

## 7. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Introducción . . . . .	524
I. Técnicas de la elaboración de las reglas del derecho internacional público . . . . .	525

## **7. DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO**

## DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

SUMARIO: *I. Técnicas de Elaboración de las Reglas del Derecho Internacional Público: 1. Técnicas de elaboración; 2. La costumbre internacional; 2.1. Campo de aplicación de la costumbre; 2.2. Los nuevos Estados y el problema de la costumbre; 2.3. Rechazo de la costumbre; 2.4. La costumbre internacional de carácter local o especial; 3. Los principios generales de derecho: su significación en la jurisprudencia internacional; 4. Las decisiones judiciales y la doctrina: medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho; 5. La participación de las organizaciones internacionales en la elaboración del derecho internacional: valor jurídico de los actos de las organizaciones; 6. Recurso a la equidad: su significado de acuerdo a la jurisprudencia internacional. II. Los Sujetos del Derecho Internacional: Introducción; A. El Estado; 1. Planteamiento; 2. La Población; 3. El Territorio; 4. La Soberanía; 5. El reconocimiento; 6. Confederación y Federación; B. El Pueblo, el individuo y las Empresas; 1. El pueblo; 2. El Individuo; 3. Las Empresas; C. Las Organizaciones Internacionales; 1. La Organización de las Naciones Unidas; 2. El Sistema Interamericano. La Organización de los Estados Americanos. III. El Derecho de los Tratados: La Convención de Viena del 23 de mayo de 1969; 1. Definición; 2. Capacidad para concluir tratados; 3. Organos competentes para celebrar un tratado; 4. Conclusión de un tratado: problema de la ratificación; 5. Régimen de reservas: su problema en los tratados multilaterales; 6. Aplicación de los tratados; 6.1. Efectos de los tratados en relación con terceros; 6.2. Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia; 6.3. El régimen de nulidades aplicable al acuerdo internacional; 6.4. Oposición con una norma de jus cogens; 6.5 Terminación de los tratados. IV. Los Organos del Estado: 1. El ejecutivo; 2. El secretario de Relaciones Exteriores; 3. Los diplomáticos y los cónsules; 4. El asilo. V. Régimen de la Responsabilidad Internacional: 1. Introducción: características generales; 2. Delimitación; 2.1. Acto ilícito; 2.2. Imputación; 2.3. Imputación de responsabilidad por actos de particulares; 2.4. Carácter internacional del daño. a) Exclusión de la afectación a un simple interés; b) Exclusión de la afectación al sólo derecho objetivo; c) El daño mediato: teoría de la protección diplomática d) Condiciones de ejercicio de la protección diplomática; 3. Función de la Cláusula Calvo en el derecho contemporáneo. a) Definición. b) Validez limitada. c) Significación jurisprudencial; 4. Obligación de reparar el daño. VI. El Pacifismo: 1. Planteamiento; 2. La solución pacífica de controversias; 2.1. Experiencias convencionales; 2.2. Igualdad entre nacionales y extranjeros; 2.3. Exclusión de los asuntos de orden doméstico de los medios internacionales de solución; 2.4. El agotamiento de las reservas internas; 2.5. La obligatoriedad de la instancia; 2.6. Primacía de los medios regionales; 3. Limitación y prohibición del uso de la fuerza; 4. El desarme nuclear.*

### *Introducción*

El derecho internacional, definido en función de sus sujetos, es el ordenamiento normativo jurídico que regula las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales públicas. Tal como se explicará en el desarrollo del estudio, el derecho internacional se encuentra en un proceso de replanteamiento en diversos campos. Tal reestructuración se origina en una fase de su evolución en la que las figuras e instituciones no están plenamente definidas, lo que, a la imprecisión actual se añaden los ajustes y los sacudimientos que imponen las nuevas tendencias jurídicas.

Así, en el espectro internacional se entrelaza complejamente el aumento numérico de Estados que no es un mero aumento cuantitativo, sino que repercute en el contenido de las normas internacionales. Esto es tanto más significativo cuanto que los miembros de la sociedad internacional obedecen a formaciones culturales, políticas y económicas distintas que se traducen en ópticas de interpretación diferentes y, en ocasiones, antagónicas. Influye también el desarrollo tecnológico que plantea una problemática novedosa y la consecuente necesidad de elaborar regímenes jurídicos sin precedente. De otra parte, las cada vez más agudas y desesperantes carencias de una gran parte del género humano marcan rumbos específicos a la colaboración internacional.

Todo dentro de la dualidad de las soberanías tradicionales y de los intentos para conformar la conducta de los Estados a una idea de orden público universal.

Es, pues, notablemente amplia la materia, dinámica en su evolución y sujeta a severos replanteamientos tanto en el plano del derecho positivo como en el de las proposiciones teóricas de análisis. En este sentido, una primera aproximación a la riqueza temática que brinda la materia ha sido el fin de la obra. En los casos en los que ha existido material disponible sobre la práctica mexicana, se han hecho los tratamientos respectivos. Cabe señalar que la labor doctrinaria de los internacionalistas mexicanos es de primera magnitud y en algunos capítulos ha guiado el desarrollo de los puntos. Es convicción de los autores que el análisis completo y con una metodología adecuada del pensamiento internacional de México está todavía por hacerse.

