CAPITULO I. FUENTES DE DERECHO INTERNACIONAL.

1. INTRODUCCIÓN.

Las clases y el número de las fuentes del derecho, dependen del carácter y del grado de desarrollo y organización de cada comunidad, y del sistema jurídico que posea.[1] Por lo que el problema de las fuentes del DI, reside en la falta de organización de la comunidad internacional.

La expresión fuentes del derecho se encuentra limitada a los métodos de creación de las normas jurídicas, que son reglas generales y permanentes capaces de ser aplicadas, repetidamente, sin límite alguno. Este criterio da lugar a conflictos especiales en relación con el sistema jurídico internacional, pues el DI también contiene reglas de carácter general y permanente que, sin embargo, tienen validez sólo en relación con determinados Estados. Esto ocurre con las normas establecidas por los tratados y con las que constituyen una costumbre. Por lo que hay que determinar la existencia y aplicabilidad de las normas internacionales tomando en cuenta el carácter cambiante del DI. Deben de existir pruebas sobre la aplicabilidad de normas que hayan sido determinadas en el pasado, y el órgano que decide no puede aplicar automáticamente una regla propuesta unilateralmente por un Estado, tiene que examinar las fuentes establecidas por el DI.

Como en las demás ramas del derecho, también en el DI, es preciso distinguir entre las fuentes materiales y formales.

1. Las fuentes materiales son: los factores que provocan la aparición de las normas y determinan su contenido.[2] Estos pueden ser de carácter

---

[1] SORENSEN, Máx. “Manual de Derecho Internacional Público”, Fondo de Cultura Económica, México, 1994. Pág. 151.

[2] BROWLIE. I, “Principles of International Public Law”, Clarendon Press, Londres, 1995, Pág 23-24.

ético, religioso, o impuestos por el uso o tradición, etc. La aceptación de esta clase de fuentes se relaciona con el problema de la validez del DI.

2. Las fuentes formales son: aquellas que tienen un contenido obligatorio *per se,* y una naturaleza jurídica.[3]Estas han sido enumeradas en dos tratados-leyes, a saber: en el artículo séptimo del Convenio 12 firmado en la Haya en 1907,[4] y luego en el artículo 38-1 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), y de la Corte Internacional de Justicia.

1.1 Concepto de las fuentes del Derecho Internacional.

Actualmente en la doctrina, se destacan dos concepciones diferentes en cuanto a las fuentes del DI:

a) Doctrina Positivista.

Según esta doctrina, sustentada por Anzilotti la única fuente del DI es el acuerdo de voluntades, ya sea bajo la forma expresa, como es el caso de los tratados internacionales y en forma táctica, en cuyo caso nos encontramos en presencia de la costumbre.[5]

b) Doctrina Objetivista.

En lo referente a las fuentes del derecho de gente, la concepción objetivista, se apoya esencialmente sobre la distinción entre las fuentes creadoras y fuentes formales. Las primeras son verdaderas fuentes del derecho; las segundas son los tratados y las costumbres, que no crea derecho sino que son modo de constatación. Según Rousseau.[6]

1.2 Clasificación de las Fuentes del Derecho Internacional.

Las fuentes del DI, se pueden dividir en:

---

[3] BROWLIE. I, *op. cit.,* nota 7, pág. 24.

[4] No tuvo aplicación.

[5] ANZILOTTI, “Il Diritto Internazionale nei guidizzi interni”, 1905, Curso de Derecho Internacional (trad.), Madrid, 1963.

[6] ROUSSEAU, Charles, “Principes de Droit International Public”. París, 1944, pág. 70.

a) Fuentes principales, directas o autónomas.

Son aquellos factores de tipo social, político o económico que están aptos para crear o formar normas jurídicas internacionales por sí mismas aplicable a las relaciones de los Estados y demás sujetos del DI, como es el caso de los tratados y las costumbres internacionales.

b) Fuentes secundarias, indirectas o heterónomas.

Son aquellas que influyen en la aplicación y creación de las normas jurídicas, pero no son aptas de crearlas por sí solas, es decir, influye de manera especial el procedimiento mediante el cual una norma es establecida.

