



# LAS FUENTES CONTEMPORÁNEAS DEL DERECHO INTERNACIONAL

MANUEL BECERRA RAMÍREZ



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

LAS FUENTES CONTEMPORÁNEAS  
DEL DERECHO INTERNACIONAL

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, Núm. 316

---

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero  
*Secretario Técnico*

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho  
*Jefa del Departamento de Publicaciones*

Edna María López García  
*Cuidado de la edición y formación en computadora*

Mauricio Ortega Garduño  
*Elaboración de portada*

MANUEL BECERRA RAMÍREZ

LAS FUENTES  
CONTEMPORÁNEAS  
DEL DERECHO  
INTERNACIONAL



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

México, 2017

*Las fuentes contemporáneas del derecho internacional* se editó por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Dirección General de Asuntos del Personal Académico a través del Programa de Apoyo a Proyectos de Investigación e Innovación Tecnológica (PAPIIT), Proyecto IN-401515.

Primera edición: 14 de diciembre de 2017

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n  
Ciudad de la Investigación en Humanidades  
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-9857-8

*A Cristina Rilo*

## CONTENIDO

Prólogo	
Miguel GONZÁLEZ MARCOS. . . . .	XIII
Tabla de abreviaturas . . . . .	XVII
Introducción . . . . .	1
CAPÍTULO PRIMERO	
LAS DOCTRINAS SOBRE EL CONCEPTO	
DE FUENTES DE DERECHO INTERNACIONAL. . . . .	
	5
I. La norma fundamental ( <i>Grundnorm</i> ) y las reglas primarias y secundarias . . . . .	6
II. Fuentes materiales y formales. . . . .	8
III. El consenso como fuente. . . . .	10
IV. El derecho como proceso continuo. . . . .	11
V. Obligaciones internacionales . . . . .	14
VI. Fuentes del derecho y de las obligaciones. . . . .	15
VII. La teoría de los compromisos como fuentes . . . . .	19
VIII. Hacia un concepto contemporáneo de fuentes. . . . .	22
CAPÍTULO SEGUNDO	
EL ARTÍCULO 38-1 DEL ESTATUTO	
DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA . . . . .	
	27
I. Génesis . . . . .	27
II. Jerarquía e interpretación del artículo 38-1 . . . . .	32

## CAPÍTULO TERCERO

LAS FUENTES DEL ARTÍCULO 38-1 . . . . .	37
I. Los tratados internacionales. . . . .	37
1. ¿Los tratados son fuente del derecho internacional?	37
2. Importancia de los tratados internacionales . . . . .	38
3. El siglo XX y el auge de los tratados internacionales	39
4. Contenido de la Convención de Viena sobre el De- recho de los Tratados de 1969 . . . . .	40
II. El derecho consuetudinario internacional . . . . .	50
1. La evolución del derecho consuetudinario interna- cional. . . . .	51
2. La costumbre según el artículo 38-1 . . . . .	54
3. ¿Puede existir costumbre sin práctica? La <i>opinio iuris</i>	56
4. ¿Cómo se prueba la práctica? . . . . .	59
5. La práctica debe de ser uniforme y consistente . . .	61
6. ¿Quién tiene la carga de la prueba y cómo se cam- bia de costumbre? . . . . .	62
7. ¿Qué tan general debe ser la práctica? (¿existe cos- tumbre local?) . . . . .	63
8. El objetor persistente. . . . .	64
9. Críticas de la doctrina a la costumbre internacional	67
10. La crítica de Andrew T. Guzman . . . . .	70
11. Hacia la codificación de la costumbre. . . . .	72
12. La relación entre costumbre y otras fuentes del de- recho internacional . . . . .	73
III. Los principios generales del derecho . . . . .	75
IV. La jurisprudencia . . . . .	83
V. La doctrina de los publicistas de mayor calificación de varias naciones . . . . .	88

## CAPÍTULO CUARTO

LAS FUENTES NO INCLUIDAS EN EL ARTÍCULO 38-1 . . . . .	91
I. Codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional . . . . .	91
II. Los acuerdos de los órganos internos (acuerdos ejecutivos internos) . . . . .	93
Los <i>Gentlemen's Agreement</i> como fuente. . . . .	96
III. Las resoluciones de los organismos especializados . . . . .	98
Las operaciones <i>stand by</i> del Fondo Monetario Internacional. . . . .	99
IV. Los actos unilaterales . . . . .	102
1. Concepto y requisitos de los actos unilaterales . . . . .	103
2. ¿Cuáles son los actos unilaterales? . . . . .	105
3. Jurisprudencia y actos unilaterales . . . . .	106
V. Las resoluciones de los organismos internacionales . . . . .	109
1. Las resoluciones de la Asamblea General . . . . .	111
2. La posición de algunos Estados. . . . .	113
VI. El <i>soft law</i> . . . . .	115
VII. La <i>opinio communitatis</i> de algunas resoluciones de la Asamblea General . . . . .	120
VIII. La otra cara de la moneda, la fuerza jurídica obligatoria de las resoluciones de la Asamblea General. . . . .	123
IX. Las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU . . . . .	128
X. El consenso, una forma de creación de derecho internacional . . . . .	131
XI. Las decisiones de los órganos supranacionales . . . . .	132

## CAPÍTULO QUINTO

LA FUENTES DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL . . . .	135
I. Antecedentes de la Corte Penal Internacional. . . . .	135
II. El Estatuto de Roma y las fuentes del derecho penal internacional. . . . .	139
1. En primer lugar, el Estatuto de Roma, los elementos de los crímenes y sus reglas de procedimiento y prueba . . . . .	140
2. En segundo lugar, cuando proceda, tratados aplicables, principios y normas del derecho internacional, incluidos los establecidos en el derecho internacional de conflictos armados . . . . .	141
3. Los principios generales del derecho. . . . .	143
4. La jurisprudencia en materia penal internacional .	144
5. Compatibilidad con los derechos humanos. . . . .	145
III. ¿El Estatuto de la Corte Penal Internacional niega la aplicación del derecho consuetudinario internacional?	146
Epílogo. ¿Fuentes <i>quo vadis</i> ? . . . . .	151
Bibliohemerografía . . . . .	153

## PRÓLOGO

Bajo el aparente título clásico de esta obra, *Las fuentes contemporáneas del derecho internacional*, el doctor Manuel Becerra Ramírez se propone un objetivo iconoclasta: “desacralizar” el artículo 38-1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (ECIJ). El argumento que presenta para lograr este objetivo no es, sin embargo, ni destructivo ni reformista; es un llamado para una refundación de la teoría de las fuentes del derecho internacional conforme a las nuevas dinámicas de las relaciones internacionales.

El doctor Becerra, dedicado al estudio del derecho internacional, sabe que es ineludible hablar de sus fuentes si quiere ser tomado en serio por aquellos que todavía dudan de su cualidad de derecho. Y sabe también que las fuentes del derecho internacional se han transformado no sólo por los cambios tecnológicos y los grandes avances de la comunicación instantánea, sino también por los cambios de valores, expectativas y, sobre todo, por una descentralización o, como atinadamente lo explica Margaret A. Young, fragmentación del derecho internacional público.

Ciertamente, es una transformación que trata de mantener la apariencia de las formas usando un mismo vocabulario —*inter alia*, tratados, costumbre, principios generales—; pero este libro nos advierte que debemos poner atención a la esencia de esas formas, que es la que realmente ha cambiado.

Nadie que conozca un poco sobre derecho internacional estará sorprendido de esta reciente propuesta del doctor Becerra, investigador distinguido de uno de los centros de investigación jurídica más prestigiosos de América Latina, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, quien lleva a cabo una infatiga-

ble labor —evidenciada, sobre todo, por el muy conocido *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*— para avanzar el conocimiento del derecho internacional como medio de entendimiento global, y también como instrumento que coadyuve a desarrollos nacionales. Él es, en fin, un pensador cosmopolita anclado en lo mejor de las tradiciones latinoamericanas.

*Las fuentes contemporáneas del derecho internacional* busca sentar las bases para desarrollar una nueva teoría de las fuentes del derecho internacional. Luego de repasar diferentes nociones iusfilosóficas sobre el tema, y de lo que éstas tratan de explicar, precisamente, ¿cuál es el derecho internacional?, ¿dónde identificarlo?, ¿cuál es su ámbito de autoridad? El doctor Becerra constata la ya conocida fragmentación del derecho internacional, donde los Estados compiten con otras organizaciones —tales como organismos internacionales y organizaciones no gubernamentales— que generan, también, derecho internacional. No sólo es el tipo de sujetos generadores de normas internacionales que se ha ampliado, sino también la propia noción de lo que debe ser considerado derecho, como por ejemplo, el denominado *soft law*.

Con un método y estilo que revela su formación internacional clásica de jurista, el autor expone sutilmente la hipótesis de lo novedoso sobre las fuentes que él mismo reconoce como un cambio tenue, a través de la discusión sistemática del artículo 38-1 CIJ Estatuto. ¿Hay alguna jerarquía o no en las fuentes mencionadas en el citado artículo? ¿Cuál es el papel de la costumbre y sus limitaciones? ¿Está todo el derecho contenido en dicho artículo? ¿Cuál es la conexión histórica entre el artículo 38-1 del ECIJ y el equivalente en el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional de la Liga de las Naciones?

No faltan en el análisis los desafíos que plantea para la teoría de las fuentes del derecho internacional la creación de la Corte Penal Internacional, como podría ser la particularidad de que en la búsqueda de la necesaria certidumbre que debe dar el principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege*, algunos “juristas rechazan de plano la posibilidad de aplicar normas consuetudinarias por

la Corte Penal Internacional”. Para mí, por ejemplo, el análisis sobre el objetor persistente y los límites que principios de *ius cogens* impusieron al *apartheid* de Sudáfrica es especialmente interesante y oportuno. ¿Podría argumentarse que un gobierno electo que impulsa políticas públicas inspiradas en credos trasnochados de supremacía racial, dando a entender que persigue una “purificación racial pacífica” (*peaceful ethnic cleansing*), estaría violando una norma de *ius cogens*?

Con este trabajo el doctor Becerra contribuye a la extensa literatura sobre las fuentes del derecho internacional, tema obligado de jurisprudencia del tema de hoy y de siempre. Se suma así a los esfuerzos por construir una teoría más adecuada sobre las fuentes del derecho internacional como, por ejemplo, el de Pierre d’Argent, con sus reflexiones sobre *Sources and the Legality and Validity of International Law: What Makes Law “International”?*, quien nos recuerda que una teoría de las fuentes del derecho nunca es formal o abstracta, pues refleja una comunidad determinada al identificar autoridades y procesos que generan expresiones lingüísticas que se considera que tienen un carácter legal. Y también al esfuerzo de Jean d’Aspremont, quien intenta concebir las fuentes del derecho internacional como una tradición y una práctica, en vez de un conjunto de reglas que operan mecánicamente, y advierte que el artículo 38-1 del ECIJ ha sido, hasta ahora, considerado como un tipo de evangelio de las fuentes del derecho internacional.

He aquí que el objetivo del doctor Becerra en el presente volumen es desacralizar el artículo 38-1 del ECIJ para renovar la teoría de las fuentes, lo que es, al mismo tiempo, un tema muy actual y vetusto. La teoría de las fuentes será un tema siempre clásico, siempre contemporáneo, del derecho internacional. Porque así como alguien dijo alguna vez que no hay nada más allá del lenguaje, casi se puede decir que no hay derecho internacional más allá de sus fuentes.

Miguel GONZÁLEZ MARCOS

## TABLA DE ABREVIATURAS

AE	Acuerdos ejecutivos
AG	Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas
AU	Actos unilaterales
BM	Banco Mundial
CAJ	Comité Asesor de Juristas
Carta de San Francisco o Carta	Carta de la Organización de las Naciones Unidas
CDI	Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPI	Corte Penal Internacional
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
CS	Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas
DCI	Derecho consuetudinario internacional
DI	Derecho internacional
DIP	Derecho internacional público
DPI	Derecho penal internacional

XVIII

TABLA DE ABREVIATURAS

ECIJ	Estatuto de la Corte Internacional de Justicia
ECPJI	Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional
EDI	Estado de derecho internacional
EEUU	Estados Unidos de América
ER	Estatuto de Roma
FDPI	Fuentes del derecho penal internacional
FMI	Fondo Monetario Internacional
GA	<i>Gentlemen's Agreement</i>
GB	Gran Bretaña
IDI	<i>Institut de Droit International</i>
Mercosur	Mercado Común del Sur
OC	Opinión consultiva
OI	Organismos internacionales
OMC	Organización Mundial de Comercio
ONGs	Organismos no gubernamentales
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OP	Objetor persistente
OPs	Objetores persistentes
PGD	Principios generales del derecho
Resoluciones AG	Resoluciones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas
SLADI	Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional
Viena 69	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969

## INTRODUCCIÓN

Mucho se ha escrito en la literatura jurídica internacional, y nos parece que se seguirá escribiendo, sobre las fuentes del Derecho Internacional (DI), un tema inagotable. Lo anterior es comprensible si tomamos en cuenta que las fuentes constituyen la base del DI y que se encuentran en una permanente transformación. En efecto, esas mutaciones no sólo son entendibles, sino también necesarias si las vemos desde la perspectiva de los cambios en las relaciones internacionales: una profunda revolución tecnológica —como suelen ser todas— y una aceleración de la globalización económica que ha roto el monopolio del Estado en las relaciones internacionales y abierto la puerta a nuevos sujetos del sistema de las relaciones mundiales. El sistema de relaciones internacionales ya no tiene como eje único al Estado; los nuevos actores producen relaciones jurídicas que la doctrina se esfuerza en colocar en algún lugar de las fuentes tradicionales del derecho, o bien, reconocen que ha nacido una nueva institución jurídica.

En efecto, más de un siglo ha pasado desde que genialmente se concibe el artículo 35 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (ECPJI), donde aparecen las fuentes del DI que más tarde se plasmaron en el artículo 38-1 del actual Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (ECIJ), y si bien un siglo significa poco tiempo comparado con la historia de la humanidad, el siglo XX fue testigo de cambios muy importantes en las relaciones internacionales y, por supuesto, las fuentes se han modificado al unísono.

Entonces, subrayamos, en este libro vemos a las fuentes como un fenómeno en constante transformación, un tanto en la esencia, pero no tanto en la forma. Durante todo el siglo pasado, y lo que va de éste, se ha tomado como referencia el artículo 38-1 del

ECIJ para identificar a las fuentes cuando la práctica ha desbordado este marco. Los jueces, por lo menos de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), deben aplicar las fuentes contenidas en el ya mencionado artículo 38-1. Este artículo fue el centro, el sol que manifestaba las fuentes del DI. Sin embargo, actualmente vemos que la práctica, ya no de los Estados, sino de los sujetos de las relaciones internacionales —un concepto más amplio—, nos habla de otros fenómenos, como las resoluciones de los Organismos Internacionales (OIs) de los actos unilaterales, para citar las fuentes menos discutidas en la literatura especializada.

Así, en el primer capítulo de este libro, hacemos una revisión de los conceptos teóricos que dan significado a las fuentes del DI. Consideramos que los autores que traemos al análisis son los más representativos de la doctrina, sin descartar que pudieran existir otros más. La variedad de las posiciones teóricas nos hace pensar en la dificultad de la materia y que todavía hay mucho que decir. Al final de ese capítulo arriesgamos nuestra opinión sobre el tema.

En el segundo capítulo hurgamos sobre los aspectos históricos del artículo 38-1, punto nodal de las fuentes. Importante porque pensamos que ayuda a una cabal interpretación de las fuentes en este momento y las pone en su lugar correcto.

El tercer capítulo está dedicado a estudiar las fuentes formales, tal y como se expresan en el artículo 38-1. No es sólo un análisis descriptivo; nos detenemos para analizar, con cierto detenimiento, cada una de las instituciones —los tratados, la costumbre, los Principios Generales del Derecho (PGD), la jurisprudencia y la doctrina— desde la perspectiva de, valga la redundancia, la doctrina y la jurisprudencia. Y al avanzar en la investigación nos dimos cuenta de que el diseño teórico, de origen europeo, dista de ser perfecto. La doctrina aborda ampliamente el tema, por ejemplo, de la costumbre y todos sus recovecos, objeto de una aguda crítica sin que al final se propongan remedios claros.

En el siguiente capítulo, el cuarto, nos referimos a las fuentes no comprendidas en el artículo 38-1 y que vamos a deno-

minar “fuentes no formales o no convencionales”. Para identificarlas, para saber cuáles son, recurrimos a la práctica que la doctrina y la jurisprudencia tienen la virtud de señalar. Hasta aquí el análisis nos hace pensar que hay un elemento en esas fuentes no formales que las convierte en jurídicamente obligatorias, fuera de las normas convencionales o consuetudinarias. Es decir, no podemos explicar la obligatoriedad de tales fuentes recurriendo a los tratados o a la costumbre internacionales.

Más tarde describimos las Fuentes del Derecho Penal Internacional (FDPI), que son las que se ven más claras y delineadas con el Estatuto de Roma (ER) en este momento. Si bien tenemos la certeza de que en diferentes ramas del Derecho Internacional Público (DIP) podemos encontrar fuentes específicas, como en el caso de los derechos humanos o el derecho internacional del medio ambiente, también podemos afirmar que la doctrina está en etapa de formación.

En el largo y complejo proceso de investigación, varios colegas, y el mismo Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, concretamente su director, el doctor Pedro Salazar Ugarte, y el licenciado Raúl Márquez Romero, secretario técnico, han estado involucrados, por lo cual expreso mi profundo agradecimiento, en principio, al grupo de académicos que conforma la línea de investigación institucional “Hacia un Estado de derecho internacional” en su fase “Las fuentes del derecho internacional del siglo XXI”, y que gracias al apoyo del Instituto de Investigaciones Jurídicas y de la Dirección General de Asuntos del Personal Académico (DGAPA) de la UNAM, a través del Proyecto PAPIIT IN-401515, “Las fuentes del derecho internacional en el siglo XXI”, ha podido efectuar reuniones, seminarios y conferencias que nos han permitido consumir varias publicaciones sobre el tema de las fuentes, entre ellas este libro.

Además, reconozco a los lectores de los borradores, particularmente a los doctores Roxana Ávalos Vázquez y Miguel González Marcos, que destinaron parte de su valioso tiempo a leer y hacer comentarios, y a quienes, por supuesto, deslindo de

los errores y las ideas que no comparten y que son responsabilidad mía.

Por último, agradezco a mis colaboradores: Mónica Elizabeth Nuño Nuño, Wendy Sánchez Reyes y Raúl Eugenio Martínez, porque cuidaron diligentemente las partes técnicas de este libro antes de que fuera enviado al Departamento de Publicaciones.

## CAPÍTULO PRIMERO

### LAS DOCTRINAS SOBRE EL CONCEPTO DE FUENTES DE DERECHO INTERNACIONAL

Determinar el concepto de las fuentes del derecho, esta metáfora que usa la doctrina, es de una gran importancia, puesto que permite identificar y distinguir el derecho de otras normas, en particular de las reglas morales o de las normas<sup>1</sup> de creación (*lege ferenda*), además de cómo se establecen y cambian dichas normas de DI.<sup>2</sup>

Sobre el concepto de fuentes de DI hay una literatura importante de prestigiados filósofos del derecho y de internacionalistas. Las opiniones no siempre coinciden y los internacionalistas reclaman cierta preeminencia en virtud de su óptica privilegiada, desde donde se mueven y observan, a fondo, la fenomenología de las relaciones internacionales. Aquí nos referimos a voces muy importantes de la literatura jurídica internacional; desde Hans Kelsen pasando por Hart, hasta la pléyade de juristas internacionalistas del siglo XX, quienes a partir de su óptica original opinan sobre las fuentes.

Al final no es un ejercicio fácil determinar quién tiene razón, aunque hay conceptos que se repiten o sobre los cuales coinciden, hay diferentes puntos de vista, todos valiosos, que nos sirven para guiar y nutrir nuestro propio criterio y el de los lectores.

---

<sup>1</sup> Kolb, Robert, “Principles as Sources of International Law (with Special Reference to Good Faith)”, *Netherlands International Law Review*, Cambridge University Press, vol. 53, núm. 1, 2006, p. 4.

<sup>2</sup> *Idem*.

## I. LA NORMA FUNDAMENTAL (*GRUNDNORM*) Y LAS REGLAS PRIMARIAS Y SECUNDARIAS

Desde la perspectiva de la filosofía del derecho, Hans Kelsen, en su teoría pura del derecho, considera que todas las normas jurídicas poseen una estructura análoga que consiste en postular una conducta humana determinada, como antecedente de un juicio hipotético, en donde a un acto contrario a la norma le sigue una sanción. Además, toda norma jurídica internacional se crea en virtud de una fuente del derecho y éstas son consideradas como tales en virtud de una norma internacional anterior. La teoría pura del derecho de Hans Kelsen considera que el DI es un orden jurídico estructurado jerárquicamente, en el cual toda norma es creada por un método o una fuente de derecho. Cada fuente se erige como tal, con base en una norma jurídica de un rango superior. La primera fuente del derecho positivo, la costumbre, se erige como tal por la norma fundamental (*Grundnorm*).

La teoría pura del derecho del jurista vienés, Hans Kelsen, es bastante atractiva por su rigor intelectual y porque es una construcción teórica en la que al parecer todo tiene una explicación; sin embargo, es una concepción de laboratorio que es tan aséptica que dialécticamente la hace débil. El concepto de *Grundnorm* o norma fundamental hipotética es una invención metafísica que aleja al derecho de sus raíces sociales, además que se toca con las concepciones jusnaturalistas. Sólo es cuestión de cambiar o sustituir a la *Grundnorm* con Dios y tendremos toda una concepción jusnaturalista que encuentra en lo más remoto de su origen un dogma.

El derecho internacional encuentra su principio y fin en el sistema de relaciones internacionales que tiene características específicas, que si las hacemos a un lado perdemos de vista el origen del derecho.

Por su parte, Hart, que ejerce una gran influencia en la doctrina de DI, establece que el derecho está constituido por la unión

de dos clases de normas denominadas reglas primarias y reglas secundarias:

- Las reglas primarias son aquellas que prescriben ciertas conductas humanas determinadas como prohibiciones u obligaciones.
- Éstas se complementan con las reglas secundarias que son complementarias de las anteriores y que se subdividen en tres categorías:
  - a) Reglas de reconocimiento, que permiten identificar de manera indudable las reglas primarias. En un orden jurídico desarrollado, las reglas de reconocimiento son complejas y poseen diversos elementos para identificar las reglas primarias; por ejemplo, el hecho de haber sido aprobadas por el orden legislativo, de haber sido respetadas durante un largo periodo de tiempo, etcétera.
  - b) Reglas de cambio, son aquellas que permiten, a ciertos individuos o a ciertos órganos, introducir nuevas reglas primarias o dejar sin efecto las reglas ya establecidas.
  - c) Reglas de decisión, son aquellas que permiten a ciertos órganos determinar, con anterioridad, si una regla primaria ha sido transgredida en un caso concreto. Al mismo tiempo, las reglas de decisión contienen el procedimiento a seguir para constatar la trasgresión y producir la sentencia correspondiente.

De esta manera, Hart concibe al derecho como una unión de reglas primarias y secundarias. Ahora bien, las reglas de reconocimiento, según Hart, son un lujo que ofrece un sistema desarrollado para permitir la identificación de las reglas validas de derecho. Por lo que respecta al DI, Hart niega la posibilidad de que, como menciona Hans Kelsen, exista una norma superior que le de validez al sistema. Por el contrario, las reglas, que en realidad son operativas, en la práctica no constituyen un sistema, sino un conjunto de normas (*set of rules*) entre las que se encuentran las

reglas que otorgan fuerza obligatoria a los tratados (*pacta sunt servanda*, por ejemplo). Hart considera que el DI está en una etapa de transición hacia la aceptación de esta visión que lo acercarán a una estructura más cercana a un sistema de derecho interno.<sup>3</sup>

En efecto, Hart considera que el DI es un derecho primitivo que consiste únicamente en un conjunto de reglas primarias de obligaciones que no están estructuradas, como sistema, por ninguna regla de reconocimiento. El derecho de gentes carece de reglas de reconocimiento; es decir, sus normas no pueden ser identificadas mediante el recurso a una característica o a una marca general. Para Hart, la validez de las normas internacionales depende simplemente del hecho “que ellas son aceptadas y funcionan como tales”. De esta manera, de acuerdo con Hart, el DI no posee fuentes.<sup>4</sup>

No estamos de acuerdo con esta concepción, pues no se visualiza el carácter específico del DI que, en principio, regula el sistema de relaciones internacionales; por lo cual no se le puede considerar como primitivo, sino, más bien, como un sistema jurídico específico.

## II. FUENTES MATERIALES Y FORMALES

Hay que reconocer que los conceptos teóricos de Hart son muy importantes y han sido punto de partida para varios internacionalistas, como el jurista Hugh Thirlway, quien siguiendo hasta cierto punto a Hart, postula que hay una diferencia entre reglas primarias y secundarias de un sistema legal. Las reglas primarias son “un cuerpo de principios y reglas que establecen los derechos y obligaciones de los sujetos...”<sup>5</sup> de un sistema jurídico. En cambio, las reglas secun-

---

<sup>3</sup> Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Law Series, 1994, p. 234.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 230.

<sup>5</sup> Thirlway, Hugh, “The Sources of International Law”, en Evans, Malcolm D. (ed.), *International Law*, Oxford University Press, 2003, pp. 117-120.

darias son aquellas que se aplican para determinar cuáles son las reglas primarias, cómo llegan a existir y cómo se modifican.

Thirlway se separa de Hart cuando afirma que, en DI, las reglas secundarias existen pero se definen en forma menos clara, en virtud de las características específicas del sistema; es decir, la ausencia de órganos legislativo y judicial. En DI estas reglas secundarias se denominan fuentes de DI. Esta terminología de fuentes da entender origen y proceso (de ahí las expresiones de *lex ferenda* y *lex lata*).

Las fuentes, dice Thirlway, pueden ser materiales o formales. Las fuentes materiales son simplemente donde se manifiestan las reglas jurídicas; por ejemplo, tratados, una resolución de la Asamblea General (AG) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), una decisión judicial o un concepto en un libro; en cuyo caso, no es necesario tomar en consideración la autoridad legal del texto de un instrumento de tal naturaleza ya que, por ejemplo, si un tratado no ha entrado en vigor y en consecuencia no es obligatorio, puede ser fuente material para una regla de derecho que adquirió tal estatus por otra vía. De esta manera, la autoridad de la regla, como una norma obligatoria de los Estados, la dan las normas formales que están identificadas en el artículo 38 del ECIJ.

Esta diferencia entre fuentes materiales y formales también la adopta G. Schwarzenberger. De acuerdo con él, el artículo 38-1 del ECIJ se refiere a dos aspectos diferentes: los sub párrafos a, b y c, se refieren al “pedigrí” de las reglas de DI; mientras que en el párrafo (d) se enumeran algunos de los medios para la determinación de las reglas de DI. Así, el profesor inglés de origen alemán, G. Schwarzenberger, hace una diferencia entre lo que son las fuentes formales y las materiales.

Una fuente formal es aquella de la cual una regla de derecho deriva su fuerza y validez; las fuentes materiales son aquellas de las cuales deriva el contenido, no la validez de la ley. La fuente material aporta la sustancia de la regla a la cual la fuente formal da la fuerza y la naturaleza de ley. Por ejemplo, una regla de la costumbre es obligatoria, porque la costumbre es una fuente for-

mal de DI y la sustancia estará dada por la práctica de los Estados, que es la fuente material de la costumbre.

En esta corriente de fuentes materiales y formales, se encuentra el jurista costarricense Rodolfo Piza Escalante, quien hace un análisis interesante del tema. Él sostiene que hay una confusión respecto del concepto de fuente, ya que se utiliza para designar varios casos:

- “Unas veces el fundamento del derecho”;
- “Otras, su origen mediato” o;
- “Su causa inmediata material (de contenido) o formal (su forma de creación), que suele confundirse con la expresión misma del derecho creado”;
- “Otras, en fin, sus «medios de comprobación» que equivale a la «prueba» del derecho”.

Piza desecha completamente las dos primeras acepciones —de fundamento y de origen del derecho—, en cuanto que se dan por supuesto, “aunque a veces tengamos que aludir a ellas para señalar el insoslayable anclaje del derecho en la justicia y en la realidad social”. Además, desecha la última, de “medio de comprobación” del derecho que es posterior y solamente se queda con la “fuente como causa inmediata”, en sus dos sentidos: como fuente del contenido del derecho o fuente material y como su forma de creación “fuente formal o fuente simple”.<sup>6</sup>

### III. EL CONSENSO COMO FUENTE

Ian Brownlie no está de acuerdo con esta diferencia en fuentes formales y materiales. En principio, el parte de otro concepto: “el

---

<sup>6</sup> Piza Escalante, Rodolfo E., “La *opinio iuris* como fuente autónoma del derecho internacional (*opinio iuris* y *ius cogens*)”, *Revista Relaciones Internacionales*, Heredia, Escuela de Relaciones Internacionales, Universidad Nacional, Segundo Trimestre, 1992, p. 58.

consenso”. En efecto, en materia de fuentes el consenso es de suma importancia —más adelante nos referiremos a él— y la distinción entre fuentes formales —“aquellos procedimientos y métodos para la creación de las reglas de aplicación general que son legalmente obligatorios a los destinatarios”— y materiales —que “proveen evidencias de la existencia de reglas que, cuando se prueban tienen el estatus de reglas obligatorias de aplicación general”— es difícil de mantener. Lo que importa es la variedad de fuentes materiales y la evidencia de consenso entre los Estados en relación de ciertas reglas particulares o prácticas.<sup>7</sup>

En esta corriente también podemos inscribir el punto de vista interesante del internacionalista italiano Roberto Ago, quien opina que el orden jurídico internacional se compone de normas establecidas o creadas por una fuente del derecho (derecho positivo) y de otras normas creadas de otra manera (derecho espontáneo). Las primeras se pueden identificar recurriendo precisamente a su modo de creación, y para identificar la existencia de las segundas, mediante recursos empíricos, su funcionamiento efectivo se debe de constatar en tanto que norma en el seno de la sociedad internacional.<sup>8</sup> Nos parece interesante este punto de vista en virtud de que Ago, atento a la realidad internacional, nos hace ver que hay normas que lo son por su efectividad.

#### IV. EL DERECHO COMO PROCESO CONTINUO

Por su parte, Rosalyn Higgins, tiene una postura respecto de las fuentes de gran originalidad. Ella considera bastante estrecho el concepto de que el DI se define como “aquello que la Corte aplicaría en dado caso”, ya que considera que

---

<sup>7</sup> Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 6a. ed., Oxford, 2003, pp. 3 y 4.

<sup>8</sup> Tomado de Barberis, Julio, “Les règles spécifiques du droit international en Amérique Latine”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Boston, Martinus Nijhoff Publisher, 1992-IV, t. 235, 1993, p. 107.

...el derecho internacional debe ser identificado con referencia a lo que los actores [en general los Estados] frecuentemente, sin el beneficio de pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), suponen como normativos en sus relaciones con cada uno de los demás.<sup>9</sup>

Entonces, para Higgins, el concepto de fuentes va más allá de la formulación que se hace en el artículo 38-1 del ECIJ y tiene que ver con el concepto del mismo DI. Para ella, el DI no son reglas: es un sistema normativo que tiene como objetivo valores comunes. Las reglas juegan una parte importante en el derecho, pero no es la única parte. Higgins considera que más que reglas, el DI es un proceso continuo.<sup>10</sup>

Además, la profesora Higgins considera que el DI no es la mera aplicación de reglas neutrales, de una manera imparcial, sino que requiere una “elección” que se hace en relación con normas alternativas que podrían también ser aplicadas a un caso concreto. En consecuencia, no se puede evitar la relación esencial que existe entre el derecho y la política. Al contrario, se deben tomar en consideración los factores políticos en forma sistemática y abiertamente, lo que contribuye a que estos factores sean propiamente considerados y sopesados. Además, el enfoque —de ciencia política— no significa encontrar todos los medios posibles

---

<sup>9</sup> Higgins, Rosalyn, *Problems & Process. International Law and How we use it*, Oxford University Press, 2003, p. 18.

<sup>10</sup> “Cuando... las decisiones se hacen por personas autorizadas u órganos, en foros apropiados, dentro del marco de ciertas prácticas y normas establecidas, entonces lo que ocurre es una decisión-producción legal. En otras palabras, el derecho internacional es un proceso continuo de decisiones de autoridad. Este punto de vista rechaza la noción del derecho como meramente la aplicación imparcial de leyes. El derecho internacional es el proceso total de decisión-producción de reglas y no simplemente la referencia a la tendencia de decisiones anteriores que son calificadas como «reglas». De esa definición, inevitablemente, fluye una preocupación. especialmente en donde la tendencia de la decisión anterior no es totalmente clara, con políticas alternativas para el futuro” (traducción del autor), *ibidem*, p. 2.

para llegar a un fin deseable, ya que las tendencias de las decisiones anteriores juegan un papel importante en la “elección”.

Higgins considera que el DI es un sistema en el cual las normas emergen, ya sea a través del consentimiento expreso o porque no hay oposición a las obligaciones que se imponen, en la ausencia de tal consentimiento específico.<sup>11</sup>

El enfoque de Higgins, basado en la “elección”, es bastante atractivo, pero no deja de mostrar cierta debilidad que puede ser peligrosa en la aplicación por parte de los poderosos gobiernos involucrados. En efecto, ella se adelanta a las críticas y pone como ejemplo la política exterior de los Estados Unidos de América (EEUU) en la administración del presidente Reagan —en realidad puede tomarse por ejemplo inclusive la política exterior del gobierno de Bush II en el caso de la invasión a Iraq— en donde se invadió a diferentes países —Granada y Panamá, por ejemplo—, se agredió a Nicaragua, se bombardeó a Libia, según sus asesores legales basándose en propósitos sociales del DI. Ella se pregunta: “¿si uno comparte la creencia en la preferencia de la democracia sobre la tiranía, y si uno sostiene el enfoque de la ciencia política en el DI, de acuerdo con el cual, las tendencias de las decisiones anteriores son interpretadas teniendo en cuenta objetivos políticos, necesariamente significaría que uno debe ver todas estas acciones como legales? Yo pienso que no”, se contesta inmediatamente Higgins.

Precisamente esta es la parte débil de su construcción teórica: no todos los que pueden hacer una interpretación jurídica internacional con base en la postura “ciencia política” son Higgins, no todos tienen la sensibilidad y el sentido de lo legal de la profesora Higgins. Es decir, no hay garantía de que otro jurista que reivindique el mismo enfoque pueda derivar a una conclusión contraria a la de Higgins, y así lo hacen varios juristas en conflictos como el de Iraq, en el cual se alega que la guerra puede ser legal, reivindicando elementos como la amenaza a la paz internacional

---

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 16.

por poseer armas de destrucción masiva o bien tener un gobierno tiránico, para sostener la legalidad de una guerra que es a todas luces contraria al DI.<sup>12</sup>

## V. OBLIGACIONES INTERNACIONALES

El profesor estadounidense Oscar Schachter, en un conocido trabajo denominado “Towards a Theory of International Obligation”,<sup>13</sup> expone sus conceptos sobre las fuentes de DI público. Su postura la fundamenta en las posiciones teóricas de Lasswell-Mc Dougal; con base en el pensamiento de ambos, él habla de obligaciones internacionales y sugiere que cinco procesos constituyen las condiciones necesarias y suficientes para el establecimiento de una norma legal obligatoria:

- 1) “La formulación e indicación de un comportamiento que es solicitado en circunstancias que pueden suceder o no (contingentes)”.
- 2) “Una indicación de que tal solicitud ha sido hecha por personas reconocidas como competentes (autoridad o un papel legítimo) para realizar tal función y de acuerdo con los procedimientos aceptados como adecuados para tal propósito”.
- 3) “Una indicación de la capacidad y la voluntad de todos aquellos interesados (afectados) de hacer efectivo en la práctica el requerimiento designado”.
- 4) “La transmisión del requerimiento a todos aquellos a los cuales está dirigido (la audiencia-objetivo)”.

---

<sup>12</sup> Becerra Ramírez, Manuel, “Acerca de la legalidad de la Guerra, del 2003, contra Iraq”, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *Aspectos jurídico-políticos de la guerra de Iraq*, México, UNAM, 2005, pp. 37-75.

<sup>13</sup> Schachter, Oscar, “Towards a Theory of International Obligation”, en Koskenniemi, Martti (ed.), *Sources of International Law*, Dartmouth, Ashgate, 2000, pp. 9-31.

5. “La creación en la audiencia-objetiva de un respuesta (tanto psicológica como operativa) que indica que los requisitos designados (planeados) son considerados como autoridad (en el sentido especificado en 3) y como probablemente conformarse con ellos en el futuro en un grado substancial”.

De estos cinco elementos, Oscar Schachter se centra en tres: el problema de la autoridad que prescribe; la respuesta o aceptación de aquellos a quienes se dirige la norma; y por último, la cuestión de la relación entre tal respuesta en un nivel descriptivo y los propósitos y valores de la comunidad. El primer elemento tiene que ver “con quién o quiénes son los legisladores”. En el caso del segundo, Schachter rechaza una posición extrema (el derecho es siempre derecho), por eso acepta ciertos grados de legalidad que dependen de actitudes, expectativas y cumplimiento.

La postura de Schachter, por supuesto, tiene virtudes, una de ellas es que no tiene límites cerrados, como hacer depender las fuentes de las obligaciones en un artículo, o en una serie de enunciados. Pero al mismo tiempo, esta postura es bastante abierta y tiene la desventaja de ser vaga, ambigua, lo que genera incertidumbre jurídica, al requerir de un análisis que no siempre pueden realizar los jueces, los aplicadores de la legalidad internacional o en general, los que necesiten hacen una interpretación del derecho para aplicarlo a casos concretos.

## VI. FUENTES DEL DERECHO Y DE LAS OBLIGACIONES

Hay una corriente doctrinal bastante respetable que hace una diferencia entre lo que son las fuentes del derecho y las obligaciones. Las primeras producen reglas objetivas de derecho validas erga omnes; en cambio, las segundas son más limitadas pues están circunscritas a regular a ciertas personas específicas.<sup>14</sup> Aquí analizamos las ideas de uno de sus exponentes más conspicuos.

---

<sup>14</sup> Kolb, Robert, “Principles as Sources of International Law...”, *cit.*, p. 11.