Dentro de los límites y la naturaleza del trabajo se tratan algunos de los apartados fundamentales de la materia. Al licenciado Alonso Gómez Robledo Verdusco correspondieron los capítulos de las fuentes del derecho internacional, el derecho de los tratados y la responsabilidad internacional. El maestro Ricardo Méndez-Silva desarrolló los capítulos relativos a los sujetos del Derecho Internacional, incluyéndose a la Organización de las Naciones Unidas y al Sistema Interamericano, los órganos del Estado y un último capítulo que bajo el título del pacifismo incluye tres temas diversos.

I. TECNICAS DE ELABORACION DE LAS REGLAS  
DEL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

1. TECNICAS DE ELABORACION

Por lo general, aunque pueda ser en ocasiones equívoco, se puede utilizar el término de "fuentes" del derecho internacional público para indicar el proceso o métodos de creación de las reglas o normas de dicho derecho.

Al igual que todo orden jurídico, el derecho internacional público va a determinar sus propias "fuentes" de donde se generan las reglas que constituyen ese mismo ordenamiento; en la actualidad el problema de saber cuáles serían las fuentes que constituyen el derecho internacional público puede decirse que, por lo menos en la práctica, sigue quedando resuelto en su mayor parte por la enumeración que se encuentra, en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y que es casi una reproducción literal de la antigua disposición que figuraba en el ordenamiento de la anterior Corte Permanente de Justicia Internacional.

Esta disposición en su primer párrafo menciona a las convenciones internacionales, la costumbre internacional, los principios generales de derecho y las decisiones judiciales y doctrinas de los publicistas, en el caso de éstas dos últimas sólo como un medio auxiliar o subsidiario para la determinación de la norma jurídica.

Al ser aceptado el artículo 38 por la totalidad de los miembros de la Organización de las Naciones Unidas, ya que todos ellos son *ipso facto* partes en el Estatuto, se puede decir que esta disposición representa la enunciación más autorizada de las llamadas fuentes formales del derecho internacional público.

Ahora bien no podría decirse que existe dentro de la disposición enunciada, una primacía del derecho convencional sobre el derecho consuetudinario estableciéndose un orden jerárquico; esta concepción estaría contraria al principio general de interpretación, según el cual una norma especial posterior abrogaría una norma general anterior, ya se trate de derecho convencional o de derecho consuetudinario.<sup>1</sup>

Por otra parte se debe considerar que este artículo enunciativo de las fuentes, no es una disposición de carácter limitativo, sino exclusivamente enunciativo, por lo que pueden surgir teóricamente otros métodos de elaboración de normas, como serían por ejemplo los actos unilaterales de los Estados, o bien las resoluciones de los organismos internacionales. El problema aquí estaría en saber si de alguna manera toda nueva "fuente" imaginable no se encontraría de alguna forma ya contemplada, así sea indirectamente, en la enumeración contenida en el artículo 38 del citado Estatuto.

<sup>1</sup> Guggenheim, P., *Traité de Droit International Public*, t. I, Georg. Genève, 1967, pp. 112-113. Para un análisis de las fuentes ver la excelente monografía de Parry C., *The sources and evidences of International Law*, University Press, 1965, London, p. 122.

## 2. LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

Las controversias sobre este procedimiento de creación jurídica, tienen sus raíces en la definición misma que adopta el Estatuto de la Corte, afirmando que ese tribunal puede aplicar la costumbre como: "prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho".

Aquí, primeramente, parece como si se hubiere invertido el orden lógico de razonamiento, ya que es la práctica general aceptada como si fuera derecho, lo que constituye la *prueba* requerida de la existencia de una costumbre, y no a la inversa; es el examen de la práctica lo que podrá o no demostrar la existencia de una eventual costumbre internacional.

La costumbre en las relaciones internacionales vendría a ser una serie de comportamientos uniformes imputables a los Estados u otros sujetos internacionales. Pero el hecho de que haya existido una práctica establecida durante un cierto espacio de tiempo es solamente un elemento constitutivo de la norma jurídica consuetudinaria. El segundo elemento necesario para la configuración de la costumbre, radica en el hecho de que el individuo a través de su acción u omisión debe tener la convicción de estar ejerciendo un derecho, o ejecutando una obligación, o en otros términos la *opinio juris sive necessitatis*.

En el mecanismo normal de la prueba de la costumbre, la coexistencia de los dos elementos es necesaria, y la jurisprudencia internacional siempre lo ha exigido en forma por demás clara y precisa.

Así en el fallo de 1969 relativo al *Caso de la Plataforma Continental en Mar del Norte* la Corte señaló:

... Los actos en cuestión no solamente deben suponer una práctica constante, sino que también deben tener tal carácter o realizarse de tal forma, que demuestran la creencia de que dicha práctica se estima obligatoria en virtud de una norma jurídica que la prescribe. . . Ni la frecuencia ni incluso el carácter habitual de los actos es bastante.<sup>2</sup>

De lo que se trata al parecer como se ha señalado es de inferir la *opinio juris* en forma indirecta del comportamiento de los Estados, para determinar si éste revela o no el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de una supuesta obligación jurídica.