1.3 Teorías de las Fuentes de Derecho Internacional.

Existe lo que se llama la "teoría tradicional" de las fuentes de derecho y que ya no puede aceptarse por más tiempo, pues no se funda en análisis realistas, sino en reflexiones especulativas sobre el origen de la validez metafísica de la normas legales.[7]

Mucha de esta tolerancia, se debe a que se utiliza la doctrina de las fuentes como argumento para apuntalar una posición filosófica sobre la naturaleza y la validez del *ius congens,* es decir, tanto la teoría de lo que puede ser fuente como el probable valor de una u otra de las fuentes que puedan aceptarse, se emplean con un criterio finalista, para probar a través de esto la certeza de la postura que se adopta en cuanto al fundamento y al a esencia del DI, es decir, el por qué ese orden jurídico resulta obligatorio.

Ross describe lo que ocurre. La teoría tradicional de las fuentes del derecho se basa en el criterio de que todo derecho deriva su validez específica de nacer de cierta manera.[8] Las fuentes entonces denotan las formas de las que puede deducirse lo que es válido como derecho. Pero la validez del derecho no puede deducirse de ciertas fuentes. Entonces el deber de la doctrina de las fuentes jurídicas es resolver el enigma de cómo ciertos sucesos

[7] SEPULVEDA, César, "Derecho Internacional", Ed. Porrúa, México, 2000, pág. 91.

[8] ROSS, Alf, "Tex of International Law, London, 1947, pág. 19-80.

del mundo jurídico son capaces de producir más que efectos meramente casuales.

a) Teoría Positiva.

Sustenta con diferentes matices que las fuentes admisibles son las que derivan del consentimiento de los Estados, o sea, que todo el DI es derecho convencional. En esta concepción, la esencia del derecho es la que se impone a la sociedad por una voluntad soberana. Por lo que el derecho es de creación artificial.

b) Teoría Naturalista.

Esta teoría sostiene que existe una fuente supersensoria de todo el derecho, y el ser humano no hace sino descubrirla. La esencia del derecho desarrolla su propia vitalidad dentro de la sociedad. El crecimiento del derecho es espontáneo, la autoridad aunque es obedecida, es en sí misma creación del derecho.

c) Teoría Sociológica.

Se aplica al análisis de los procesos creadores de reglas jurídicas interestatales, se puede considerar a esta teoría como mas pragmática, que las anteriores, pues esta en contra de la concepción ortodoxa del derecho como emanación de una sola autoridad, o como un cuerpo de proposiciones explicitas y comprensivas aplicables, por interpretación certera, a todas las pretensiones, relaciones o conflictos de interés. Al analizar el factor socio-político que sirve de infraestructura al derecho, y que puede ser aplicado al estudio de las fuentes de derecho, se podría encontrar que estas serian una descripción general de los procesos y de las instituciones capaces de dar forma a una norma legal internacional y que o hay nada metafísico detrás de ellas.

2. ARTÍCULO 38-1 DEL ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA.

2.1 Antecedentes del Artículo 38-1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Los antecedentes más remotos de la mención de las fuentes en un documento jurídico internacional los encontramos a principio del siglo XX, cuando el artículo 7º. del XII Convenio de la Haya del 18 de septiembre de 1907creó un Tribunal Internacional de las Presas, en forma más o menos parecida al artículo 38-1. Este es el antecedente más lejano que se tiene de un documento jurídico internacional que codifica las fuentes del derecho internacional. En efecto, el convenio de la Haya establecía:

> "*Si la cuestión que se trata de resolver está prevista por un convenio en vigor entre el beligerante que ha realizado la captura y el otro Estado que es parte del litigio (o cuyo súbdito sea parte en el mismo) el tribunal aplicara las estipulaciones de derecho. A falta de tales estipulaciones, el tribunal aplicará las normas del DI. Si no existiesen normas generales reconocidas, el tribunal fallará según los principios generales del derecho y de la equidad".*[9]

Es innegable que el Convenio de la Haya de 1907 se refiere a los tratados internacionales, la costumbre, los principios generales del derecho y por último a la equidad. En ese momento no se cuestionaba sobre si eran las únicas fuentes del DI, estaba claro que era un mero punto de referencia para el Tribunal Internacional de las Presas. Era, en efecto, un paso importante que después nos 1920 con el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, el antecedente de la actual CIJ.

---

[9] ESCALANTE, Rodolfo E., "La *opinio iuris* como fuente autónoma del Derecho Internacional (*opinio iuris y ius congens*)", Revista Relaciones Internacionales, Heredia, Universidad Nacional, segundo trimestre de 1992, pág. 60.

