganos judiciales internacionales al aplicar tales principios no realizan un estudio exhaustivo de derecho comparado. Sin embargo, la composición de la Corte Internacional de Justicia, que estatutariamente debe contar con la representación de las grandes formas de civilización y de los principales sistemas jurídicos del mundo, facilita ese examen comparativo. Esa composición representativa permite confiar en que los principios generales aplicados por la Corte no encuentran oposición en esos sistemas, pues un juez internacional consciente de su misión protestaría contra la invocación de un pretendido principio general de derecho incompatible con los postulados de su orden jurídico nacional.

Sin embargo, la aplicación intensiva del método del derecho comparado, puede convertirse en valiosísimo auxiliar para el desarrollo del Derecho Internacional, descubriendo nuevas reglas, como por ejemplo, las restricciones al derecho de legítima defensa mediante la aplicación de principios emergentes de los Códigos Penales nacionales, o la reglamentación del aprovechamiento de ríos merced a la aplicación de normas de derecho civil sobre uso de las aguas.

Ejemplo de evolución en este sentido es lo relativo al abuso del derecho. En 1870 el Presidente de Chile debió resolver como árbitro un pleito entre Gran Bretaña y Argentina originado a raíz del cierre del puerto de Buenos Aires, ordenado por el Gobierno argentino cuando ya estaban en viaje algunos barcos destinados a él. Inglaterra adujo que esa medida era ilícita porque si bien Argentina era dueña de sus puertos, y podía ejercer actos de policía sobre ellos, el cierre inconsulto y sin advertencia previa infería perjuicios que debían repararse, en cuanto constituía el ejercicio abusivo de un derecho. En ese momento, las

legislaciones civiles de muchos países no habían aceptado todavía de manera decisiva y concluyente este principio del abuso del derecho. El árbitro resolvió en contra de esta pretensión británica, concluyendo que “es de jurisprudencia universal que aquel que hace uso de su derecho no lesiona a nadie” (20).

En cambio, en 1926, se planteó ante la Corte Permanente un problema que también involucraba el abuso del derecho, cuando Polonia alegó que la enajenación por Alemania de ciertos intereses en Alta Silesia antes de la transferencia de ese territorio ordenada por los Tratados de Paz, entrañaba un abuso del derecho.

Si bien la Corte no hizo lugar en el caso a la pretensión polaca, admitió implícitamente en tesis general la procedencia del principio del abuso del derecho en el Derecho Internacional. Sostuvo que “la hipótesis de tal abuso no se verifica en el caso actual: se trata de un acto que no sale del cuadro de la administración normal de bienes públicos y que no está destinado a procurar a una de las partes interesadas una ventaja ilícita y a privar a la otra de una ventaja a la que tenga derecho. La cancelación del contrato parece en efecto, haber respondido a un fin legítimo de administración, o sea, el abandono por el Reich de una explotación gravemente deficitaria”. Agregó además la Corte que “tal abuso no se presume, sino que incumbe a quien lo alega proporcionar la prueba de su alegación” (21).

La Corte recogió y examinó en este caso el concepto de abuso de derecho con el criterio más restrictivo con que es admitido en las legislaciones civiles de los diversos sistemas jurídicos, llegando a una especie de denominador común mínimo en que coinciden dichas legislaciones. Ese concepto mínimo es que sólo existe abuso del derecho cuando el acto es cumplido con la exclusiva intención de dañar a otro; cuando el agente no tiene ningún interés propio, sino que persigue el sólo objeto de perjudicar a un tercero. Así por ejemplo, en el derecho anglo-sajón la jurisprudencia exige “el uso malicioso de la propiedad” como criterio determinante del abuso (W.Friedman, op. cit., 393).

5. *Los principios generales del Derecho Internacional*

Es necesario distinguir los “principios generales del derecho” reconocidos por los principales sistemas jurídicos en su foro doméstico a que se refiere el art. 38 (c), de los principios generales del orden jurídico internacional, inferidos de las normas consuetudinarias y convencionales y, por lo tanto, basados en los parágrafos a y b del mismo artículo 38.

Estos principios o reglas generales del Derecho Internacional surgen directamente de la naturaleza del propio Derecho Internacional por un proceso de inducción lógica, en tanto que los “principios generales de derecho”, según se ha visto, han obtenido antes su reconocimiento en el derecho interno de los Estados.

(20) LA PRADELLE et POLITIS, (op.cit., II, 658 y nota doctrinaria en pág. 666).

(21) C.P.J.I., Serie A, N° 7, pág. 37 y pág. 30, respectivamente.

Algunos de esos principios generales del Derecho Internacional tienen su base en la costumbre, como por ejemplo, el de la libertad de los mares, invocado por la Corte Permanente en el caso del "Lotus". Hay otros principios de esta misma naturaleza, inherentes a la estructura de la comunidad internacional contemporánea, como por ejemplo, el de la igualdad e independencia de los Estados, que constituyen la "espinas dorsal" del "corpus iudicium" internacional. La Corte Permanente ha dicho que la independencia de los Estados constituye "un principio que está en la base misma del Derecho Internacional" y le ha servido de punto de partida para la constatación de que "se halla bien establecido en Derecho Internacional que ningún Estado podría ser obligado a someter sus diferendos con otros Estados a un procedimiento cualquiera de solución pacífica, salvo con su consentimiento" (22). En el asunto *Mavrommatis* (C.P.J.I., Serie A, N° 2) la Corte declaró que "es principio elemental de Derecho Internacional el que autoriza al Estado a proteger a sus nacionales lesionados por actos contrarios al Derecho Internacional cometidos por otro Estado, si esos nacionales no han podido obtener satisfacción por las vías ordinarias". Igualmente cabe mencionar la regla del previo agotamiento de los recursos internos, establecida en numerosas decisiones arbitrales y judiciales, y que en el caso *J. Pinson* (Francia contra México) fue descripta como "el famoso principio de Derecho Internacional según el cual una reclamación internacional no es, por regla general, admisible, en tanto que los recursos legales ante las autoridades nacionales hayan sido agotados, principio que, aunque no haya encontrado reconocimiento expreso en las relaciones convencionales entre los dos Estados en causa, puede ser considerado como un principio generalmente admitido de derecho consuetudinario" (23).

La Corte actual, en el asunto del Canal de Corfú, fundó la obligación de Albania de notificar la existencia de minas en su territorio marítimo, determinante de su responsabilidad por la voladura de barcos, "en ciertos principios generales y bien reconocidos, a saber: consideraciones elementales de humanidad, más absolutas cuando actúan en tiempo de paz que en época de guerra, el principio de la libertad de las comunicaciones marítimas y la obligación, para todo Estado, de no dejar utilizar su territorio para actos contrarios a los derechos de otros Estados" (I.C.J. Reports, 1949, 122).

También la jurisprudencia internacional ha proclamado otros principios generales del Derecho Internacional inducidos del sistema convencional y de la regla "pacta sunt servanda", como por ejemplo, "el principio generalmente admitido según el cual un Estado no podría invocar frente a otro Estado su propia Constitución para substraerse a sus obligaciones internacionales" (24).

(22) Serie B, N° 5, pág. 27. En este principio ha insistido la Corte actual, I.C.J. 1948 pág. 31, 1950 pág. 71, 1952 pág. 103, 1954, pág. 32.

(23) Recueil d'Arbitrages de las Naciones Unidas, t. V, pág. 351. En su fallo de 21 de marzo de 1959 en el asunto *Interhandel* (Suiza contra Estados Unidos) la Corte declaró inadmisibile la demanda porque la compañía *Interhandel*, cuyo caso ha sido patrocinado por Suiza, no ha agotado los remedios locales que tiene disponibles en los tribunales de los Estados Unidos.

(24) Opinión consultiva de la C.P.J.I. sobre los nacionales polacos en *Danzing*, Serie A/B, N° 44, pág. 24.

Igualmente, en su opinión consultiva sobre las comunidades greco-búlgaras, la Corte constató que “es un principio generalmente reconocido del derecho de gentes que en las relaciones entre las partes de un tratado, las disposiciones de una ley interna no podrían prevalecer sobre las del tratado” (25), así como “el principio evidente por sí mismo que un Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales está obligado a introducir en su legislación las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las mismas” (26).

En el caso Tinoco (Gran Bretaña contra Costa Rica) el árbitro Taft dijo: “es un principio general de Derecho Internacional que un cambio de gobierno no tiene efecto sobre las obligaciones internacionales de un Estado” (27).

Es a estos principios de Derecho Internacional inferidos por los órganos judiciales por un proceso de razonamiento inductivo a los que se refiere el fallo arbitral dictado entre Estados Unidos y el Reino Unido en 1923 por un tribunal mixto presidido por Fromageot, donde se dice: “El Derecho Internacional, tal como el derecho interno, puede no contener, y generalmente no contiene reglas explícitas que decidan casos particulares: pero la función de la ciencia del derecho es resolver los conflictos de derechos e intereses opuestos aplicando, en defecto de disposiciones legales específicas, los corolarios de principios generales, a fin de encontrar —exactamente como en las ciencias matemáticas— la solución del problema. Este es el método jurídico; es el método por el cual el derecho ha evolucionado gradualmente en todos los países y ha resultado en la definición y arreglo de relaciones jurídicas, tanto entre Estados como entre particulares” (28).

Sección V

Medios auxiliares de determinación de las reglas de Derecho Internacional

1. La jurisprudencia internacional

Las decisiones judiciales que tratan cuestiones de Derecho Internacional son indicadas en el art. 38 del Estatuto de la Corte, conjuntamente con la doctrina, como “medio auxiliar de determinación de las reglas de derecho”, bajo reserva de lo dispuesto en el artículo 59 del Estatuto. Este artículo establece que la decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y para el caso que ha sido decidido.

(25) C.P.J.I., Serie B, N° 17, pág. 32.

(26) C.P.J.I., Serie B, N° 10, pág. 20.

(27) HUDSON (op.cit., 163).

(28) BRIGGS (op.cit., 35). El Tribunal decidió en este caso que si un principio de Derecho Internacional de tiempo de guerra autoriza a un beligerante a privar a su enemigo del beneficio de la libertad de alta mar, por analogía está justificado el privarle del uso de los mares por medio de cables telegráficos, que habían sido cortados por Estados Unidos en Filipinas durante la guerra con España en 1898.

La conjugación de estas dos disposiciones significa que no rige en materia internacional el principio del "stare decisis", o sea la doctrina del precedente obligatorio.

Es indudable sin embargo, que en la práctica, los tribunales internacionales en sus decisiones, los abogados en sus alegatos y los autores en sus obras de doctrina dan gran peso a las decisiones judiciales preexistentes. Esta tendencia se ha acentuado con la creación de un órgano judicial permanente como es la Corte de La Haya, que ha evidenciado una definida tendencia a seguir los precedentes establecidos por otros tribunales internacionales y por ella misma. La Corte ha invocado con frecuencia, en apoyo de sus decisiones, la jurisprudencia de los tribunales arbitrales (1), y sus propias decisiones anteriores. La Corte actual ha seguido los precedentes establecidos por su predecesora y en algún caso en que ha debido apartarse de ellos ha tomado el cuidado de "distinguir" el nuevo caso del anterior, con procedimientos similares a los empleados por los tribunales del "common-law" anglo-sajón (2).

Es que ninguna regla escrita puede impedir que un fallo tenga valor persuasivo como prueba autorizada del derecho existente: las sentencias de un tribunal indican lo que, con toda probabilidad, ese tribunal considerará en el futuro como derecho vigente.

De todas maneras, en el campo internacional sólo puede hablarse de "jurisprudencia" en el sentido continental europeo, y no en el del derecho común anglo-sajón, en que constituye "per se" fuente formal de validez de normas jurídicas.

Del artículo 38 del Estatuto de la Corte resulta que la jurisprudencia, como también la doctrina, son "medios auxiliares de determinación de las reglas de derecho"; es decir, no constituyen fuentes en sí mismas, de las que emanen normas jurídicas, sino medios subsidiarios destinados a evidenciar el estado del derecho en un tema determinado. Son fuentes de conocimiento, pero no de validez; no crean reglas: concurren a determinar las ya existentes. Como decía el Barón Descamps al discutir este pasaje del art. 38, la jurisprudencia y la doctrina desempeñan un cometido de elucidación (3).

Así, por ejemplo, las decisiones judiciales, incluso las internas, desempeñan un papel sumamente importante en la determinación de las normas consuetudinarias, ya que evidencian lo que los tribunales internacionales o internos han aceptado como reglas vigentes de Derecho Internacional. Como ha dicho el Juez Cardozo, las normas consuetudinarias tienen a veces "una existencia crepuscular durante la cual son difícilmente discernibles de las reglas morales o de justicia, hasta que al fin el 'imprimátur' de una corte verifica su calidad jurídica" (4).

(1) Ver por ejemplo C.P.J.I. Serie A/B, N° 61, pág. 243, Serie A, N° 9, pág. 31, N° 31, pág. 47 y C.I.J. Reports 1953, pág. 119, con una referencia expresa al caso del Alabama.

(2) Opinión consultiva de 30 de marzo de 1950 sobre Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumania, I.C.J. Reports, 1950, pág. 65. Ver, además, E.JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1950, 496-7).

(3) Procés Verbaux, pág. 336.

(4) New Jersey v. Delaware, 291 U.S. 361, 383, (1934).

Refiriéndose a esta función de la jurisprudencia decía en un caso el Juez Marshall en nombre de la Corte Suprema de los Estados Unidos: "El Derecho Internacional es en parte no escrito y en parte convencional. Para determinar aquella parte no escrita, recurrimos a los grandes principios de razón y de justicia; pero, como esos principios serán diferentemente entendidos por las distintas naciones bajo distintas circunstancias, los consideramos, en cierto grado, fijados y estabilizados por una serie de decisiones judiciales. Las decisiones de los tribunales de los distintos países, en tanto se funden en un derecho común a todos, serán acogidas, no como autoridad, pero sí, con respeto, ya que muestran como se ha entendido, en ellos, en el caso dado, el Derecho Internacional" (5).

De manera que el juez internacional podrá recurrir, por ejemplo, a la jurisprudencia sentada por otros tribunales internacionales, y aún a la jurisprudencia interna conforme al Derecho Internacional, no para fundar exclusivamente en ella la norma que ha de aplicar, sino para determinar con su auxilio si ha surgido realmente una costumbre jurídica sobre un punto dado, o si existe un principio general de derecho generalmente recibido.

Asimismo, como ya se ha señalado, las decisiones de los tribunales internos pueden conducir por sí y directamente al desarrollo de reglas consuetudinarias, tal como ocurre con los actos legislativos o ejecutivos del Estado. Existen normas consuetudinarias en materia de extraterritorialidad de Estados extranjeros; en lo relativo a la situación jurídica de gobiernos no reconocidos; en materia de extradición o de jurisdicción penal sobre navíos extranjeros, que han surgido de decisiones uniformes concurrentes de los tribunales judiciales de los distintos Estados.

Pero, naturalmente, mayor importancia tienen las decisiones judiciales o arbitrales emanadas de órganos internacionales. En lo que a estas respecta, no cabe duda que una importancia mayor se debe dar, por su orden, a los fallos de la Corte Permanente de Justicia Internacional o la Corte Internacional de Justicia; luego a los Tribunales y Cortes de arbitraje y finalmente, a las decisiones de las comisiones mixtas. El nivel técnico superior, la mayor especialización, la desvinculación más grande de la influencia política del Estado, explican esa preferencia. La opinión judicial a su vez, debe asumir y ha asumido prioridad sobre la doctrinaria. Es razonable dar más peso a las decisiones judiciales que a las enseñanzas de los juristas, porque la decisión judicial internacional es el pronunciamiento de una corte expresado después de haber tenido la ventaja de escuchar los puntos de vista explicados por ambas partes. En cambio, el internacionalista sólo actúa a base de sus propias investigaciones y estudios.

2. *La doctrina de los publicistas*

La doctrina de los publicistas más calificados en Derecho Internacional, que llegó a desempeñar en el origen de este derecho, un papel cuasi-legislativo, es hoy simplemente un segundo "medio auxiliar de determinación de las reglas de derecho" que va perdiendo importancia frente a la jurisprudencia.

(5) BISHOP (op.cit., 33 a 35).

Las obras de los fundadores del Derecho Internacional alcanzaron enorme autoridad en la práctica ya que las reglas de conducta por ellos postuladas fueron acogidas por los Estados para gobernar sus relaciones recíprocas.

El primer período del arbitraje facultativo, de 1783 a 1855, como señalan La Pradelle y Politis, se caracteriza por la influencia predominante de la doctrina. Los fallos de esa época se basan casi enteramente en las opiniones de los publicistas clásicos y algunos modernos (6).

Pero ya a mediados del siglo pasado se empezó a poner en discusión el papel desempeñado hasta entonces por la doctrina. Decía, por ejemplo, una Corte Judicial inglesa en 1876: "Los autores de Derecho Internacional, por valiosos que sean sus trabajos en elucidar y aclarar los principios y reglas de derecho, no pueden crear ese Derecho. Para ser obligatorio, el Derecho debe haber recibido el asentimiento de las Naciones obligadas por él. En ausencia de pruebas de tal consentimiento, ni siquiera la unanimidad de parte de los escritores teóricos justificaría la aplicación judicial del derecho por la sola voluntad de sus opiniones o declaraciones" (7).

Sin contradecir esta opinión, un fallo posterior de la Corte Suprema de los Estados Unidos, dictado en 1900, en el caso ya referido del Paquete Habana, aclara en forma muy precisa el cometido útil, pero limitado que desempeña hoy la doctrina del Derecho Internacional en la determinación de las reglas de este orden jurídico: "Cuando no hay tratado, debe recurrirse a las costumbres y al uso de las naciones civilizadas; y para probar la existencia de tales costumbres, es necesario acudir a las obras de los juristas y comentaristas que, a fuerza de años de trabajo, investigación y experiencia, han adquirido un conocimiento particularmente profundo de los temas de que tratan. Los tribunales judiciales deben recurrir a tales obras, no en busca de las especulaciones de sus autores sobre como debiera ser el derecho, sino en procura de su autorizada experiencia acerca de lo que el derecho realmente es" (8).

Un hecho significativo para mostrar la creciente declinación del papel de la doctrina en el Derecho Internacional de hoy, es que en las decisiones de la Corte Internacional no es invocada sino en raras ocasiones y no se hace nunca mención expresa de nombres de autores. Se alude simplemente, en algunos fallos, a "la opinión general" a "la doctrina constante" (9). Este hecho se explica, entre otros motivos, porque "a medida que el campo del Derecho Internacional es cubierto por decisiones judiciales, menor pasa a ser la autoridad de los comentaristas y de los juristas" (10). Además, el juez internacional de hoy no tiene necesidad como el árbitro del siglo pasado, de consultar las obras doctrinarias para saber lo que prescribe el Derecho Internacional sobre una cuestión dada, sino que tiene a su disposición fuentes de información más directas y auténticas. Por eso la jurisprudencia ha alcanzado una función mucho más importante que la doctrina como medio subsidiario de determinación de las

(6) Recueil d'Arbitrages t. I, Introducción pa. XLVII.

(7) BISHOP (op.cit., 32).

(8) BISHOP (op.cit., 30).

(9) Serie A, N° 1, pág. 28. B, N° 8, pág. 37.

(10) LORD SUMNER, citado en Schwarzenberger, International Courts, pág. 15.

demás fuentes y así lo revelan, por ejemplo, los alegatos que se presentan ante la Corte Internacional.

Sección VI

Jerarquía entre las diversas fuentes

por Eduardo Jiménez de Aréchaga (numeral 1)

Roberto Puceiro Ripoll (numerales 2 y 3)

1. La posición tradicional

Un último punto a señalar con respecto al problema de las fuentes del Derecho Internacional es el que se relaciona con la jerarquía que existe entre todas ellas. El artículo 38 del Estatuto de la Corte las enumera en el orden siguiente: tratado, costumbre, principios generales de derecho y luego, en el mismo plano, jurisprudencia y doctrina como medios auxiliares. Al redactarse el Estatuto se propuso declarar que estas fuentes se aplicarían “en orden sucesivo” a lo que se opuso el jurista italiano Ricci-Busatti, sosteniendo que ello podría suscitar dificultades en la hipótesis en que hubiera que aplicar simultáneamente diversas categorías de fuentes en el mismo caso concreto. El Presidente del Comité redactor señaló que ese orden jerárquico entre las diversas fuentes resulta de la propia naturaleza de las cosas: si hay un tratado entre dos Estados que resuelve un problema determinado, es evidente que ese tratado, como norma particular, prima en las relaciones entre esos Estados sobre la costumbre general que pueda existir en la materia. Si no hay tratado, corresponde aplicar entonces la norma consuetudinaria y recién se podrá acudir a los principios generales de derecho, en ausencia de normas convencionales y consuetudinarias, a fin de llenar el vacío existente en el ordenamiento internacional. Se replicó entonces que la fórmula estableciendo el orden sucesivo era inútil, ya que el orden de aplicación se deducía del principio del predominio de la norma especial sobre la general. En definitiva, esas palabras fueron eliminadas por la Asamblea de la Sociedad de las Naciones por considerarlas inútiles (1).

A pesar de esta eliminación, la Corte Internacional ha entendido el orden del art. 38 del Estatuto como expresión de una jerarquía de las fuentes del Derecho Internacional, (2) y en particular que el derecho emergente de los tratados tiene precedencia sobre el derecho consuetudinario (3).

(1) Procés Verbaux Première Assemblée SDN 3ème Comm. pág. 534 y plenières pág. 438.

(2) M.SOERENSEN, (op.cit., 68).

(3) G. SCHWARZENBERGER, op.cit., 16.

2. *Enumeración de las actuales fuentes formales del Derecho Internacional Público*

Un problema que ha adquirido relevancia en la actualidad por las implicancias que posee, es el de considerar, al tenor del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y de los recientes desarrollos del Derecho Internacional Público, cuáles son las fuentes formales de éste y si existe jerarquía entre las mismas y las reglas que de ellas provienen.

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, establecía "La Corte.... aplica:" y a continuación enumeraba las fuentes formales, mientras que el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia expresa: "La Corte, cuya función es decidir conforme al Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar..." y también señala seguidamente las fuentes.

Ese cambio en la introducción de la norma indica claramente que esas son las fuentes formales del Derecho Internacional, —y no solo las que atañen a la Corte— y que por tanto son las aplicables directamente por la Corte y por todos los sujetos del Derecho Internacional, que no solo no han negado tales fuentes sino que además las han aceptado, ya sea a través del Estatuto de la Corte o fáctica y jurídicamente.

En tal contexto, queda en pie la consideración de si esa enumeración de las fuentes es taxativa y exhaustiva o pueden existir y si existen otras fuentes formales.

Las interpretaciones han sido diversas, a lo largo del tiempo. Sin embargo, en el Derecho Internacional contemporáneo resulta innegable la existencia de otras fuentes, como los actos unilaterales de los Estados y de los organismos internacionales (4).

Para analizar la viabilidad de esa existencia, partiendo de la base del artículo 38 citado, necesaria piedra angular del tema, se requiere considerar dos factores.

En primer término, el Estatuto de la Corte, no niega la posibilidad de la existencia de otras fuentes, desde que su texto no indica explícita o tácitamente, que su enumeración sea exhaustiva. Es más, no es el Estatuto de la Corte el que fija las fuentes sino el "Derecho Internacional" al que cita en la introducción del artículo 38. En segundo lugar, es explicable que el Estatuto enumerara las fuentes existentes al momento de su creación, sin cerrarse a la viabilidad de la futura existencia de otras. Y en tal sentido, precisamente, esas nuevas fuentes a las que hemos aludido, han adquirido nítido perfil y por ende indubitable existencia, con posterioridad a la vigencia del Estatuto.

(4) Ver en este mismo Tomo el Capítulo VI.