### 2.1. *Campo de aplicación de la costumbre*

Para que un Estado quede vinculado jurídicamente por una norma consuetudinaria, no es necesario que directamente haya participado con su comportamiento en la elaboración y formación de la regla jurídica.

Si se examina el derecho positivo, podrá constatarse que en la práctica no se

<sup>2</sup> *Plateau continental de la mer du Nord, Arrêt, C.I.J. Recueil, 1969, p. 44, parr. 77.* Lo mismo en el *Caso relativo al Derecho de Asilo*, la Corte afirmó: "... El gobierno de Colombia debe probar que la regla que invoca ha surgido con arreglo a un uso constante y uniforme, practicado por los Estados en cuestión, y que este uso traduce un derecho propio del Estado que otorga el asilo y un deber a cargo del Estado territorial". *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile. Arrêt du 20 novembre 1950. C.I.J., Recueil, 1950, p. 276, parr. 40.*

encuentra consagrada la tesis de la costumbre concebida como si fuera un verdadero acuerdo tácito entre los Estados, y menos aún por lo que respecta a las llamadas costumbres de tipo general.<sup>3</sup>

Así, el hecho de que las reglas consuetudinarias del derecho internacional del mar estuvieren constituidas principalmente por las potencias marítimas europeas en los siglos XVII y XVIII —hoy en día puestas en tela de juicio y parcialmente codificadas—, no fue obstáculo para que siempre fueren consideradas como oponibles a todos los Estados, incluso a los Estados sin salida al mar.

De lo anterior se desprende, correlativamente, que no será necesario que un Estado haya *aceptado expresamente* una costumbre para que éste quede obligado por ella. Precisamente uno de los aspectos más delicados del problema concierne actualmente a los nuevos Estados, surgidos del proceso de descolonización.

## 2.2. *Los nuevos Estados y el problema de la costumbre*

La cuestión de saber hasta qué punto y bajo qué condiciones los nuevos Estados estarían obligados por normas consuetudinarias de derecho internacional clásico, en la elaboración de las cuales no participaron en forma alguna y por consiguiente tampoco expresaron ni siquiera implícitamente su consentimiento, es sin duda un problema, que no puede recibir una única respuesta con una solución categórica dentro del derecho internacional contemporáneo.<sup>4</sup>

En un primer término se debe claramente precisar que una colectividad política, desde el momento en que adquiere el carácter o *status* de Estado como sujeto internacional, está aceptando por este mismo hecho, aunque sea de manera implícita, una serie de reglas internacionales ya existentes, sobre todo aquellas que se refieren a su personalidad y competencia, y que son reglas de evidente carácter consuetudinario. Sin embargo por otra parte hay que reconocer que la vigencia de una norma consuetudinaria puede ser mucho muy discutible si ésta sigue siendo apoyada sólo por unos cuantos miembros de la comunidad internacional, pues en estos casos la existencia efectiva de la regla es puesta en tela de juicio como sucedió con la relativa a la anchura del mar territorial a partir de la Conferencia codificadora de La Haya de 1930.

Este fenómeno puede apreciarse con una claridad mayor si pensamos en los cambios que han sufrido las reglas consuetudinarias referentes al trato a las personas y bienes de los extranjeros, ámbito en donde los países con una fuerte economía de mercado habían siempre exigido un tratamiento preferencial en comparación con el reservado a los connacionales.

Así por ejemplo se puede afirmar que si en la actualidad los Estados que llevan a cabo medidas de nacionalización o de expropiación de bienes extranjeros, no han negado en forma absoluta y radical el principio mismo de otorgar una indemnización, está parece obedecer mucho más a razones de tipo político,

<sup>3</sup> Ver para una concepción fuertemente voluntarista de la costumbre a Tukin G. I., *Droit International Public*, préface, M. Virally, Ed. A. Pédone, 1965, París, pp. 76-89.

<sup>4</sup> Ver, Falk, R.A., "The new states and the international legal order", *R.C.A.D.J.*, t. II, n. 118, La Haye, 1966, pp. 7 y ss.

y no por el hecho de que tuvieran la convicción de estar actuando de conformidad con una obligación jurídica.<sup>5</sup>

En el caso de la nacionalización que realizó Chile en 1971 de grandes minas de cobre, una de las cuales pertenecía a la *Braden Coper*, filial ésta en un 100% de la compañía norteamericana *Kennecott Copper*, el gobierno chileno sin negar la existencia del principio de la indemnización, no quiso sin embargo otorgar compensación alguna, al sostener que en ese caso en particular se había hecho aplicación del principio llamado de los "beneficios excesivos".

En el fondo toda esta situación no revela sino la coexistencia de dos cuerpos de normas, características ésta que se encuentra comúnmente en el ámbito del "derecho internacional del desarrollo", y cuyo análisis en este punto permite constatar cuándo una costumbre puede ir dejando de producir efectos legales por estar precisamente en presencia de una nueva regla consuetudinaria en proceso de elaboración a la cual se contrapone.

### 2.3. Rechazo de la costumbre

Si bien hemos sostenido en principio, que para que un Estado quede obligado por una norma consuetudinaria, no es en rigor necesario que haya participado él mismo en el proceso de su elaboración, también es cierto que un Estado puede no quedar vinculado por una costumbre internacional, en caso de que en forma "expresa e inequívoca" haya rechazado el verse obligado por dicha norma internacional.