Entonces, en 1945 los fundadores de la ONU tomaron la formulación de las fuentes del DI de su antecedente CPJI y lo plasmaron en el artículo 38-1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Desde entonces, este artículo es tomado como punto de referencia tanto en la práctica como en la doctrina. Sin embargo, es claro que de 1920, fecha en que fue formulado originalmente el artículo 38-1, a la fecha, la composición de la comunidad internacional ha sufrido transformaciones muy importantes.[10]

En principio de cuentas, la práctica de los Estados ahora es totalmente diferente, hay una universalización de las relaciones internacionales, la diferencia que se hacía en otro momento de "naciones civilizadas" y las que no lo son, está totalmente fuera de contexto en nuestra época, la subjetividad internacional ha transformado, actualmente el Estado ha perdido el monopolio de subjetividad que tenía a principio de siglo, y las revoluciones tecnológicas (específicamente el desarrollo de las tecnologías de la computación y de la comunicación) han transformado dramáticamente la manera de comunicarse de los sujetos de DI.

Entonces, con la riqueza y complejidad de las actuales relaciones internacionales, el artículo 38-1 queda como un punto de partida y alrededor de él muchos cuestionamientos, de los cuales algunos han tenido una respuesta en la doctrina y la práctica internacional. Por ejemplo, como se expresa la *opinio iuris* de los Estados. En otros casos, también el artículo 38-1 ha quedado como un traje fuera de medida, como veremos a continuación.

La primera pregunta que es pertinente realizar, es si dicho artículo 38-1 es una expresión cerrada de las fuentes. Aquí la doctrina no se pone de acuerdo, aunque una parte de ella, muy influyente, lo niegue. Alf Ross, citado por Fitzmaurice, ve en la limitación de las fuentes un solo artículo el peligro de que sea incompleto o inadecuado a la realidad. Para Ross la práctica

[10] Ige Dekker afirma al respecto: "*Article 38-1 daters from the time (1920) when the composition of the international community was completely different from today".*
DEKKER, Ige F. y POST, Harry H. G., "*On the Foundation and Sources of International Law",* Asser Press, Haya, 2003, pág. 80.

internacional es la importante,[11] y tiene razón ya que la práctica internacional es mucho más rica y compleja que la simple expresión del un artículo en un documento internacional. Con razón para muchos doctrinarios el artículo 38-1 fue la base solamente para las decisiones de la CIJ, pero no de las fuentes del DI.[12]

Entonces si tomamos como parámetro la práctica internacional encontraremos fuera de las fuentes mencionadas en el artículo 38-1 una serie de fenómenos que no tiene lugar todavía en la doctrina de las fuentes. O que son considerados parte de la costumbre, como fuente, como baúl en donde cabe todo, cuando en la práctica muchas veces no se refiere a la costumbre.

Queda claro que la CIJ en sus decisiones se debe de basar en lo dispuesto por el artículo 38-1, pero no más. Hay también que recurrir a otros factores como la aceptación general, la práctica, no solamente la que se traduce o lleva a la costumbre internacional. De esta manera, de un análisis detenido de la práctica internacional es posible identificar algunas manifestaciones de normatividad, en las resoluciones de los OI.

2.2 Articulo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y sus alcances.

El artículo 38-1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, enumera con autoridad las fuentes de DI en la forma siguiente:

> *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;*

[11] FITZMAURICE, Gerald, “Some problems Regarding the Formal Sources of International Law”, Darmouth, 2000, pág. 57-80.

[12] ZEMANEK, Kart, “The Legal Foundation of International System”, General Course on Public International Law, Boston, Londres, Recueill des Cours, Academy of International Law, 1997, t. 266, Colección Martinus Nijhoff Publishers, 1998, pág. 13.

b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c) Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas, y

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 del derecho, sin prejuicio en el artículo 59.

Este artículo establece, solo el derecho aplicable por ese tribunal en caso de controversia, hay que tomar en cuenta que esta disposición se encuentra inserta en un tratado general (la Carta de las Naciones Unidas y Estatuto anexo), que tiene la aceptación de 191 Estados (2006),[13] o sea, de la mayoría de la comunidad internacional, con lo cual se podría decir que le da carácter de derecho a las normas que provienen de ciertos procesos formativos ahí enunciados, pues se recogen indirectamente las fuentes capaces de crear reglas jurídicas, que los Estados reconocen.