Por tanto, si el intérprete y el que debe aplicar el Derecho Internacional, ya sean sus sujetos, la doctrina o la jurisprudencia, descubren que el mismo ha aceptado y configurado nuevas fuentes no enumeradas en el artículo 38 de la Corte, no puede desconocerlas so pretexto que dicha norma no las incluye, porque la última palabra no radica en ella sino en el propio Derecho Internacional, al que por otra parte esa misma norma se remite.

3. *Jerarquía entre las fuentes formales del Derecho Internacional y entre sus normas*

a. *Planteo de la cuestión*

Otro tema importante resulta el de la jerarquía de las fuentes del Derecho Internacional y de sus normas y la correcta y real orientación y consideración de tal tema.

El problema de la jerarquía de las fuentes del Derecho Internacional, para llegar a una precisa conclusión, requiere una distinción previa entre las fuentes formales y las normas jurídicas internacionales que emanan de las mismas (Ver Q.D.Nguyen y otros, 1987, 105 y 106).

Las fuentes formales del Derecho Internacional son los procedimientos de elaboración de ese derecho, las diferentes técnicas que autorizan a considerar que una regla pertenece al derecho positivo.

Por normas jurídicas internacionales debe entenderse el contenido de una regla originada de acuerdo a las exigencias procedimentales de una fuente formal. Una norma internacional puede emerger de diferentes fuentes formales. Por ejemplo, los derechos de los ribereños de un curso de agua internacional pueden provenir de una fuente convencional o consuetudinaria. Por otro lado, una misma fuente puede proveer normas diferentes sobre un mismo tema.

Se habla comúnmente de la "costumbre" o "el tratado", para referirse indistintamente a las fuentes y a las normas que de ellas provienen. Sin embargo, es más preciso hablar de normas consuetudinarias o convencionales cuando corresponde diferenciarlas de las fuentes que les dan nacimiento.

El enfoque se hace desde dos escuelas diversas de pensamiento, de acuerdo a la concepción del Derecho Internacional. La concepción "formal" considera el tema desde el punto de vista de las fuentes en sí, y se inclina en general por la doctrina de la jerarquía de las fuentes: el tratado prevalece sobre la costumbre, la costumbre tiene precedencia sobre los principios generales de derecho. Una interpretación "sustantiva o material" del Derecho Internacional, parte en cambio de la base de las normas de las fuentes y concluye que no son las "fuentes" sino las "reglas", cualquiera sea su fuente, la que pueden rivalizar entre sí.

Corresponde pues analizar el tema desde las dos diferentes perspectivas mencionadas.

b. *Jerarquía entre las fuentes formales del Derecho Internacional*

En consideración a las fuentes formales del Derecho Internacional, adelantamos desde ya que entendemos que no se da ni existe jerarquía entre las mismas.

Tradicionalmente, el estudio de las fuentes del Derecho Internacional sigue la enumeración dada en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que no establece concretamente ninguna jerarquía entre esas fuentes (Ver M. Diez de Velasco, 1988, I, 82 y ss.).

Las discusiones y conclusiones en el seno del Comité de Juristas, redactor del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1920 –del cual proviene el Estatuto de la actual Corte Internacional– recogieron las fuentes de la comunidad internacional, teniendo en cuenta los antecedentes existentes en su momento y desde entonces el contenido del artículo 38 de ese cuerpo normativo ha tenido una influencia notoria en la interpretación y manejo del tema.

En principio, la norma se apartó sustancialmente del artículo 7o. de la Convención de La Haya de 1907 que creaba la Corte Internacional de Presas, que establecía una concreta jerarquía entre las fuentes del Derecho. Ese apartamiento no debe entenderse como un descuido de los redactores del Estatuto de 1920, sino como la inteligencia de que no existía jerarquía entre las fuentes o en todo caso que ello debía dejarse librado a la interpretación.

Asimismo, en el Proyecto del artículo 38 del Estatuto de la Corte Permanente se establecía que la aplicación de las fuentes había de hacerse en “orden sucesivo”, lo que posteriormente fue suprimido por considerarlo innecesario. Por lo demás, el artículo hace la enumeración de las fuentes con las letras a), b) y c), no utilizándose ordinales que hubieran podido interpretarse como un criterio jerárquico.

Finalmente, como ya se dijera, en la norma citada, en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, se adicionó que es misión del Tribunal “decidir conforme al Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas” con lo que se llega a un evidente reconocimiento de que las fuentes expresadas son las del Derecho Internacional y es éste quien en definitiva regula la materia y en donde deben buscarse las soluciones al respecto.

Ante todo, la norma referida solo señala las fuentes en sentido estricto, conocidas como principales o de aplicabilidad absoluta, a saber tratados, costumbre y principios generales de derecho reconocidos por los principales sistemas jurídicos.

La jurisprudencia y la doctrina, a quienes también se refiere la norma, no son fuentes de producción de normas internacionales, capaces de crear, modificar o extinguir una regla jurídica, sino que cumplen la función auxiliar de ayudar a determinar la existencia y el exacto contenido de esas reglas.

Por su parte, también de acuerdo a dicha norma, la equidad constituye una fuente formal de producción jurídica, aunque supeditada al consentimiento de las partes.

En consecuencia, la lectura y análisis de dicha norma no lleva a sostener por sí, la existencia de una prioridad entre las fuentes que indica, sino un mero orden secuencial, en base a la especificidad o especialidad, yendo de lo comúnmente más particular a lo más general. Y tampoco existe otro fundamento en el Derecho Internacional que permita sostener "a priori" e "in limine", que unas fuentes prevalecen sobre otras.

Esto fue reconocido por la propia Corte Internacional de Justicia en su Fallo sobre "Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra la misma", donde expresó que no existe "ninguna razón para pensar que, cuando el Derecho Internacional consuetudinario está constituido por reglas idénticas a las del derecho convencional, aquél se encuentra suplantado por éste al punto de no tener más existencia propia" (5).

c. Jerarquía entre las normas jurídicas de las distintas fuentes formales del Derecho Internacional

*** Planteo de la cuestión.**

El propio concepto de norma de derecho excluye la posibilidad de existencia de dos o más normas contradictorias pertenecientes a la misma o a diferentes fuentes. Por ello, en caso de darse esa situación es necesario saber qué norma tiene jerarquía y por ende prima (Ver M.Bos, 1979, I, 364).

Se plantea, ante todo, la cuestión de si jerarquía es la expresión verdadera para denotar la relación entre dos o más normas en conflicto, pertenecientes a iguales o distintas fuentes.

Este problema semántico escapa a este trabajo, y podemos decir que en general, resulta al menos claro hablar de jerarquía, es decir grados de prelación de reglas de derecho, para solucionar los conflictos entre ellas, ya sea por contradicción, incompatibilidad o cualquier otra causa.

En este caso, puede afirmarse desde ya, que puede existir jerarquía entre las normas jurídicas que emanan de las fuentes formales del Derecho Internacional.

No obstante, esa precedencia no se puede deducir del fundamento de estas normas, pues se trata de fuentes formales, pero el propio Derecho Internacional contemporáneo brinda criterios de jerarquía basados en primer grado en la naturaleza de las normas y en segundo grado en la especialidad y posición cronológica de esas reglas (6).

*** Jerarquía de primer grado: por la naturaleza de las normas.**

En esta situación encontramos lo dispuesto por la Carta de las Naciones Unidas y las normas de jus cogens, a las que se les concede primacía en primer grado, en virtud de su naturaleza, es decir por su peculiar contenido, todo lo

(5) C.I.J. Recueil, 1986, párr. 177.

(6) Lo dicho es lo aplicable al Derecho Internacional general, sin perjuicio de que en otros sistemas jurídicos, como los de algunas Organizaciones Internacionales, a una jerarquía de órganos corresponde una jerarquía de actos, existiendo también una jerarquía entre los procedimientos de adopción de los actos jurídicos y entre las fuentes formales propias de los órganos.

cual tiene su fundamento meta jurídico en las fuentes materiales de esas normas.

Prevalencia de la Carta de las Naciones Unidas. La Carta expresa que en caso de conflicto prevalecen las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en mérito a ella, sobre sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional (artículo 103).

Se establece entonces la primacía y generalidad de la Carta en el orden jurídico internacional convencional. La filosofía de esa jerarquía de normas convencionales, tomando de alguna manera la forma de una pirámide en cuya cúspide se encuentra la Carta, se inscribe en la concepción que los negociadores tuvieron de la superioridad de la Carta, de su carácter "constitucional" y de su naturaleza "supra jurídica" con relación a otros convenios internacionales (T.Flory, op. cit., 1371 y ss.).

El análisis del texto ha llevado a entender que: las "obligaciones contraídas por los Miembros" son los principios y reglas enunciados por la Carta así como las medidas colectivas obligatorias tomadas por los órganos de la Organización; que la referencia a "obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional" alude a las obligaciones que emanan del tratado y no al tratado en sí; y que éste puede haber sido celebrado antes o después de la vigencia de la Carta y entre Miembros o entre ellos y no Miembros.

En cuanto a los efectos, se habla de "prevalencia", lo que significa que en caso de conflicto las obligaciones de los tratados son inaplicables e inoponibles, pero el tratado mantiene su validez.

La situación en análisis, de carácter excepcional, solo se puede concebir entonces si se admite el carácter cuasi-constitucional de la Carta, que crea un régimen objetivo, oponible a todos los Estados (7).

No obstante, cabe observar que esa prevalencia de acuerdo a la norma comentada, se refiere concretamente a las obligaciones contraídas en virtud de otras convenciones internacionales. Sería pertinente preguntarse si esa prevalencia juega también con respecto a las otras fuentes formales que también podrían llegar a colidir con los deberes emanados de la Carta. Una respuesta basada estrictamente en el texto de la norma en sí lleva a una conclusión negativa, una interpretación lógico-contextual llevaría a una conclusión extensiva.

Imperatividad de las normas de "jus cogens". Las normas de "jus cogens", normas imperativas de Derecho Internacional general, son reglas fundamentales de aplicación universal y que no admiten derogación salvo por otras normas de la misma naturaleza. Por tanto, es nula toda norma anterior o posterior que se le oponga.

Sobre esas reglas imperativas se funda la comunidad internacional, buscando preservar valores esenciales del sistema internacional en un determina-

(7) El efecto erga omnes de la Carta fue afirmado por la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva sobre Reparación de perjuicios sufridos al servicio de las Naciones Unidas, CIJ Recueil, 1949, 185.

do momento histórico, fijando límites concretos a la autonomía de la voluntad de los sujetos y obteniendo la garantía de la observancia de esas normas (8).

El concepto y los efectos de las normas de "jus cogens" quedaron claramente cristalizados y plasmados en la Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969 (artículos 53, 64 y 71), pero se admite pacíficamente en la actualidad que la admisión de su existencia, el concepto y los efectos están también ahora recogidos por el derecho consuetudinario general y por tanto alcanzan al Derecho Internacional todo y son aplicables "erga omnes" (9).

*** Jerarquía de segundo grado: especialidad y posición cronológica de las normas.** En materia de jerarquía, el Derecho Internacional se basa, en segundo grado, en los principios generales de Derecho de "lex specialis derogat lege generali" (la norma especial deroga la general); "lex posterior derogat lege priori" (la norma posterior deroga la anterior); y "lex posterior generalis non derogat lege priori specialis" (la norma posterior general no deroga la norma anterior especial).

En consecuencia, se admite que las normas que emanan de las fuentes enumeradas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional, pueden derogarse entre sí, aplicando los principios de norma especial y norma posterior (Ver B.Conforte, 1988, V, 128 y 129).

Esta jerarquía no tiene implicancias sobre la validez de las normas que se encuentran en contradicción, y por ende se trata de una jerarquía que determina la precedencia pero no la nulidad por causa de inferioridad.

En materia de conflicto entre normas convencionales, en base a los principios de jerarquía aludidos y a la identidad o no de partes, juegan las normas de aplicación de tratados sucesivos, de terminación expresa de un tratado por consentimiento de las partes y de terminación implícita por la celebración de un tratado posterior (artículos 30, 54 y 59, respectivamente, de las Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y 1986).

En relación a normas consuetudinarias sucesivas, existiendo identidad de partes, se aplican asimismo los principios generales mencionados de prevalencia de la norma especial y posterior.

En este caso puede plantearse la oposición de normas consuetudinarias universales y regionales. Aquí jugarían también los principios de posterioridad y de especialidad. Este último lleva a la aplicación de la norma regional entre las Partes involucradas en ella –por ser norma especial–, y de la norma universal entre todas las Partes –pues solo ésta es aplicable al conjunto de las Partes.

En el conflicto entre normas convencionales y consuetudinarias, también son de aplicación los principios de posterioridad y especialidad, teniendo en cuenta por supuesto el problema de la identidad estricta de las partes alcanza-

(8) Por un más pormenorizado análisis de estas normas y su régimen ver el Capítulo VIII de este Tomo.

(9) Es en este sentido que se pronuncia la Corte Internacional de Justicia en su fallo sobre las Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ella, CIJ Recueil, 1986, par. 190.

das, ya que fuera de esa situación la solución es más compleja y adaptada concretamente al caso.

En tal sentido, desde que las reglas convencionales tienen un carácter particular "ratione personarum" y la mayor parte de las reglas consuetudinarias tienen un carácter universal, las normas del derecho convencional terminan en general por prevalecer sobre las del derecho consuetudinario, aún posterior.

En el caso de jerarquía de segundo grado que nos ocupa, es difícil trazar los grandes lineamientos de una jurisprudencia coherente relativa a la coexistencia y conflicto entre diferentes normas jurídicas. Ello por los pocos casos presentados al respecto, las diferentes situaciones planteadas y la necesidad de apreciar esa jurisprudencia a la luz del medio histórico y la estructura de la comunidad internacional de su época (Ver E. Roucouas, 1987, VI, 146 y ss.).

No obstante, en síntesis, podemos expresar que la Corte Internacional de Justicia ha tratado el tema en numerosos fallos y opiniones consultivas, pero visualizando conflictos hipotéticos, buscando más bien demostrar el carácter superior de la norma que invocaba, que resolver el conflicto preciso entre una norma superior y otra inferior. Asimismo, si bien la jurisprudencia de la Corte no ofrece elementos que permitan descubrir una concepción general con respecto a la prevalencia temporal, existen sin embargo pautas para detectar una cierta tendencia natural en favor del principio de la especialidad (E. Roucouas, 1987, VI, 158).

Por esto, si bien objetivamente en las decisiones de la Corte Permanente y de la Corte Internacional, en general los tratados prevalecieron sobre la costumbre, fue porque los mismos eran simplemente más específicos o posteriores en el tiempo que las reglas consuetudinarias conflictivas (M. Akehurst, 1974/75, 281 a 285).

Por lo demás, la generalidad de la doctrina moderna reconoce la inexistencia de jerarquía "a priori" de las normas de las fuentes formales del Derecho Internacional y en especial de las aludidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional (A. Truyol y Serra, 1981, IV y M. Virally, 1983, V).

Mención aparte merita el punto de que se ha considerado que los principios generales de derecho reconocidos por los principales sistemas jurídicos, revisten como fuente, una naturaleza complementaria o subsidiaria y solo se aplican en ausencia de tratado y costumbre, y por tanto no podrían competir —prevalecer— sobre esas otras dos fuentes.

Cualquiera haya sido la causa por la que se consideró a esos principios como fuente formal del Derecho Internacional, y por ende incluidos en el artículo 38 del Estatuto de ambas Cortes, ni ésta norma ni ninguna otra del Derecho Internacional, habilitan para atribuirle a aquellos a priori, tal carácter secundario, con las conclusiones que de ello se extraen. Es indudable que estos principios constituyen la fuente formal más general, ya que son los que se aplican en los sistemas jurídicos nacionales y los reconocidos dentro del propio Derecho Internacional. Pero esa calidad en nada enerva la interrelación de sus normas

con las de las otras dos fuentes y la posibilidad de la prevalencia de aquéllas de acuerdo a los principios de especialidad y posterioridad (10).

Finalmente, es necesario resaltar, que en general el problema de la jerarquía de las fuentes del Derecho Internacional y de sus normas, se ha analizado en base a las tres fuentes formales de aplicabilidad absoluta, enumeradas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte.

Sin embargo, el tema de la jerarquía debe jugar como un todo con respecto a todas las fuentes formales, más allá de las tres mencionadas, de existir tales fuentes.

En tal sentido, estamos convencidos que en la actualidad existen otras fuentes que deben tenerse en cuenta y hacer jugar en el tema que nos ocupa, a saber, los actos unilaterales, de los Estados y de las organizaciones internacionales (11).

(10) En su opinión disidente en el Fallo de la Corte Internacional de Justicia sobre el Sud-Oeste africano-Segunda fase, el Juez Tanaka, expresó: "Desde una visión positivista y voluntarista, primero la convención y luego la costumbre, son considerados importantes, y los principios generales ocupan meramente una posición suplementaria. Por el contrario, si consideramos el punto de vista objetivo supranacional, los principios generales vendrían primero y las otras dos los seguirían. Si aceptamos el hecho que la convención y la costumbre son generalmente la manifestación y la concreción de principios generales ya existentes, nos inclinamos a atribuir a este tercera fuente del derecho internacional la primer posición vis-a-vis las otras dos" (CIJ Recueil 1966, 300). Esta conclusión demuestra que también existe la tesis contraria de atribuir a los principios generales la calidad de fuente principal. En tal coyuntura, no obstante, seguimos estimando que el camino verdadero es el medio, y que dicha fuente está simplemente en pie de igualdad con las otras dos, con todas las consecuencias que ello implica.

(11) Ver en este mismo Tomo el Capítulo VI.

Capítulo VI

NUEVAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

por Roberto Puceiro Ripoll

Sumario:

I. La equidad. 1. Concepto y funciones de la equidad. 2. El recurso a la equidad con el consentimiento expreso de las partes. 3. Remisión del derecho convencional a la equidad. 4. Remisión del derecho consuetudinario y de los principios generales de derecho a la equidad. 5. La equidad como elemento sustancial del Derecho. **II. Los actos unilaterales.** **III. Actos unilaterales de los Estados.** 1. Conceptualización y forma. 2. Clasificación y tipos. 3. Legitimidad. 4. Fuerza obligatoria. 5. Oponibilidad a terceros. 6. Modificación y revocabilidad. 7. Interpretación. 8. Naturaleza jurídica. **IV. Los actos unilaterales de las organizaciones internacionales.** 1. Las resoluciones: forma de expresión de voluntad de los organismos internacionales. 2. Forma de adopción de las resoluciones. 3. Las decisiones de las organizaciones internacionales. 4. Las recomendaciones de las organizaciones internacionales. **V. Actos concertados de naturaleza no convencional.**

Sección I

La equidad

1. *Concepto y funciones de la equidad*

Diferentes posiciones e incertidumbres se presentan tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia en lo relativo al concepto de equidad, la posibilidad de hacer uso de ella, la medida en que esto es viable y su verdadera naturaleza.

Ante todo es necesario precisar el concepto de equidad. Podemos definirla como la aplicación de los principios de justicia a un caso concreto (1).

(1) Ch.ROUSSEAU (op.cit./1, párrafo 85).

Tradicionalmente se señala que las funciones de la equidad en Derecho Internacional, es decir su acción frente al derecho positivo, puede manifestarse de tres diferente maneras:

- a) **Función moderadora** (*infra legem*): como medio de atemperar la aplicación del Derecho, ajustando y corrigiendo el derecho positivo cuando su aplicación resulta demasiado rigurosa, por ejemplo en materia de reparaciones de guerra o de otro tipo.
- b) **Función supletoria** (*praeter legem*): como instrumento para completar la aplicación del Derecho, llenando sus lagunas, y como tal con carácter de fuente subsidiaria del Derecho Internacional. Tal vez el ejemplo más común en este caso sea en materia de conflictos de límites.
- c) **Función política** (*contra legem*): como mecanismo para suplir o descartar las normas de derecho positivo. Es ésta la función más conflictiva y discutida y que no aparece en ningún fallo internacional.

En principio, en Derecho Internacional Público, se constata que los Estados han sido reticentes en admitir a la equidad como una fuente formal autónoma, por reminiscencia tal vez del viejo adagio "Dios nos guarde de la equidad de los jueces".

Ello no significa otra cosa que reconocer que la estructura de la comunidad internacional, apoyada esencialmente en la soberanía de los Estados, supedita a su voluntad la concesión al Juez o al Arbitro de un poder tan exorbitante como fallar por equidad.

Si bien la equidad forma parte de cualquier sistema moderno de Derecho y de administración de Justicia, concretamente como fuente del Derecho Internacional Público está sometida al consentimiento de las partes o acogida por alguna de las fuentes tradicionales de aquél y en este último caso se le da a la equidad ciertos sesgos de fuente nueva del Derecho Internacional.

Pasemos entonces a analizar estas situaciones por separado.

2. *El recurso a la equidad con el consentimiento expreso de las partes*

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, enumera las fuentes de Derecho internacional de aplicación absoluta, los tratados, la costumbre internacional y los principios generales de derecho reconocidos por los principales sistemas jurídicos y señala a la jurisprudencia y la doctrina como medios auxiliares para la determinación de las reglas de derecho (Numeral 1).

Sin embargo, concluye la norma expresando: "La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo consienten." (Numeral 2).

Es decir que se reconoce a la equidad como fuente formal de derecho, cuando se cuenta con el expreso consentimiento de las partes para ello.

En tal sentido, en los compromisos por los cuales las partes someten un litigio al Juez o al Arbitro, pueden incluirse cláusulas especiales que establezcan la equidad como medio para solucionar el conflicto. Estas situaciones se han dado fundamentalmente en materias relativas a litigios de orden territorial o de responsabilidad internacional.

Desde que el juzgador está autorizado por las partes genéricamente, sin limitarse a alguna de las funciones de la equidad, a resolver *ex aequo et bono*, podrá recurrir a este medio, para ajustar el Derecho, colmar sus lagunas y hasta descartar la aplicación del derecho positivo, resolviendo con independencia de las reglas en vigor. No obstante, en este último caso se ha entendido que ninguna cláusula puede atribuir a los jueces, poderes tan extendidos, que desnaturalicen completamente la función jurisdiccional. No existe fundamento para tal interpretación, frente a la voluntad de las partes.

La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia ha seguido la tendencia de que la habilitación para fallar por equidad debe ser una evidencia clara. Así en el Caso de "La Plataforma Continental" (Túnez contra la Jamahiriya Arabe Libia) de 1982, expresó que "La aplicación de principios de equidad debe ser distinguida de una decisión *ex aequo et bono*. La Corte puede tomar tal decisión solo a condición de que las Parte lo acuerden (Artículo 38 parr.2 de su Estatuto) y la Corte está liberada de la aplicación estricta de reglas jurídicas a fin de alcanzar un resultado apropiado" (2).

3. Remisión del derecho convencional a la equidad

Los Estados también han ido aceptando gradualmente a la equidad como una guía necesaria en la aplicación del Derecho, remitiéndose a través de normas jurídicas, a ella o a los principios de equidad, con lo que ambos se vuelven una obligación jurídica y se identifican con la regla de Derecho. Se aplican entonces directamente y no a modo supletorio (3).

Este método se ha hecho cada vez más frecuente, especialmente en materias de Derecho Internacional general, y en especial en el campo de la protección de los derechos humanos, el derecho del mar y el derecho económico internacional.

La Carta de las Naciones Unidas en lo atinente a los territorios no autónomos expresa que se debe... "asegurar, con el debido respeto a la cultura de los pueblos respectivos, su adelanto político, económico, social y educativo, el justo tratamiento de dichos pueblos y su protección contra todo abuso" (Artículo 73 literal e).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966, reconoce "el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias" que le aseguren, entre otras condiciones "un salario equitativo" (Artículo 7). Asimismo se establece la necesidad de "asegurar

(2) International Court of Justice. Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders (en adelante "Rep. ") 1982, pág. 60.