Este fenómeno tan importante como delicado, ha sido claramente sostenido por la jurisprudencia internacional.

La C.I.J. en su fallo del 18 de diciembre de 1951 relativo al *Caso de las Pesquerías anglo-noruegas*, y al plantearse el problema de la oponibilidad a Noruega de la regla de las diez millas adoptada por ciertos Estados respecto a sus bahías, La Corte sostuvo: "De cualquier modo la regla de las diez millas aparece como no pudiendo ser aplicable (oponible) a Noruega, en virtud de que dicho Estado se ha opuesto siempre a toda tentativa de aplicarla a las costas noruegas".<sup>6</sup> Aquí la complejidad del problema radica más que nada en saber en qué momento un Estado debe manifestar su rechazo de verse vinculado jurídicamente por una norma consuetudinaria, y sobre todo que sólo excepcionalmente puede fecharse con precisión la aparición de una costumbre internacional.

En general se está de acuerdo en admitir que lógicamente un Estado no podría rechazar la aplicabilidad de una costumbre general más en la primera etapa del proceso de su elaboración,<sup>7</sup> ya que de otra manera existiría la presunción de que el Estado ha consentido implícitamente en verse obligado por dicha regla jurídica.

<sup>5</sup> Ver Jiménez de Aréchaga, "Fundamentos del Deber de Compensar las Nacionalizaciones de Propiedades Extranjeras", *Anuario Uruguayo de Derecho Internacional*, 1962.

<sup>6</sup> *Affaire des pêcheries. Arrêt du 18 décembre 1951: C.I.J. Recueil*, 1951, p. 131, párr. 30.

<sup>7</sup> Mac Gibbon, I. C., "Customary International Law and Acquiescence", 33, *British Year Book of International Law*, London, 1957, pp. 115-131.

#### 2.4. La costumbre internacional de carácter local o especial

La posibilidad de este tipo de costumbres vinculando únicamente un cierto grupo de Estados, o incluso nada más a dos, ha sido aceptado en la práctica internacional, aun y cuando en forma expresa no se haga referencia a ellas en el Estatuto de la Corte. Por su propia naturaleza encontramos que en esta categoría de costumbres existe en su fundamento un mayor "consensualismo", en contraste con lo que sucede con la costumbre de tipo general o universal que se impone, en teoría, a todos los Estados sin su expreso consentimiento. Incluso el problema de la prueba se presenta en forma un tanto diversa; en tanto que en la costumbre general la carga de la prueba incumbe mayormente al Estado que pretende no estar vinculado por la regla en cuestión, en la costumbre local o regional la parte que invoca este tipo de regla debe probar que se ha constituido de tal manera que se ha convertido en obligatoria para la otra parte, como quedó ampliamente demostrado en el caso del derecho de asilo.<sup>8</sup>

La costumbre de tipo local válida solamente entre los Estados en cuestión llega a ser derogatoria de una costumbre de carácter general que se le oponga; pero sin posibilidad de ser aplicable más que a aquellos Estados que han participado en forma efectiva en su elaboración.

En el "*Caso concerniente al Derecho de Paso por Territorio Indiano*" entre Portugal y la India, la C.I.J. sostuvo enfáticamente que no existía ninguna razón para que no se generase una costumbre local únicamente entre dos Estados: "La Corte no ve ninguna razón para que una práctica prolongada y continua entre dos Estados, práctica *aceptada* por ellos como rigiendo sus relaciones recíprocas, no pudiera estar a la base de derechos y obligaciones recíprocas entre esos dos Estados."<sup>9</sup>

Será entonces la participación efectiva del Estado en la elaboración de la norma una de las características esenciales de las llamadas costumbres especiales, y además será esa misma participación lo que permitirá el criterio para determinar el ámbito de aplicabilidad de este tipo de reglas consuetudinarias.

En conclusión, podemos decir que al ser considerada la costumbre como una verdadera técnica de elaboración espontánea de creación jurídica, ésta seguirá influyendo en forma fundamental en las nuevas estructuras internacionales, y sobre todo desde el momento en que este método no exige ya el transcurso de

<sup>8</sup> La Corte sostuvo que el gobierno de Colombia debía *probar* que la regla que invocaba estaba conforme a un uso constante y uniforme, practicado por los Estados en cuestión, y que dicho uso traducía un derecho perteneciente al Estado que acordaba el asilo y una obligación imputable al Estado territorial. *Affaire colombo-péruvienne relative a droit d'asile Arrêt du 20 novembre 1950: C.I.J. Recueil. 1950*, p. 276, párr. 4o. En su opinión disidente el juez A. Alvarez sostuvo que la institución del asilo diplomático hacía parte de un derecho internacional latinoamericano, contrariamente al fallo de la Corte. *Idem*, pp. 290-302.

<sup>9</sup> *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond). Arrêt du 12 avril 1960, C.I.J., Recueil, 1960*, p. 39, párr. 3o. En este caso la Corte para apreciar el elemento de la *opinio juris* se basó en el hecho de que el tránsito de policía y fuerza armada no podía realizarse más que con previa autorización, lo que equivalía a la negación misma del paso a título de derecho.

un extenso y amplio período de tiempo como condición necesaria para su elaboración (C.I.J., *Recueil*, p. 43); sin que esto quiera decir contrariamente a lo que pretenden algunos autores, que la jurisprudencia haya jamás reconocido la hipótesis de una formación "instantánea" de una costumbre.