Se puede observar que este artículo contiene fuentes de distintas clases y rangos, pues algunas resultan derivadas de las fuentes, por lo que su aceptación puede condicionarse a algunos supuestos. El artículo 38-1 enumera a los tratados, a la costumbre, a los principios generales del derecho, a las sentencias judiciales y a la doctrina, pero analizando, esto se descubre que los tratados son contratos que aseguran el derecho, o bien, recogen costumbres ya establecidas. Las sentencias son materializaciones del derecho que ya existe, o en su caso modificaciones de él, o recogen costumbres. La doctrina a su vez, en estos tiempos, es sólo evidencia del derecho. Y finalmente en lo referente a la costumbre, se podría decir que es en sí misma el derecho y la practica, es parecida a la costumbre a aunque no sea sinónima, es arbitrario incluirlas bajo el mismo rubro (inciso b)

[13]Página Web de la Organización de las Naciones Unidas. Internet: www.onu.org. (Consulta Febrero de 2006).

Lo que nos pone a pensar, si el artículo 38-1 es de carácter declaratorio, pues de ser así, es evidente que no podría evitar la aparición de nuevas fuentes de derecho producidas por el desarrollo de la sociedad internacional y de su progresiva organización, pues se ha comprobado a través del desarrollo reciente del DI que hay fuentes emergentes del DI, (Ej. Los proyectos de la Comisión de Derecho Internacional en la codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional sobre diversas materia, así como las resoluciones de los Organismos Internacionales).[14]

3. LOS TRATADOS COMO FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL.

Los tratados son una de las más antiguas instituciones del DI, el estudio de los mismos comienza con la negociación y aprobación en 1969 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,[15] de este esfuerzo codificador se pasó a desarrollar progresivamente el derecho al introducir conceptos como el *ius congens*, que es una aportación fundamental al DI convencional contemporáneo.

3.1 Definición.

El artículo 2º (1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados define al tratado internacional como:

> *"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."*

Una definición más convencional es la siguiente: *"El tratado es cualquier acuerdo internacional que celebran dos o mas Estados u otras personas*

[14] LÓPEZ-BASSOLS, Hermilio, "Derecho Internacional Público Contemporáneo e Instrumentos Básicos", Ed. Porrúa, México, 2003, pág. 25.

[15] En vigor desde el 27 de enero de 1980.

internacionales, y que está regido por el Derecho Internacional". Esta definición es derivada de la sugerida por la Comisión de Derecho Internacional.[16] Además se puede decir que esta definición es integral pues incluye los acuerdos entre dos o más sujetos del Derecho Internacional, que también tienen capacidad de celebrar tratados. Ya que establece en primer lugar, que aquello que se califique de tratado debe de ser un acuerdo internacional. Es decir, que se debe basar en la coincidencia de las diferentes voluntades de las partes. Generalmente la voluntad de cada parte se manifiesta por el procedimiento de ratificación o de la aceptación.

3.2 Elementos de los Tratados.

Los elementos esenciales de un tratado son:

I) La expresión de una voluntad única.

Las manifestaciones de voluntad de los Estados no necesariamente deben de ser simultáneas. Un tratado puede resultar de una declaración unilateral de una de las partes seguida de la aceptación de la otra parte; o de la continuación de actos unilaterales como el intercambio de notas diplomáticas.

Los sujetos de DI pueden expresar su voluntad inclusive a través de una declaración oral. La conducta por sí misma no es evidencia suficiente para confirmar la voluntad del Estado de Obligarse, sin embargo en el caso de Groenlandia Oriental (1933), la CPJI reconoció que existía un acuerdo tácito entre, Noruega y Dinamarca en base a declaraciones orales de su Ministro de Estado.[17]

II) La concurrencia de voluntad de por lo menos dos partes.

Las declaraciones unilaterales de un Estado sólo son obligatorias para el Estado que las emite, no importando si lo realiza por vías oral o escrita. Por otra parte, en los tratados multilaterales no se exige de un número definido de Estados partes.

16

17 BASSOLS H. *op. cit.,* nota 19, pág. 28.

III) Las Partes de un tratado deben de ser sujetos del Derecho Internacional.

Sólo los Estados y las Organizaciones Internacionales que gozan de personalidad jurídica internacional pueden ser partes de un tratado. Cuando ciertas entidades que tienen la categoría de Estado pese a estar en vía de construcción final como es el caso de la Autoridad Nacional Palestina (ANP),[18] la comunidad internacional no rehúsa reconocerle capacidad para suscribir tratados. (Tratado de Camp David y Acuerdos de Oslo). En otros casos, como los concluidos por la Santa Sede con diversos Estados, solamente se les cambia de denominación, llamándolos concordatos.

IV) La intención de producir efectos legales.

Es la que permite distinguir al tratado en sentido estricto, de otros actos que los Estados realizan que no tienen como propósito producir efectos legales, y que comprometen a sus dirigentes políticos pero no necesariamente a los Estados.