Sir Gerald G. Fitzmaurice, quien fuera consejero jurídico de la *Foreign Office* de la Gran Bretaña, nos habla de diferentes tipos de fuentes: “formales” y “materiales”, aunque es posible hablar de diferentes terminologías. En su concepción, Fitzmaurice considera las fuentes materiales que también pueden ser históricas, indirectas, significan el contenido de la ley, el material con el que se construye la ley. En cambio, las fuentes formales, legales y directas, consisten en los actos o hechos que estén investidos con valor legal y fuerza obligatoria, independientemente de su contenido y de su fuente material.<sup>15</sup> En consecuencia, la esencia de la distinción está entre la cosa que inspira el contenido de la ley y la cosa que da a tal contenido su carácter obligatorio como ley.<sup>16</sup>

De acuerdo con esto, Fitzmaurice considera que los tratados no son, en sentido propio del término, fuentes formales del derecho. Ellos pueden, de acuerdo con las circunstancias, constituir evidencias de qué es el derecho, o pueden llevar a la formación del derecho y así ser fuentes materiales. Pero, en sí, los tratados son fuente de obligaciones, más que fuente del derecho. Además, el derecho natural opera como fuente formal del derecho y por último “las decisiones de los tribunales internacionales, mientras no operen directamente como precedentes judiciales y mientras, en consecuencia, no son técnicamente una fuente formal de derecho, tienen, un estatus diferente al de una mera fuente material, y podría ser caracterizadas como cuasiformales en carácter”.<sup>17</sup>

El punto clave es distinguir entre la fuente del derecho y la fuente de las obligaciones, que pueden coincidir, por ejemplo, en un acto legislativo; pero un contrato ordinario puede ser fuente de

---

<sup>15</sup> “Las fuentes formales, legales y directas consisten en los actos o hechos por los cuales este contenido (sea cual fuere su origen y de cualquier fuente material) se reviste de validez jurídica y fuerza obligatoria”. Es la expresión original de Fitzmaurice. Traducción de Mónica Nuño.

<sup>16</sup> Fitzmaurice, Gerald, “Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law”, en Koskenniemi, Martti (ed.), *op. cit.*, pp. 57 y 58.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 58.

obligaciones, pero no fuente del derecho.<sup>18</sup> Además, él distingue entre la fuente de la obligación de obedecer el derecho en general como tal, y la fuente de la obligación de obedecer alguna regla particular del derecho.<sup>19</sup>

Volviendo sobre los tratados, Fitzmaurice postula que la única ley que no deriva su valor de un tratado es la norma *pacta sunt servanda*, que es un principio general del derecho. Entonces los tratados se pueden considerar como evidencias en aquellos casos en que el tratado es declaratorio de una ley existente, o como una fuente material en todos aquellos casos en donde el tratado lleva o contribuye a la formación de un nuevo derecho consuetudinario.

En suma, Fitzmaurice considera que las fuentes formales de obligaciones se deben distinguir de las fuentes formales del derecho, las cuales pueden o no coincidir; las fuentes formales nunca se deben establecer en forma exhaustiva. Hay reglas del derecho que tienen una validez inherente y necesaria, que son las fuentes formales últimas del derecho y que a su vez no se derivan de otras: son las reglas del derecho natural. Los sujetos de las fuentes formales del DI son la costumbre internacional; el derecho natural y como fuentes cuasiformales, las decisiones de los tribunales internacionales. Los tratados son una fuente formal de obligaciones internacionales.

Las decisiones arbitrales y judiciales, aunque formalmente no son obligatorias, excepto para las partes y para el caso concreto, ellas deben de ser consideradas como fuentes cuasiformales.

El artículo 38-1 del ECIJ es solamente indicativo para la corte sobre las fuentes; es defectuoso ya que no distingue entre fuentes formales y materiales, no establece un sistema de prioridad y las fuentes formales están expresadas de manera inapropiada.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>19</sup> *Idem*.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 80.

La teoría de Fitzmaurice tiene elementos de gran valor y otros, aunque respetables, no los compartimos. Nos referimos a ese terreno amplio y al mismo tiempo vago del derecho natural que no deja margen a la discusión.<sup>21</sup> Los ejemplos que emplea son: *pacta sunt servanda* y la regla de que un Estado o gobierno no puede alegar las disposiciones o deficiencias de sus propias leyes internas o constitución como excusa para no cumplir con sus obligaciones internacionales.

El gran problema que presenta esta teoría se puede encontrar en la imposibilidad de responder a las siguientes preguntas: ¿cuáles son las normas de derecho natural? ¿Quién está autorizado para decidir sobre este aspecto? Por otra parte, contiene elementos positivos en cuanto a la clasificación de las fuentes y la colocación del artículo 38-1 en su exacta dimensión, que las interpretaciones de la doctrina, a través del tiempo, han llevado a una confusión y a crear una camisa de fuerza al DI que impide su crecimiento, o bien, su comprensión. Pensar que el DI tiene un origen natural o divino se presta a la vaguedad y con ella cualquiera puede alegar que tal o cual disposición son de derecho natural. De hecho así sucede, ya que prestigiados internacionalistas que afirman que tal o cual principio, tal o cual norma, son generalmente reconocidas y forman parte del *ius cogens* internacional, sin probarlo, solo diciendo que forman parte del derecho natural.

Por lo que respecta a su opinión de que los tratados internacionales no son fuente del derecho, sino de obligaciones, es una opinión que es relativa pues es cierta cuando hablamos de muchos tratados bilaterales y multilaterales que no tienen un alcance universal. Sin embargo, no tiene mucho sustento a la luz de los tratados internacionales de la magnitud de la Con-

---

<sup>21</sup> Fitzmaurice afirma: “cuando se encuentre una regla jurídica que no pueda ser distinta de la que es, no podría existir, y no requiere ser explicada ni justificada en términos de ninguna otra regla, es una regla de la ley natural y con respecto a cualquier regla de este tipo, la ley natural es la fuente formal del derecho” (traducción de Mónica Nuño), *ibidem*, p. 68.

vención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 (Viena 69), o bien, de la Carta de San Francisco, que si bien hacen una recopilación de normas de carácter consuetudinario, al mismo tiempo contienen normas nuevas que ahora tienen un alcance universal; es decir, de tratados reguladores o codificadores de ciertas materias.

## VII. LA TEORÍA DE LOS COMPROMISOS COMO FUENTES

Y aquí llegamos a otro nivel de reflexión que es el relativo a ¿Por qué se cumple el derecho internacional? Esta pregunta ha sido el objeto también de la doctrina de DI que, en forma excelente, describe Andrew Guzman<sup>22</sup> cuando habla de los diferentes modelos teóricos que explican el cumplimiento de DI:

- El modelo de gestión (*The managerial model*).
- El proceso transnacional legal (*Transnational legal process*).

En la teoría de las relaciones internacionales se habla del neorealismo, de la teoría liberal institucionalista, y todavía, de una teoría que considera al DI irrelevante. Después del análisis de las mencionadas teorías, dicho autor considera que cualquier obligación tiene dos etapas: en la primera se negocian contenido y nivel de compromiso de la ley, y en la segunda se decide cumplir o no con sus obligaciones internacionales, en el entendido de que la consecuencia del incumplimiento pueden ser sanciones, o bien, la pérdida del capital de reputación en la arena internacional.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Guzman, Andrew T., “A Compliance-Based Theory of International Law”, *California Law Review*, California, vol. 90, enero de 2002, pp. 1823-1887.

<sup>23</sup> “Cualquier obligación internacional está modelada como juego en dos etapas. En la primera etapa se negocia sobre el contenido de la ley y el nivel de compromiso. En la segunda etapa se decide si cumplir o no con sus obligaciones internacionales: el derecho internacional afecta a un interés propio del Estado, y así, su decisión de cumplimiento de dos maneras. Primero, puede llevar a la imposición de sanciones directas, tales como comerciales, militares o diplo-

En el esquema de Guzman hay dos elementos claves: la reputación y las sanciones que son el principal *leit motiv* de cumplir el DI. La reputación que tiene el Estado en cuestión le sirve para medir su cumplimiento y su violación, porque, según este autor, el grado alto de reputación también le da un valor agregado, o sea, vale más cuando el Estado cumple, pero en caso de incumplimiento, el Estado hace un ejercicio de valoración sobre lo que significan las sanciones frente a los intereses; es decir, hay una contradicción entre prestigio internacional/sanciones *vs.* intereses propios. El Estado decide a favor de lo que inclina la balanza.

En el modelo de Guzman también está su concepto de fuentes. Para él, el punto clave son los “compromisos” (*commitment: an engagement or obligation that restricts freedom of action*), que van a impactar su reputación. De ahí que el concepto de fuentes es amplio, incluye los tratados, la costumbre e, indudablemente, lo que se conoce como *soft law*.

En realidad de lo que habla Guzman es que el Estado no se obliga solamente, sino que emite promesas de comportamiento.<sup>24</sup> Desde una perspectiva estricta, la definición de Guzman falla al generalizar las fuentes; lo que hace es relativizar el DI, dejando a la voluntad de los Estados cumplirlo o no. En otras palabras, si un estado celebra un tratado internacional, no “promete” cumplirlo, sino se “obliga a cumplirlo”. Lo mismo sucede con la costumbre y los actos unilaterales. Precisamente las promesas tienen un lugar entre las fuentes del DI; como veremos más adelante,

---

máticas. Segundo, puede llevar a la pérdida de su capital de reputación en la arena internacional. Si los costos directos y de reputación de violar el derecho internacional están compensados por los beneficios, entonces un Estado violará dicho derecho” (traducción del autor), *ibidem*, p. 1846.

<sup>24</sup> “...como estas promesas y obligaciones que hacen materialmente más probable que un Estado se comporte de una manera consistente con aquellas promesas y obligaciones que de otra manera, sería el caso. En algunas instancias este cambio en incentivos afectará los resultados. Sin embargo, en otros casos, no lo hará” (traducción de Mónica Nuño), *ibidem*, p. 1823.

se pueden encuadrar en el ámbito de los actos unilaterales y con ello decimos que tienen efectos jurídicos concretos.

Lo que intenta Guzman es romper el saco, ya estrecho, de fuentes y proponer una definición funcional en donde quepa no solo lo tradicional, sino todas las obligaciones internacionales cualquiera que sea su denominación —tratados, costumbre, *soft law* y demás—. Sin embargo, su construcción teórica la lleva a un relativismo: “algunos deberes son más obligatorios que otros, tomando en consideración los antecedentes fácticos. Ya no podemos estar satisfechos con la simple conclusión de que «los tratados deben de ser obedecidos»”.<sup>25</sup>

Llega a tales niveles de relativismo que aconseja a los académicos no referirse a los grandes temas del DI como la guerra, la paz, las alianzas, los derechos humanos; sino referirse a asuntos más mundanos.<sup>26</sup>

La posición estatista-voluntarista de Guzman describe la postura de las grandes potencias que cuentan con fuerza económica-militar para hacer valer sus intereses frente al cumplimiento del DI. ¿Qué pasa con los Estados carentes de tal fuerza económica y militar que no pueden hacer valer sus propios intereses? Por ejemplo, con esos criterios de Guzman, nos preguntamos ¿Cómo se decidiría el caso de Nicaragua o cualquier otro caso en donde hay una colisión de intereses entre países desarrollados y subdesarrollados?

Anteponer los intereses propios al cumplimiento del DI es esencialmente ir en contra del principio *pacta sunt servanda*. El sistema de DI, da margen para que los Estados no acepten la nor-

---

<sup>25</sup> Textualmente dice: “Algunas obligaciones son más vinculantes que otras, y los Estados eligen el nivel de sus obligaciones contra este hecho de fondo. Nosotros ya no podemos estar satisfechos con la simple conclusión de que “los tratados deben ser obedecidos” (traducción de Mónica Nuño), *ibidem*, p. 1887.

<sup>26</sup> “Más cuestiones mundanas” como “toda la gama o asuntos económicos internacionales, desde el comercio hasta la regulación internacional, desde el derecho de la competencia a la regulación ambiental” (traducción de Mónica Nuño), *ibidem*, p. 1885.

matividad, ya sea consuetudinaria —vía el Objektor Persistente (OP)— o convencional —negándose a ser parte de tratados internacionales o por medio de las reservas—, para proteger sus intereses legítimos o su derecho interno. Pero una vez que se acepta hay una obligación de cumplirlo. Permitir que los Estados escojan “el nivel de sus compromisos”, como propone Guzman sólo ahonda las diferencias entre potencias —y la rivalidad entre ellas— y los Estados menos poderosos.

### VIII. HACIA UN CONCEPTO CONTEMPORÁNEO DE FUENTES

El DI funciona en un sistema de relaciones internacionales bastante heterogéneo, que exige de una normatividad para su existencia. Las normas de DI tienen su origen y su validez en la necesidad de los sujetos de tener normas jurídicas que regulen sus relaciones. Dada la heterogeneidad en cultura, historia, economía, etcétera, de los diferentes componentes de las relaciones internacionales —Estados, OIs, empresas transnacionales, Organismos No Gubernamentales (ONGs), etcétera—, no todos sujetos del DI, que además tienen intereses propios que pueden ser contrapuestos; requieren de normas de conducta que regulen sus actividades, es decir, la necesidad de la normatividad internacional nace del imperativo de hacer posible la coexistencia de todos esos integrantes disímbolos, heterogéneos.

Sin el elemento jurídico no es posible la existencia del todo social —*ubi societas ubi ius*;<sup>27</sup> o bien puede ser a la nueva *ubi ius, ibi societas*, como lo postula Michel Virally—. En consecuencia, el DI es una construcción ideal, es un invento social que encuentra su origen en la necesidad de regular ante falta de normas. Las reglas jurídicas son un producto social, creado a través de los tiempos, que se ha venido perfeccionando o ajustando a las exi-

---

<sup>27</sup> Virally, Michel, “Le phénomène juridique”, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, núm. 1, 1966, pp. 36-40.

gencias de la sociedad<sup>28</sup> internacional en los diferentes momentos históricos por los que ha pasado.

En efecto, el DI es una construcción ideal, creada esencialmente por los diferentes pueblos a través de su historia —los pueblos mesoamericanos, por ejemplo, tenían instituciones propias, adecuadas a sus necesidades y culturas originales—. Alfred Verdross afirma “...que el derecho de gentes es tan antiguo como la civilización en general y que realmente parece ser una consecuencia necesaria e inevitable de toda civilización”.<sup>29</sup>

Podemos hablar de fuentes formales, que serían “Los métodos de creación del derecho y las características formales que debe presentar una regla para ser calificada de jurídica”; así como la manifestación de las normas jurídicas en tratados costumbre, PGD, actos unilaterales, resoluciones de los OIs, jurisprudencia y doctrina. Las fuentes formales, a su vez, tienen su origen en el pensamiento de los pueblos europeos y desarrollados durante siglos, adecuándose a los cambios y revoluciones que se han dado en la historia de la humanidad.

Esto es fácil de ver si analizamos con cuidado cualquiera de las instituciones del DI, por ejemplo, la más significativa y antigua como es la costumbre internacional; si vemos como se produce el concepto de *opinio iuris*, veremos que es una idea que nace entre los pensadores europeos y se desarrolla tomado ideas de los españoles, romanos, holandeses, alemanes, ingleses y franceses, que dejan su huella en la construcción de las instituciones en donde los demás pueblos están en la periferia de esa normatividad, pueden tener otra.

Los demás sujetos del derecho, fundamentalmente los Estados, de alguna manera —expresa o tácita— manifiestan su

---

<sup>28</sup> Buzzini, Gionata, “La théorie des sources face au droit international général: réflexions sur l’émergence du droit objectif dans l’ordre juridique international”, *Revue Générale de Droit International Public*, Francia, vol. 106, núm. 3, 2002, p. 387.

<sup>29</sup> Verdross, Alfred, *Le fondement du droit international*, París, Académie de Droit International-Recueil des cours, 1927, p. 251.

voluntad. Al hacerlo, los sujetos también expresan sus intereses, sus valores, que se ven más o menos reflejados en las reglas. La igualdad soberana es una mera ficción funcional, como muchas del derecho; de lo cual no se desprende que no sea necesaria para la construcción de la estructura internacional. Mientras subsista una estructura de poder económico y político entre los Estados, no puede hablarse que el DI pueda desaparecer; el concepto de soberanía es un escudo para defender a los Estados menos poderosos de la avidez por territorio, dominio económico y político, por ejemplo.

Así, las normas son un reflejo de los intereses de sus creadores y cuyo contenido depende de su capacidad de negociación. La aceptación de la normatividad tiene una vía, que es la aceptación ya sea tácita o expresa.

El DI, como un sistema jurídico específico, tiene sus propios principios y categorías que si se rebasan colocan a quien lo hace en la ilegalidad. El intérprete y el aplicador de esa legalidad internacional no crean la normatividad, solo la constatan y la descubren al caso específico. De otra manera, nos encontraríamos ante la inseguridad, por la incertidumbre de lo que es el derecho. Cuando una regla, obligación o norma, no son claras, se debe de recurrir a los objetivos teleológicos de la misma norma y esto es posible porque el fenómeno jurídico está inmerso en un marco que contiene principios y mecanismos de aplicación.

También podemos hablar de fuentes materiales o reales, aquí nos referimos a la sustancia, al contenido de la norma: “el conjunto de factores sociales que pueden inspirar el contenido de una regla jurídica dada... y que puedan ser de contenido muy variable”.<sup>30</sup> El contenido de las fuentes formales surge de su propuesta, negociación, aceptación expresa o tácita. Aquí estamos hablando de negociación, cooperación, hegemonía y simplemente de aceptación tácita o expresa de dicho contenido.

---

<sup>30</sup> Buzzini, Gionata, “La théorie des sources face au droit international général...”, *op. cit.*, p. 568.

El contenido de las normas se negocia cuando se puede hacerlo o simplemente se rechaza, como en el caso de las normas consuetudinarias con la institución del OP. Por supuesto, el papel del consenso juega un papel importante. Sin embargo, hay normas que no se negocian, porque no son sinalagmáticas, como en el caso de las normas de derechos humanos y derecho humanitario; los Estados las aceptan como un genuino compromiso con su sociedad, por presión de las ONGs, o simplemente por mantener un prestigio.

Por otra parte, hay normas que son producto de la acción hegemónica de algunos Estados. Si analizamos con cuidado la negociación del Acuerdo de Marrakech, por el que se estableció la Organización Mundial del Comercio (OMC) y que ahora es el marco jurídico del comercio internacional, veremos la poca o nula influencia que, por ejemplo, ejercen los países africanos.

En efecto, un fenómeno que se puede detectar con cierta facilidad es el relativo a la influencia que ejercen las grandes potencias al proyectar sus normas internas a los tratados internacionales y de ahí al derecho interno de los Estados. Esto es muy evidente en la negociación de los tratados de libre comercio que tienen celebrados con muchos Estados. Tenemos en el caso de los circuitos integrados, cuando la ley estadounidense *Semiconductor Chip Protection Act* (SCPA) de 1984, fue tomada como modelo para Japón; pero también se proyectó al tratado de Washington de 1989 y de ahí también al tratado de Libre Comercio de América de Norte (TLCAN).<sup>31</sup>

En esta misma línea de pensamiento se puede observar “que la hegemónica expansión de cierto sistema debe de tomarse en cuenta” y se toma como ejemplo la legislación interna de los EEUU, como es el caso de *Sarbanes-Oxley Act of 2002*<sup>32</sup> que aplica

---

<sup>31</sup> Becerra Ramírez, Manuel, “El derecho internacional de la propiedad Intelectual”, en González Martín, Nuria (coord.), *Lecciones de derecho internacional privado mexicano. Parte especial: derecho civil internacional*, México, Porrúa, 2008, p. 623.

<sup>32</sup> Esta ley estadounidense se aplica a la regulación de la práctica financiera y a la dirección corporativa de todas las empresas, pequeñas o grandes. Fue la

sus reglas “de gobierno corporativo en relación con sus correspondientes sanciones civiles y penales, a todas las empresas sujetas a los requisitos de información de la Security and Exchange Comisión (SEC)”.<sup>33</sup> También se habla de que en la arena internacional los actores económicos privados, “particularmente las corporaciones multinacionales o transnacionales, compiten con los Estados desarrollando sus propias normas”.<sup>34</sup>

Esto nos lleva a afirmar que las concepciones del monismo y del dualismo no sirven para explicar los fenómenos contemporáneos más complejos, en donde es clara una retroalimentación mutua de normas entre lo internacional y lo privado.

La normatividad tiene un origen social y entenderlo es indagar en la problemática, la historia, la economía o el ambiente social que da motivo a la aceptación de tal o cual norma. En algunos casos son imposición de los Estados fuertes —económica, militar y políticamente hablando—, que se aprovechan de su situación de predominio para imponer normas en las “negociaciones”. En otros casos, tal o cual norma depende de la mejor capacidad de negociación o de la impericia de la otra u otras partes en la negociación. O si no es una norma convencional, depende de la situación de cada sujeto el aceptarla o no. Pero ya que una norma existe, su interpretación y su aplicación dependen de las categorías de los sistemas jurídicos específicos de cada sujeto. Aquí nos encontramos en el terreno del derecho interno, que a nivel internacional puede nacer la responsabilidad internacional en caso de incumplimiento.

---

reacción a un gran número de escándalos financieros de empresas, como los casos de Enron, Tyco International Adelphia, Peregrine System y WorldCom.

<sup>33</sup> Delmas-Marty, Mireille, *Ordering Pluralism: a Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*, Estados Unidos, Hart Publishing, French Studies in International Law, 2009, p. 10.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 13.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### EL ARTÍCULO 38-1 DEL ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Sin duda, el artículo 38-1 del ECIJ ha sido un pilar para la aplicación del DI. Pero precisamente para su comprensión es necesario hurgar en sus orígenes, lo cual también nos ayudará a entender el sentido y alcance de las instituciones que se enuncian en dicho artículo 38-1.

#### I. GÉNESIS

A principios del siglo XX, la interpretación y la aplicación del derecho de presas por tribunales de diferentes países causaban una gran cantidad de opiniones divergentes. Por lo tanto, a fin de homogenizar, de alguna manera, la aplicación del derecho de presas, en el año de 1907 en la I Conferencia de La Haya se intentó establecer una corte internacional de presas. De ahí surgió la XII Convención de La Haya del 18 de septiembre 1907, que creó precisamente un Tribunal Internacional de Presas. Esta convención contiene un artículo 7o., que está expresado en forma más o menos parecida al actual artículo 38-1 del ECIJ y que es el antecedente más lejano que tenemos de un documento jurídico internacional que codifica las fuentes del DI. En efecto, la Convención de La Haya estableció:

Si la cuestión de que se trata de resolver está previsto por un convenio en vigor entre el beligerante que ha realizado la captura y el otro Estado que es parte en el litigio (o cuyo súbdito

sea parte en el mismo) el Tribunal aplicará las estipulaciones de dicho convenio.

A falta de tales estipulaciones, el tribunal aplicará las normas del derecho internacional. Si no existiesen normas generales reconocidas, el Tribunal fallará según los principios generales del derecho y de la equidad.<sup>35</sup>

Esta expresión del derecho a aplicar por el tribunal no fue aceptado por el gobierno británico y fue llevado a la Conferencia Naval de Londres que se reunió en el año de 1908. De ahí surgió la Declaración de Londres que fue firmada el 26 de febrero de 1909, pero, otra vez, la Gran Bretaña se negó a ratificarla y jamás entró en vigor.<sup>36</sup> No obstante lo anterior, el Convenio de La Haya de 1907 rindió frutos pues tenía una virtud, se refería a las fuentes que en aquel momento se conocían o se tomaban en consideración por la práctica, por lo tanto, a partir de ese momento se tomó como un modelo a seguir.

En efecto, más tarde, en el año de 1920, el Consejo de la Liga de Naciones nombró a un Comité Asesor de Juristas, *Advisory Commitee of Jurists (CAJ)*,<sup>37</sup> con la finalidad de preparar un proyecto para la creación de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI). Era un paso importante que después nos llevaría a 1920 con el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (ECPJI), el antecedente de la actual Corte Internacional de Justicia (CIJ). Este estatuto fue diseñado por esa comisión de juristas nombrada específicamente para su elaboración.<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> Piza Escalante, Rodolfo E., *op. cit.*, p. 60.

<sup>36</sup> Finch, George A., "Les sources modernes du droit international", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, París, 1935-III, t. 53, 1935, p. 608.

<sup>37</sup> Tomado de Cheng, Bin, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Londres, Stevens & Sons Limited, 1953, p. 6.

<sup>38</sup> Los miembros del CAJ fueron: Mineichiro Adatci, Rafael Altamira, Clovis Bevilaqua (después reemplazado por Raoul Fernandes), el Barón Descamps, Francis Hagerup, Albert de la Pradelle, Lord Phillimore, Arturo Ricci-Busatti y Elihu Root. El Secretario General del Comité fue Dionisio Anzilotti.

El CAJ sesionó desde el 16 de junio al 24 de julio de 1920, y pudo presentar sus reportes junto con el proyecto de ECPJI al Consejo de la Liga de Naciones en su octava sesión realizada del 30 de julio al 5 de agosto de 1920,<sup>39</sup> y dio por resultado una fórmula, que está contenida en el artículo 35 del estatuto:

Artículo 35. Dentro de los límites que le señala el artículo 34,<sup>40</sup> la Corte aplicará, en orden sucesivo:

1. Las convenciones internacionales de carácter general o especial que establezcan reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes.

2. La costumbre internacional que establezca una práctica comúnmente aceptada como ley.

3. Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

4. Las decisiones judiciales y jurisprudenciales sentadas por los más altos publicistas de las diferentes naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.<sup>41</sup>

Es interesante ver que este artículo utiliza la expresión “en orden sucesivo”, lo que implica, de alguna manera, una jerarquía en la aplicación de las fuentes. En 1945, los fundadores de la Or-

---

<sup>39</sup> Tomado de Cheng, Bin, *General Principles of Law...*, cit., p. 6.

<sup>40</sup> El artículo 34 del Estatuto de la CPJI establece:

Entre Estados miembros de la Liga, la Corte, sin necesidad de un convenio especial, se avocará el conocimiento de las diferencias de orden jurídico que surjan por:

- a. La interpretación de un tratado;
- b. Cualquier punto de derecho internacional;
- c. La existencia de todo hecho que, si llegara a consumarse, constituiría de una obligación internacional;
- d. La naturaleza o la extensión de la satisfacción que debe darse por la ruptura o violación de un tratado internacional;
- e. La interpretación de una sentencia dictada por la Corte.

La Corte tomará conocimiento, también, de cualquier naturaleza de diferencias que le sean sometidas para un arreglo general o particular entre las partes”.

<sup>41</sup> Tomado de *Revista Mexicana de Derecho Internacional*, México, t. III, 1921, p. 236.

ganización de las Naciones Unidas (ONU), tomaron la formulación de las fuentes del DI de su antecedente inmediato, la CPJI, y lo plasmaron en el artículo 38-1 del ECIJ, que en poco se separa y que actualmente establece:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
  - a. Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
  - b. La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
  - c. Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
  - d. Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 59.
2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren.

Hay que observar que la cláusula del primer párrafo “cuya función...” no existía en el original, fue adicionada en el año de 1946 y se hizo para enfatizar que de los párrafos “a” y “d” son fuentes reconocidas de DI.<sup>42</sup>

En lo que se refiere a los Principios Generales de Derecho (PGD), una interpretación cercana a la comisión que redactó el artículo 38-1, entiende que “los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas pueden ser deducidos de los principios aceptados por las naciones *in foro* doméstico, tales como los principios de procedimiento, de buena fe y de *res judicata* y muchos otros principios del derecho privado, desarrollados por analogía en el derecho internacional pueden ser comprendidos en esta enumeración”.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> Thirlway, Hugh, “The Sources of International Law”, *op. cit.*, p. 12.

<sup>43</sup> Finch, George A., *op. cit.*, p. 626.

Es importante también notar que el artículo 59 y la cláusula que abre el párrafo (d) del artículo 38 se introdujeron en el ECIJ por el Consejo de la Sociedad de Naciones posteriormente a su redacción por el comité de jurisconsultos. La fórmula final es el resultado de la oposición de las dos culturas jurídicas predominantes (la anglosajona y la romano-germánica), con ella se trata de limitar los efectos de la regla de *stare decisis* del derecho común inglés en la aplicación del derecho de decisiones judiciales anteriores sobre el párrafo (d) del artículo 38, y también dar el mensaje de que las Cortes internacionales no tendrán la función de legislar, ya que el alcance de sus decisiones está limitado al caso concreto, de ahí el artículo 59.

Otro de los aspectos interesantes del artículo 38-1 es que permite a la CIJ decidir *ex aequo et bono*. Este párrafo tampoco se encontraba en el proyecto del comité de jurisconsultos, se adicionó por la Asamblea de la Sociedad de Naciones. A criterio de algunos comentaristas<sup>44</sup> el significado de la expresión latina es vago; en general este término parece ser el equivalente de la palabra *equito*, que comprende un sistema originado en derecho romano que pasó al *common law* inglés y que tenía por objeto atemperar la aplicación de los principios legales para decidir, de acuerdo con la conciencia del *Chancelier*.<sup>45</sup> Esta parte se puede ver como un remanente de las discusiones en el seno del comité de jurisconsultos alrededor del párrafo (3), sobre una opinión individual acerca de lo justo o injusto.

Desde esta perspectiva, el artículo 38-1 es sumamente interesante. El párrafo (3) y esta última disposición permiten a los jueces decidir *ex aequo et bono*, y se trata de crear un sistema cerrado que prohíba *not liquet*<sup>46</sup> en las discusiones de la corte.

---

<sup>44</sup> *Idem*.

<sup>45</sup> En el mundo jurídico el término significa “ministro de justicia” o “jefe de justicia”.

<sup>46</sup> Expresión originada en el derecho romano y que literalmente significa “no está claro” en latín, que expresa la prohibición para el juez de dejar de

## II. JERARQUÍA E INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 38-1

En la comisión de jurisconsultos que redactaron el original artículo 38-1, hubo polémica cuando se trataba de determinar si había un orden de aplicación de las fuentes señaladas en dicho artículo. En principio, se consideraba que no había un orden establecido en las fuentes; sin embargo, M. Ricci-Busatti de Italia, consideraba que el orden suponía una cierta jerarquía, “un orden sucesivo”.<sup>47</sup> La respuesta del presidente del comité no fue muy convincente ya que consideraba que había una clasificación natural.<sup>48</sup> Finalmente, la opinión de M. Ricci-Busatti fue:

Si la expresión *ordre successif* sólo significó que una convención debe ser considerada antes, por ejemplo que el derecho consuetudinario, es innecesaria. Es un principio fundamental de derecho que una regla especial, va antes que el derecho general. Esta expresión también parece fallar en reconocer que estas fuentes variadas pueden ser aplicadas simultáneamente y también que la naturaleza de cada fuente difiere una de otra.<sup>49</sup>

---

resolver un conflicto alegando ausencia de norma. La idea es que el orden jurídico es hermético.

<sup>47</sup> “Estas palabras no sólo eran superfluas, sino que también pudieran sugerir la idea de que el juez no estuviera autorizado a recurrir a ciertas fuentes, por ejemplo, la señalada en el punto 3, antes de haber aplicado las convenciones y la costumbre mencionadas, respectivamente, en los puntos 1 y 2. Eso sería una falsa interpretación de las intenciones del Comité” (traducción del autor). Tomado de Harris, D. J., *Cases and Materials on International Law*, 5a. ed., Londres, Sweet and Maxwell, 1998, p. 23.

<sup>48</sup> “Hubo una clasificación natural. Si dos Estados concluyeron un tratado en el cual se pudiera encontrar la solución de una disputa, la Corte no debe aplicar la costumbre y hacer a un lado el tratado. Si existe una costumbre bien conocida, no hay ocasión de recurrir a un principio general del derecho. Nosotros debemos indicar un orden de *précellence* natural, sin requerir, en dado caso, el acuerdo de varias fuentes” (traducción del autor), *idem*.

<sup>49</sup> *Idem*.

En la doctrina contemporánea, algunos juristas han manejado que tampoco este artículo 38-1 expresa una jerarquía;<sup>50</sup> sin embargo, en realidad esta afirmación se rompe con la simple lectura y diferencias de lo que son las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como “medio auxiliar”. Esto significa que hay fuentes y otras que no lo son, son meros “medios auxiliares”, lo cual es lógico pensarlo ya que lo que hacen los jueces y la doctrina no es crear derecho, sino solo constatarlo y aplicarlo. La función del juzgador es identificar y aplicar las normas consuetudinarias, convencionales y los PGD.

Insistimos, el juzgador debe, y lo hace, respetar una jerarquía en la estructura jurídica, si no se puede encontrar ante un fenómeno de conflicto de fuentes. Por ejemplo, las normas de *ius cogens* que tienen un origen consuetudinario, ya por sí mismas marcan una jerarquía frente a todas las fuentes; son parte de un orden público internacional.

Por otra parte, también se ha discutido en la doctrina si el artículo 38-1 es un todo cerrado, si un juez puede declarar que no existe una norma aplicable a un caso concreto, es decir, la prohibición de *non liquet*. Para Hersch Lauterpacht la prohibición de *non liquet* es un principio de carácter consuetudinario previsto en el mismo artículo 38-1-c.<sup>51</sup> Mientras otros, como Julius Stone, consideran que ésta no es una postura adecuada, dado que sería más saludable para el desarrollo del DIP que la corte podría dar ideas de derecho deseable<sup>52</sup>. No estamos de acuerdo con esto, pues aceptar la propuesta de Stone es conceder a los jueces un

---

<sup>50</sup> Por ejemplo, para Brownlie no hay una jerarquía, pero los juristas que realizaron el proyecto del artículo 38 intentaron darle un orden a las fuentes. Véase Brownlie, Ian, *op. cit.*, p. 5.

<sup>51</sup> Lauterpacht, Hersch, “Some Observations on the Prohibitions of *non liquet* and the Completeness of the Law”, en Koskenniemi, Martti (ed.), *op. cit.*, pp. 435-458.

<sup>52</sup> Stone, Julius, “*Non liquet* and the Function of the Law in the International Community”, en Koskenniemi, Martti (ed.), *op. cit.*, pp. 459-496.

poder de creación de normas que hasta ahora no tienen a nivel internacional. Además, esta postura puede ser peligrosa porque el tribunal en lugar de proponer una normatividad, puede simplemente callar. Como desafortunadamente fue el caso de la Opinión Consultiva (OC) de la CIJ sobre ensayos de armas nucleares.<sup>53</sup>

En términos generales, la existencia de los PGD hacen pensar que el DI es un todo cerrado. Es hermético, ya que en el caso de que no exista una norma exactamente aplicable al caso concreto, se podría aplicar otra por analogía o mayoría de razón.

Por último, en cuanto a la actualidad del artículo 38, diremos que, considerando que el artículo 35 del ECPJI fue adoptado como artículo 38 del ECIJ, únicamente con la adición en su introducción de la frase: “La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar...”,<sup>54</sup> y salvo esta modificación, el artículo se ha mantenido inmutable. Sin embargo, la transformación de las relaciones internacionales en forma dramática desde el principio del siglo pasado a la fecha han dejado a dicho artículo como un traje fuera de medida.

Al respecto, Robert Y. Jennings<sup>55</sup> nos recuerda que el artículo 38-1 es un proyecto de 1920 y no siempre adecuado al DI de los años 80, en consecuencia, se debe usar, pero interpretarlo en donde sea necesario. El artículo 38-1 se debe ver como una guía, pero no como un todo acabado, es un punto de referencia que ha sido

---

<sup>53</sup> En la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la Legalidad de la Amenaza o el Empleo de Armas Nucleares (A751/218 de 19 de julio de 1996) se afirmó: “En el derecho internacional consuetudinario y en el derecho internacional convencional no existe ninguna prohibición de la amenaza o el empleo de las armas nucleares como tales”. Lo cual es una total violación de principio de *non liquet*.

<sup>54</sup> “...cuya función es decidir, de acuerdo con el derecho internacional, aquellas disputas que son presentadas ante la Corte” (traducción de Mónica Nuño). Tomado de Cheng, Bin, *General Principles of Law...*, cit., p. 21.

<sup>55</sup> Jennings, Robert Y., “What is International Law and how do we Tell it when we See It?”, en Koskeniemi, Martti (ed.), *op. cit.*, p. 29.

muy útil desde su creación hasta la fecha; pero que el dinamismo de las relaciones internacionales lo ha rebasado, y la práctica ha sido rica en nuevas manifestaciones de las fuentes a las que nos referimos en este trabajo.

## CAPÍTULO TERCERO

### LAS FUENTES DEL ARTÍCULO 38-1

Después de ver su origen, es justo ver la interpretación y las complejidades que se presentan en la práctica y señaladas en la doctrina de las fuentes a que se refiere el artículo 38-1. Como veremos, nos encontraremos con un panorama complejo, rico, y de muchas dudas y cuestionamientos por parte de la doctrina. Lo que nos hace pensar que el tema de las fuentes no está acabado, sino en constante evolución.

#### I. LOS TRATADOS INTERNACIONALES

En esta parte del libro nos referimos a los tratados internacionales como una fuente de DI; nuestra intención no va más allá de la descripción, pues dejamos los detalles y la complejidad teórica que presenta el derecho convencional para otros trabajos.

##### 1. *¿Los tratados son fuente del derecho internacional?*

Si juzgamos por la simple lectura del artículo 38-1 del ECIJ, podríamos decir que los tratados internacionales son una fuente formal indiscutible de DI. Sin embargo, cierta parte de la doctrina no está de acuerdo con esto. El jurista Fitzmaurice rechaza rotundamente que los tratados sean una fuente de DI, para él es una fuente de obligaciones, como lo puede ser en derecho interno un contrato.<sup>56</sup> Discutir lo contrario es una postura meramente

---

<sup>56</sup> Harris, D. J., *op. cit.*, p. 45.

académica que no tiene trascendencia. El artículo 38-1 considera a los tratados como fuente de DI y es justo; en la solución de una controversia el juez no puede negarse a aplicar una convención, por mucho que no sea de aplicación general; tiene la obligación de tomar en cuenta el derecho convencional. Independientemente de eso, hay tratados internacionales que por su membresía son de carácter universal y tienen mayor certidumbre, por su forma, que la costumbre internacional.

## 2. *Importancia de los tratados internacionales*

Los tratados internacionales a lo largo de la historia, no sólo del DI como tal, sino de la misma humanidad, han jugado un papel importante en el establecimiento de normas de conducta entre los pueblos. No hay duda de que la institución jurídica de los tratados hunde sus raíces en la profundidad de la historia de la humanidad. Podemos mencionar un ejemplo en el mundo mesoamericano: el acuerdo que dio vida a la triple alianza entre los pueblos de Tenochtitlán-Texcoco-Tlacopan, en el año de 1434, dio pauta a la grandeza de Tenochtitlán<sup>57</sup> antes de la llegada, invasión y conquista de América por parte de Hernán Cortés.