### 3. LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO

En derecho internacional se entiende por principios generales de derecho, aquellos principios que son comunes a los sistemas jurídicos más desarrollados. Parece ser que la incorporación de este método de creación jurídica obedece sobre todo al hecho de que en la época de la elaboración del Estatuto de la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional, parecía indispensable brindar al juez un instrumento adicional para que en presencia de un litigio, y al no haber tratado o costumbre aplicable al caso, no estuviese obligado a pronunciar un *non liquet*, debido al desarrollo todavía menos consistente del derecho internacional y posiblemente también como rechazo a una estricta concepción positivista.<sup>10</sup>

En teoría el juez debería estudiar en forma comparativa los diferentes sistemas jurídicos nacionales para extraer de ellos los principios que le son comunes; pero en la práctica parecería a que la C.I.J. realiza esta tarea en forma más sencilla, conformándose con una coincidencia de opinión entre sus propios jueces.

Si bien la validez de estos principios generales de derecho ha sido criticada fundamentalmente por la doctrina soviética, al afirmar que la profunda división ideológica de la sociedad internacional excluiría la existencia de dichos principios, la mayoría de la doctrina ha demostrado que la división ideológica no es ningún obstáculo para que existan principios comunes de carácter técnico, o procedimental, como sería el principio de la independencia de los jueces, el principio de cosa juzgada, etcétera.<sup>11</sup>

La práctica de la C.I.J. muestra que la jurisdicción internacional recurre a la transposición analógica de las instituciones de derecho interno, en forma prudente y a título subsidiario.

Así, en el fallo del 5 de febrero de 1970 relativo al Caso de la *Barcelona Traction* entre Bélgica y España, la C.I.J. va a declarar que deberá aplicar análogamente las reglas del derecho interno referentes a las sociedades anónimas: "Es respecto de reglas generalmente aceptadas por los sistemas de derecho interno que reconocen a la sociedad anónima, cuyo capital está representado por accio-

<sup>10</sup> Kelsen, H., *Principles of International Law*, Revised and Edited by Robert W. Tucker, Ed. Holt, Rinehart and Winston, Inc. U.S.A. 1966 (2a. ed.), pp. 539-540. En opinión de Kelsen la introducción de esta fuente presupone necesariamente la concepción según la cual existirían "lagunas" en el derecho internacional.

<sup>11</sup> Virally, M. "Fuentes del Derecho Internacional" en *Manual de Derecho Internacional Público*, editado por Max Sorensen, traducción de Dotación Carnegie., E.C.E., 1973, México, pp. 172-176. Los principios generales de derecho no deben ser confundidos con los principios propios al derecho internacional, pues estos últimos no constituyen una fuente diferente, se infieren de los tratados o de la costumbre. Ejemplo, el principio de la igualdad e independencia de los Estados.

nes, y no al derecho interno de un Estado en particular, que el Derecho internacional se refiere".<sup>12</sup>

En conclusión es cierto que la experiencia ha demostrado, como lo señalaba el juez Lauterpacht, que la principal función de los principios generales de derecho, ha sido la de servir como válvula de seguridad dejada en reserva, y no tanto como una fuente de derecho de frecuente aplicación.<sup>13</sup>

#### 4. LAS DECISIONES JUDICIALES Y LA DOCTRINA COMO MEDIO AUXILIAR PARA LA DETERMINACION DE LAS REGLAS DE DERECHO

Las decisiones judiciales deben ser consideradas como una fuente indirecta y subsidiaria del derecho internacional.

La aplicación de la jurisprudencia como medio auxiliar por parte del tribunal internacional, está condicionada por la regla en virtud de la cual los fallos dictados por la C.I.J. no son obligatorios sino para las partes en litigio, y únicamente respecto del caso que ha sido decidido.

Lo anterior significa que un tribunal internacional no va a estar obligado a respetar y ceñirse por el contenido de las decisiones judiciales anteriores; está imposibilitado de reconocer fuerza obligatoria a sus fallos previos.<sup>14</sup>

Sin embargo la C.I.J. muy frecuentemente o casi siempre, toma en consideración sus decisiones judiciales anteriores y probablemente cada vez más con una mayor insistencia, invocando sus fallos precedentes en los considerandos y en la decisión final del caso en litigio.

Además en muchas áreas del derecho internacional tales decisiones judiciales constituyen el mejor medio para determinar con certeza qué es realmente derecho y cuál es el alcance del mismo.

Por último hay que señalar que en la práctica los jueces internacionales han podido no sólo aplicar el derecho sino también crear nuevo derecho.

Muchas de sus decisiones han introducido innovaciones en el derecho internacional, siendo aceptadas posteriormente en la práctica de los Estados. Así en el fallo emitido a propósito de la opinión consultiva sobre "*Reparación de daños sufridos al servicio de Naciones Unidas*" la corte va a reconocer a la Organización de Naciones Unidas la capacidad jurídica para presentar contra el gobierno responsable una reclamación internacional para obtener reparación de daños, siendo que hasta esa fecha sólo los Estados estaban capacitados para entablar una recla-

<sup>12</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. Arrêt. C.I.J. Recueil*, 1970, p. 37, no. 50.