V) Regido por el Derecho Internacional.

Es un elemento esencial. Si bien existen acuerdos entre Estados que se refieren a transacciones comerciales que son regidos por el derecho interno, sólo aquellos que están regidos por el DI serán considerados como tratados. Así lo considero la CIJ en el caso Anglo-Iraní (1952) en que examinó el acuerdo que habían celebrado la compañía petrolera Anglo-Iraní y el gobierno de Irán en 1933, considerándola sólo como un acuerdo entre un gobierno y una empresa extranjera.[19] Este elemento no previene en nada que los Estados tengan que recurrir a su orden jurídico interno para promulgar la entrada en vigor del tratado. Es necesario mencionar que el título con que se denominen

---

[18] El Consejo de Seguridad reconoció la creación inminente de un Estado Palestino, cuando en su resolución 1397 (12 de mayo de 2002) declaró en el preambular número dos: "*Afirmando una visión de una región donde dos Estados, Israel y Palestina, vivan lado a lado dentro de fronteras seguras y reconocidas...*"

[19] BASSOLS H. *op. cit.,* nota 19, pág. 29.

los tratados: Convención, Acuerdo, Acta, Carta, Estatuto, Protocolo, etc., sólo es relevante en cuanto a que puede indicar la naturaleza del contenido del tratado o la formalidad que se le quiere conferir al instrumento.

3.3 Tipos de Tratados.

En primer lugar debemos distinguir entre los tratados bilaterales, concluidos sólo entre dos Estados, y los tratados multilaterales, celebrados por más de dos Estados. Se aplican reglas especiales a la última categoría, especialmente respecto de la entrada en vigor y las reservas, el acceso de otras partes, y su aplicación y terminación. No obstante, ciertos tratados multilaterales celebrados por grupos pequeños de Estados, que tratan de asuntos en relación con los cuales la posición especial de cada contratante ha sido tenida en cuenta en la configuración del tratado, continúan siendo muy parecidos a los tratados bilaterales en cuanto a su carácter jurídico. Un ejemplo de un tratado multilateral, que apenas se distingue, en el sentido indicado, de uno bilateral, es la Convención firmada en París el 18 de abril de 1951, por la cual se estableció la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, que expresamente señalaba que entraría en vigor sólo mediante la ratificación de todos los signatarios (art. 90), y que permite la adhesión de otros Estados sólo después de haber llenado las condiciones especiales mediante la celebración de nuevas negociaciones (art. 98). La distinción entre las dos categorías alcanza su significado verdadero únicamente cuando se tiene en cuenta esa clase de instrumentos multilaterales denominados “tratados colectivos” o “tratados multilaterales generales”.[20]

Éstos son tratados firmados, generalmente, por un número importante de Estados, abiertos a la adhesión de otros, y destinados a establecer reglas generales aplicables con independencia del número o de la importancia política de las partes. Los “tratados colectivos” cubren materias tan diversas y van desde, la prevención y el castigo del genocidio, el régimen de alta mar, el tráfico de drogas, y la protección de la propiedad intelectual. Pero no todos son

[20] ILC Yearbook, 1962, vol. II, pág. 34.

de aplicación universal. Muchos tienen sólo un alcance regional, como algunas convenciones panamericanas de codificación

Otra diferenciación entre los tratados unilaterales y otros tratados, es que el procedimiento simplificado que utilizan para su celebración. Este surge algunas veces de las dificultades constitucionales que tienen ciertos Estados para celebrar tratados en forma solemne. Pero se recurre con más frecuencia a ellos por razones de mera conveniencia, como cuando se trata de un acuerdo de carácter jurídico; se usan muy a menudo para complementar o incluso para modificar los tratados celebrados de manera solemne.

Otro tipo de tratados que con regularidad es señalada por los autores es la de los tratados de índole contractual y los que tienen algunos matices o aspectos de leyes. Los primeros rigen únicamente las relaciones mutuas entre las partes y los otros tienen por objeto, en cambio, fijar reglas generales como lo hace una ley general dentro del Estado. Y los tratados ley imponen obligaciones recíprocas a los Estados contratantes; en cambio, muchos tratados, aun siendo bilaterales, contienen reglas generales. En virtud de esto, es mejor prescindir de tal distinción, sumamente criticada.