Además, en el transcurso de la historia de la humanidad se han celebrado tratados internacionales que son parte aguas, como el Tratado de Paz de Westfalia de 1648, que prácticamente es el origen de los Estados europeos contemporáneos y del DI contemporáneo (estatal); o bien el Pacto Briand-Kellog<sup>58</sup> de renuncia a la guerra,<sup>59</sup> que marca la proscripción de la guerra como medio de solución de controversias, y sirvió como base ju-

---

<sup>57</sup> Escalante Gonzalbo, Pablo, “El posclásico en Mesoamérica”, *Nueva Historia General de México*, México, El Colegio de México, 2010, pp. 140-146.

<sup>58</sup> Que lleva el nombre de los negociadores, el diplomático Frank B. Kellogg, secretario de Estado de Estados Unidos y Aristide Briand, ministro de Relaciones Exteriores de Francia.

<sup>59</sup> Verdross, Alfred, *Derecho Internacional*, 6a. ed., trad. de Antonio Truyol y Serra, España, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1982, p. 69.

ridica en los juicios de Núremberg después de la Segunda Guerra Mundial y que, además, influyó en la Carta de San Francisco. La Carta de Naciones Unidas es un ejemplo de un tratado que reúne las características de ejercer gran influencia en el DI y en la organización internacional y, por otra parte, de un tratado que prácticamente tiene validez universal por el número de Estados miembros (193), lo cual prácticamente logra la universalización de la Carta.

### 3. *El siglo XX y el auge de los tratados internacionales*

Podemos señalar al siglo XX como el periodo de auge del derecho convencional con la celebración de múltiples tratados internacionales que prácticamente se convierten en códigos internacionales como las convenciones de Viena de 1961 y 1963 sobre relaciones diplomáticas y consulares, respectivamente; la III Convención de Montego Bay sobre Derecho del Mar de 1982; y cientos de tratados que cubren materias como Derecho Penal Internacional (DPI), derechos humanos, comercio internacional, límites (aéreos, cósmicos o terrestres), medio ambiente, etcétera; y para regular ese entramado impresionante de normas convencionales, la Convención de Viena de 1969 (Viena 69) sobre el derecho de los tratados celebrados entre Estados (CVDT) que entró en vigor hasta el año de 1980, y al que nos referiremos brevemente más adelante.

Después tenemos la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986, que hasta la fecha no ha entrado en vigor, y que es un complemento de la de Viena 69. También es importante la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados (1978) y que entró en vigor el 6 de noviembre de 1996.

Podemos concluir que, indudablemente, los tratados internacionales son una fuente formal del derecho y que los Esta-

dos le han dado mucha importancia a ella sobre todo en el siglo XX, prefiriendo la seguridad de tener un compromiso por escrito negociado por ellos. Aunque también esto sea su debilidad, pues la negociación en algunos casos ha sido complicada y en otros constituye un obstáculo insalvable. Por ejemplo, durante casi cuarenta años, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la ONU, integrada de eminentes juristas, estuvo trabajando un Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, que finalmente fue adoptado por la propia CDI en el año 2001,<sup>60</sup> pero que no pudo llegar a ser un tratado internacional. Esto nos habla de la complejidad de la negociación y, por otra parte, de la vigencia de la costumbre internacional como fuente a la que nos referiremos más adelante.

#### 4. *Contenido de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969*

Viena 69 es uno de los grandes tratados del Siglo XX. Es el resultado de un esfuerzo considerable de codificación de las normas consuetudinarias que se han formado a través de los siglos y de creación de nuevas normas, en una labor bastante encomiable de desarrollo progresivo del DI. Con razón a Viena 69 se le puede denominar “el tratado de tratados” o la “constitución de los tratados”.

En Viena 69 encontramos todo el proceso de elaboración de un tratado a partir de su concepto. Se entiende por tratado: “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> Avalos Vázquez, Roxana de Jesús, *Responsabilidad del Estado por hecho internacionalmente ilícito*, México, Porrúa, 2007, pp. 88.

<sup>61</sup> Artículo 2-1-a de Viena 69.

La definición es de gran relevancia porque termina con las discusiones semánticas, ya que el nombre de “tratado” depende de su contenido; es un acuerdo, es decir, una conjunción de voluntades; internacional, porque no es de carácter interno, si no sería un contrato; celebrado por escrito, aunque es posible encontrar acuerdos verbales, Viena 69 se limita a los escritos; entre Estados, Viena 69 tiene bien claros sus límites y sólo se refiere a los acuerdos estatales, dejando para otra convención los acuerdos en donde intervienen los OIs; regido por el DI, en este caso los límites están en la regulación internacional; en la práctica internacional un tratado puede constar en un solo instrumento o en varios. Por ejemplo, los tratados internacionales en materia de libre comercio son bastante complejos, por lo que tienen varios anexos.

Concluyendo, la cuestión semántica no es trascendente, pues si el acuerdo contiene todas estas características será un tratado, independientemente si se le denomina convenio, protocolo, convención, tratado, etcétera.

### A. *Negociación del tratado*

Un tratado es negociado por personas que requieren de plenos poderes.

Se entiende por «plenos poderes» un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado.<sup>62</sup>

Aunque la misma Viena 69 reconoce que hay ciertos funcionarios que no requieren esos plenos poderes en virtud, precisa-

---

<sup>62</sup> Artículo 2-1-c de Viena 69.

mente, de las funciones que desempeñan, automáticamente, sin necesidad de presentar plenos poderes, se considera que representan a un Estado:

a) los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de relaciones exteriores, para la ejecución de todos los actos relativos a la celebración de un tratado; b) los Jefes de misión diplomáticas, para la adopción del texto de un tratado entre el Estado acreditante y el Estado ante el cual se encuentran acreditados; c) los representantes acreditados por los Estados ante una conferencia internacional o ante una organización internacional o uno de sus órganos, para la adopción del texto de un tratado en tal conferencia, organización u órgano.<sup>63</sup>

Hay una diferencia en la negociación de un tratado bilateral y otro multilateral. En éste la negociación se desarrolla, en muchos casos como si fuera un parlamento con trabajo en comisiones y después en plenos. Además, en los tratados de este tipo es posible interponer reservas, que tienen como finalidad de un mayor número de Estados pueda ser parte del tratado multilateral, salvando las características concretas de su derecho interno.

### B. *Las reservas*

La CVDT se refiere a las reservas en los tratados.<sup>64</sup> Una de las instituciones del derecho convencional más distintiva define a la “reserva” como “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas

<sup>63</sup> Artículo 7-2-a de Viena 69.

<sup>64</sup> Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, reseña de “Las reservas a los tratados. Lagunas y ambigüedades del régimen de Viena”, de Rosa Riquelme Cortado, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. VI, 2006, pp. 887-893.

disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”.<sup>65</sup> La reserva tiene límites: los primeros se refieren a la oportunidad en su presentación, que puede ser al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él. El otro límite es que la reserva esté permitida por el tratado y que no exprese nada que sea incompatible con el objeto y el fin de los tratados.<sup>66</sup> Precisamente esta es una norma consuetudinaria cristalizada en la OC dictada por la CIJ del 28 de mayo de 1951, Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.<sup>67</sup>

Después de la negociación, los Estados manifiestan su consentimiento en obligarse por el tratado mediante “la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido”.<sup>68</sup> En general, la práctica es que los tratados se firman y después se someten a la aprobación de sus órganos internos que sirven como un elemento de control o de contrapeso y más tarde se ratifican, con lo cual el Estado que lo hace queda obligado plenamente.

Sin embargo, aún antes de que el tratado entre en vigor ya hay obligaciones para el Estado que lo haya firmado, de acuerdo con el artículo 18 de la CVDT. Su intención es no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor.

### C. Principios fundamentales

Con el tratado vigente, las partes deben de observar varios principios, entre los que sobresale el principio de *pacta sunt servanda*, es decir, todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser

---

<sup>65</sup> Artículo 2-1-d de la CVDT.

<sup>66</sup> Viena 69 dedica los artículos 21 al 23 al tema de las reservas.

<sup>67</sup> En ella se afirmó: “Es pues, la compatibilidad de la reserva con el objeto y el fin de la Convención el criterio que debe de determinar la actitud del Estado que hace la reserva y la del Estado que objeta a ella”.

<sup>68</sup> Artículo 11 de la CVDT.

cumplido por ellas de buena fe.<sup>69</sup> Este principio es fundamental en el DI, de él deriva la obligatoriedad de las normas convencionales y se extiende a todo el sistema.

Además, Viena 69 contiene una norma, el artículo 27, que aparentemente establece un cierto predominio del DI, por lo menos convencional, sobre el derecho interno: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”. Decimos que es “aparente” porque el artículo 46 protege y respeta “a la norma fundamental de su derecho interno”, con lo que se atenúa ese aparente monismo internacional del artículo 27; pero únicamente en materia de competencia para celebrar tratados, lo cual implica que si el consentimiento del Estado fue otorgado de conformidad con las normas fundamentales de derecho interno es válido, lo contrario genera una nulidad. Esto también manifiesta uno de los elementos de existencia de las obligaciones.

#### *D. Reglas de interpretación*

Viena 69 contiene normas concretas de interpretación de los tratados, en sus artículos del 31 al 33.

El artículo 31. Regla general de interpretación, señala:

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
  - a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado.

---

<sup>69</sup> Artículo 26 de la CVDT.

- b) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.
- 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
  - a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones.
  - b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.
  - c) Toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
- 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.<sup>70</sup>

El artículo 32. Medios de interpretación complementarios, señala:

Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) Deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) Conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.<sup>71</sup>

#### *E. Las causas de nulidad de los tratados internacionales*

La CVDT también emitió normas relativas a la nulidad de los tratados en sus artículos 46 al 53. En un diseño que deja ver claramente la influencia del derecho romano, ya que habla de nulidades relativas —que son convalidables y prescriptibles— y absolutas —que no se convalidan ni prescriben con el tiempo—. Las causas que Viena 69 reconoce están expresamente señaladas:

---

<sup>70</sup> Artículo 31 de la CVDT.

<sup>71</sup> Artículo 32 de la CVDT.

- El consentimiento manifestado en violación de disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados.
- Restricción específica de los poderes para manifestar el consentimiento de un Estado.
- El Error.
- El Dolo.
- La corrupción del representante de un Estado.
- La coacción sobre el representante de un Estado.
- La coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza.
- Los Tratados que están en oposición con una norma imperativa de DI general
- La aparición de una nueva norma imperativa de DI general (*ius cogens*), según lo dispuesto en el artículo 64 de la CVDT.

## F. *El ius cogens*

Uno de los aportes fundamentales de Viena 69 es el *ius cogens*,<sup>72</sup> definido por la misma convención como “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”. Este aporte, producto del desarrollo progresivo del DI, dio un giro radical en el derecho convencional y ha trascendido a todo el sistema, pues es base para la creación de un orden público internacional con normas que limitan la voluntad de los Estados.

---

<sup>72</sup> Gómez Robledo, Antonio, *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*, México, UNAM, 2003; y Vallarta Marrón, José Luis, “La argumentación jurídica en torno al *ius cogens* internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. X, 2010, pp.11-47.

Teóricamente se plantea el problema de determinar la naturaleza jurídica del *ius cogens*. ¿Acaso es de carácter consuetudinario o consensual?, en realidad no podemos hablar de que su naturaleza jurídica sea consuetudinaria, porque pensar en que exista un OP, como existe en la costumbre, sería romper el requisito que establece Viena 69 de que sea “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario”.

En realidad, opera con base en el consenso. Por ejemplo, si vemos la práctica, por lo menos la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la determinación de cuáles son las normas de *ius cogens* se hace sin probarse, simplemente se señala cuáles son esas normas. Hay un consenso estatal, no se pone en duda lo que dice la Corte,<sup>73</sup> es decir, la jurisprudencia de la Corte IDH va marcando la pauta, al determinar cuáles son las normas imperativas.<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> Por ejemplo, en el *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú* (2014) se dijo: “La Corte ha establecido que la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La prohibición de la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes es absoluta e inderogable, aún en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, Estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas. Esta prohibición pertenece hoy día al dominio del *ius cogens* internacional. Los tratados de alcance universal y regional consagran tal prohibición y el derecho inderogable a no ser sometido a ninguna forma de tortura. Igualmente, numerosos instrumentos internacionales consagran ese derecho y reiteran la misma prohibición, incluso bajo el derecho internacional humanitario”.

<sup>74</sup> La Corte Interamericana ha identificado en su jurisprudencia varias normas de *ius cogens*, por ejemplo: 1. Integridad física, *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago* (2005); 2. Desaparición forzada, *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala* (2010); *Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) vs. Guatemala* (2012); *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia* (2010); 3. Crímenes de *lesa humanidad*, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (2006).

### G. Terminación de los tratados y suspensión de su aplicación

Viena 69 regula, en forma detallada, las causas de terminación y suspensión de un tratado, siendo el consentimiento de las partes la primera y básica. En el caso de un

...tratado que no contenga disposiciones sobre su terminación ni prevea la denuncia o el retiro, no podrá ser objeto de denuncia o de retiro a menos: a) Que conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o de retiro; o b) Que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado.<sup>75</sup>

Viena 69 se refiere también a cuestiones concretas como qué sucede con la sucesión de tratados en el tiempo: un tratado posterior entre las mismas partes y con el mismo objeto tiene el efecto de dar por terminado el anterior. ¿Qué sucede con una violación grave de un tratado? Tratándose de tratados bilaterales —en el caso de los tratados multilaterales hay normas específicas— le da derecho a la víctima de suspenderlo total o parcialmente o darlo por terminado.

La imposibilidad del cumplimiento de un tratado puede ser causa también de su terminación o de retiro de él. Lo mismo sucede en el caso de cambio fundamental en las circunstancias, lo que técnicamente de denomina como la Cláusula *Rebus sic Stantibus*<sup>76</sup> y, por último, la ruptura de relaciones diplomáticas o consulares, en principio, no afecta las relaciones establecidas por un tratado.

No obstante la seguridad que proporcionan tanto el derecho convencional como consuetudinario, sobre el derecho de los tratados, la doctrina reconoce ciertas “incertidumbres”. Al respecto, Michael Wood<sup>77</sup> habla de seis incertidumbres:

<sup>75</sup> Artículo 56 de la CVDT.

<sup>76</sup> Ramírez Flores, Nora, “Cláusula *Rebus sic Stantibus*: ¿una opción para el problema del agua en la frontera norte?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. VII, 2007, pp. 623-641.

<sup>77</sup> Wood, Michael, “What is Public International Law? The Need for Clarity about Sources”, *Asian Journal of International Law*, vol. I, 2011, pp. 211 y 212.

La primera se refiere a la incertidumbre sobre la naturaleza jurídica de un instrumento, es decir, sobre si tal o cual acuerdo es o no un tratado. Esto sucede porque los Estados muchas veces recurren a instrumentos de naturaleza jurídica ambigua como “memorándum de entendimiento” o “acuerdos interinstitucionales”, para no pasarlos por el control constitucional interno o porque su contenido es considerado como “confidencial” —lo cual es considerado ilegal, pues el DI contemporáneo rechaza los tratados secretos—.

En realidad, no consideramos que esta incertidumbre se deba al marco jurídico de los tratados, considerando la definición que de tratado hace la CVDT, refiriéndola textualmente a “...cualquiera que sea su denominación particular”. Lo cual nos lleva a considerar que esta incertidumbre se refiere al derecho interno y a su contenido, más que a la forma del acuerdo en cuestión.

La segunda incertidumbre parte de considerar que “es sorprendentemente difícil saber si un tratado está en vigor para un Estado en particular”,<sup>78</sup> refiriéndose Wood al caso de la sucesión de los tratados en el tiempo. Esto es cierto, sobre todo en momentos en que es posible la existencia de una maraña de tratados que puedan estar en vigor al mismo tiempo, como es el caso de los tratados que la doctrina denomina *noodle bowl* y que describe las decenas de tratados de libre comercio que se tienen celebrados en la Cuenca del Pacífico. Aquí hay que hacer un verdadero ejercicio de disección para saber cuáles son las obligaciones para cada uno de los Estados que son parte de varios tratados al mismo tiempo.

La tercera incertidumbre establece que “la fecha de entrada en vigor puede también llevar a confusión” y se refiere a que los no expertos en DI no distinguen entre firma, ratificación y entrada en vigor de un tratado internacional. Esta no es una situación privativa del derecho de los tratados, esta incertidumbre puede suceder en cualquier campo del conocimiento. El conocimiento

---

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 211.

jurídico es tan específico que en muchos casos no es tan accesible para los no expertos.

La cuarta incertidumbre parte de la premisa de que los artículos 18 (obligación de no frustrar el objeto y fin de un tratado antes de su entrada en vigor) y 25 (aplicación provisional de los tratados) de Viena 69, pueden generar incertidumbre; sin embargo, aunque esto podría suceder, habría que ver el caso concreto.

La quinta se refiere a necesidad de identificar el texto de un tratado, cuando hay un título, el preámbulo, artículos, anexos, que pueden ser más de un documento; situación que se agrava cuando los tratados están en varios idiomas, como es el caso de del tratado de la Unión Europea que está en 23 idiomas y cada uno de ellos se considera auténtico. Aquí opinamos que esto debe resolverse por los expertos.

La sexta incertidumbre señala que la multitud de reservas que los estados interponen hace confuso e incierto identificar sus obligaciones; por tal razón, la CDI adoptó en el año de 2011 la Guía de la Práctica sobre la Reserva a los Tratados, que puede amortiguar este defecto.

## II. EL DERECHO CONSUECUDINARIO INTERNACIONAL

Si bien no hay duda de que la costumbre internacional es una fuente actual e imprescindible del DI, también es cierto que es una de las fuentes más cuestionadas por la doctrina. Esto se debe a varias razones, entre otras, a su forma no escrita y al auge que ha cobrado el derecho convencional, sobre todo en el siglo XX. Trataremos de dar una visión desde sus orígenes, sus características y los principales cuestionamientos de la doctrina. Aunque estos cuestionamientos son fuertes, no creemos que desaparezca, pues no existe una institución que pueda llenar los espacios normativos que llena la costumbre; sin embargo, consideramos que debe readecuarse a las condiciones actuales.

### 1. *La evolución del derecho consuetudinario internacional*

Para entender en su justa dimensión la costumbre internacional es útil explorar sus orígenes. Hasta principios del siglo XX, el DI en muchas áreas de preocupación fundamental de los Estados se consideraba, o era, *lex non scripta*. El contenido de la normatividad se determinaba por medio de la inducción y de la razón. Sólo las leyes de guerra y de neutralidad contaban con una suficiente codificación.

Ahora bien, ¿desde cuándo se toma a la costumbre como fuente de DI? En la antigüedad ya se hablaba de la costumbre, Aristóteles mencionaba que la costumbre tenía dos caras: *ethos* y *nomos*, y cada una de ellas tiene un concepto semántico. *Ethos*, como habito consuetudinario, ve hacia la naturaleza y las pasiones subracionales; en cambio *nomos*, como una convención consuetudinaria, ve hacia el derecho y la razón.

Aristóteles frecuentemente usaba el término *ethos* para describir no solo la costumbre de los hombres, sino también los hábitos de los animales.<sup>79</sup>

Por su parte, Francisco Suárez (1548-1617) considera que la costumbre es un signo de la voluntad del legislador; como también lo es de la ley estadual; la diferencia entre una y otra es que un Estatuto se manifiesta en palabras, mientras que la costumbre se manifiesta en hechos, pero en esencia no hay diferencia entre ellos.

En algo parecido al actual concepto de la costumbre internacional, Suárez dice que hay dos aspectos del consentimiento del derecho consuetudinario: el consentimiento material al contenido de la costumbre y el consentimiento legal a la aplicación legal de la costumbre.<sup>80</sup> Suárez parece anticipar el elemento de la costumbre, la *opinio iuris sive necessitatis*, cuando afirma que aunque una costumbre dure 1000 años no tiene fuerza legal, a

---

<sup>79</sup> Murphy, James B., *The Philosophy of Customary Law*, Oxford University Press, 2014, p. 6.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 49.

menos que quien lo practica lo haga con la intención de crear una ley obligatoria.<sup>81</sup>

Jeremy Bentham, por su parte, considera que la doctrina de la costumbre es una entidad ficticia, tal como la doctrina del contacto social, o de un consentimiento tácito, derecho común, sociedad, humanidad, naturaleza, etcétera. Son entidades ficticias.<sup>82</sup>

Desde los autores clásicos, fundadores del derecho de gentes, ya se toma a la práctica como una fuente de lo que se puede entender como jurídico. Si analizamos la obra de uno de los fundadores indiscutibles del DI, Hugo de Groot, o Hugo Grocio como se le conoce en lengua española, podemos constatar esta aseveración. En efecto, la doctrina de DI ya ha hecho un ejercicio de análisis sobre las fuentes en que se basaba el pensador holandés. Por ejemplo, David J. Bederman,<sup>83</sup> quien analiza la obra *De iure belli ac pacis*, encuentra que Grocio, para evidenciar la práctica y la costumbre de los Estados antiguos, citaba a prominentes historiadores, juristas, filósofos y poetas griegos y romanos. En la selección de sus fuentes, fue “eclectico y difuso”, según Bederman.

El recurso de Grocio a los clásicos romanos es muy evidente en su obra *De iure belli ac pacis*, en donde incluye citas a Cicerón, Séneca, Tácito, Platón y Plutarco,<sup>84</sup> entre otros. De los cuales, Cicerón era uno de sus autores más citados; el título *De iure belli ac pacis* fue tomado de su trabajo sobre *ius gentium*.

---

<sup>81</sup> *Ibidem*, pp. 55 y 56.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 62.

<sup>83</sup> Bederman, David J., “Reception of the Classical Tradition in International Law: Grotius’ *De iure belli ac pacis*”, *Emory International Law Review*, 1996, comentada el 25 de abril de 2001, disponible en: <http://www.law.emory.edu/EILR/volumes/spring96/bedelman.html>; Feenstra, Robert, “Quelques remarques sur les sources utilisées par Grotius dans ses travaux de droit naturel”, *The World of Hugo Grotius (1583-1645)*, en el coloquio internacional Grotius Committee of the Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, Rotterdam, Holland University Press, 1984, pp. 65-81.

<sup>84</sup> Grotius, Hugo, *O direito da guerra e da paz (De iure belli ac pacis)*, Introducción de António Manuel Hespanha, 2a. ed., Brasil, vols. I y II, 2005.

Grocio, asimismo, distinguía entre el *jus naturale* y el *jus gentium* que era el derecho consuetudinario de las naciones (también denominado *jus voluntarium*).<sup>85</sup>

De acuerdo con las concepciones del derecho natural predominantes en la época en que escribía Hugo Grocio, las reglas jurídicas que regulaban las relaciones de los Estados debían tener dos características fundamentales:

- ser universales y
- basarse en una correcta razón.

Para probar el primer elemento, Grocio se basó en textos latinos y griegos de la antigüedad, donde encontraba los datos históricos de por lo menos cinco centurias de relaciones estatales; después creó una “razón auto-mantenida”, “razón artificial” del DI que pudiera hacer un puente entre el derecho moral (derecho natural) y la práctica de los Estados (la costumbre). Es interesante notar que el elemento de carácter psicológico no existía —a menos que la correcta razón posteriormente sea considerada como el elemento psicológico—, fue una construcción teórica para fundamentar la autoridad del DI. Pero, ¿por qué Grocio se inclina por el elemento de la correcta razón? Quizá la respuesta a esta pregunta está también en la utilización, por parte de Grocio, del pensamiento de los autores españoles del siglo XVI (Vittoria, Suárez y Fernando Vázquez de Menchaca, entre otros).

Posteriormente, los positivistas también aceptaron el elemento de la “correcta razón”, pero en la idea de *opinio iuris*. Es curioso notar que esta expresión latina no se encuentra en el derecho romano clásico, su origen es reciente, aparece en el DI contemporáneo<sup>86</sup>. Aquí hay que tomar en cuenta que en sus

<sup>85</sup> Murphy, John F., *The Evolving Dimensions of International Law. Hard Choices for the World Community*, Cambridge University Press, 2010, p. 13.

<sup>86</sup> Guggenheim, P., “L’origine de la notion de l’*opinio iuris sive necessitatis* comme deuxième élément de la coutume dans l’histoire du droit des gens”, *Hommage d’une génération de juristes au Président Basdevant*, 1960, p. 258.

orígenes, en el proyecto preparado para la CPJI, predominaba la influencia de la *historical school of legal theory*, no precisamente una escuela de DI, que postulaba que “el derecho y particularmente la costumbre jurídica, era una emanación de la *Volksggeist* (espíritu nacional) y de la incorporación de la “conciencia jurídica” —que es una posible interpretación de la frase de la *opinio iuris sive necessitatis*—. Estas teorías de una dudosa validez en el ámbito doméstico, y más aún en el internacional, al principio fueron rechazadas, pero el lenguaje mantiene sucias las aguas del derecho internacional”.<sup>87</sup>

Ya en los albores del siglo XX, estos dos elementos obtienen carta de naturalización en los tratados internacionales. Quizá cuando el mundo era pequeño, es decir cuando el DI se aplicaba sólo a los Estados europeos, estos dos elementos de la costumbre eran fácilmente mesurables.

## 2. La costumbre según el artículo 38-1

La expresión contenida en el artículo 38-1, “La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”, no es muy afortunada; sin embargo, ha sido el punto de partida de la construcción teórica del concepto de costumbre internacional. Desde los principios del siglo XX hasta nuestros días, mucho se ha abordado en la doctrina sobre la costumbre y se seguirá haciendo.<sup>88</sup> En principio, ha quedado claro que la costumbre no es la prueba de la práctica, sino a través de ella la práctica prueba la costumbre.

---

<sup>87</sup> Mendelson, M. H. y Mullerson, Rein, *Committee of Formation of Customary (General) International Law (Final Report)*, The International Law Association, Report of the Sixty-Ninth Conference, Londres, 2000, p. 743.

<sup>88</sup> Abello-Galvis, Ricardo, “La costumbre como fuente del derecho internacional: una caja de Pandora imposible de cerrar”, en Abello-Galvis, Ricardo (ed.), *Derecho internacional: varias visiones, un maestro. Liber amicorum en Homenaje a Marco Gerardo Monroy Cabra*, Colombia, Universidad del Rosario, 2015, pp. 3-28.

La teoría también maneja que la costumbre contiene dos elementos: una práctica general y consistente (*inveterata consuetudo*), que sería el elemento material, y un elemento psicológico que consiste en considerar que esa práctica es jurídicamente obligatoria, lo que se conoce como la *opinio iuris sive necessitatis* o simplemente conocida como *opinio iuris*. La jurisprudencia internacional ha reconocido la existencia de estos dos elementos que ya son indiscutibles dentro de la doctrina de DI.

En el caso paradigmático de la Plataforma Continental del Mar del Norte —citando el Caso Lotus y refiriéndose a la afirmación de Dinamarca y Holanda, referente a que ciertos acuerdos sobre delimitaciones por un no miembro de la Convención de Ginebra sobre la plataforma continental de 1958, evidenciaron la existencia de una nueva regla de derecho consuetudinario relativo a delimitaciones—, la CIJ describió lo que se entiende como elementos subjetivo y objetivo.<sup>89</sup>

La costumbre internacional es una de las fuentes más antiguas del DI, y no hay duda de que en el siglo XX la doctrina sobre el tema ha experimentado un desarrollo muy significativo, tratando de entender y dar una respuesta a la serie de interrogantes que la práctica de los sujetos —fundamentalmente de los Estados— ha planteado y que la CIJ ha recogido en sus decisiones. Entre otras, la doctrina ha tratado de dar una respuesta a las siguientes preguntas:

---

<sup>89</sup> “No sólo los actos en cuestión deben ser una práctica establecida, o llevarse a cabo de una manera holandesa, como prueba de la creencia de que esta práctica es obligatoria por la existencia de una regla que lo requiera. La necesidad de tal creencia, esto es, la existencia de un elemento subjetivo (énfasis añadido), está implícita en la noción misma de *iuris sive necessitatis*. Los Estados interesados deben, por lo tanto, sentir que están conformes con lo que asciende a una obligación internacional. La frecuencia, o incluso el carácter habitual de los actos, no es en sí mismo suficiente. Hay muchos actos internacionales, por ejemplo, en el ámbito ceremonial y de protocolo, que se realizan casi invariablemente, pero que son motivados sólo por consideraciones de cortesía, conveniencia o tradición, y no por ningún sentido de un deber legal” (traducción de Mónica Nuño), ICJ Report, 1969, pp. 3-44, párrafo 77.

- ¿Puede existir costumbre sin práctica suficiente (costumbre instantánea)?
- ¿Cómo se prueba la práctica?
- ¿Cómo se prueba la *opinio iuris*?
- En caso de litigio, ¿quién tiene la carga de la prueba para probar la costumbre?
- ¿Qué tan general debe ser la práctica (existe costumbre local)?
- ¿Cuál es el origen del *ius cogens*?
- ¿Cuál es la relación entre tratado y costumbre internacional?
- ¿Cómo funciona el OP; pueden existir varios Objetores Persistentes (OPs)?
- ¿Cuándo un acto contrario se considera un inicio de costumbre internacional?

### 3. ¿Puede existir costumbre sin práctica? La *opinio iuris*

Los dos elementos de la costumbre están íntimamente ligados de tal manera que podemos ver que la CIJ habla de práctica como una evidencia de la existencia de la *opinio iuris*,<sup>90</sup> es por eso que algunos autores consideran que lo más importante es el elemento psicológico. Sin embargo, al ser un elemento de carácter psicológico, la *opinio iuris* es difícil de probar, aunque la jurisprudencia ha insistido que es necesaria. En efecto, la CIJ ha reconocido que la práctica de los Estados sin la *opinio iuris* no crea la costumbre internacional. En el caso Asilo,<sup>91</sup> la CIJ reconoce la práctica de Colombia, pero no encuentra la *opinio iuris*.<sup>92</sup>

---

<sup>90</sup> Thirlway, Hugh, “The Sources of International Law”, en Evans, Malcolm D. (ed.), *op. cit.*, p. 126.

<sup>91</sup> Colombia vs. Perú, ICJ Report, 1950, p. 266.

<sup>92</sup> “...el gobierno colombiano ha referido un largo número de casos en los cuales, en efecto, el asilo diplomático fue otorgado y respetado, pero no ha mostrado que la supuesta regla de calificación unilateral y definitiva fue invocada o... que fue, aparte de estipulaciones convencionales, ejercida por los Estados

Es decir, aparte de una práctica, la CIJ exige que el Estado reclame que eso es un derecho o que es un deber jurídico. Sin embargo, la práctica, tal como se expresa, también puede estar haciendo una expresión de *opinio iuris*; por ejemplo, en las decisiones de los tribunales internos.<sup>93</sup>

Esta tendencia de la CIJ de incluir en la práctica, como un elemento lógico a la *opinio iuris*, no es nueva, también lo nota la doctrina en otros casos. Es una postura de la CIJ que juega con los dos elementos, dándole a veces más importancia a la práctica como sobre entendiendo la *opinio iuris*, o bien, a ésta como un elemento fuerte que no requiere una práctica prolongada.<sup>94</sup>

Precisamente cuando prevalece en la formación de la costumbre la *opinio iuris*, es decir, la formación de una norma consuetudinaria, sin que importe la duración de la práctica, aparece la figura de la “costumbre instantánea”.

La “costumbre instantánea” es una postura que apareció en la doctrina en la década de los sesenta, cuando se planteó la existencia de una norma consuetudinaria sin una práctica suficiente. El caso se ejemplificaba con las resoluciones de la AG sobre las reglas que regulan el espacio cósmico, que se formaron

---

que otorgan el asilo como un derecho que les pertenece y respetado por el Estado territorial, como un deber que les incumbe y no meramente por razones de utilidad política...”.

<sup>93</sup> Esa misma idea se expresó en el caso Anglo-Norwegian Fisheries, cuando el juez Read, al referirse a la práctica estatal, dijo: “Ésta no se puede establecer mediante la cita de casos donde un estado costanero ha hecho amplias demandas, sin haberlas hecho valer por medio de la real afirmación de soberanía sobre el paso de barcos extranjeros. Dichas demandas pueden ser importantes como punto de partida, que si no han sido rechazadas por el acto de otro Estado, pueden madurar en un título histórico en el curso del tiempo. La única evidencia conveniente de una práctica estatal se encuentra en la captura, en donde el Estado costanero afirma su soberanía sobre las aguas por la vía de arrestar un barco extranjero y manteniendo su posición en el curso de negociaciones diplomáticas y el arbitraje internacional”, ICJ Report, 1951, p. 191.

<sup>94</sup> Kirgis, Frederic Jr., “Custom on a Sliding Scale”, *The American Journal of International Law*, vol. 8, núm. 1, enero de 1987, p. 149.

en muy poco tiempo, sin una práctica prolongada, en costumbre internacional.<sup>95</sup>

Esta postura ha permitido considerar y postular que la *opinio iuris* es una fuente autónoma de DI<sup>96</sup> y también que las resoluciones de los OIs llegan a ser obligatorias a través de la costumbre internacional vía la *opinio iuris*. El problema con esta postura es que desvía la atención sobre el surgimiento de otros fenómenos normativos, como pueden ser las resoluciones de los organismos internacionales en algunos casos específicos, cuando existe una *opinio iuris* clara e indudable.

La fórmula propuesta por el artículo 38-1 es bastante vaga, no menciona cuánto tiempo se requiere. Además, no podemos pasar por alto el hecho de que la revolución en las comunicaciones ha impactado la expresión de la voluntad de los Estados: ahora es inmediata y su divulgación muy amplia.

Por lo que respecta a la jurisprudencia internacional, su posición es que la práctica no necesariamente debe ser larga en tiempo; al parecer el elemento de la *opinio iuris* es muy importante, como puede observarse en el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte.<sup>97</sup>

El requisito de la *opinio iuris* es fundamental para diferenciar la práctica que lleva a la costumbre, de la que son meros actos internacionales que están motivados por consideraciones de cor-

---

<sup>95</sup> Cheng, Bin, “United Nations Resolutions on Outer Space: «Instant» Customary Law?”, *Indian Journal of International Law*, vol. 5, 1965, p. 23.

<sup>96</sup> Piza Escalante, *op. cit.*

<sup>97</sup> “Por lo que se refiere al elemento del tiempo, aunque el paso de tan sólo un corto periodo de tiempo no es necesario, o en sí mismo, un obstáculo para la formación de una nueva norma de derecho consuetudinario internacional sobre la base de que era originalmente una norma puramente convencional, la práctica de los Estados, incluida la de los Estados cuyo interés está especialmente afectado, debería haber sido extensiva y virtualmente uniforme en el sentido de la disposición invocada, y además, debería haberse producido en tales circunstancias como para demostrar un reconocimiento general de que se trata de una norma jurídica o de una obligación jurídica” (traducción de Mónica Nuño), ICJ Report, 1969, p. 3.

tesía, conveniencia o tradición, pero en donde no se encuentra un sentido del deber de cumplir una norma jurídica.

De cualquier forma, no deja de percibirse que la *opinio iuris*, al ser un elemento de carácter psicológico, es difícil de medir. Por ejemplo, el juez Tanaka, en su opinión disidente en el caso Mar del Norte, postula que la *opinio iuris* va conjuntamente con la práctica; mientras que el juez M. Lachs, en el mismo caso, afirma que el tratado es una guía con mucha autoridad “para la práctica de los Estados que se enfrentan con nuevos problemas relevantes, y así sus provisiones llegan a ser el núcleo alrededor del cual un nuevo grupo de reglas legales generalmente reconocidas pueden cristalizar”.

#### 4. ¿Cómo se prueba la práctica?

La práctica estatal toma diferentes formas, dependiendo del área de DI de que se trate. Por ejemplo, en el caso del DI de los derechos humanos y del derecho humanitario internacional, en donde el individuo está en el centro en relación con el Estado.<sup>98</sup> En tono irónico, algunos proponen que, dado que la tortura es una práctica generalizada, debe ser una parte del derecho consuetudinario; afirmación que es totalmente una aberración, simplemente porque la prohibición es una norma de *ius cogens*. También debe tomarse en consideración que cuando hablamos de práctica estamos hablando de casi doscientos Estados y de múltiples OIs, tanto de carácter universal, como regional; con la situación de que algunos Estados publican su práctica en anuarios o revistas especializadas en DI, pero otros no.

La doctrina<sup>99</sup> ha descubierto una serie de características que debe tener el elemento objetivo para poder ser considerado como tal. Entre esos elementos se menciona que:

<sup>98</sup> Wood, Michael, “What is Public International Law?...” , *cit.*, p. 213.

<sup>99</sup> Ver, por ejemplo, Mendelson, M. H. y Mullerson, Rein, *op. cit.*, pp. 711-777.

- Los actos verbales y no solamente los físicos cuentan como parte de la práctica estatal; además, esos actos deben de ser públicos y, en circunstancias especiales, las omisiones pueden contar como una forma de práctica de los Estados.
- Los actos de los individuos, las corporaciones, etcétera, no cuentan como parte de la práctica estatal, a menos que se realice en nombre del Estado o que sea adoptada o ratificada por él.
- Las actividades de las entidades gubernamentales dentro del Estado que no gocen de una personalidad legal internacional no constituyen una práctica estatal, a menos de que tal actividad se realice en representación del Estado o que sea ratificada por éste.
- La práctica de los órganos de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial de los Estados se considera, de acuerdo con las circunstancias, como parte de la práctica de los Estados.
- Las decisiones de los tribunales o cortes internacionales no son consideradas como una parte de la práctica de los Estados, aun cuando dichos órganos jurisdiccionales deriven de la autoridad estatal. La práctica de las organizaciones en el área de su competencia es una forma de “práctica estatal”.

Tanto la doctrina<sup>100</sup> como la CDI<sup>101</sup> en forma concreta, han enumerado las formas que puede tomar la práctica de los Estados, es decir, la evidencia de la práctica se prueba con una serie de elementos, tales como:

- Correspondencia diplomática.
- Comunicados sobre la práctica del gobierno.

---

<sup>100</sup> Brownlie, Ian, *op. cit.*, p. 6.

<sup>101</sup> Naciones Unidas, *Yearbook of the International Law Commission, 1950*, Nueva York, 1957, t. II, pp. 368-372.

