



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO INTERNACIONAL

IUS COGENS, PROBLEMATICA ACERCA DE SI  
SU CREACION CONSUECUDINARIA COMPETE  
AL CONSENSO DE LA COMUNIDAD  
INTERNACIONAL, O AL CRITERIO DE LA CORTE  
INTERNACIONAL DE JUSTICIA

## TESIS

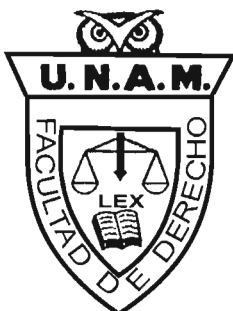
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

**EMMANUEL JIMENEZ FUENTES**

ASESORA:

**DRA. MARIA ELENA MANSILLA Y MEJIA**



MEXICO, D. F.

2004



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AVENIDA DE  
MEXICO

## FACULTAD DE DERECHO SEMINARIO DE DERECHO INTERNACIONAL

**ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ**  
**DIRECTOR GENERAL DE LA**  
**ADMINISTRACIÓN ESCOLAR**  
**P R E S E N T E.**

El alumno **EMMANUEL JIMÉNEZ FUENTES** inscrito en el Seminario de Derecho Internacional bajo mi dirección, elaboró su tesis profesional titulada **"IUS COGENS, PROBLEMATICA ACERCA DE SI SU CREACIÓN CONSUECUDINARIA COMPETE AL CONSENSO DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL, O AL CRITERIO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA"** bajo mi asesoría, trabajo que después de su revisión por quien suscribe, fue aprobado por cumplir con los requisitos reglamentarios, en la inteligencia de que el contenido y las ideas expuestas, en la investigación, así como su defensa en el examen oral, son de la absoluta responsabilidad de su autor, esto con fundamento en el artículo 21 del Reglamento General de Exámenes y la fracción II del artículo 2º de la Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México.

De acuerdo con lo anterior y con fundamento en los artículos 18,19, 20 y 28 del vigente Reglamento General de Exámenes Profesionales, solicito de usted ordene la realización de los tramites tendientes a la celebración del examen profesional del alumno mencionado

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) de aquel en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caduca la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen, haya sido impedida por causa grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad.

**A T E N T A M E N T E**  
**"POR MI RAZA HABLARA EL ESPÍRITU"**  
Cd. Universitaria, a 7 de septiembre de 2004

  
**DRA. MARÍA ELENA MANSILLA Y MEJÍA.**  
**DIRECTORA DEL SEMINARIO**



**FACULTAD DE DERECHO**  
**SEMINARIO**  
**DE**  
**DERECHO INTERNACIONAL**

MEMYM/phr.

A mi madre, Irma del Socorro Fuentes Valencia, mujer increíble, hermosa, quien es mi guía y ejemplo de grandéza; a quien debo mis éxitos, y de quien he aprendido mis aciertos. El ser más maravilloso que he conocido.

A mi padre, José Luis Jiménez González, por el amor de siempre.

A mi hermano, Aldo Anselmo Leyva Gómez, por compartir el mismo barco.

A la Dra. María Elena Mansilla y Mejía, por su inigualable dirección, apoyo, respeto, cariño; así como su infinita paciencia en la realización de esta obra.

A mis maestros, con gratitud.

A la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, por ser mi casa, y mi orgullo.

# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	I
--------------------	---

## CAPÍTULO PRIMERO

### DERECHO INTERNACIONAL

<b>1.1 Ideas Generales .....</b>	<b>1</b>
----------------------------------	----------

1.1.1 Cuestiones terminológicas

1.1.2 Notas sobre la obligatoriedad del Derecho internacional

1.1.3 Breves consideraciones en torno al desarrollo del Derecho internacional

1.1.3.1 *Derecho internacional clásico*

1.1.3.2 *Derecho internacional de la primera posguerra*

1.1.3.3 *Derecho internacional moderno*

1.1.4 Consideración final

<b>1.2 Definición Doctrinal .....</b>	<b>7</b>
---------------------------------------	----------

1.2.1 Criterios de definición

1.2.1.1 *Definiciones según sus destinatarios*

1.2.1.2 *Definiciones según la materia*

1.2.1.3 *Definiciones según la técnica de creación de las normas*

1.2.2 Concepto

**1.3 La Norma Jurídica Internacional** ..... 10

1.3.1 Consideraciones preliminares

1.3.2 Teoría Pura del Derecho

1.3.3 Teoría normativa de H. L. A. Hart

1.3.3.1 Reglas primarias

1.3.3.2 Reglas secundarias

**1.4 Ámbitos de Validez de la Norma Jurídica Internacional** ..... 14

1.4.1 Comentario general

1.4.2 Los ámbitos de validez

1.4.3 Comentario final

## CAPÍTULO SEGUNDO

### FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

#### GENERALIDADES

**2.1 Teoría de las Fuentes** ..... 17

2.1.1 Consideración preliminar

- 2.1.2 Concepto de fuente
  - 2.1.2.1 Observaciones previas
  - 2.1.2.2 Concepto
  - 2.1.2.3 Tres sentidos del término 'fuente'
    - 2.1.2.3.1 Sentido filosófico
    - 2.1.2.3.2 Sentido técnico
    - 2.1.2.3.3 Sentido instrumental
- 2.1.3 Clasificación de las fuentes
  - 2.1.3.1 Fuentes reales
  - 2.1.3.2 Fuentes históricas
  - 2.1.3.3 Fuentes formales
- 2.1.4 Apunte final

## CAPÍTULO TERCERO

### TEORÍA DE LAS FUENTES APLICADA AL DERECHO INTERNACIONAL

<b>3.1 Consideraciones Preliminares</b> .....	27
<b>3.2 Concepto General de Fuente en Derecho Internacional</b> .....	29
<b>3.3 Clasificaciones de las Fuentes del Derecho Internacional</b> .....	30

**3.4 Fuentes Reales y Fuentes Formales del Derecho Internacional ... .. 32**

3.4.1 Fuentes reales

3.4.1.1 *Concepto*

3.4.1.2 *Utilidad en el estudio del Derecho internacional*

3.4.2 Fuentes formales

3.4.2.1 *Concepto*

3.4.2.2 *Teoría que desconoce la existencia de fuentes formales en Derecho internacional*

3.4.2.3 *Problemática*

**CAPÍTULO CUARTO**

**LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO INTERNACIONAL**

**4.1 *Heurística Doctrinal* ... .. 38**

4.1.1 *Discusión*

4.1.2 *Consenso doctrinal*

**4.2 *Exposición de las Fuentes Formales del Derecho Internacional* ... .. 41**

4.2.1 *Postulado de las fuentes oficiales*

4.2.2 *Reconocimiento de otras fuentes formales*



**4.3 Consideraciones en torno a las llamadas Fuentes Oficiales** ... .. 44

4.3.1 Concepto

4.3.2 Clasificación de las fuentes enlistadas

4.3.2.1 Fuentes autónomas

4.3.2.2 Fuentes auxiliares

4.3.2.3 La equidad

**4.4 Estudio Preliminar del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia** ... .. 46

4.4.1 Anotación previa

4.4.2 Antecedentes

4.4.2.1 El Convenio de 1907 que establece el Tribunal de Presas

4.4.2.1.1 Consideraciones generales

4.4.2.1.2 Importancia actual

4.4.2.2 El artículo 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional

4.4.2.2.1 Consideraciones generales

4.4.2.2.2 Importancia actual

4.4.3 El tema de la jerarquía de las fuentes normativas internacionales

<b>4.5 Breves Consideraciones en torno a las Fuentes No Oficiales</b> .. ... ..	55
---	----

4.5.1 Concepto

4.5.2 Enunciación

## CAPÍTULO QUINTO

### FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

#### ESTUDIO DE LAS FUENTES FORMALES EN PARTICULAR

<b>5.1 Lineamientos Generales</b> .. ... ..	56
---	----

<b>5.2 El Tratado Internacional</b> .. ... ..	57
---	----

5.2.1 Generalidades

5.2.2 El Tratado Internacional como Fuente

5.2.2.1 Concepto

5.2.2.2 Fundamento del tratado internacional como fuente: la norma 'pacta sunt servanda'.

5.2.2.3 El tratado como proceso

5.2.2.3.1 Consideraciones previas

5.2.2.3.2 Régimen jurídico internacional

5.2.2.3.3 Etapas del proceso

5.2.2.3.3.1 Negociación

5.2.2.3.3.2 Adopción del texto

5.2.2.3.3.3 *Autenticación del texto*

5.2.2.3.3.4 *Manifestación del consentimiento*

5.2.2.4 *Cuestiones varias*

5.2.3 El Tratado como Norma Jurídica

5.2.3.1 *Concepto*

5.2.3.2 *Consideraciones doctrinales*

5.2.4 Clasificación de los Tratados

5.2.4.1 *Observación general*

5.2.4.2 *Criterios de clasificación*

5.2.4.2.1 *Por el número de partes que intervienen*

5.2.4.2.2 *Por su contenido*

5.2.4.2.3 *Por su duración*

5.2.4.2.4 *Por el sistema de adhesión*

5.2.4.2.5 *Por su ámbito espacial de validez*

5.2.4.2.6 *Por su forma de conclusión*

5.2.4.3 *Otras categorías*

5.2.4.3.1 *Los 'gentlemen's agreements'*

5.2.4.3.2 *Los tratados normativos o legislativos y los tratados contrato*

## CAPÍTULO SEXTO

### LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

<b>6.1 Generalidades</b> .....	<b>77</b>
6.1.1 Ideas preliminares	
6.1.2 Consideraciones generales	
6.1.3 Problemática general	
6.1.4 La costumbre internacional como fuente y como norma	
<b>6.2 La Costumbre Internacional como Fuente</b> .....	<b>80</b>
6.2.1 Concepto	
6.2.2 La costumbre como proceso	
6.2.3 Fundamento de la costumbre como fuente normativa internacional	
6.2.4 Elementos de la costumbre	
<b>6.3 El Elemento Objetivo de la Costumbre Internacional</b> .....	<b>84</b>
6.3.1 Concepto Preliminar	
6.3.2 Consideraciones en torno a los actos	
6.3.2.1 Actos humanos con representatividad estatal	
6.3.2.2 Actos positivos y abstenciones	

### 6.3.3 Consideraciones en torno a la repetición

#### 6.3.3.1 *Caracteres de repetición*

##### 6.3.3.1.1 *Caracteres Materiales*

###### 6.3.3.1.1.1 *Intensidad de la repetición*

###### 6.3.3.1.1.2 *Uniformidad de la práctica*

##### 6.3.3.1.2 *Caracteres Espaciales*

###### 6.3.3.1.2.1 *Generalidad de la Práctica*

###### 6.3.3.1.2.2 *Participación del sujeto obligado en la práctica*

##### 6.3.3.1.3 *Caracteres Temporales: constancia e ininterrupción de la práctica*

<b>6.4 El Elemento Subjetivo de la Costumbre Internacional: la ‘Opinio Iuris’</b> .....	<b>94</b>
---	-----------

#### 6.4.1 Cuestiones Varias

##### 6.4.1.1 *Consideración General*

##### 6.4.1.2 *Antecedentes*

##### 6.4.1.3 *Panorama actual*

#### 6.4.2 Diversas concepciones teóricas

##### 6.4.2.1 *La doctrina clásica*

##### 6.4.2.2 *La doctrina clásica y la jurisprudencia*

##### 6.4.2.3 *Concepción soviética*

##### 6.4.2.4 *Negación*

#### 6.4.3 Los usos internacionales

#### 6.4.4 La esencia de la ‘opinio iuris’; una propuesta

6.4.4.1 <i>Ideas preliminares</i>	
6.4.4.2 ' <i>Opinio iuris</i> ' y ' <i>opinio necessitatis</i> '	
6.4.4.3 ' <i>Opinio iuris</i> ' y <i>aquiescencia</i>	
6.4.4.4 <i>Concepto</i>	
<b>6.5 <i>Rechazo de la Costumbre</i> .....</b>	<b>103</b>
<b>6.6 <i>Especies de Costumbre</i> .....</b>	<b>106</b>
6.6.1 <i>Consideración Previa</i>	
6.6.2 <i>Especies</i>	
6.6.3 <i>Costumbre general</i>	
6.6.4 <i>Costumbre regional</i>	
6.6.5 <i>Costumbre bilateral</i>	
6.6.5.1 <i>Generalidades</i>	
6.6.5.2 <i>Jurisprudencia</i>	
6.6.6 <i>Proposición conclusiva</i>	
<b>6.7 <i>La Costumbre como Norma Jurídica Internacional</i> .....</b>	<b>113</b>
6.7.1 <i>Concepto</i>	
6.7.2 <i>Especies</i>	

<b>6.8 La Prueba de la Costumbre</b> .....	<b>114</b>
--	------------

6.8.1 Generalidades

6.8.2 Los medios y la carga de la prueba

## CAPÍTULO SÉPTIMO

### LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

<b>7.1 Ideas Generales</b> .....	<b>119</b>
----------------------------------	------------