3.4 Principios de los Tratados.

3.4.1 El principio “pacta sunt servanda”.[21]

Es principio que afirma la obligatoriedad de los tratados, respecto a las partes, añadiendo, además la necesidad de su cumplimiento de acuerdo con la buena fe. Una explicación de su carácter obligatorio sugiere que al firmar un tratado, las partes adquieren obligaciones cuyo contenido se define en el texto del tratado. El cumplimiento de los compromisos es una regla elemental, y es evidente que constituye uno de los principios fundamentales del DI positivo, y hasta para algunos autores es el principio dominante de todo sistema. Finalmente debe observarse que esta máxima no es de las que existe asiladamente o es autosuficiente. Su aplicación requiere, por el contrario la

[21] “Los tratados deben cumplirse”.

invocación de un cuerpo de reglas complejas que, sin duda, tienen un carácter consuetudinario y que la Comisión de Derecho Internacional ha tratado de codificar.

3.4.2 El principio “res inter alios acta”.

Un tratado no puede, en principio, obligar a los sujetos que no han participado en él, puesto que no han dado su consentimiento, aunque tiene sus excepciones y en algunos casos crea derechos y obligaciones respecto a terceros.

3.4.3 Principio “ex consensu advenit vinculum”.

Se refiere a que el consentimiento es la base de la obligación jurídica, es resultado de la estructura de la sociedad internacional, principalmente formada por Estados, formalmente considerados iguales. Al no haber un ente jurídico superior a ellos y capaz de imponerles una determinada conducta, se supone que deben dar su consentimiento para que nazcan las obligaciones jurídicas de carácter contractual.

3.4.4 El principio de respeto a las normas del “ius congens”.

Principio incorporado en el artículo 53 de la Convención de Viena, según el cual en tratado sería nulo cuando fuera contrario a una norma imperativa del DI. Dejando aparte la enorme dificultad de determinar cuándo una norma internacional es de esa clase, está claro que la aplicación de esta disposición interfiere con la libertad de contratación de los Estados.

4. LA COSTUMBRE.

Hasta principios del siglo XX, se considero a la costumbre, como la máxima fuente de DI, pero después de la Segunda Guerra Mundial, fue perdiendo cierta fuerza, debido al movimiento de codificación del DI, a cargo de los países más desarrollados, pero aun así, sigue siendo de gran importancia pues ocupa un lugar primordial en los procesos de creación de normas consuetudinarias. Esto se debe al dinamismo que aporta a la materia,

principalmente por su adaptabilidad a las situaciones cambiantes de la comunidad internacional, impidiendo que las normas se queden estáticas y puedan variar según los actos de los sujetos de DI.

Además se puede distinguir el carácter democrático de la costumbre, que sirve de ayuda a la adaptabilidad, en la formación de la costumbre internacional general que no sólo afecta la conducta o abstenciones de determinados Estados, si no que debe incluir el consentimiento expreso o tácito de toda comunidad internacional. Y finalmente podemos distinguir la naturaleza nunca impuesta, ya que se atiene a la conducta independiente de los Estados en el escenario internacional.

4.1 Concepto.

La costumbre internacional puede definirse como un reconocimiento general de los sujetos internacionales a ciertas prácticas, que los Estados consideran como obligatorias.[22]La única definición existente en un instrumento internacional, se encuentra en el Estatuto de la CIJ, cuyo artículo ya ha sido citado anteriormente.

Es necesario mencionar que la costumbre se distingue de los usos y las normas de cortesía, y que mientras aquélla es considerada como obligatoria por los sujetos de DI, los segundos son cumplidos por los Estados, sin concederles el carácter imperativo. Así se pueden encontrar ejemplos de actos estatales que no constituyen normas consuetudinarias, como el acudir a la toma de posesión del jefe de Estado de un país, etc.[23]

4.2 Elementos de la costumbre.

La costumbre se compone de dos elementos: la *reiterato consuetuda,* consistente en la práctica reiterada de los Estados, y la *opinio iuris sive necessitatis,* que es la convicción de los sujetos de que esas conductas son jurídicamente obligatorias.

---

[22] BASSOLS, *Op. cit.*
[23] CARRILLO, Juan, A., "Curso de Derecho Internacional Público", Ed. Tecnos, Madrid, 1999, pág. 53.