(3) NGUYEN QUOC Dinh y otros (1987, 324).

una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades.." (Artículo 11 Numeral 2, literal b).

El Convenio sobre la Responsabilidad Internacional por Daños Causados por Objetos Espaciales, de 1972, expresa que la indemnización a pagarse por los perjuicios ocasionados "se determinará conforme al Derecho Internacional y a los principios de justicia y equidad..." (Artículo XII).

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, en materia de nulidad, terminación, retiro o suspensión, admite la divisibilidad de las disposiciones de un tratado, salvo que "la continuación del cumplimiento del resto del tratado no sea injusta." (Artículo 44 Numeral 3 literal c).

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, contiene varias disposiciones en las que se hace referencia a la equidad o a términos asimilables.

En materia de solución de conflictos relativos a la atribución de derechos y jurisdicción en la zona económica exclusiva, se determina que "el conflicto deberá ser resuelto sobre una base de equidad..." (Artículo 59).

Los Estados sin litoral tienen derecho a participar "sobre una base equitativa" en la explotación de una parte apropiada del excedente de recursos vivos de las zonas económicas exclusivas de los Estados ribereños de la misma subregión o región, fijándose para determinadas situaciones el establecimiento de "arreglos equitativos" (Artículo 69 Numerales 1 y 3).

La delimitación de la plataforma continental entre Estados con costas adyacentes o enfrentadas, se debe efectuar por acuerdo, sobre la base del Derecho Internacional, a fin de llegar a una "solución equitativa" (Artículo 83).

En lo relativo a los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo, fuera de los límites de la jurisdicción nacional, la Autoridad debe disponer "la distribución equitativa" de los beneficios derivados de las actividades en ellos (Artículo 140).

La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1974, habla de equidad, beneficios equitativos, orden económico y social justo y equitativo, relaciones económicas más racionales y equitativas, desarrollo justo y racional, beneficio mutuo y equitativo (Preámbulo); compartir equitativamente los beneficios (Artículo 10); resolver de manera equitativa los problemas comerciales y lograr precios estables equitativos y remunerativos para los productos primarios (Artículo 14); beneficios equitativos (Artículo 26); términos de intercambios justos y equitativos (Artículo 28); y repartos realizados equitativamente (Artículo 29).

Por último cabe mencionar que el Tratado del Río de la Plata, de 1973, en materia de pesca en el frente marítimo del Río, expresa que los volúmenes de captura por especies se distribuirán entre los dos Estados Partes "en forma equitativa" proporcional a la riqueza ictícola que aporte cada uno de ellos (Artículo 74).

4. *Remisión del derecho consuetudinario y de los principios generales de derecho a la equidad*

También se ha constatado una incipiente tendencia a reconocer que en determinados casos la costumbre y los principios generales de derecho, se remiten a la equidad para complementar el derecho objetivo. Existiría una obligación jurídica de recurrir a la equidad, desde que ella se identifica con la regla de derecho y es por tanto en sí misma fuente formal de derecho.

En los Casos de la "Plataforma continental del Mar del Norte" (República Federal de Alemania /Dinamarca y República Federal de Alemania/ Países Bajos), en 1969, la Corte resolvió que de acuerdo a una regla consuetudinaria, la delimitación de la plataforma continental entre Estados debe "ser objeto de acuerdo entre los Estados interesados, y que tal acuerdo debe ser concertado de conformidad con principios de equidad. Se trata, sobre la base de preceptos muy generales de justicia y buena fe, de verdaderas reglas de derecho en materia de delimitación de plataformas continentales limítrofes – es decir, reglas vinculantes para los Estados para todas las delimitaciones; en otros términos, no se trata de aplicar la equidad simplemente como una cuestión de justicia abstracta, sino de aplicar una regla de derecho determinando el recurso a los principios de equidad, de acuerdo con las ideas que siempre han inspirado el desarrollo del régimen jurídico de la plataforma continental en la materia..." (4).

También en el Caso de "La Jurisdicción en materia de pesquerías" (Reino Unido contra Islandia) (Fondo del asunto) de 1974, la Corte estableció que la labor de las Partes "será conducir sus negociaciones sobre la base de que cada una debe, de buena fe, tener en cuenta razonablemente los derechos de la otra en las aguas que rodean a Islandia más allá del límite de 12 millas, a fin de brindar un reparto equitativo de los recursos ictícolas, basadas en la situación particular y teniendo en consideración los intereses de otros Estado que poseen en la región derechos de pesca bien adquiridos. No se trata simplemente de llegar a una solución equitativa, sino de arribar a una solución equitativa que reposa sobre el derecho aplicable"(5).

Si bien se ha reconocido que la equidad representa principios de justicia que no deben ser confundidos con el Derecho, se ha ido evolucionando hacia la posición de que también los principios de equidad aplicables en ciertos casos, son verdaderos principios de derecho general.

En tal sentido la Corte en el Caso relativo a la "Plataforma continental" (Túnez-Libia) de 1982, reconoció que "La equidad como concepto jurídico es una emanación directa de la idea de justicia. La Corte, cuya tarea es por definición administrar justicia está obligada a aplicarlo.... El concepto jurídico de equidad es un principio general directamente aplicable como derecho... La Corte... debe aplicar principios de equidad como parte del Derecho Internacional y evaluar

(4) Rep. 1969, págs. 46–47, párr. 85.

(5) Rep. 1974, pág. 33, párr. 78.

seriamente las diversas consideraciones que juzga pertinente de forma de alcanzar un resultado equitativo" (6).

5. *La equidad como elemento sustancial del Derecho*

Cabría por último, realizar ciertas consideraciones con respecto a la equidad, para diferenciar las situaciones ya referidas en las cuales juega por consentimiento expreso de las partes o por remisión de otras fuentes del Derecho Internacional, del caso en que el recurso a la equidad está justificado por consideraciones de buena fe entre los sujetos de Derecho o de la buena administración de justicia.

En forma genérica, la equidad representa una cualidad del Derecho, la esencia que interpenetra sus normas, y en tal sentido y en gran medida, subyace en la interpretación de esas normas porque en definitiva constituye una de sus fuentes formales.

La Corte Internacional de Justicia ratifica esto cuando en el Caso de la "Plataforma Continental del Mar del Norte" llega a sostener que "Cualquiera que sea el razonamiento jurídico del juez, sus decisiones por definición deben ser justas, en este sentido pues, equitativas. Sin embargo, desde que se habla de juez dispensando justicia o declarando el derecho, se trata de una consideración objetiva de sus decisiones según las reglas y no más allá de ellas, y en ese dominio es precisamente una regla de derecho que apela a la aplicación de principios equitativos. No se trata pues en consecuencia en la especie de una decisión *ex aequo et bono*..." (7).

El Gobierno belga, en el caso de la "Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited" (Segunda Fase) de 1970, adujo que si bien el derecho a la protección diplomática de una sociedad pertenece al Estado de su nacionalidad, sería deseable, por razones de equidad, que la protección de los accionistas de esa sociedad fuese brindada más bien por el Estado de los cuales son nacionales. La Corte rechazó dicho razonamiento, porque entendió que en el caso, la pretensión belga sobrepasaba las exigencias razonables de la equidad. La equidad debe intervenir en todo caso para asegurar una aplicación razonable del derecho (8).

En conclusión, la tendencia actual sigue siendo la de entender que el recurso a la equidad no puede conducir a sustituir o descartar reglas de derecho, salvo que las partes o el propio Derecho Internacional lo autoricen, porque ello sería contrario al principio elemental de la seguridad y certeza jurídica.

La reivindicación de principios de justicia, de cualquier forma, puede llevar a reivindicaciones políticas que generen nuevas normas jurídicas adaptadas a dichos principios.

(6) Rep. 1982, pág. 60.

(7) Rep. 1969, pág. 48, párr. 88.

(8) Rep. 1970, págs. 48 y sgtes.

*Sección II***Los actos unilaterales**

Una interpretación estricta del Derecho Internacional contemporáneo ha llevado a sostener que las fuentes enumeradas en el artículo 38 Numeral 1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia constituyen las únicas fuentes formales de aquél.

Esta posición extremadamente rígida y formalista no considera sin embargo, la creciente tendencia de la práctica, jurisprudencia y doctrina internacionales modernas, a reconocer también la existencia de otro tipo de actos y su contribución a la formación del Derecho Internacional, y que se denominan genéricamente como actos unilaterales.

Los mismos pueden ser conceptualizados como un acto emanado de e imputable a un solo sujeto de Derecho internacional, generador de derechos y obligaciones, que da por tanto origen a vínculos jurídicos internacionales con otros sujetos, y cuyos efectos están previstos o autorizados por el Derecho Internacional (1).

No obstante, desde que estos actos son difícil de relacionar con las fuentes formales tradicionales de Derecho Internacional y aún con éste mismo, han sido motivo de cuestionamientos sobre el real papel que juegan en la elaboración de aquel Derecho.

Dichos medios voluntarios de formación del Derecho Internacional, son muy heterogéneos, difícilmente de asociar con las fuentes tradicionales y de categorizarlos.

De cualquier forma, a través del actual desarrollo del Derecho Internacional y de la práctica de los Estados, es necesario realizar un análisis de estos actos para conocer su verdadera naturaleza y por ende su relación con las fuentes formales tradicionales y con el Derecho Internacional general.

Para ello se seguirá la distinción entre actos unilaterales de los Estados y actos unilaterales de los organismos internacionales, en virtud de la diferencia de los sujetos de los cuales emanan, de su contenido, alcance y elementos.

(1) V. VEIDA MAGYAR (1975-78/2, 222 y 223).

*Sección III***Actos unilaterales de los Estados***1. Conceptualización y forma*

La existencia y efectos de los actos unilaterales resulta actualmente indiscutible de acuerdo a la práctica de los Estados, y los análisis de la doctrina y la jurisprudencia desde hace décadas(1).

El fenómeno del acto unilateral no es extraño ni anormal en el seno de una comunidad internacional evolucionada. Si bien la libertad de los Estados está limitada por el Derecho Internacional, los mismos como entidades soberanas e independientes, conservan una competencia exclusiva propia que les permite, entre otras cosas, tomar decisiones unilaterales que producen efectos jurídicos en sus relaciones con otros sujetos. Esto facilita esas relaciones, el desarrollo del Derecho Internacional y en definitiva el accionar de la comunidad internacional toda.

Los actos unilaterales son evidentemente útiles en los casos en que el emisor no puede llegar a un acuerdo concreto con los destinatarios, por ser imposible una negociación, tener posiciones muy diferentes sobre un punto o no poder lograr un acuerdo válido.

En este encuadre, en el ordenamiento jurídico internacional contemporáneo, numerosas reglas convencionales o consuetudinarias se apoyan en actos unilaterales o los autorizan en determinadas circunstancias.

El acto unilateral, manifestación única de voluntad, debe ser imputable claramente a un Estado o Estados individual o colectivamente, emitido de manera explícita y formal, a través de las autoridades competentes dentro de los límites de sus atribuciones, revestido de carácter público y notorio, y crear una relación jurídica por sí mismo, sin necesidad de aceptación por los otros sujetos de derecho.

Su forma, contenido y objetivos pueden, por tanto, ser muy variados.

Los actos unilaterales son en general emitidos en forma expresa, por escrito u oralmente, aunque en esta última situación son a veces en definitiva consignados por escrito. En el caso de los "Ensayos Nucleares" (Australia contra Francia) de 1974, la Corte expresó: "En lo que se refiere a la forma, es conveniente destacar que no es éste un dominio en el cual el Derecho Internacional imponga reglas estrictas o especiales. Que una declaración sea verbal o escrita, no supone ninguna diferencia esencial, pues tales enunciados realizados en circunstancias particulares pueden constituir un compromiso en Dere-

(1) En este sentido como casos guías, encontramos los fallos de la Corte Permanente de Justicia Internacional sobre "Estatuto Jurídico de Groenlandia Oriental" de 1933 y de la Corte Internacional de Justicia "Ensayos nucleares" de 1974.

cho Internacional, sin tener necesariamente que estar consignados por escrito. La forma no es pues una cuestión decisiva." (2).

Por ende, los actos unilaterales se pueden manifestar a través del comportamiento de los Estados, ya sea tomando la iniciativa, permaneciendo pasivos frente a actos de otros Estados o rechazándolos. Así por ejemplo, en el caso del reconocimiento de un nuevo gobierno, un Estado puede manifestar concretamente su reconocimiento. Pero puede no hacerlo en forma específica y expresar tácitamente su posición, promoviendo el establecimiento de relaciones diplomáticas, aceptando dicho establecimiento a instancias del otro gobierno, o rechazar tal situación como forma de demostrar su no reconocimiento.

No se puede obviar que también se ha cuestionado la existencia de los actos unilaterales de los Estados, y uno de los principales argumentos utilizados para ello es que estos actos siempre resultan o se traducen en una relación bilateral. Si bien esto es cierto pues no hay acto unilateral que no produzca una relación bilateral, lo que caracteriza a este tipo de acto es la unilateralidad de su elaboración, su aplicación y su relación con los efectos jurídicos que produce, aunque en su materialización finalmente se ubique en una relación bilateral pero no convencional.

El tema de los actos unilaterales de los Estados fue incluido en la Agenda de Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1996 en el marco de su tarea de codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional. A esos efectos se formó un grupo de trabajo y se designó un relator especial y la labor fue desarrollada a través de consultas realizadas a los Estados, el análisis de la práctica de los mismos, la doctrina y la jurisprudencia y en base a los proyectos presentados por el Relator Especial. En tal sentido se acordó que los trabajos podrían mantener un paralelismo flexible con la Convención sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que en lo viable puede ser considerada como fuente válida(3).

Si bien se está lejos de alcanzar consenso en el seno de la Comisión, en algunos puntos haremos referencia a sus trabajos, como forma de mayor clarificación y concreción del tema.

En tal sentido, en el último Informe del Relator de la Comisión se brinda una definición estableciendo: "... se entiende por acto unilateral del Estado una manifestación de voluntad inequívoca, que formulada con la intención de producir efectos jurídicos en su relación con uno o varios Estados o una o varias organizaciones internacionales y es de conocimiento de ese Estado o esa organización internacional".

Esa definición hace referencia a actos unilaterales en sentido estricto, ya se trate de actos individuales o colectivos de los Estados. Se dejan fuera las relaciones convencionales por su naturaleza diferente; los actos de los organismos internacionales por sus peculiaridades; los actos políticos que teniendo en

(2) Rep. 1974, pág. 267, párr. 45.

(3) Por un panorama general del tema vinculado con la labor de la Comisión, ver R.GUERRERO PENICHE y V.RODRÍGUEZ CEDENO (2003, 195 y siguientes). El último de los autores citados es el Redactor de este tema.

cuenta la intención de quien los emite no tienen efectos jurídicos; y los actos internos de los Estados que no constituyen actos de la esfera internacional.

Si bien la mencionada definición no se refiere a ello, se entiende que los actos unilaterales poseen autonomía o independencia con relación a su elaboración dependiendo solo de una manifestación de voluntad individual o colectiva y no supeditados a una norma preexistente.

2. *Clasificación y tipos*

A los efectos de una sistematización general de los actos unilaterales de los Estados, se los ha clasificado en autónomos y en relacionados con normas convencionales o consuetudinarias.

a. *Actos unilaterales autónomos*

Son las manifestaciones de voluntad independientes, emitidas por los Estados y cuya validez no depende ni se relaciona con ningún otro acto jurídico unilateral, bilateral o multilateral, ni con ninguna de las fuentes formales del Derecho internacional.

Entre estos actos encontramos los siguientes:

i) La promesa. Es la expresión de voluntad por la que un Estado se compromete unilateralmente a dar, hacer o no hacer algo o seguir una cierta línea de conducta, en determinada materia, dirigida a uno a varios sujetos, haciendo por ende nacer derechos nuevos en favor de esos terceros. A vía de ejemplo tenemos en este caso la Declaración de Egipto de 1956, por la que se establecía el respeto de los derechos y obligaciones de que se tratase y se garantizaba la libertad de paso por el Canal de Suez. También hallamos la declaración de Estados Unidos en 1994 concediendo la cláusula de nación más favorecida a la República Popular de China.

ii) El reconocimiento. Es la aceptación por un Estado de la legitimidad de un nuevo estado de cosas, ajeno a su participación y que por ende le es oponible. Ello sucede luego de constatar la existencia de ciertos hechos (aparición de un nuevo Estado, cambio de gobierno no constitucional, estado de insurgenencia) o de ciertos actos jurídicos (nacionalidad acordada a un individuo por un Estado, convención concluida por terceros).

Esa manifestación puede realizarse en forma implícita o explícita.

iii) La renuncia. Es el acto por el cual un Estado abandona una pretensión, un derecho o un poder, que cesa así de existir.

Las limitaciones a la soberanía de los Estados no se presumen, por lo cual la renuncia debe ser expresa. Por tanto el no ejercicio de un derecho o de una facultad no puede interpretarse como una renuncia. Tal fue lo sostenido por la Corte Internacional de Justicia en el Caso de "Ciertos empréstitos noruegos" de 1957 (4).

(4) Rep. 1957, pág. 26.

Tampoco es admisible la renuncia, en tanto se realiza con respecto a algo a lo que el Estado está obligado por otras normas jurídicas atinentes a otros Estados.

iv) La protesta. Declaración de voluntad por la que un Estado expresa oponerse, negar o no reconocer como legítima una pretensión, conducta o situación de otro sujeto y a sus consecuencias jurídicas. Por tanto, la protesta puede formularse contra actuaciones contrarias al Derecho Internacional o para impedir la consolidación de una situación fáctica o jurídica.

Es el acto contrario al reconocimiento, ya que el Estado se reserva sus propios derechos frente a las reivindicaciones de otros sujetos o frente a una norma o práctica en vías de formación.

Para ser efectiva, la protesta debe ser explícita, mantenida y repetida cada vez que sea necesario, de acuerdo a las circunstancias, representando así una actitud activa permanente.

En el Arbitraje de "El Chamizal" entre México y Estados Unidos, se destacó la importancia de la protesta mantenida constantemente, evidenciada en que el gobierno mejicano había hecho todo lo razonablemente exigible para mantener su protesta contra los actos de los Estados Unidos (5).

v) La notificación. Es un acto formal por el que un Estado comunica oficialmente a uno o varios sujetos de Derecho Internacional, de una decisión, hecho, situación, acción o de un instrumento, de los que emergen consecuencias jurídicas. El objetivo es llevar ello a conocimiento expreso del destinatario, quien ya no podrá alegar el desconocimiento de lo notificado.

Puede ser en algunos casos un acto condición —en tanto que condiciona la validez de otros actos— y una forma de comunicación o de oponibilidad a las reivindicaciones de otros Estados (por ejemplo, delimitación de los espacios marítimos).

El sujeto notificado tiene, por su parte, el derecho a no reconocer lo que se le hace saber, oponiéndose a ello e impidiendo que la notificación produzca sus efectos.

Podemos recordar aquí, que de acuerdo a la Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969, numerosos actos relativos al consentimiento de los Estados en obligarse por un tratado, deben ser notificados a la otra parte o partes o al depositario, para producir efectos jurídicos, como la ratificación, la adhesión, las reservas, la denuncia, etc.

vi) La declaración. Es la manifestación de voluntad relacionada con una situación de hecho o de derecho o con un estado de cosas determinado, ya existentes o en proceso de creación. Puede referirse a todos los otros sujetos o a alguno o algunos en particular.

En el Caso de los "Ensayos Nucleares", la Corte Internacional de Justicia consideró que las declaraciones de los Estados, emitidas como actos unilaterales tienen valor jurídico (6).

(5) American Journal of International Law, 1911, pág. 807 y sgtes.

(6) Rep. 1974, pág. 267, párr. 43.

Se ha sostenido que la declaración, no constituye un acto unilateral en sí mismo, sino el instrumento por el que se expresan los actos unilaterales, la forma para la emisión de esos actos manifestando la voluntad de que se trata.

El Relator Especial de la Comisión acotó los actos unilaterales de los Estados a estos que denominamos autónomos y a fin de establecer los criterios de clasificación de los actos y las declaraciones, recurrió a tres categorías generalmente admitidas: actos por los cuales se asumen obligaciones (promesa y reconocimiento); actos por los que se renuncia a un derecho (renuncia); y actos por los cuales se reafirma un derecho o una pretensión jurídica (protesta). Por lo que respecta a la notificación, no se la incluye dentro de estos actos, pues aunque formalmente sea un acto unilateral, produce efectos que varían según la situación a la que se refiere (promesa, reconocimiento, etc.) e incluso en el marco de los regímenes convencionales.

b. Actos unilaterales vinculados con otros actos jurídicos

En ciertos casos los actos unilaterales, sin perder su calidad de tal y manteniendo sus efectos, están relacionados de alguna manera con una fuente convencional o consuetudinaria o con resoluciones emanadas de organismos internacionales.

En materia de tratados, un acuerdo le puede conferir a sus partes la posibilidad de cumplir con determinados actos a ser manifestados en forma unilateral, con los efectos en él previstos.

Encontramos en este caso a vía ilustrativa en materia de tratados, la ratificación, la aprobación, la aceptación, la adhesión, la denuncia, el retiro y la reserva.

También la costumbre se relaciona con o autoriza la emisión de actos unilaterales por parte de los Estados.

Dichos actos pueden en determinadas circunstancias ser precedentes constitutivos de normas consuetudinarias o ser consecuencia de normas consuetudinarias que autorizan a los Estados a ejercer ciertas competencias.

Así, es en virtud de la costumbre que se habilita a los Estados a que en forma unilateral reglamenten, dentro de ciertas condicionantes, el otorgamiento de la nacionalidad, la distinción entre nacionales y extranjeros y determine la anchura de su mar territorial y otras zonas marítimas.

Los actos unilaterales de los Estados, en forma paulatina, se van también vinculados con las resoluciones de los organismos internacionales, ya sea comprometiéndose de conformidad con ellas o haciendo lo que ellas habilitan. En este aspecto, dichos actos unilaterales transforman en obligatoria a una recomendación para el Estado que la ha aceptado o la vuelven vinculatoria para la organización que la ha emitido.

3. *Legitimidad*

Los Estados en principio pueden imponerse obligaciones a sí mismos o ejercer derechos, unilateralmente, dentro de los límites admitidos por el Derecho Internacional.

No obstante, los actos unilaterales para ser válidos deben ser legítimos, es decir ajustarse y estar sometidos a las normas de Derecho Internacional general que puedan serles aplicables o a las convenciones o normas consuetudinarias que vinculen al Estado emisor con otros sujetos de Derecho Internacional.

Por ejemplo, no podrían ir contra normas de *jus cogens*, estar enervados por vicios del consentimiento o violar cualquier otro tipo de normas que pueda regirlos.

Del mismo modo, como ya se expresara, desde que el acto supone obligaciones para el Estado, debe emanar de órganos que tienen competencia para comprometer al Estado en lo internacional y que pueden ser diferentes entidades del mismo, de acuerdo a las circunstancias de que se trate.

El proyecto del Relator Especial establece las normas que regulan la capacidad para emitir estos actos y las condiciones de validez y las causales de nulidad.

En materia de capacidad se regula que “todo Estado tiene capacidad de formular actos unilaterales” y las personas habilitadas para ello en nombre del Estado son el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno, el Ministro de Relaciones Exteriores y los funcionarios para los cuales se deduce la representación del Estado de las prácticas y otras circunstancias.

En lo relativo a las condiciones de validez y causales de nulidad se establecen normas vinculadas con el error; dolo; corrupción o coerción del representante del Estado; coerción por amenaza o el uso de la fuerza; violación de una decisión del Consejo de Seguridad; acto contrario a una norma de *jus cogens*; y acto contrario a una norma fundamental del Derecho interno del Estado autor del acto.