7.1.1 Nota preliminar y problemática

7.1.2 Concepciones

7.1.2.1 *Generales*

7.1.2.2 *Invocación al derecho natural*

7.1.2.3 *Otras singulares posturas*

<b>7.2 Principios Generales de Derecho y Principios Generales de Derecho Internacional</b> .....	<b>122</b>
--	------------

<b>7.3 Los Principios Generales de Derecho</b> .....	<b>123</b>
--	------------

7.3.1 Reflexiones varias

7.3.1.1 *Concepto*

7.3.1.2 *Naturaleza*

7.3.1.3 *Función y aplicación*

7.3.2 Los principios generales de derecho y el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

7.3.3 *Proposición conclusiva*

**7.4 *Notas Jurisprudenciales* .....** 128

## CAPÍTULO OCTAVO

### LAS DECISIONES JUDICIALES Y LA DOCTRINA

**8.1 *Las Decisiones Judiciales* .....** 129

8.1.1 Ideas Preliminares

8.1.1.1 *Concepción positiva*

8.1.1.2 *Condicionamiento del enunciado normativo*

8.1.1.3 *Contenido y alcance de la norma*

8.1.2 Breve reseña sobre los tribunales internacionales

8.1.2.1 *La Corte Permanente de Arbitraje*

8.1.2.2 *La Corte Permanente de Justicia Internacional*

8.1.2.3 *La Corte Internacional de Justicia*

8.1.3 La jurisprudencia internacional

8.1.3.1 *Concepto*

8.1.3.2 *Naturaleza Jurídica*

8.1.3.3 *Fundamento de validez*



8.1.3.4	<i>Carácter auxiliar</i>	
8.1.3.5	<i>Función</i>	
8.1.4	La jurisdicción internacional	
8.1.4.1	<i>Idea general y especies</i>	
8.1.4.2	<i>Jurisdicción consultiva</i>	
8.1.4.3	<i>Jurisdicción contenciosa</i>	
<b>8.2</b>	<b><i>La Doctrina</i></b>	<b>143</b>
8.2.1	Concepto	
8.2.2	La doctrina como fuente	
8.2.3	Antecedentes y función actual	

## CAPÍTULO NOVENO

### LA EQUIDAD

<b>9.1</b>	<b><i>Reflexiones Varias</i></b>	<b>147</b>
9.1.1	Referencia histórica y problemática	
9.1.2	Concepción positiva y filosófica	
<b>9.2</b>	<b><i>Teorías</i></b>	<b>149</b>
9.2.1	Funciones de la equidad	

9.2.1.1 <i>Función correctiva</i>	
9.2.1.2 <i>Función supletoria</i>	
9.2.1.3 <i>Función derogatoria</i>	
9.2.1.4 <i>Reflexión conjunta en torno a las funciones</i>	
9.2.2 <i>Proposición conclusiva</i>	
9.3 <i>La Equidad como Fuente</i> ... ..	151

## CAPÍTULO DÉCIMO

### FUENTES ATÍPICAS DEL DERECHO INTERNACIONAL

10.1 <i>Ideas Preliminares: Concepto General y Justificación</i> ... ..	155
10.2 <i>Los Actos Unilaterales de los Estados</i> ... ..	156
10.3 <i>Las Resoluciones de las Organizaciones Internacionales</i> ... ..	157
10.3.1 <i>Reflexión previa</i>	
10.3.2 <i>Terminología</i>	
10.3.3 <i>Fundamento de validez y naturaleza jurídica</i>	
10.3.4 <i>Representatividad internacional y diplomacia parlamentaria</i>	
10.3.4.1 <i>Representatividad</i>	
10.3.4.2 <i>Relación entre política internacional y Derecho Internacional</i>	
10.3.4.3 <i>La diplomacia parlamentaria</i>	

10.3.5 Actuación de las organizaciones internacionales en relación con la producción normativa

10.3.5.1 Estímulo a la celebración de tratados

10.3.5.2 Actividad normativa independiente

10.3.5.3 Participación directa en el proceso

10.3.5.4 Actividad normativa coadyuvante

10.4 La Codificación ... .. 164

CAPÍTULO DECIMOPRIMERO

ESTRUCTURA PIRAMIDAL DEL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL

11.1 Generalidades ... .. 166

11.2 La Estructura ... .. 167

11.3 La Cúspide de la Pirámide La Norma Hipotética Fundamental ... .. 170

11.4 Breve Estudio de las Categorías Piramidales ... .. 172

11.4.1 El Derecho internacional particular

11.4.2 El Derecho internacional general

CAPÍTULO DECIMOSEGUNDO  
'IUS COGENS' INTERNACIONAL

**12.1 Reflexiones Preliminares** ..... 178

12.1.1 Proemio

12.1.2 Etimología

12.1.3 Antecedentes

12.1.4 Breves consideraciones sobre el '*ius cogens*' en Derecho Interno

12.1.5 Breve consideración en Derecho internacional

**12.2 Lineamientos Teóricos Generales** ..... 184

12.2.1 Nota aclaratoria

12.2.2 Concepción preliminar

12.2.3 Contenido y estructura normativos

12.2.3.1 *El ámbito material de validez; el contenido o bien jurídico de la norma cogente*

12.2.3.2 *Estructura del enunciado cogente*

12.2.3.2.1 *Problemática*

12.2.3.2.2 *Concepción normativista*

12.2.3.2.3 *Concepción adoptada*

**12.3 Desarrollo Científico del 'Ius Cogens' a partir de la Codificación del Derecho de los  
Tratados en la Convención de Viena de 1969** ..... 195

12.3.1 Comentario Previo

12.3.2 Antecedente de la Convención en materia cogente

12.3.2.1 *El proyecto de la Comisión de Derecho Internacional*

12.3.2.2 *La Conferencia de Viena*

12.3.3 Los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969

12.3.4 Consideraciones finales

**12.4 El 'Ius Cogens' en el Foro Jurídico Internacional** ..... 208

12.4.1 El 'ius cogens' ante las jurisdicciones internacionales

12.4.1.1 *Corte Permanente de Arbitraje*

12.4.1.2 *Corte Permanente de Justicia Internacional*

12.4.1.3 *Corte Internacional de Justicia*

**12.5 Fuentes del 'Ius Cogens': una solución de su Problemática en vista de su Naturaleza  
Jurídica** ..... 211

12.5.1 Fuentes Posibles

12.5.2 Naturaleza Jurídica

12.5.2.1 *Líneas generales*

12.5.2.2 *Exclusividad de la fuente*

12.6 El 'Ius Cogens' en la Estructura del Orden Jurídico Internacional .....	214
--	-----

12.6.1 Su ubicación en la pirámide normativa

12.6.2 Subjetividad de la comunidad internacional

12.6.3 Proposición conceptual conclusiva

## CAPÍTULO DECIMOTERCERO

### EL PROBLEMA JURÍDICO

13.1 Enunciación y Posturas en Conflicto .....	218
--	-----

CONCLUSIONES .....	220
--------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA .....	227
--------------------	-----

## INTRODUCCIÓN

El gran proceso de integración que vive el mundo de nuestros días, colma de verdad las palabras escritas por Modesto SEARA VÁZQUEZ a propósito del prólogo a una de las ediciones de su obra '*Derecho Internacional Público*', en torno a la creciente importancia de esa rama específica del Derecho.

La interacción social de los pueblos, compuesta de negociaciones comerciales internacionales, vínculos económicos, sociales y culturales, y del inmenso mosaico de relaciones intergubernamentales, se ha hecho más estrecha y cooperativa, constitutiva de una realidad distinta que demanda al Derecho la regulación apropiada, apta para responder a sus exigencias y a un tiempo capaz de renovarse al ritmo dictado por su naturaleza.

Estas ideas y la conciencia sobre la existencia de un Derecho "internacional" rector de las conductas "por encima" de las fronteras, genera el propósito de enfocar la reflexión al estudio y conocimiento del llamado "orden jurídico internacional".

Dada la extensión de nuestra disciplina, elegimos un tema específico motivados principalmente por su trascendental importancia en el orden jurídico y en el mundo de nuestros días: el '*ius cogens*' internacional.

En el actual contexto internacional donde se aprecian con más fuerza las corrientes defensoras de los derechos fundamentales, se explica la tesis que observa en el '*ius cogens*' un elemento determinante al formular los programas estatales o internacionales de acción política, encaminados a establecer las bases mínimas de las relaciones internacionales. En consecuencia, existe prácticamente consenso en la comunidad internacional acerca de la importancia que para el progreso de la humanidad tiene el establecimiento de mecanismos jurídicos garantes de la plena y efectiva tutela de aquellos derechos.

Las normas jurídicas internacionales merecedoras del atributo cogente, poseen la estructura óptima a los fines señalados y, en consecuencia, al reconocimiento explícito en el ámbito del Derecho positivo de todos aquellos bienes esenciales e inherentes a la categoría humana. Sin negar los servicios hasta ahora prestados por el Derecho cogente, consideramos su papel destinado a incrementar su importancia y lograr la plena efectividad y vigencia de los derechos fundamentales.

En estas reflexiones vertimos sólo un ejemplo de la próxima vitalidad de las cuestiones relacionadas con el '*ius cogens*' y, guiados por un criterio de pertinencia, simplemente lo anotamos sin perjuicio y sin desconocimiento de las múltiples y variadas connotaciones que puede llegar a encerrar y comprender el tópico.

Esbozada a grandes rasgos la pertinencia del tema, necesario es mencionar algunos aspectos en torno a la metodología empleada, en vista de la singular naturaleza del objeto de estudio.



Al ser el '*ius cogens*' una especie de normas jurídicas internacionales, conviene efectuar el estudio a partir de una división en capítulos, trece en número, seguidos por una sección especial de conclusiones, a través de los cuales y mediante el empleo de varios métodos como el exegético, el histórico, el teleológico y el sistemático, se logra establecer una serie de nociones básicas que posibilitan el entendimiento y brinden lógica al discurso, tendiente todo a la comprensión del fenómeno jurídico en análisis. Bajo esta óptica se revisan las opiniones de la más autorizada doctrina internacionalista, para luego ocuparnos de la exposición de aquello concerniente a los organismos internacionales en su parte conducente. Sintéticamente cerramos el panorama general con el estudio de algunos instrumentos jurídicos internacionales en tanto resultan pertinentes. Inmediatamente descendemos a la específica realidad de nuestro objeto de estudio: el '*ius cogens*' internacional.

Por ser el '*ius cogens*' en sí un auténtico universo jurídico, nos ocupamos sólo de dos de sus caracteres o componentes: el relativo a su creación normativa, y el relativo a su contenido. Esta división tiene como propósito contribuir a la precisión de nuestro objeto concreto de estudio.

El contenido del Derecho cogente se aprecia en términos teóricos y generales, sin que exista manejo de los criterios que lo determinan; ello es en extremo complicado y queda exclusivamente en manos del criterio de la comunidad internacional. La creación del '*ius cogens*' reviste singular importancia y en ello radica nuestro problema jurídico.

Dentro de lo concerniente al proceso de creación de las normas jurídicas de '*ius cogens*', está impuesta la realización de un estudio pormenorizado de las fuentes formales que lo producen. En el mismo resalta particularmente el tema de la costumbre; de esta suerte estudiamos la génesis consuetudinaria de las normas cogentes, fuente compartida con otras reglas internacionales carentes de ese carácter.

La problemática se centra entonces en la creación consuetudinaria del '*ius cogens*'. En esa medida su tratamiento comprende un sólido estudio acerca de la creación de Derecho internacional a través de la costumbre, las peculiaridades de ésta, sus especies, cuál o cuáles de éstas pueden constituir '*ius cogens*' y sus razones; en fin, planteamos un desarrollo teórico lo más completo posible, para continuar con la exposición de las interrogantes, sugerir las alternativas de solución y finalmente manifestar nuestra postura.

En términos de lo hasta ahora expuesto, iniciamos nuestro discurso acerca del "*ius cogens*" y la problemática que implica determinar si su creación consuetudinaria corresponde al consenso de la comunidad internacional o, al criterio que en sus resoluciones establece la Corte Internacional de Justicia.

# CAPÍTULO PRIMERO

## DERECHO INTERNACIONAL

### *1.1 Ideas generales*

#### **1.1.1 Cuestiones terminológicas**

La expresión 'Derecho internacional' es la denominación que se atribuye a una de las tantas manifestaciones objetivas de la fenomenología jurídica actual. Con ella se designa al complejo entramado normativo que regula la interacción, el intercambio y, en general, las relaciones de los Estados integrantes de la comunidad internacional.

Por unanimidad se hace referencia a una rama jurídica caracterizada por su gran complejidad, su extensión y por muchas sutilezas técnicas que dificultan su estudio.