4.2.1 Reiterato consuetuda o Precedente.

Este elemento también es conocido como elemento material, que consiste en la conducta de los Estados, en la manera de comportarse. Es necesario que la actuación de estos no sea en una sola ocasión, se requiere que esta acción sea repetida en el tiempo, además de la aceptación de terceros, y que la conducta hecha por los Estados tenga estabilidad, para que se pueda convertir en una práctica general y lograr la convicción de los Estados de que esa conducta es obligatoria. Provocando que en toda situación futura similar, los Estados deban actuar conforme a esa costumbre, ya establecida como norma jurídica internacional. Gutiérrez Espada menciona que: *"La costumbre internacional es un perpetum mobile, y encierra en su seno un instrumento de evolución del Derecho Internacional Público".*[24]

Entendemos entonces que la *reiterato consuetudo*, es la práctica repetida de los Estados que posean un significado relevante en el proceso consuetudinario. Estas conductas son las que componen la costumbre, y sirven también de prueba para probar su existencia. Las conductas que se toman en cuenta para el establecimiento de una costumbre derivan de los "*comportamientos de los Estados y otros sujetos de Derecho Internacional que se repiten a lo largo del tiempo, y que son llevados a cabo por una generalidad de ellos"*, como asegura Gutiérrez Espadas.[25]

4.2.2 Opinio iuris sive necessitatis.

La conducta de los Estados no es suficiente para la creación de una norma consuetudinaria, además es necesario que los sujetos actúen y el resto de la comunidad internacional estén convencidos de la obligatoriedad jurídica de esa conducta en cualquier situación similar. La Corte reafirmó la necesidad de este elemento al establecer en el asunto de la plataforma del Mar del Norte que:

---

[24] GUTIÉRREZ ESPADAS, Cesáreo, "Derecho Internacional Público", Ed, Trotta, Madrid, 1995, pág. 105.

[25] GUTIÉRREZ, E., *op. cit.* nota 29.

"No sólo los actos considerados deben poner de relieve una práctica constante, sino que por añadidura deber ser testimonios, por su naturaleza o la manera en que han sido aceptados, de la convicción de que esa práctica se ha hecho obligatoria por la existencia de una regla jurídica".[26]

A esto se refiere el Art. 38-1 b), al hablar de *"una práctica generalmente aceptada como siendo de Derecho".*

4.3 Características de la costumbre.

La costumbre internacional, ofrece dos características fundamentales.

4.3.1 Generalidad.

La actuación de algunos Estados no es suficiente para crear una costumbre; es necesario que la mayoría de ellos participe en su formación, ya sea de manera expresa o tácita, al aceptarla sin adoptar una posición contraria. Junto a esta costumbre general pueden existir costumbres particulares o regionales.[27]

4.3.2 Flexibilidad.

Una virtud de la costumbre internacional es que al no ser una fuente escrita, carece de rigidez, y puede evolucionar con la realidad, dándole una adaptabilidad a nuevas situaciones. Por lo que la costumbre que no responda a la realidad internacional puede caer en desuso, al mismo tiempo que otra costumbre puede irse formando para sustituirla. Pero por otro lado nos encontramos que esta característica puede traer consigo la impresición para poder definir cuando una costumbre está en plena vigencia o cuando cae en desuso.

---

[26] ICJ Reports, 1969.

[27] SEARA, Modesto, "Derecho Internacional Público", Ed. Porrúa, México, 2004, pág. 67.

4.4 Clases de Costumbres.

Ya hemos establecido que hay costumbres de carácter general, que tienen obligatoriedad universal o general, pero también existen costumbres particulares que son obligatorias para núcleos específicos de Estados, éstas pueden ser regionales, especiales o incluso bilaterales.

4.4.1 Costumbres universales.

Son normas de DI generales, las costumbres que obligan a todos o casi a todos los Estados, por lo que se les denomina como generales o universales. Como ejemplo tenemos el principio a la navegación por alta mar, el principio de inviolabilidad personal de los agentes diplomáticos o la norma que establece el deber de agotar previamente los recursos internos antes del ejercicio por un Estado del derecho de protección diplomática a favor de sus nacionales.[28]

4.4.2 Costumbres particulares.

En el orden jurídico internacional existen normas que obligan a un número limitado de Estados, ya sea que formen parte de un mismo grado de desarrollo, de un mismo bloque, o únicamente tengan intereses similares en cuanto a una materia específica, como en el derecho del mar. También puede darse el caso de normas consuetudinarias bilaterales, es decir, de dos Estados entre sí.[29]

4.5 La costumbre y la práctica de los Organismos Internacionales.

La práctica de los Organismos Internacionales, puede contribuir a la creación de la costumbre internacional, pues son también sujetos de DI. Como ejemplos podemos mencionar, la celebración de tratados con Estados o con otros OI, o cuando invocan privilegios, e inmunidades en beneficio de ellas o de sus servidores. En estos casos los precedentes de los OI, tienen el mismo valor que los creados por Estados. El aspecto de los OI que más problema representa y que es motivo de esta tesis, es el que surge de las resoluciones

---

[28] MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., “Derecho Internacional Público”. (parte general), Ed. Trotta, 2ª ed., Madrid, 1995.