4. *Fuerza obligatoria*

Resulta un problema difícil de responder si los actos unilaterales tienen fuerza obligatoria para sus emisores y por consecuencia crean obligaciones para ellos y derechos para los otros sujetos.

El Estado puede conferir fuerza obligatoria a sus actos, para lo cual es definitiva su intención.

En el Caso de los “Ensayos Nucleares”, la Corte puso en relevancia que “Por supuesto, todo acto unilateral no implica obligaciones, pero un Estado puede elegir adoptar una cierta posición sobre una cuestión determinada con la intención de obligarse— lo que deberá ser determinado al interpretar el acto.

Cuando los Estados hacen declaraciones que limitan su futura libertad de acción, se impone una interpretación restrictiva" (7).

El tema está vinculado con el principio de la buena fe, que rige los efectos del acto, desde que ha sido hecho público y comunicado a los Estados eventualmente involucrados. Esto impone al Estado el deber de comportarse de acuerdo con su intención y adaptarse al acto unilateral.

La Corte en el caso citado de los "Ensayos Nucleares" afirmó que "Se reconoce que las declaraciones que revisten la forma de actos unilaterales y conciernen a situaciones de derecho o de hecho, pueden tener por efecto crear obligaciones jurídicas. Declaraciones de esta naturaleza, pueden ser y frecuentemente son, muy específicas. Cuando el Estado autor de la declaración entiende estar vinculado conforme a esos términos, esta intención confiere a su posición el carácter de un compromiso jurídico, estando en adelante el Estado involucrado sujeto por derecho a seguir una línea de conducta acorde con su declaración. Un compromiso de esta naturaleza expresado públicamente y con la intención de obligarse, aún fuera del encuadre de las negociaciones internacionales, tiene efecto obligatorio" (8).

Por lo demás, el fundamento de la fuerza obligatoria del acto no reside en un acuerdo con los sujetos involucrados, sino en la existencia en forma del propio acto, y los destinatarios pueden exigir la ejecución de las obligaciones en él asumidas.

La Corte en el último caso mencionado, expresó que "... ninguna contrapartida es necesaria para que la declaración tenga efecto, ni una aceptación ulterior ni tampoco una réplica o una reacción de los otros Estados, pues esto sería incompatible con la naturaleza estrictamente unilateral del acto jurídico por el cual el Estado se ha pronunciado" (9).

Ya con anterioridad, y aunque en forma más sutil, la Corte Permanente de Justicia Internacional, reconoció el valor jurídico de ciertos actos unilaterales. Así, en el Caso del "Estatuto Jurídico de Groenlandia Oriental" (Dinamarca con Noruega), en 1933, basada en declaraciones del Ministro de Relaciones Exteriores de Noruega, entendió que dicho Estado "se halla en la obligación de no contestar la soberanía danesa sobre la totalidad de Groenlandia y, a fortiori, de abstenerse de ocupar una parte de Groenlandia." (10).

El proyecto del Relator Especial, sienta el principio "*Pacta sunt servanda*", en paralelo con la Convención sobre Derecho de los Tratados de 1969 ("*Acta sunt servanda*"). Ello implica que, "Todo acto unilateral en vigor obliga al Estado o Estados que lo formularon y debe ser cumplido de buena fe".

(7) Rep. 1974, pág. 267, párr. 44.

(8) Rep. 1974, pág. 267, párr. 43.

(9) Rep. 1974, pág. 267, párr. 43.

(10) Serie A/B Fasc. N° 53 Fallo, pág. 73.

5. *Oponibilidad a terceros*

Como ya se manifestara, un acto unilateral que es obligatorio para su autor, puede crear paralelamente derechos a favor de otros sujetos que se beneficiaron del mismo. ¿Pero pueden imponer a su vez, a estos Estados beneficiarios, obligaciones inherentes a ese acto o que deriven del mismo?

En principio un acto unilateral no puede ser oponible a otros Estados, es decir imponerles obligaciones sin su consentimiento, desde que las relaciones entre sujetos soberanos no es de subordinación. Pero puede darse el caso que creen ciertos deberes que incumben a esos sujetos, en virtud de normas convencionales o consuetudinarias o de Derecho Internacional general.

En tal aspecto, el derecho convencional y consuetudinario dejan a los Estados interesados la tarea de reglar por decisiones unilaterales diversas materias relativas a las relaciones internacionales, poniendo en acción derechos y deberes. El acto unilateral no es entonces propiamente la fuente de estos derechos y obligaciones, sino que surgen de los tratados y la costumbre. En este sentido entonces, los deberes de un Estado pueden tener por origen un acto unilateral de otro Estado, y ese acto le es oponible al primero.

A manera ilustrativa, en materia de Derecho del mar, el Estado ribereño tiene la libertad de fijar la anchura de diversas zonas marítimas, dentro de los límites autorizados por el Derecho Internacional y eso es oponible a los terceros Estados. Asimismo, como ya se mencionara, en materia de derecho de los tratados numerosos actos unilaterales de una parte, son oponibles a otras partes.

No obstante, el campo más difícil resulta el de la oponibilidad a los terceros Estados de actos que no están relacionados con una regla de derecho consuetudinario o convencional. En este caso puede existir oponibilidad si el Estado ha aceptado el acto y sus consecuencias, en forma explícita o implícita, en este último caso con el requerimiento de analizar todas las circunstancias que deben llevar a tal conclusión.

En el "Caso de las Pesquerías" la Corte admitió que la tolerancia general de los terceros Estados respecto a la práctica noruega era un hecho incontestado. Durante un período de más de sesenta años incluso el gobierno del Reino Unido no había opuesto ninguna oposición a ello (11).

6. *Modificación y revocabilidad*

En primera instancia, parecería propio que el Estado puede modificar o revocar sus actos unilaterales como lo entienda pertinente y en todo momento. Ello en virtud de que los actos internacionales no están llamados a ser perpetuos. Pero su transformación está rodeada de ciertas garantías.

Existe pues, una facultad de revisión de los actos unilaterales, pero no puede dejarse totalmente al libre arbitrio y discrecionalidad de un Estado el liberarse de las obligaciones resultantes de sus propios compromisos. Ello sería

(11) Rep. 1951, pág. 138.

ir contra los derechos adquiridos de otros Estados y llevar a un grave atentado de la seguridad jurídica.

Una vez que el acto unilateral nace, constituye una norma jurídica y entra en el mundo del Derecho, porque es aceptado por él y queda paralelamente sujeto a él. Es decir, que está sometido a las reglas específicas que rigen el acto y a los principios generales que regulan todo el Derecho Internacional, en particular a los que se refieren a los principios de certeza, seguridad y relativa permanencia de las relaciones jurídicas, tales como fidelidad a los compromisos adquiridos, buena fe, y preclusión (estoppel) o sea imposibilidad de contradecir lo que se ha admitido expresa o tácitamente.

Las restricciones a la facultad de modificación pueden venir del Derecho Internacional consuetudinario o de los tratados. Así, el reconocimiento de un Estado o de un gobierno no puede ser revocado. La revocación de actos unilaterales en el marco de normas convencionales está regulada por los tratados mismos, que imponen la forma y posibilidad de tal revocabilidad.

En ausencia de reglas consuetudinarias o convencionales, los Estados poseen la libertad de acción, pero la posibilidad de revocar o de modificar el acto puede estar limitada. El principio de la buena fe supone mantener el acto en el caso de que otro Estado se haya servido del mismo en las relaciones con el emisor. Esto a su vez, dependiendo de que no resulte de su contenido, de su naturaleza o de su objetivo, que el autor se ha reservado la plena libertad de acción o que la imposibilidad de cumplimiento estuviera determinada o autorizada por el Derecho internacional general (fuerza mayor, cambio fundamental de circunstancias, oposición con una norma de jus cogens, etc.).

La Corte Internacional, en el "Caso de los Ensayos Nucleares" ha expresado que "Uno de los principios básicos que regulan la creación y la ejecución de las obligaciones jurídicas, cualquiera sea su fuente, es el de la buena fe. La confianza recíproca es una condición inherente a la cooperación internacional, sobre todo en una época donde, en muchos campos, se ha vuelto crecientemente esencial. Precisamente como la regla *pacta sunt servanda* en el derecho de los tratados, el carácter obligatorio de un compromiso internacional asumido por una declaración unilateral reposa en la buena fe. Los Estados interesados pueden entonces tomar conocimiento de declaraciones unilaterales y depositar confianza en ella, y están facultados para requerir que sean respetadas las obligaciones así creadas." (12).

Por lo demás, la abrogación o revisión de un acto unilateral por el Estado emisor, aún en forma arbitraria, podría ser aceptada en forma explícita por los terceros beneficiarios o en forma tácita si no es protestada dentro de un tiempo razonable.

(12) Rep. 1974, pág. 268, párr. 46.

7. *Interpretación*

Siguiendo en lo aplicable los principios establecidos para la interpretación en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el Relator Especial previó que el acto unilateral debe ser interpretado de buena fe, conforme al sentido ordinario que se atribuya a los términos de la declaración en su contexto y a la luz de la intención de quien lo formula, pudiéndose en caso de dudas al respecto, recurrir a medios complementarios, en particular las circunstancias de la formulación del acto.

8. *Naturaleza jurídica*

Corresponde por último, y a esta altura de nuestro análisis, que nos preguntemos si los actos unilaterales constituyen una fuente formal de Derecho internacional.

Las opiniones en este aspecto están divididas, y el problema de su dilucidación se ve agravado pues en estos momentos estamos viviendo el proceso de desarrollo de este nuevo instrumento del Derecho, lo que no permite el necesario distanciamiento y que los actores puedan ser a la vez espectadores objetivos.

Parte de la doctrina ha sostenido que los actos unilaterales no constituyen una fuente de Derecho, aún en el caso de los emanados de un solo Estado (13).

Se ha expresado al respecto, que los actos unilaterales pueden influir en el funcionamiento de las fuentes de Derecho, siendo el origen de reglas consuetudinarias o convencionales. Sin embargo, ello no significa que el Estado pueda crear Derecho internacional por actos unilaterales, y ciertos actos pueden dar nacimiento a estos derechos, obligaciones o relaciones jurídicas, pero no constituyen fuente de Derecho internacional.

En nuestra opinión, el análisis de la práctica internacional, de parte de la doctrina y de la jurisprudencia, llevan a la conclusión contraria, es decir que los actos unilaterales pueden constituir una fuente formal autónoma del Derecho internacional.

Los actos unilaterales que más arriba se han mencionado, en determinadas circunstancias de hecho y de acuerdo a ciertas condicionantes que el propio Derecho Internacional impone, llegan a generar derechos y obligaciones para los Estados que los emiten e incluso para terceros sujetos, ajenos a esa emisión. Constituyen entonces verdaderas normas jurídicas, es decir modelos o reglas de comportamiento y de conducta, tendencialmente vinculatorios, entrelazadas con las otras normas que constituyen el sistema normativo general, del cual extraen su fuerza normativa y su eficacia.

En tal situación, es forzoso reconocer que llegan a alcanzar la naturaleza de una fuente formal del Derecho Internacional, al igual que las fuentes formales tradicionales. La propia inclusión de estos actos en la Agenda de la Comi-

(13) En este sentido, K.SKUBISZEWSKI, (op.cit/2, 244 y sgtes).

sión de Derecho Internacional nos revela la existencia de aquellos y su naturaleza jurídica.

Por todo lo expresado, el carácter obligatorio de los actos unilaterales, pone en evidencia la importancia de los mismos y el cuidado que las autoridades estatales deben tener en utilizar este medio para comprometer a sus Estados en el plano internacional y medir entonces muy cuidadosamente todas las implicancias jurídicas que pueden emerger de estas situaciones.

Sección IV

Los actos unilaterales de las organizaciones internacionales

1. Las resoluciones: forma de expresión de voluntad de los organismos internacionales

Las organizaciones internacionales, para cumplir con los objetivos que tienen fijados, están dotadas de órganos que expresan su voluntad, atribuible a la entidad, a través de resoluciones que emiten dentro de su ámbito de competencia. En general, esas resoluciones revisten carácter de actos unilaterales, emitidos por un solo autor pese a su naturaleza colectiva.

Por tanto, podríamos definir los actos unilaterales en análisis, como normas originadas en un organismo internacional, con efectos jurídicos obligatorios, independientemente de cualquier ratificación ulterior.

El desarrollo de las organizaciones internacionales en número e importancia y sus diversas competencias y estructuras, han dado lugar a una enorme variedad de actos unilaterales, que ameritan su estudio, especialmente para conocer su naturaleza jurídica, alcance y efectos.

No obstante, las cartas constitutivas de los organismos internacionales, utilizan muy diversas terminologías para denominar los actos de sus órganos y no precisan en todos los casos el alcance de los mismos o les otorgan alcances diferentes. Por otro lado, los órganos no se adecuan totalmente en sus manifestaciones de voluntad, a aquellas denominaciones y alcances, todo lo que da lugar a incertidumbres terminológicas y ambigüedades conceptuales y de naturaleza. Por ello el mundo de estos actos es en definitiva difícil de aprehender, identificar y sistematizar.

Pero además, las resoluciones de los organismos internacionales pueden ser manifestación de normas jurídicas internacionales, fuentes formales de Derecho Internacional por sí mismas y en otros casos sin alcanzar tal calidad, puede llegar a ser expresión o generadoras de reglas jurídicas internacionales y comportar también obligaciones jurídicas. De ahí la necesidad de conocer cuáles pueden llegar a revestir esas calidades.

Una primera clasificación general que se puede efectuar, es la de actos de órganos no jurisdiccionales y actos de órganos jurisdiccionales de los organismos internacionales.

En la terminología más utilizada, los primeros adoptan las que se denominan genéricamente resoluciones, que pueden englobar a las decisiones y las recomendaciones y los segundos emiten fallos o sentencias y opiniones consultivas.

La decisión es el acto con carácter obligatorio, mientras que la recomendación es el acto dirigido a uno o varios destinatarios, que implica solo una invitación a adoptar un comportamiento determinado, de acción o abstención.

En materia de actos de órganos jurisdiccionales la distinción ente fallo y opinión consultiva, es paralela a la existente entre decisión y recomendación.

En algunos casos los actos pueden tener distintos efectos para sus destinatarios (por ejemplo, resoluciones en materia de mantenimiento de la paz en el ámbito de Naciones Unidas) ya que en general obligarían presupuestariamente a todos los Estados y en particular al Estado sobre cuyo territorio serán establecidas las fuerzas correspondientes.

Asimismo, es necesario distinguir las hipótesis de aceptación expresa de la resolución, lo que modifica sus efectos. En el Caso "Del Canal de Corfú" (Excepción Preliminar), la Corte estableció que desde el momento en que las partes habían declarado que aceptaban las resoluciones del Consejo de Seguridad afirmando la necesidad de regular el diferendo entre Gran Bretaña y Albania, esa aceptación debía dar pleno efecto a aquellas resoluciones, aún cuando en su momento Albania no fuera Miembro de las Naciones Unidas (1).

Pese a que pueda resultar no totalmente precisa y completa para abarcar todas las resoluciones de los organismos internacionales, seguiremos para el análisis, la clasificación en decisiones y recomendaciones, comprendiendo en ellas, a los meros efectos sistemáticos, los fallos y sentencias y opiniones consultivas, respectivamente.

Pero antes de entrar en ese estudio, detengámonos en la forma de adopción de las resoluciones, para ilustrar brevemente, sobre los mecanismos imprescindibles para que las mismas revistan validez.

2. *Forma de adopción de las resoluciones*

Los actos constitutivos de los organismos internacionales, bases esenciales de la validez de sus resoluciones, establecen las competencias, funciones y procedimientos que deben seguir sus órganos.

Las competencias dependerán del tipo de organización de que se trate, y las funciones pueden estar establecidas a texto expreso o ser inferidas en tanto lleven al cumplimiento de aquéllas.

Los órganos de las organizaciones internacionales son entidades colegiadas que requieren reglas que reduzcan la pluralidad de la voluntad de sus integrantes a la unidad de la voluntad que emana de esos órganos. Para ello deben

(1) Rep. 1948, pág. 26.

establecerse los procedimientos pertinentes. Estas reglas son variables según las organizaciones (2).

En lo que respecta a la forma de génesis de las resoluciones de los órganos, el principio de la unanimidad fue el que predominó en las primeras organizaciones internacionales y subsiste aún en organismos regionales o de escaso número de miembros.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, el principio de la mayoría prevalece en la generalidad de las organizaciones. La mayoría puede conformarse en base a: votos igualitarios (caso de la Asamblea General de las Naciones Unidas); votos no igualitarios con un mecanismo de ponderación, atribuyendo a los miembros un número diferente de votos según factores concretamente establecidos (caso del Fondo Monetario Internacional); y sistemas compuestos en que se debe contar con el voto de determinados miembros (caso del Consejo de Seguridad).

También en algunas situaciones, a pesar de fijarse la regla de la unanimidad o de determinadas mayorías, las decisiones son tomadas por consenso, dándolo por configurado luego de constatarse que no existen objeciones de los presentes y votantes.

Cada órgano de una organización internacional (que no se halle subordinado a otro) realiza el control de la validez de sus propios actos, en principio a través de su presidente.

Como lo estableció la Corte, en el Caso sobre "Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (Africa Sudoccidental), no obstante lo dispuesto en la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad" de 1971, en primera instancia las resoluciones que emanan de estos órganos gozan de la presunción de validez, que responde a una exigencia de certidumbre de los actos jurídicos: "Toda resolución que emana de un órgano de las Naciones Unidas, regularmente constituido, tomada de acuerdo a su reglamento y declarada adoptada por su presidente, debe presumirse válida" (3).

Cuando puedan presentarse dudas en cuanto a las competencias o procedimientos a seguir, se puede consultar a los órganos jerárquicos, si existen, o solicitar una consulta jurídica. Este último caso, es el de la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y otros órganos y organizaciones especialmente autorizados, que pueden solicitar una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia, la que sin embargo no obliga al solicitante (Artículo 96 de la Carta).

Puede darse también que una resolución luego de adoptada, sea impugnada por quienes votaron en contra o no participaron en su formación, en cuyo caso solo queda la posibilidad de que los contestatarios se nieguen a cumplir tal

(2) Sobre este tema en concreto, ver H.ARBUEY VIGNALI, (1994/1, 59 y sgtes).

(3) Rep. 1971, pág. 22.

decisión, no continúen participando en el órgano que la dictó (4) o se retiren de la organización (5). Tal situación no es común, y en general se recurre a la consulta, a procedimientos conciliatorios o a recursos especiales, por ejemplo en las Comunidades Europeas, donde el recurso de legalidad puede ser presentado por otros órganos de la Comunidad o por particulares a quienes las resoluciones afectan (Artículo 173 del Tratado de Roma de 1957).

Asimismo en algunas organizaciones internacionales la validez de los actos administrativos relativos a su personal, puede ser sometida al control jurisdiccional de un Tribunal (6) o de Comisiones especiales.

Por su parte, los actos de los órganos jurisdiccionales pueden ser objeto de control por vía de revisión. En principio los órganos jurisdiccionales internacionales son los únicos que pueden volver a considerar su competencia y sus fallos (Artículos 36.6., 60 y 61 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia), pero existen situaciones en que se da lugar a una instancia Superior (7).

Pasemos ahora al estudio concreto de las decisiones y recomendaciones.

3. *Las decisiones de las organizaciones internacionales*

La decisión es un acto unilateral emanando de la manifestación de voluntad de un órgano de una organización, imputable a la misma y que crea obligaciones para sus destinatarios.

Es necesario por tanto que la decisión para que sea tal, tenga las características que se han mencionado y no meramente su denominación. Por ejemplo, hay actos en la Carta de las Naciones Unidas que son calificados como decisiones, cuando en realidad son meras recomendaciones, refiriéndose a un acto que termina una discusión o una deliberación.

La Corte Internacional de Justicia, en materia de decisiones que en sentido propio puede tomar el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en el marco del artículo 25 de la Carta, enfatizó que: "El lenguaje de una resolución del Consejo de Seguridad, debe ser cuidadosamente analizado, antes de poder concluir sobre el efecto obligatorio. Teniendo en cuenta la naturaleza de los poderes que derivan del artículo 25, conviene determinar en cada caso si ellos han sido ejercidos de hecho, considerando los términos de la resolución a interpretar, los debates que llevaron a ella, las disposiciones invocadas de la Carta y

(4) Este fue el caso de la Unión Soviética en 1950 frente al rechazo del Consejo de Seguridad de expulsar al representante de la República de China y admitir al de la República Popular de China.

(5) En esta situación se encontró Estados Unidos en 1977 en la Organización Internacional del Trabajo y en 1984 con respecto a la Unesco.

(6) Así, el Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, de la Organización Internacional del Trabajo y de la Asociación Latinoamericana de Integración y la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas.

(7) Es el caso de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que en materias del Tribunal Administrativo, está facultada para solicitar opiniones consultivas a la Corte internacional de Justicia que pueden tener efecto obligatorio.

en general, todas las circunstancias que pueden ayudar a precisar las consecuencias jurídicas de la resolución del Consejo de Seguridad" (8).

Paralelamente, encontramos la situación de que bajo el manto de denominadas recomendaciones, pueden ocultarse verdaderas decisiones con carácter vinculatorio. Es el caso de las recomendaciones de eficacia interna de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que poseen indudablemente efectos obligatorios y son por ende verdaderas decisiones en el sentido que le hemos atribuido (9).

La Corte en el "Caso de Namibia" expresó que "Sería en efecto inexacto suponer que, por poseer en principio la facultad de hacer recomendaciones, la Asamblea General esté impedida de adoptar, en casos determinados dentro del marco de su competencia, resoluciones que revistan el carácter de decisiones o posean una intención de ejecución" (10).

Todos los organismos internacionales pues, reciben de manera explícita o implícita, los poderes de decisión necesarios para cumplir con los objetivos determinados en sus cartas constitutivas, asegurar la continuidad de su funcionamiento y permitir su adaptación constante a las evoluciones que se van presentando.

En este sentido, podemos identificar genéricamente dos tipos diferentes de decisiones: las que se vinculan con la estructura y funcionamiento interno de las organizaciones y las que se relacionan con sus actividades externas. Pasemos a analizarlas por separado.

a. *Las decisiones vinculadas con la estructura y el funcionamiento interno de la organización*

Algunas de este tipo tienen un alcance individual. Son actos relacionados con Estados, otras organizaciones internacionales o personas, atribuyéndoles un estatuto determinado o confiriéndoles una función determinada.

Encontramos en estos casos la admisión, suspensión o expulsión de Miembros, nombramiento de los funcionarios de la organización, elección de jueces de jurisdicciones internacionales vinculados a las organizaciones, etc.

Otras decisiones constituyen actos de alcance general, y pueden tener muy diversa naturaleza.

i) Decisiones constitutivas, por las que determinados órganos se encuentran a veces dotados de competencias propias pudiendo interpretar y revisar su carta constitutiva.

ii) Decisiones orgánicas, por las que se crean o suprimen órganos y se determinan sus competencias e integración.

iii) Decisiones financieras, como aprobación y examen de su presupuesto, fijación de la contribución de sus miembros, apertura de cuentas, etc.

(8) Rep. 1971, pág. 53.

(9) Ver en este sentido, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1994, T. V, 112 y 113).

(10) Rep. 1971, pág. 50.

iv) Decisiones administrativas, atinentes a la fijación del estatuto de sus funcionarios, planes de trabajo, aprobación de informes administrativos, etc.

v) Decisiones procedimentales, en materia de adopción de reglamentos internos, fijación del orden del día y convocatoria de sesiones.

vi) Decisiones de orden sustancial, relativas a la aplicación, suspensión o cese de un estatuto jurídico, reconocimiento o rechazo de reconocimiento de una situación, constatación de la conformidad de una situación con el Derecho internacional o de una violación del mismo, etc. (11).