El empleo del término es reciente puesto que hasta mediados del siglo XVII a esta rama jurídica se le designaba como 'derecho de las naciones' o 'derecho universal', según aseveración de Y. A. KOROVIN.<sup>1</sup> Posteriormente se utilizó la expresión de 'derecho gentes', traducción de la expresión latina '*ius gentium*', misma que se hizo común en la doctrina y que incluso es empleada en nuestros días. Otras expresiones de uso más reciente son las de 'derecho supraestatal' o 'derecho interestatal'. En el desarrollo del

---

<sup>1</sup> KOROVIN Y.A, *Derecho Internacional Público*, versión española de la 1ª ed. por Juan Villalba, Grijalbo, México, 1963, p. 11.

presente haremos uso de la expresión 'Derecho internacional' para referirnos a nuestra materia, y en ciertos casos 'Derecho internacional público' para diferenciarlo de aquella otra rama denominada 'Derecho internacional privado'.

### 1.1.2 Notas sobre la obligatoriedad del Derecho internacional

Es realidad que en muchas ocasiones el carácter obligatorio del Derecho internacional se ha puesto en duda; ha sido reducido a directrices de convivencia internacional, a común denominador de la política internacional de los distintos Estados del mundo, a principios morales internacionales, a reglas de derecho natural o a postulados éticos aplicables a las relaciones internacionales.

Los partidarios de esta negativa toman apoyo en la ausencia de un 'super' Estado que soberanamente dicte normas vinculantes y que cuente con facultades de hacer cumplir el orden jurídico así establecido.

Conscientes del importante rol de la política internacional y de la influencia de factores externos sobre el sistema, reconocemos en el Derecho internacional a un verdadero orden jurídico susceptible de apreciarse y estudiarse a la luz de la Teoría General del Derecho. Así hacemos nuestra la afirmación de Josef KUNZ sobre que "...el derecho internacional es derecho y, en consecuencia, sus normas son jurídicamente obligatorias..."<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> KUNZ Josef L. *Teoría General del Derecho Internacional*, s. e., s. edit., México, s. f. e. p. 388.

### **1.1.3 Breves consideraciones en torno al desarrollo del Derecho internacional**

Por razones de contenido puede considerarse al Derecho internacional como un objeto de estudio de dimensiones descomunales. En esa medida resulta necesario realizar un breve recorrido por su historia, que nos dote de bases mínimas para comprender su evolución y desarrollo.

César SEPÚLVEDA divide al Derecho internacional desde el punto de vista histórico en tres periodos:

- Derecho internacional clásico.
- Derecho internacional de la primera posguerra.
- Derecho internacional moderno.

#### ***1.1.3.1 Derecho internacional clásico***

En este periodo se agrupa al Derecho internacional existente antes del inicio en 1914 de la Primera Guerra Mundial. A este intervalo de la historia jurídica César SEPÚLVEDA lo denomina 'antiguo Derecho internacional', del mismo modo en que la doctrina calificó de antiguo al Derecho previo a la codificación napoleónica en Francia.

Según el maestro se trató de "...un derecho de corte europeo, válido para normar las relaciones de las grandes potencias de entonces... (al que) América, Asia y África, poco o nada habían contribuido a su integración..."<sup>3</sup>

Aún cuando se caracterizó por un número restringido de Estados involucrados y por una reducida cantidad de normas, debe reconocerse que este Derecho fue útil y apropiado a las circunstancias de la época, dado que posibilitó la coexistencia medianamente pacífica y reguló todo aquello relativo al reparto y a las adquisiciones coloniales que, frente a las actitudes marcadamente imperialistas de las grandes potencias, tuvieron lugar por entonces.<sup>4</sup>

El gran mérito de este orden jurídico según César SEPÚLVEDA radica en que sirvió de fundamento a lo que vino después.

### ***1.1.3.2 Derecho internacional de la primera posguerra***

En el escenario político internacional posterior a la Primera Guerra Mundial, la humanidad presenció un acontecimiento inédito en su historia y que constituyó el precedente de lo que vendría después; nos referimos al surgimiento de la primera organización internacional creada por voluntad de los Estados, que recibió el nombre de la Sociedad de las Naciones.

---

<sup>3</sup> SEPÚLVEDA César, *Los Modos de Creación de Normas Jurídicas en el Sistema Internacional de Estados*, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año XXII, No. 65, mayo-agosto, II, UNAM, 1989, p. 571.

<sup>4</sup> *Ídem*.

En el seno de la nueva organización internacional y paralelamente a la concepción del arbitraje como medio pacífico de solución de controversias institucionalizada en la Corte Permanente de Arbitraje, en funciones desde 1889 hasta nuestros días, alrededor de 1920 se constituye la Corte Permanente de Justicia Internacional con la finalidad de resolver jurídica y jurisdiccionalmente los desacuerdos internacionales.

César SEPÚLVEDA escribe que esta etapa "...constituyó una transición dolorosa, que paradójicamente hizo avanzar el derecho de gentes, a través del sufrimiento y de la inseguridad del mundo..."<sup>5</sup>

A pesar de los logros institucionales la historia se encargó de demostrar que la lección no fue aprendida, ya que pocos años después se desató el más violento choque bélico que la humanidad recuerde: la Segunda Guerra Mundial. Ello significó el quebrantamiento de la precaria estabilidad internacional y la aniquilación definitiva de la Sociedad de las Naciones.

### ***1.1.3.3 Derecho internacional moderno***

César SEPÚLVEDA opina que en 1945, al término de la Segunda Guerra Mundial, el Derecho internacional resurgió debido a que "...apareció una sociedad internacional

---

<sup>5</sup> SEPÚLVEDA César, *Los Modos de Creación de Normas Jurídicas en el Sistema Internacional de Estados*, Op. Cit. p. 572.

más amplia, más politizada, más vinculada, con más impulso de participación...”,<sup>6</sup> y con ello se dio inicio a la etapa que denomina Derecho internacional moderno.<sup>7</sup>

Este nuevo orden jurídico “...tiende ya a la universalización, pero es sin duda un derecho que contiene elementos de transición y una buena dosis de incertidumbre... Muchas de sus nuevas instituciones son aceptadas generalmente por los Estados. Las lagunas que exhibe, sin dejar de existir, son cada vez menos. Los métodos de arreglo de conflictos resultan más abundantes, más accesibles y más confiables. Se han logrado obtener ya conceptos depurados sobre la limitación de la guerra, y el concepto de agresión ha adelantado bastante... El derecho a la libre autodeterminación de los pueblos se ha esclarecido. Los derechos humanos y el derecho humanitario han encontrado un lugar escogido, así como el derecho de los refugiados...”<sup>8</sup>

#### 1.1.4 Consideración final

El desarrollo de nuestro trabajo se centra en lo que César SEPÚLVEDA ha calificado como Derecho internacional moderno; este es nuestro objeto de estudio y a él dedicaremos las siguientes reflexiones.

---

<sup>6</sup> SEPÚLVEDA César, *Los Modos de Creación de Normas Jurídicas en el Sistema Internacional de Estados*, *Op. Cit.* p. 572.

<sup>7</sup> *Ibidem* pp. 570-571.

<sup>8</sup> *Ibidem* pp. 572-574.



## **1.2 Definición Doctrinal**

### **1.2.1 Criterios de definición**

Es un hecho indiscutible que en el plano doctrinal existe una especie de paradoja respecto a la definición de nuestro objeto de estudio. Son tantas y tan diversas las posiciones que bien podría sostenerse que existen definiciones como autores que sobre el tema escriben.

Sin embargo, se ha marcado una tendencia que sostiene que a partir de buscar un común denominador a la pluralidad de conceptos, es posible distinguir tres tipos de criterios definitorios.

Loretta ORTIZ AHLF<sup>9</sup> considera que de esta suerte nos encontramos con: 1) Definiciones según sus destinatarios; 2) Definiciones según la materia, y; 3) Definiciones según la técnica de creación de las normas.

#### **1.2.1.1 Definiciones según sus destinatarios**

Loretta ORTIZ AHLF considera que a este grupo de definiciones corresponden aquellas conforme a las cuales el Derecho internacional es el conjunto de normas que

---

<sup>9</sup> ORTIZ AHLF Loretta, *Derecho Internacional Público*, 8ª reimpresión de la 2ª ed, Oxford University Press, México, 2002, p. 5.

regulan las relaciones entre los Estados y demás sujetos internacionales. A esta categoría corresponde la definición de Modesto SEARA VÁZQUEZ.<sup>10</sup>

### *1.2.1.2 Definiciones según la materia*

A este grupo corresponden aquellas definiciones que parten del carácter internacional de las relaciones reguladas. De esta forma tenemos que Paul GUGGENHEIM define al Derecho internacional como el conjunto de normas que rigen las relaciones internacionales.<sup>11</sup>

### *1.2.1.3 Definiciones según la técnica de creación de las normas*

Bajo este criterio denominado 'formal', se agrupan las definiciones que atienden al proceso de formación o de positivación de las normas. Así tenemos que el profesor SUY escribe que el Derecho internacional es un "...conjunto de normas para un momento dado y que sin tener en cuenta el objeto ordenado y el sujeto obligado, se han convertido como consecuencia de un procedimiento, en internacionales...".<sup>12</sup>

## **1.2.2 Concepto**

Loretta ORTIZ AHLF sostiene que son útiles para definir al Derecho internacional los criterios subjetivo y formal, de tal suerte que este resulta como "...aquella rama del

---

<sup>10</sup> ORTIZ AHLF Loretta, *Derecho Internacional Público, Op. Cit.* p. 5.

<sup>11</sup> Paul GUGGENHEIM citado por ORTIZ AHLF Loretta, *Ídem*.

<sup>12</sup> SUY citado por ORTIZ AHLF Loretta, *Ídem*.

derecho que regula el comportamiento de los Estados y demás sujetos atípicos mediante un conjunto de normas positivizadas por los poderes normativos peculiares de la comunidad internacional...".<sup>13</sup>

Josef KUNZ considera que "...la definición del derecho internacional por el contenido de sus normas o por sus sujetos no es aceptable; no hay materias que no puedan ser reguladas por el derecho internacional; los Estados soberanos no son los únicos sujetos del derecho internacional; las comunidades que se gobiernan a sí mismas, tampoco...".<sup>14</sup> En consecuencia, "...la mejor definición del derecho internacional es... la propuesta por Kelsen, basada sobre la manera particular de la creación de sus normas...".<sup>15</sup>

Hans KELSEN sostiene simple y llanamente que el Derecho internacional es la totalidad de normas jurídicas creadas por la cooperación de los Estados.<sup>16</sup>

Vista la trascendencia del criterio formal en la definición del Derecho internacional, conviene desde ahora observar que nuestro problema jurídico se relaciona íntimamente con los procesos que dan origen al surgimiento de normas jurídicas internacionales; en esta medida ambas cuestiones se encuentran referidas a un tópico específico: al tema de las fuentes del orden jurídico internacional.

---

<sup>13</sup> ORTIZ AHLF Loretta, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 5.

<sup>14</sup> KUNZ Josef L. *Teoría General del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 389.

<sup>15</sup> *Ídem*.

<sup>16</sup> KELSEN citado por KUNZ Josef L. *Ídem*.

Consecuentemente, está impuesta la realización de un estudio pormenorizado de las fuentes normativas del Derecho internacional a fin de afrontar adecuadamente nuestro problema jurídico.

Previo a ello consideramos oportuno reflexionar brevemente en torno a la estructura, caracteres y ámbitos de validez de las normas jurídicas que conforman el Derecho internacional.

### ***1.3 La Norma Jurídica Internacional***

#### **1.3.1 Consideraciones preliminares**

Como todo sistema jurídico, el Derecho internacional está compuesto por un conjunto de normas rectoras de conducta. Estas reglas son tan normas y tan jurídicas como todas aquellas que conforman los derechos internos de los Estados.

Aun cuando existen diferencias entre el Derecho internacional y los diversos derechos internos, ninguna de ellas impide la aplicación al primero de la Teoría General del Derecho para su estudio.

### 1.3.2 Teoría Pura del Derecho

Julio BARBERIS escribe que la Teoría Pura del Derecho "...enseña que todas las normas jurídicas poseen una estructura análoga que consiste en postular una conducta humana determinada como antecedente de un juicio hipotético, cuyo consecuente es un acto coactivo, una sanción..."<sup>17</sup>

La estructura de la norma jurídica se conforma por un supuesto normativo descrito en términos prohibitivos, permisivos o impositivos de una conducta determinada, unido por un nexo de causalidad necesaria a la producción, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones.

El juicio hipotético kelseniano no es otra cosa que el enunciado del supuesto normativo, y la sanción es el término que designa genéricamente las consecuencias de Derecho.

Es una realidad innegable que la estructura normativa de la Teoría Pura del Derecho no encuentra obstáculo que impida su aplicación al Derecho internacional, aun cuando el carácter y naturaleza de éste evidencien marcadas diferencias.

---

<sup>17</sup> BARBERIS Julio A., *Formación del Derecho Internacional*, 4ª ed, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 22.