[29] MARIÑO M, *op. cit.*

de sus órganos, adoptadas dentro del alcance de su autoridad, pero no en relación con otros sujetos de DI; por ejemplo las resoluciones que son referentes a la elección de funcionarios, a la creación de órganos subsidiarios o a la interpretación y las resoluciones declaratorias de principios o que hacen recomendaciones. La mayoría de las resoluciones de esta clase tienen la evidente calidad de actos jurídicos que producen efectos jurídicos generalmente definidos en el instrumento constitutivo. Contribuyen también a la creación de una práctica que puede originar normas consuetudinarias, que no solo obliguen a los Organismos, sino además a los Estados miembros y en algunos casos a los Estados no miembros.[30]

Se puede decir entonces que los Organismos Internacionales, contribuyen a la formación de normas consuetudinarias del DI, en la medida en que refleja y manifiesta la existencia de un consentimiento general en cuanto a la formación de esas normas.

5. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

Los principios generales del derecho componen la tercera categoría de normas que la CIJ debe aplicar, conforme al artículo 38-1 (c), el cual establece: "Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas". Esta frase denota principios de derecho reconocidos dentro de los sistemas jurídicos en desarrollo, hay que tomar en cuenta que los principios generales de derecho, se originan en los sistemas jurídicos internos, y constituyen una fuente diferente, deben distinguirse de los principios del DI, puesto que estos últimos en realidad no son más que aquellas normas del DI que se derivan de la costumbre o de los tratados.

[30] HIGGINS, R., "The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations", Oxford Univ, Press, Londres, 1963, pág. 317-320.

5.1 Origen y definición.

Esta tercera fuente de Derecho Internacional, tuvo su origen en los tribunales arbítrales del siglo XIX y principios del siglo XX, cuando no podían fundar su decisión en alguna norma consuetudinaria o convencional existente, por lo que basaban su opinión en los principios del derecho existentes, es decir los ordenamientos jurídicos internos de los Estados.

La mayoría de los tratadistas consideran a los principios generales como una fuente autónoma de DI. Aunque esta fuente no ha sido aplicada comúnmente por la CIJ, ha habido casos donde han recurrido a principios generales derivados de ordenamientos jurídicos internos, y por tal aplicación los jueces no han considerado que vayan más allá de su función exclusiva de aplicación como lo establece el artículo 38.[31]

6. MEDIOS AUXILIARES PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS REGLAS DE DERECHO.

El artículo 38-1, considera a la doctrina y a la jurisprudencia como medios auxiliares, lo cual deja en claro que no constituyen una fuente formal, si no que son fuentes subsidiarias que sirven para determinar el contenido de normas existentes o interpretar su significado.

6.1 Las decisiones judiciales.

Estas consisten en principio, en la sentencia válida de un tribunal internacional cuya decisión sirve para dirimir una controversia internacional, es obligatoria para las partes en conflicto como norma individualizada, pero no tiene carácter obligatorio hacia terceros, o para ser aplicada análogamente, a conflictos con características similares.

Las decisiones que mas tienen relevancia son las de la CIJ, pues estas son integradas por un grupo selecto de juristas, expertos en DI e imparciales en

[31] KOROVIN, Y., “Derecho Internacional Público”, Ed. Grijalbo, México, 1963.

su juicio, y que representan a los diversos sistemas jurídicos de la comunidad internacional.

6.2 La doctrina.

Consiste en los trabajos de investigadores, redactores de artículos y libros sobre el tema, así como otros comentaristas privados, análogamente pueden considerarse los proyectos, informes reportes y memorandums, de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, así como el trabajo de otras instituciones prestigiadas en el área de DI como serían los publicados por la Academia de Derecho Internacional en la Haya.

Actualmente la relevancia de la doctrina reside en que es un valor de prueba o factor de revelación de normas de DI, y es utilizado como método para descubrir lo que es el derecho en algún punto en particular, más que ser una fuente de normas. Específicamente sirve para descubrir la práctica regional o postura de los Estados en particular, y para saber si existe la obligatoriedad jurídica sobre un acto determinado.

La doctrina es usada con regularidad por los tribunales arbítrales que tienen libertad en cuanto, a la elección de las normas a aplicar, y se basan con más frecuencia en la determinación que hacen los tratadistas prestigiados de DI.