Estas decisiones son actos jurídicos internacionales y vinculan a los órganos que los han adoptado, a los otros órganos de la organización y a los Estados miembros. Para ello las decisiones deben ser adoptadas según los procedimientos fijados, en algunos casos complejos, a efectos de contemplar determinados equilibrios políticos.

Así, la Carta de las Naciones Unidas, dispone que el Secretario General debe ser nombrado por la Asamblea General a recomendación del Consejo de Seguridad (Artículo 97), siguiéndose el mismo procedimiento para la admisión de nuevos Miembros (Artículo 4, Numeral 2). Por su parte, los Jueces de la Corte Internacional de Justicia, son elegidos según escrutinios separados de la Asamblea General y el Consejo de Seguridad por mayoría absoluta de votos (Artículos 4 a 12 del Estatuto).

b. *Las decisiones relacionadas con actividades externas de las organizaciones*

Una organización internacional puede obligar por actos unilaterales a adoptar determinado comportamiento a los Estados, los otros organismos internacionales y personas privadas, en cumplimiento de sus propios objetivos.

En este aspecto, corresponde analizar los actos de que puede tratarse, así como el problema de la ejecución de dichas decisiones.

i) *En la clasificación* de estos actos podemos hallar los actos sustanciales, actos reglamentarios y actos comunitarios.

ii) *Actos sustanciales.* La validez de estos actos unilaterales y su oponibilidad a los Estados destinatarios u otros sujetos, están supeditados a la extensión de las competencias de los órganos respectivos y a su eventual aceptación por los Estados destinatarios.

Con relación a los poderes del Consejo de Seguridad, la Corte en el citado "Caso de Namibia", estableció: "Se ha sostenido que el Artículo 25 de la Carta se aplica solamente a las medidas coercitivas adoptadas de acuerdo al Capítulo VII de la Carta. No es posible encontrar en la Carta fundamento alguno para tal posición. El Artículo 25 no está limitado a las decisiones concernientes a las medidas coercitivas, sino que se aplica a las 'decisiones del Consejo de Seguridad' adoptadas de conformidad con la Carta.... La Carta no se limita a hacer de la Organización creada un mero centro "que armonice los esfuerzos de las na-

(11) Ver en este sentido, y por una clasificación de los actos de acuerdo a su naturaleza, M. VIRALLY. (op.cit., T. I, 257).

ciones para alcanzar estos propósitos comunes" (Artículo 1, párrafo 4). Ella ha sido provista de órganos y le ha asignado misiones especiales. Ha definido la posición de los Miembros con relación a la Organización requiriéndoles dar asistencia en las acciones tomadas por ella (Artículo 2 párrafo 5) y aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad. ... Así, cuando el Consejo de Seguridad adopta una decisión según el artículo 25 de acuerdo con la Carta, incumbe a los Estados Miembros cumplir con esa decisión, incluyendo los miembros del Consejo de Seguridad que votaron en contra y aquellos Miembros de Naciones Unidas que no son miembros del Consejo." (12).

i") Actos reglamentarios generales. Algunas organizaciones están dotadas de poderes reglamentarios que las habilitan para adoptar decisiones de alcance general, que vinculan obligatoriamente a todos los Estados. Por ser estos poderes de excepción, frente a la reticencia de los Estados de verse obligados por decisiones en las que puedan no tener participación directa, las organizaciones de que se trata son en general competentes en cuestiones puramente técnicas.

La Asamblea General de la Organización Mundial de la Salud tiene autoridad para adoptar reglamentaciones concernientes a medidas sanitarias y procedimientos destinados a impedir la propagación internacional de enfermedades de un país a otro. Estas reglamentaciones entran en vigor para todos los Miembros después que se haya dado debido aviso de su adopción, excepto para aquellos Miembros que comuniquen al Director General que las rechazan o hacen reservas, dentro del período fijado en el aviso (Artículos 21 y 22 de su Carta).

En la Organización de Aviación Civil Internacional, el Consejo adopta normas y métodos recomendados internacionales con el voto de dos tercios de sus integrantes, para luego ser sometidos a cada Estado contratante. Dichas normas surtirán efecto a los tres meses de ser transmitidas a los Estados contratantes o a la expiración del período que fije el Consejo, a menos que en el ínterin la mayoría de los Estados contratantes registren en el Consejo su desaprobación (Artículo 90 del Convenio de Aviación Civil Internacional).

En la Organización Internacional del Trabajo, se establece que los Convenios Internacionales aprobados por la Conferencia General deben ser sometidos por sus Miembros, en principio, dentro del año a partir de la clausura de aquélla, a la autoridad competente a efectos de su aprobación. Los Miembros deberán informar sobre tales gestiones, así como sobre la aprobación del convenio y en defecto de ello sobre las medidas que se han puesto en ejecución relativas a disposiciones del convenio, indicando las dificultades que impiden la ratificación del mismo (Artículo 19 de su Carta). Un procedimiento similar debe seguirse con los convenios aprobados por la Organización Mundial de la Salud (Artículo 20 de su Carta).

i") Actos comunitarios. La atribución del poder de adoptar actos unilaterales obligatorios para sus miembros es excepcional aún en las organizaciones de cooperación. No obstante, se ha vuelto una regla en determinadas organiza-

(12) Rep. 1971, págs. 52-54.

ciones de avanzados procesos de integración, que facilitan el cumplimiento de sus objetivos y que da lugar al fenómeno comúnmente conocido por "supranacionalidad".

Así, en el marco de la Comunidad Económica Europea, el Tratado de Roma de 1957, para el Mercado Común Europeo, establece que el Consejo y la Comisión pueden dictar distintos tipos de actos: reglamentos, directivas y decisiones. El reglamento tiene una aplicación general y es obligatorio y directamente aplicable a cada uno de los Estados miembros. La directiva obliga al Estado miembro a quien se dirija. La decisión es obligatoria para los destinatarios a quienes involucra (Artículo 189). Por su parte, las sentencias de la Corte de Justicia, tienen también fuerza ejecutiva (Artículo 187).

Por tanto, desde que son adoptados y publicados en forma, esos actos son directamente oponible a todos a quienes van dirigidos y alcanzan y poseen jerarquía superior a todas las reglas de los Estados miembros, ya sean constitucionales, legislativas o administrativas.

ii) Finalmente, la facultad de dictar decisiones obligatorias, no está siempre acompañada de la determinación de *medios de contralor del cumplimiento de los actos obligatorios o de la posibilidad de exigir ese cumplimiento*. Su puesta en ejecución depende entonces de la cooperación entre los Estados y de las posiciones que al respecto asuman los órganos nacionales.

En el ámbito internacional la aplicación de las decisiones de las organizaciones depende de la validez y el alcance de las resoluciones. Las situaciones están reguladas en lo atinente a la oponibilidad a los Estados miembros por el derecho interno de la organización, y por el Derecho Internacional general en cuanto a su excepcional obligatoriedad para los Estados no miembros.

Los Estados no miembros, en primera instancia, no están alcanzados por las decisiones de una organización internacional, salvo cuando son aceptadas por ellos o establecen situaciones "objetivas" y por tanto oponible a todos.

De acuerdo a lo expresado en el Caso citado de Namibia, "A juicio de la Corte, la terminación del Mandato y la declaración de ilegalidad de la presencia de Sudáfrica en Namibia son oponible a todos los Estados en el sentido que vuelven ilegal *erga omnes* la situación que se mantiene en violación al Derecho Internacional" (13).

Por su parte, la ejecución de los fallos de los Tribunales internacionales, está facilitada por el principio de autoridad de la cosa juzgada y en caso de resistencia de un Estado a dar cumplimiento a ellos existen algunos mecanismos especiales, como por ejemplo la posibilidad de intervención del Consejo de Seguridad (Artículo 94 de la Carta de Naciones Unidas).

4. *Las recomendaciones de los organismos internacionales*

a. *Las recomendaciones en sentido estricto*

(13) Rep. 1971, pág. 56.

La recomendación es un acto que emana de un órgano y que propone un comportamiento determinado a sus destinatarios, sin implicar para éstos la obligación jurídica de adaptarse a la conducta señalada.

Los destinatarios de la recomendación pueden ser los Estados miembros y no miembros de la organización, los órganos de la misma organización o de otras organizaciones internacionales y las personas físicas o jurídicas.

El Tratado de Roma de 1957, da un ejemplo claro de esto cuando establece concretamente que las recomendaciones y opiniones del Consejo y de la Comisión "no tendrán fuerza obligatoria" (Artículo 189).

Por lo tanto, puede decirse que en principio y por su propia esencia, la recomendación es una invitación, un acto desprovisto de efectos obligatorios y sus destinatarios no están sujetos por ellas y no incurren en infracción al no darle cumplimiento.

Sin embargo, en la medida en que una recomendación tiende a efectivizar los objetivos de la organización y los Estados miembros se han comprometido a cooperar con ella y a cumplir aquellos objetivos, esos Estados tienen por lo menos la obligación de analizar de buena fe en qué medida pueden adecuar su conducta a la recomendación, especialmente cuando han votado a favor de ella.

Esa conclusión se desprende por ejemplo del propio texto de la Carta de las Naciones Unidas (Artículos 2 párrafos 5 y 6 y 56).

El órgano del cual ha emanado la recomendación tiene el poder de instituir mecanismos de control, destinados a examinar la forma en que los Estados la aplican y cómo ejercer coacción sobre ellos para que las cumplan.

Por un lado, encontramos que las técnicas más utilizadas al respecto, son los procedimientos de contralor posterior apoyados en la obligación de los Estados de brindar informes periódicos, responder a cuestionarios o explicar sus retardos en foros políticos o de expertos.

Por otra parte, si bien las recomendaciones carecen de fuerza obligatoria y están desprovistas de sanción en el sentido jurídico, poseen un insoslayable valor de orden político y moral. En teoría, se puede distinguir la sanción en sentido técnico, que tiende a la ejecución de verdaderas obligaciones jurídicas preexistentes, de la presión y disuasión, directas o indirectas, que buscan la realización de una conducta no obligatoria, pero que se estima deseable y recomendable por el organismo internacional. No obstante, en definitiva, desde el punto de vista práctico, los medios de presión y disuasión que utilizan los organismos internacionales para llevar a la ejecución de una recomendación, son los mismos que utilizan con carácter de sanción, para imponer la ejecución de obligaciones jurídicas: la movilización de la opinión pública a efectos de obtener una cierta conducta (14).

Por último, cabe destacar que las meras recomendaciones, en determinadas circunstancias pueden alcanzar efectos vinculatorios.

(14) J. CASTAÑEDA, (1970, T.I. 219 y 220).

Para ello es necesario analizar en cada caso la práctica de los órganos y la reacción de los Estados frente a las recomendaciones que le son dirigidas, como forma de evaluación del alcance jurídico de esas resoluciones.

En primer término, el órgano que decide o aplica una recomendación puede considerarla obligatoria y esto constituye un elemento decisivo para que la misma revista tal carácter.

La Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva de 1971, en el caso de Namibia, y en la cita ya antes efectuada, reconoció que la Asamblea General de las Naciones Unidas, no "... está impedida de adoptar, en casos determinados dentro del marco de su competencia, resoluciones que revisten el carácter de decisiones o con contenido ejecutorio." (15).

En segundo término, una recomendación puede verse revestida de carácter obligatorio en el caso en que los Estados encargados de aplicarla, antes o después de su adopción, se comprometen a cumplirla. En algunos acuerdos de tutela los Estados administradores aceptan aplicar las recomendaciones que adopte la Asamblea General de las Naciones Unidas, en los territorios bajo su administración (16).

En tercer término, en el seno de una organización, las recomendaciones de un órgano jerárquicamente superior se imponen a sus órganos subsidiarios.

b. Las pseudo recomendaciones

Con respecto al tema de las recomendaciones se ha dado un nuevo fenómeno en los últimos tiempos: bajo la denominación o la facultad de "recomendación", se encierran actos que no se atienen estrictamente a esa verdadera naturaleza y por ende sus efectos y alcances son diferentes.

En consecuencia, la verdadera sustancia de las recomendaciones depende de su contenido; de las circunstancias y modalidades en que fueron adoptadas; de la autoridad jurídica y política del órgano que las emite; de las mayorías con que contaron; de la importancia de las reservas opuestas por los Estados en la oportunidad; y de la existencia o no de mecanismos de control de cumplimiento de esas recomendaciones.

Por ello, se constata que órganos de los organismos internacionales, facultados en principio exclusivamente a dictar recomendaciones que son por ende meramente exhortativas, emiten también resoluciones que son en definitiva declarativas, cristalizadoras o generadoras de normas jurídicas. Y el tema se complica aún más, pues una misma resolución puede tener uno o varios de esos contenidos, con efectos y alcances distintos, y pueden circunscribirse solo a lo interno de la organización de que se trate o revestir eficacia externa a la misma.

Esta cuestión se ha planteado fundamentalmente a propósito de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, quien facultada exclusivamente en principio para "hacer recomendaciones" (Artículo 10 de la Car-

(15) Rep. 1971, pág. 50.

(16) Ver JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, (1994, T.V, 112 y 113).

ta), ha emitido resoluciones que exceden estrictamente dicha facultad y revisan los otros contenidos mencionados.

La Asamblea General, ha manifestado una predilección muy particular para emitir "Declaraciones de principios generales", cuyo alcance han sobrepasado la órbita de simples recomendaciones. Encontramos así, entre otras: "Declaración universal de los derechos del hombre" de 1948; "Derechos del niño" de 1959; "Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales" de 1960; "Eliminación de todas las formas de discriminación racial" de 1963; "Principios jurídicos que rigen las actividades de los Estados en materia de exploración y utilización del espacio ultraterrestre" de 1963; "Soberanía permanente sobre los recursos naturales" de 1962 y 1966; "Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas" de 1970; "Declaración de principios que regulan los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de las jurisdicciones nacionales" de 1970; "Instauración de un nuevo orden económico internacional" de 1974; "Carta de derechos y deberes económicos de los Estados" de 1974; "Desarme" de 1978; y "No intervención en los asuntos internos de los Estados" de 1965 y 1981.

¿Cuál es entonces la naturaleza jurídica y eficacia de tales "declaraciones", envueltas en el manto de resoluciones que no podrían tener más valor que el de meras recomendaciones?

Un análisis en base a los mencionados diferentes contenidos de esas resoluciones, nos permiten sistematizar y estudiar el tema brevemente (17).

i) Resoluciones declarativas de Derecho

Es el caso de las resoluciones puramente enunciativas, reproductoras o confirmatorias de Derecho consuetudinario o de principios generales de derecho reconocidos por los principales sistemas jurídicos y que son obligatorias en tanto que reglas provenientes de esas fuentes.

Por tanto, no es en el acto jurídico mismo donde reside el valor de las normas, sino que el alcance de su contenido material se beneficia del valor obligatorio de esas normas, y en todo caso la resolución tiene un valor jurídico probatorio.

Además es frecuente que las declaraciones pretendan interpretar o esclarecer el sentido del texto constitutivo, detallando sus consecuencias o enunciando ciertas reglas que han adquirido un estatuto consuetudinario.

ii) Resoluciones cristalizadoras de Derecho

Se trata aquí de resoluciones que contribuyen a establecer definitivamente normas consuetudinarias en vía de formación, que denotaban una cierta imprecisión y ambigüedad y que se definen ahora a través de una expresión

(17) En este sentido nos basamos en la clasificación que Eduardo JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA estableció para ciertas Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas en relación con el Derecho consuetudinario, recogida en E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1980, 38 y sgtes.).

clara y concreta sobre la temática de que se trata, obtenida a través del consenso.

iii) Resoluciones generadoras de Derecho

Este tipo de resoluciones también puede aportar una contribución de gran importancia para la formación de nuevas reglas consuetudinarias o convencionales.

Para ser un elemento formador de costumbre deben traducir una opinión *juris*, seguida de una práctica conforme y a falta del primer elemento, su función se limita al papel de factor fermentador del proceso consuetudinario.

También estas resoluciones pueden dar lugar a la suscripción de convenciones posteriores, basadas en esencia en los principios enunciados en las mismas.

En este contexto, el fenómeno más importante se ha dado con respecto a determinadas Resoluciones de la Asamblea General, que por la integración universal de ésta y el contenido de aquéllas, han provocado polémicas interpretativas.

En general se ha sostenido que la ausencia de poderes legislativos de la Asamblea General otorgados por la Carta (lo que también sería aplicable para órganos plenos de otras organizaciones universales o regionales), no la habilitan para emitir reglas obligatorias. Sin embargo, ello no significaría que sus resoluciones proclamando principios o reglas genéricas, estén desprovistas de todo efecto jurídico, ya que el mismo puede ser provisto por factores extrínsecos (18).

Así, parte de la doctrina sostiene que estas resoluciones, en ciertas condiciones, constituyen la manifestación de la opinión *juris* en el ámbito de la comunidad internacional y contribuyen a la creación de normas generales, cuando se confirman posteriormente con el comportamiento, conteste, constante y generalizado de los Estados.

Otra parte de la doctrina estima que estas resoluciones que proclaman reglas nuevas, no pueden ser consideradas como la consagración jurídica de una opinión *juris* de una práctica por definición inexistente. En cambio, pueden tener una significación de primera importancia de *lege ferenda*, en la medida en que sean susceptibles de precipitar la aparición y generalización de un largo apoyo subjetivo y objetivo de los Estados (19).

La Corte Internacional de Justicia, en el "Caso relativo al Sahara Occidental", de 1975, expuso que "... se entiende que si bien una resolución aislada de la Asamblea General no tiene fuerza obligatoria, el efecto acumulativo de numerosas resoluciones de un contenido similar, votadas por una fuerte mayoría y frecuentemente reiteradas durante un cierto lapso de tiempo, puede devenir la expresión de una opinión *juris* y constituir así una norma de derecho consuetudinario internacional" (20).

(18) En este sentido JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1994, T.V, 114 y sgtes).

(19) M.VIRALLY, (op.cit., T.I, 275-276).

(20) Rep. 1975, pág. 121.

Se ha sostenido también, que ciertas resoluciones podrían tener el valor de verdaderos acuerdos internacionales, cuando se enuncian principios de modo expreso e inequívoco y suponen el cumplimiento de la Carta (21).

Así, algunas resoluciones, en número restringido pero jurídicamente significativa, podrían constituir un acuerdo no formal, tanto explícito como tácito, entre los diversos Estados miembros de un órgano o un organismo internacional. De este modo, en la medida en que una resolución es el resultado de un acuerdo y además lo formula y materializa, puede adquirir fuerza obligatoria, aún cuando emane de un órgano que normalmente no posee la competencia específica para tomar decisiones obligatorias en el tema sobre la cual se emite aquélla.

Es decir, que en ciertas resoluciones, en base al instrumento constitutivo del organismo, al mandato de un órgano, a la forma y a las circunstancias en las cuales son adoptadas, su objeto principal es expresar y materializar una suerte de acuerdo internacional entre los Estados miembros, desprovisto de la instrumentación usual de los tratados, algo asimilable a un "acuerdo multilateral en forma simplificada" (22).

Finalmente, algunos autores o representantes de los Gobiernos han sostenido que las reglas dictadas por el conjunto de Estados componiendo la Comunidad internacional, reunido en el seno de la Asamblea General, son por sí mismas normas jurídicas, y por tanto vinculantes, sin necesidad de ningún otro factor posterior, constituyendo en esta hipótesis otra fuente formal de Derecho internacional. En este caso se tienen en cuenta en especial, las resoluciones que adoptan "declaraciones" por las cuales se proclaman ciertos principios o reglas de derecho o códigos de conducta, agrupando un conjunto coherente, destinado a reglar la acción de los Estados o de personas físicas o jurídicas con actividad internacional.

Como es de ver, resulta difícil apoyar con certeza cualquiera de las opiniones vertidas en este punto, pues todas plantean dudas.

Las que se apoyan en el fundamento de la costumbre, no justifican cierta inmediatez jurídica que han evidenciado estas resoluciones. Las que se basan en su naturaleza de acuerdo, no explicitan cómo resolver el problema de la exención del cumplimiento de los requisitos que los Estados exigen internamente para la vigencia de los tratados. Las que reconocen la configuración de una nueva fuente formal es la menos ortodoxa y tradicional, ¿pero no estaría revelando la existencia de un nuevo estadio en el papel que ciertos órganos de las organizaciones internacionales están jugando como generadores por sí mismos de normas de Derecho Internacional?

Por último es menester resaltar, que si bien la jurisprudencia y la doctrina concuerdan en general en que el tipo de Resoluciones de la Asamblea General que antes hemos citado, entran dentro de una de las tres categorías mencionadas, no existe tampoco coincidencia en cuanto a dentro de cuál de ellas se encuadran.

(21) B.CONFORTI, (1987, 55 y sgtes.).

(22) J.CASTAÑEDA, (1970, T.I, 302).

Así, con referencia a la "Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a la Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas" (Resolución 2625), de 1970, de la Asamblea General, mientras unos sostienen que es una interpretación autorizada de la Carta, otros han entendido que constituye una declaración de normas de derecho consuetudinario.

En el caso de las Resoluciones con respecto al espacio ultraterrestre y a los fondos marinos y oceánicos, para una posición constituyen la cristalización de normas consuetudinarias y para otra la generación de nuevas normas.

En fin, nos encontramos en este punto en un campo en proceso de consolidación, que despierta y continuará despertando numerosas y grandes dudas interpretativas, pero de enorme importancia fermental para el Derecho Internacional.

Sección V

Actos concertados de naturaleza no convencional

No debemos cerrar este Capítulo relativo a nuevas fuentes del Derecho internacional, sin mencionar un nuevo fenómeno que se constata actualmente en el ámbito internacional y que es el de los "actos concertados no convencionales".

Los Estados negocian frecuentemente instrumentos que no son en sí tratados, pero que de cualquier forma están llamados a regular o al menos orientar sus relaciones, a través de líneas de acción paralelas, que pueden revestir forma oral u escrita.

Por tanto, si bien la concertación se realiza entre sujetos de Derecho Internacional, no está sometida al régimen jurídico de los tratados, pero reviste en principio un papel normativo de gran importancia, que ha llevado en las últimas dos décadas a su individualización y análisis, incluso con respecto a sus efectos jurídicos.

La doctrina anglosajona, donde este tipo de actos ha sido más intensamente estudiado, también los denomina "acuerdos de caballeros", "acuerdos informales" o "acuerdos no obligatorios".

En general entonces, podríamos definir estos actos, como instrumentos emanados de una negociación entre representantes habilitados de sujetos de Derecho Internacional, que tienen por objeto guiar o encuadrar sus relaciones mutuas, carentes de efectos obligatorios, pero revestidos de fuerza política o moral.

En la práctica poseen denominaciones y formas muy variadas tales como, comunicados o declaraciones individuales o conjuntas, códigos de conducta, actas de intención, arreglos, memorandos, actas finales, acuerdos informales, protocolos, etc.. Pueden provenir de negociaciones entre Estados, bilaterales o

multilaterales, y de organizaciones internacionales al culminar la labor de algunos de sus órganos, conferencias u otras formas de actuar de las mismas.

Pueden abarcar, y comprenden en general, cuestiones económicas, financieras, sociales, territoriales y militares, sin con esta enunciación agotar los campos alcanzables.

Este tipo de concertación aunque parece nueva y escasa, no es ni una cosa ni la otra. Para ilustrar esto, basta citar algunos ejemplos célebres, tales como el Acta Final del Congreso de Viena y la Declaración sobre neutralización perpetua de Suiza, de 1815; la Carta del Atlántico de 1941; la Declaración de las Naciones Unidas de 1942; las Declaraciones emanadas de las Conferencias de los Aliados, de Moscú de 1943, Yalta y Postdman de 1945; y el Acta Final de la Conferencia sobre la seguridad y la cooperación en Europa, de Helsinki, de 1975.