### 1.3.3 Teoría normativa de H. L. A. Hart

Por Julio BARBERIS sabemos que H. L. A. HART en su obra 'El Concepto de Derecho "...parte de la idea de que el derecho está constituido por una unión de dos tipos distintos de normas que él denomina reglas primarias y secundarias..."<sup>18</sup>

#### 1.3.3.1 Reglas primarias

Según la teoría normativa de H. L. A. HART, "...las reglas primarias son aquellas que establecen determinadas conductas como... prohibidas u obligatorias..."<sup>19</sup> En esa medida coinciden sustancialmente con la concepción tradicional de la norma jurídica en general. Sin embargo, el autor considera que tales normas primarias son complementadas por las reglas secundarias, que en decir de Julio BARBERIS implica un enfoque inédito e innovador de las reglas jurídicas.<sup>20</sup>

#### 1.3.3.2 Reglas secundarias

La teoría normativa en estudio distingue tres categorías de normas secundarias:

- Normas de reconocimiento.
- Normas de cambio.
- Normas de adjudicación.

---

<sup>18</sup>BARBERIS Julio A., *Formación del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 22.

<sup>19</sup> *Ídem.*

<sup>20</sup> *Ídem.*

Las reglas secundarias de reconocimiento son aquellas "...que indican la característica o características cuya posesión por las reglas primarias permite que se les reconozca como tales...",<sup>21</sup> y su función consiste en "...identificar de manera indubitable las reglas primarias... como pertenecientes al grupo..."<sup>22</sup>

Las reglas secundarias de cambio son aquellas "...que facultan a los individuos o a ciertos órganos a introducir nuevas reglas primarias o dejar sin efecto otras ya establecidas..."<sup>23</sup>

Las reglas de adjudicación son aquellas "...que facultan a ciertos órganos a determinar, de modo revestido de autoridad, si una regla primaria ha sido transgredida en un caso concreto..."<sup>24</sup> y establecen "...el procedimiento a seguir para comprobar las transgresiones y dictar las sentencias correspondientes..."<sup>25</sup>

---

<sup>21</sup> BARBERIS Julio A., *Formación del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 22.

<sup>22</sup> *Ibidem* p. 23.

<sup>23</sup> *Ídem*.

<sup>24</sup> *Ídem*.

<sup>25</sup> *Ídem*.

## ***1.4 Ámbitos de Validez de la Norma Jurídica Internacional***

### **1.4.1 Comentario general**

Es bien sabido que en su Teoría Pura del Derecho Hans Kelsen asigna a las normas jurídicas cuatro ámbitos de validez, correspondientes a la esfera material, personal, temporal y espacial de cada una de ellas.

La validez de las normas jurídicas internacionales se puede apreciar a partir de los cuatro ámbitos referidos; ello será de gran utilidad en el estudio de la naturaleza jurídica de las fuentes del orden jurídico internacional.

### **1.4.2 Los ámbitos de validez**

En términos simples y muy generales acerca de los cuatro ámbitos de validez de las normas jurídicas podemos decir lo siguiente.

El ámbito material de validez es la conducta obligatoria que se describe en términos hipotéticos en el enunciado normativo, ya sea permitiéndola o prohibiéndola.

El ámbito personal de validez está compuesto por el conjunto de sujetos destinatarios de la norma jurídica.



El ámbito temporal de validez es lapso durante el cual la norma jurídica es vigente y obligatoria.

El ámbito espacial de validez es la circunscripción geográfica dentro de la cual es válida y vinculante la norma de que se trate.

### 1.4.3 Comentario final

Julio BARBERIS opina que una particularidad del Derecho internacional consiste en que "...sus normas no determinan suficientemente estos cuatro ámbitos de validez. En general, el derecho de gentes deja librado al derecho interno de los Estados la tarea de concretizar<sup>26</sup> uno o varios ámbitos...".<sup>27</sup>

Ejemplo de ello lo tenemos en la actividad de los órganos legislativo y judicial del Estado mexicano, que constitucional y legalmente se encuentran facultados para expedir leyes que desarrollen el contenido de y para aplicar tratados internacionales, respectivamente. De esta suerte el H. Congreso de la Unión puede expedir leyes sobre la aplicación en México de determinados tratados internacionales en que los Estados Unidos Mexicanos sea parte, y el Poder Judicial de la Federación puede individualizar en sus sentencias el enunciado normativo contenido en instrumentos jurídicos internacionales.

---

<sup>26</sup> Según el autor por 'concretización' ha de entenderse la actividad legislativa o jurisdiccional interna que complementa el contenido de las normas jurídicas internacionales.

<sup>27</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 35.

Ahora bien, con base en las consideraciones precedentes es tiempo de ocuparnos del estudio exhaustivo de los procesos de creación normativa internacional, primero desde una perspectiva teórica general y después de los pormenores de cada una de las fuentes.

# CAPÍTULO SEGUNDO

## FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

### GENERALIDADES

#### *2.1 Teoría de las Fuentes*

##### **2.1.1 Consideración preliminar**

Para iniciar el estudio de la teoría de las fuentes en general, estimamos necesario referirnos a lo que doctrinalmente se conoce como 'disciplinas jurídicas'. Con esta expresión se designa a aquellas ramas del saber y conocimiento humanos, constituidas por elementos y enfoques de carácter jurídico relacionados con otros factores externos de muy variada naturaleza.

Virgilio DOMÍNGUEZ escribe que para Eduardo GARCÍA MÁYNEZ está impuesto distinguir dos categorías de disciplinas jurídicas: las fundamentales y las auxiliares. En la primera se localiza la Ciencia del Derecho, la Teoría General del Derecho y la Filosofía del Derecho. En la segunda está la sociología jurídica, la historia del Derecho y el Derecho comparado.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> GARCÍA MÁYNEZ Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 48ª ed, Porrúa, México, 1996, p. X.

Cóncientes de que sobre cada una de las disciplinas mencionadas existe una amplia variedad de opiniones y posturas, nos limitamos a señalar sus rasgos elementales en la medida que resulten útiles.

Para Virgilio DOMÍNGUEZ "...la ciencia del derecho consta de dos partes: la sistemática y la técnica jurídica. La primera tiene como objeto la exposición ordenada y coherente de un derecho positivo determinado. La segunda, estudiar los problemas que se suscitan con motivo de la aplicación del derecho... La sistemática jurídica se estudia por medio de las disciplinas jurídicas especiales. La técnica jurídica por medio de una materia general que es la Introducción al Estudio del Derecho..."<sup>29</sup>

La referencia a la Introducción al Estudio del Derecho se explica porque el comentario se vierte a propósito del prólogo de una obra de naturaleza introductoria; en realidad, el estudio de la técnica jurídica corresponde a la Teoría General del Derecho.

En la siguiente sección emprendemos el estudio de las 'fuentes' desde la perspectiva de esta disciplina jurídica fundamental, como gran proemio del análisis en torno a los procesos de creación normativa del Derecho internacional.

---

<sup>29</sup> GARCÍA MÁYNEZ Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Op. Cit. p. VIII.

## 2.1.2 Concepto de fuente

### 2.1.2.1 Observaciones previas

Claude DU PASQUIER escribe que el "...término fuente... crea una metáfora bastante feliz, pues remontarse a las fuentes de un río es llegar al lugar en que sus aguas brotan de la tierra...".<sup>30</sup> Ello significa que "...inquirir la fuente de una disposición jurídica es buscar el sitio en que ha salido de las profundidades de la vida social a la superficie del derecho...".<sup>31</sup>

José Luis FERNÁNDEZ-FLORES considera que esta expresión, aún cuando ha sido objeto de numerosas críticas, ha sido consagrada por el uso y prescindir de la misma acarrearía más problemas que ventajas.<sup>32</sup>

### 2.1.2.2 Concepto

En el ámbito jurídico con el término 'fuente' se designa al origen de aquellos factores que desembocan en la formación de las normas jurídicas. Estos factores de naturaleza tan varia, que para su estudio conviene agruparlos en tres grandes rubros correspondientes a los tres sentidos que puede asignarse al término 'fuente'.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> Du PASQUIER citado por GARCÍA MÁYNEZ Eduardo, *Op. Cit.* p. 52.

<sup>31</sup> *Ídem.*

<sup>32</sup> FERNÁNDEZ-FLORES José Luis, *Derecho Internacional Público, s.e.*, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., 1980, p. 507.

<sup>33</sup> *Ibídem* p. 508.

### **2.1.2.3 *Tres sentidos del término fuente***

El primer sentido que se atribuye al término es el filosófico, y así fuente constituye el fundamento o causa primera del Derecho, es decir, el origen remoto de validez de las normas jurídicas que lo conforman.

El segundo sentido es el técnico y con él se entiende genéricamente por fuente el conjunto de medios jurídicos y externos de creación de las reglas de Derecho positivo. Es en este sentido en el que converge la tradicional división tripartita de fuentes, que distingue entre formales, reales e históricas.

El tercer sentido atribuido es el instrumental, que en opinión de José Luis FERNÁNDEZ-FLORES se traduce en todos aquellos medios por los cuales es posible conocer el Derecho.

En nuestra obra únicamente es relevante el estudio del sentido técnico del término fuente; sin embargo, consideramos conveniente referirnos a cada uno de los otros para eliminar la posibilidad de equívoco en el manejo de los conceptos.

#### **2.1.2.3.1 *Sentido filosófico***

Como se sabe la Filosofía es una rama del saber y conocimiento humano que se encarga de indagar las causas últimas de las cosas a la luz natural de la razón. La extensión de su objeto es tan amplia casi como vertientes específicas del conocimiento existen; de esa

suerte es posible hablar de ramas especializadas de la filosofía, de entre las cuales ya hemos referido la existencia de una: la Filosofía del Derecho, disciplina jurídica fundamental según enseña Eduardo GARCÍA MÁYNEZ. En consecuencia, a ella corresponde el estudio de las causas primeras de la existencia del orden jurídico.

José Luis FERNÁNDEZ-FLORES observa que 'fuente' en su acepción filosófica se identifica con 'fundamento', y por este último debe entenderse exclusivamente la razón de obligatoriedad del Derecho. En esa medida, el término fuente en su sentido filosófico no se ocupa de las razones generales de existencia de las normas jurídicas, sino simplemente se circunscribe a las consideraciones en torno a su obligatoriedad.<sup>34</sup>

#### ***2.1.2.3.2 Sentido técnico***

José Luis FERNÁNDEZ-FLORES opina que al hablar del sentido técnico del término fuente, se hace referencia a las fuentes del Derecho positivo, es decir, a los modos de manifestación de las normas jurídicas.<sup>35</sup> Ya dijimos que a esta acepción corresponde la tradicional división doctrinal tripartita de las fuentes normativas.

#### ***2.1.2.3.3 Sentido instrumental***

José Luis FERNÁNDEZ-FLORES sostiene que el sentido instrumental se refiere a todos aquellos medios por los cuales es susceptible tomar conocimiento de la existencia

---

<sup>34</sup> FERNÁNDEZ-FLORES José Luis, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 508.

<sup>35</sup> *Ibidem.* p. 509.

del Derecho positivo.<sup>36</sup> Expresado en otras palabras, se trata del respaldo material que preserva el tenor de las disposiciones jurídicas; un ejemplo en Derecho mexicano lo tenemos en el Diario Oficial de la Federación, siempre que se trate de las fechas en que se hizo la inserción de las disposiciones jurídicas vigentes.

### 2.1.3 Clasificación de las fuentes

Ya dijimos que el sentido técnico del término es el relevante en nuestro trabajo; dentro de éste, nos ocupamos del estudio de la división tripartita de las fuentes normativas.

Esta dicho que 'clasificar' consiste en la acción de ordenar en clases un determinado objeto de estudio; cada clase constituye la categoría en torno a la cual se agrupan los elementos que poseen entre sí un común denominador. La distribución sistemática de los elementos en tales categorías recibe el nombre de 'clasificación'.

La multiplicidad de criterios que existen para hallar el común denominador de los elementos, deriva necesariamente en una posible pluralidad de clasificaciones. De esta forma podría hablarse de un extenso número de clasificaciones de las fuentes normativas. Sin embargo, en la Teoría General del Derecho existe consenso mayoritario sobre la división tripartita que distingue entre fuentes reales, fuentes históricas y fuentes formales.

---

<sup>36</sup> FERNÁNDEZ-FLORES José Luis, *Derecho Internacional Público, Op. Cit.* p. 510.



### 2.1.3.1 Fuentes reales

Para Eduardo GARCÍA MÁYNEZ son fuentes reales aquellos factores y elementos que determinan el contenido de las normas jurídicas,<sup>37</sup> todos ellos de carácter metajurídico en decir de Carlos ARELLANO GARCÍA.<sup>38</sup>

En el carácter metajurídico referido se agrupan factores y elementos de naturaleza tan varia, siempre externos al sistema jurídico, entre los que puede mencionarse los sociológicos, culturales, sociales, económicos, políticos, etc.