- Comunicados de prensa.
- Las opiniones de los consejeros legales oficiales.
- Los manuales oficiales sobre cuestiones legales (por ejemplo, los manuales de derecho militar).
- Los comentarios hechos por el gobierno respecto de los proyectos elaborados por la CDI.
- La legislación estatal.
- Las decisiones judiciales, tanto nacionales como internacionales.
- Tratados.
- La práctica de las organizaciones internacionales.

La idea es evidenciar la expresión de la *opinio iuris* del Estado o del sujeto de DI, que como sabemos son construcciones ideales que solo tienen existencia a través de las expresiones de las personas físicas que ocupan un cargo público. Entonces, sólo son válidas las expresiones hechas en los límites de las competencias que el derecho interno y el DI otorgan a cada una de esas personas físicas. Fuera de esa competencia, las personas físicas actúan *ultra vires*.

##### 5. *La práctica debe de ser uniforme y consistente*

La doctrina, siguiendo a la jurisprudencia, reconoce que la práctica debe ser uniforme y consistente, aunque toca al juzgador decidir si estos elementos se dan en el caso concreto que se presenta; por ejemplo, en el caso del Asilo,<sup>102</sup> la CIJ estableció que para invocar un derecho consuetudinario la parte que lo haga debe probar que la práctica es constante y uniforme y que, en consecuencia, no existe incertidumbre y contradicción; es decir, las fluctuaciones y discrepancias son obstáculos para considerar que existe tal costumbre. Parece que estamos hablando de

---

<sup>102</sup> ICJ Report, 1950, pp. 276 y 277.

una práctica prolongada ya que, en caso contrario, no podríamos medir estos requisitos. Pero entonces, ¿qué pasa con la costumbre instantánea?<sup>103</sup>

Como vemos en el caso Asilo, la incertidumbre, la contradicción, la fluctuación y la discrepancia en el ejercicio de los usos internacionales de un Estado, impiden la creación de las normas consuetudinarias, o hacen muy complicada la creación de una norma consuetudinaria.

#### 6. *¿Quién tiene la carga de la prueba y cómo se cambia de costumbre?*

Contrario al principio de derecho interno de que “el derecho no se prueba”, en el caso de la costumbre internacional la carga de la prueba la lleva quien invoca la costumbre internacional, como puede verse en el caso Lotus, en el cual la CPJI, al referirse a una costumbre local invocada por el actor, afirmó que “el proponente debe de probar que esa costumbre está establecida de tal manera que ha llegado a ser obligatoria para la otra parte”.<sup>104</sup>

---

<sup>103</sup> “La parte que se apoya en la costumbre... debe ser probar que esta costumbre está establecida de una manera holandesa, que ha llegado a ser obligatoria para la otra parte, que la regla invocada... este de acuerdo con un uso constante y uniforme practicado por los Estados en cuestión y que éste no es la expresión de un derecho que pertenece a los Estados que garantizan el asilo y una obligación que incumbe al Estado territorial. Esto se deriva del artículo 38 del Estatuto de la Corte que se refiere a la costumbre internacional «como una evidencia de una práctica general aceptada como derecho».

“Los hechos traídos ante la Corte para su conocimiento manifiestan tanta incertidumbre y contradicción, tanta fluctuación y discrepancia en el ejercicio del asilo diplomático y en las opiniones oficiales, en diferentes ocasiones; ha habido mucha inconsistencia en la sucesión rápida de las convenciones sobre asilo ratificados por algunos Estados y rechazados por otros, y la práctica ha sido muy influenciada por consideraciones de convivencia política en varios casos, que no es posible discernir en todos ellos cualquier uso constante y uniforme, aceptado como derecho” (traducción del autor).

<sup>104</sup> Permanent Court of International Justice, Serie A, núm. 10, p. 18.

Esto nos lleva al cambio de costumbre ya que, cuando un número substancial de sujetos se aparta de la práctica general y ésta es acompañada por la aquiescencia, entonces nacerá una nueva regla de derecho. Nuevamente, aquí la cuestión de la cantidad no está claramente determinada.

¿La práctica contraria de un Estado o grupo de Estados constituye una violación a la misma norma, o bien, constituye el nacimiento de otra norma? Este caso ya se ha discutido en la doctrina de DI, cuando varios académicos sostienen que el principio de no intervención no es ya una norma consuetudinaria de DI. Lo cual es una falacia pues una nueva costumbre no puede nacer de la violación de un principio de DI porque es parte del orden público internacional.<sup>105</sup> Al respecto, la CIJ, en el caso Nicaragua, ante el alegato de que el principio de no intervención había sido cambiado, estableció que no era cierto que hubiera un nuevo derecho de intervención ya que este principio está relacionado con el principio de no uso de la fuerza en las relaciones internacionales.<sup>106</sup> Sin embargo, aún se mantiene incierto el momento cuando nace una nueva costumbre internacional.<sup>107</sup>

### 7. ¿Qué tan general debe ser la práctica? (¿existe costumbre local?)

Cuando se habla de una práctica generalmente aceptada como derecho, no quiere decir que se requiera, para la forma-

---

<sup>105</sup> Véase el orden público internacional en Becerra Ramírez, Manuel, *El control de la aplicación del derecho internacional. En el marco del estado de derecho*, México, UNAM, 2013, pp. 30-38.

<sup>106</sup> “209. Por lo tanto, la Corte considera que tal derecho general de intervención, en apoyo de oposición dentro de otro Estado, no existe en el derecho internacional contemporáneo. La Corte concluye que los actos que constituyan una violación del principio consuetudinario de no intervención constituirían también (si directa o indirectamente implican el uso de la fuerza) una violación del principio de no uso de la fuerza en las relaciones internacionales” (traducción de Monica Nuño), ICJ, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*.

<sup>107</sup> Brownlie, Ian, *op. cit.*, p. 16.

ción de la costumbre, la práctica de cada uno de los Estados del mundo; sólo es necesario que sea ampliamente practicada y que sea consistente. Esto trae a colación fenómenos como la posibilidad de una costumbre local y aun bilateral. Como se ve en los casos *Asylum, US Nationals in Morocco* (ICJ Reports, 1952, pp. 199-200) y *Righ of Passage over Indian Territory* (ICJ Reports, 1960, pp. 6 al 39-43), sí es posible reconocer una costumbre local e, inclusive, una costumbre bilateral.

Aún más, se reconoce que la costumbre local puede ser supletoria o derogar la costumbre general; por ejemplo, el jurista soviético G. I. Tunkin, identificaba el DI socialista como una especie de DI local que “reemplaza al derecho internacional general contemporáneo, en la relación entre los países socialistas”.<sup>108</sup>

### 8. *El objetor persistente*

La posibilidad de un OP es permitido como una vía para no verse obligado por la normatividad consuetudinaria. En otras palabras, el DI permite un derecho a la rebeldía. En efecto, la existencia de un OP está permitida en la práctica internacional, como se puede ver en la jurisprudencia; por ejemplo, en el caso *Fisheries* la defensa de Noruega fue que cierta reglas del DI general no le eran aplicables a este país, en virtud de que Noruega “consistente e indudablemente había manifestado su negativa a aceptarlas”.<sup>109</sup>

No es claro en la doctrina, sin embargo, cuántos OPs puede aceptar la práctica para seguir siendo considerada como derecho.

La figura del OP es un elemento útil para prevenir la dictadura de la mayoría. En este caso, algunos Estados legalmente evaden las mayorías por considerar que su normatividad interna o sus intereses como Estado se ven comprometidos. También es

---

<sup>108</sup> Tunkin, G. I., *Theory of International Law*, trad. al ingles de Butler, W. E., 1974, p. 444.

<sup>109</sup> ICJ Report, 1951, p. 116.

útil como un medio para que los Estados débiles no sean atropellados por la existencia de una costumbre ajena a sus intereses.

Pero el OP tiene sus limitaciones, como se ve en el caso de Sudáfrica, Estado que se consideraba objetor de la práctica del *apartheid* como un delito internacional de carácter consuetudinario. En este caso, era claro que Sudáfrica no se podía considerar como objetor, pues el delito de *apartheid* está en el dominio del *ius cogens*, una norma superior.

Sin embargo, hay que reconocer que el OP tiene una serie de recovecos que la doctrina no ha aclarado.<sup>110</sup> En efecto, se pueden identificar varios problemas que se derivan de la figura del OP y que la doctrina no ha abordado, por ejemplo: ¿cuántos OP pueden existir?; ¿qué pasa con un Estado de nueva creación que se encuentra con la costumbre ya creada, pero dicho Estado se declara OP?; ¿cuándo la violación de una norma consuetudinaria significa el cambio de costumbre; qué pasa con un OP frente a una norma de *ius cogens*? Independientemente de que en este último caso consideramos que prevalece el *ius cogens*, por ser parte de un orden público internacional, estimamos que la doctrina y, en dado caso la jurisprudencia, deberá abordar éstos casos concretos.

Por último y no por eso menos importante, tenemos el asunto del reconocimiento por los tribunales de la costumbre. En un trabajo minucioso de cómo actúa la CIJ, Stefan Talmon considera que la corte en su proceso de decidir sobre la existencia o no de la costumbre, aplica los métodos aristotélicos de la inducción (la inferencia de una regla general obtenida a partir de un modelo de actuación de una práctica estatal de instancias individuales, específicamente observables y de la *opinio iuris*). En otras palabras, la inducción es un proceso sistemático de observación que va de lo específico a lo general. “En cambio la deducción es un proceso que va de lo general a lo específico, es una inferencia, por

---

<sup>110</sup> Stein, Ted L., “The Approach of the Different Drummer: the Principle of the Persistent Objector in International Law”, en Koskeniemi, Martti (ed.), *op. cit.*, pp. 331-356.

la vía del razonamiento legal, de una regla específica o principio existente y generalmente aceptado [pero no necesariamente superior]”.<sup>111</sup>

En su análisis de las sentencias, Talmon descubrió que la CIJ utiliza tanto el método inductivo como el deductivo, en forma impredecible, subjetiva e inclinada a la creación del derecho. Pero la gran cuestión es que la CIJ no aporta elementos de prueba de la existencia de los componentes de la costumbre (objetivo y subjetivo); por lo que Talmon concluye que el método principal de la Corte no es la inducción ni la deducción, sino la declaración (*Assertion*). “En la gran mayoría de los casos, la Corte no ofrece algún razonamiento (inductivo o deductivo), sino que simplemente afirmó el derecho que se ajusta”.<sup>112</sup>

Por supuesto que Talmon no está pensando que una sentencia deba ser igual que un artículo académico, en donde todo se prueba; sin embargo, la CIJ no sólo ha afirmado que existe tal o cual norma consuetudinaria, sino que también ha negado la existencia de tales normas, “alegando que no hay una práctica estatal «uniforme y amplia» sin aportar ninguna prueba a su afirmación”.<sup>113</sup>

Como ejemplo, Talmon cita el caso del canal de Corfú, en el cual la Corte estableció el derecho de paso inocente de barcos de guerra a través de los estrechos internacionales, al establecer:

Es de la opinión de la Corte, generalmente reconocido y de acuerdo con la costumbre internacional que los Estados en tiempo de paz tienen un derecho a enviar sus barcos de guerra a través de los estrechos usados para la navegación internacional entre dos partes de alta mar, sin la autorización previa de un Estado costanero, en el entendido que el paso es inocente.

---

<sup>111</sup> Talmon, Stefan, “Determining Customary International Law: *The ICJ’s Methodology between Induction, Deduction and Assertion*”, *The European Journal of International Law*, vol. 26, núm. 2, p. 420.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 434

<sup>113</sup> Traducción del autor.

El asunto es que la CIJ, en este caso, no aporta ninguna evidencia de los Estados sobre la práctica y la *opinio iuris* y, lo que es más grave, es que la doctrina considera que no hay tal paso inocente para los barcos de guerra. Es evidente la trascendencia que tiene el hecho de probar la existencia de los elementos de la costumbre, de otra manera se convierte el juzgador en legislador internacional.

Las observaciones de Talmon también se pueden hacer respecto de otras sentencias de tribunales universales o regionales y nos hacen reflexionar que, al poner a la jurisprudencia en el centro, como muchos internacionalistas hacen en la enseñanza del DI sin una visión crítica y amplia, puede reproducirse esta debilidad. Además, nuevamente surge la cuestión sobre cuál es la fuente fundamental del DI, que al parecer no son los tratados y la costumbre, sino la aceptación expresa o tácita de lo que se postuló como derecho.

### 9. *Críticas de la doctrina a la costumbre internacional*

A la costumbre se le ve el problema de la falta de determinación de cuándo se cumplen los requisitos que exige la práctica y la *opinio iuris*. Esa indeterminación hace que sólo sea invocada cuando hay colisión de intereses, pero cuando no los hay, entonces queda al arbitrio del Estado invocarla o no. Por ejemplo, en materia de derechos humanos, cuando los interesados son los individuos por la protección de sus derechos, ¿el Estado puede o no cumplir con la aplicación de la costumbre o de facto la puede ignorar? Esto, desde el punto de vista técnico, ¿es el acto de un objeto o un incumplimiento?

Para contestar estas preguntas consideramos que existe un orden público internacional que es de cumplimiento forzoso, en el que se comprenden las normas de derechos humanos —derecho humanitario internacional y DPI—. En tal sentido, no es posible afirmar que la violación de una norma de derechos hu-

manos se considere el inicio de la creación de la costumbre en otra dirección o un acto de objetor que desligue al violador de la norma de su obligación internacional. En otras palabras, el orden público internacional lo impide.

Sin embargo, hay que observar que en un sistema descentralizado, como es el caso del DI, por la indeterminación y poca claridad de las normas de derecho consuetudinario, la tutela de su cumplimiento es complicado, sólo cuando los tribunales lo determinan o cuando los Estados o sujetos de DI lo deciden. Es por eso que la costumbre como institución jurídica tiene en la doctrina muchas críticas. Veamos algunas.

En la literatura de DI, el derecho consuetudinario ha sido sometido a una crítica profunda. Tal parece que después de ser la fuente más importante hasta el principio del siglo XX, la intensa codificación del DI que se produjo en este siglo ha hecho opacar a la costumbre como “reina” de las fuentes. Además, esa pérdida de importancia tiene que ver con la universalización de las relaciones internacionales y la emergencia de muchos Estados que antes estaban sometidos al dominio colonial y ahora hay que tomarlos en consideración al momento de evaluar el surgimiento de la costumbre, es decir, la comunidad internacional ya no es un club cerrado de “países civilizados”.

Pero las críticas van enderezadas a la falta de consistencia, de rigor en la prueba de los elementos de la costumbre. En algunos casos parece que la práctica es una manifestación automática de la *opinio iuris* (ver el caso Nicaragua), y en otros estrictamente se pide la prueba de la *opinio iuris* (véase el caso de Mar del Norte).

Esta crítica debe ser dirigida a los jueces que les falta consistencia o rigor en la apreciación del derecho consuetudinario y al diseño del DI. Por otra parte, recordemos que la jurisdicción internacional en general no cuenta con un sistema de revisión o de control de las sentencias de la CIJ, por lo que éstas sólo están sujetas al escrutinio de la doctrina.

Hay otras críticas, como la de John F. Murphy, que se dirigen a cuestiones fácticas. En el momento en que el número de

Estados que componen la comunidad internacional llega casi a 200 y que muchos de esos Estados se oponen al diseño hecho por occidente de las instituciones internacionales, es poco claro cómo se logra la práctica y la aquiescencia de la generalidad de los Estados.<sup>114</sup> Además, Murphy considera que hay acuerdo entre los operadores del Estado en asuntos internacionales y la doctrina sobre lo que es la práctica del Estado.<sup>115</sup>

Lo mismo sucede con el aspecto temporal de la costumbre: ¿cuánto tiempo debe durar la práctica?, y, en tal caso: ¿cómo sabemos si se habla de costumbre instantánea? Murphy nos aclara que aquí no hay una aceptación general de los Estados. Sin embargo —si queremos seguir en la misma línea crítica de Murphy—, le preguntaríamos: ¿y cómo sabe que no hay aceptación de los Estados? A fin de cuentas, en este caso, él sí toma en cuenta la aceptación de los Estados.

En el caso de la prueba, de la *opinio iuris*, también Murphy la cuestiona pues no encuentra muchas y claras evidencias de que la “vasta mayoría de los Estados han aceptado las normas como jurídicamente obligatorias” y, más aún, se apoya en Patrick Kelly, quien afirma “mucho del derecho internacional se anuncia en libros y artículos con poca participación de las naciones”... Mucho del Derecho Consuetudinario Internacional (DCI) es una ficción.<sup>116</sup>

---

<sup>114</sup> Murphy, John F., *op. cit.*, pp. 17 y 18.

<sup>115</sup> “...no hay acuerdo sobre lo que constituye la práctica de los Estados. Básicamente, la división está entre, por un lado, los Estados poderosos que definirían estrechamente la práctica de los Estados para incluir sólo los actos de los gobiernos y no simplemente los comunicados hechos por ellos, y por el otro lado, la posición de algunos académicos y Estados menos poderosos que incluirían como práctica estatal el enunciado normativo en los Proyectos de la Comisión de Derecho Internacional, las resoluciones no obligatorias de la Asamblea General y los considerandos que contienen instrumentos internacionales”, *ibidem*, p. 17.

<sup>116</sup> “La vasta mayoría de los Estados han aceptado la normas como una obligación legal”, y aún más, “mucho del derecho internacional se anuncia en libros y artículos con poca participación de las naciones... mucho del derecho

Además —sigue citando a Patrick Kelly—, “la teoría legal de la costumbre es incoherente e indefinida. No hay criterios definidos para la determinación de las normas consuetudinarias. La metodología de la costumbre internacional es tan maleable...”<sup>117</sup>

En esa misma corriente crítica están Goldsmith y Posner, quienes consideran a la costumbre como meramente “aspiracional”, pues no tiene una fuerza normativa independiente y tiene que ver poco con la actuación nacional.<sup>118</sup>

En general, las críticas anteriores están muy ligadas al funcionamiento de la costumbre y al DI como tal, son críticas fuertes y agudas; sin embargo, la propuesta de Kelly, por ejemplo, no es del todo adecuada, pues propone apoyarse en el derecho convencional y en el *soft law*, figura tan poco definida como la costumbre.

La desaparición de la costumbre, como propone Kelly, sin dar otra alternativa, produce un vacío legal, pues ni la figura del *soft law*, ni el derecho convencional pueden dar respuestas para la conformación de una hermenéutica jurídica; quizá se deba buscar la respuesta en otro lado. Por ejemplo, la labor de codificación de la misma costumbre, o bien, encontrar la obligación de los sujetos de DI en otro lado, que puede ser en la aceptación expresa o tácita.

## 10. La crítica de Andrew T. Guzman

Andrew Guzman es otro de los críticos, no sólo de la costumbre, sino del DI, y quien, al mismo tiempo, propone un nuevo modelo. Veamos los puntos críticos: él manifiesta la in-

---

consuetudinario internacional es una ficción” (traducción de Mónica Nuño), *ibidem*, p. 18.

<sup>117</sup> “La teoría jurídica consuetudinaria es incoherente e indefinida. No hay criterios definidos para determinar las normas consuetudinarias. La metodología de la costumbre internacional es tan maleable...” (traducción de Mónica Nuño), *ibidem*, p. 65.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 36.

certidumbre que existe en la práctica, el elemento objetivo de la costumbre: no es clara su extensión, ni su duración, ni qué es lo que debe tomarse en cuenta para medirla; además, considera que la *opinio iuris*, el elemento subjetivo, es “más un asunto teórico que un requisito de la práctica estatal”.<sup>119</sup>

Las críticas de Guzman no lo llevan a rechazar o desestimar al DI consuetudinario, sino más bien a replantearlo.<sup>120</sup> Guzman pone un gran énfasis en la “reputación”, en lo que él denomina “*reputational model*”; considera a la costumbre internacional simplemente como un punto de un espectro y la forma más débil del DI, aunque, a fin de cuentas, es parte de un marco general. De esta manera “en tanto el nivel de compromiso se incrementa, la reputación también aumenta y el compromiso llega a ser más creíble”.<sup>121</sup>

La postura de Guzman es interesante pues parte de críticas que son conocidas y que tocan la parte débil del sistema de derecho consuetudinario; sin embargo, si una de las críticas que se hacen es la vaguedad, ambigüedad, carencia de la frontera, para solucionarla Guzman propone a la reputación como salida, situación que parece un contrasentido porque la reputación es un elemento de carácter moral, de buenas costumbres, que es permutable y cuyo contenido es vago, porque es subjetivo.

---

<sup>119</sup> “No hay acuerdo en qué tanto la costumbre debe de extenderse a fin de satisfacer el requisito de la práctica; en efecto, aún más, no hay un consenso de qué cuenta para la práctica estatal. Entre los instrumentos que en algunas ocasiones son considerados como parte de la evidencia de la práctica estatal, son los tratados (tanto bilaterales como multilaterales), el derecho nacional y las declaraciones políticas de los Estados. También el requisito de duración de la práctica estatal es difícil de precisar. Y el mismo problema es a cuestión de la continuidad. El requisito de la *opinio iuris* es más un asunto teórico que un requisito de la práctica estatal”, Guzman, Andrew T., *op. cit.*, pp. 1874 y 1875.

<sup>120</sup> Habla de una nueva definición de CIL: “CIL consists of legal norms whose violations will harm a country’s reputation as norm-abiding state”, *ibidem*, p. 1876.

<sup>121</sup> “A medida que aumenta el nivel de compromiso del Estado, la reputación aumenta y el compromiso se vuelve más creíble” (traducción de Mónica Nuño), *ibidem*, p. 1876.

## 11. *Hacia la codificación de la costumbre*

Quizá una respuesta al cuestionamiento de la costumbre internacional sea su codificación y la adecuación de sus conceptos generales a la realidad contemporánea. La costumbre como concepto nace en una comunidad limitada (Europa) que no tiene que ver con la diversidad cultural y política de la actualidad, ni con el número de Estados que componen la comunidad internacional y sus diferencias y niveles de desarrollo. Además, la revolución tecnológica que, aparte de la comunicación, reduce distancias y tiempos, también incorpora a otros actores de las relaciones internacionales en la producción normativa.

Una solución que se puede dar a la incertidumbre de la costumbre internacional es la codificación de sus normas. Por supuesto que lo ideal es que derive de un tratado multilateral; sin embargo, sabemos que eso sería imposible aun tratándose de la codificación por áreas de la costumbre.

Este ejercicio de codificación sería como el realizado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). En el año de 1995, el Grupo Intergubernamental de Expertos para la Protección de las Víctimas de la Guerra, reunido en Ginebra, adoptó la recomendación que, entre otras, tenía la propuesta de invitar

...al CICR a elaborar, con asistencia de expertos en derecho internacional humanitario que representan a diversas regiones geográficas y distintos sistemas jurídicos, y en consulta con expertos de gobiernos y organizaciones internacionales, un informe sobre normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario aplicables en conflictos armados internacionales y de otra índole...<sup>122</sup>

---

<sup>122</sup> Henckaerts, Jean-Marie, “Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. VII, 2007, pp. 513-563.

La realización de tal informe, que constituye la codificación del derecho humanitario, duró 10 años. En el año de 2005, el CICR dio a conocer ese colosal trabajo que, si bien no es oficial ni derivó en un tratado, es un ejercicio cuyos resultados son un punto de partida para la identificación de las normas consuetudinarias de derecho humanitario internacional.

Otro punto que puede ser útil es un nuevo enfoque de la costumbre. Planteamos la revisión de la práctica para identificar el elemento actual que hace obligatoria a la costumbre. El concepto de DCI ha sido modificado en el transcurso de los siglos y no hay por qué seguir sosteniendo los conceptos de antaño, más cuando una revolución tecnológica ha impactado la producción jurídica.

Proponemos que sea la práctica el punto de partida para la identificación de las normas consuetudinarias. La práctica contiene el elemento de la *opinio iuris*, por lo que puede ser analizada en orientación e intensidad. Una práctica puede estar orientada a crear derechos y obligaciones, o no, y puede ser intensa, ser aceptada por muchos o pocos. La práctica también puede ser expresa o tácita.

## 12. *La relación entre costumbre y otras fuentes del derecho internacional*

Hay una relación estrecha entre la costumbre internacional y las demás fuentes tradicionales del DI. Tanto la teoría como la práctica jurídica internacionales encuentran una relación muy estrecha entre costumbre y tratados internacionales. Tan es así que el preámbulo de Viena 69 hace una referencia a esa relación: “Afirmando, que las normas de derecho internacional consuetudinario continuarán rigiendo las cuestiones no reguladas en las disposiciones de la presente Convención”.

Con estas líneas, Viena 69 cubre todos los aspectos de regulación de los tratados internacionales inter-estatales, hace una “regulación residual”, pues lo que no esté regulado expresamen-

te por dicha Convención se entiende regulado por el derecho consuetudinario. Así, asuntos no regulados por Viena 69, como todo lo relativo a la sucesión de Estados en materia de los tratados, la cuestión de la responsabilidad derivada de los tratados, los efectos en los tratados de las medidas de represión tomadas contra un Estado agresor,<sup>123</sup> etcétera, se cubren por la costumbre internacional en caso de que no exista derecho convencional aplicable. Y aún más, la costumbre internacional sobre tratados, que se mantiene vigorosa, se aplica a los Estados no miembros de Viena 69.

En algunos casos, hay una coexistencia entre el derecho consuetudinario y el convencional como lo reconoce la CIJ en el caso Nicaragua, cuando afirmó: “Por lo tanto será claro que el derecho consuetudinario internacional continua existiendo y aplicándose, separadamente del derecho convencional aun cuando ambas categorías del derecho tengan un contenido idéntico”.<sup>124</sup>

Tampoco hay que olvidar que muchas de las normas consuetudinarias se ven incluidas en los tratados internacionales, en lo que se denomina una labor de codificación que con gran éxito realiza la CDI. La Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, la III CONVEMAR y Viena 69, son ejemplos elocuentes de este fenómeno. Por otra parte, los tratados internacionales, en virtud de varios elementos, tales como el número de miembros y la aceptación explícita de la normatividad, constituyen elementos muy fuertes para apoyar una norma de DIC. También un tratado que no esté en vigor puede ser una evidencia, muy fuerte de la *opinio iuris*.

---

<sup>123</sup> Corten, Olivier y Klein, Pierre (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties*, Oxford University Press, 2011, p. 11.

<sup>124</sup> ICJ, Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, “Por lo tanto, quedará claro que el derecho consuetudinario internacional continúa existiendo y aplicándose, independientemente del derecho internacional de los tratados, aun donde las categorías jurídicas tienen un contenido idéntico” (traducción de Mónica Nuño).

Además de esa relación costumbre-tratado, la doctrina encuentra otra relación con la jurisprudencia. Para algunos internacionalistas, como John Austin, la costumbre no existe hasta que la Corte lo declara;<sup>125</sup> y tiene razón, pues los sujetos de DI pueden declarar la existencia de tal o cual norma consuetudinaria, pero no es hasta que esa afirmación se tiene que probar ante los tribunales y estos dictan una sentencia en la que deciden si existe o no, cuando podemos afirmar que existe la costumbre. Es por esto que para algunos la costumbre es la materia prima de la jurisprudencia, aunque para Murphy la jurisprudencia es la fuente de la costumbre.<sup>126</sup>

En realidad, como sucede con los tratados, la costumbre tiene una relación recíproca con la jurisprudencia, si bien es materia prima para los tratados y la jurisprudencia; en forma circular, como vimos, la costumbre depende de su reconocimiento de dicha jurisprudencia.

### III. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

El origen de los PGD en el artículo 38-1 del ECIJ es de gran interés y, por supuesto, trascendencia. En sus orígenes, cuando se discutió el proyecto en el seno del Comité Asesor de Juristas (CAJ), en el año de 1920, se produjo una discusión entre dos culturas jurídicas contemporáneas, a saber, entre la cultura anglosajona y la cultura continental romano-germánica.<sup>127</sup>

Después de discutir sobre los tratados y la costumbre de acuerdo con los diferentes proyectos que se presentaron al CAJ, se propuso aplicar los *general principles of law* (proyecto presentado por Dinamarca, Noruega y Suiza); o los “principios generales del derecho y equidad” (proyecto alemán); *general principles of justice and equity* (proyecto suizo); y también *rules which, in the considered*

---

<sup>125</sup> Citado por Murphy, James B., *op. cit.*, p. 123.

<sup>126</sup> *Idem.*

<sup>127</sup> Harris, D. J., *op. cit.*, p. 49.

*opinion of the Court should be the rules of international law* (proyecto de Dinamarca, Noruega y Suecia).<sup>128</sup>

En esa línea, cuando se pusieron a discusión los PGD, el presidente del CAJ, Baron Descamps, propuso el siguiente texto: “The rules of international law as recognised by the legal conscience of civilized nations” o, como se propuso en su versión original en francés —las intervenciones o discusiones en el seno del CAJ eran en ese idioma, a excepción de la intervención de Elihu Root, que era en inglés—: “les regles de droit international telles que les reconnaît la conscience juridique de peuples civilisés”.

Sin embargo, el miembro estadounidense del comité, Elihu Root, expresó sus reservas sobre esta redacción, y afirmó: “no se puede entender el exacto significado de la cláusula 3”, y se preguntaba si era posible que los Estados sometieran sus controversias ante una Corte “la cual administraría no solamente la ley sino lo que juzgara como conciencia de los pueblos civilizados”.<sup>129</sup>

Además, se puso el acento en la diferencia del concepto de la palabra *conscience*, que en inglés y francés se escriben de la misma manera, pero tienen un significado diferente.<sup>130</sup> En consecuencia, la frase *la conscience juridique des peuples civilisés* que aparecía en la propuesta de Descamps, puede ser traducida al español como “el sentido común de todas la gentes civilizadas de que es jurídicamente correcto” —y en inglés como *the sense common to all civilized people of what is juridically right or wrong*—, o como la *opinio iuris*

---

<sup>128</sup> Esta parte histórica la tomamos de Cheng, Bin, *General Principles of Law...*, *cit.*, p. 7.

<sup>129</sup> *Idem.*

<sup>130</sup> La consciencia ha adquirido, en el uso actual del inglés principalmente, una connotación moral e introspectiva, en el sentido de lo que es moralmente correcto o incorrecto poseído por un individuo o un grupo en cuanto a cosas para las cuales el individuo por sí mismo, o el grupo colectivamente, son responsables. En Francia “conscience” denota también “el sentido de lo que es correcto o incorrecto”. Por ejemplo, los franceses hablan de “liberté de conscience” para “libertad de creencia”, distinguiendo así la “conscience religieuse” de la “conscience morale” (traducción de Monica Nuño), *ibidem*, p. 8.

*communis* de la humanidad civilizada —*the opinion juris communis of civilized mankind*—.

Finalmente, el texto que adoptó el CAJ fue el reformado por Lord Phillimore, elaborado conjuntamente con Root, a la propuesta de Descamps. Sin embargo, si se analiza en forma detallada, en realidad los puntos de vista de Lord Phillimore no fueron muy diferentes de los del Baron Descamps.<sup>131</sup> Ese fue el origen del presente artículo 38-1-c del ECIJ.<sup>132</sup>

Hubo una clara unanimidad en la idea de que el juez internacional debe tener la misma posición de un juez nacional; sin olvidar que hay diferencias entre la figura del juez en la cultura continental y el de la cultura anglosajona: en la continental, los jueces gozan de completa libertad dentro de sus límites, en cambio, en el sistema anglosajón el juez jura cumplir con la ley.<sup>133</sup>

La idea que prevaleció alrededor de los PGD era que el juez tuviera una reserva jurídica, aparte del derecho convencional y consuetudinario, a la cual acudir para dictar sus resoluciones. El juez no crea el derecho, no es legislador: esa fue una de sus claras conclusiones. Al parecer, se trataba de prever que la corte se encontrara con casos de *non liquet*,<sup>134</sup> es decir, que la corte no pudiera decidir en virtud de la existencia de un vacío en la ley. Se trataba de crear un sistema cerrado, hermético, en el que no hubiera posibilidad de no juzgar por carecer de la norma adecuada. Sin embargo, en contra de esta idea, la CIJ aplicó la doctrina de *non liquet* en el caso de *Armas Nucleares*.<sup>135</sup>

A pesar de una aparente claridad en la idea de los PGD, la expresión del artículo 38-1-c ha sido objeto de una polémica

---

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>133</sup> "...el juez hace un juramento para la justicia de acuerdo con la ley" (traducción de Mónica Nuño), *ibidem*, p. 16.

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>135</sup> Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la Legalidad de la Amenaza o el Empleo de Armas Nucleares (A751/218 de 19 de julio de 1996).

doctrinaria entre las corrientes del jusnaturalismo (Verdross) y los positivistas (Guggenheim, Tunkin, entre otros); además de que la expresión de “reconocidas por las naciones civilizadas” es poco afortunada y de que en este momento es totalmente ahistórica. Existe consenso en que el concepto de “naciones civilizadas” ya no tiene vigencia en momentos en que hay una universalización de las relaciones internacionales. Con la descolonización y la caída del bloque socialista han aparecido nuevos Estados, con una variedad muy grande en sus derechos internos. En consecuencia, lo único que hace este concepto de “nación civilizada” es mostrar las concepciones europeo-centristas de los autores del proyecto; además de constatar que el artículo 38-1 fue pensado para otro momento histórico.

La doctrina, en la búsqueda del origen de estos principios, reconoce que en la mayoría de ellos se encuentra en los *prima principia* del derecho romano; en el entendido de que el derecho romano fue codificado en el *corpus iuris* de Justiniano y reinterpretado por los glosadores, los post-glosadores y el derecho canónico, que fue codificado en el *corpus iuris canonici*

...se fusionaron en el *Ius Comune*, cuyo uso se generalizó en toda Europa. De esta manera las *prima principia* del derecho romano fueron “recluidos” en los derechos nacionales de los países europeos y, posteriormente, fueron reconocidos como fuente del derecho en la mayoría de sus códigos internos.<sup>136</sup>

Al igual que otras fuentes, el artículo 38-1-c nos presenta varios problemas teóricos, por ejemplo ¿cómo se reconocen y prueban los PGD de las naciones civilizadas? Al respecto, la doctrina ya se ha expresado sobre este aspecto: Waldock menciona que los sistemas del derecho romano, el *common law* y los sistemas germánicos, son a los que se refiere el artículo 38-1-c. Pero, aquí surge la pregunta: ¿los sistemas jurídicos islámicos, por ejemplo, no

---

<sup>136</sup> Petrova Georgieva, Virdzhiniya, *Los principios comunes a los tribunales internacionales*, tesis doctoral, México, UNAM, abril de 2015, pp. 139 y 140.

están contemplados? Lo que sí es cierto, y esta es una respuesta parcial, es que la CIJ tiene el mérito de tener como jueces a juristas sobresalientes de diferentes sistemas legales, que teóricamente conocen y son expertos de sus sistemas jurídicos; aunque se ha dado el caso de que la CIJ se compone de juristas de diferentes Estados con el común denominador de haberse preparado en la misma universidad de la Gran Bretaña.

Recordemos que en el seno del CAJ, Lord Phillimore, quien propuso la fórmula, explicó que por PGD él entendía “máximas de derecho” (*maxims of law*), “aceptadas por todas las naciones in foro doméstico”.

“La expresión de «reconocidos por las naciones civilizadas» se hizo con la intención de salvaguardar contra el subjetivismo y posible arbitrariedad por parte de los jueces”. Sin embargo, se debe de tomar en cuenta que la palabra “nación” originalmente fue usada en el sentido de “pueblo” en vez de “Estado”. Por lo tanto, el adjetivo calificativo de “civilizados”, fue necesario a fin de excluir la consideración de sistemas jurídicos de comunidades primitivas que todavía no fueran “civilizadas”.<sup>137</sup>

Ahora bien, ¿cuáles son esos PGD?, por supuesto, el artículo 38-1 no los señala, se entiende que los jueces los deben de descubrir; sin embargo, en los *travaux préparatoires* del artículo se mencionan los siguientes:<sup>138</sup>

- *Res iudicata*.
- La buena fe.

---

<sup>137</sup> “La cualificación «reconocida por las naciones civilizadas», fue diseñada para la salvaguarda en contra de la subjetividad y posibles arbitrariedades por parte del juez. Debe notarse, sin embargo, que la palabra nación fue usada originalmente en el sentido de «pueblo» en lugar de «Estado». El epíteto calificativo «civilizado» era, por lo tanto, necesario para excluir del sistema consideraciones del derecho de las comunidades primitivas que aún no estaban civilizadas” (traducción de Mónica Nuño), Cheng, Bin, *General Principles of Law...*, *cit.*, p. 25.

<sup>138</sup> También se recomienda el trabajo doctoral de Petrova Georgieva, Virzhiniya, *op. cit.*, pp. 455.

- Principios procesales.
- Lo que no está prohibido está permitido.
- La prohibición del abuso de los derechos.
- Bajo circunstancias especiales el más fuerte legalmente prevalece frente al más débil.<sup>139</sup>
- *Lex specialis generalibus derogat*.

En su excepcional trabajo sobre los PGD, Chen Bin hace una sistematización de los principios en 4 categorías, según se observa en la práctica.<sup>140</sup> Además, para una comprensión contemporánea de los PGD se puede tomar la definición que hace el jurista argentino Julio A. Barberis:

Los principios generales son una generalización de las normas jurídicas internas. Cada una de estas es despojada de sus elementos particulares. Se obtiene así, un conjunto de principios fundamentales que aparecen como constantes en un número considerable de legislaciones. Estos son precisamente los elementos universalizables que pasan a configurar el principio general en el orden jurídico internacional.<sup>141</sup>

No son esencialmente normas de DIP, son principios jurídicos al que los juzgadores recurren de una manera supletoria cuando la normatividad no es clara o tiene huecos que hay que llenar.

En la práctica de los tribunales internacionales, aunque no se ha recurrido en forma amplia a estos PGD, es necesario reconocer que lo han hecho aun antes de la existencia del artículo 38-1. De una revisión cuidadosa de la jurisprudencia podemos encontrar algunos de estos principios, por ejemplo, en el caso de *Chorzow Fac-*

---

<sup>139</sup> “Under special circumstances, the stronger takes rightful precedence over the weaker”, Cheng, Bin, *General Principles of Law...*, cit., p. 26.

<sup>140</sup> *Idem*.

<sup>141</sup> Barberis, Julio, A., “Los principios generales de derecho como fuente del derecho internacional”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 14, julio-diciembre de 1991, p. 32.

tory<sup>142</sup> la CPJI estableció que una parte no puede obtener ventajas de sus propios errores —*a party can not take advantage of its own wrong*— como un principio generalmente aceptado tanto en la jurisprudencia como en el derecho interno. Más adelante, en el mismo caso de *Chorzow Factory*, la CPJI estableció que “es una concepción general de derecho que cualquier violación de un compromiso implica una obligación de reparación”,<sup>143</sup> cuando se refiere a la reparación del daño. Aunque en realidad cuestionamos que la reparación del daño sea un PGD, pues más bien es una consecuencia lógica y necesaria del derecho, es parte de la estructura del DI.