Estos actos asimismo han proliferado últimamente en las relaciones internacionales, en virtud de que su flexibilidad e indeterminación intrínseca habilita, en determinados casos, para acordar al menos una línea de acción común entre Estados, fácilmente adaptable a las cambiantes coyunturas internacionales y accesible a la renuncia unilateral. La naturaleza especial de estos actos y su falta en general de precisión, permite además soslayar los escollos de los procedimientos internos de los Estados que regulan a los acuerdos formales.

Por lo demás, estas concertaciones pueden ser declarativas de una posición jurídica o revelar la necesidad de modificar una situación jurídica existente, determinada por la costumbre o un acuerdo vigente.

Es de advertir que en muchos casos, por su forma de instrumentación, lo detallado de su formulación y el ámbito en que se generan, estos actos se acercan y asemejan mucho a resoluciones de los organismos internacionales o a tratados celebrados entre Estados, lo que puede llevar a situaciones de verdadera incertidumbre y confusión.

La falta de fuerza obligatoria de estos actos conlleva a que no estén sometidos a las normas que regulan el mundo de los tratados, su incumplimiento no genera responsabilidad internacional y no pueden ser objetos de recursos jurisdiccionales. No obstante, por ser el producto final de negociaciones, a veces largas y arduas, y emitidos en forma solemne, pueden llegar a ejercer sobre sus autores una presión tan fuerte que los aproxima a actos realmente obligatorios.

Pero además, al igual que las recomendaciones en el ámbito de las organizaciones internacionales, si bien no crean obligaciones jurídicas, están sometidos al Derecho Internacional y tienen alcances jurídicos.

En tal sentido, estos compromisos están regidos por el principio de la buena fe; pueden crear expectativas alcanzadas por el principio de la preclusión (estoppel), impidiendo que una parte vaya contra ese acuerdo que las otras partes han razonablemente acatado; trasladan una materia en principio exclusiva del ámbito de la jurisdicción interna de un sujeto al de las relaciones internacionales; hacen factible la modificación o derogación de actos anteriores de igual naturaleza; y facilitan la génesis de normas jurídicas a través de la formación de normas convencionales, consuetudinarias o actos unilaterales.

Estos actos por tanto, constituyen en principio, normas de *soft law*, que luego a través de acuerdos, costumbre o actos unilaterales llegan a constituir *hard law*.

También en el caso de estos actos nos encontramos ante un fenómeno nuevo que por un lado facilita las relaciones internacionales y por otro sacude las tradicionales estructuras del Derecho Internacional.

Capítulo VII

LAS NORMAS DE JUS COGENS EN EL CAMPO DEL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

por Roberto Puceiro Ripoll

Sumario:

I. Relevancia del tema. Origen del concepto. II. Doctrina y jurisprudencia. III. Importancia del proceso codificador del Derecho de los Tratados. IV. Consideraciones generales. 1. Aceptación específica. 2. Realidad del jus cogens. V. Caracteres de las normas de jus cogens. 1. Planteo de la cuestión. 2. Imperatividad, inderogabilidad. 3. Generalidad. 4. Aceptación y reconocimiento universal. 5. Dinamismo y mutabilidad. VI. Fuentes. VII. Objeto del jus cogens. VIII. Individualización. Clasificación. 1. Planteo de la cuestión. 2. Normas que protegen los intereses y los valores de la comunidad como tal. 3. Normas que protegen los derechos de los Estados como tales y en sus relaciones recíprocas, en tanto que miembros de la sociedad internacional. 4. Normas que protegen los derechos fundamentales de las personas en su proyección humanitaria y universal. IX. Efectos. X. Mecanismos y procedimientos. XI. Proceso de codificación. Desarrollo progresivo. XII. Desenvolvimiento esencial.

Sección I

Relevancia del tema. Origen del concepto

En el Capítulo V de este Tomo se ha hecho ya un análisis de las normas de jus cogens, en el contexto del Derecho de los Tratados.

Sin embargo, el papel que juegan en la época actual las reglas de jus cogens excede notoriamente el campo de los tratados e interpenetra el Derecho Internacional Público todo, adquiriendo una importancia cada vez más creciente en virtud de su especial naturaleza, sus efectos y el papel que desempeñan.

Se entiende por tanto, que amerita dedicar un capítulo especial en este tomo, a efectos de analizar en forma separada y detenida los fundamentales

aspectos de este nuevo y revolucionario instituto de Derecho Internacional Público.

El origen de la expresión *jus cogens* y su concepto, surgen muy esfumados de entre la historia del Derecho, y es su evolución a través del tiempo la que les va dando cuerpo y contenido en las distintas ramas de la Ciencia Jurídica (1).

La noción en sí ya estaba contenida en el Derecho romano; fue acogida por los preceptos cristianos y el Derecho Canónico y posteriormente trasmutada en el "Derecho de Gentes necesario" de la escuela clásica del Derecho natural: "Desde que este Derecho no está sujeto a cambios y las obligaciones que impone son necesarias e indispensables, las naciones no pueden alterarlas por convenio individual ni eximirse mutuamente de ellas" (Cfr. E. de Vattel, 1758, párrafos 7 a 9).

Esa metamorfosis, sin embargo, llegó a límites tales, que atrajo sobre sí el repudio del positivismo, el cual negó rotundamente la existencia de normas imperativas que limitasen la voluntad de los Estados.

La evolución posterior nos demuestra que ya en el siglo XX, a través de un positivismo atenuado o de un neo-jusnaturalismo, dicha oposición se fue debilitando gradualmente, dándose entrada al concepto de que en definitiva, los Estados no son totalmente libres en su acción. La brecha se produce entonces fundamentalmente al analizarse el objeto de los tratados: éstos son ilegítimos cuando violan la moral y las buenas costumbres en el ámbito internacional.

Presenciamos pues, en el siglo pasado, la positivación gradual del concepto en el campo del Derecho de Gentes tomándose la expresión *jus cogens*, que otras ramas del Derecho interno de los Estados asignaban ya desde el siglo pasado al concepto de normas imperativas o de orden público.

Por lo tanto es evidente que la noción de *jus cogens*, es decir, normas que fijan o prohíben determinadas conductas sin posibilidad de exclusión de las partes, por contraposición a *jus dispositivum* —normas que pueden ser modificadas por las partes o que se aplican en ausencia de su voluntad— aparece y se plasma con perfiles propios mucho antes en el Derecho interno de los Estados, que en el Internacional.

Aun así, en el campo del Derecho Internacional, lo más novedoso es no sólo su cristalización reciente, sino su surgimiento con caracteres propios y distintos a los del Derecho interno.

Sección II

Doctrina y jurisprudencia

El examen del *jus cogens* en el contorno doctrinario del Derecho Internacional, cobra importancia en las últimas cinco décadas, intensificándose la pro-

(1) Por un estudio detenido sobre orígenes: E.SUY, 1967.

ducción a medida que avanzaban los trabajos preparatorios de la codificación sobre el Derecho de los Tratados, a cargo de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (1).

En 1937, el Prof. Alfred Verdross (2) se plantea el problema en estos términos: "Nuestro punto de partida es la regla incontestable de que, como cuestión de principio, los Estados son libres de concluir tratados, sobre cualquier objeto. Todo lo que tenemos que investigar por lo tanto es si esta regla admite o no ciertas excepciones. La respuesta a esta interrogante depende de la pregunta preliminar, de si el Derecho internacional general contiene reglas con carácter de *jus cogens*... porque es la quintaesencia de las normas de este carácter, que prescriben una conducta determinada e incondicional, positiva o negativa; las normas de este carácter por lo tanto, no pueden ser derogadas por la voluntad de las partes contratantes".

Reconoce entonces en primer término, la existencia de un grupo de "normas consuetudinarias de Derecho internacional, imperativas, diferentes y particulares", tales como las que establecen la no perturbación por parte de los Estados del uso del alta mar, o el reconocimiento del derecho de ocupar y anexar *terra nullius*, o del derecho a la soberanía. Y asimismo junto a dichas normas registra la existencia de otras, que responden al principio general que prohíbe a los Estados concluir tratados contra bonos mores.

Estos son definidos por el autor como los que "restringen la libertad de una de las partes contratantes de forma excesiva o indigna o que comprometen sus derechos más importantes". Porque para descubrir cuáles son los tratados inmorales "debemos preguntar cuáles son las labores morales que los Estados deben realizar en la comunidad internacional... Debemos tratar de hallar el *ethical minimum* reconocido por todos los Estados de la comunidad internacional y dejar de lado los fines particulares del Estado...".

Estas apreciaciones del Prof. Verdross que en aquel momento representaban una construcción doctrinal original y de avanzada, alcanzan sesgos de una actualidad notoria en estos momentos. Así llega a sostener que ninguna obligación válida puede surgir del contenido inmoral de un tratado. "Por lo tanto todo tribunal arbitral o la Corte Permanente, al cual le es sometido un conflicto en que está involucrado un tratado de tales características, tiene la obligación de decretar que dicho tratado es nulo, aun sin petición de parte a este efecto. Este principio surge de la consideración de que los órganos de Derecho internacional deben aplicar al Derecho internacional. No pueden por lo tanto ordenar a un Estado hacer algo prohibido por dicho Derecho. La declaración de que el contenido de un tratado es inmoral, no tiene por lo tanto carácter constitutivo, sino simplemente declarativo; establece que una obligación con tal contenido no ha existido nunca".

(1) Para un análisis más pormenorizado de la doctrina, E.SUY, 1967, 26 y ss.

(2) A.VERDROSS, 1937, 571 y ss. Asimismo el Prof. VERDROSS, siendo miembro de la Comisión de Derecho Internacional, que estaba realizando los trabajos de codificación sobre el Derecho de los Tratados publicó un nuevo artículo sobre el tema, comentando los proyectos de codificación en estudio, desarrollando sus puntos de vista y contestando a la acerva crítica del Prof. Georg Schwarzenberger. A.VERDROSS, 1966, 55 y ss.

Para el Prof. Adolfo Miaja de la Muela (1960, 88 y sgtes.), si bien es innegable la existencia de abundantes normas de Derecho Internacional de tipo dispositivo, no es menos cierto que la negación de la existencia de otra clase de reglas (*jus cogens*) dentro de él, "conduciría a convertirlo en algo parecido a un repertorio de consejos más que a un sistema de normas".

Por esto, la existencia del *jus cogens* en el plano internacional está enlazada esencialmente con la de una "Constitución de la Comunidad Internacional". "La construcción escalonada del ordenamiento internacional, con unas normas supremas de carácter constitucional en su base, sería imposible de conjugar con la posibilidad de que algunas de estas normas fuesen meramente dispositivas, esto es, que su destinatario pudiera válidamente dejarlas sin aplicación en un caso concreto". La regla, ya sea tratado o costumbre, que contraríe una norma fundamental, es para este autor antijurídica y no puede derivar su validez de una norma superior que precisamente contradice. "No se concibe una norma constitucional que vincule a sus destinatarios sólo para el caso de que no hayan pactado lo contrario. Toda regla constitucional es de *jus cogens*, aunque entre éstas haya muchas que no sean constitucionales".

Grigory Tunkin (1965, 95 y sgtes.) se pregunta si el Derecho Internacional general conoce principios y normas imperativas que los Estados no pueden dejar de aplicar en sus mutuas relaciones: "De la tesis que afirmamos, de acuerdo a la cual las normas surgen del acuerdo entre los Estados, no debe concluirse la ausencia de reglas imperativas en Derecho Internacional... La necesidad de principios y normas imperativas ha surgido y se ha fortalecido con la extensión de las relaciones internacionales... De esta forma entonces, hallamos en el Derecho Internacional contemporáneo, principios y normas imperativas, formados sobre la base de acuerdos entre los Estados, que desde ese momento no pueden ya suscribir tratados particulares que excluyan esos principios y normas en sus relaciones".

Sin embargo, existe asimismo otro núcleo de autores que niega rotundamente la existencia de normas de *jus cogens* en la esfera del Derecho Internacional (3).

El que más notoriedad adquirió en este sentido, fue el Prof. Georg Schwarzenberger, quien comenzó lanzando una aguda crítica contra el proyecto en elaboración por la Comisión de Derecho Internacional sobre el Derecho de los Tratados (4): "...la belleza de una definición general de *jus cogens* internacional por contraposición a una más concreta, deja a cada uno absolutamente libre para argumentar a favor o en contra del carácter de *jus cogens* de cualquier regla particular de Derecho Internacional. Por otra parte, como los problemas de *jus cogens* importan a todos, la referida incompatibilidad de cualquier tratado particular con el *jus cogens* internacional, provee magníficas

(3) Así entre otros: Ch. ROUSSEAU, 1970-83; P. GUGGENHEIM, *op.cit.*/1; G. MORELLI, 1967.

(4) G. SCHWARZENBERGER, 1965, 455 y ss. A su vez la contracrítica a Schwarzenberger no se hizo esperar y alzó su voz desde los propios trabajos preparatorios de la Convención de Viena de 1969 y a través de varios autores. Así, A. VERDROSS Albert, 1966 y M. VIRALLY, 1969, 5 y ss.

oportunidades para la manifestación de la indignación moral de terceras partes y en una jerga semijurídica sobre materias que de otro modo no serían claramente de su competencia”.

Fue luego de la Segunda guerra Mundial ya bajo la inspiración de las experiencias recientemente pasadas, que se dio el gran impulso para concretar el reconocimiento y regulación del tema del jus cogens.

En lo que atañe a la jurisprudencia internacional, han habido referencias ocasionales, directas o indirectas, reconociendo la existencia de normas de jus cogens en la estructura jurídica interetática. No conocemos sin embargo ningún caso en que los tribunales jurisdiccionales o arbitrales internacionales hayan decretado la nulidad de un tratado o puesto punto final a uno de ellos, en virtud de haberse violado una de aquellas normas (5).

La Jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional no ofrece ningún ejemplo concreto, pero existen algunas opiniones disidentes alusivas, de entre las cuales la más difundida e ilustrativa, considerando que fue emitida en el año 1934, es la del Juez Walter Schucking en el caso “Oscar Chinn”.

“Difícilmente puedo imaginar que la Liga de las Naciones haya comenzado ya la codificación del Derecho Internacional, y no fuese posible hoy mismo crear un jus cogens cuyo efecto sería, que una vez que los Estados han acordado ciertas normas jurídicas, y se han comprometido igualmente a que esas normas no puedan ser modificadas por algunos de ellos solamente, todo acto efectuado en contravención con este compromiso fuere automáticamente nulo... La Corte por ejemplo, nunca aplicaría una convención cuyos términos fuesen contrarios a la moral pública... La actitud del tribunal... debería ser gobernada en tal caso por consideraciones de orden público” (6).

En la sentencia del Tercer Tribunal Militar de Nuremberg, del 31 de julio de 1948, se afirma de manera concreta y definida: “...no tenemos ninguna duda en llegar a la conclusión que si Laval, o el embajador de Vichy en Berlín, hicieron algún acuerdo tal como el aducido respecto al uso de prisioneros franceses de guerra en la producción de armamento alemán, era manifiestamente contra bonos mores y por lo tanto nulo” (7).

La Corte Internacional de Justicia, en el caso del “Canal de Corfú”, entendió que las obligaciones de Albania estaban fundadas en “ciertos principios generales y bien reconocidos, tales como consideraciones elementales de humanidad aún más absolutas en tiempos de paz que en tiempos de guerra: el principio de la libertad de las comunicaciones marítimas y la obligación para todos los Estados de no dejar utilizar sus territorios para actos contrarios a los derechos de los otros Estados” (8).

(5) Ver asimismo: E.SUY, 1967, 60 y ss., E.SCHWELB, 1967, 949 y ss. y J.A.BARBERIS 1973.

(6) C.P.J.I. Series A/B, N° 63, 149 y 150.

(7) Trials of War Crimminals before the Nuremberg Military Tribunals under control council, Law N° 10, V. IX, pág. 1395. Washington 1950. Caso “Alfried Krupp y otros”.

(8) C.I.J. Recueil 1949, pág. 22.

En su opinión consultiva sobre "Reservas a la Convención sobre prevención y represión del crimen de genocidio", la Corte Internacional al condenar el genocidio como una negación del derecho a la existencia de grupos humanos, que conmueve la conciencia de la humanidad, expresa: "Los principios que están en la base de la Convención son principios reconocidos por las naciones civilizadas como obligando a los Estados, aun fuera de todo vínculo convencional" (9).

Igualmente, en la sentencia de fondo del caso "Barcelona Traction", se habla de obligaciones erga omnes de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto y que "resultan por ejemplo, en el Derecho Internacional contemporáneo, de considerar ilícitos los actos de agresión y genocidio, así como de los principios y reglas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana, entre ellos la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial..." (10).

Más recientemente, en el caso relativo al "Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán" (Medidas provisionales), en 1979, la Corte expresó que "ningún Estado tiene la obligación de establecer relaciones diplomáticas o consulares con otro Estado, pero no se pueden dejar de reconocer las obligaciones imperativas que ellas comportan y que están ahora codificadas en las Convenciones de Viena de 1961 y 1963" (11).

En el "Asunto Relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua de 1986 la Corte Internacional de Justicia expresó: "La validez en derecho consuetudinario del principio de prohibición del uso de la fuerza expresado en el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas encuentra... confirmación en el hecho de que los representantes de los estados parte mencionan frecuentemente, no solo como un principio de derecho internacional consuetudinario, sino como un principio fundamental o esencial de ese derecho." Asimismo se reconoce que la comisión de Derecho Internacional en su codificación del derecho de los tratados expresó que aquél principio constituye una regla de Derecho Internacional con carácter de jus cogens (12).

Finalmente, en su opinión consultiva de 1996, sobre la "Licitud de la amenaza o el empleo de armas nucleares", la Corte ha calificado de "principios no transgredibles de derecho internacional consuetudinario" a "un gran número de reglas de derecho humanitario aplicable a los conflictos armados" (13).

Del meramente ilustrativo y esquemático análisis practicado de la doctrina y la jurisprudencia de los últimos tiempos —reflejo del estado de opinión general— emerge el reconocimiento de la existencia y configuración de normas de jus cogens, en el terreno del Derecho Internacional, pero aún en una etapa de dudas y vaguedades. Dicho estado de opinión en definitiva revela la posición de los Estados —evidenciada en los textos de la Convención de Viena de 1969—

(9) C.I.J. Recueil 1951, pág. 23.

(10) C.I.J. Recueil 1970, pág. 32.

(11) C.I.J. Recueil 1970, págs. 31-32 y 1979.

(12) C.I.J. Recueil 1986 parr.190.

(13) C.I.J. Recueil 1996 parr.257.

no decididos todavía al lanzamiento final que perfile aquellas normas con caracteres jurídicos precisos.

Sección III

Importancia del proceso codificadorio del Derecho de los Tratados

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y los trabajos que la precedieron –en todo lo cual colaboraron juristas del mundo entero, representantes de la casi totalidad de las Naciones y por ende de todos los sistemas jurídicos– precipitaron el estudio y profundización del concepto, contenido y efectos de las normas de jus cogens en el ámbito del Derecho Internacional.

En el año 1949, la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas, comenzó su labor tendiente a lograr la codificación del Derecho de los Tratados (1).

Presentado el proyecto de la Comisión a la Asamblea General y recogidas las observaciones de los Estados sobre él, se pudo comprobar que la mayoría de ellos aceptaban los lineamientos estructurados sobre las normas de jus cogens, reclamando algunos mayor precisión en los conceptos para facilitar su funcionamiento práctico.

Sólo un Estado, Luxemburgo, se opuso abiertamente a la inclusión de disposiciones al respecto, argumentando que no podía hablarse de criterios superiores al acuerdo de los Estados y que la noción implicaba un factor de incertidumbre y confusión.

La propia Comisión por su parte debió reconocer las dificultades para establecer el concepto preciso del jus cogens e individualizar este tipo de normas, presentando a la Conferencia un proyecto que no estableció el contenido de aquél sino simplemente sus caracteres y efectos .

El último paso del proceso lo constituye la “Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derechos de los Tratados”, iniciada en 1968 y culminada en 1969, integrada por los representantes de los Estados miembros de las Naciones Unidas y por otros invitados especiales, fue la encargada de redactar la Convención sobre dichas bases.

Como se puede apreciar entonces, en un proceso de veinte años, la noción de jus cogens fue acogida progresivamente en los textos que se sucedieron, perfilando y desarrollando así sus caracteres y funcionamiento al par que evidenciando dudas y dificultades no totalmente resueltas aún (2).

Sin embargo, la inclusión de este tema en la Convención fue uno de sus grandes logros, por lo que ello significa para el proceso codificadorio en sí y para el desarrollo progresivo del Derecho Internacional.

(1) Ver E.DE LA GUARDIA y M.DELPECH, 1970, 20 y ss. y 763 y P.A.FERRER SANCHIS, 1967. 763 y ss.

(2) Ver DE VISSCHER, Charles: Positivisme et jus cogens, Revue General de Droit International Public, 1971. Tomo 75, N, pág. 5 y sgtes.

El tema de las normas de *jus cogens* es tradicionalmente estudiado a propósito de los límites de la voluntad de los Estados al celebrar tratados, pero es evidente que a esta altura del desarrollo del Derecho Internacional, dichas normas imponen límites a aquéllos no sólo en sus acuerdos, sino también en sus actos unilaterales, hechos y omisiones.

Sección IV

Consideraciones generales

1. Aceptación específica

En primer término, es menester dejar sentado que se requiere sondear el concepto de *jus cogens* dentro del ámbito exclusivo del Derecho Internacional Público, sin salir en su búsqueda a partir de nociones similares pero extrañas a aquél, como pueden ser las que nos brindan al respecto los Derechos internos de los Estados. Si bien este medio facilita aparentemente la labor, no es menos cierto que nos llevará de seguro a conclusiones falsas.

No existe un calco preciso entre el derecho producto de la sociedad etática y el de la sociedad internacional, que permita la fácil transposición de las realidades de uno a otro. En aquél existe una nítida jerarquía de normas jurídicas, en éste la jerarquía llega a ser reversible entre costumbre y tratado por ejemplo. En Derecho Internacional Público asimismo, legislador y parte contratante se llegan a confundir y no existe en principio un poder centralizador del cual emanen dichas normas, ni jurisdicción obligatoria para entender en los conflictos que se susciten entre los sujetos.

En este tema más que en ninguno entonces, las mayores desorientaciones y dudas puede que provengan precisamente de buscar su concepción actual fuera del mismo ordenamiento jurídico internacional, donde se revela con serias dificultades, pero con caracteres propios y específicos.

*2. Realidad del *jus cogens**

Se impone ahora, previo a todo análisis, una interrogante: saber si cabe aplicar el concepto de *jus cogens* en Derecho Internacional Público, ya que éste es en la actualidad, de cooperación y no de subordinación; sus sujetos son presuntos soberanos, libres, iguales e independientes unos de los otros y no existe un superestado que estatuya reglas limitativas de la acción de los Estados.

La creciente cristalización de normas de *jus cogens* en el campo del Derecho Internacional es un fenómeno de reciente aparición, producto necesario de la rápida y enorme evolución que la sociedad internacional ha tenido en los últimos tiempos.

La sociedad interetática contemporánea se ha ido alejando progresivamente de las relaciones interestatales bilaterales básicas, hacia una comunidad

tejida de encadenamientos multilaterales que demandan una estructura más compleja, cierta y vinculante. "No hay necesariamente un sometimiento de la soberanía nacional, pero la calidad de miembro de una comunidad requiere el respeto de ciertas reglas. De no ser así, la sociedad permanecería en el estado de salvajismo descrito por la frase *homo homini lupus...* Al volverse miembros de la comunidad internacional los Estados reconocen la existencia de un orden internacional mínimo, que no es otra cosa que el *jus cogens*. Las nociones abstractas de absoluta libertad y soberanía, no son compatibles con la existencia de la sociedad internacional" (1).