Este cúmulo de factores son tomados en consideración por los creadores de las normas jurídicas, quienes los traducen al lenguaje normativo con la finalidad de generar correspondencia entre el Derecho y la realidad que regula.

El estudio de las fuentes reales ha sido injustamente circunscrito por la doctrina al ámbito de la legislación, sin que exista referencia a las mismas desde un ángulo de teoría general. Ello priva de la posibilidad de apreciar la influencia de los factores externos en la gestación de otro tipo de normas distintas a la ley.

Si pretendemos evitar este rasgo exclusivista, desde una perspectiva general podemos conceptualizar a las fuentes formales como todos aquellos factores y elementos

---

<sup>37</sup> GARCÍA MÁYNEZ Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Op. Cit. p. 51.

<sup>38</sup> ARELLANO GARCÍA Carlos, *Primer Curso de Derecho Internacional Público*, 4ª ed, Porrúa, México, 1999, p. 182.

externos a lo jurídico y propios de un contexto determinado, que motivan la creación y determinan el contenido de las normas jurídicas positivas.

### 2.1.3.2 Fuentes históricas

Eduardo GARCÍA MÁYNEZ opina que tal expresión "...aplicase a los documentos (inscripciones, papiros, libros...) que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes...".<sup>39</sup>

Carlos ARELLANO GARCÍA escribe que las fuentes históricas "...son aquellos textos jurídicos normativos que tuvieron vigencia en el pasado y que contribuyeron a la creación de las normas jurídicas vigentes...".<sup>40</sup>

Se trata de valiosos documentos que guardan memoria de la anterior existencia de determinadas disposiciones jurídicas; su conservación y empleo permiten conocer la evolución en el tiempo de las instituciones jurídicas.

La diferencia que existe entre las fuentes históricas, subespecie del término fuente en sentido técnico, y el sentido instrumental del mismo vocablo, es únicamente un criterio de vigencia; así las cosas nos referimos a fuentes históricas cuando se trata de normas no vigentes y de 'fuentes' instrumentales cuando se trata de disposiciones jurídicas en vigor.

---

<sup>39</sup> GARCÍA MÁYNEZ Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Op.Cit. p. 51.

<sup>40</sup> ARELLANO GARCÍA Carlos, *Primer Curso de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p.182.

### 2.1.3.3 Fuentes formales

Eduardo GARCÍA MÁYNEZ sostiene que las fuentes formales del Derecho son los procesos de creación de las normas jurídicas.<sup>41</sup>

Proceso es un conjunto de pasos unidos de forma secuencial y que tienden a la obtención de un resultado específico. Se trata de una sucesión de momentos<sup>42</sup> que constituyen el método para obtener un objeto determinado.

Todo sistema en general y el jurídico por consecuencia, contiene elementos cuya función consiste en proveer a su existencia; estos elementos constituyen las fuentes formales del Derecho.

Estos mecanismos que el Derecho prevé para su creación están compuestos a su vez por un conjunto de normas jurídicas, cuya peculiaridad consiste precisamente en la función que el propio sistema les asigna. Estas reglas han sido estructuradas por los estudiosos en categorías que constituyen auténticas unidades procedimentales. Cada unidad equivale a un proceso específico, es decir, a una particular fuente formal de Derecho.

---

<sup>41</sup> GARCÍA MÁYNEZ Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Op.Cit. p. 51.

<sup>42</sup> *Ídem*.

A cada una de las fuentes formales la doctrina le ha atribuido una denominación, y resulta que en la mayoría de los sistemas jurídicos se localiza la legislación, la costumbre y la jurisprudencia.<sup>43</sup>

A propósito de las fuentes formales, existe un empleo indiscriminado de la designación de los procesos y del tipo específico de norma que cada uno produce. Así tenemos que se nombra contrato, reglamento o costumbre al proceso y a la norma resultante del mismo. En nuestro desarrollo asignaremos la nomenclatura adecuada que elimine el equívoco y distinga claramente a los procesos de las normas.

#### **2.1.4 Apunte final**

Vistos los lineamientos teóricos generales de las fuentes del Derecho, tiempo es de emprender su traslado a la comprensión del tópico correspondiente en el ámbito del Derecho internacional.

---

<sup>43</sup> GARCÍA MÁYNEZ Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Op.Cit. p. 51.

# CAPÍTULO TERCERO

## TEORÍA DE LAS FUENTES APLICADA AL DERECHO INTERNACIONAL

### *3.1 Consideraciones preliminares*

José Luis FERNÁNDEZ-FLORES<sup>44</sup> opina que cada ordenamiento jurídico posee su propio y peculiar sistema de fuentes. El Derecho internacional, escribe Josef KUNZ,<sup>45</sup> como todos los órdenes jurídicos, regula él mismo la creación de sus normas, es decir, prevé dentro de sí la estructura y funcionamiento de sus fuentes.

Edgardo PAZ BARNICA<sup>46</sup> sostiene que el estudio de las fuentes del Derecho internacional constituye un aspecto de fundamental importancia en la comprensión de la disciplina jurídica que nos ocupa.

Antonio TRUYOL y SERRA<sup>47</sup> observa que la teoría general de las fuentes del Derecho internacional es tributaria de la teoría general de las fuentes del Derecho y, en esa

---

<sup>44</sup> FERNÁNDEZ-FLORES José Luis, *Derecho Internacional Público Op. Cit.* p. 511.

<sup>45</sup> KUNZ Josef L. *Teoría General del Derecho Internacional, Op. Cit.* p. 389.

<sup>46</sup> PAZ BARNICA Edgardo, *Lecciones de Derecho Internacional Público, s.e.*, Ediciones Cultura Hispánica del Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 1984, p. 135.

<sup>47</sup> TRUYOL y SERRA Antonio, *Fundamentos de Derecho Internacional Público*, 4ª ed, Tecnos, Madrid, 1977, p. 97.

medida, corresponde abordar su estudio a la Teoría General del Derecho. Bajo la óptica de esta disciplina jurídica se orienta nuestro discurso.

José Luis FERNÁNDEZ-FLORES apunta que el problema de las fuentes del Derecho internacional se presenta muy confuso, puesto que a las dificultades del tema en general deben sumarse las que añade nuestra peculiar disciplina.<sup>48</sup> Ello se debe a que la teoría general sobre las fuentes se formuló a partir del estudio del Derecho interno de los Estados.

Al respecto Pierre PESCATORE considera que la teoría de cada uno de estos órdenes jurídicos es profundamente distinta. Para entender la diferencia "...es necesario recordar que la estructura de la sociedad internacional no es de... subordinación, sino... de coordinación... compuesta por entes soberanos... que no reconocen por encima de ellos ninguna autoridad superior..."<sup>49</sup> facultada para la expedición de normas jurídicas vinculantes.

Consonante con ello Braulio GUERRA MALO<sup>50</sup> asevera que en el Derecho internacional la creación de las reglas es un proceso de coordinación de voluntades soberanas, que adquiere plena calidad jurídica mediante reconocimiento a través de costumbres o tratados internacionales, a los que considera como sus principales fuentes.

---

<sup>48</sup> FERNÁNDEZ-FLORES José Luis, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 507.

<sup>49</sup> Pierre PESCATORE citado por FIGUEROA Luis Mauricio, *Derecho Internacional*, 1ª ed, Editorial Jus, México, 1991, p. 81.

<sup>50</sup> GUERRA MALO Braulio, *Compendio de Derecho Internacional*, 1ª ed, Gobierno del Estado de Querétaro, Universidad Autónoma de Querétaro, México, 1994, p. 29.

Sobre la diferencia estructural entre los órdenes jurídicos internacionales y nacionales, José Luis FERNÁNDEZ-FLORES<sup>51</sup> opina que ello se debe al diferente grado de organización de las comunidades internas y de la comunidad internacional en su conjunto.

### 3.2 Concepto General de Fuente en Derecho Internacional

César SEPÚLVEDA<sup>52</sup> considera que por fuentes del Derecho internacional hay que entender los procesos que sirven para abastecer de normas al propio Derecho internacional, es decir y en palabras de Hans Kelsen,<sup>53</sup> los métodos por los cuáles éste se crea.

En idéntico sentido Ricardo MÉNDEZ SILVA y Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO<sup>54</sup> opinan que se utiliza el término 'fuentes del Derecho internacional' para indicar el proceso o los métodos de creación de las reglas o normas de dicho Derecho. Por su parte Edgardo PAZ BARNICA<sup>55</sup> escribe que se trata de aquellos modos a través de los cuales se originan y forman las normas jurídicas internacionales.

---

<sup>51</sup> FERNÁNDEZ-FLORES José Luis, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 518.

<sup>52</sup> SEPÚLVEDA César, *Los Modos de Creación de Normas Jurídicas en el Sistema Internacional de Estados*. Op. Cit. p. 574.

<sup>53</sup> Kelsen Hans, *Principios de Derecho Internacional Público*, trad. al español por Hugo Caminos y Ernesto Ermida, s.e, Editorial Buenos Aires, Buenos Aires Argentina, 1965, p. 260.

<sup>54</sup> MÉNDEZ SILVA Ricardo & Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, *Derecho Internacional Público*, 1ª ed, UNAM-III, Colección Introducción al Derecho Mexicano, México, 1983, p. 11. (En adelante el nombre de la obra, *Derecho Internacional Público*, se abreviará como D.I.P.).

<sup>55</sup> PAZ BARNICA Edgardo, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 127.

Hans Kelsen expresa que "...por 'fuente' del derecho puede comprenderse no sólo los métodos de creación... sino también los métodos de aplicación del mismo...".<sup>56</sup> De esta forma el profesor austriaco incluye en el término los procesos creativos de normas jurídicas individualizadas.

### ***3.3 Clasificaciones de las Fuentes del Derecho Internacional***

Edgardo PAZ BARNICA<sup>57</sup> refiere en su obra algunas clasificaciones de las fuentes normativas internacionales, tres de las cuales resultan particularmente importantes a nuestra obra.

Según la doctrina objetivista las fuentes del Derecho internacional se clasifican en materiales y formales.<sup>58</sup> En las primeras se agrupan nociones tan variadas como la opinión pública, la conciencia colectiva, la noción de justicia, la solidaridad social, el sentido de interdependencia social, la voluntad estatal y la conciencia jurídica universal; todas ellas de naturaleza externa a lo jurídico. Dentro de las formales la doctrina objetivista distingue dos categorías de fuentes: las escritas o expresas y las no escritas o tácitas, que incluyen al tratado internacional y a la costumbre, respectivamente.

La segunda clasificación es la propuesta por Julio DIENA, que distingue entre fuentes propiamente dichas y documentos.<sup>59</sup> En las primeras se comprende a la costumbre

---

<sup>56</sup> Kelsen Hans, *Principios de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 260.

<sup>57</sup> PAZ BARNICA Edgardo, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Op. Cit., p. 132.

<sup>58</sup> *Ibidem* p. 130.

<sup>59</sup> Julio DIENA citado por PAZ BARNICA Edgardo, *Ibidem*. p. 133.



y al tratado internacional, a las sentencias arbitrales y a la jurisprudencia internacional. Entre los segundo se incluye a las leyes y sentencias de los tribunales internos, a los actos diplomáticos y a las obras científicas.

La tercera clasificación de fuentes distingue entre directas e indirectas. Dentro de las primeras tenemos al tratado y a la costumbre internacional, la jurisprudencia internacional y a las decisiones de las organizaciones y organismos internacionales. En las segundas encontramos al derecho natural, a la ciencia jurídica, a la equidad y a la cortesía internacional.

En el presente nos ocupamos únicamente del estudio de la distinción entre fuentes reales y fuentes formales, sugerida por conveniente por Alejandro HERRERO y RUBIO<sup>60</sup> y por Roberto NÚÑEZ y ESCALANTE.<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> HERRERO y RUBIO Alejandro, *Derecho Internacional Público*, T. 1, 4ª ed, Gráficas Andrés Martín, Valladolid, 1979, p. 43.

<sup>61</sup> NÚÑEZ y ESCALANTE Roberto, *Compendio de Derecho Internacional Público*, s.e., Editorial Orión, México, 1970, p. 146.

### 3.4 Fuentes Reales y Fuentes Formales del Derecho Internacional

#### 3.4.1 Fuentes reales

##### 3.4.1.1 Concepto

Adolfo MIAJA DE LA MUELA<sup>62</sup> opina que las fuentes reales del Derecho internacional son aquellos hechos o factores que históricamente operan en el proceso de creación normativa, es decir y en palabras de Antonio TRUYOL y SERRA,<sup>63</sup> que originan o motivan la creación de las normas jurídicas positivas. En sentido equivalente Roberto NÚÑEZ y ESCALANTE<sup>64</sup> escribe que las fuentes reales son aquellas que dan origen a la norma, tales como las necesidades muchas veces mutables de los Estados de regular sus relaciones recíprocas.