En el caso del Canal de Corfú, al referirse a las evidencias circunstanciales, la CIJ dijo que “esta evidencia indirecta se admite en todos los sistemas de derecho y su uso es reconocido por las decisiones internacionales...”<sup>144</sup>

En realidad el recurso de la jurisdicción internacional ha sido muy amplio y comprende a la CIJ; a la Corte Europea de Derechos Humanos —en el caso *Handsyde* citó el principio *iura novit curia*—; a la Corte IDH —en el caso *Godines Cruz* también se refiere al principio *iura novit curia*—; al Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia —en el asunto *Prosecutor vs. Kuresic* aplicó el principio *lex special generalibus derogant*—; y la misma OMC, en su asunto *Canada term of patent protection*, aplicó el principio de interpretación efectiva de los tratados. Basten estos ejemplos de lo útil, actual y necesario que es el recurso a los PGD.<sup>145</sup>

En algunas ocasiones, los principios se toman tanto como PGD como por actos unilaterales; tal es el caso del principio de aquiescencia que fue utilizado en el proceso Templo de Preah

<sup>142</sup> Permanent Court of International Justice, Serie A, núm. 9, 1927, p. 31.

<sup>143</sup> “Es una concepción general del derecho que toda violación de un compromiso implica una obligación de reparar” (traducción de Monica Nuño), *idem*.

<sup>144</sup> ICJ Report, 1949, p. 18.

<sup>145</sup> Petrova Georgieva, *Virdzhiniya*, *op. cit.*, pp. 188-191.

Vihear,<sup>146</sup> que la doctrina toma tanto como PDG<sup>147</sup> como acto unilateral, y se verá más adelante.

Los PGD son una fuente indiscutible de DI. El profesor Robert Kolb encuentra en ellos 8 funciones fundamentales,<sup>148</sup> a saber:

- 1) Tienen la función de unificar el estatuto legal, donde el DI, no obstante sus diferentes ramas, permita “alcanzar una gran fluidez de una de las ideas fundamentales que pueden ser transportadas vía la manera analógica de una rama a la otra, de un sistema legal a otro”.<sup>149</sup>
- 2) Flexibilizan el sistema legal, puesto que permiten que no solo existan reglas fijas; ya que son como las ruedas del sistema de fuente que le permiten alcanzar resultados adecuados.
- 3) Son catalizadores de valores del sistema legal, ya que tienen como objetivo transportar consideraciones de valor dentro del sistema legal; por ejemplo, Kolb toma el principio de buena fe que tiene consigo la idea de honestidad y fidelidad a la promesa.
- 4) Los PGD tienen un papel predominante en la dinámica del desarrollo del derecho, al llenar lagunas y en la transportación de las situaciones no claras.
- 5) Cumplen una función importante de interpretación y de reforma de la norma y, aún más, de su cambio.
- 6) En algunas ocasiones sirven como complemento de las reglas legales; Kolb pone el ejemplo de la legítima defensa, que no es posible aplicar sin tomar en cuenta los principios de “necesidad” y “proporcionalidad” para determinar su procedencia.
- 7) Sirven como un facilitador de los compromisos. Esto se refiere a que cuando la negociación de un tratado llega

---

<sup>146</sup> *Qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset ac debuisset.*

<sup>147</sup> Kolb, Robert, “Principles as Sources of International Law...”, *cit.*, p. 12.

<sup>148</sup> *Ibidem*, pp. 27-36.

<sup>149</sup> *Ibidem*, p. 27.

a un punto de “callejón sin salida”, entonces “es posible, acordar sobre algunos principios generales, dejando la solución concreta para el futuro”. Por ejemplo, se podrá negociar la inserción de algunos principios como la buena fe y abuso del derecho, para que en el momento de aplicar tal o cual tratado se alcance un equilibrio de interés; es decir, estos principios dan la pauta para alcanzar un ajuste razonable de intereses.

- 8) Los PGD se deben de diferenciar, como se hace en la doctrina,<sup>150</sup> de los Principios del Derecho Internacional. Estos son normas de DI de origen consuetudinario<sup>151</sup> y se refieren, por ejemplo, a los principios contenidos en la Carta de San Francisco, en su artículo 2o., que tienen una vida paralela a las normas consuetudinarias que también han tenido una evolución que se manifiesta, por ejemplo, en la resolución de la AG sobre los principios de DI del año de 1970, AG-R-2625 (XXV) del 24 octubre de 1970.<sup>152</sup>

#### IV. LA JURISPRUDENCIA

El artículo 38-1-d considera, adecuadamente, como medios auxiliares a las decisiones judiciales;<sup>153</sup> en su exacta dimensión, ya que

---

<sup>150</sup> Algunos, como el profesor Juan Carlos Velázquez Elizarrarás, consideran que estos principios son parte de una misma categoría. Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, “Reflexiones generales en torno a la importancia de los principios de derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XII, 2012, pp. 407-453.

<sup>151</sup> Barberis, Julio, A. “Los principios generales de derecho...”, *cit.*, p. 24.

<sup>152</sup> Rey Caro, Ernesto J., “Principios generales del derecho internacional, un tema multifacético”, *Cuaderno de Derecho Internacional*, núm. VIII: *Los principios generales del derecho internacional público: realidades y perspectivas*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración, 2013, pp. 13-24.

<sup>153</sup> La doctrina las denomina, junto con la doctrina de los publicistas, como “law determining agencies”, véase Cheng, Bin, *General Principles of Law...*, *cit.*, p. 23.

los jueces no crean el derecho, sino lo descubren, lo interpretan y lo aplican al caso concreto. Es cierto que las decisiones judiciales tienen una gran autoridad, dada su capacidad de persuasión porque, en general, están expresadas por juristas altamente calificados y sus sentencias tienen un alto contenido lógico. Esta es una opinión general que tiene sus excepciones. Y por eso me parece exagerado el valor que algunos juristas, sobre todo los que vienen de la tradición del *common law*, le han dado a las decisiones judiciales.

Concederle un efecto legislativo a las decisiones jurisprudenciales es bastante exagerado y obnubila el sentido original, así como su interpretación a la luz de las opiniones de los redactores originarios. Aunque esto no obsta para reconocer que varias de las resoluciones jurisprudenciales han impactado la doctrina de DI; como podrían ser, por ejemplo, reparación, genocidio, *fisheries*, Nottebohm, Nicaragua y Mar del Norte.

Se debe reconocer esta ambivalencia, pues muchos fallos tienen una gran autoridad que los colocan como un patrón a seguir. Así lo reconoce el juez Azevedo en el Caso de Asilo (Colombia vs. Perú).<sup>154</sup>

Sin embargo, consideramos que la gran autoridad de algunas resoluciones se debe a que son emitidas por juristas de una gran calidad, que imprimen a sus sentencias elementos de análisis y reflexión sobresalientes.

Ahora bien, cuando el artículo 38-1-d se refiere a las decisiones de los tribunales internacionales, se debe de entender que son no solamente las de la CIJ, sino las de toda la gama de tribunales que ahora existen: tribunales *ad hoc* —tribunales para juzgar los crímenes cometidos en Ruanda, la ex Yugoslavia

---

<sup>154</sup> El juez Azevedo afirma: “Se debe recordar que la decisión en un caso particular tiene una representación profunda, particularmente en derecho internacional, en virtud de que los puntos de vista que han sido confirmados por tales decisiones adquieren valor quasi legislativo; independientemente del principio legal al respeto que establece que la decisión no tiene una fuerza obligatoria salvo entre las partes y respecto de tal caso en particular (artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia)”, ICJ Report, 1950, (*Colombia vs. Perú*) *Opinion Dissidente de M. Azevedo*, p. 332.

o bien de la Segunda Guerra Mundial, como el de Nuremberg y el de Tokio—; las cortes regionales de derechos humanos; los tribunales arbitrales internacionales; e, inclusive, las resoluciones de los órganos de solución de controversias, como los órganos derivados del Acuerdo Marrakech que creó la OMC, tales como el Acuerdo de Solución de Controversias (ASC) o bien DSU, por sus siglas en inglés (*Dispute Settlement Understanding*).<sup>155</sup> Esta explosión de tribunales internacionales y las sentencias que ellos dictan, ha empezado a preocupar a algunos doctrinarios que ven en ella una selva de decisiones y todas con posibilidad de crear precedentes obligatorios, por eso proponen jerarquizarlas.<sup>156</sup>

En cuanto a los resultados de la función jurisdiccional, no está todo dicho; como en las demás fuentes, todavía hay algunos aspectos que no están muy claros y que la doctrina ya ha percibido.

En principio, ¿qué pasa con las medidas cautelares que la CIJ suele dictar en los procedimientos y que no están previstas en el artículo 38-1? ¿cuál es su naturaleza jurídica? Éstas, según la doctrina, y en eso estaríamos de acuerdo, tienen una naturaleza obligatoria;<sup>157</sup> y, ¿en lo que se refiere a las Opiniones Consultivas (OCs) de la CIJ? Aquí nos parece claro, y se desprende de su nombre, “opiniones”, que no son obligatorias; sin embargo, para algunos juristas tienen una naturaleza jurídica vinculante,<sup>158</sup> lo-piñón que no compartimos.

---

<sup>155</sup> Para un estudio especializado de este tipo de resoluciones ver: Palmetier, David y Mavroidis, Petros C., “The WTO System: Sources of Law”, *American Journal of International Law*, vol. 92, núm. 3, julio de 1998, pp. 398-412.

<sup>156</sup> Miller, Nathan, “An International Jurisprudence? The Operation of «Precedent» Across International Tribunals”, *Leiden Journal of International Law*, Holanda, vol. 15, núm. 3, 2002, pp. 483-526; Higgins, Rosalyn, “The ICJ, the ECJ and the Integrity of International Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Oxford University Press-British Institute of International and Comparative Law, vol. 52, núm. 1, enero de 2003, pp. 1-51.

<sup>157</sup> Kammerhofer, Jorg, “The binding nature of provisional measures of the international Court of justice: the «Settlement» of the Issue in *LaGrand Case*”, *Leiden Journal of International Law*, Holanda, vol. 16, 2003, pp. 67-83.

<sup>158</sup> Ago, Roberto, “«Binding» Advisory Opinions of the International Court of Justice”, *American Journal of International Law*, vol. 85, 1991, pp. 439-451.

Atenuamos nuestra anterior afirmación pues será necesario analizar el contenido de tales OCs, que pueden contener elementos jurídicos vinculantes; por ejemplo, costumbre internacional o interpretación, que son sumamente útiles, de tratados internacionales. En la historia contemporánea de la CIJ hay OCs que son paradigmáticas, como lo son, entre otras, la OC del 11 de abril de 1949 “Reparación por Daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas”, que es prácticamente un punto de partida y de referencia para fundamentar la personalidad jurídica de la ONU y, en términos generales, de los OIs. También está la OC de 28 de mayo de 1951 “Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio”, que antes de Viena 69 ya reconocía que hay obligación de las partes de respetar los límites de una reserva que es la “compatibilidad o incompatibilidad de la reserva con el objeto y el fin de la Convención”. Podríamos citar otras OCs, no sólo de la CIJ, sino también de las cortes de derechos humanos, que han sido paradigmáticas para el DI.

Algunos doctrinarios, como Ian Brownlie, incluyen, aparte de las decisiones de los tribunales antes mencionados, a los *pleadings*, es decir, a los escritos de demanda o de contestación de las partes ante la CIJ, como elementos importantes por su contenido; además, cabe señalar, se pueden considerar como material útil para conocer la opinión de los Estados sobre cuestiones legales particulares.<sup>159</sup> Elemento que, aunque importante, no por eso se puede alegar que tiene fuerza jurídica vinculante.

Por otra parte, no se debe de perder de vista que el artículo 38-1-d, al relacionarse con el artículo 59 el mismo Estatuto, deja fuera el sistema de *stare decisis* y el sistema de *common law*, y se inclina por el sistema de derecho civil (*civil law system*), sin duda alguna. Sin embargo, en la práctica, la CIJ como otros tribunales internacionales, tiene inclinación a seguir sus propias determinaciones, quizá como una predisposición para mantener una coherencia en sus decisiones. A este fenómeno se suma una clara

---

<sup>159</sup> Brownlie, Ian, *op. cit.*, p. 23.

proclividad de la doctrina anglosajona de enseñar el DI vía casos, con lo que la jurisprudencia adquiere mucha relevancia.

También es importante advertir que los tribunales tienen la función de interpretar y aplicar el derecho convencional, pero también, como lo han hecho, de identificar las normas consuetudinarias y los actos unilaterales y, aún más, la jerarquización de la normatividad (al declarar o identificar el *ius cogens* internacional). Esta labor de los jueces no está exenta de cierta crítica de la doctrina,<sup>160</sup> ya que hasta cierto punto convierte a los jueces en legisladores internacionales si no se ciñen estrictamente en identificar y aplicar la normatividad y en su lugar la crean artificialmente.

Otro problema que se plantea es ¿cuál es el alcance de las decisiones jurisprudenciales de las cortes internas? El artículo 38-1 establece: “I. La Corte... deberá aplicar: d. las decisiones judiciales ...como medio auxiliar”; aquí nos cuestionamos ¿se refiere únicamente a las decisiones judiciales de los tribunales internacionales o se incluyen también las de los tribunales nacionales?

Al referirnos a las decisiones de las cortes o tribunales internos, debemos ver la situación desde una perspectiva doble: en primer lugar, la utilización del DI por las cortes internas, es decir, el impacto del DI en el derecho interno; y, en segundo término, el impacto de las sentencias de jueces nacionales en el DI.

Sobre el impacto del DI en las decisiones de los jueces diríamos que, si tomamos en cuenta que los jueces internos no tienen mucha experiencia en el manejo del DI y carecen de las técnicas para interpretarlo, parecería que no es recomendable tomar en cuenta las sentencias internas. Sin embargo, es preciso reconocer que hay toda una corriente para que los jueces internos se involucren cada vez más en la aplicación del DI e inclusive hay una tendencia para que expertos en DI sean incluidos como miembros de la judicatura.

Por lo que respecta al impacto de las resoluciones de jueces nacionales en el DI, puede suceder que los jueces internos en

---

<sup>160</sup> Murphy, John F., *op. cit.*, p. 19.

sus resoluciones identifiquen un principio general del derecho, o bien, que sus decisiones sean precedentes para la conformación de la costumbre internacional. Al respecto, la doctrina anglosajona (estadounidense y británica) frecuentemente se refiere a las sentencias de sus cortes;<sup>161</sup> inclusive, pueden ser útiles las decisiones de las cortes o tribunales internos cuando se refieren a un aspecto internacional. Véanse, por ejemplo, los casos Pinochet en la Gran Bretaña (GB)<sup>162</sup> y Cavallo<sup>163</sup> en México, los cuales están colocados al mismo nivel de análisis e importancia que los casos dictados por los tribunales internacionales.

De cualquier manera, lo que queda fuera de duda es que las decisiones últimas de los tribunales constituyen, una *opinio iuris* del Estado y, en consecuencia, hay obligación de tomarlas en cuenta cuando se trata de evaluar la existencia de la norma consuetudinaria o de actos unilaterales. Es decir, si partimos de la premisa de que las sentencias de los tribunales internos son actos de Estado que impactan el DI, pueden ser tomadas en cuenta para determinar si existe o no una práctica, una *opinio iuris* o un acto unilateral que crea derechos y obligaciones para el mismo Estado que lo realiza.

## V. LA DOCTRINA DE LOS PUBLICISTAS DE MAYOR CALIFICACIÓN DE VARIAS NACIONES

Al igual que la jurisprudencia, la doctrina juega un papel sumamente útil porque ayuda al juzgador o al aplicador de la legalidad

---

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

<sup>162</sup> Dentro del gran cúmulo de obras —libros y revistas— que se han publicado sobre el caso, se puede mencionar: Sands, Phillippe, “International Law, transformed? From Pinochet to Congo...?” *Leiden Journal of International Law*, vol. 16, 2003, pp. 37-53.

<sup>163</sup> Siqueiros, José Luis, “La extradición y la jurisdicción universal. El caso Cavallo”, *Revista de Derecho Privado*, Nueva Serie, año III, núm. 7, enero-abril de 2004, pp. 115-130; Becerra Ramírez, Manuel, “El Caso Cavallo”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. IV, 2004, pp. 585-626.

internacional a determinar el derecho; los doctrinarios, con sus trabajos, ayudan a dar forma y orden a las diferentes piezas del DI;<sup>164</sup> sin embargo, es un mero auxiliar para determinar las reglas del derecho, no es una fuente autentica del DI.

Aunque es difícil decir quiénes son los juristas más destacados, de mayor calificación, como establece el artículo 38-1, actualmente es posible encontrar ciertos autores y trabajos concretos de académicos en las opiniones separadas de los jueces de la CIJ. Véase, por ejemplo, la cita que hace el juez T. Buergenthal en el caso *Arrest Warrant Case*.<sup>165</sup>

Desde un punto de vista institucional, podemos ver como la doctrina tiene un gran impacto en el quehacer jurídico. En efecto, a nivel universal tenemos instituciones como el *Institut de Droit International* (IDI), la CDI, el 6o. Comité de la AG, el Comité Jurídico Interamericano, y las diferentes organizaciones regionales de juristas, tales como la Asociación Europea de Derecho Internacional, la *American Society of international Law*, la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional (SLADI), y las diferentes publicaciones en América Latina sobre temas de DI, como el Anuario Mexicano de Derecho Internacional, el Anuario Colombiano de Derecho Internacional; todos son instituciones en donde la doctrina de DI se manifiesta en forma preponderante.

Mención especial tienen los juristas latinoamericanos que desde hace muchos años han creado una doctrina vigorosa de DI<sup>166</sup> y que se sigue creando con el aporte de nuevas generaciones de la región.

---

<sup>164</sup> Wood, Michael, "Teachings of the Most Highly Qualified Publicists (Art. 38 (I) ICJ Statute)", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, disponible en: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1480> (fecha de consulta: 27 de febrero de 2017).

<sup>165</sup> ICJ Report, *Democratic Republic of the Congo vs. Belgium: Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal*, 2002, párr. 44.

<sup>166</sup> Cançado Trindade, Antônio Augusto, "Los aportes latinoamericanos al derecho y a la justicia Internacionales", México, UNAM, Instituto de Investiga-

El recurso de la CPJI y de la CIJ a la doctrina ha sido importante, esencialmente, en un periodo de formación de la doctrina, con los nombres de Grocio, Pufendorf, Vattel, Vitoria, Suárez y de las escuelas a las que pertenecían cada uno de ellos —fundamentalmente iusnaturalistas y positivistas en sus diferentes matices—.

También hay que notar que la doctrina en este momento tiene un claro dominio de la literatura que aparece en inglés y después de los autores europeos y estadounidenses. De tal manera que hay algunos que ven con cierto recelo a la doctrina, como cuando el árbitro Huber se expresó en el caso *Spanish Zone of Morocco Claims*.<sup>167</sup>

Esto es evidente cuando se trata, en algunos casos, de la doctrina de algunos países, en donde los doctrinarios son académicos destacados al mismo tiempo que asesores jurídicos de sus gobiernos, sobre los que ejercen mucha influencia. De tal manera que es difícil establecer la línea divisoria entre sus funciones como asesor en favor de los intereses de su Estado y las ideas independientes, objetivas, de un académico. Esto también puede ser evidente en las escuelas contemporáneas del pensamiento jurídico internacional que han aparecido en el siglo XX en el nuevo imperio estadounidense, que como tal tiene intereses en todo el mundo y que requiere apoyarse en una doctrina consistente que, en consecuencia, pierde en objetividad e independencia.

---

ciones Jurídicas, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2452/5.pdf> (fecha de consulta: 12 de abril de 2017).

<sup>167</sup> “Es verdad que la gran mayoría de los escritores muestran una tendencia muy marcada a limitar la responsabilidad de los Estados. Sin embargo, sus doctrinas están frecuentemente inspiradas políticamente y representan una reacción natural contra la intervención injustificada en los asuntos de ciertas naciones” (traducción del autor), *Spanish Zone of Morocco Claims (Great Britain vs. Spain, 1925)* 2 R.I.A.A., 615-640.

## CAPÍTULO CUARTO

### LAS FUENTES NO INCLUIDAS EN EL ARTÍCULO 38-1

Como veremos en este capítulo, el tema de las fuentes del DI ha rebasado el estrecho marco del artículo 38-1. De un análisis de la práctica internacional nos daremos cuenta que la normatividad internacional es mucho más amplia, y nos lleva al gran cuestionamiento de ¿Qué es lo que le da obligatoriedad a esas nuevas formas de la práctica internacional?

Advertimos que en este trabajo no agotamos todas esas nuevas manifestaciones jurídicas que podemos considerar como fuentes del DI, pero si nos referimos a algunas de las más significativas y sobre las cuales la doctrina ha prestado atención.

#### I. CODIFICACIÓN Y DESARROLLO PROGRESIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL

En la historia del DI es perceptible una tendencia hacia su codificación. Ya en el siglo XVIII el jurista inglés Jeremy Bentham propuso una codificación del derecho consuetudinario. Esa tendencia se ha mantenido a lo largo de la historia del DI. Son notables los proyectos de codificación hechos por el IDI y la *International Law Association* y la *Harvard Research in International Law*.<sup>168</sup>

A finales del siglo XIX y principios del XX, se adoptaron las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 relativas al derecho de

---

<sup>168</sup> Cuadra Moreno, Héctor, “Comentario”, en Avalos Vázquez, Roxana de Jesús, *op. cit.*, p. 7.

guerra y neutralidad. Esta misma tendencia, todavía en forma incipiente, se encuentra en la Conferencia de La Haya de 1930 sobre los mismos temas y, en este caso, patrocinada por la Liga de las Naciones.

Fue hasta el 11 de diciembre de 1946, cuando la AG dio pasos decididos hacia la creación, mediante la Resolución 94, del Comité para el Estudio del Desarrollo Progresivo del DI y su codificación. Con base en sus trabajos, el 21 de noviembre de 1947, la misma AG a través de la Resolución 174 (II), actuando al amparo del artículo 13 de la Carta de San Francisco, estableció la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI) como punto culminante de esos intentos de codificación y de creación de normas por medio del desarrollo progresivo del DI.<sup>169</sup>

La CDI actualmente se compone de 34 miembros que representan los principales sistemas legales del mundo y que no actúan en representación del Estado, sino en forma individual. La CDI tiene como objetivos principales la codificación y el desarrollo progresivo del DI. Muchos de los grandes tratados del siglo XX tuvieron su origen en los proyectos de la CDI. Entre ellos se pueden contar: las 4 convenciones de 1958 de Ginebra sobre derecho del mar; la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones Diplomáticas; Viena 69; la Convención de Viena de 1978 sobre la sucesión respecto de tratados.

A pesar de que muchos de estos proyectos no llegan a cristalizar en tratados internacionales, su contenido tiene una gran autoridad jurídica internacional y algunos internacionalistas los equiparan con las fuentes del DI a las que se refiere el artículo 38-1-c; es decir, como una categoría de trabajos de los publicistas

---

<sup>169</sup> Se recomienda un análisis detallado de la CDI en Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, *Estudios Avanzados de Derecho Internacional Público*, “Capítulo III. La Comisión de Derecho Internacional en el marco de la codificación, el desarrollo progresivo y sus grandes retos de cara al siglo XXI”, México, UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2008, pp. 49-78.

más calificados.<sup>170</sup> Otros lo califican de *soft law* y no es para menos pues, como ejemplifica del Toro,<sup>171</sup> el proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional ante la CDI fue un proceso que tomó casi 50 años y como relatores especiales se ocuparon de él juristas de gran relevancia en el siglo XX.

A diferencia de lo que sucede con la CIJ, en el caso de la CDI, sus conclusiones están fundamentadas en la doctrina, lo que les da una gran solidez teórica.

## II. LOS ACUERDOS DE LOS ÓRGANOS INTERNOS (ACUERDOS EJECUTIVOS INTERNOS)

Aun antes de la intensificación del fenómeno de la globalización,<sup>172</sup> las entidades estatales, diferentes a la del mismo Estado (municipios, cantones, estados de una federación, órganos descentralizados, etcétera), han venido realizando acuerdos con sus pares a nivel internacional, a los que se les ha denominado “acuerdos ejecutivos” (AE). Su regulación se le ha dejado al derecho interno y su grado de regulación depende del mismo. En algunos casos la

---

<sup>170</sup> Lauterpacht, Hersch, “Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission”, en Lauterpacht, E. (ed.), *International Law, Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, vol. 1: The General Works, 1970, p. 445.

<sup>171</sup> Toro Huerta, Mauricio del, “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. VI, 2006, p. 541.

<sup>172</sup> En efecto, Paulino Arellanes cita 5 causas del auge o incremento de las relaciones internacionales de los gobiernos locales a partir de cambios en el mundo:

“1. Por un lado, el fenómeno de la globalización... 2. el desarrollo del sistema económico global... 3. las regiones y ciudades ya no tienen un horizonte prefijado, ni establecido centralmente, sino que deben ser gestoras de su propio desarrollo, 4. el avance de los procesos de integración regional... 5. las agencias —y en particular la UE— comenzaron a tomar conciencia del papel activo que las ciudades y sus comunidades pueden tener en la cooperación internacional...”, Arellanes Jiménez, Paulino, *Los gobiernos locales de Europa y sus relaciones internacionales*, México, Gernika, 2014, pp. 8-11.

práctica va moldeando su regulación,<sup>173</sup> en otros, es la constitución la que lleva la batuta; en otras ocasiones se le deja al derecho secundario, es decir, a las leyes, quién decide el marco legal.<sup>174</sup> Pero no sólo las entidades estatales realizan este tipo de AE, también las organizaciones internacionales los practican;<sup>175</sup> inclusive, algunos juristas como John F. Murphy, a su vez apoyándose en Anne-Marie Slaughter, ven también este fenómeno y lo denominan *disaggregated state*, el cual pone énfasis en redes de instancias gubernamentales y judiciales de carácter horizontal que rompen con el monopolio del Estado en las relaciones internacionales.<sup>176</sup> Estas redes se tejen tomando como base jurídica los acuerdos que pueden o no tener un reconocimiento por el derecho interno.

---

<sup>173</sup> Para conocer cómo se regula en el derecho estadounidense véase Cruz Miramontes, Rodolfo, “El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y las denominadas «Cartas paralelas»”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. I, 2001.

<sup>174</sup> Becerra Ramírez Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, 2a. ed., México, UNAM, 2012.

<sup>175</sup> La literatura sobre el tema, fundamentalmente en relaciones internacionales, es abundante, y sólo por mencionar algunos trabajos: Bontenbal, Marike y Lindert, Paul van, “Desarrollo local por el vehículo de la cooperación internacional municipal. Entendiendo las conexiones y el contexto desde una perspectiva translocal”, *Medio Ambiente y Urbanización*, vol. 76, núm. 1, abril de 2012, pp. 187-210; Coletti, Raffaella, “Cooperación transfronteriza y trayectorias de desarrollo: aprendizajes de la experiencia europea”, *Si Somos Americanos, Revista de Estudios Transfronterizos*, Santiago de Chile, vol. X, núm. 1, 2010, pp. 161-180; Téllez Duarte, Walfa Constanza, “La cooperación internacional descentralizada entre las colectividades locales y regionales: el ejemplo de los países de la Comunidad Andina de Naciones”, *Revista ODEON*, Bogotá, núm. 6, 2011, pp. 27-42; Huerto, María del, “Gobiernos locales y Mercosur: nuevos roles, estrategias y modalidades de gestión urbana en contextos de integración regional”, *Revista Territorios*, Bogotá, núm.8, 2002, pp. 13-37; así como, de la misma autora, “Las ciudades en el sistema de cooperación internacional. La cooperación descentralizada y el programa URB-AL de la Comisión Europea”, *Revista Territorios*, Bogotá, núms. 10-11, 2004, pp. 229-242; y Zeraoui, Zidane, “Diplomacia paralela y las relaciones internacionales de las regiones”, *Desafíos*, Bogotá, vol. III, núm. 1, enero-junio de 2011, pp. 59-96.

<sup>176</sup> Murphy, John F., *op. cit.*, pp. 40-43.

Estos AE están en una ambigüedad doctrinal en el DI, pues, por un lado, la doctrina los considera actos que no están sujetos al DI porque no trascienden al DI, pues sus sujetos no están reconocidos por la subjetividad internacional; y, por el otro, los ve como algo necesario<sup>177</sup> y más cuando la globalización ha intensificado la actividad de las instancias no estatales a nivel internacional, inclusive con OIs.

La misma jurisprudencia internacional es ambigua: por una parte, deja al derecho interno calificar sobre la autoridad para celebrar tales acuerdos, mientras que en otra sentencia manifiesta que sí se deben tomar en cuenta las limitaciones que pueda tener el Estado para celebrar ese tipo de acuerdos.<sup>178</sup>

Por supuesto, el marco internacional no se encuentra en el derecho de los tratados, Viena 69 es muy clara cuando establece en su artículo 1o. que: “La presente Convención se aplica a los tratados entre Estados” e insistimos en que este tipo de acuerdos se celebran por órganos o entidades internas del Estado. El problema que puede presentarse sería cuando se reclame una violación o responsabilidad por incumplimiento. En esos casos, tememos que será el Estado el que debe de contestar.

---

<sup>177</sup> Yasuaki, Onuma, “International Law in and with International Politics: The Functions of International Law in International Society”, *European Journal of International Law*, vol. 14, núm. 1, febrero de 2003, p. 121.

<sup>178</sup> “La judicatura internacional ha tenido hasta ahora pocas ocasiones de ocuparse de la cuestión de la relevancia jurídico-internacional de las limitaciones que las constituciones imponen a los jefes de Estado. A pesar de ello, no nos ofrece una posición uniforme. El fallo del tribunal arbitral franco-suizo de 3 de agosto de 1912 en el caso de la interpretación del tratado de comercio franco-suizo de 29 de octubre de 1900, por ejemplo, dice que la autoridad parlamentaria prescrita por el derecho interno es irrelevante en DI. El mismo parecer encontramos en la sentencia arbitral de Max Huber de 1 de mayo de 1925 en el caso Río Martín. Por el contrario, la del presidente Cleveland de 24 de diciembre de 1886 afirma que las limitaciones estatales del *treaty-making power* han de tenerse en cuenta también en DI. Pero añade que cabe subsanar posteriormente los vicios que en la celebración del tratado se hayan producido”, Verdross, Alfred, *Derecho Internacional*, cit., p.147.

Sin embargo, siendo una necesidad de la sociedad internacional contemporánea la celebración de dichos acuerdos, no queda más que aceptarlos, y si nos preguntamos sobre cuál es su naturaleza jurídica y su regulación, la respuesta la deberemos buscar en cierta *opinio iuris* común o en el derecho consuetudinario.

### *Los Gentlemen's Agreement como fuente*

Un fenómeno de las relaciones internacionales y que ya es objeto de atención en la doctrina de DI, es el de ciertos acuerdos denominados en inglés como *Gentlemen's Agreement* (GA) y que no están contemplados por el DI de los tratados, ni sus actores pretenden que lo sean. Son acuerdos interestatales, informales, pero que tienen la ambiciosa pretensión de que se cumplan, porque es la palabra de caballeros la que está en juego.

No merecerían la atención de la doctrina si no fuera porque los GA son muy numerosos en la práctica internacional y se ha cuestionado su valor jurídico. Pierre Michel Eisemann estudia el fenómeno de los GA y llega a interesantes conclusiones.<sup>179</sup> En principio, él observa que no hay una uniformidad en la doctrina, algunos internacionalistas como Paul Reuter definen a los GA como un compromiso a título personal de los diplomáticos que no obliga a sus gobiernos.<sup>180</sup>

De acuerdo a Eisemann, los GA se pueden clasificar en tres tipos:

- 1) Los GA *strictu sensu* o los acuerdos políticos informales.
- 2) Los GA interpretativos o acuerdos informales supletorios.
- 3) Los GA o acuerdos informales normativos.

---

<sup>179</sup> Eisemann, Pierre-Michel, "Les Gentlemen's agreements comme source du droit international", *Journal du Droit International*, París, vol. 106, núm. 2, abril-mayo-junio de 1979, pp. 326- 348.

<sup>180</sup> *Ibidem*, p. 329.

- 1) Los GA *strictu sensu*. Para ejemplificarlos, Eisemann presenta el caso de la Declaración Franco-Anglo Americana del 26 de septiembre de 1936, sobre el alineamiento de las monedas; contiene un número concreto de afirmaciones de principios relativos a la política económica internacional. Esta declaración se hace a nombre de los tres gobiernos.
- 2) Los GA interpretativos. Su función es permitir el desbloqueo de una situación determinada con anticipación, en otras palabras, es el comportamiento de las partes en el cuadro de una estructura preexistente. Por ejemplo, el Acuerdo de Londres de 1946 estableció un plan de repartición de sitios no permanentes del Consejo de Seguridad (CS). En virtud de este acuerdo los miembros permanentes se comprometieron a sostener la candidatura de los países presentados por los Estados de las cinco regiones más importantes del mundo.
- 3) Los GA informales normativos. Mediante ellos se establece un marco normativo que regula a los Estados. El ejemplo que da Eisemann es el Acta Final de la Conferencia Sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa de Helsinki del 1 de agosto de 1975.

Sobre la naturaleza jurídica de los GA, Eisemann, después de recurrir al análisis de la convención de Viena 69 sobre el derecho de los tratados, sobre todo de la expresión “regido por el derecho internacional” que se encuentra en la definición de tratados, opina que, si bien los GA no son tratados, si pudieran estar regidos por el DI y, en caso de incumplimiento, tendrían una consecuencia jurídica en forma indirecta por la vía de los actos unilaterales; por ejemplo, el *estoppel* podría traer la obligación de su cumplimiento.

Consideramos que la discusión sobre la naturaleza jurídica de los GA debe terminar si partimos del análisis de cada uno de ellos, pues no es lo mismo el acuerdo de las grandes potencias para determinar quién ocupa un lugar en el CS que el referen-

te al Acta Final de Helsinki. Dependiendo de cada uno de estos GA, podemos determinar su naturaleza jurídica y si tienen o no consecuencias jurídicas; por ejemplo, pueden ser actos unilaterales o punto de partida de la costumbre internacional. Sin embargo, en principio, estos GA son meros acuerdos morales.

### III. LAS RESOLUCIONES DE LOS ORGANISMOS ESPECIALIZADOS

De un análisis detallado de los estatutos de creación de diferentes OIs, podemos determinar que estos dictan resoluciones de varios tipos y algunas de ellas son jurídicamente obligatorias. Por ejemplo, está el caso de la vigilancia que ejercen los organismos financieros internacionales sobre los Estados deudores. Para algunos, ésta es una función de carácter regulatorio o jurisdiccional<sup>181</sup> que tiene un gran impacto en el ámbito interno de los Estados. Es conocido el condicionamiento del comportamiento de derecho interno que, mediante las “cartas de intención”, los organismos financieros internacionales ejercen sobre los Estados que contraen un crédito. La calificación que se le puede dar a ese tipo de condicionamientos de “justos”, “adecuados” o “necesarios”, es ocioso; lo más importante es que, *de facto*, esos actos son productores de obligaciones y derechos, es decir, se manifiestan como normas jurídicas de DI.

---

<sup>181</sup> Por ejemplo, se afirma que “La vigilancia es una función normativa o jurisdiccional, que tradicionalmente se ha enfocado en la evaluación de las disposiciones de cambio, el tipo de cambio y el balance de pagos. La vigilancia supone un juicio por parte del fondo, y con cualquier juicio siempre está involucrado un grado de discreción. En el caso de la vigilancia, el ejercicio de la «sentencia» es particularmente complejo, debido a la interconexión entre la política de economía nacional y extranjera, la interdependencia entre países y las consecuencias políticas y sociales de algunas decisiones económicas delicadas” (traducción de Mónica Nuño), Lastra, Rosa María, “The International Monetary Fund in Historical Perspective”, *Journal of International Economic Law*, vol. 3, núm. 3, septiembre de 2000, p. 515.

El Banco Mundial (BM) consigue muchos de sus objetivos en relación con sus reportes económicos, por la vía de recomendaciones que se consideran confidenciales. De esta manera, los “acuerdos de préstamo” que realiza el BM —que son los actos formales y fundamentales— no tienen nada que ver con los cambios, que suelen ser muy trascendentes, que sufre el Estado en cuestión producidos por la vía de las recomendaciones informales del BM que se mantienen ocultas bajo el velo de la confidencialidad.

### *Las operaciones stand by del Fondo Monetario Internacional*

El caso de algunas operaciones financieras del Fondo Monetario Internacional (FMI) es paradigmático. Los objetivos y fines del FMI, de acuerdo con el artículo 1o. de su Convenio Constitutivo, son, entre otros: “1. Fomentar la cooperación monetaria internacional por medio de una institución permanente que sirva de mecanismo de consulta y colaboración en cuestiones monetarias internacionales”, y “5. Infundir confianza a los países miembros poniendo a su disposición temporalmente y con las garantías adecuadas los recursos generales del Fondo, dándoles así oportunidad de que corrijan los desequilibrios de sus balanzas de pagos sin recurrir a medidas perniciosas para la prosperidad nacional o internacional”.

Para el cumplimiento de sus objetivos el FMI otorga recursos a los Estados de acuerdo con ciertas reglas. Los recursos del Fondo se otorgan mediante operaciones que se denominan *stand by*, que están fundamentadas en el artículo 1-5 y definidas en el artículo XXX-b:

Por acuerdo de derecho de giro [acuerdo “stand by”] se entiende una decisión del Fondo mediante la cual se asegura a un país miembro que podrá efectuar compras con cargo a la Cuenta de Recursos Generales de conformidad con los términos de la decisión durante un plazo determinado y hasta una suma específica.

Veamos brevemente cómo funciona, cuál es el procedimiento de las operaciones *stand by*. El Directorio Ejecutivo del fondo es el que se encarga de aprobarlas; para hacerlo, le pide al Estado miembro un programa económico que esté comprendido en una *letter of intent* (carta de intención) enviada al FMI y firmada por el ministro de hacienda respectivo o por el presidente del Banco Central, en la cual se expresa que forma parte de la operación *stand by*.