<sup>13</sup> Lauterpacht, Hersch, *The Development of International law by the International Court*, Ed. Stevens and Sons Ltd., London, 1958, p. 166.

<sup>14</sup> "El artículo 59 del Estatuto. . . impide. . . a la Corte adoptar una doctrina análoga a la teoría anglo-americana del *stare decisis*. . . La Corte no puede considerar sus decisiones anteriores como poseyendo fuerza obligatoria para ella en el *aveni*". Hudson, Manley, *La Cour permanente de justice internationale*, Ed. Fr., París, p. 629.

mación por daños, y que la Corte aceptó expresamente que la Carta de Naciones Unidas no le confería literalmente esa prerrogativa a la Organización.<sup>15</sup>

Por lo que toca a la "doctrina de los publicistas", podemos decir que al igual que las decisiones judiciales, las publicaciones académicas pueden llegar a constituir un elemento de prueba del derecho consuetudinario; pero también pueden llegar a desempeñar una cierta función en la formación de nuevas reglas internacionales; aunque indudablemente no juega ya el papel tan predominante que ejerció en la época del derecho internacional clásico.

Con razón se puede afirmar que en virtud del desarrollo posterior del D.I.P. tanto en su aspecto convencional como consuetudinario, la importancia de esta fuente disminuyó en grado considerable, hasta tal punto que la Corte Internacional de Justicia no ha llegado a citar jamás la doctrina de los publicistas, y si lo ha hecho ha sido en el marco de las opiniones individuales o disidentes de sus jueces, o como una prueba adicional del derecho consuetudinario. La C.I.J. en su fallo del 6 de abril de 1955 relativo al Caso Nottebohm entre Liechtenstein y Guatemala, citó las opiniones de los autores; pero sin individualizar ninguna en particular: "De acuerdo a la práctica de los Estados, a las decisiones judiciales y arbitradas, y a las opiniones doctrinarias, la nacionalidad es un vínculo jurídico. . ."<sup>16</sup>

En definitiva, como se ha señalado, la obra de carácter doctrinal puede interpretar o comentar el sistema jurídico internacional; pero nunca llegar a generar un derecho positivo.

##### 5. LA PARTICIPACION DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES EN LA ELABORACION DEL DERECHO INTERNACIONAL

Las organizaciones internacionales contribuyen a la elaboración de las normas internacionales generales por medio de actos que si bien es cierto que surgen de órganos de la organización misma y por lo tanto imputables a ella, también es verdad que en última instancia son representativos de la posición adoptada por los Estados miembros de dicha organización.

De esta forma se puede por lo mismo afirmar válidamente que en realidad estamos en presencia de una nueva vía de manifestación del consentimiento de los Estados que, a reserva de lo que diremos más adelante, llega a enriquecer el procedimiento de creación consuetudinaria.<sup>17</sup>

Una primera aclaración que debemos tener presente es que si tomamos en cuenta que dichos actos de las organizaciones internacionales no son sino meros

<sup>15</sup> "Réparation des dommages subis au service des Nations Unies Avis Consultatif: C.I.J. Recueil, 1949, p. 174.

<sup>16</sup> *Affaire Nottebohm (deuxième phase). Arrêt du 6 avril 1955: C.I.J. Recueil, 1955, p. 23, párr. 30.*

<sup>17</sup> Bastid, Suzanne, "Observations sur une 'étape' dans le développement progressif, et la codification des principes du Droit International" en *Recueil d'Etudes de Droit International en hommage a Paul Guggenheim*, I.U.H.E.I., Genève, 1968, pp. 132-145.

elementos del procedimiento de creación jurídica por vía consuetudinaria, lógicamente entonces no debemos examinarlos en sí mismos en forma aislada, sino por lo contrario deberán analizarse como actos que revelan una regla jurídica en proceso de constitución.

Así pues, nosotros no nos ocuparemos del valor jurídico que corresponde atribuir a los actos mismos de las organizaciones internacionales, valor que en principio estará determinado por el tratado o carta constitutiva de la organización en cuestión.

Si la actividad de las organizaciones internacionales se manifiesta fundamentalmente a través de instrumentos jurídicos que reciben el nombre de "resoluciones", nosotros entenderemos por éstas toda decisión adoptada por un órgano deliberante, y pudiendo ser su contenido una declaración, una aprobación, recomendación o decisión obligatoria.

Dichas resoluciones que son, en palabras de un autor, el instrumento normal para alcanzar las finalidades y propósitos de las organizaciones internacionales, son de igual forma la expresión de una opinión colectiva,<sup>18</sup> expresión ésta que puede en ocasiones, representar el punto de vista de una colectividad en su conjunto.

En general dentro de una gran parte de la doctrina existía la tendencia, al analizar estas cuestiones, de oponer las "resoluciones" a los tratados internacionales, para concluir que en tanto que estos últimos sí creaban una obligación jurídica, las "resoluciones" no eran sino simples exhortaciones que daban lugar únicamente a recomendaciones sin ninguna fuerza jurídica obligatoria.