Por ello en la Conferencia de Viena y en los trabajos que la antecedieron, se reconoció expresamente que por primera vez en la historia, casi todos los juristas y los Estados estaban de acuerdo en reconocer la existencia de una serie de normas fundamentales de Derecho Internacional, que no admitían excepción y que constituían la base de la organización de la sociedad internacional.

Por encima de los sistemas sociales, ideológicos, económicos y jurídicos, el grado de desarrollo, organización e interdependencia de la comunidad internacional ha exteriorizado la existencia de intereses y valores vitales y comunes para la realización de ella como tal y de sus miembros, en un determinado estado histórico de su evolución.

Y esos valores e intereses por su esencial contenido no pueden revestir dentro de la estructura jurídica otra forma que la de normas de las que los Estados no pueden sustraerse, que se imponen aún contra su voluntad y cuya derogación o transformación sólo puede emanar de la propia sociedad interestatal que les dio vida.

Finalmente, es necesario resaltar que muchas veces se hace referencia a norma de *jus cogens* y norma *erga omnes* como fenómenos similares. No obstante, ambos términos tienen una conceptualización y alcance diferentes. En efecto, las normas de *jus cogens* son normas imperativas que por tener aplicación universal revisten alcance *erga omnes* (por ejemplo la proscripción del uso de la fuerza). Pero existen normas que se aplican *erga omnes*, es decir con carácter universal, pero no tienen necesariamente el carácter de normas de *jus cogens* (por ejemplo la regulación de algunas vías de comunicación, entre otros el derecho al paso por un estrecho internacional). Entre ambas normas existe una relación de género a especie: en tanto todas las normas de *jus cogens* son obligaciones *erga omnes*, no todas las normas *erga omnes*, constituyen normas de *jus cogens* (2).

(1) Milan BARTOS, Yearbook of the International Law Commission 1966, Vol. I, part. 1, pág. 39.

(2) Z.NORMAS DE CLEMENT, 2002, 669.

*Sección V***Caracteres de las normas de jus cogens***1. Planteo de la cuestión*

Los obstáculos que existen para lograr una definición de jus cogens – evidenciados en los resultados arrojados por la Convención de Viena de 1969– provienen lógicamente de las dificultades que se hallan para precisar su concepto.

Sin embargo, si bien la definición alcanzada por dicha Convención puede calificarse de imperfecta, sirve de base en primera instancia para analizar los caracteres de este tipo de normas: "...norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter" (Art. 53 de la referida Convención).

Como se puede apreciar, la expresión *ius cogens* fue eliminada del texto del artículo pese a que fue mantenida en su título. Ello obedece exclusivamente a que atrajo sobre sí dudas acerca del impreciso contenido de su concepto, que resultaría más concreto (en apariencia) expresado a través de los términos "norma imperativa de derecho internacional general". No obstante ello, se consideró necesaria mantenerla en el título desde que era la que brindaba la esencia diferenciada de la noción.

En el léxico jurídico internacional ambas expresiones son utilizadas en forma indiferente. Entendemos sin embargo que *ius cogens* es la más comúnmente empleada porque es la que más precisa el concepto en este campo.

2. Imperatividad, inderogabilidad

El término "norma imperativa" no da por sí sólo la naturaleza de la norma en examen, siendo la dicotomía norma imperativa–norma dispositiva solamente un primer aspecto.

En Derecho Internacional, normas dispositivas son aquéllas que los Estados establecen en sus relaciones recíprocas creándolas, modificándolas o extinguiéndolas, o las que suplen su ausencia de voluntad. No obstante, dicha "dispositividad" no significa de modo alguno que esas normas no sean obligatorias para los Estados a quienes vinculan, y su violación constituye en consecuencia un acto que apareja los efectos jurídicos pertinentes (1).

En síntesis, las normas dispositivas pueden ser creadas, modificadas o extinguidas por los propios Estados que intervinieron en su proceso de forma-

(1) Las normas permisivas, a saber, las que no contienen ninguna obligación en sí y confieren derecho a los sujetos libres de ejercerlos o no, son también dispositivas desde que participan de su esencia modificable o renunciabile por las partes.

ción, ya sea por los medios convenidos para ello, por acuerdos posteriores e incluso por sus propias conductas.

En contraposición a las normas mencionadas encontramos las imperativas, a saber las que no pueden ser derogadas por la voluntad de los Estados ni renunciadas por ellos en sus mutuos acuerdos.

Como se puede juzgar entonces, la diferencia entre normas dispositivas e imperativas no está sólo en su carácter obligatorio, ya que ambas lo son, sino en su posibilidad jurídica de modificación, renuncia o derogación por las partes, derivada a su vez de su forma de creación y de su contenido.

En este sentido entendemos que existe una clara jerarquía de las normas imperativas sobre las dispositivas, pero basada no sólo en la imposibilidad de derogación sino también en su típica formación y en la especial naturaleza de su contenido. Solamente así podemos hablar de normas imperativas y de jus cogens como sinónimos.

Por ello, la Convención de Viena en su artículo 53, reforzando el carácter imperativo de la norma, establece que "no admite acuerdo en contrario" (inderogabilidad) "sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general" (fuente universal) "que tenga el mismo carácter" (objeto).

Y en este punto alcanzamos el "nudo gordiano" del jus cogens. Este es mucho más que un conjunto de meras normas obligatorias o de normas que no pueden ser derogadas por acuerdos particulares. Por ello, afirmar que todas las normas que no admiten pacto en contrario revisten carácter de jus cogens es una conclusión falaz, desde que la inderogabilidad es sólo la exteriorización formal de uno de sus caracteres.

Aparte de la imperatividad de la norma, es necesario vincular y analizar cómo se ha creado y cuál es su contenido que debe importar consideraciones que trascienden las de los Estados particularmente o las de un grupo de ellos.

De allí que juzguemos importante el mantenimiento de la expresión jus cogens que la distingue del término "norma imperativa" para el caso de que a ésta se la entienda como mero sinónimo de inderogabilidad.

Se ha señalado como ejemplo de norma imperativa el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas que establece la prevalencia de las obligaciones impuestas por ella sobre todo otro convenio contraído por sus miembros. De esta forma, dicho artículo transmitiría a toda la Carta su carácter, transformándola en un super-cogens, anulatorio de todo tratado excluyente.

Dicho artículo entendemos que no constituye un caso de jus cogens, sino que establece una jerarquía de la Carta por sobre toda otra convención, confiéndole carácter constitucional. Y algunas de sus normas poseen aquél carácter pero no por acción del artículo 103, sino a través del proceso de formación normativa respectivo. Es decir, la Carta recogió en su texto normas consuetudinarias con carácter de jus cogens, o las erigió como tales y en cuanto fueron admitidas por la comunidad de Estados con carácter universal (2).

(2) O.LISSITZYN, *op.cit.*, 92.

Por otra parte, el artículo 103 de la Carta tampoco establece la nulidad de las convenciones que se le opongan, sino su "prevalencia", efectos distintos del que se le reconoce a las normas de *jus cogens*.

3. *Generalidad*

Las normas de *jus cogens* deben revestir además, carácter de generalidad. Emanan de valores comunes y universales de la sociedad internacional e interpretan la conducta de los Estados que la integran. Atienden a intereses colectivos de los Estados y se aplican a todos ellos sin excepción.

Al respecto existe "un acuerdo unánime para definir el Derecho Internacional general como el conjunto de normas aplicables a todos los Estados miembros de la sociedad internacional, por oposición a las normas internacionales aplicables a algunos de entre ellos solamente y que constituyen el derecho particular, sea regional, local o bilateral...". El Derecho Internacional general así concebido encuentra su expresión más perfecta en el *jus cogens*.

Se ha hablado de la posible existencia de un *jus cogens* regional "como las bases de una comunidad de intereses limitados en el espacio" (3). Serían por lo tanto normas que regularían con carácter imperativo determinadas áreas geográficas o grupos de Estados.

Originariamente opinamos que en dicha hipótesis no cabe hablar de *jus cogens* regional, sino de ciertos principios o normas aplicables a esa región o grupos de Estados.

En este momento, y a la luz de la práctica de los Estados, nos inclinamos a concebir que desde el punto de vista jurídico teórico y práctico, nada impide que una comunidad regional, establezca normas de *jus cogens* en temas o normas sobre los que la comunidad internacional universal no regula o en donde no ha concebido aún la determinación de normas de *jus cogens*.

En todo caso, si el *jus cogens* regional se formase, estaría subordinado al *jus cogens* universal, pues la definición de Viena precisamente prohíbe que un grupo de Estados pueda derogar sus exigencias, aún en la relación mutua de sus miembros.

Se puede entonces hablar de la posible existencia de un *jus cogens* regional, como las bases de una comunidad de intereses limitados en el espacio, normas imperativas con dominio de validez limitada en lo espacial y en cuanto a los sujetos que alcanza. Serían por lo tanto normas que regularían con carácter imperativo determinadas áreas geográficas y grupos de Estados.

A nivel del Derecho Internacional, no es difícil admitir la existencia del *jus cogens* regional o particular, en lo atinente a organizaciones internacionales o de Estados que tienen una real cohesión, en virtud de la existencia de órganos supranacionales para los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

Tal el caso de la Unión Europea, que ha podido estructurarse de esta manera pues sus miembros participan del mismo grado de civilización y existe

(3) E.SUY, 1967, 71.

entre ellos un cierto nivel de equilibrio de poder, que permite la constitución de órganos supranacionales con funciones similares a la de los Estados, que favorecen la regulación de normas de jus cogens.

En lo que respecta a la evolución del Sistema regional americano, en algunos casos particularizándose más en el grupo de los Estados latinoamericanos que lo componen, desde los comienzos de su configuración hasta el presente ha venido creando y desarrollando principios generales y normas particulares, que integran actualmente el Derecho Internacional general o que se mantienen en el sistema regional.

En el primer caso, encontramos normas regionales creadas o desarrolladas por los Estados americanos, como la solución pacífica de las controversias, la no intervención, la limitación de la responsabilidad de los Estados y de la protección diplomática, y normas en materia de las zonas marítimas.

En el segundo caso, hallamos normas de particular desarrollo en el Sistema Interamericano, pero que no han sido recogidas aún por el Derecho Internacional general, tales como las referidas al asilo, la seguridad colectiva, el respeto de la democracia y el desarrollo integral.

Estas normas de largo desenvolvimiento, se vienen recogiendo y profundizando en sus lineamientos generales en diversos instrumentos del Sistema con la aprobación general de sus partes.

Y ello de manera que se muestran como normas generales de la comunidad americana, que no se conciben ni derogadas expresa ni tácitamente por algunos de sus Estados miembros en sus relaciones mutuas ni en su acción individual, pues responden a valores considerados esenciales para el sustento y desarrollo del Sistema en el momento histórico actual. Esas normas, en sus lineamientos generales, por su naturaleza e imperatividad, bien pueden catalogarse como normas de jus cogens regional.

El artículo 53 de la Convención de Viena no parece impedir la existencia de normas imperativas regionales que se impondrían entre Estados ligados por solidaridades particulares (concepción especialmente existente en materia de derechos humanos en Europa Occidental o en el Sistema Interamericano (4).

Se ha sostenido asimismo, que constituyen casos de jus cogens los tratados multilaterales en que los Estados se comprometen a no celebrar posteriormente convenciones contrarias a ellos (5). Pensamos no obstante que no son tales, de acuerdo al concepto que aquél posee en el Derecho Internacional contemporáneo. Se trata de normas meramente limitativas de la voluntad, prohibitivas pero de naturaleza dispositiva. No nos hallamos en el caso frente a una norma imperativa-absoluta ni general-universal, calificada por la especial naturaleza de su objeto. Es simplemente una norma relativa, desde que ese acuerdo prohibitivo puede ser producto de enmiendas y modificaciones y su violación supondría la responsabilidad del Estado infractor pero no la nulidad

(4) N. QUOC DING, 1999, 203. R. PUCEIRO RIPOLL, 2000, 279 y sgtes.

(5) E. SUY, 1967, 65 y J. BARBERIS, 1973, 31 que denomina a este caso de "jus cogens convencional".

del acto. Posibilidades y efectos diferentes para normas de naturaleza diversa (6).

4. *Aceptación y reconocimiento universal*

Normas de esta naturaleza exigen asimismo ser aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto.

Al referirse a la "comunidad internacional de Estados en su conjunto", se reitera por un lado el carácter de generalidad ya aludido y por otro se establece el sentido de universalidad por cuanto la comunidad no es la mera suma de los Estados, sino un ente nuevo con existencia y fines propios, sin perjuicio de los de sus componentes. De esa conciencia común dimanar normas que se imponen a la voluntad de los Estados aisladamente considerados.

Por ello precisamente la comunidad, a estos fines, es apreciada "en su conjunto" y no en su unanimidad absoluta. El contenido de las normas de jus cogens trasciende los intereses de Estados particulares o los de un grupo pequeño de ellos; evidentemente éstos no lograron influir o impedir el nacimiento de aquélla, que entonces se le impondrá no porque hayan contribuido a su formación, sino por ser miembros de la sociedad que en su mayoría les ha dado vida. En este caso pues, no se exige el voto unánime ni se acepta el veto minoritario.

Se ha querido subrayar en consecuencia con la expresión "en su conjunto" que "no se trata de exigir que una norma sea aceptada y reconocida como imperativa por los Estados de manera unánime. Basta una mayoría muy amplia, un amplio número de Estados, incluidos todos los Estados y grupos de Estados más significativos, los componentes esenciales de la comunidad internacional, lo cual indica que si un Estado rehusa aisladamente aceptar el carácter imperativo de una norma, o bien si dicho Estado es apoyado por un número muy pequeño de Estados, ello no puede afectar la aceptación y el reconocimiento del carácter imperativo de esa norma por la comunidad internacional en su conjunto" (7).

Se llega entonces a plantear el problema de si las normas de jus cogens pueden o no obligar a los nuevos Estados que surgen a la vida internacional. Desde que entran a formar parte de la comunidad interstática, aceptan los principios y normas vigentes en ella, los que por otra parte no les son totalmente nuevos y ajenos, desde que siempre la integraron aunque antes en forma distinta. Por otro lado la posición de los nuevos Estados en la sociedad internacional es activa y funcional y por el propio hecho de su incorporación a ella po-

(6) En este sentido ver comentario de la Comisión de Derecho Internacional al art. 53 del proyecto (párrafo 2) en Conferencia de las N.U. sobre el Derecho de los Tratados, Período primero y segundo de Sesiones. Documentos de la Conferencia, pág. 71; U.SCHEUNER 1967, 525. K.MAREK, 1968, 443, planteándose serias dudas al respecto.

(7) Expresiones de Mustafá YASEEN en su carácter de Presidente del Comité de Redacción, refiriéndose a la opinión de éste. Conf. N.U. sobre Derecho de los Tratados. Primer período de Sesiones, Actas resumidas, pág. 519.

drán influir en la formación de nuevas normas o en el cambio de las ya existentes (8).

El Prof. M. Virally expresa con acierto que un Estado no sólo no puede sustraerse en forma alguna al jus cogens "negándose a aplicarlo, desde el momento en que penetra en la sociedad internacional o pretendiendo mantenerse fuera de esta sociedad, sino que tampoco tiene la posibilidad de retirarse de ella, aunque quisiese hacerlo con otros. Puede ser posible establecer un sistema particular de relaciones internacionales entre algunos Estados sobre una base convencional más o menos al margen de la sociedad internacional global, pero a condición sin embargo de respetar el jus cogens. Este se aplica absolutamente a todos los Estados que han adquirido su independencia, sin excepción y sin posibilidad jurídica de sustraerse a él" (9).

La norma imperativa de Derecho Internacional general debe ser además "una norma aceptada y reconocida" por la comunidad. La inclusión de ambos verbos obedece al propósito deliberado de reproducir las expresiones utilizadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia el que se sirve del primero de ellos en su literal b) al referirse a la costumbre, y del segundo en los literales a) y c) al hacerlo a las convenciones y a los principios generales de derecho, respectivamente. Dichos verbos en consecuencia podrán aludir a las fuentes de las que puede emanar el jus cogens.

Por todo lo que se viene de exponer, el Estado que sostuviere la existencia de una norma de tal naturaleza, tendría la carga de probar esta aceptación y reconocimiento por la comunidad.

5. *Dinamismo y mutabilidad*

Las normas de jus cogens no son inmutables y pueden ser derogadas o modificadas por otras del mismo carácter que surjan posteriormente. Por su objeto y naturaleza, son variables y evolutivas, adaptándose a las concepciones que las originan, a las necesidades que atienden y a los fines que cumplen.

Este carácter dinámico responde a la necesidad del ajuste del Derecho Internacional a las cambiantes circunstancias en lo internacional y que responde horizontalmente a la participación activa en la comunidad internacional de Naciones representantes de diferentes civilizaciones, y verticalmente a objetivos, intereses y fines sociales, políticos, económicos y culturales, diversos y variables.

Esta faz del jus cogens revela la presencia de normas activas que se forman y reconvonan de acuerdo a los movimientos de la sociedad internacional. Carácter dinámico que se integra de una fuerza centrífuga y otra centripeta a la vez, que por un lado tiende a contener las alteraciones ilícitas del orden jurídico, y por otro propende a su integración y evolución.

(8) En este sentido, E. SUY, 1967, 92.

(9) M. VIRALLY, 1969, 15.

Lógicamente que normas de esta naturaleza, sólo pueden ser modificadas o abrogadas por los mismos medios por las que pueden ser creadas, lo que nos lleva a detenernos en el análisis de sus fuentes.

Como puede apreciarse, el carácter dinámico de las normas en estudio las alejan del derecho natural, inmutable y sempiterno.

El *jus cogens* recoge valores relativos a la sociedad internacional en determinado estado de su desarrollo histórico, que se irán incrementando y modificando de acuerdo a los principios imperantes. Este carácter dinámico lo transforma en un medio de capital importancia para el progreso del Derecho Internacional y en consecuencia de la comunidad, que a través de su transformación pacífica accederá a esferas de mayor unidad y cohesión.

Sección VI

Fuentes

¿Qué relación guardan las fuentes de las normas de *jus cogens* con los modos formales de constatación del Derecho internacional en general?

En primer término es claro que la costumbre es fuente de este tipo de normas, ya que la sociedad internacional puede darles ser, con el nacimiento de la convicción profunda de proteger determinados valores y la práctica efectiva que entre a salvaguardarlos.

Pero también los tratados multilaterales generales pueden dar origen a estas normas, es decir, acuerdos celebrados por los mismos integrantes de la comunidad internacional en su conjunto, que imponen carácter de *jus cogens* a determinadas normas por su objeto y su universalidad.

Sin embargo es necesario precisar en cada caso, si el tratado multilateral es fuente en sí de la norma de *jus cogens* o simplemente la recoge de la costumbre, pues las exigencias son diferentes.

Existen casos en que la norma imperativa permanece siempre sostenida por la práctica consuetudinaria, como la libertad de los mares por ejemplo. En otros, el tratado multilateral general sólo trasvasa aquella norma de la costumbre, reglamentándola, como lo hizo la Carta de las Naciones Unidas con respecto a los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Pero también es posible que un tratado multilateral general se adelante a la costumbre creando una norma de *jus cogens*. En este sentido se podría considerar la universalidad de los principios de la Carta que establecen la igualdad soberana o la interdicción del uso de la fuerza o su amenaza en las relaciones internacionales. Revisten carácter de *jus cogens*, ya que a través de un tratado multilateral fueron aceptados por la comunidad internacional adquiriendo así carácter imperativo y general, y aplicables a toda ella, sin excepción.

Existen también en la práctica de los Estados numerosos ejemplos de tratados multilaterales con contenido de *jus cogens*, pero que precisamente por no

alcanzar la generalidad y universalidad necesaria, en su momento, no pudieron ser fuente de dichas normas (1).

Sin perjuicio de lo expuesto, se ha sostenido por parte de la doctrina que estas normas no pueden ser creadas por tratados, ya que el único caso posible y muy hipotético, sería el de establecer una norma de este tipo en un tratado del cual todos los Estados del mundo fueran parte. De no ser así, la norma de jus cogens tendría que oponerse aun a terceros Estados y por lo tanto se estaría violando el principio general de que los tratados por sí no pueden imponer obligaciones ni derechos a terceros Estados (2).

Disentimos sin embargo con esta posición. Resulta claro que las normas de jus cogens por su jerarquía y especial naturaleza, imponen límites no sólo al citado principio, sino también a otros, entre ellos al de "*pacta sunt servanda*", desde que se hace evidente en la etapa actual del Derecho Internacional que los Estados no son enteramente libres en su acción en la medida en que han dado nacimiento y forman parte de la sociedad internacional.

Por otra parte, como ya se dijera, las notas de universalidad y generalidad exigen en el caso la aceptación y reconocimiento de la norma por la comunidad en su conjunto, pero no en su unanimidad.

Se ha afirmado, por último, que la norma de jus cogens en Derecho Internacional puede tener como fuente los principios generales de derecho reconocidos por las naciones más civilizadas. Es difícil no obstante concebirlos así, por cuanto aquéllos no responderían a una convicción de la conciencia de la comunidad en su conjunto. Sin ese proceso colectivo no pueden revestir tal carácter, y a través de él ya han pasado a ser costumbre o fueron expresamente reconocidos por una norma de carácter convencional general (3).

Sección VII

Objeto del jus cogens

La Comisión de Derecho Internacional tuvo que llegar necesariamente a la conclusión de que no había ningún criterio sencillo para identificar una norma general de Derecho Internacional que tenga el carácter de jus cogens, y por ello estimó conveniente "dejar que el contenido de esta norma se forme en la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales internacionales".

(1) Estaríamos en el caso frente a acuerdos que luego fueron extendidos a la comunidad por la costumbre o que recogían normas de ésta. Así por ejemplo, el Tratado de Londres de 1841 sobre supresión del comercio de esclavos; el arreglo de París de 1904 para reprimir la trata de blancas; la Convención de Ginebra de 1921 para la abolición de la trata de mujeres y niños; la Convención de Ginebra sobre represión de la esclavitud de 1926; la Convención de París de 1948 sobre genocidio; las Convenciones de Ginebra de 1949 sobre guerra terrestre, marítima, prisioneros de guerra y protección de los civiles; la Convención de Nueva York de 1966 para la eliminación de todas las formas de discriminación racial.

(2) J.BARBERIS, 1970, 85.

(3) En este sentido, M.VIRALLY, Michel, 1969, 26.

Sin embargo, es importante resaltar que reconoce expresamente que "no es la forma de una norma general de Derecho Internacional la que le da carácter de jus cogens, sino la especial naturaleza de su objeto" (1).

El objeto o contenido de las normas en análisis, desde el punto de vista puramente doctrinario puede ser considerado desde una doble acepción.

Desde el punto de vista amplio, el concepto de jus cogens se confundiría con la esencia misma del sistema jurídico internacional, con las reglas mínimas necesarias que lo sustentan y entrelazan, vinculándolo obligatoriamente a los Estados y cuya transgresión atentaría contra su propia existencia. En esta acepción, las reglas de jus cogens abarcarían principios como el de pacta sunt servanda, buena fe, rebus sic stantibus, responsabilidad de los Estados, y reglas que rigen las fuentes y los sujetos del Derecho Internacional Público (2).

En su significación restricta, el jus cogens estaría determinando exclusivamente valores sociales trascendentes, producto de cierto grado de desarrollo de la comunidad internacional y de sus sistemas jurídicos, que brindan las posibilidades de su existencia y los resortes para su creación y protección (3).

A nuestro entender, el contenido de estas normas ha de ser ubicado dentro de los límites de la acepción restrictiva, dejándose de lado los principios y reglas fundamentales, emanados de las "napas profundas del Derecho objetivo" (4) y difíciles de concebir como mutables y vinculados al arbitrio y libre acción de los Estados, aun comunitariamente considerados.