Estas cartas de intención son importantes, en ellas se contienen las “condiciones” bajo las cuales el FMI otorga su operación *stand by*. Precisamente la condicionalidad es una característica fundamental de dicha operación;<sup>182</sup> este tipo de operación contiene “cláusulas de cumplimiento” en las que se establecen los mecanismos de conducta a seguir por los países miembros.

Para la doctrina, una operación *stand by* “no da origen a una relación contractual entre el país miembro y el FMI”, sino “solo significa que hay una decisión del fondo de asegurar la disponibilidad de recursos para el país requirente, tal como se desprende del artículo XXX-b”.<sup>183</sup> Esta idea se confirma con la decisión del Directorio Ejecutivo de fecha 2 de marzo de 1979, que establece: “las operaciones *stand by* no son contratos o acuerdos internacionales, de manera tal que en su lenguaje debe evitarse una connotación contractual”.

Aquí surgen varias preguntas: ¿por qué no son contratos?, ¿a quién le corresponde la decisión de determinar si son o no son contratos? En realidad, está fuera de la lógica jurídica afirmar, simplemente, que no lo son porque así lo deciden el FMI y el Estado miembro. Con esto se busca evadir el lenguaje y en sí, concretamente, la relación contractual o de derecho convencional internacional que les corresponde. Tal parece que las operaciones *stand by* operan como un mero contrato de adhesión, como sucede

---

<sup>182</sup> Veloso Barraza, Francisco Javier, “Aspectos legales de las operaciones «stand by» con el Fondo Monetario Internacional”, *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 17, núm. 3, septiembre-diciembre de 1990, pp. 467-481.

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 478.

en el derecho interno cuando se trata de las operaciones financieras de los individuos con los bancos.

Esas cartas de intención contienen una serie de políticas económicas que se obliga cumplir el Estado que las suscribe. Si bien es cierto que las operaciones *stand by* están hechas en un marco normativo que es el convenio constitutivo del FMI y que los Estados aceptan cuando ingresan como miembros, no es posible que no tengan ningún elemento de control ni nacional (no se consideran tratados) ni internacional (no se aplica del DI de los tratados).

Las operaciones de *stand by*, con sus elementos operativos, cartas de intención y los criterios de ejecución, son verdaderos actos jurídicos consensuales que establecen derechos y obligaciones recíprocamente, entre otras, la venta y cumplimiento de políticas económicas. Son verdaderas obligaciones que establecen sanciones para el Estado miembro que no las cumpla: inelegibilidad, suspensión del derecho del país para comprar moneda extranjera y la rescisión de una operación *stand by*, entre otras.

- Como señalamos anteriormente, en el derecho de los tratados internacionales contenido en Viena 69, en su artículo 2o., un tratado se define como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el DI, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y *cualquiera que sea su denominación particular*” (las cursivas son nuestras).
- En consecuencia, el hecho de que el Directorio Ejecutivo del FMI haya decidido que no son contratos o acuerdos internacionales no es suficiente porque son actos jurídicos internos que en principio no tienen un elemento de aceptación por los Estados miembros. Las cartas de intención no son declaraciones de política económica “imprecisas” ya que son tan concretas como la aplicación de políticas económicas que se pueden traducir en la reducción del aparato del Estado o en la privatización, que son políticas muy concretas y relevantes.

- En realidad, son actos ejecutivos de los OIs muy parecidos a los contratos de adhesión que existen en derecho interno, pero son fuente indiscutible de obligaciones para los Estados. Enviar a un limbo jurídico estos actos no beneficia en nada ni a la teoría, ni a la práctica, porque crea una cortina de humo que elimina la transparencia y no permite el control de los gobiernos y organismos financieros internacionales en la realización de este tipo de actos.

#### IV. LOS ACTOS UNILATERALES

La doctrina de DI sólo en los últimos tiempos ha puesto atención en el fenómeno jurídico internacional de los actos unilaterales<sup>184</sup> (AU), a partir de que de ellos se ha ocupado la jurisprudencia internacional.<sup>185</sup>

El concepto doctrinal de AU aparece en la década de los setenta, con el trabajo doctoral de Eric Suy,<sup>186</sup> trabajo seminal en esta materia. Por aquella época, el jurista G. Venturini, en su curso en la Academia de Derecho Internacional de La Haya del año de 1964, se refirió a lo que él llamó los efectos de los actos unilaterales de los Estados<sup>187</sup> y realizó un estudio de las instituciones, entre otras, de la de origen anglosajón denominada *estoppel*, además de la aquiescencia y el silencio.

---

<sup>184</sup> Ver, por ejemplo Thirlway, Hugh, *op. cit.*, p.139.

<sup>185</sup> Véanse las decisiones de la Corte Permanente de Justicia Internacional de 1933 en el caso sobre Groenlandia Oriental; sobre los ensayos nucleares, dictada por la Corte Internacional de Justicia en 1974; sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua de 1986, y la controversia fronteriza de Burkina Faso *vs.* Mali, de la misma Corte Internacional de Justicia, de 1986.

<sup>186</sup> Suy, Eric, “Les actes juridiques unilatéraux en droit international public”, *Librairie Générale de Droit et Jurisprudence*, París, 1962.

<sup>187</sup> Venturini, G., “The Scope and Legal Effects of the Behaviour and Unilateral Acts of States”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Leiden, vol. 112, 1964, pp. 367-467.

Conforme han pasado los años, se ha venido construyendo una doctrina vigorosa que le da carta de naturalización a estos AU.<sup>188</sup> Algunos doctrinarios consideran que ellos “...constituyen una fuente de obligación internacional auténtica e independiente de cualquier otro modo de formación normativa internacional, ya que encuentran su fundamento como fuente de obligación autónoma en principios generales del derecho”.<sup>189</sup> Y otros, como Zemanek, contestando a los detractores —que los hay— de la naturaleza jurídica de los actos unilaterales, observa que la postura dogmática de que éstos son posiblemente una fuente de derecho y obligaciones internacionales, pero no una fuente de DI, no ayuda en nada.<sup>190</sup>

A este movimiento doctrinal le ha acompañado la jurisprudencia internacional que ya se ha referido a los AU y finalmente ha sido trascendente que la CDI lo haya puesto en su agenda en el año de 1997,<sup>191</sup> y haya nombrado a un relator especial, al jurista Víctor Rodríguez Cedeño.<sup>192</sup>

### 1. *Concepto y requisitos de los actos unilaterales*

Pero, ¿qué se entiende por AU? En el proyecto de la CDI se da una definición: “una manifestación de voluntad inequívoca

---

<sup>188</sup> Degan, Vladimir-Djuro, “Unilateral Act as a Source of Particular International Law”, *Finnish Yearbook of International Law*, Helsinki, vol. 5, 1994, pp. 149-266.

<sup>189</sup> Naime S. Henkel, Mónica Yamel, “El final de la espiral del caos: la regulación de los actos jurídicos unilaterales de los Estados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012, p. 634.

<sup>190</sup> Zemanek, Karl, “The Legal Foundations of the International System. General Course on Public International Law”, *Recueil des Cours*, vol. 266, 1997, p. 134.

<sup>191</sup> Guerrero Peniche, Nicolás y Rodríguez Cedeño, Víctor, “Los actos unilaterales de los Estados en derecho internacional: los trabajos de codificación en la Comisión de Derecho Internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. III, 2003, pp. 195-223.

<sup>192</sup> El documento se puede consultar en *ibidem*, pp. 221-223.

del Estado, formulada con la intención de producir efectos jurídicos en sus relaciones con uno o varios Estados o una o varias organizaciones internacionales y que es del conocimiento de ese Estado o de esa organización internacional”.<sup>193</sup>

De acuerdo con lo anterior, consideramos que el acto jurídico unilateral es una manifestación del Estado, en forma escrita u oral, hecha por persona u órgano autorizado y cuya intención es quedar vinculado por tal acto. Cuando hablamos de actos unilaterales no sólo nos referimos a los del Estado, sino también a los actos de autoridad de los órganos internacionales que algunos consideran que derivan del tratado constitutivo. Sin embargo, esto no es de todo convincente ya que, como observa Zemanek, “las fuentes de las decisiones de autoridad pueden basarse en «práctica establecida» que son reglas de la organización”.<sup>194</sup>

Si se reconoce como fuente independiente, aparte de las que ya estaban previamente reconocidas, ayuda más a la comprensión y al estudio de estas fuentes que tratar de encontrarle explicación a través de fuentes que ya han probado sus limitaciones.

Mónica Naime, en su trabajo sobre los actos unilaterales, ha avanzado en la estructuración de los AU señalando varios requisitos que deben cumplir para que tengan validez:<sup>195</sup>

- Sujeto apropiado, es decir, que el AU sea emitido por persona —y nosotros consideramos que por autoridad— capaz de comprometer al Estado en asuntos internacionales.
- Objeto apropiado; que recaiga en objeto lícito tanto física como jurídicamente hablando.
- Intención requerida; debe existir “el deseo de imponerse una conducta jurídicamente obligatoria” y que “la in-

---

<sup>193</sup> Artículo 1o. del proyecto de la CDI.

<sup>194</sup> Zemanek, Karl, *op. cit.*, p. 136.

<sup>195</sup> Naime, S. Henkel, Mónica Yamel, *op. cit.*, p. 639.

tención debe ser manifestada claramente para que tenga eficacia jurídica, ya que no se puede presumir una limitación a la soberanía estatal, aunque su fuente sea unilateral”.

- Forma y publicidad; en eso no hay regla, “no importa si se hace de modo escrito y oral”.

## 2. ¿Cuáles son los actos unilaterales?

Hay una controversia respecto de cuáles serían ejemplos de AU. Para algunos el *estoppel* es uno de ellos; pero para otros no (Murphy y Henkel), porque es un principio general del derecho, porque es una norma procesal (*rule of evidence*) y “porque el origen de la obligación está en diferentes lugares”; para el *estoppel* está en la confianza de un tercero y para el acto unilateral “es la intención del autor”.<sup>196</sup>

Desde la perspectiva del jurista español Decourt García, el *estoppel*

...es aquel principio sustantivo de DI general en virtud del cual un Estado, cuando adopta una determinada «actitud» y con ella da lugar a que otro Estado, basándose en la buena fe de tal actitud, modifica una suya o adopta una nueva, queda imposibilitado para alegar o someter a prueba en contrario dicha actitud a los hechos o situaciones que con la misma reconoció.<sup>197</sup>

De acuerdo con esta definición, el *estoppel* se define por sus efectos:

- Un efecto probatorio (de la actitud primaria de la parte *estopped*).

---

<sup>196</sup> *Idem*.

<sup>197</sup> Pecourt García, Enrique, “El principio del *estoppel* en derecho internacional público”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, vol. XV, núms. 1-2, 1962, p. 117.

- Un efecto “obstaculizante” (impidiendo la validez o efectividad de las alegaciones hechas en contra de los propios actos o declaraciones).
- Un efecto confirmativo (reconociendo, al menos inter partes, la validez de la actitud secundaria).<sup>198</sup>

Para algunos, tampoco la aquiescencia y el silencio son considerados como actos unilaterales ya que “implican un acuerdo de voluntades, derivadas del consentimiento tácito, insertándose en un marco convencional y no unilateral”.<sup>199</sup> Consideramos que ésta no es una argumentación sólida pues la naturaleza del derecho es que para que tenga validez debe estar inserta en un grupo; los actos unilaterales no existen *per se*, sin que alguien esté enfrente. Esperar a que el acto unilateral sea puro, es hablar de otra cosa que no es derecho, sería hablar de Robinson Crusoe en su isla.

La aquiescencia es una actitud puramente pasiva de un Estado *vis-à-vis* en una situación determinada, en circunstancias que exigirían, en general, una reacción de su parte;<sup>200</sup> en cambio, el silencio que, de acuerdo con la legalidad, trae por consecuencia el consentimiento. En realidad no existe una diferencia clara, si es que la hay. Medir la falta de reacción frente al silencio es difícil; para hacerlo se necesitaría hurgar en la psique del Estado.

### 3. *Jurisprudencia y actos unilaterales*

También se comprenden dentro de los AU las declaraciones unilaterales que pueden expresarse en forma oral o escrita. En la jurisprudencia internacional el caso más significativo hasta ahora es el de Easter Greenland, en el cual el Ministro de Asuntos Ex-

---

<sup>198</sup> *Ibidem*, p. 135.

<sup>199</sup> Naime, S. Henkel, Mónica Yamel, *op. cit.*, p. 639.

<sup>200</sup> Venturini, G., *op. cit.*, p. 374.

teriores de Noruega, M. Ihlen, al principio hizo una declaración oral y después la pasó por escrito y la inicializó, aconsejando al ministro danés de Asuntos Exteriores que “los planes del Gobierno Real Danés respecto de la soberanía danesa sobre la totalidad de Greenland... se encontrarían sin problemas por parte de Noruega”.<sup>201</sup>

Esta declaración fue considerada por la CPJI como obligatoria para Noruega, por lo que declaró que las acciones de Noruega para ocupar parte de Greenland eran ilegales e inválidas.<sup>202</sup>

Para algunos autores, como Murphy, la base de la obligación de los actos unilaterales se encuentra en el principio de buena fe, así como la misma *pacta sunt servanda*.<sup>203</sup>

También refiriéndose a los actos unilaterales, es muy citada la resolución sobre los casos de la prueba nuclear entre Australia *vs.* Francia y Nueva Zelanda *vs.* Francia, en los cuales se demandaba el carácter jurídicamente vinculatorio de un *comunique* del gobierno francés sobre la suspensión de ensayos nucleares.<sup>204</sup>

La CIJ dictó la sentencia que, igual para los dos casos y en dos memorables fragmentos (43 y 44), reconoció el carácter vinculante de los actos unilaterales, siempre y cuando se den públicamente “y con la intención de obligarse”.<sup>205</sup>

---

<sup>201</sup> “Los planes del gobierno real danés respecto de la soberanía danesa sobre toda Groenlandia... no tendría dificultad por parte de Noruega” (traducción de Mónica Nuño, tomado de Murphy, John F., *op. cit.*, p. 30.

<sup>202</sup> “Ilegal e inválido” (traducción de Mónica Nuño), *idem*.

<sup>203</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>204</sup> Test cases, ICJ Report, 1974 (Australia *vs.* France), ICJ Report, 1974 (New Zealand *vs.* France).

<sup>205</sup> “43. Es ampliamente reconocido que las declaraciones hechas vía de los actos unilaterales, relativas a situaciones legales o fácticas, pueden tener el efecto de crear obligaciones legales. Declaraciones de este tipo pueden ser, y frecuentemente lo son, muy específicas.

Cuando la intención del Estado que hace la declaración es que debería convertirse en obligatoria de acuerdo con sus términos, tal intención confiere a la declaración el carácter de compromiso jurídico y partir de entonces el Estado tiene la obligación legal de seguir una línea de conducta coherente con dicha declaración.

Por otra parte, hablando de consentimiento, en materia jurisprudencial es muy conocida la sentencia de la CIJ en el caso del Templo Preah Vihear. En este caso se demandaba que Camboya, y no Tailandia, tenía soberanía sobre el Templo de Preah Vihear y que Tailandia debería quitar sus guardias armados y otras personas puestas en el Templo desde el año de 1954 y regresar las esculturas y otros objetos tomados de él.

En el año de 1904 las fronteras entre Camboya (entonces protectorado de Francia) y Tailandia (entonces Siam), en el área salvaje, remota y poco poblada de Preah Vihear, fueron determinadas por un tratado entre Francia y Siam. El tratado establecía que la frontera seguía la línea del parte aguas y estableció que los detalles deberían ser fijados por la Comisión Mixta Franco-Siamés. Se realizaron trabajos técnicos por expertos, con base en los cuales se elaboró un mapa que claramente localizó el templo en Camboya.

El mapa nunca se aprobó por la Comisión, la cual no se volvió a reunir otra vez después de la elaboración de dicho mapa. Camboya dependía del mapa. Tailandia argumentó, *inter alia*, que el mapa contenía un error material ya que no seguía la línea del parte aguas como lo indicaba el tratado. Sin embargo,

---

Una empresa de este tipo es vinculante, si se da públicamente, y con la intención de obligarse, a pesar de que no se hizo en el contexto de la negociación internacional. En estas circunstancias, no hay nada en la naturaleza de un *quid pro quo*, ni ninguna posterior aceptación de la declaración que tenga efecto ya que tal requerimiento sería incompatible con el carácter estrictamente unilateral del acto jurídico por el cual se hizo el pronunciamiento por parte del Estado.

44. Cuando es la intención del Estado que hace la declaración que debería llegar a ser obligatoria de acuerdo a sus términos, dicha intención confiere a la declaración el carácter de un compromiso jurídico del Estado, el cual, de aquí en adelante, está legalmente obligado a seguir una línea de conducta coherente con tal declaración. Un compromiso de este tipo, si se otorga con la intención de obligarse... es vinculante... por supuesto, no todos los actos unilaterales implican obligación, pero un Estado puede optar por asumir cierta posición en relación con un asunto en particular, con la intención de verse obligado” (traducción del autor), Test cases, ICJ Report, *idem*.

la CIJ argumentó que, a pesar de ésto, los siameses y después Tailandia habían recibido y aceptado el mapa y que no se podía invocar error si las mismas autoridades de la Comisión de Límites tenían acceso a él.<sup>206</sup>

## V. LAS RESOLUCIONES DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES

Una de las características más sobresalientes de la evolución del DI durante el siglo XX es, sin duda, el desarrollo impresionante de la organización internacional con la aparición de innumerables organizaciones internacionales, empezando por la Sociedad de Naciones en el año de 1919; hasta contar en la actualidad con una estructura abundante y bastante compleja de organizaciones internacionales de carácter universal y regional.

Este es otro ejemplo de cómo el artículo 38-1 del ECIJ ha quedado totalmente sobrepasado por la realidad internacional, ya que cuando se gestó esta disposición jurídica las organizaciones internacionales eran un fenómeno desconocido; ni siquiera se previó que, como sucede actualmente, esas organizaciones iban a dictar una infinidad de resoluciones tan diferentes en cuanto a su contenido y su impacto en la actividad de los Estados.

Aunque la doctrina de DI se ha centrado en la discusión sobre la naturaleza jurídica de las resoluciones de la AG, se puede

---

<sup>206</sup> La Corte Internacional de Justicia desechó el argumento de Tailandia de la siguiente manera: “Es una regla establecida de derecho internacional que la invocación de un error no puede ser permitido como un elemento que vicie el consentimiento si la parte que lo invoca contribuyó, con su propia conducta, al error, o pudo haberlo evitado, o si las circunstancias fueron tales que pusieron a la parte en conocimiento de un posible error. La Corte considera que el carácter y las cualificaciones de las personas que vieron el mapa del anexo I en el lado siamés dificultaría, por sí solo, que Tailandia alegara un error de derecho. Estas personas incluyeron a los miembros de la misma Comisión de Límites...” (traducción del autor), Harris, D. J., *op. cit.*, p. 830.

extender a otro tipo de resoluciones en donde la doctrina predominante (europea-estadounidense) no objeta con tanta vehemencia (lo cual es sospechoso) la naturaleza de las resoluciones, por ejemplo, del CS y de los organismos especializados que forman parte del sistema de la ONU.

Esta situación tiene una gran trascendencia no solamente teórica sino también práctica en cuanto a que muchas de estas resoluciones no solamente establecen situaciones jurídicas abstractas y generales para los Estados miembros, sino además obligaciones concretas para algunos de ellos; de donde surge inmediatamente un cuestionamiento: ¿cuál es la fuente jurídica de esas obligaciones?

La respuesta fácil es que al acceder al tratado que da origen a la OI específica que dictó la resolución, también, al mismo tiempo, el Estado miembro aceptó someterse a las resoluciones que dicte. Sin embargo, esa respuesta no es suficiente para un Estado que se ve afectado por la resolución que puede ser dictada *ultra vires* y en un sistema de carácter vertical (en cuanto a las resoluciones que se dictan) y, al mismo tiempo, de carácter horizontal, en el que no existen medios de defensa en contra de este tipo de resoluciones, por los daños que se le ocasionen.

Por otra parte, tenemos los actos de autoridad de los órganos internacionales que algunos consideran que derivan del tratado constitutivo que los origina. Sin embargo, esto no es del todo convincente ya que, como lo observa Zemanek, las fuentes de las decisiones de autoridad pueden basarse en “prácticas establecidas que son «reglas de la organización»”.<sup>207</sup>

Ya lo señalamos previamente, nosotros consideramos que si se reconocieran como fuentes independientes, aparte de las que ya están previamente reconocidas, ayudaría más a la comprensión y al estudio de estas fuentes, que tratar de encontrarles explicación a través de otras fuentes que ya han probado sus limitaciones, como por ejemplo la costumbre.

---

<sup>207</sup> Zemanek, Karl, *op. cit.*, p. 136.

### 1. *Las resoluciones de la Asamblea General*

Durante la conferencia fundacional de la ONU en San Francisco, se presentó una propuesta de la delegación de Filipinas para que a la AG se le concedieran poderes de creación de derecho. La propuesta fue desechada, por lo que queda claro, al menos al principio, que no hubo acuerdo para concederle poderes de creación de leyes a la AG.<sup>208</sup>

Sin embargo, la práctica internacional de la AG que se ha envuelto en una labor bastante febril de proyectar, discutir y aprobar resoluciones, algunas de las cuales han tenido un gran impacto entre los Estados de la comunidad internacional, ha puesto en entredicho esta afirmación original de que no son jurídicamente obligatorias.

En un tiempo, la doctrina de DI se enfrascó en una discusión bastante amplia sobre la naturaleza jurídica de las resoluciones de los OIs. La discusión no es solamente teórica, sino que refleja la práctica internacional. Muchas de las resoluciones de la AG fueron promovidas o inspiradas por los países subdesarrollados —por ejemplo la resolución que adopta la olvidada Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados— y la doctrina que predomino fue considerar que no eran obligatorias en virtud de su origen. La Carta de San Francisco no reconocía a la AG capacidad de dictar resoluciones obligatorias.

Una opinión doctrinal bastante influyente es la de Krzysztof Skubiszewski, expresada en un reporte para el Institut de Droit International, que se basa en dos puntos: niega cualquier efecto constitutivo de creación de derecho a las resoluciones de la AG; sin embargo, por otra parte, las considera como una manifesta-

---

<sup>208</sup> Tomuschat, Christian, “Obligations Arising for States Without or Against their Will”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Boston, vol. 241, 1993, pp. 332. Véase también *Documents of the United Nations Conference on International Organization*, San Francisco, 1945: vol. II, documentos 1 y 2; vol. VIII, documento 1151, y vol. IX, documentos 203, 416, 507, 795 y 848.

ción de la voluntad de los Estados que las hace aceptables para expresar una *opinio iuris* y así adquirir relevancia junto con otros elementos de la vida institucional, en una práctica particular entre los Estados.<sup>209</sup>

Esta posición teórica ha sido bastante difundida y trata de ser un punto intermedio entre la negativa a reconocerles a las resoluciones de la AG cualquier carácter jurídico obligatorio y la postura que reconoce cómo en la práctica internacional se recurre constantemente a estas resoluciones para apoyar la argumentación jurídica, como instrumentos vinculantes de DI.

También es interesante referirse a la opinión que sobre este tema tiene la profesora Rosalyn Higgins, quien después de analizar las posturas contrarias a reconocerles fuerza jurídica vinculante a las resoluciones, de aquellos a los que ella llama “escépticos” —Gerald Fitzmaurice, Stephen Schwebel, Francis Vallat, David Johnson y Gaetano Arangio-Ruiz— y las de los que consideran que las resoluciones tienen un gran significado jurídico —como Richard Falk, que habla de la competencia casi legislativa de la AG y Jorge Castañeda, que postula que las resoluciones de la AG han adquirido poderes más allá de los meramente recomendatorios a que se refiere la AG—, expresa su opinión: acepta que las resoluciones de la AG son de gran importancia y parte de la práctica, pero no pueden ser sustituto para descubrir la costumbre, que es necesario para ese objeto examinar otras evidencias de la práctica estatal, junto con esos actos colectivos evidenciados en las resoluciones. Higgins resume sus ideas sobre el tema en la siguiente expresión: “cuando agitamos el caleidoscopio y las partes caen de cierta manera, ellas indudablemente juegan un papel significativo en la creación de normas”.<sup>210</sup>

En suma, hasta nuestros días, la naturaleza jurídica de las resoluciones de la AG es motivo de una gran discusión doctrinaria, y es comprensible cuando se trata de miles de resoluciones que se han dictado y con diferentes modalidades entre ellas.

---

<sup>209</sup> Tomuschat, Christian, *op. cit.*, p. 332.

<sup>210</sup> Higgins, Rosalyn, *Problems & Process...*, *cit.*, p. 28.

En la actualidad la doctrina se ha dividido en las siguientes posturas:

- 1) Las resoluciones de la AG pueden servir como un pronunciamiento adecuado de una costumbre establecida por la práctica de los Estados o una nueva forma de creación de la costumbre internacional.
- 2) Pueden ser una contribución a la costumbre, como una especie de práctica estatal “colectiva”; dentro de ellas la *opinio iuris* se puede manifestar dependiendo de la manera como se adopte la resolución (por unanimidad, por consenso o por mayoría), y cada una de estas formas tiene un valor específico en la valoración de la *opinio iuris*.
- 3) O como mera recomendación, sin posibilidad de discutir su valor.

Todas estas opiniones niegan el carácter vinculante de las resoluciones de la AG y a lo mucho les conceden ser la simiente, por la vía de la *opinio iuris*, elemento de la costumbre internacional, de normas jurídicas obligatorias. Pero soslayan la gran autoridad jurídica que tienen muchas de ellas y que fue confirmado por la CIJ en el caso Nicaragua.

## 2. La posición de algunos Estados

La misma opinión de los Estados, en relación con la naturaleza jurídica de las resoluciones de la AG, es heterogénea; como se puede ver de las siguientes actitudes:<sup>211</sup>

En principio, la postura oficial de los EEUU es ambigua, pues parte de la premisa de la naturaleza recomendatoria de las resoluciones y, ante el ímpetu de la evidencia de la fuerza jurídica obligatoria de algunas resoluciones, se remite al expediente conocido de la costumbre internacional para explicar su obligatoriedad. La expresión del representante del Departamento de

---

<sup>211</sup> Tomado de Harris, D. J., *op. cit.*, pp. 62 y 63.

EEUU es bastante elocuente, al decir que las resoluciones “son prueba de derecho internacional consuetudinario sobre un tema de importancia particular”,<sup>212</sup>

Por otra parte, la postura de México es bastante cautelosa, porque si bien se pliega a la doctrina de los países desarrollados de no reconocer fuerza jurídica obligatoria a las resoluciones, si pone el acento en la fuerza jurídica obligatoria de algunas resoluciones; pero después se pliega y recurre a la *opinio iuris*, como elemento de la costumbre para darle una explicación al elemento obligatorio.<sup>213</sup>

Es interesante la opinión de Iraq —en otro momento líder internacional con bastante autoridad en sus posiciones—. Para Iraq las resoluciones son recomendaciones, pero algunas —aquellas que son adoptadas unánimemente o sin oposición— son algo más que eso; una prueba de normas jurídicas, de intro-

---

<sup>212</sup> El texto completo es: “Como una declaración amplia de la política de los EEUU sobre esta cuestión, creo que es justo declarar que las resoluciones de la Asamblea General son consideradas como recomendaciones para los Estados miembros de las Naciones Unidas. En la medida en que es excepcional que tales resoluciones sean declarativas del derecho internacional, sean adoptadas con el apoyo de todos los miembros y sean observadas por la práctica de los Estados, tales producciones son prueba de derecho internacional consuetudinario sobre un tema de importancia particular” (traducción del autor).

<sup>213</sup> La opinión textual de México: “No fue cuestión de añadir otra fuente de derecho internacional a aquellas enumeradas en ese artículo, sino, más bien, de poner atención a ciertos elementos de la interpretación legal a los cuales, inevitablemente, la Corte debe recurrir cuando decide, de acuerdo con el derecho internacional, tales diferencias, como fueron sometidas a él, en estricta aplicación, por supuesto, del artículo 38 de su Estatuto. La Corte, incuestionablemente, tuvo que tomar en cuenta la costumbre internacional como un reflejo en las muchas resoluciones y declaraciones adoptadas año tras año por la Asamblea General, cuyas mismas reiteraciones fueron una prueba irrefutable de las diurnitas que tradicionalmente han sido reconocidas como uno de los elementos constitutivos de la costumbre internacional. Mencionó, como vía de ejemplo, las resoluciones 1514, 2625 y 2749... aquéllas y muchas otras de las declaraciones y resoluciones de tipo similar, donde la Asamblea General reflejó el deseo de los Estados miembros para promulgar las reglas judiciales de una incuestionable validez a las cuales todos ellos suscribieron; en otras palabras, la *opinion juris* general, que fue el segundo elemento tradicional de la costumbre” (traducción del autor), Harris, D. J., *op. cit.*, p. 62.

ducción o abrogación de algunas de las reglas de derecho internacional cuando son consistentes y adoptadas unánimemente o sin oposición.<sup>214</sup>

Italia es de la misma opinión, pero es más contundente en el aspecto consuetudinario de las resoluciones y proponiendo la creación de normas jurídicas consuetudinarias instantáneas, como nuevas formas de creación de la ley.<sup>215</sup>

La posición de la GB es todavía más conservadora al negar que las resoluciones de la AG puedan desarrollar el DI.<sup>216</sup>

De estas opiniones se desprenden dos puntos que nos parecen importantes: primero, es la evidencia de que hay algunas resoluciones de la AG que no tienen explicación en el marco del artículo 38-1 y, segundo, es un intento de los Estados por mantenerse en ese marco, que como ya hemos visto, está bastante rebasado por la práctica internacional. Es una camisa de fuerza que impide considerar al fenómeno de las resoluciones desde otra perspectiva más abierta y acorde con la transformación de las relaciones internacionales a principios del siglo XXI.

## VI. EL *SOFT LAW*

En la doctrina de DI para explicar el fenómeno de la ambivalencia jurídica de algunas resoluciones de OIs y otros instrumentos jurídicos, que por un lado no se consideran como jurídicamente

---

<sup>214</sup> *Idem.*

<sup>215</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>216</sup> “Si bien es cierto que las resoluciones de la Asamblea General pueden reflejar, o ser la evidencia, del desarrollo del derecho internacional, no es lo mismo decir que las resoluciones de la Asamblea General por sí mismas pueden desarrollar el derecho internacional. Sus delegaciones no pudieron aceptar esta última proposición... incluso el valor probatorio de las resoluciones de la Asamblea General debe depender de sus circunstancias. Muchas resoluciones eran de tal naturaleza, y tenían un contenido tal, que no podían ser pertinentes para el desarrollo del derecho internacional” (traducción de Mónica Nuño), *idem*.

obligatorias y que, sin embargo, por el otro se les reconocen ciertos elementos jurídicos vinculantes, se ha recurrido a varias explicaciones de la postura “no es obligatorio, pero tiene elementos jurídicos obligatorios”. Una parte de la doctrina ha recurrido a la institución de la costumbre internacional; por ejemplo, en el caso de las resoluciones de los OI que no son obligatorias de origen, se maneja que recogen el derecho consuetudinario, o bien, que son el punto de partida de creación de la costumbre internacional.

En otro momento, el jurista inglés Lord Mc Fair, usaba el término como sinónimo y como una manera de diferenciar las proposiciones de *lege lata* y de *lege ferenda*.<sup>217</sup> Una corriente doctrinal, a partir de estos conceptos, adoptó el término de *soft law* y le dio un significado mucho más amplio.

¿Qué se entiende por *soft law*? No hay en la doctrina una definición ampliamente aceptada, ni tampoco hay un acuerdo unánime sobre su contenido, pero sí sobre su utilidad. Por ejemplo, Dinah Shelton reconoce que no hay una definición de *soft law*, sino que, por una parte, se refiere a instrumentos internacionales diferentes a los tratados que contienen estándares, normas, principios u otros instrumentos que se refieren a un comportamiento esperado; y, por otra parte, también hace referencia a un instrumento obligatorio cuyo contenido es débil, vago o pobremente diseñado.<sup>218</sup>

La doctrina discurre que se comprenden en el concepto de *soft law* aquellos instrumentos internacionales que poseen efectos legales, aunque no pertenecen al verdadero derecho. Aquí es-

---

<sup>217</sup> Fastenrath, Ulrich, “Relative Normativity in International Law”, en Koskenniemi, Martti (ed.), *op. cit.*, p. 195.

<sup>218</sup> “No hay una definición aceptada de *soft law*, pero usualmente se refiere a cualquier instrumento internacional, que no sea un tratado, que contenga principios, normas, estándares u otras declaraciones de comportamiento esperado. El término *soft law* es también empleado para referir contenido débil, vago o mal redactado de un instrumento vinculante” (traducción de Mónica Nuño), Shelton, Dinah, “Normative Hierarchy in International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 100, núm. 2, abril de 2006, p. 319.

tamos hablando de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (RAG); de las declaraciones de conferencias ministeriales; de los códigos de conducta; de las declaraciones conjuntas, etcétera, aun las disposiciones más flexibles, diferentes a los tratados.<sup>219</sup> Otros hacen una diferencia entre *hard law*, cuyo incumplimiento trae una consecuencia jurídica, y *soft law*, que conlleva una consecuencia política.<sup>220</sup>

Como puede observarse, la doctrina no es todavía clara sobre el contenido del *soft law*, va desde resoluciones de los OIs hasta “un instrumento obligatorio pero cuyo contenido es débil, vago o pobremente diseñado”. Tal vaguedad no abona en nada en la seguridad jurídica que debe tener el DI.

La doctrina se detiene en subrayar la utilidad y los beneficios del *soft law*:

El proceso de negociar y proyectar instrumentos no obligatorios puede facilitar en gran manera el objetivo de alcanzar el consenso necesario para producir un acuerdo multilateral obligatorio. En el campo de los derechos humanos, casi todas las convenciones multilaterales fueron precedidas por la adopción de una declaración no vinculante.<sup>221</sup>

O en forma concreta: “los instrumentos son más fáciles de adoptar, más fáciles de cambiar, y más útiles en asuntos técnicos que puedan requerir una constante o rápida revisión”.<sup>222</sup>

---

<sup>219</sup> *Idem*.

<sup>220</sup> Shelton, Dinah, “International Law and Relative Normativity”, en Evans, Malcolm D. (ed.), *op. cit.*, pp. 166-170.

<sup>221</sup> “...el proceso de negociación y redacción de instrumentos no vinculantes puede gratamente facilitar, en gran medida, el logro del consenso necesario para producir un acuerdo multilateral vinculante. En el ámbito de los derechos humanos, casi todas las convenciones multilaterales recientes fueron precedidas por la adopción de una declaración no vinculante...” (traducción de Mónica Nuño), *ibidem*, p. 321.

<sup>222</sup> “Los instrumentos no vinculantes son más rápidos de adoptar, más fáciles de cambiar y más útiles, para asuntos técnicos pueden necesitar revisiones rápidas o repetidas” (traducción de Mónica Nuño), *ibidem*, p. 322.

El concepto de *soft law*, según los que apoyan esta corriente doctrinaria, tiene una gran utilidad, no solamente teórica —para explicar el fenómeno—, sino también práctica. Por ejemplo, se habla que el *soft law*:

- Precede y ayuda a la formación de la costumbre internacional y el derecho de los tratados.
- Llena los huecos de los instrumentos legales internacionales y más adelante define la costumbre internacional.
- Forma parte de la práctica de los Estados que puede ser utilizada para interpretar los tratados.
- Sustituye las obligaciones legales en circunstancias en que la coyuntura del momento hace innecesario o muy costoso o tardada la creación de tratados internacionales.<sup>223</sup>

Para otros, como Alan Boyle, las ventajas del *soft law* son:

- 1) Puede ser más fácil alcanzar un acuerdo cuando la forma es no vinculante o no parece cumplir con el principio *pacta sunt servanda*.
- 2) Los instrumentos de *soft law* permiten acordar decisiones en forma más detallada y precisa en virtud de su naturaleza jurídica.
- 3) Las consecuencias del no cumplimiento son más limitadas.
- 4) Los Estados pueden evitar el proceso doméstico de ratificación de los tratados (control constitucional y legal y tal vez —si es conveniente— escapar de la rendición de cuentas sobre lo acordado).
- 5) Los instrumentos del *soft law* son flexibles y fáciles de reformar o reemplazar, especialmente cuando estamos ante el gran dinamismo de las organizaciones internacionales.<sup>224</sup>

---

<sup>223</sup> *Idem*.

<sup>224</sup> Traducción del autor, citado por Cárdenas Castañeda, Fabián Augusto, “A Call for Rethinking the Sources of International Law: Soft Law and the Other Side of the Coin”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XIII, 2013, pp. 388 y 389.

De lo anterior podemos concluir que los instrumentos de *soft law* no pasarían una prueba de seguridad jurídica, pues se basan en su facilidad para adoptarlos y modificarlos, y en su débil o nula fuerza vinculante. Queda a la voluntad de las partes su cumplimiento e, inclusive, tienen visos de representar un fraude a la ley al buscar evadir el sistema de control (“Los Estados pueden evitar el proceso doméstico de ratificación de los tratados «control constitucional y legal» y, tal vez —si es conveniente— escapar de la rendición de cuentas sobre lo acordado”) que generalmente las estructura estatales crean para asegurar que la adopción de obligaciones internacionales no sea una decisión arbitraria de un sólo poder. Además, el llamado *soft law*, en lugar de fortalecer el orden jurídico internacional lo debilita, pues el concepto deja en manos del operador internacional aplicarlo o no, a fin de cuentas es un derecho suave.<sup>225</sup>

El concepto de *soft law* no está aceptado unánimemente por la doctrina, todavía es objeto de una polémica bastante interesante.<sup>226</sup> Indudablemente, puede ser útil en la academia para la sistematización del conocimiento, pero no puede tener sustento en la práctica;<sup>227</sup> una cosa es o no es, un instrumento jurídico es legal o no lo es.<sup>228</sup> No se puede decir que es medio derecho o un “derecho blando”, *soft law*.

En la adopción de ese tipo de instrumentos internacionales y para decidir sobre su fuerza jurídica vinculante se tiene que ver el contenido, más que la forma; lo cual se convierte en un ejerci-

---

<sup>225</sup> Véase el trabajo de Koskenniemi, Marti, “Formalismo, fragmentación y libertad. Temas Kantianos en el derecho internacional actual”, *Revista Internacional de Pensamiento Político*, vol. II, 2007, pp. 209-226.

<sup>226</sup> Koskenniemi, Marti, *Sources of International Law*, cit., pp. 123-152.