Sin embargo, un examen más cuidadoso dentro de la práctica internacional reciente ha demostrado que el grado de obligatoriedad de este tipo de actos no depende tanto del aspecto formal del instrumento mismo como de la significación jurídica que puede llegar a adquirir. El profesor G. Abi-Saab, ha señalado que dicho efecto jurídico depende de ciertos factores vinculados entre sí, como son: las circunstancias que acompañan su adopción, del contenido de la resolución y las modalidades previstas para el control de su aplicación.<sup>19</sup>

Por otra parte es cierto que las resoluciones que son adoptadas por ejemplo en el seno de la Asamblea General de Naciones Unidas, no son en lo general actos que en sí mismos sean creadores de derecho, pues para ello se requeriría que la Carta de la Organización le confiriera a dicho órgano un poder formalmente legislativo; no obstante, esto no es ningún obstáculo para que si una resolución se llega a adoptar por una gran mayoría de votos, ello puede coadyuvar a la

<sup>18</sup> Castañeda, Jorge, "Valeur juridique des résolutions des Nations Unies", *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye*, v. I, A. W. Sijthoff, Leyde, 1970, p. 211. Este autor utiliza el término "obligatorio" como aplicable a todo cambio que se percibe en una situación legal preexistente, p. 226.

<sup>19</sup> Abi-Saab, S., "Compte rendu des débats" en *Les Résolutions dans la formation du Droit international du développement Colloque*, I.U.H.E.I., Genève, 1971, p. 7; J. Castañeda sostiene que por más que ciertas resoluciones puedan ser expresión de normas jurídicas, esto no quiere decir que ellas constituyan una fuente en sí, autónoma y distinta como serían las del artículo 38 del Estatuto, *Idem*, p. 214.

elaboración o, en su caso, a la consolidación de una norma consuetudinaria de derecho internacional.

Sin embargo, no pueden darse reglas muy estrictas que permitan determinar el valor jurídico de las resoluciones de las organizaciones internacionales en general; cada resolución presenta facetas y problemas tan diversos los unos de los otros, que lo más que puede hacerse es dar lineamientos generales y proceder al análisis de cada resolución en concreto, o si es posible dentro del marco de determinadas categorías.

Así, si tomamos como ejemplo la Resolución 3, 281 adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas<sup>20</sup> resulta muy difícil determinar, con precisión el valor jurídico de la misma.

Dicha Resolución, votada el 12 de diciembre de 1974, y conocida como "Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados", obtuvo ciertamente una "aplastante mayoría" (120 votos a favor, 6 en contra y 10 abstenciones); pero si nos damos cuenta que entre los Estados que no dieron su voto aprobatorio se encuentran la mayoría de los países (con economía de mercado) con los que se realiza lo esencial de los intercambios económicos mundiales, y por lo tanto los más aptos a brindar un efecto útil a la Carta, entonces es evidente que dicha resolución se ve disminuida de una gran parte de su autoridad.

Por último, no olvidemos que para que a partir de una resolución de una organización internacional pueda ser posible la elaboración de una norma consuetudinaria, se requiere necesariamente que con posterioridad se constate una práctica general y uniforme por parte de los Estados, y es precisamente este elemento el que generalmente parecería estar ausente en la mayoría de las resoluciones internacionales.

## 6. RECURSO A LA EQUIDAD

En todo orden jurídico la función que puede desempeñar el juez en la "elaboración" de las reglas de derecho, crea problemas muy delicados no sólo en el plano de la técnica jurídica, sino en todos los ámbitos de la vida política. Si durante los siglos XVI y XVII el derecho natural pudo ser fuente del derecho internacional, resulta en extremo dudoso que la equidad pueda ser considerada hoy en día como fuente de este ordenamiento jurídico, entendiéndose por dicho término una supuesta aplicación de los principios de justicia; pero en lo que este concepto tiene de derecho natural.

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia confiere a ésta la prerrogativa de fallar una controversia *ex aequo et bono*, si las partes expresamente así lo hubieren convenido.

En estos casos, la equidad prevalecerá sobre toda otra regla de derecho internacional, y el juez quedará libre de tener que ajustarse al derecho positivo vigente.

El internacionalista Paul Guggenheim señala que de acuerdo con la opinión

<sup>20</sup> Resolución 3, 281 (XXIX), 12 dic., 1974. 2315a. Sesión plenaria, Doc. Of. (A/0046). También los Doc. A/C.2/SR, pp. 1587-1651.

mayoritaria, esta facultad que se confiere a la Corte no corresponde a las funciones de un órgano permanente e interestatal.<sup>21</sup>

Nosotros pensamos que esta observación es totalmente correcta, pues a la base de la aplicación de la "equidad" está la idea que el derecho positivo vigente no sería un derecho justo (por decirlo de alguna forma), y en cuyo caso se tendría que modificar, complementar o atenuar la aplicabilidad del derecho. Esto constituye un peligro extremo pues no habrá una seguridad jurídica; se introduce un factor de incertidumbre al ser el sentimiento de justicia una noción impregnada de gran subjetividad.