Hans KELSEN<sup>65</sup> observa que dentro de las fuentes reales se reconocen todas aquellas normas morales, principios políticos, doctrinas legales, opiniones de juristas y muchos otros factores semejantes, que tiene por peculiaridad el influir efectivamente en los agentes autores o creadores del Derecho.

---

<sup>62</sup> MIAJA DE LA MUELA Adolfo, *Introducción al Derecho Internacional Público*, 7ª ed, Editorial Atlas, Madrid, 1979, p. 96.

<sup>63</sup> TRUYOL y SERRA Antonio, *Fundamentos de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 97.

<sup>64</sup> NÚÑEZ y ESCALANTE Roberto, *Compendio de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 147.

<sup>65</sup> KELSEN Hans, *Principios de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 260.

Edgardo PAZ BARNICA<sup>66</sup> por su parte señala que las fuentes materiales están determinadas por un conjunto de hechos materiales y de concepciones ideales. En los primeros se encuentran las necesidades económicas de las distintas organizaciones políticas y en las segundas la tradición, las creencias y las aspiraciones sociales y culturales.

Bajo influjos marcadamente iusnaturalistas, Paul REUTER<sup>67</sup> escribe que las fuentes materiales son las verdaderas creadoras de las normas jurídicas internacionales; se trata de valores y principios que constituyen el motivo último de las reglas jurídicas. Esta singular postura omite la diferencia que existe entre los tres sentidos del término fuente y su pensamiento se traslada al ámbito correspondiente al sentido filosófico. Con esta forma de pensar consigue sostener que las normas preexisten a su formulación jurídica positiva, aberración entera desde el punto de vista técnico.

En conclusión las fuentes reales del orden jurídico internacional son aquellos factores y elementos que históricamente motivan y determinan la creación de las reglas jurídicas que lo componen.

---

<sup>66</sup> PAZ BARNICA Edgardo, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 129.

<sup>67</sup> Paul REUTER citado por PAZ BARNICA Edgardo, *Ibidem* p. 130.

### 3.4.1.2 Utilidad en el estudio del Derecho internacional

El carácter externo a lo jurídico de las fuentes reales explica que Adolfo MIAJA DE LA MUELA<sup>68</sup> opine con razón que su estudio corresponde a la sociología de las relaciones internacionales. En igual sentido se pronuncia José Luis FERNÁNDEZ-FLORES,<sup>69</sup> y ello se debe a que el tópico trascendental de las fuentes normativas internacionales se localiza en las formales, singulares procesos de creación en los cuales los datos materiales sólo tangencialmente interesan.<sup>70</sup> Esto último lo explica Edgardo PAZ BARNICA<sup>71</sup> al decir que las fuentes reales subyacen al Derecho positivo y surgen de la sociología o de la filosofía jurídicas pero nunca, tienen su origen en el Derecho positivo.

## 3.4.2 Fuentes formales

### 3.4.2.1 Concepto

Antonio TRUYOL y SERRA sostiene que las fuentes formales del Derecho internacional "...son los modos típicos de manifestación, las formas peculiares de expresión de las normas jurídicas a través de la voluntad de una instancia humana competente..."<sup>72</sup> Se trata según Roberto NÚÑEZ y ESCALANTE<sup>73</sup> de aquellos modos reconocidos de manifestación del Derecho como norma positiva, que permiten a través de

---

<sup>68</sup> MIAJA DE LA MUELA Adolfo, *Introducción al Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 96.

<sup>69</sup> FERNÁNDEZ-FLORES José Luis, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 511.

<sup>70</sup> *Ibídem* p. 521.

<sup>71</sup> PAZ BARNICA Edgardo, *Lecciones de Derecho Internacional Público* Op. Cit. p. 129.

<sup>72</sup> TRUYOL y SERRA Antonio, *Fundamentos de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 97.

<sup>73</sup> NÚÑEZ y ESCALANTE Roberto, *Compendio de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 147.

la estructura internacional actual dar nacimiento a la norma de la cual derivan los derechos y obligaciones de los sujetos internacionales.

En vista de los postulados de la Teoría Pura del Derecho, Julio BARBERIS opina que el Derecho internacional "...aparece como un orden jurídico jerárquicamente estructurado en el que toda norma es creada por un método o fuente de derecho... erigida como tal por una norma jurídica de orden superior..."<sup>74</sup>

#### ***3.4.2.2 Teoría que desconoce la existencia de fuentes formales en Derecho internacional***

A partir de la teoría normativa de H. L. A. HART, se ha pretendido sustentar una negativa en torno a la existencia de las fuentes formales en Derecho Internacional. Así puede observarse en una de las obras de Julio BARBERIS.<sup>75</sup>

Todo inicia a partir de que H. L. A. HART escribe que "...el derecho internacional es un derecho primitivo y consiste sólo en un conjunto de reglas primarias de obligación que no están estructuradas como sistema por ninguna regla de reconocimiento..."<sup>76</sup>

El autor sostiene esta idea a partir de considerar primitivo al orden jurídico internacional y que la existencia de normas secundarias de reconocimiento sólo tiene lugar en órdenes jurídicos desarrollados.

---

<sup>74</sup> BARBERIS Julio A., *Formación del Derecho Internacional*, Op.Cit. p. 27.

<sup>75</sup> *Ibidem.* p. 28.

<sup>76</sup> HART citado por BARBERIS Julio A., *Ídem.*

Entonces, si sólo los órdenes jurídicos desarrollados poseen normas secundarias de reconocimiento y si el Derecho internacional no es desarrollado, por tanto carece de las mencionadas normas.

A dos causas puede atribuirse que el autor considere primitivo al orden jurídico internacional: un contraste con los derechos internos, o una búsqueda exhaustiva de normas secundarias.

Pensamos que la opinión se debe a la primera causa debido a que la segunda, en caso de admitirse, conduce al absurdo de considerar desarrollado al sistema jurídico que contiene normas secundarias. Lo correcto es que un orden jurídico es desarrollado y en esa medida posee las normas apuntadas; la conclusión inversa es inválida.

La primera causa que supone el contraste, está justificada porque obviamente los derechos internos por añejos, están más desarrollados. Suponemos que esa es la razón que motivo a H. L. A. HART a pronunciarse de esa forma.

### ***3.4.2.3 Problemática***

Ya apuntamos que la doctrina considera el tema de las fuentes formales del Derecho internacional un tema sumamente confuso. Esto se debe entre otras razones a que en el ámbito internacional no existen los elementos que tradicionalmente se atribuyen a

cada proceso creador de normas y que en opinión de José Luis FERNÁNDEZ-FLORES<sup>77</sup> consisten en los siguientes: 1) una fuerza social, autoridad, órgano o poder competente; 2) un procedimiento específico de creación, y; 3) un tipo específico de reglas que dimanen de la fuente.

La ausencia de tales caracteres hace verosímil concebir a las fuentes formales del Derecho internacional como simples procesos de creación normativa establecidos fácticamente.<sup>78</sup> Sin embargo, está impuesto observar que la carencia referida se explica siempre que se atienda a la particular estructura de la comunidad internacional, conformada por Estados soberanos indispuestos a reconocer ninguna autoridad superior a la de ellos mismos.

Por lo demás sobre la nítida frontera entre los hechos generadores y los hechos motivadores del Derecho internacional, fuentes reales y formales respectivamente, Adolfo MIAJA DE LA MUELA<sup>79</sup> opina que en el ordenamiento internacional como en cualquier otro, se atribuyen a ciertos hechos la aptitud de generar nuevas reglas de Derecho; tales hechos reciben el nombre de fuentes formales, para diferenciarlos de aquellos otros que simplemente inciden o motivan su creación.

---

<sup>77</sup> FERNÁNDEZ-FLORES José Luis, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 522.

<sup>78</sup> *Ibidem* p. 523.

<sup>79</sup> MIAJA DE LA MUELA Adolfo, *Introducción al Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 96.

# CAPÍTULO CUARTO

## LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO INTERNACIONAL

### *4.1 Heurística Doctrinal*

#### **4.1.1 Discusión**

En el ámbito doctrinal se ha discutido el tema de las fuentes formales desde múltiples y muy variados enfoques. En cada corriente se ha debatido en torno a cuáles son las fuentes formales y cuáles no, del Derecho internacional.

César SEPÚLVEDA escribe respecto de la teoría tradicional de las fuentes, que no se puede sostener por más tiempo puesto que no está fundada en análisis realistas y adecuados al contexto internacional actual, sino en reflexiones puramente especulativas sobre el origen y validez metafísicos de las normas legales.<sup>80</sup>

Según el maestro la fuga terminológica de la teoría tradicional se debe al choque de las corrientes naturalista y positivista del Derecho.<sup>81</sup>

---

<sup>80</sup> SEPÚLVEDA César, *Derecho Internacional*, 18ª ed, Porrúa, México, 1997, p. 91.

<sup>81</sup> *Ibídem* p. 92.



César SEPÚLVEDA<sup>82</sup> escribe que la escuela positivista sólo admite como fuentes aquellas que derivan del consentimiento de los Estados, dado que la esencia del Derecho internacional no es otra que la voluntad soberana que posibilita la formación de las normas.

Válida es la afirmación del maestro, misma que sólo admite una salvedad respecto de dos corrientes que comparten el rasgo positivista: el positivismo voluntarista y el positivismo no voluntarista. A ello nos referimos en su oportunidad.

Sobre las teorías iusnaturalistas, César SEPÚLVEDA expone que las mismas sostienen "...que existe una fuente supersensoria de todo el derecho, y el ser humano no hace sino descubrirla..."<sup>83</sup>

La antinomia presente entre ambas escuelas, según el maestro no sólo acarrea "...diferencias de apreciación en lo que pueda constituir una fuente, sino en cuanto al valor relativo de cada una de ellas frente a sí. Esta... controversia ha estancado la doctrina de las fuentes y ha impedido en cierta forma el desarrollo del derecho internacional. Ante las evidentes limitaciones y excesos de celo doctrinario de la teoría tradicional..., ella ha venido siendo paulatinamente desechada..."<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> SEPÚLVEDA César, *Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 92.

<sup>83</sup> *Ídem*.

<sup>84</sup> *Ídem*.

En rescate de este desorden doctrinal y dispersión de conceptos, César SEPÚLVEDA<sup>85</sup> considera que han surgido las tesis sociológica y la llamada teoría 'predominante' de las fuentes formales del Derecho internacional. La primera se ocupa del análisis del factor socio político que sirve de infraestructura al Derecho, y en esa medida ha servido señaladamente a la teoría general de las fuentes. Según esta corriente, las fuentes son una descripción general de los procesos y de las instituciones capaces de crear una norma jurídica internacional, sin que en ello se involucren aspectos metafísicos como sostiene la corriente naturalista.

La teoría 'predominante' merece el calificativo por cuanto ha sido aceptada por la inmensa mayoría de los internacionalistas contemporáneos. César SEPÚLVEDA<sup>86</sup> señala que es aquella que se mueve en torno al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

#### 4.1.2 Consenso doctrinal

Ante las inconsecuencias de la teoría tradicional César SEPÚLVEDA<sup>87</sup> conviene en el aserto de que existe una descripción aceptable de los modos de creación de las normas internacionales, contenida o compendiada en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, afirmación que comparte la mayoría de los tratadistas.<sup>88</sup>

---

<sup>85</sup> SEPÚLVEDA César, *Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 93.

<sup>86</sup> *Ibidem* p. 92.

<sup>87</sup> *Ibidem* p. 93.

<sup>88</sup> SEPÚLVEDA César, *Los Modos de Creación de Normas Jurídicas en el Sistema Internacional de Estados*, Op. Cit. p. 575.

Aun cuando el precepto sólo se refiere al Derecho aplicable por el tribunal de las Naciones Unidas, el autorizado profesor considera que no es menos cierto que su texto se encuentra inserto en un tratado general aceptado por una mayoría de la comunidad internacional de Estados, circunstancia que justifica atribuir el carácter de fuente a los procesos formativos que en él se enuncian.<sup>89</sup>

En consonancia escriben Ricardo MÉNDEZ SILVA<sup>90</sup> y Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO que al ser aceptado el artículo por la totalidad de miembros de las Naciones Unidas, su texto representa la más autorizada enunciación de las fuentes formales del Derecho internacional.

## ***4.2 Exposición de las Fuentes Formales del Derecho Internacional***

### **4.2.1 Postulado de las fuentes oficiales**

En atención a la doctrina preponderante Alf ROSS<sup>91</sup> ha denominado simbólicamente al artículo 38 del Estatuto como contenedor de la doctrina 'oficial' de las fuentes formales del Derecho internacional.

Incluidos en el texto del numeral señalado encontramos al tratado internacional, a la costumbre internacional, a los principios generales de derecho, a las decisiones de los

---

<sup>89</sup> SEPÚLVEDA César, *Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 94.

<sup>90</sup> MÉNDEZ SILVA Ricardo & Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, D.I.P. Op. Cit. p. 11.