<sup>227</sup> Franz Cede, “New Approaches to Law Making in the UN-System”, *Austrian Review of International and European Law*, Austria, 1996, p. 54, afirma: “Si una prescripción —contenida en una guía o recomendación— es, en la práctica, considerada y aplicada por una mayoría de actores en el sistema internacional, la distinción entre *hard* y *soft law* es borrosa y con el tiempo el *soft law* se convierte en *hard law*.”

<sup>228</sup> Tomado de Harris, D. J., *op. cit.*, p. 65.

cio complejo. Pero, a fin de cuentas, es un campo amplio para la doctrina y para los jueces.

Sí, como considera Mauricio del Toro, “el *soft law* representa el primer eslabón de una cadena que va desde lo *soft* hasta lo *hard* y que culmina con las normas imperativas o *ius cogens* internacional”;<sup>229</sup> entonces, por qué no regresamos a los orígenes y llamamos a las cosas por su nombre: *lege lata*, que no se identifica con el término de *soft law*, que es un concepto vago e impreciso por lo que la doctrina no lo acepta en forma unánime. Se han dedicado muchos trabajos a la utilización de un concepto que no representa al fenómeno, de ahí el problema. En cambio, el concepto de *lege ferenda* expresa esa idea de proceso de creación (de *lege ferenda* a *lege lata*), no es derecho, pero está en *status nascendi*. Es cierto que en algunos casos una norma convencional o una consuetudinaria puede tener menos eficiencia que una norma de *soft law*, de ahí que hay que buscar la normatividad en su contenido, en la manera como los que la adoptaron expresan su voluntad y no en la mera forma.

## VII. LA *OPINIO COMMUNITATIS* DE ALGUNAS RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL

Para hurgar en la naturaleza jurídica de algunos instrumentos jurídicos internacionales de dudosa categoría obligatoria, hay que buscar su naturaleza jurídica vinculante desde otras perspectivas. Por ejemplo, debemos tomar en consideración que hay instrumentos jurídicos internacionales como el Pacto Briand-Kellog (Tratado de Renuncia a la Guerra del 27 de agosto de 1928, que en sus orígenes era un tratado de carácter bilateral Francia-EEUU), que como su nombre lo expresa, está ratificado por sólo algunos Estados; sin embargo, significativamente por aquellos que han sido actores de guerras como Alemania, Italia, Japón, Francia y EEUU.

---

<sup>229</sup> Toro Huerta, Mauricio del, *op. cit.*, p. 544.

Este tratado es el punto de partida para considerar algo que es bien sabido actualmente, que las guerras están prohibidas como medio de solución de controversias.

También hay resoluciones que son adoptadas por consenso y que tienen una forma legislativa, como es el caso de la Resolución de la AG 2625 del 24 de octubre de 1970, que se refiere a la 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. Aquí queremos subrayar que la CIJ, en el Caso relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y Contra Nicaragua, toma a esta resolución como jurídicamente vinculante, si bien como norma consuetudinaria, pero en realidad como una norma codificadora.<sup>230</sup>

Al respecto, una opinión interesante es la de Roy Lee,<sup>231</sup> Consejero Legal del Secretariado de la Organización de las Naciones Unidas que, inmerso en la práctica de la AG, observa que hay una serie de resoluciones muy significativas que se salen de lo común. Construye su razonamiento basándose en la OC sobre el Caso Namibia (1971), cuando la CIJ estableció que “No sería correcto asumir que en virtud de que la AG principalmente esta provista de facultades recomendarorias está impedida de adoptar, en casos específicos, en el marco de su competencia, resoluciones que deciden o tienen un diseño operativo”.<sup>232</sup>

Con base en lo anterior, Lee considera que hay ciertas resoluciones de carácter excepcional, como por ejemplo:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).
- La Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales (1960).

---

<sup>230</sup> Kirgis, Frederic Jr., *op. cit.*, p. 147.

<sup>231</sup> Lee, Roy, “Rule-Making in the United Nations: *opinio communitatis*”, *Journal of International Law and Politics*, New York University, vol. 27, núm. 3, abril de 1995, pp. 571-576.

<sup>232</sup> Parágrafos 87-116.

- La Declaración sobre la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales (1962).
- La Declaración de los Principios Jurídicos que deben Regir las Actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre (1963).
- La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965).
- La Declaración sobre la Inadmisibilidad de la Intervención en los Asuntos Internos de los Estados y la Protección de su Independencia y Soberanía (1965).
- La Declaración de Principios que Regulan los Fondos Marinos y Oceánicos y su Subsuelo Fuera de los Límites de la Jurisdicción Nacional (1970).
- La Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de Conformidad a la Carta de las Naciones Unidas (1970).
- La Definición de la Agresión (1974).
- La Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales (1982).
- La Declaración sobre la Prevención y la Eliminación de Controversias y de Situaciones que puedan Amenazar la Paz y la Seguridad Internacionales y sobre el Papel de las Naciones Unidas en esa Esfera (1988).

Lee considera que todas estas resoluciones de la AG tienen como característica común que son ampliamente aceptadas por los Estados, es decir, poseen una *opinio communis* y su valor jurídico depende de sus características muy definidas:

...primero, todas se refieren a asuntos de una seria preocupación de los Estados. Fueron adoptadas ya sea por consenso, unanimidad o por una gran mayoría. A su adopción le precedieron intensas negociaciones y consultas... segundo, algunos de los instrumentos mencionados contienen una reafirmación y clasificación de ciertas

reglas generalmente reconocidas de DI, o contienen interpretaciones de disposiciones de la Carta... [y] tercero, y más importante, en casi todos estos casos, los Estados han puesto en claro ya sea al tiempo de la adopción o subsecuentemente, su intención de cumplir con estos instrumentos.<sup>233</sup>

La postura de Lee es de un gran contenido racional ya que, si se confronta con la práctica internacional, se verá que los Estados no se pueden abstraer, por ejemplo, de invocar la resolución que adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 cuando se trata de derechos humanos, independientemente de que esta declaración ha sido el modelo a seguir por las legislaciones internas de muchos Estados. La tendencia, bastante sospechosa, de querer dar una explicación al evidente valor jurídico de todas estas resoluciones a través de la costumbre,<sup>234</sup> no hace sino poner un velo a la práctica internacional y de alguna manera obstaculizar el desarrollo del DI, ya que se desconocen otras figuras que han evolucionado en el DI contemporáneo.

#### VIII. LA OTRA CARA DE LA MONEDA, LA FUERZA JURÍDICA OBLIGATORIA DE LAS RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL

Queda claro que muchas de las resoluciones de la AG han tenido una repercusión indudable en el DI. El valor jurídico internacional que *per se* tienen algunas resoluciones no se puede soslayar por la posición doctrinal que se asuma.<sup>235</sup> Aunque algunos como Dinah

---

<sup>233</sup> Lee, Roy, *op. cit.*, pp. 575 y 576.

<sup>234</sup> Por ejemplo, entre las múltiples opiniones en este sentido, Sohn considera que estas resoluciones son obligatorias, y son una nueva manera de crear costumbre internacional, Bos, Maarten (ed.), *The Present State of International Law and Other Essays*, Nueva York, Springer Science+Business Media, 1973, p. 39.

<sup>235</sup> Por ejemplo, se afirma que en algunas circunstancias excepcionales "... en virtud del grado de unanimidad y la claridad de la intención de la Asamblea General de establecer ley, la presunción que la resolución representa, el dere-

Shelton siguen viendo en la costumbre la explicación del carácter vinculante de algunas resoluciones,<sup>236</sup> hay que resaltar que reconocen en ellas, *per se*, un fuerte contenido jurídico.

Muchos instrumentos convencionales poseen un sistema de control de la aplicación de sus normas. Aquí estamos hablando fundamentalmente de tratados en materia de derechos humanos que emiten resoluciones de carácter jurisdiccional, que indudablemente son obligatorias para los Estados sobre los que recaen; pero también dictan resoluciones —como en el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)— que se duda de su carácter vinculante. En este caso su valor jurídico se determina, en principio, por lo que dice su instrumento fundacional (el tratado que le da origen) y después por el valor que le otorgan los Estados de acuerdo con el sistema de recepción internos. Con lo cual, ese supuesto *soft law*, se convierte en vinculante por decisión de los Estados.

En la práctica jurisprudencial es interesante ver asuntos como el de *Texaco vs. Libya*, en el que el Tribunal aplicó la resoluciones de la AG sobre la Declaración Sobre la Soberanía Permanente Sobre los Recursos Naturales sin ningún problema.<sup>237</sup> Es preciso mencionar que en este caso el profesor Dupuy, jurista francés destacado, fue árbitro único después de que Libya se negó a participar en el proceso arbitral y sólo lo hizo con un memorándum dirigido al presidente. En dicho laudo Dupuy ha-

---

cho, en efecto, es indiscutible”, Mendelson, M. H. y Mullerson, Rein, *op. cit.*, p. 770. Aunque esta afirmación sea para concluir, más adelante, que este carácter jurídico vinculante se alcance a través de la costumbre internacional.

<sup>236</sup> “En años recientes, los instrumentos no vinculantes, algunas veces, han proporcionado la necesaria declaración de obligación legal (*opinio iuris*) para evidenciar la costumbre emergente y han ayudado al establecimiento del contenido de la norma. El proceso de proyectar y votar los instrumentos normativos no obligatorios puede ser considerado una forma de práctica de los Estados” (traducción del autor), Shelton, Dinah, “Normative Hierarchy in International Law”, *cit.*, p. 320.

<sup>237</sup> Fastenrath, Ulrich, “Relative Normativity in International Law”, en Koskenniemi, Martti (ed.), *op. cit.*, p. 195.

bla de un *ius communis* contenido en una resolución que refleja el derecho consuetudinario,<sup>238</sup> lo cual es un elemento interesante que debe tomarse en cuenta para identificar el elemento jurídico vinculante de las resoluciones.

Aunque se afirme, por una parte de la doctrina, que estas resoluciones forman parte del derecho consuetudinario general, en realidad pueden ser una fuente independiente de DI como los tratados internacionales que se nutren de la costumbre internacional o son un ejercicio de codificación de la costumbre y no por eso dejan de ser tratados internacionales. Las resoluciones pueden servir de codificadoras de la costumbre internacional o bien introducir una nueva normatividad u obligaciones a los Estados o sujetos de DI.

Más que interpretar las resoluciones de la AG a través de la costumbre internacional es necesario tomar en cuenta su grado de aceptación (el número de Estados, el elemento cuantitativo) y su objeto (el elemento cualitativo), es decir, la importancia del objeto y la importancia que los Estados destinan a la adopción de tal o cual resolución. Las resoluciones tienen objetivos concretos: hacer meros pronunciamientos o bien establecer situaciones jurídicas de carácter normativo; por lo que para una mejor comprensión de las resoluciones y darles la interpretación que les corresponde es necesario buscar su *opinio iuris* y su fin teleológico. No como un elemento de la costumbre internacional, insisto, sino como una característica de las resoluciones que, en la práctica, muchas de ellas son negociadas arduamente y debatidas como cualquier otra norma convencional.

---

<sup>238</sup> “87. Sobre la base de las circunstancias de la adopción... y expresando una opinión *juris communis*, la resolución 1803 (XVII) parece a este tribunal reflejar el estado de derecho consuetudinario existente en este campo. El consenso de la mayoría de los Estados pertenecientes a los distintos grupos representativos indica, sin la menor duda, el reconocimiento universal de las normas allí incorporadas, es decir, con respecto a la nacionalización y la compensación, el uso de las normas vigentes en el Estado nacionalizante, pero todo esto, de conformidad con el derecho internacional” (traducción del autor), tomado de Harris, D. J., *op. cit.*, p. 576.

Se ha cometido el error de tratar de darle a las resoluciones carácter normativo, buscando la salida de la costumbre internacional como una explicación; construyéndose, entonces, explicaciones forzadas como la de “costumbre instantánea” para decir que una resolución tiene carácter normativo no *per se*, sino porque los dos elementos de la costumbre se han configurado o porque la resolución significa la codificación de la costumbre internacional.

Muchas de las resoluciones se pueden considerar como parte del *ius cogens* internacional, es decir, tienen una jerarquía mayor en la estructura del orden jurídico internacional. Nos referimos a las mencionadas por Don Antonio Gómez Robledo que, según él, se refieren a “aquellas resoluciones en cierto modo legislativas y que versan sobre los intereses más elevados de la comunidad internacional”. Él mismo cita cuatro resoluciones de suma trascendencia.<sup>239</sup>

Baste tomar como ejemplo la resolución sobre Declaración Sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, que fue, ni más ni menos, la base jurídica del movimiento de descolonización de la década de los sesenta del siglo pasado y que constituye uno de los fenómenos más trascendentes del orden jurídico que le siguió a la Segunda Guerra Mundial. Desde el punto de vista de la doctrina sería absurdo, o bien, incompleto, referirse al principio de autodeterminación de los pueblos sin mencionar la Resolución 1514 de 1960.

Pensar que esa resolución no tiene fuerza jurídica obligatoria o regatearle su obligatoriedad *per se*, es una posición bastante

---

<sup>239</sup> La Resolución 1514, de 1960, sobre la Declaración sobre el Otorgamiento de la Independencia a los Territorios y Pueblos Colonizados; la Resolución 1893 (XVII), de 1962, acerca de la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales; resolución 2131, de 1965, referente a la Declaración sobre la Inadmisibilidad de la Intervención en los Asuntos Internos de los Estados y Protección de su Independencia y Soberanía, y la Resolución 2625 (XXV), de 1970, acerca de la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional de las Relaciones Amigables entre los Estados. Gómez Robledo, Antonio, *op. cit.*, p. 161.

miope o cargada de un gran temor de que los países desarrollados legislen haciendo uso de su mayoría en la AG.

Muchos de esos instrumentos considerados como de *soft law* y que, en consecuencia, no tienen fuerza jurídica vinculante, en la práctica son más atendibles que muchos tratados internacionales que por sí mismos son parte del *hard law*. Por ejemplo, en el marco de la Conferencia de Río de 1992 Sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, existe una Comisión sobre el Desarrollo Sostenible que se encarga de supervisar el cumplimiento de la Agenda 21 adoptada en la misma Conferencia de Río.

¿Es posible negarle esencia jurídica a estos instrumentos? Una posición más racional es tomar el fenómeno como lo que es. En la evolución de las relaciones internacionales la AG ha llegado a adquirir una capacidad de creación de normas jurídicas internacionales, en casos específicos, en las que coinciden una serie de factores, tales como:

- 1) La importancia de la materia sobre la que versa la resolución.
- 2) La adopción de la resolución por unanimidad o por una importante mayoría en la que se incluyen los Estados involucrados o más importantes en el tema de la resolución.
- 3) El interés que la comunidad manifiesta por la vía de la negociación y la toma de posición de los Estados.
- 4) El interés expresado por los Estados de cumplir la resolución.
- 5) El comportamiento de los Estados de acuerdo con la resolución o el recurso para fundamentar su autoridad jurídica que se hace en estas resoluciones.

En suma, para dilucidar el carácter vinculante de las resoluciones de los OI es necesario hacer un ejercicio de análisis y examinarlas a la luz de estos cinco puntos, sin esperar que forzadamente deban desembocar en normas consuetudinarias, sino en la búsqueda de ese *ius communis* del que hablan algunos teóricos.

## IX. LAS RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LA ONU

En otro momento, el profesor G. I. Tunkin, en su trabajo denominado *Osnovy sobremennogo mezhdunarodnogo prava*,<sup>240</sup> llegó a la conclusión de que las resoluciones del CS no son fuentes de DI, tienen un efecto *ad hoc* y pueden crear obligaciones, pero no son fuentes de aplicación general.

Indudablemente, esa afirmación tiene una razón de ser, pero en otro momento y sin tomar en cuenta la evolución o transformación de las relaciones internacionales. Actualmente hay cierto consenso en la doctrina de DI en considerar que las resoluciones del CS que se refieren a asuntos no de trámite, sino las previstas en el artículo 23-3 de la Carta de San Francisco, son jurídicamente obligatorias.

Un análisis cuidadoso de los artículos 23, 24, 25 y 27, en relación con los artículos 39 a 42 de la misma Carta, no dejan ninguna duda de que dichas resoluciones son jurídicamente obligatorias. Sin embargo, en donde la doctrina discrepa es cuando se refiere a la extensión de las facultades del CS que se refieren a su “responsabilidad primaria” de mantener la paz y seguridad internacionales. Después del fin de la Guerra Fría hay una hiperactividad del CS que lo ha convertido en un órgano cuasilegislativo, con la característica de que es el único órgano de la ONU que tiene facultades expresas para hacer cumplir sus resoluciones, aun de manera coercitiva.

Eso ha sido posible en virtud de la coyuntura internacional y por la ambigüedad o amplitud de las disposiciones de la Carta, concretamente del concepto “mantenimiento de la paz y seguridad internacionales”, objetivo fundamental y piedra de toque del CS para desencadenar sus acciones coercitivas. Precisamente, con ese fundamento, el CS ha dictado resoluciones de diferente tipo que podemos clasificarlas de la siguiente manera:

---

<sup>240</sup> Tunkin, G. I., *Osnovy sobremennogo mezhdunarodnogo prava*, Mockva, 1956.

- 1) Resoluciones que crean órganos internacionales de carácter jurisdiccional; por ejemplo, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia que fue creado mediante las Resoluciones 808 (1993) adoptada el 22 de febrero de 1993, y la 827 (1993) adoptada el 25 de mayo de 1993; y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda que fue creado mediante la Resolución 955 (1994) adoptada el 8 de noviembre de 1994.
- 2) Resoluciones que convierten al CS en un órgano legislativo en materia de terrorismo; por ejemplo, la Resolución 1372 (2001) adoptada el 28 de septiembre del 2001, que establece obligaciones a los Estados con relación al terrorismo como una amenaza a la paz y seguridad de los Estados.<sup>241</sup>
- 3) Resoluciones que convierten al CS en un órgano supra-legislativo, constitucional, de algunos Estados. El caso de Iraq a partir de la invasión estadounidense-británica es bastante elocuente.<sup>242</sup>
- 4) Resoluciones que convierten al CS en un órgano que extiende el concepto de legítima defensa y, en este caso, se convierte en intérprete de la legalidad internacional.
- 5) Resoluciones que indiscutiblemente caben en su esfera de competencia.

Las resoluciones del CS son de una gran importancia en el DI; sin embargo, no dejan de ser bastante discutibles<sup>243</sup> en cuanto

---

<sup>241</sup> Rosand, Eric, "Security Council Resolution 1373, the Counter-Terrorism Committee, and the Fight Against Terrorism", *American Journal of International Law*, vol. 2, abril de 2003, p. 333.

<sup>242</sup> Canchola Gutiérrez, Ulises, "Análisis jurídico del régimen resolutorio adoptado por el Consejo de Seguridad respecto a Iraq y el uso de la fuerza por parte de una coalición de Estados", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. IV, 2004, pp. 87-116.

<sup>243</sup> Bedjaoui, Mohammed, *The New World Order and the Security Council: Testing the Legality of Its Acts*, Dordrecht-Boston-Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, pp. 531.

a su legalidad, ya que exceden sus facultades que están expresadas en los artículos 24-1 y 39 de la Carta de San Francisco, porque ponen en la mesa de las discusión el carácter poco democrático del CS; instancia creada como resultado del fin de la Segunda Guerra Mundial, que vio obstaculizado su funcionamiento durante la Guerra Fría y que, solamente después del fin de esta, se puso en funcionamiento, cuando la realidad internacional se había transformado dramáticamente. Al respecto, cabe señalar que una corriente de juristas ha expresado su preocupación sobre la expansión de las facultades del CS.<sup>244</sup>

Las resoluciones del CS han llegado ante las cortes locales —tal es el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo, en el famoso caso de *Yassin Abdullah Kadi vs. European Commission*—. <sup>245</sup> Sin embargo, hay que reconocer que, de alguna manera, estas resoluciones también han provocado un incipiente desarrollo de los sistemas de control de las decisiones del CS, mediante la figura del Ombudsperson.

Ante el mayor papel del CS en la creación normativa se presenta el asunto de la interpretación de sus resoluciones. En ese sentido, la CIJ ha manifestado una tendencia a interpretar las resoluciones del CS; tal fue el caso, por ejemplo, de la OC de Kosovo mediante la cual interpretó la Resolución 1244 (1999) del CS. En esta perspectiva, la CIJ ha funcionado como un contrapeso del propio CS. Independientemente de esta actividad de interpretación, también existe la tendencia de apoyarse en Viena 69, que contiene normas de interpretación que si bien

---

<sup>244</sup> Österdahl, Inger, *Threat to the Peace: the Interpretation by the Security Council of Article 39 of the UN Charter*, Uppsala University, Swedish Institute of International Law Studies in International Law, 1998, p. 9; Serna Galván, Mónica Lourdes de la, “Interpretación del artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas (Amenazas a la paz) por el Consejo de Seguridad. ¿Es el Consejo de Seguridad un legislador para toda la comunidad internacional?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XI, 2011, pp. 147-185.

<sup>245</sup> Torrecuadrada García-Lozano, Soledad, “La expansión de las funciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: problemas y posibles soluciones”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012, pp. 365-406.

son para el derecho convencional, también constituyen reglas generales de interpretación del DI en general.

## X. EL CONSENSO, UNA FORMA DE CREACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

El consenso, el acuerdo conseguido sin someter los asuntos a votación, es una figura importante en el DI a tal nivel que para algunos internacionalistas el contenido de sus reglas depende del consenso que sobre ellas se haya alcanzado por parte de los representantes de los Estados-naciones.<sup>246</sup> Aún más, algunos internacionalistas como Vedross y Simma, consideran que “el consenso es la fuente fundamental del derecho internacional positivo”.<sup>247</sup>

En efecto, muchas de las resoluciones de los OIs se adoptan por consenso y en el proceso de adopción de las normas convencionales (en comisiones, por ejemplo) se utiliza la práctica del consenso.<sup>248</sup>

El consenso no es un tema nuevo, pues ya en la década de los ochenta la CDI se ocupó de él, con el jurista E. Suy como relator del tema “The role and significance of consensus in the framing of international Law”.<sup>249</sup> Y en 1993, L. B. Sohn sustituyó a Suy. El informe final de Sohn fue presentado para que pudiera ser discutido en el seno del IDI en 1997, acompañado de un proyecto de resolución titulado “The Role and Significance of Consensus in the Forming of International Law”. El trabajo de Sohn fue criticado y se dio pie para que en 1999

---

<sup>246</sup> D’Amato, Anthony A., *The Concept of Custom in International Law*, Ithaca, Cornell University Press, 1971, p. 33.

<sup>247</sup> Citado por Kolb, Robert, “The Formal Source of *ius cogens* in Public International Law”, *Asian Journal of Public and International Law*, vol. 53, 1998, p. 93.

<sup>248</sup> Véase el trabajo detallado sobre el consenso de Ferrer Lloret, Jaume, *El consenso en el proceso de formación institucional de normas en el derecho internacional*, Barcelona, Atelier, Libros Jurídicos, 2006, p. 339.

<sup>249</sup> *Ibidem*, pp. 20-24.

presentara uno nuevo, que otra vez fue criticado, hasta que finalmente, en la sesión del IDI celebrada en Berlín, también en el año 1999, presentó el proyecto finalmente adoptado. La tesis fundamental de este proyecto es

...llamar la atención de la comunidad internacional sobre el hecho de que el consenso ha emergido como una nueva técnica para crear DI, una nueva técnica ahora utilizada por las organizaciones y conferencias internacionales aceptada por la CIJ y reflejada en la práctica estatal.<sup>250</sup>

Es indudable el importante papel que le toca jugar al consenso y que se ha considerado como una práctica común; sin embargo, es cuestionable en cuanto que desplaza a las instancias normales de aprobación de la normatividad, como es la discusión en asambleas, y la discusión y disidencia de los jueces, lo que debilita la transparencia que debería existir en las relaciones internacionales. Además, habría que ver si en el consenso también participan los países subdesarrollados.

Por otra parte, el consenso puede ser importante por su trascendencia, pues podría ser la expresión de una *opinio communis* que lleve a una norma de carácter vinculante, en el caso de que apruebe la regla de los 5 pasos a que hemos hecho referencia con anticipación.

## XI. LAS DECISIONES DE LOS ÓRGANOS SUPRANACIONALES

En las postrimerías del siglo XX hemos sido testigos de un fenómeno interesante que se refiere a la aparición de diferentes derechos y obligaciones derivadas de órganos supranacionales de integración. Es el caso de Europa, con la Unión Europea, y de América Latina, con el Mercado Común del Sur (Mercosur). Sin embargo, se advier-

---

<sup>250</sup> *Ibidem*, p. 23.

te que hay una diferencia fundamental entre estos dos organismos; en el caso europeo tenemos una verdadera integración en la que prevalece la existencia de toda una superestructura, muy parecida a la estatal, incluyendo un órgano legislativo encargado de dictar directivas obligatorias para los miembros de la Unión Europea. Lo cual no sucede en el caso sudamericano, aunque lo toma como inspiración, y esto es entendible ya que existe diferencia en los niveles de desarrollo.

El Mercosur fue originado por el Tratado de Asunción, suscrito por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, el 26 de marzo de 1991, y tiene por objetivo asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados miembros “mediante la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales, en lo relativo a cuestiones tan amplias como el comercio exterior, la agricultura, la industria, las cuestiones fiscales, monetarias, cambiarias y de capitales, de servicios atuneros, de transporte y comunicación ente otros”<sup>251</sup>. Para lograr esos objetivos se busca homogenizar las legislaturas siguiendo las “decisiones” que provienen del consejo del mercado común, integrado por los ministros de relaciones exteriores y de economía de los Estados integrantes.

Además, se tienen las resoluciones que emanan del órgano ejecutivo del Mercosur, el Grupo Mercado Común, formado por cuatro miembros de cada país, entre los cuales deben de figurar obligatoriamente representantes de los ministerios de relaciones exteriores y de economía y de los bancos centrales. También están las directivas o propuestas emitidas por la Comisión de Comercio del Mercosur, integrada, igualmente, por cuatro miembros de cada país y encargada de asistir al Grupo Mercado Común en velar por la aplicación y revisión de la política comercial.<sup>252</sup>

---

<sup>251</sup> González, Carlos Alberto, “Las fuentes supranacionales del derecho del trabajo y sus tendencias a la unificación. El Mercosur”, *Rivista di Diritto dell'Integrazioni e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, Roma, núm. 2, p. 228.

<sup>252</sup> Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Teoría de las fuentes del derecho de la integración”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, Nueva Serie, vol. 4, núm. 2, 1996, p. 146.

Las decisiones, las resoluciones y las directivas o propuestas son obligatorias para los Estados miembros del Mercosur. Pero, a diferencia de las normas que derivan de la Unión Europea, no pueden ser llamadas comunitarias ya que carecen de jerarquía superior: automática recepción por los órdenes jurídicos internos y de carácter autoaplicativo.<sup>253</sup>

---

<sup>253</sup> Higgins, Rosalyn, “The ICJ, the ECJ and the Integrity...”, *cit.*, p. 14.

## CAPÍTULO QUINTO

### LA FUENTES DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

A finales del siglo XX se adoptó el Estatuto de Roma (ER). Una de sus grandes novedades fue que ya no se apoyaba en el artículo 38-1, sino que trajo su propio catálogo de fuentes de DPI. Por supuesto que, dada la especificidad de esta disciplina jurídica, las características de esas fuentes son muy particulares y no exentas de discusión doctrinal como lo veremos aquí.

#### I. ANTECEDENTES DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

En lo que se refiere a las fuentes hay un hito importante en el DPI, pues en el siglo XX su desarrollo fue muy destacado. Para entender la actual estructura de las Fuentes del Derecho Penal Internacional (FDPI) es necesario revisar su evolución a partir de finales de la Primera Guerra Mundial y hasta la adopción del ER, que creó la Corte Penal Internacional (CPI) en el año 2002.

Los antecedentes de la actual CPI se encuentran en Europa, en los conflictos que detonaron dos guerras mundiales y una sangrienta guerra en la ex Yugoslavia en las postrimerías del siglo pasado. A finales de la Primera Guerra Mundial, en el tratado de Versalles de 1919 se incluyó el apartado VII en el cual se estableció un procedimiento para imponer sanciones penales a los alemanes. La idea era que, después del conflicto bélico, los alemanes aceptarían la “cláusula de culpabilidad bélica”.<sup>254</sup>

---

<sup>254</sup> Thomson, David, *Historia mundial de 1914 a 1968*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 93.

Con base en ella Guillermo II de Hohenzollern fue acusado de “crimen supremo contra la moralidad internacional y la santidad de los tratados”,<sup>255</sup> y para juzgarlo se propuso un tribunal compuesto de cinco jueces que serían designados por los aliados. Sin embargo, el juicio no se llevó a cabo en virtud que Holanda, Estado donde se encontraba asilado el ex emperador, no concedió la extradición. Empero, el Tratado de Versalles, en su artículo 228,<sup>256</sup> optó por una salida más accesible:

- Alemania reconoció el derecho de los aliados y de los poderes asociados para llevar a los acusados de haber cometido actos en violación de las leyes o costumbres de guerra ante los tribunales alemanes o los tribunales de sus aliados. En consecuencia, no se crearon tribunales internacionales *ad hoc*, como si sucedió posteriormente.

---

<sup>255</sup> Guevara B., José A., “Breve introducción a los antecedentes históricos de la Corte Penal Internacional”, en Guevara B., José A. y Dal Maso J., Tarciso (comps.), *La Corte Penal Internacional. Una visión Iberoamericana*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2005, p. 5.

<sup>256</sup> A respecto, el Tratado de Versalles establece: “Artículo 228. El Gobierno alemán reconoce el derecho de las Potencias Aliadas y Potencias Asociadas para llevar ante los tribunales militares a las personas acusadas de haber cometido actos en violación de las leyes y costumbres de la guerra. Estas personas, si son encontradas culpables, serán sentenciadas a las penas establecidas por la ley. Esta disposición se aplicará independientemente de cualquier procedimiento o enjuiciamiento ante un tribunal en Alemania o en el territorio de sus aliados.

El Gobierno alemán deberá entregar a las Potencias Aliadas y Asociadas, o a aquella que así lo solicite, a todas las personas acusadas de haber cometido un acto en violación de las leyes y costumbres de la guerra, que se especifican ya sea por nombre o por rango, cargo o empleo que tenían en las autoridades alemanas.

Artículo 229. Las personas culpables de actos criminales contra los nacionales de una de las Potencias Aliadas y Asociadas serán llevadas ante los tribunales de esa potencia.

Las personas culpables de actos criminales contra los nacionales de más de una de las Potencias Aliadas y Asociadas serán llevadas ante tribunales militares integrados por miembros de los tribunales militares de las Potencias interesadas.

En todos los casos, el acusado tendrá derecho a nombrar su propio abogado”.

- Las fuentes del derecho mediante las cuales se debería juzgar eran el derecho humanitario convencional y consuetudinario.

Esto produjo los juicios de Leipzig, que en realidad no tuvieron el éxito esperado. Años más tarde, durante la Segunda Guerra Mundial, en el año de 1943, cuando los aliados visualizaban la victoria, en la Conferencia de Moscú los líderes de los países aliados Roosevelt, Churchill y Stalin, emitieron la declaración que establecía que los criminales de guerra deberían ser juzgados.<sup>257</sup> Con esa consigna, después de la Segunda Guerra Mundial, precisamente el 8 de agosto de 1945, el cuarteto de Estados vencedores de esa contienda bélica: EEUU, Gran Bretaña, la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas (URSS) y Francia, a través de su gobierno provisional, celebraron el tratado denominado Acuerdo de Londres, mediante el cual se establecieron las bases para procesar y castigar a los miembros del Eje que cometieron crímenes de guerra.

Se creó el Tribunal Militar Internacional (Tribunal de Núremberg) y, por lo que corresponde a los crímenes de guerra cometidos por los japoneses, mediante la Declaración de Postdam del 2 de julio de 1945, se estableció la obligación de someter a juicio a los criminales japoneses y se creó el Tribunal Militar Internacional para Lejano Oriente (Tribunal de Tokio).

En estos tribunales, que fueron creados *ad hoc*, se planteaba el problema teórico de la aplicación del principio de legalidad penal (*nullum crimen sine lege*). Sin embargo, el Tribunal de Núremberg, apoyándose en las fuentes del DI, recordó que el derecho de guerra no solamente existe en los tratados internacionales, sino que para encontrarlo hay que recurrir a la costumbre internacional<sup>258</sup>; de-

---

<sup>257</sup> "...pueden ser juzgados y castigados de acuerdo con el derecho de estos países liberados y de los gobiernos libres que se levantarán en ellos" (traducción de Mónica Nuño), Guevara B., José A. y Dal Maso J., Tarciso (comps.), *op. cit.*, p. 9.

<sup>258</sup> "...sino en la costumbre y las prácticas de los Estados que gradualmente obtuvieron reconocimiento universal, y de los principios generales de justicia aplicados por juristas y practicados por tribunales militares" (traducción de Mónica Nuño), *ibidem*, p.16.

jando claro que se aplicaban las fuentes tradicionales de DI. Además, en forma progresiva, los tribunales de Tokio y de Núremberg aportaron con sus sentencias nuevos elementos en la identificación de la normatividad internacional penal.

En el año de 1950, la CDI elaboró el documento que se denominó “Principios del Derecho Internacional Reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Núremberg y en las Sentencias de dicho Tribunal”. Con esa experiencia histórica, en el año de 1993 el CS de la ONU creó el Tribunal Internacional para Juzgar a los Presuntos Responsables de Graves Violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el Territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991 (TPY). Su estatuto fue claro al establecer que el TPY aplicaría el derecho de Ginebra de 1949, así como el DCI en la materia.<sup>259</sup>

Otro hito importante fue la creación del Tribunal Penal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de Genocidio y Otras Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario Cometidas en el Territorio de Ruanda y a Ciudadanos de Ruanda Responsables de Genocidio y Otras violaciones de esa Naturaleza Cometidas en Territorios de Estados Vecinos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994 (TPR).

En Sierra Leona se suscitó otro conflicto de gran gravedad en la década de los años 90. En este caso, a diferencia de los tribunales de la ex Yugoslavia y de Ruanda, no se optó por la creación de un tribunal por el CS. El tribunal sobre Sierra Leona fue producto de una negociación y la celebración de un acuerdo entre el gobierno de Sierra Leona y la Organización de las Na-

---

<sup>259</sup> “El Tribunal Internacional estará facultado para enjuiciar personas que cometan violaciones graves a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949...” (artículo 2o. del Estatuto) y que “...el Tribunal Internacional tendrá facultades para enjuiciar a las personas que violen las leyes de costumbre de la guerra” (artículo 3o.). “...el Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991” (traducción de Mónica Nuño), Estatuto Internacional adoptado por el Consejo de Seguridad, resolución 827, 25 de mayo de 1993.

ciones Unidas el 16 de enero de 2002, que dio vida al Tribunal Especial para Sierra Leona. Hay que mencionar que estos tres tribunales aplicaron las fuentes conocidas y previstas en el artículo 38-1 del ECIJ.<sup>260</sup>

## II. EL ESTATUTO DE ROMA Y LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Uno de los aspectos más interesantes del ER de 1998, que estableció la CPI y entró en vigor el 1 de julio de 2002, es, sin duda, su referencia a las fuentes del DI; siendo una clara manifestación de que el artículo 38-1 del ECIJ está rebasado por la evolución de la institucionalización internacional, al tiempo que hace evidente el peligro de que la práctica internacional rebase también las disposiciones del ER.

Es comprensible la preocupación de los creadores del ER, ya que uno de los aspectos más relevantes del DPI es la necesidad de contar con normas ciertas y reconocidas por los acusados, con anticipación al hecho que se considere punible; lo que técnicamente se conoce como los principios de *nullum crimen sine lege* y *nullum poena sine lege*, que dan certidumbre a la normatividad penal. Aunque hay que reconocer que no llega a alcanzarse ese grado de certidumbre total que existe en el derecho penal interno, ya que no todo el derecho penal esta codificado.

El artículo 21 del ER se refiere a las fuentes<sup>261</sup> en una formulación novedosa que rompe con la hegemonía, si así lo po-

---

<sup>260</sup> La jurisprudencia de estos tres tribunales es rica en la aplicación de las fuentes mencionadas en el artículo 38-1 del ECIJ. Véase Schabas, William A., *The UN International Criminal Tribunals: the Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge University Press, 2006, pp. 74-120.

<sup>261</sup> “Artículo 21. Derecho aplicable.

1. La Corte aplicará:

a) En primer lugar, el presente Estatuto, los elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba.

demos decir, del artículo 38 del ECIJ, como veremos a continuación.

1. *En primer lugar, el Estatuto de Roma, los elementos de los crímenes y sus reglas de procedimiento y prueba*

A diferencia del artículo 38-1 del ECIJ, el artículo 21 establece una jerarquía normativa en la que, en primer lugar, se aplica el ER que tiene un catálogo de delitos tipificados. La importancia de la tipificación y de las reglas procedimentales es evidente y constituye un avance en la estructuración de una justicia penal internacional, de ahí la importancia de la aplicación, en primer término, del ER.

En este rango se habla de los elementos de los crímenes. El ER hace referencia en su artículo 9o. a los elementos del crimen<sup>262</sup> que ayudarán a la CPI a interpretar y aplicar sus ar-

---

b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados.

c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos.

2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.

3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7o., la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición”.

<sup>262</sup> Artículo 9o.

Elementos de los crímenes.

1. Los elementos de los crímenes, que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6o., 7o. y 8o. del presente Estatuto, serán aprobados por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes.

2. Podrán proponer enmiendas a los elementos de los crímenes:

tículos 6o. (genocidio), 7o. (crímenes de lesa humanidad) y 8o. (crímenes de guerra). A la fecha, este documento ha sido ratificado por las dos terceras partes de la asamblea de Estados integrantes. Así, “los elementos del crimen” tienen una función declarativa, digamos reglamentaria, de sistematización de los crímenes señalados en los artículos del 6o. al 8o. del estatuto y son una fuente jurídica secundaria.<sup>263</sup> Dondé Matute menciona que este documento basa su estructura en el Código Penal Modelo de los EEUU.<sup>264</sup>

Respecto de las reglas de procedimiento y prueba, los Estados parte las aprueban y son una codificación de las reglas de procedimiento y prueba de los tribunales penales internacionales previamente establecidos.

2. *En segundo lugar, cuando proceda, tratados aplicables, principios y normas del derecho internacional, incluidos los establecidos en el derecho internacional de conflictos armados*

En materia de fuentes, el estatuto no crea un sistema autocontenido pues, después de la normatividad interna, siempre y cuando proceda, no hay dificultad en aceptar las normas contenidas en otros tratados. Precisamente en materia penal inter-

- 
- a) Cualquier Estado parte.
  - b) Los magistrados, por mayoría absoluta.
  - c) El fiscal.