La Corte Internacional de Justicia jamás ha sido autorizada, al igual que su antecesora, para fallar un caso *ex aequo et bono*; sin embargo otros tribunales han aplicado en ciertas ocasiones este principio. Así, en el arbitraje relativo al *Caso Pinson* entre México y Francia, la Comisión sostuvo lo siguiente: "Dado que el Derecho internacional no ha elaborado reglas precisas sobre las condiciones en las cuales deben ser desahogadas las pruebas delante del tribunal. . . La equidad después de todo debe aquí encontrar su lugar. . ." <sup>22</sup>

En el Caso de la Plataforma Continental en Mar del Norte, entre R.F.A. y Dinamarca y R.F.A. y Países Bajos,<sup>23</sup> la noción de equidad parecería introducirse en los considerandos del fallo de la Corte.

Es en la primera fase del proceso ante la C.I.J. cuando la noción de equidad es introducida por la R.F.A., haciéndola hábilmente pasar como un principio general de derecho, para no enfrentarse al obstáculo señalado en el Estatuto (párrafo 2o. del artículo 38) en que se requiere el consentimiento de las partes para poder fallar *ex aequo et bono*.

La Corte en los considerandos de la sentencia del 20 de noviembre de 1969 sostuvo: "Cualquiera que sea el razonamiento jurídico del juez, sus decisiones deben por definición ser justas, luego en este sentido ser equitativas", y más adelante en su fallo afirma: "La delimitación debe operarse por vía de acuerdo de conformidad con principios de equidad y teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes. . ." <sup>24</sup>

Como ha sido justamente señalado la exégesis del texto de este fallo en relación a las consideraciones referentes a la equidad, se revela como un juego intelectual de una esterilidad absoluta.<sup>25</sup> Todo lo que hizo la Corte fue enviar a las

<sup>21</sup> Guggenheim, P., op. cit, p. 317.

<sup>22</sup> *Affaire Pinson entre la France et les Etats-Unis du Mexique du 19 octobre 1928. Recueil d'arbitrages*, T. V., pp. 411 y ss.

<sup>23</sup> *Plateau continental de la mer du Nord. Arrêt*, C.I.J., *Recueil*, 1969, pp. 3 y ss.

<sup>24</sup> *Idem*, pp. 48 y 53.

<sup>25</sup> Marek, K., "Le probleme des sources du droit international dans l'arrêt sur le plateau continental de la mer du nord", *Revue Belge de Droit International*, 1/1970, Bruxelles, p. 71. Tiene razón la profesora K. Marek de criticar el fallo, pues lejos de esclarecer la Corte el punto referente a la "equidad", no hace sino crear mayor confusión al respecto. Así en ciertos pasajes la Corte dice que debe aplicarse "la equidad pero no como una representación de la justicia en abstracto" (sic). *Idem*, pp. 46-47, no. 85.

partes a entablar negociaciones en vías de lograr un acuerdo y recomendándoles que se guiaran por consideraciones de equidad. No hay por qué creer que un juez está recurriendo real y efectivamente a la equidad como método de elaboración jurídica solamente porque en un caso describa a una regla como justa o equitativa.

En realidad, si se quiere, la C.I.J. en este fallo procedió a determinar el contenido de la regla de derecho; pero nunca pretendió aplicar la equidad como fuente autónoma del derecho.

## II. LOS SUJETOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

### *Introducción*

Originalmente fue el Estado el único sujeto del derecho internacional. Con el desarrollo de la cooperación interestatal surgieron y proliferaron a lo largo del siglo XIX los tratados multilaterales y se dieron las concreciones institucionales, primero en organizaciones privadas y, durante la última cuarta parte del siglo pasado, en organizaciones intergubernamentales.

El surgimiento de las organizaciones públicas planteó la calidad de sujeto internacional de estas instituciones novedosas. Ciertamente no correspondían al molde estatal: contar con un territorio, una población y un poder soberano, los elementos constitutivos del Estado; pero, por otra parte, primero, desde un punto de vista pragmático, era imposible dividir en proporciones exactas el monto de derechos y obligaciones de cada Estado en un sistema institucional y, desde la óptica jurídica, era negar el fenómeno de la persona moral, trasladado en esta oportunidad al plano internacional.

Por mucho tiempo la opinión dominante de la doctrina soviética fue sostener que los únicos sujetos del ordenamiento internacional eran los Estados, en virtud de que las organizaciones internacionales estaban compuestas en primera y en última instancia por Estados. Tal corriente teórica ha sido ya superada incluso en la propia Unión Soviética.<sup>26</sup>

La intensificación de la cooperación mundial y la multiplicación de las organizaciones internacionales consolidaron la operatividad de las instituciones. Jurídicamente, la Corte Internacional de Justicia, a través de la Opinión Consultiva de 1949 sobre el caso del Conde Bernadotte, resolvió la discusión remisciente, apuntalando la personalidad funcional de las organizaciones internacionales.

De esta suerte, los sujetos del derecho internacional han sido los Estados y las organizaciones internacionales públicas.

Sin embargo, al lado de estos sujetos han irrumpido nuevos entes que reclaman calidad subjetiva, confiriéndoles un ámbito por lo menos relativo de personalidad internacional. El caso más antiguo es el del Vaticano que sin ser técnicamente un Estado ostenta el carácter de sujeto que se manifiesta en la celebración

<sup>26</sup> Korovin Y.A., *Derecho Internacional Público*, Grijalvo, México, 1963, pp. 93 y ss.