<sup>91</sup> Alf ROSS citado por SEPÚLVEDA César, *Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 94 y SEPÚLVEDA César, *Los Modos de Creación de Normas Jurídicas en el Sistema Internacional de Estados*, Op. Cit. p. 575.

tribunales internacionales, a la doctrina de los publicistas de más alto reconocimiento internacional y a la equidad.

#### 4.2.2 Reconocimiento de otras fuentes formales

Para Manuel BECERRA RAMÍREZ<sup>92</sup> el artículo 38 del Estatuto no debe verse como una camisa de fuerza que reprima la manifestación de la normatividad jurídica internacional. En igual sentido se pronuncia Luis Mauricio FIGUEROA,<sup>93</sup> y ambos coinciden en que el catálogo que el dispositivo contiene posee un carácter puramente enunciativo.

César SEPÚLVEDA<sup>94</sup> opina que es factible utilizar el artículo 38 del Estatuto como punto de partida pero no como última palabra en lo que a fuentes formales del Derecho internacional se refiere. Ricardo MÉNDEZ SILVA y Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO<sup>95</sup> sugieren que no estamos frente a una disposición limitativa sino puramente enunciativa, de suerte que puede surgir otros métodos creativos entre los que ya se muestran los actos unilaterales de los Estados y las resoluciones de las organizaciones internacionales.

---

<sup>92</sup> BECERRA RAMÍREZ Manuel, *Derecho Internacional Público*, 1ª ed, McGraw-Hill, México, 2001, p. 40.

<sup>93</sup> FIGUEROA Luis Mauricio, *Derecho Internacional*, Op. Cit. pp. 86 y 87.

<sup>94</sup> SEPÚLVEDA César, *Los Modos de Creación de Normas Jurídicas en el Sistema Internacional de Estados*, Op. Cit. p. 575.

<sup>95</sup> MÉNDEZ SILVA Ricardo & Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, *D.I.P. Op. Cit.* p. 11.

Vista la opinión predominante de la doctrina, Manuel BECERRA RAMÍREZ<sup>96</sup> comenta que si se consideran los cambios sustanciales en las relaciones internacionales es posible apreciar, que el Derecho internacional ha evolucionado para satisfacer las necesidades del mundo contemporáneo. Esta adecuación sería imposible si se cuenta con un sistema cerrado de fuentes.

Sobre el carácter cerrado o abierto del precepto, Max SORENSEN<sup>97</sup> opina que cuando surgen nuevos métodos de producción del Derecho internacional, estos resultan de la aplicación de las reglas jurídicas creadas a través de las fuentes tradicionalmente reconocidas, de tal suerte que toda nueva fuente concebible se encuentra indirectamente prevista en el artículo 38 y es producto mediato de las fuentes que en su texto se enuncian. Como se muestra, la postura del profesor se formula en términos prácticamente eclécticos.

Por nuestra parte consideramos que el catálogo del dispositivo en comento es puramente ejemplificativo y de esta forma reconocemos como fuentes al tratado internacional, a la costumbre internacional, a los principios generales de derecho, a las decisiones judiciales y a la doctrina internacionales, a la equidad, a los actos unilaterales y a las resoluciones de las organizaciones internacionales. Cada una de ellas tiene un rol específico y distinto en la formación y desarrollo progresivo del Derecho internacional, y a su estudio dedicamos los apartados subsecuentes.

---

<sup>96</sup> BECERRA RAMÍREZ Manuel, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 40.

<sup>97</sup> SORENSEN Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, 1ª ed en español, 3ª reimpresión, FCE, México, 1985, p. 154.

### 4.3 Consideraciones en torno a las llamadas Fuentes Oficiales

#### 4.3.1 Concepto

Por fuentes oficiales se entienden los procesos de creación normativa internacional consignados o enlistados en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Este dispositivo yace inserto en el Capítulo II intitulado 'Competencia de la Corte' y es del tenor literal siguiente:

#### "ARTÍCULO 38

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 las 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 en la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en 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 conviniere.

### **4.3.2 Clasificación de las fuentes enlistadas**

A partir del texto del artículo 38 del Estatuto, la doctrina ha establecido una distinción entre las fuentes en él enunciadas. Así se habla de dos tipos de fuente: las autónomas y las auxiliares.

#### ***4.3.2.1 Fuentes autónomas***

Son autónomas las fuentes enlistadas en los tres primeros apartados del párrafo primero del numeral del Estatuto en comento, a saber: las convenciones internacionales, la costumbre internacional y los principios generales de derecho. La doctrina señala que estos tres procesos creativos poseen la aptitud de funcionar con plena independencia respecto de otras disposiciones.

#### ***4.3.2.2 Fuentes auxiliares***

Son auxiliares las dos fuentes enunciadas en el apartado d) del primer párrafo del artículo 38 del Estatuto, a saber: las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones. Su naturaleza auxiliar les viene dada por el propio texto y su función es coadyuvante en la determinación del Derecho aplicable.

### ***4.3.2.3 La equidad***

Aun cuando la doctrina incluye entre las fuentes directas y autónomas a la equidad, decidimos escindirla en vista de su auténtica y peculiar naturaleza jurídica. El equívoco doctrinal imperante en la materia justifica la pretensión inclusiva que referimos, más no por ello estamos obligados a compartirla. De ello tratamos en el lugar oportuno.

## ***4.4 Estudio Preliminar del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia***

### **4.4.1 Anotación previa**

Una vez que convenimos en la descripción oficial de las fuentes formales del Derecho internacional en el texto del artículo 38, consideramos necesario referirnos a sus antecedentes y esclarecer la controversia doctrinal en torno a si en el mismo se establece o no una escala jerárquica.

### **4.4.2 Antecedentes**

Dos son los antecedentes jurídicos del artículo 38 del Estatuto, uno mediato y el otro inmediato, constituidos por el artículo 7º de la Convención XII de La Haya de 18 de



octubre de 1907 y por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional.

#### ***4.4.2.1 El Convenio de 1907 que establece el Tribunal de Presas***

##### ***4.4.2.1.1 Consideraciones generales***

El artículo 7º de la Convención XII de La Haya constituye el antecedente mediato de la redacción del actual artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

El tratado referido estuvo destinado a la constitución del Tribunal Internacional de Presas, mismo que estaría encargado de la aplicación de las normas jurídicas enlistadas en el artículo 7º a los asuntos que le fueren sometidos.

Charles ROUSSEAU<sup>98</sup> transcribe el precepto que es del tenor literal siguiente:

#### **“Artículo 7º**

Si la cuestión de derecho que haya de resolver está prevista por una convención en vigor entre el beligerante captor y la Potencia que es parte en el litigio o cuyo súbdito es parte en el mismo, el Tribunal aplicará las estipulaciones de dicha convención.

---

<sup>98</sup> Charles ROUSSEAU citado por FERNÁNDEZ-FLORES José Luis, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 527.

A falta de tales estipulaciones, el Tribunal aplicará las reglas del Derecho internacional. Si no existieren reglas generalmente reconocidas, el Tribunal resolverá según los principios generales de la justicia y la equidad”.

La doctrina reconoce que en este precepto se encuentra la primera referencia histórica a una relación de normas jurídicas, equiparable a un listado de fuentes normativas. A ello replicamos que más que referirse a fuentes se menciona a las normas jurídicas resultado de los procesos creativos.

#### ***4.4.2.1.2 Importancia actual***

La importancia actual no sólo del artículo 7º sino de toda la Convención XII de La Haya resulta sumamente limitada, puesto que por no alcanzar el número de ratificaciones necesarias nunca entró en vigor. En consecuencia, el tribunal internacional que por este tratado pretendió constituirse nunca llegó a existir.

De esta forma Alejandro HERRERO y RUBIO<sup>99</sup> considera que la relación de fuentes contenido en el artículo 7º no tiene más valor que el puramente doctrinal de ser antecedente inmediato del artículo 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional de la Sociedad de las Naciones.

---

<sup>99</sup> HERRERO y RUBIO Alejandro, *Derecho Internacional Público, Op. Cit.* pp. 44 y 45.

#### 4.4.2.2 *El artículo 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional*

##### 4.4.2.2.1 *Consideraciones generales*

La redacción definitiva del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional sólo se alcanzó después de grandes esfuerzos y trabajo que permitió superar la divergencia de los puntos de vista de los estudiosos encargados de su confección.

Dicho Estatuto no figuró desde un principio como anexo al Pacto de la Sociedad de las Naciones y su redacción se encomendó a un comité de expertos en cumplimiento del mandato contenido en su artículo 14.

En el artículo 38 del Estatuto del tribunal de la primera organización internacional se estableció un catálogo similar al contenido en su precedente inmediato; el artículo 7º del Convenio XII de La Haya.

Charles ROUSSEAU<sup>100</sup> transcribe el texto del numeral mencionado, mismo que se formuló en los términos siguientes:

---

<sup>100</sup> ROUSSEAU Charles, *Derecho Internacional Público*, aumentada y corregida, de la versión castellana, con notas y bibliografía por Fernando Giménez Artigues, 2ª ed, Ediciones Ariel, Barcelona, 1960, p. 9.

## "ARTÍCULO 38

El Tribunal aplicará:

I. Los convenios internacionales, tanto generales como particulares, que establecen las reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes.

II. La costumbre internacional como prueba de una práctica general aceptada como derecho.

III. Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

IV. Las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas más calificados de las distintas naciones, como medio auxiliar en la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 59.

La presente disposición no restringe la facultad del Tribunal de fallar *ex aequo et bono* cuando las partes así lo convinieren".

### ***4.4.2.2 Importancia actual***

La importancia del artículo 38 del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional radica en que constituye el antecedente directo del artículo 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional de las Naciones Unidas.

Es evidente que entre ambos dispositivos existe gran similitud, con excepción de aquellos caracteres enriquecidos por las enseñanzas obtenidas de la evolución en el tiempo de la comunidad internacional.

#### 4.4.3 La jerarquía de las fuentes normativas internacionales

Una de las polémicas sobre el artículo 38 del tribunal de las Naciones Unidas, tiene por objeto deliberar sobre si el citado numeral establece o no una relación jerárquica de fuentes.

Este disenso al igual que varios otros se debe principalmente a la inexistencia de una interpretación auténtica de la Carta de las Naciones Unidas, que por vía de consecuencia resulte aplicable al Estatuto que es su anexo.

Por interpretación auténtica se entiende aquella formulada directamente por el creador de la norma, de naturaleza vinculante para el destinatario de la misma. Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, que estudia la interpretación auténtica respecto de la legislación en Derecho interno, escribe que "...si el legislador, mediante una ley, establece en qué forma ha de entenderse un precepto..., la exégesis legislativa obliga a todo el mundo, precisamente porque su autor, a través de la norma secundaria interpretativa, así lo ha dispuesto...".<sup>101</sup> De esta suerte Hans KELSEN opina que "...si la interpretación tiene fuerza obligatoria se habla de interpretación auténtica...".<sup>102</sup>

En términos aplicables al Derecho internacional, sostenemos que en general por interpretación auténtica se entiende aquella formulada por el autor de la norma jurídica, mediante la cual se determina con fuerza vinculante el sentido atribuible a cada uno de los

---

<sup>101</sup> GARCÍA MÁYNEZ Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Op. Cit. pp. 329 y 330.

<sup>102</sup> KELSEN Hans, *Principios de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 275.

términos de ésta. Ejemplo de ello se encuentra en el artículo 2 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que lista con fuerza vinculante los términos empleados en su texto y el sentido en que para efectos del mismo han de ser interpretados.

El problema de la interpretación de la Carta de las Naciones Unidas se discutió ampliamente en la Conferencia de San Francisco, sin que al respecto se obtuvieran conclusiones satisfactorias.

Max SORENSEN escribe que "...en el informe final del Comité IV... se incluyó una declaración sobre materia de interpretación, la que contempló varias posibilidades ad-hoc para llegar a interpretaciones pertinentes en caso de conflicto. El informe consideró que se podría llegar a dicha interpretación, ora mediante una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia a solicitud de los miembros individuales o de órganos; ora por el sistema de recurrir a un comité ad-hoc de juristas. Pero tales interpretaciones no tendrían fuerza autoritaria en el sentido de obligar jurídicamente a los miembros, y este hecho fue reconocido por el Comité. Para establecer una interpretación autoritaria como precedente para el futuro, sería necesario incluir la interpretación en una modificación de la Carta...".<sup>103</sup>

De regreso al tema de la supuesta jerarquía de fuentes, hay quien aprecia su existencia a partir del texto del artículo 38 del Estatuto del Tribunal de las Naciones Unidas; la razón que aducen en apoyo es que tal jerarquía supuestamente existe en su antecedente mediato, el artículo 7º del Convenio XII de La Haya. De igual forma hay quien

---

<sup>103</sup> SORENSEN Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 129.

rechaza la noción o quienes la admiten en este caso y la rechazan en aquél. En este último sentido se expresa Alejandro HERRERO y RUBIO<sup>104</sup> cuando escribe que de la comparación de las reglas de 1907 y de 1945, se desprende que en la primera existió una jerarquía normativa mientras que la segunda carece de tal estructura.