Por ello las normas de jus cogens poseen un ámbito más restringido y están relacionadas con problemas precisos y sustanciales, pero de determinadas áreas de la vida internacional, estrictamente limitados a aquellos principios que tienen significado para la estabilidad y seguridad jurídica de la comunidad internacional en una etapa concreta de su proceso histórico. A vía de ejemplo, es posible concebir que los Estados renunciaran en determinado momento al principio de la igualdad soberana, derogándolo o sustituyéndolo por otro. Es casi imposible imaginar la desaparición de la norma pacta sunt servanda...

Las referencias al jus cogens en el sentido de la concepción amplia, son mínimas en los antecedentes de la Convención de Viena y parecen ser más fruto de vacilaciones o dudas que producto de una elaboración doctrinaria (5). Por el contrario la mayoría de los participantes de manera directa o indirecta aluden a aquél en sentido restrictivo:

"Las normas de jus cogens son aquellos principios que la conciencia jurídica de la humanidad, revelados por sus manifestaciones objetivas, considera como absolutamente indispensables para la coexistencia y la solidaridad de la

(1) Op. cit. pág. 71-72.

(2) En este sentido: E.SUY, 1967, 18; K. MAREK, 1968, 449; G. SCHWARZENBERGER, 1965.

(3) En este sentido: U.SCHEUNER, 1967, 524 y 525. E. DE LA GUARDIA y M. DELPECH, 1969, 83. y nota 198.

(4) G.SCELLE, G., op.cit., T. 3, 400.

(5) Gregory TUNKIN, hizo referencia a la norma pacta sunt servanda como jus cogens siendo esa opinión contestada de inmediato, en la misma sesión, por Roberto AGO. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, págs. 207 y 210, año 1963.

comunidad internacional en un momento determinado de su desarrollo orgánico" (6).

"La comunidad internacional reconoce ciertos principios que corresponden a sus intereses esenciales y a sus concepciones morales básicas" (7).

"Las normas de jus cogens... son la piedra angular del desarrollo progresivo, del Derecho Internacional contemporáneo. Además son imprescindibles para la estabilidad de las relaciones internacionales y constituyen uno de los instrumentos más eficaces de coexistencia pacífica entre los Estados con sistemas económicos y sociales diferentes" (8).

Es decir que las normas en estudio son el producto directo de las estructuras del Derecho Internacional moderno. Este abarca ahora nuevos planes de cooperación en sentido amplio (que comprenden el bienestar, seguridad y coexistencia de los Estados) al par que las relaciones internacionales han dejado de ser meramente diplomáticas e interestatales para afectar a nuevos grupos e individuos y trascender a muchos dominios de la vida social y económica (9).

Por ello estas normas están directamente relacionadas con "problemas precisos y sustanciales de determinadas áreas de la vida internacional..." "estrictamente limitados a aquellos principios que tienen un significado fundamental para la estabilidad y seguridad jurídica de la comunidad internacional" (10).

En síntesis, el jus cogens no es sino la expresión jurídica de la comunidad internacional en el momento en que toma conciencia de ella misma y de los valores sobre cuyo reconocimiento reposa y se constituye (11).

Sección VIII

Individualización. Clasificación

1. Planteo de la cuestión

Luego de logrado el concepto de jus cogens en el ordenamiento jurídico internacional, la individualización de sus normas concretas tal vez sea la tarea más dificultosa del investigador.

La Comisión de Derecho Internacional eliminó la enumeración de casos del texto en su proyecto, incluyéndolos no obstante en el comentario del actual artículo 53 de la Convención, basándose en que "la mención de algunos casos...

(6) Primer período de sesiones. Actas resumidas, pág. 325.

(7) JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *ibid*, pág. 335.

(8) DJIBRILLA MAIGA, *ibid*, pág. 361.

(9) Ver W. FRIEDMAN, 1967, 81.

(10) U. SCHEUNER, 1967, 524 a 526.

(11) A.GOMEZ ROBLEDO, 1981. T. III, 204.

podría originar, aunque su redacción fuese muy cuidada, errores de interpretación en cuanto a la actitud concerniente a otros casos no mencionados" (1).

Si bien la enumeración e individualización de las normas de jus cogens en vigencia excedía y hubiera desbordado la labor de la Comisión o la Conferencia, no es menos cierto que esta tarea resulta de enorme importancia para la acción de la comunidad internacional y los Estados que la componen y muy poco se ha hecho al respecto en forma técnica desde que la Convención fuera concluida hasta el presente.

Las normas en estudio más generalizadas y notorias podrían ser agrupadas (2) de acuerdo a la siguiente clasificación:

2. *Normas que protegen los intereses y los valores de la comunidad como tal*

Entre éstas pueden incluirse la interdicción del uso y de la amenaza de la fuerza; el aseguramiento del mantenimiento de la paz; el derecho al desarrollo económico, social y cultural (3); represión de piratería; y la libertad de alta mar.

Cabría incluir en este grupo, en su caso, ciertas normas que también habrían adquirido carácter de jus cogens pero que están aún en proceso de desarrollo. Nos referimos a las que establecen que los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional, así como sus recursos, son patrimonio común de la humanidad (4); el principio de que la exploración o utilización del espacio ultraterrestre o los cuerpos celestes deben ser realizados en provecho y en interés de la humanidad y pertenecen a toda ella (5), y la defensa del medio ambiente (6).

3. *Normas que protegen los derechos de los Estados como tales y en sus relaciones recíprocas, en tanto que miembros de la sociedad internacional*

Hallamos aquí las normas que establecen la soberanía y la libre determinación de los Estados (7); su igualdad soberana (8), y el principio de la no intervención.

(1) Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1963, Vol. II.

(2) Ver también U. SCHEUNER, 1967, 526 y 527.

(3) Arts. 1 párr. 1; y 2 párr. 4; art. 1 párr. 1 y 2 párr. 3; art. 1 párr. 3, 55 y 56 de la Carta de Naciones Unidas respectivamente.

(4) Resolución 2749 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

(5) Tratado de Washington-Londres-Moscú de 1967, sobre los principios que han de regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la luna y otros cuerpos celestes.

(6) La referencia que se hace aquí de las normas de jus cogens es por supuesto meramente enunciativa y a fin de ilustrar la clasificación. La labor individualizatoria precisa es a veces dificultosa, y también sorprendente.

(7) Arts. 1, párr. 2, y 2 párr. 7 de la Carta de las Naciones Unidas.

(8) Art. 2, párr. 1 de la Carta.

4. *Normas que protegen los derechos fundamentales de las personas en su proyección humanitaria y universal*

Situamos en este grupo las normas que proscriben la discriminación racial; la supresión de la esclavitud, el genocidio, la trata de mujeres, niños y seres humanos (9).

El continuo y recíproco trasiego de normas del Derecho Internacional consuetudinario y convencional, hace difícil descubrir la fuente de la cual emergieron, y en donde encuentran actualmente vida jurídica. Problema formal que se mantiene en el plano puramente doctrinario, hasta que las dudas de la existencia, vigencia o contenido de dichas normas vuelven imprescindible esa investigación.

Sección IX

Efectos

En virtud de la importancia y el papel que se le asigna a la norma de jus cogens en el ordenamiento jurídico internacional, todo acuerdo, acto unilateral, hecho u omisión de los Estados que la contravenga, debe ser reprimido mediante la sanción más severa y excepcional: su nulidad y extinción.

Ello en contraposición a otros actos o hechos ilegales de los Estados que de igual manera podrían llegar a tener efectos jurídicos por aquiescencia o reconocimiento.

Dichos efectos pueden darse por otra parte en doble y diversa forma: que la norma de jus cogens determine la nulidad de los actos, hechos y demás, que nazcan en oposición a ella, o que una norma de jus cogens superviniente produzca la extinción de los actos o hechos preexistentes que la contradigan.

Si bien estas conclusiones fueron en general admitidas simultáneamente con el reconocimiento de la existencia de normas de jus cogens en el ámbito internacional, fue la Convención de Viena la que realizó un importante aporte al desarrollo progresivo del punto. Por eso y para concretar el estudio aquí nos basaremos en ella y nos referiremos exclusivamente a la hipótesis de los tratados.

En primer lugar, en el caso de que un acuerdo internacional nace en oposición a una norma de jus cogens, el acto es inválido y borra todos los efectos jurídicos entre las partes, que de querer rehacer la relación deberán volver a celebrar una nueva convención de conformidad a derecho. "Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general" (Art. 53 parte primera de la referida Convención).

(9) Art. 1, pár. 3 de la Carta.

Por lo tanto, el tratado es nulo *ab initio*, es decir desde su origen, suprimiéndose absolutamente todos sus efectos jurídicos. La nulidad opera en consecuencia *ex tunc*. Esto sin embargo en teoría, ya que un tratado, aun cuando no haya existido como norma creada, ha entretejido una serie de relaciones y consecuencias no eliminables automáticamente.

El artículo 71 de la Convención en su inc. 1 da las pautas que tienden a reacondicionar la situación: "Cuando un tratado sea nulo en virtud del art. 53, las partes deberán a) eliminar en lo posible las consecuencias de todo acto que se haya ejecutado basándose en una disposición que está en oposición con la norma imperativa de derecho internacional general; y b) ajustar sus relaciones mutuas a la norma imperativa de derecho internacional general".

Es decir, que las partes están obligadas a reconstituir la situación al estado en que se encontraba antes de tener ejecución el tratado y tal como si los actos nunca se hubieran ejecutado, adaptando sus conductas a la norma de jus cogens violada y quedando a su arbitrio el reajuste de las relaciones mutuas en lo restante.

En la hipótesis que examinamos, la violación se considera de tal gravedad además, que la nulidad es absoluta y opera sobre todo el tratado y no sólo sobre las disposiciones concretas que contravienen la norma de jus cogens: "En los casos previstos en los artículos... 53 no se admitirá la división de las disposiciones del tratado" (Art. 44 inc. 5 de la Convención). Opinamos que en este caso la solución adoptada responde a una concepción teórica ideal y que compartimos, pero desde el punto de vista realista tal vez hubiera sido más acertado en un primer paso del desarrollo progresivo admitir aquí la divisibilidad del tratado, como se hace para el caso de norma superviniente. Es más viable que en la práctica los Estados admitan la nulidad de algunas previsiones de un acuerdo, que de todo éste.

La segunda hipótesis que se presenta es la de aparición de una nueva norma de jus cogens: "Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará" (art. 64). Es decir, toda convención que se oponga a la norma superviniente es abrogada por ésta por su jerarquía superior y por su posterioridad en el tiempo. Es una clara situación de terminación del tratado a partir del momento en que emerge la reciente norma a la vida jurídica.

La propia Comisión de Derecho Internacional en su comentario al artículo expresaba que "la norma no anula el tratado, sino que prohíbe que continúe existiendo y cumpliéndose" (1). Asimismo el artículo se encuentra inserto en la Sección titulada "Terminación de los tratados y suspensión de su aplicación" y las consecuencias previstas en el art. 64 al respecto, revelan también un caso de terminación, ya que los efectos jurídicos anteriores subsisten.

La fórmula utilizada, "es nulo y terminará" no es técnicamente correcta ya que se emplean conjuntamente dos términos que son diferentes y en cierto sentido contradictorios. Si se tratara realmente de nulidad estaría afectando el

(1) Op. cit., pág. 86.

acto jurídico y no simplemente sus efectos y tendría que retrotraerse al nacimiento del acto. En cambio en el caso la norma opera desde el momento en que surge y en realidad no se trata ya de una nulidad sino simplemente de derogación de un tratado plenamente válido (2).

Pese a estas críticas, aquella fórmula se mantuvo deliberadamente y ello para señalar la gravedad e importancia de la hipótesis, extendiendo los mismos efectos del artículo 53 en la medida de las posibilidades.

Los tratados celebrados con anterioridad a la aparición de la norma imperativa son válidos en cuanto a todos los efectos ya realizados. Los que aún no se agotaron al entrar en vigor la norma superviniente pueden presentar dos situaciones: los que son totalmente incompatibles con ella expiran de inmediato; los que no lo son, conservan su plena validez en lo viable.

“Cuando un tratado se convierta en nulo y termine en virtud del art. 64, la terminación del tratado: a) eximirá a las partes de toda obligación de seguir cumpliendo el tratado; b) no afectará ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creadas por la ejecución del tratado antes de su terminación; sin embargo, esos derechos, obligaciones o situaciones podrán en adelante mantenerse únicamente en la medida en que su mantenimiento no esté por sí mismo en oposición con la nueva norma imperativa de derecho internacional general” (Art. 71, inc. 2).

Está también conjugado en este caso el principio de la divisibilidad de las previsiones del acuerdo y su tratamiento diverso, en contraposición al principio establecido para la primera hipótesis. Opinamos que la solución aquí es más acertada no sólo por lo expuesto a propósito del comentario de aquélla, sino también porque la severidad no puede alcanzar tales límites. Las partes al realizar sus convenciones lo hacen en forma totalmente ajustada a las normas vigentes en ese momento, entre las que la de jus cogens superviniente todavía no ha tenido ser.

Sección X

Mecanismos y procedimientos

Intimamente relacionado con la búsqueda del concepto del jus cogens y sus efectos, está el tema de los mecanismos y procedimientos a los que recurrir para dirimir los conflictos al respecto.

Es fácil comprender que si los Estados reconocen por sí o de común acuerdo que sus conductas o sus convenciones están en contradicción con una norma de jus cogens y cesan en ellos, no existe en tal caso dificultad alguna. Pero es evidente que los conflictos que pueden plantearse en tal delicada materia no pueden quedar librados a la calificación, interpretación o decisión unila-

(2) G.MORELLI, 1967, 108 nota 2.

teral de los Estados y es imprescindible fijar un procedimiento y confiar esa función a órganos imparciales y ajenos a aquéllos.

Este punto llegó a poner en peligro la propia Convención de Viena al enfrentarse las posiciones extremas que aceptaban o negaban la solución a través de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia. Se volvieron a plantear aquí los problemas de la "crisis de confianza" en la Corte y los tradicionales argumentos de la incertidumbre del Derecho Internacional y la defensa de la soberanía de los Estados (1).

Se logró en definitiva una fórmula de transacción que estatuyó un procedimiento que en síntesis recurre para caso de conflicto en primera instancia a los medios indicados en el artículo 53 de la Carta de las Naciones Unidas y en último término a la comparecencia a la Corte a instancia de cualquiera de las partes en la controversia, salvo que se conviniese de común acuerdo someterse a arbitraje (Artículos 65 y sges. de la Convención de 1969).

El procedimiento previsto es largo y complejo y tornan un poco ilusorias las consecuencias prácticas de las normas de jus cogens. Desvirtúa además en cierto sentido algunos efectos concretos atribuidos a aquéllas ya que como se puede apreciar la nulidad o extinción no funcionaría en forma automática desde que está sujeta a la acción de las partes en la controversia, excluyéndose así toda posible participación de los otros Estados y de los Tribunales de oficio.

La solución alcanzada, si bien se consideró que era "el máximo posible de consenso de acuerdo al estado actual del Derecho internacional" (2) por demasiado amplia y conflictiva puede resultar ineficaz para resolver las delicadas cuestiones y situaciones que planteen las normas de jus cogens.

En nuestra opinión los difíciles problemas de los mecanismos y procedimientos a aplicar en el caso se irán resolviendo progresiva y naturalmente a medida que se desenvuelva la sociedad internacional y las normas de jus cogens logren ocupar el sitio hacia el cual se las va llevando.

Sin embargo, las dificultades que se pueden plantear en este aspecto son las que han levantado las más severas críticas a la admisión de la existencia de reglas de jus cogens en el ámbito del Derecho de Gentes. Para ello se argumenta en esencia que no existen mecanismos efectivos que puedan determinar objetivamente tales reglas ni que presenten a la vez las debidas garantías procesales para su aplicación (3).

No nos parece acertado negar la existencia de dichas normas en mérito a las carencias aludidas, las que precisamente se irán colmando a medida que aquéllas se vayan afianzando en el ordenamiento jurídico internacional.

El problema de la institucionalización de las garantías en el Derecho de Gentes no es exclusivo de las normas de jus cogens y no puede evidentemente hacerse depender la validez y eficacia de éstas únicamente de aquélla. Resulta

(1) Problema ya planteado antes en las Convenciones de Ginebra sobre Derecho del mar, la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas y la Convención de Viena sobre relaciones consulares. Un estudio detallado al respecto, en H.W. BRIGGS, 1967, 976.

(2) Comentarios de la Comisión de Derecho Internacional, *ibid.*, pág. 86 y 87.

(3) En este sentido, ver G. SCHWARZENBERGER, 1965.

más lógico situarse "en ese plano evolutivo en que lo estructural se integra progresivamente desde lo sustantivo" (4).

Por otra parte en ningún sistema normativo es tarea fácil determinar e interpretar su contenido, ni los actos ilegítimos son sólo reprimibles a través de mecanismos procesales. En la sociedad interetática existen actualmente, por ejemplo, otro tipo de sanciones no desdeñables, como pueden ser la condena de la opinión pública interna y externa de los Estados y la presión de los organismos internacionales, que no permitirían en definitiva violar en forma impune y prolongada, principios creados y sustentados por la comunidad.

Sección XI

Proceso de codificación. Desarrollo progresivo

La Comisión de Derecho Internacional manifestó oportunamente: "...sólo un gobierno discute la existencia de normas de jus cogens, y es difícil no reconocer su existencia..." y, por ello llega a la conclusión de que en la codificación del derecho de los tratados debía partir de que existen (1).

Por otro lado, todos los antecedentes de la Convención nos señalan constantemente que existe un acuerdo casi unánime en cuanto a la existencia de aquéllas, llegándose incluso a la concreta individualización de muchas de ellas.

En mérito a esto, la Convención, en cuanto reconoce la existencia de normas de jus cogens es de *lege lata*. El resto de las previsiones, desde la propia definición intentada en el art. 53 hasta los efectos anulatorios, sus consecuencias y procedimientos, es de *lege ferenda*. Pero es menester dejar sentado, que salvo ciertas excepciones ya apuntadas, estas normas de desarrollo progresivo contaron también en su elaboración con apoyo casi unánime.

Por eso el acelerado e inmenso desarrollo jurídico que ha tenido el tema, nos revela las necesidades imperiosas de la sociedad internacional que lo impulsan.

Sección XII

Desenvolvimiento esencial

El jus cogens ha roto el conjuro que lo mantenía replegado en la realidad jurídica internacional: es un derecho cierto, de contenido sustancial, instrumento fundamental de la comunidad para impulsar pacíficamente sus cambios y desarrollo. Pero esto es sólo el principio.

(4) M. PEREZ GONZALEZ, op.cit., 144.

(1) Ibid, pág. 71.

La Convención de Viena de 1969 marca el comienzo de un proceso que confirma su existencia y abre las vías de su manifestación y desenvolvimiento plenos. Pero ella se mueve sólo dentro del marco de Derecho de los tratados y nos deja en las fronteras de ciertas inseguridades jurídicas en cuanto a la individualización concreta de muchas de aquéllas.

Por ello, y como medio para solucionar esta indeterminación de las normas de *jus cogens*, se ha hablado en primer término de confiar "a una autoridad imparcial" —en especial los tribunales internacionales— la tarea de "descubrir estas reglas, del sistema jurídico como tal, transformando directamente los valores sociales primordiales en imperativos jurídicos" (1).

Sin embargo es difícil concebir esta situación en el estado actual del Derecho Internacional. "¿Quién asegurará que esos pronunciamientos tendrán validez? El poder de los jueces internacionales no es similar a los de un legislador. Los Estados no se han atenido a considerar sus decisiones como la expresión del derecho, como otorgándoles en este sentido una presunción de exactitud... Las decisiones de los tribunales internacionales no son fuentes de Derecho internacional" (2).

Por otra parte, para la creación de normas de *jus cogens* no se hace imprescindible la existencia de "mecanismos autoritarios de formación del derecho". Basta, como quedara dicho, un determinado desarrollo histórico de la comunidad internacional (3).

Pero entonces existe con respecto al *jus cogens* una necesidad básica, producto de su propia naturaleza y de su desarrollo actual: la individualización precisa y concreta de sus normas. Proceso intermedio entre la función legislativa y jurisdiccional, que permite descubrir la cristalización de aquellas normas en la estructura jurídica de la comunidad internacional.

Como muy precisamente lo determina el Prof. José A. Pastor Ridruejo, las normas de *jus cogens* pueden cumplir dos funciones (4): sancionatoria y preventiva.

La primera de ellas, que se realiza mediante la invalidación de los tratados incompatibles con aquellas normas, es supletoria y "tiene por consiguiente carácter excepcional. Y este carácter se acrecienta por las razones que siguen: naturaleza verosímilmente secreta de los tratados que los Estados partes saben contrarios al *jus cogens*, e inverosimilitud de que el propio Estado parte alegue la incompatibilidad del tratado con normas imperativas" (5).

Es de observar que esta función, de carácter negativo, es en la actualidad la comúnmente aludida y la recogida en la Convención de Viena, y en la que las

(1) La asignación de esta tarea legislativa podría bien extraerse de una interpretación literal de las palabras ya citadas de la Comisión de Derecho Internacional al dejar que el contenido de la norma de *jus cogens* "se forme en la jurisprudencia de los tribunales".

(2) J.NISOT, 1968, 3.

(3) M.VIRALLY, 1969, 21.

(4) El término "función", en nuestro concepto, debe entenderse en este caso como medio operacional, para cumplir los fines de las normas de *jus cogens* en sí, a saber, la realización y desarrollo de convicciones medulares de la comunidad.

(5) J.PASTOR RIDRUEJO, *op.cit.*, 7.

normas de jus cogens tendrían su aplicación de forma más individualizante y consciente.

En contraposición a aquélla, encontramos la función "preventiva" que cumplen las normas de jus cogens, es decir en su proceso de aplicación espontánea del Derecho.

"La función preventiva es, sin duda, la más importante, al menos cuantitativamente. La rareza e incluso la dificultad de encontrar supuestos reales o siquiera verosímiles de disposiciones convencionales contrarias a normas imperativas, constituye síntoma de la importancia de aquella primera función. Es cierto que los Estados observan conductas contrarias a normas de jus cogens, pero no es menos verdad que para ello no suelen concluir tratados. En la mayoría de los casos, los tratados son conformes a las normas imperativas de Derecho internacional" (6).

Llegamos a la conclusión entonces, que para cumplirse esta fundamental "función preventiva" se hace imprescindible la individualización concreta de las normas que revisten carácter de jus cogens.

En este sentido reafirman nuestra posición las conclusiones finales aprobadas en la Comisión II del IX Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional sobre la determinación del contenido del jus cogens, que terminan recomendando: "1) Que los Tribunales califiquen cuando proceda y en la medida de lo posible, el carácter de jus cogens de las normas que consideren. 2) que los Organismos codificadores determinen en qué casos tienen carácter de jus cogens las normas codificadas por ellos y hagan mención expresa de tal carácter. 3) Que la doctrina atienda también a la determinación del carácter de jus cogens de las normas internacionales".

Sin embargo, si analizamos la jurisprudencia, resoluciones de los Organismos Internacionales y doctrina de los últimos años, encontramos aún cierta reticencia para la individualización de las normas de jus cogens. Por esto es necesario continuar insistiendo en la importancia de esta labor, y su realización por las múltiples vías abiertas para ello.

La Comisión de Derecho Internacional puede desarrollar un quehacer invaluable en este sentido, excitando o realizando la investigación jurídica para lograr la individualización de las normas de jus cogens, en ciertas materias y a través de los varios medios a su alcance.

Toda esta labor multifacética, lenta pero firme, y en la medida en que los Estados deseen continuarla, dará los desarrollos necesarios de estas normas que se revelan como medulares en el Derecho Internacional contemporáneo.

(6) J. PASTOR RIDRUEJO, *op.cit.*, 6, 7 y 11.