Las enmiendas serán aprobadas por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes.

3. Los elementos de los crímenes y sus enmiendas serán compatibles con lo dispuesto en el presente Estatuto.

<sup>263</sup> Ambos, Kai, “«Elementos del crimen» así como reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional”, disponible en: [http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/voe\\_Elementos\\_crimen.pdf](http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/voe_Elementos_crimen.pdf) (fecha de consulta: 8 de julio de 2016).

<sup>264</sup> Dondé Matute, Javier, *Fuentes del derecho penal internacional. Ensayos para el desarrollo del Sistema de Justicia Internacional*, México, Porrúa, 2015, p. 54.

nacional, después de la Segunda Guerra Mundial, se ha creado una estructura jurídica normativa contenida en una serie de tratados internacionales como la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 y la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes de 1984, entre muchos otros. También, hay que tomar en cuenta que el DPI está íntimamente relacionado con los tratados internacionales sobre derechos humanos y con el derecho penal interno.<sup>265</sup> Sin embargo, no se debe de soslayar que la frase “cuando proceda” hace que la aplicación de estas fuentes sea meramente subsidiaria.

Por otra parte, al referirse el ER a los “principios y normas del derecho internacional”, sin duda se trata del derecho consuetudinario; aunque la mención de los “principios”, aparte de las “normas”, es vaga, según algunos comentaristas.<sup>266</sup> Precisamente esa vaguedad trae como consecuencia polémicas sobre todo en lo que toca al reconocimiento, por parte del artículo 21, de las normas consuetudinarias. Algunos comentaristas consideran que si bien la costumbre internacional “tuvo un momento importante en la conformación del derecho penal internacional, ha desaparecido por completo de su sistema de fuentes representado por el artículo 21 del Estatuto de la Corte Penal Internacional”.<sup>267</sup>

A reserva de que este tema lo toquemos más adelante, consideramos que el estatuto se refiere a principios como los contenidos en el artículo 2o. de la Carta y que son ampliamente conocidos por la doctrina de DI, y muchos tienen una naturaleza consuetudinaria. Cuando se refiere a las “normas” es lógico que se refiera a las normas consuetudinarias, pues las convencionales ya se tocaron con anticipación.

---

<sup>265</sup> Cassese, Antonio, “International Criminal Law”, en Evans, Malcolm D. (ed.), *op. cit.*, p. 723.

<sup>266</sup> Verhoeven, J., “Article 21 of the Rome Statute and the Ambiguities of Applicable Law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, Holanda, vol. XXII, 2002, p. 13.

<sup>267</sup> Dondé Matute, Javier, *op. cit.*, pp. 67 y 68.

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

Es atrayente también la mención que se hace en artículo 21-c de los PGD. Lo interesante es que, por un lado, se separa de la fórmula bastante anticuada del artículo 38-1 del ECIJ de las “naciones civilizadas” y, por otra parte, pone un límite o control al establecer que esos PGD se deben derivar del “derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, *siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos*” (las cursivas son nuestras).

Aunque no le parezca a algunos comentaristas, parece claro a qué se refiere el artículo 21 cuando habla de “sistemas legales”. Esta es una fórmula más apropiada que la de “naciones civilizadas” y se refiere a los principales sistemas del mundo, es decir, al sistema jurídico anglosajón, el romano germánico y ¿el de los países musulmanes? Aquí queda una duda sobre la similitud de las normas penales de los países musulmanes que podrían ser diferentes, ya que están basados o enraizados en normas religiosas que posiblemente serían bastante diferentes en la imposición de las penas, lo que puede contradecir o chocar con las nuevas concepciones de los derechos humanos del mundo occidental, por lo menos desde el punto de vista teórico. No obstante, no olvidemos que esta es el candado sobre la incompatibilidad.

Esos PGD deben referirse a la materia del DPI y, por si no fuera poco, el mismo estatuto menciona algunos en su parte III:

- *Nullum crimen sine lege.*
- *Nulla poena sine lege.*
- Irretroactividad *ratione personae*.
- Responsabilidad penal individual.
- Exclusión de los menores de 18 años de la competencia de la Corte.

- Imprudencia del cargo oficial.
- Responsabilidad de los jefes y otros superiores.
- Imprescriptibilidad.
- Elemento de intencionalidad.
- Circunstancias eximentes de responsabilidad penal.
- Error de hecho o error de derecho.
- Órdenes superiores y disposiciones legales.

De acuerdo con lo hasta aquí visto, es factible decir que en DI podemos identificar los siguientes principios:

- Los principios de DI, reconocidos por el DI *lato sensu*, algunos de los cuales pueden tener una relación con el DPI, como es el caso de los principios reconocidos por la Carta de San Francisco en su artículo 2o., entre ellos la prohibición de “recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial la independencia política de cualquier Estado...”, que tiene también una naturaleza consuetudinaria, como se probó en el caso Nicaragua ante la CIJ.
- Los PGD *latu sensu*, a los cuales se refiere el artículo 39-1 del ECIJ.
- Los PGD en materia penal a los que recientemente nos referimos.

#### 4. *La jurisprudencia en materia penal internacional*

En una posición teórica, más consistente con la tradición jurídica anglosajona, el artículo 21-2 del ECPI establece la posibilidad de que la CPI aplique interpretaciones jurisprudenciales hechas con anticipación: “La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores”.

Esto parece que aleja al ECPI de la tradición jurídica civilista que se refleja en el artículo 38-1, en el sentido de que las decisio-

nes judiciales solo tienen validez para el caso concreto y que fue una inclinación a la que llegaron los diseñadores del artículo 35 del ECPJI, antecedente del mencionado artículo 38-1.

En el artículo 21-2 se trata de asegurar una continuidad en las decisiones de la CPI en donde la práctica ha creado una especie de jurisprudencia internacional. Aunque las palabras “podrá aplicar” denotan una potestad de la CPI y, en consecuencia, una libertad para que pueda separarse de los precedentes.

### 5. *Compatibilidad con los derechos humanos*

La mención a los derechos humanos que hace el artículo 21-3 del ER es de gran importancia ya que, técnicamente, coloca a los derechos humanos en una posición jerárquica superior, al ponerlos como limitación o como parámetros de interpretación del juzgador. La importancia de los derechos humanos es muy grande, ya que el DI penal es un sistema híbrido que contiene normas y principios que se originan en el DI, incluyendo derechos humanos. La normatividad de los derechos humanos se envuelve, como capa protectora, en la normatividad del DPI. Y la prohibición del genocidio es una norma de derechos humanos que esta sancionada por el DPI.

Esto confirma nuestra tesis de que el DPI, junto con los derechos humanos y el derecho humanitario internacional, conforman las bases de un orden público internacional, ya que su normatividad puede estar íntimamente interrelacionada.<sup>268</sup>

---

<sup>268</sup> “...un crimen de derecho internacional comportará en muchos casos la violación grave, sistemática y masiva de los derechos humanos, pero un comportamiento de esta naturaleza sólo podrá ser valorado como un crimen de derecho internacional si concurren a la postre, los específicos requisitos previstos en su tipificación internacional”, Chinchón Álvarez, Javier, *Derecho internacional y transición a la democracia y la paz: hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia ibeoamericana*, Madrid, Ediciones Parthenon, 2007, p. 519.

### III. ¿EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL NIEGA LA APLICACIÓN DEL DERECHO CONSUETUDINARIO INTERNACIONAL?

Esta cuestión reviste gran importancia y en la cual la doctrina no tiene una posición general todavía. En efecto, hay juristas que rechazan la posibilidad de aplicar las normas consuetudinarias por la CPI, en virtud del principio *nullum crimen sine lege* que es parte del principio de legalidad en la normatividad penal.<sup>269</sup> A lo mucho, pueden servir como “normas aplicables para la interpretación o, todo lo más, la integración de las normas escritas”.<sup>270</sup> Esta postura toma como punto de partida la interpretación del artículo 21 del ECPI, que, según esa corriente, no reconoce la normatividad consuetudinaria como fuente de aplicación de la CPI. Esta idea no es aceptada por toda la doctrina, hay otras posturas, que compartimos, que aceptan la aplicación de las normas consuetudinarias con base en los siguientes razonamientos: el DPI es un ordenamiento nuevo y autónomo, que al mismo tiempo es parte del DIP formal que se origina a través de la celebración de tratados o a través de la formación del derecho consuetudinario;<sup>271</sup>

...el derecho consuetudinario y los PGD son, por cierto, difíciles de identificar, dado que se trata aquí de derecho internacional no escrito. Sin embargo, en tanto falten las convenciones correspondientes, estas fuentes del derecho deben servir como punto de partida constructivo para la formación de normas de derecho penal internacional.<sup>272</sup>

---

<sup>269</sup> Dondé Matute, Javier, *op. cit.*

<sup>270</sup> Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis, “Principios generales del derecho penal”, en Guevara B., José A. y Dal Maso J., Tarciso (comps.), *op. cit.*, p. 611.

<sup>271</sup> Esta es la postura, por ejemplo, de Antonio Cassese. Véase Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 26.

<sup>272</sup> Ambos, Kai, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Uruguay, Duncker & Humblot-Konrad Adenauer Stiftung-Temis, 2005, p. 35.

No olvidemos que el derecho convencional internacional no cubre todas las áreas del derecho, en virtud de su carácter parcial, es decir, no todos los Estados son miembros de los mismos tratados; por lo que impedir la aplicación del derecho consuetudinario significaría dejar descubiertas muchas áreas delictivas de la actividad humana, lo que nos lleva a la impunidad. Inclusive, el ER, aunque no se refiere directamente a la costumbre, si lo hace de manera indirecta en el artículo 21-1-b que se refiere a “los principios y normas de derecho internacional aplicables, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados”, lo cual, indudablemente, incluye la normatividad consuetudinaria. Aquí el concepto “principios de derecho” no se tiene que entender en el sentido del artículo 38-1-c del ECIJ, sino en el de las reglas de derecho consuetudinario internacional desarrolladas sobre la base del derecho de Núremberg.<sup>273</sup>

El especialista alemán en DPI Kai Ambos, tratando de puntualizar, recuerda que el derecho penal debe respetar el estado de derecho (*rule of law*), la idea de la justicia y, concretamente, el principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*); y que “la conducta debe ser el objeto de una prohibición penal escrita (*lex scripta*) al tiempo de su comisión, a ser juzgada con posterioridad (*lex praevia*); además, los elementos del delito respectivo deben estar definidos clara e inequívocamente (*lex certa*)”. En virtud de las características de la costumbre internacional Ambos concluye:

...al menos en relación con la jurisdicción de la Corte Penal Internacional y su compromiso con el principio *nullum crimen* en los artículos 22 y 24 de su Estatuto, una regla de derecho consuetudinario no puede generar responsabilidad penal. Los tribunales nacionales, incluso en los sistemas del *common law*, también han sido reticentes a reconocer responsabilidad penal basada únicamente en el derecho internacional consuetudinario.<sup>274</sup>

<sup>273</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>274</sup> Ambos, Kai y Timmermann, Anina, *Terrorismo y derecho internacional consuetudinario*, en Ambos, Kai et al. (eds.), Colombia, CEDPAL-Konrad Adenauer Stiftung, 2015, pp. 27 y 28.

No dudamos de tal análisis, sin embargo, insistimos en la naturaleza descentralizada del DI y la ausencia de normas totalmente generales; lo que no se logra con el derecho convencional que sería el que daría certidumbre a la legalidad penal internacional. Por eso los tribunales recurren a la costumbre internacional. Los ejemplos pueden ser muchos, solo tomemos la OC de la CIJ “Sobre la Legalidad de la Amenaza o el Empleo de Armas Nucleares” del 16 de julio de 1996, que en su búsqueda de dicha legalidad recurre al análisis de la práctica en busca de la costumbre internacional.<sup>275</sup> Ya en otro momento nos referimos al trabajo colosal que hizo el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) sobre la codificación de algunas normas de derecho humanitario internacional que indudablemente son parte del DPI.

El mismo profesor Ambos, no obstante su posición crítica a la costumbre de DPI, recurre al análisis de la práctica en busca del carácter consuetudinario del delito de terrorismo.<sup>276</sup> Hay una gran cantidad de normas consuetudinarias en materia penal internacional de carácter sustantivo y adjetivo que no tienen su equivalente en el derecho convencional con vocación universal y no aplicarlo significa ir en contra del objetivo del mismo DPI de luchar contra la impunidad.

Hay Estados, como los EEUU, que son reticentes a ser parte de tratados como el ER, blindando o tratando de blindar a sus fuerzas militares y sus autoridades de la aplicación del derecho penal contenido en ese tratado. ¿En momentos en que en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda, por ejemplo, se ha comprobado oficialmente, mediante el Informe Chilcot, que la Guerra de Iraq fue ilegal y que se cometieron graves violaciones al DI penal, será posible dejarlo en la impunidad si los Estados involucrados son remisos a aceptar el derecho convencional que los penaliza?

---

<sup>275</sup> Al respecto la CIJ afirma: “75. Son muchas las normas consuetudinarias que se han establecido mediante la práctica de los Estados y que forman parte integrante del derecho internacional relacionado con la cuestión que se plantea...” (se refiere al derecho humanitario internacional).

<sup>276</sup> Ambos, Kai y Timmermann, Anina, *op. cit.*

Creemos que el error que comete la doctrina al negar la posibilidad de aplicar el derecho consuetudinario en el DPI, estriba en olvidarse que el DI *latu sensu* es un sistema jurídico específico, diferente al interno y que una manifestación de la legalidad internacional es el DCI que llena los espacios que no cubre el derecho convencional en aras de un sistema hermético y de Estado de derecho internacional.

## EPÍLOGO

### ¿FUENTES *QUO VADIS*?

A lo largo de este libro hemos hecho referencia a los distintos problemas teóricos y cuestionamientos que se hacen a las fuentes tradicionales, así como a la manifestación de nuevas formas del derecho, como las que mencionamos en varios capítulos de este trabajo.

El asunto de la naturaleza jurídica de esas nuevas instituciones jurídicas, que denominamos como fuentes, no se agota en este trabajo, pretendemos que sea el punto de partida para nuevas investigaciones; pero sí tratamos de desacralizar el artículo 38-1 del ECJ, que por poco más de un siglo ha realizado un gran servicio al DI, pero que ya está rebasado por la dinámica de las actuales relaciones internacionales.

Ni tampoco concluimos con el tema que hemos denominado como “zonas grises” y que seguro es una amplia materia prima de investigación. En efecto, en el sistema de relaciones internacionales podemos encontrar manifestaciones jurídicas como la *lex mercatoria* (las normas creadas por los comerciantes y que constituyen un *corpus iuris* vigoroso, vivo, dinámico e independiente del Estado);<sup>277</sup> el derecho deportivo, en concreto todos esos actos jurídicos que derivan de esas organizaciones multinacionales como la Federación Internacional de Fútbol Asociación (FIFA). En las relaciones internacionales, la normatividad en materia deportiva es muy abundante, y en muchos casos está sobre los Estados, sin que haya ningún conflicto se aplican voluntariamente; el Internet es un fenómeno de comunicación trans-territorial que

---

<sup>277</sup> León Robayo, Édgar Iván, “La nueva «Lex Mercatoria»: un derecho transnacional uniforme”, en Abello-Galvis, Ricardo (ed.), op. cit., pp. 397-432.

tiene sus propias normas de funcionamiento;<sup>278</sup> y otro tipo de expresiones que no tienen un lugar en los análisis de los estudiosos del DI.

En efecto, al no ser consideradas como fuentes formales, estas nuevas manifestaciones crean un vacío jurídico que se refleja en la falta de controles internos y en la poca atención que la doctrina de DI pone sobre ellas. Es cierto que la literatura de DI ya ha advertido el tema,<sup>279</sup> pero todavía su tratamiento es incompleto, lo que deja un largo y amplio camino, inédito, por delante para la doctrina del DI.

---

<sup>278</sup> Véase, por ejemplo: Nora, Dominique, *La conquista del ciberespacio*, Santiago de Chile, Andrés Bello, 1997, pp.418; y Muñoz Machado, Santiago, *La regulación de la red: poder y derecho en Internet*, España, Taurus, 2000, pp. 281.

<sup>279</sup> Pauwelyn, Joost *et al.*, *Informal International Lawmaking*, Oxford University Press, 2012, pp. 549.

## BIBLIOHEMEROGRAFÍA

- ABELLO-GALVIS, Ricardo, “La costumbre como fuente del derecho internacional: una caja de Pandora imposible de cerrar”, en ABELLO-GALVIS, Ricardo (ed.), *Derecho internacional: varias visiones, un maestro. Liber amicorum en Homenaje a Marco Gerardo Monroy Cabra*, Colombia, Universidad del Rosario, 2015.
- AGO, Roberto, “«Binding» Advisory Opinions of the International Court of Justice”, *American Journal of International Law*, vol. 85, 1991.
- AMBOS, Kai, “«Elementos del crimen» así como reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional”, disponible en: [http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/voe\\_Elementos\\_crimen.pdf](http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/voe_Elementos_crimen.pdf).
- AMBOS, Kai, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Uruguay, Duncker & Humblot-Konrad Adenauer Stiftung-Temis, 2005.
- AMBOS, Kai y TIMMERMANN, Anina, *Terrorismo y derecho internacional consuetudinario*, en AMBOS, Kai et al. (eds.), Colombia, CEDPAL-Konrad Adenauer Stiftung, 2015.
- ARELLANES Jiménez, Paulino, *Los gobiernos locales de Europa y sus relaciones internacionales*, México, Gernika, 2014.
- AVALOS VÁZQUEZ, Roxana de Jesús, *Responsabilidad del Estado por hecho internacionalmente ilícito*, México, Porrúa, 2007.
- BARBERIS, Julio, “Les règles spécifiques du droit international en Amérique Latine”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Boston, Martinus Nijhoff Publisher, 1992-IV, t. 235, 1993.

- BARBERIS, Julio, “Los principios generales de derecho como fuente del derecho internacional”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 14, julio-diciembre de 1991.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, “El Caso Cavallo”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. IV, 2004.
- BECERRA Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, 2a. ed., México, UNAM.
- BECERRA Ramírez, Manuel, “Acerca de la legalidad de la Guerra, del 2003, contra Iraq”, en BECERRA RAMÍREZ, Manuel (coord.), *Aspectos jurídico-políticos de la guerra de Iraq*, México, UNAM, 2005.
- BECERRA Ramírez, Manuel, “El derecho internacional de la propiedad Intelectual”, en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (coord.), *Lecciones de derecho internacional privado mexicano. Parte especial: derecho civil internacional*, México, Porrúa, 2008.
- BECERRA Ramírez, Manuel, *El control de la aplicación del derecho internacional. En el marco del estado de derecho*, México, UNAM, 2013.
- BEDERMAN, David J., “Reception of the Classical Tradition in International Law: Grotius’ *De iure belli ac pacis*”, *Emory International Law Review*, 1996, comentada el 25 de abril de 2001, disponible en: <http://www.law.emory.edu/EILR/volumes/spring96/bedelman.html>.
- BEDJAOUI, Mohammed, *The New World Order and the Security Council: Testing the Legality of Its Acts*, Dordrecht-Boston-Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1994.
- BONTENBAL, Marike y LINDERT, Paul van, “Desarrollo local por el vehículo de la cooperación internacional municipal. Entendiendo las conexiones y el contexto desde una perspectiva translocal”, *Medio Ambiente y Urbanización*, vol. 76, núm. 1, abril de 2012.
- BOS, Maarten (ed.), *The Present State of International Law and Other Essays*, Nueva York, Springer Science+Business Media, 1973.

- BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, 6a. ed., Oxford, 2003.
- BUZZINI, Gionata, “La théorie des sources face au droit international général: réflexions sur l’émergence du droit objectif dans l’ordre juridique international”, *Revue Générale de Droit International Public*, Francia, vol. 106, núm. 3, 2002.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, “Los aportes latinoamericanos al derecho y a la justicia Internacionales”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2452/5.pdf>.
- CANCHOLA GUTIÉRREZ, Ulises, “Análisis jurídico del régimen resolutorio adoptado por el Consejo de Seguridad respecto a Iraq y el uso de la fuerza por parte de una coalición de Estados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. IV, 2004.
- CÁRDENAS CASTAÑEDA, Fabián Augusto, “A Call for Rethinking the Sources of International Law: Soft Law and the Other Side of the Coin”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XIII, 2013.
- CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003.
- CASSESE, Antonio, “International Criminal Law”, en EVANS, Malcolm D. (ed.), *International Law*, Oxford University Press, 2003.
- CEDE, Franz, “New Approaches to Law Making in the UN-System”, *Austrian Review of International and European Law*, Austria, 1996.
- CHENG, Bin, “United Nations Resolutions on Outer Space: «Instant» Customary Law?”, *Indian Journal of International Law*, vol. 5, 1965.
- CHENG, Bin, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Londres, Stevens & Sons Limited, 1953.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, *Derecho internacional y transición a la democracia y la paz: hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados*

- a través de la experiencia ibeoamericana*, Madrid, Ediciones Parthenon, 2007.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Teoría de las fuentes del derecho de la integración”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, Nueva Serie, vol. 4, núm. 2, 1996.
- COLETTI, Raffaella, “Cooperación transfronteriza y trayectorias de desarrollo: aprendizajes de la experiencia europea”, *Si Somos Americanos, Revista de Estudios Transfronterizos*, Santiago de Chile, vol. X, núm. 1, 2010.
- CORTEN, Olivier y KLEIN, Pierre (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties*, Oxford University Press, 2011.
- CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo, “El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y las denominadas «Cartas paralelas»”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. I, 2001.
- D’AMATO, Anthony A., *The Concept of Custom in International Law*, Ithaca, Cornell University Press, 1971.
- DEGAN, Vladimir-Djuro, “Unilateral Act as a Source of Particular International Law”, *Finnish Yearbook of International Law*, Helsinki, vol. 5, 1994.
- DELMAS-MARTY, Mireille, *Ordering Pluralism: a Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*, Estados Unidos, Hart Publishing, French Studies in International Law, 2009.
- Documents of the United Nations Conference on International Organization*, San Francisco, 1945: vol. II, documentos 1 y 2; vol. VIII, documento 1151, y vol. IX, documentos 203, 416, 507, 795 y 848.
- DONDÉ MATUTE, Javier, *Fuentes del derecho penal internacional. Ensayos para el desarrollo del Sistema de Justicia Internacional*, México, Porrúa, 2015.
- EISEMANN, Pierre-Michel, “Les Gentlemen’s agreements comme source du droit international”, *Journal du Droit International*, París, vol. 106, núm. 2, abril-mayo-junio de 1979.

- ESCALANTE GONZALBO, Pablo, “El posclásico en Mesoamérica”, *Nueva Historia General de México*, México, El Colegio de México, 2010.
- FASTENRATH, Ulrich, “Relative Normativity in International Law”, en KOSKENNIEMI, Martti (ed.), *Sources of International Law*, Dartmouth, Ashgate, 2000.
- FEENSTRA, Robert, “Quelques remarques sur les sources utilisées par Grotius dans ses travaux de droit naturel”, *The World of Hugo Grotius (1583-1645)*, en el coloquio internacional Grotius Committee of the Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, Rotterdam, Holland University Press, 1984.
- FERRER LLORET, Jaume, *El consenso en el proceso de formación institucional de normas en el derecho internacional*, Barcelona, Atelier, Libros Jurídicos, 2006.
- FINCH, George A., “Les sources modernes du droit international”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, París, 1935-III, t. 53, 1935.
- FITZMAURICE, Gerald, “Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law”, en KOSKENNIEMI, Martti (ed.), *Sources of International Law*, Dartmouth, Ashgate, 2000.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*, México, UNAM, 2003.
- GONZÁLEZ, Carlos Alberto, “Las fuentes supranacionales del derecho del trabajo y sus tendencias a la unificación. El Mercosur”, *Rivista di Diritto dell'Integrazioni e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, Roma, núm. 2.
- GROTIUS, Hugo, *O direito da guerra e da paz (De iure belli ac pacis)*, Introducción de António Manuel Hespanha, 2a. ed., Brasil, vols. I y II.
- GUERRERO PENICHE, Nicolás y RODRÍGUEZ CEDEÑO, Víctor, “Los actos unilaterales de los Estados en derecho internacional: los trabajos de codificación en la Comisión de Derecho Internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. III, 2003.

- GUEVARA B., José A., “Breve introducción a los antecedentes históricos de la Corte Penal Internacional”, en GUEVARA B., José A. y DAL MASO J., Tarciso (comps.), *La Corte Penal Internacional. Una visión Iberoamericana*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2005.
- GUGGENHEIM, P., “L’origine de la notion de l’*opinio iuris sive necessitatis* comme deuxième élément de la coutume dans l’histoire du droit des gens”, *Hommage d’une génération de juristes au Président Basdevant*, 1960.
- GUZMAN, Andrew T., “A Compliance-Based Theory of International Law”, *California Law Review*, California, vol. 90, enero de 2002.
- HARRIS, D. J., *Cases and Materials on International Law*, 5a. ed., Londres, Sweet and Maxwell, 1998.
- HART, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Law Series, 1994.
- HENCKAERTS, Jean-Marie, “Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. VII, 2007.
- HIGGINS, Rosalyn, “The ICJ, the ECJ and the Integrity of International Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Oxford University Press-British Institute of International and Comparative Law, vol. 52, núm. 1, enero de 2003.
- HIGGINS, Rosalyn, *Problems & Process. International Law and How we use it*, Oxford University Press, 2003.
- HUERTO, María del, “Gobiernos locales y Mercosur: nuevos roles, estrategias y modalidades de gestión urbana en contextos de integración regional”, *Revista Territorios*, Bogotá, núm.8, 2002.
- HUERTO, María del, “Las ciudades en el sistema de cooperación internacional. La cooperación descentralizada y el programa URB-AL de la Comisión Europea”, *Revista Territorios*, Bogotá, núms. 10-11, 2004.

- ICJ, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*.
- ICJ Report, 1949, 1951 y 1969.
- ICJ Report, *Australia vs. France y New Zealand vs. France*, 1974.
- ICJ Report, *Colombia vs. Perú: Opinion Dissidente de M. Azevedo*, 1950.
- ICJ Report, *Democratic Republic of the Congo vs. Belgium* (2012), 1975.
- ICJ Report, *Democratic Republic of the Congo vs. Belgium: Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal*, 2002.
- JENNINGS, Robert Y., "What is International Law and how do we Tell it when we See It?", en KOSKENNIEMI, Martti (ed.), *Sources of International Law*, Dartmouth, Ashgate, 2000.
- KAMMERHOFER, Jorg, "The binding nature of provisional measures of the international Court of justice: the «Settlement» of the Issue in *LaGrand Case*", *Leiden Journal of International Law*, Holanda, vol. 16, 2003.
- KIRGIS, Frederic Jr., "*Custom on a Sliding Scale*", *The American Journal of International Law*, vol. 8, núm. 1, enero de 1987.
- KOLB, Robert, "The Formal Source of *ius cogens* in Public International Law", *Asian Journal of Public and International Law*, vol. 53, 1998.
- KOLB, Robert, "Principles as Sources of International Law (with Special Reference to Good Faith)", *Netherlands International Law Review*, Cambridge University Press, vol. 53, núm. 1, 2006.
- KOSKENNIEMI, Martti, "Formalismo, fragmentación y libertad. Temas Kantianos en el derecho internacional actual", *Revista Internacional de Pensamiento Político*, vol. II, 2007.
- LASTRA, Rosa Maria, "The International Monetary Fund in Historical Perspective", *Journal of International Economic Law*, vol. 3, núm. 3, septiembre de 2000.
- LAUTERPACHT, Hersch, "Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Com-

- mission”, en LAUTERPACHT, E. (ed.), *International Law, Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, vol. 1: The General Works, 1970.
- LEE, Roy, “Rule-Making in the United Nations: *opinio communitalis*”, *Journal of International Law and Politics*, New York University, vol. 27, núm. 3, abril de 1995.
- LEÓN ROBAYO, Édgar Iván, “La nueva «Lex Mercatoria»: un derecho transnacional uniforme, en ABELLO-GALVIS, Ricardo (ed.), *Derecho internacional: varias visiones, un maestro. Liber amicorum en Homenaje a Marco Gerardo Monroy Cabra*, Colombia, Universidad del Rosario, 2015.
- MENDELSON, M. H. y MULLERSON, Rein, *Committee of Formation of Customary (General) International Law (Final Report)*, The International Law Association, Report of the Sixty-Ninth Conference, Londres, 2000.
- MILLER, Nathan, “An International Jurisprudence? The Operation of «Precedent» Across International Tribunals”, *Leiden Journal of International Law*, Holanda, vol. 15, núm. 3, 2002.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La regulación de la red: poder y derecho en Internet*, España, Taurus, 2000.
- MURPHY, James B., *The Philosophy of Customary Law*, Oxford University Press, 2014.
- MURPHY, John F., *The Evolving Dimensions of International Law. Hard Choices for the World Community*, Cambridge University Press, 2010.
- NACIONES UNIDAS, *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, Nueva York, 1957, t. II.
- NAIME S. HENKEL, Mónica Yamel, “El final de la espiral del caos: la regulación de los actos jurídicos unilaterales de los Estados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012.
- NORA, Dominique, *La conquista del ciberespacio*, Santiago de Chile, Andrés Bello, 1997.
- ÖSTERDAHL, Inger, *Threat to the Peace: the Interpretation by the Security Council of Article 39 of the UN Charter*, Uppsala University,

- Swedish Institute of International Law Studies in International Law, 1998.
- PALMETER, David y MAVROIDIS, Petros C., “The WTO System: Sources of Law”, *American Journal of International Law*, vol. 92, núm. 3, julio de 1998.
- PAUWELYN, Joost *et al.*, *Informal International Lawmaking*, Oxford University Press, 2012.
- PECOURT GARCÍA, Enrique, “El principio del *estoppel* en derecho internacional público”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, vol. XV, núms. 1-2, 1962
- Permanent Court of International Justice, Serie A, núm. 9, 1927.
- Permanent Court of International Justice, Serie A, núm. 10.
- PETROVA GEORGIEVA, Virdzhiniya, *Los principios comunes a los tribunales internacionales*, tesis doctoral, México, UNAM, abril de 2015.
- PIZA ESCALANTE, Rodolfo E., “La *opinio iuris* como fuente autónoma del derecho internacional (*opinio iuris* y *ius cogens*)”, *Revista Relaciones Internacionales*, Heredia, Escuela de Relaciones Internacionales, Universidad Nacional, Segundo Trimestre, 1992.
- RAMÍREZ FLORES, Nora, “Cláusula *Rebus sic Stantibus*: ¿una opción para el problema del agua en la frontera norte?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. VII, 2007.
- Revista Mexicana de Derecho Internacional*, México, t. III, 1921.
- REY CARO, Ernesto J., “Principios generales del derecho internacional, un tema multifacético”, *Cuaderno de Derecho Internacional*, núm. VIII: *Los principios generales del derecho internacional público: realidades y perspectivas*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración, 2013.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis, “Principios generales del derecho penal”, en GUEVARA B., José A. y DAL MASO J., Tarciso (comps.), *La Corte Penal Internacional. Una visión*

- Iberoamericana*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2005.
- ROSAND, Eric, "Security Council Resolution 1373, the Counter-Terrorism Committee, and the Fight Against Terrorism", *American Journal of International Law*, vol. 2, abril de 2003.
- SANDS, Phillippe, "International Law, transformed? From Pinochet to Congo...?" *Leiden Journal of International Law*, vol. 16, 2003.
- SCHABAS, William A., *The UN International Criminal Tribunals: the Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge University Press, 2006.
- SCHACHTER, Oscar, "Towards a Theory of International Obligation", en KOSKENNIEMI, Martti (ed.), *Sources of International Law*, Dartmouth, Ashgate, 2000.
- SERNA GALVÁN, Mónica Lourdes de la, "Interpretación del artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas (Amenazas a la paz) por el Consejo de Seguridad. ¿Es el Consejo de Seguridad un legislador para toda la comunidad internacional?", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XI, 2011.
- SHELTON, Dinah, "Normative Hierarchy in International Law", *American Journal of International Law*, vol. 100, núm. 2, abril de 2006.
- SHELTON, Dinah, "International Law and Relative Normativity", en EVANS, Malcolm D. (ed.), *International Law*, Oxford University Press, 2003.
- SIQUEIROS, José Luis, "La extradición y la jurisdicción universal. El caso Cavallo", *Revista de Derecho Privado*, Nueva Serie, año III, núm. 7, enero-abril de 2004.
- STEIN, Ted L., "The Approach of the Different Drummer: the Principle of the Persistent Objector in International Law", en KOSKENNIEMI, Martti (ed.), *Sources of International Law*, Dartmouth, Ashgate, 2000.

- STONE, Julius, “*Non liquet* and the Function of the Law in the International Community”, en KOSKENNIEMI, Martti (ed.), *Sources of International Law*, Dartmouth, Ashgate, 2000.
- SUY, Eric, “Les actes juridiques unilatéraux en droit international public”, *Librairie Générale de Droit et Jurisprudence*, París, 1962.
- TALMON, Stefan, “Determining Customary International Law: *The ICJ’s Methodology* between Induction, Deduction and Assertion”, *European Journal of International Law*, vol. 26, núm. 2, 2015.
- TÉLLEZ DUARTE, Walfá Constanza, “La cooperación internacional descentralizada entre las colectividades locales y regionales: el ejemplo de los países de la Comunidad Andina de Naciones”, *Revista ODEON*, Bogotá, núm. 6, 2011.
- Test cases, ICJ Report, Australia *vs.* France y New Zeland *vs.* France, 1974.
- THIRLWAY, Hugh, “The Sources of International Law”, en EVANS, Malcolm D. (ed.), *International Law*, Oxford University Press, 2003.
- THOMSON, David, *Historia mundial de 1914 a 1968*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.
- TOMUSCHAT, Christian, “Obligations Arising for States Without or Against their Will”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Boston, vol. 241, 1993.
- TORO HUERTA, Mauricio del, “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. VI, 2006
- TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad, “La expansión de las funciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: problemas y posibles soluciones”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012.
- TUNKIN, G. I., *Osnovy sobremennogo mezhdunarodnogo prava*, Mockva, 1956.
- TUNKIN, G. I., *Theory of International Law*, trad. al inglés de Butler, W. E., 1974.

- VALLARTA MARRÓN, José Luis, “La argumentación jurídica en torno al *ius cogens* internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. X, 2010.
- VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, Juan Carlos, reseña de “Las reservas a los tratados. Lagunas y ambigüedades del régimen de Viena”, de Rosa Riquelme Cortado, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. VI, 2006.
- VELÁZQUEZ Elizarrarás, Juan Carlos, *Estudios Avanzados de Derecho Internacional Público*, “Capítulo III. La Comisión de Derecho Internacional en el marco de la codificación, el desarrollo progresivo y sus grandes retos de cara al siglo XXI”, México, UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2008.
- VELÁZQUEZ Elizarrarás, Juan Carlos, *Estudios Avanzados de Derecho Internacional Público*, “Reflexiones generales en torno a la importancia de los principios de derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XII, 2012.
- VELOSO BARRAZA, Francisco Javier, “Aspectos legales de las operaciones «stand by» con el Fondo Monetario Internacional”, *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 17, núm. 3, septiembre-diciembre de 1990.
- VENTURINI, G., “The Scope and Legal Effects of the Behaviour and Unilateral Acts of States”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Leiden, vol. 112, 1964.
- VERDROSS, Alfred, *Le fondement du droit international*, París, Académie de Droit International, *Recueil des cours*, 1927.
- VERDROSS, Alfred, *Derecho Internacional*, 6a. ed., trad. de Antonio Truyol y Serra, España, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1982.
- VERHOEVEN, J., “Article 21 of the Rome Statute and the Ambiguities of Applicable Law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, Holanda, vol. XXII, 2002.
- VIRALLY, Michel, “Le phénomène juridique”, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, núm. 1, 1966.

- WOOD, Michael, “Teachings of the Most Highly Qualified Publicists (Art. 38 (I) ICJ Statute)”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, disponible en: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1480>.
- WOOD, Michael, “What is Public International Law? The Need for Clarity about Sources”, *Asian Journal of International Law*, vol. I, 2011.
- YASUAKI, Onuma, “International Law in and with International Politics: The Functions of International Law in International Society”, *European Journal of International Law*, vol. 14, núm. 1, febrero de 2003.
- ZEMANEK, Karl, “The Legal Foundations of the International System. General Course on Public International Law”, *Recueil des Cours*, vol. 266, 1997, p. 134.
- ZERAOUI, Zidane, “Diplomacia paralela y las relaciones internacionales de las regiones”, *Desafíos*, Bogotá, vol. III, núm. 1, enero-junio de 2011.

*Las fuentes contemporáneas del derecho internacional*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 14 de diciembre de 2017 en los talleres de Gráfica Premier, S. A. de C. V., 5 de febrero 2309, colonia San Jerónimo Chichahualco, Metepec, 52170 Estado de México, tel. 0172 2199 1345. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *book cream* de 60 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 500 ejemplares (impresión *offset*).

**m**ás de un siglo ha pasado desde que se concibió el artículo 35 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, donde aparecen las fuentes del derecho internacional que más tarde se plasmaron en el artículo 38-1 del actual Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Un siglo significa poco tiempo comparado con la historia de la humanidad, pero el siglo XX fue testigo de cambios muy importantes en las relaciones internacionales y, por supuesto, las fuentes se han modificado al mismo tiempo.

Las fuentes del derecho internacional son un fenómeno en constante transformación y, durante el siglo pasado y lo que va de éste, se toma como referencia al artículo 38-1 para identificar dichas fuentes cuando la práctica desborda este marco. Sin embargo, actualmente vemos que la práctica, ya no de los Estados, sino de los sujetos de las relaciones internacionales —un concepto más amplio—, nos habla de otros fenómenos, como las resoluciones de los organismos internacionales o de los actos unilaterales, por citar algunas de las fuentes menos discutidas en la literatura especializada.

Esta obra, dirigida a estudiantes, expertos y practicantes del derecho internacional y de las relaciones internacionales, hace una revisión acerca de lo que significan las fuentes del derecho internacional a través de los conceptos teóricos de los autores más representativos de la doctrina. Así, pues, la variedad de las posiciones teóricas abordadas aquí, así como las opiniones del autor, hacen pensar en la dificultad de la materia y en que todavía queda mucho por decir.



[www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)



ISBN 978-607-02-9857-8



9 786070 298578 >