Por nuestra parte negamos razón y falta de objeto a la disputa, pues quienes sostienen la jerarquía atacan incorrectamente el análisis y los que la niegan polemizan sobre la imprecisión de los primeros.

Cosa distinta a la jerarquía de fuentes, y conviene precisarlo desde ahora, es la jerarquía normativa de que somos partidarios y que estudiaremos en su oportunidad.

Respecto de la jerarquía de fuentes, los autores que la defienden sobre la base del artículo 7º del Convenio XII de La Haya funden o confunden las nociones de jerarquía y de prelación en aplicación.

Si atendemos exclusivamente al tenor literal del artículo 7º, en él no se aprecia otra cosa que un orden específico de aplicación que hace preferir a unas normas respecto de otras, únicamente en razón de su especialidad.

El texto del numeral señalado se redactó en aplicación de la máxima que establece que 'regla especial prevalece sobre la general' y en esa medida su tenor inicia por señalar

---

<sup>104</sup> HERRERO y RUBIO Alejandro, *Derecho Internacional Público, Op. Cit.* p. 46.

la más específica de las normas internacionales con efectos generales<sup>105</sup>: el tratado internacional.

La admisión de la supuesta jerarquía de fuentes conduce al absurdo de sostener que la norma especial es de mayor jerarquía que la norma general.

Una vez mostrada la carencia de método en que se incurre, se deja sin objeto la discusión y devienen truísmo afirmaciones como la de Charles ROUSSEAU<sup>106</sup> en el sentido de que el artículo 38 del Estatuto no establece jerarquía alguna entre las fuentes que enumera.

En conclusión de lo expuesto Manuel DÍEZ DE VELASCO<sup>107</sup> opina que en Derecho internacional no puede mantenerse la existencia 'a priori' de una jerarquía de fuentes normativas y Sir Gerald FITZMAURICE<sup>108</sup> por su parte apunta que todas las fuentes están interconectadas entre sí, de donde es factible reconocer a varias de ellas en forma simultánea, ya presentes en una norma específica o ya presentes en un conjunto de ellas.

---

<sup>105</sup> Con efectos particulares la más específica de las normas internacionales es la sentencia.

<sup>106</sup> ROUSSEAU Charles, *Derecho Internacional Público, Op. Cit.* p. 10.

<sup>107</sup> DÍEZ DE VELASCO Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, T. 1, 3ª ed, Tecnos, Madrid, 1976, p. 79.

<sup>108</sup> Gerald FITZMAURICE citado por SEPÚLVEDA César, *Los Modos de Creación de Normas Jurídicas en el Sistema Internacional de Estados, Loc. Cit. en pie de página número 9.*



## ***4.5 Breves Consideraciones en torno a las Fuentes No Oficiales***

### **4.5.1 Concepto**

Por fuentes No oficiales se entienden aquellos procesos de creación normativa no comprendidos en el listado del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Hemos admitido que el catálogo referido dista de poseer un carácter taxativo que limite la evolución y el desarrollo progresivo del Derecho internacional y las nuevas manifestaciones jurídicas que los mismos presentan.

### **4.5.2 Enunciación**

La doctrina internacional considera la existencia de dos fuentes normativas no previstas en el catálogo oficial: los Actos Unilaterales de los Estados y las Resoluciones de las Organizaciones Internacionales.

En el lugar oportuno nos ocupamos del estudio pertinente de cada una de ellas.

# CAPÍTULO QUINTO

## FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

### ESTUDIO DE LAS FUENTES FORMALES EN PARTICULAR

#### *5.1 Lineamientos Generales*

En este libro emprendemos un pormenorizado estudio de las fuentes formales del Derecho internacional, indispensable al manejo de conceptos que la solución del problema jurídico requiere.

El estudio se concreta a las fuentes oficiales y a las atípicas, que en el orden siguiente serán desarrolladas:

- Tratado internacional.
- Costumbre internacional.
- Principios generales de derecho.
- Decisiones judiciales y doctrina.
- Equidad.
- Actos unilaterales de los Estados y resoluciones de organizaciones internacionales.

Desde luego no todas poseen la misma importancia y ello se resalta en el tratamiento que a cada una de ellas damos en los títulos subsecuentes.

## ***5.2 El Tratado Internacional***

### **5.2.1 Generalidades**

Josef KUNZ<sup>109</sup> opina que para comprender bien la materia de los tratados internacionales se necesita evitar el empleo indiscriminado de las dos significaciones de la palabra tratado. De esta suerte Julio BARBERIS<sup>110</sup> escribe que debe distinguirse entre 'tratado' como proceso de creación normativa y 'tratado' como la norma creada a través de éste. Sobre el particular Hans KELSEN observa que "...el término 'tratado' es ambiguo ya que designa no sólo el acto creador de derecho... por el cual se llegó al acuerdo, sino también el resultado de ese acto, la norma jurídica creada... que constituye las obligaciones y los derechos de las partes contratantes...".<sup>111</sup> Esta confusión dice el maestro, es 'fuente' de múltiples errores y desacuerdos en la teoría tradicional de los tratados. Por ello cuando hablamos de 'tratado' como fuente de Derecho tenemos en mente el acto creador, el procedimiento por el cual se crea la norma convencional, y a esta última cuando hablamos de 'tratado' como norma jurídica resultante.<sup>112</sup>

---

<sup>109</sup> KUNZ Josef L., *Teoría General del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 396.

<sup>110</sup> BARBERIS Julio A., *Formación del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 27.

<sup>111</sup> KELSEN Hans, *Principios de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 275.

<sup>112</sup> *Ídem*.

## 5.2.2 El Tratado Internacional como Fuente

### 5.2.2.1 *Concepto*

Julio BARBERIS<sup>113</sup> escribe que tratado como fuente de Derecho internacional es un proceso de creación normativa que consiste en la manifestación de una voluntad común a dos o más sujetos internacionales con capacidad suficiente, tendiente a establecer una regla de Derecho y regida por el orden jurídico internacional. Se trata de un especial método de producción normativa cuyo rasgo esencial es el acuerdo de voluntades de dos o más sujetos que serán igualmente los destinatarios de la regla.<sup>114</sup>

Hans KELSEN<sup>115</sup> escribe que el tratado internacional tiene una función creadora de Derecho porque establece derechos y obligaciones que no existían previamente a su conclusión.

### 5.2.2.2 *Fundamento del tratado internacional como fuente: la norma 'pacta sunt servanda'*

La doctrina en su mayor parte reconoce a la norma '*pacta sunt servanda*' como el fundamento de validez del tratado como fuente internacional de Derecho. Respecto a su

---

<sup>113</sup> BARBERIS Julio A., *Formación del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 49.

<sup>114</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, p. 110.

<sup>115</sup> KELSEN Hans, *Principios de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 273.

naturaleza jurídica hay quien opina que se trata de una regla de derecho natural, de un principio general de derecho o de un principio fundamental del Derecho internacional.

Ninguna de las opiniones señaladas se acerca a la verdadera naturaleza jurídica de la disposición referida.

Max SORENSEN<sup>116</sup> escribe que hay quienes aprecian en la norma '*pacta sunt servanda*' un principio dominante de todo el sistema o una simple regla consuetudinaria.

Para nosotros es obvio que la norma señalada no es un principio aún cuando se le considere dominante del sistema, y disentimos respecto del adjetivo simple que califica a la regla consuetudinaria. A reserva de apreciarla detenidamente en su oportunidad, ahora conviene referirnos a ella en tanto fundamento de validez del Derecho internacional de los tratados.

Julio BARBERIS<sup>117</sup> opina que la regla '*pacta sunt servanda*' es una regla consuetudinaria de Derecho internacional general que erige al tratado internacional como fuente de Derecho. Sobre esto Max SORENSEN escribe que "...en ningún caso debe ponerse en duda que la regla... tiene todas las características de una norma consuetudinaria... probablemente la... más antigua y la que se afirma con más frecuencia...".<sup>118</sup>

---

<sup>116</sup> SORENSEN Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 158.

<sup>117</sup> BARBERIS Julio A., *Formación del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 27.

<sup>118</sup> SORENSEN Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Loc. Cit.

Por su parte Hans KELSEN afirma que "...esta norma es la razón de validez de los tratados y, en consecuencia la 'fuente' de todo el derecho creado por tratados...".<sup>119</sup> En consecuencia el profesor<sup>120</sup> sostiene que cada vez que se celebra un tratado internacional, se aplica la norma consuetudinaria enunciada con la fórmula '*pacta sunt servanda*'.

Josef KUNZ<sup>121</sup> considera que la validez obligatoria de las normas creadas por tratado no está basada directamente en la concordancia de voluntades de los sujetos contratantes, sino sobre la norma constitucional de Derecho internacional general que prescribe que la referida concordancia debe tener efecto obligatorio: esa norma constitucional no es otra que la '*pacta sunt servanda*'.

La naturaleza consuetudinaria de la regla en estudio, le dota plenamente de vigor y hace innecesario su reconocimiento expreso en el texto de un tratado internacional. Sin embargo, ello no fue entendido así por los redactores de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, en cuyo artículo 26, ubicado en la Sección 1 denominada 'Observancia de los Tratados' de la Parte III del instrumento intitulada 'Observancia, Aplicación e Interpretación de los Tratados', se formuló en los términos siguientes:

---

<sup>119</sup> KELSEN Hans, *Principios de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 268.

<sup>120</sup> *Ibidem* p. 273.

<sup>121</sup> KUNZ Josef L., *Teoría General del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 396.

## **“ARTÍCULO 26**

### **Pacta sunt servanda**

Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.”

Edgardo PAZ BARNICA<sup>122</sup> comenta que esta circunstancia no es exclusiva de la convención mencionada, sino que la regla referida se encuentra consagrada en numerosos instrumentos internacionales, tanto regionales como universales.

En apoyo de lo dicho Julio BARBERIS escribe que “...expresar en una cláusula de un tratado que los tratados son obligatorios no tiene el sentido de una prescripción, sino que constituye el mero reconocimiento de una norma existente en otro plano. El enunciado... podrá tener el sentido de... norma cuando es formulado en el... lenguaje consuetudinario, pero no en el lenguaje convencional...”<sup>123</sup>

#### **5.2.2.3 El tratado como proceso**

##### **5.2.2.3.1 Consideraciones previas**

Visto el fundamento de validez del tratado internacional como fuente de Derecho, en las siguientes secciones estudiamos los pormenores y las etapas que conforman al proceso.

---

<sup>122</sup> PAZ BARNICA Edgardo, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 142.

<sup>123</sup> BARBERIS Julio A., *Formación del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 62.

### **5.2.2.3.2 Régimen jurídico internacional**

Actualmente existe un instrumento internacional de naturaleza convencional en el que se compilan las normas consuetudinarias rectoras del tratado internacional como fuente normativa. Se trata de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, adoptada el 23 de mayo de 1969 en el seno de una Conferencia internacional '*ad hoc*' convocada por las Naciones Unidas.

La compilación de reglas realizada en este tratado carece de carácter exhaustivo, puesto que no todas las disposiciones consuetudinarias se incorporaron a su texto; así se admitió en el párrafo noveno del proemio en cuya parte conducente se puede leer lo siguiente: "Afirmando que las normas de derecho internacional consuetudinario continuarán rigiendo las cuestiones no reguladas en las disposiciones de la presente Convención".

En consecuencia, los tratados internacional continúan regidos por las reglas de Derecho internacional general en lo no previsto por el texto de la Convención.

### **5.2.2.3.3 Etapas del proceso**

La doctrina tradicionalmente designa con el término de 'celebración' al conjunto de etapas constitutivas del proceso convencional de creación normativa. Bajo este nombre



genérico los estudiosos han agrupado las cuatro etapas que lo conforman, presentes respecto de todo tratado internacional con la única excepción de los 'acuerdos ejecutivos' que estudiamos más adelante.

Las etapas que conforman la celebración son las siguientes:

- Negociación.
- Adopción del texto.
- Autenticación del texto.
- Manifestación del consentimiento en obligarse por el tratado.

#### **5.2.2.3.1 Negociación**

La negociación es la primera fase de la celebración de los tratados, compuesta principalmente por actividades de carácter diplomático tendientes a establecer las bases conforme a las cuáles podría suscribirse el acuerdo.

En Derecho civil existe un equivalente a la negociación en el ámbito internacional, que la doctrina ha denominado 'pláticas precontractuales'.

Esta etapa a diferencia de las otras, carece de regulación autónoma o específica en el texto de la Convención de Viena de 1969. En consecuencia corre a cargo de las normas consuetudinarias correspondientes la regulación jurídica de la misma.

#### **5.2.2.3.3.2 Adopción del texto**

La adopción del texto es la segunda etapa de la celebración de los tratados y consiste en la formación de un consenso sobre la redacción del clausulado y la estructura que ha de tener el tratado, oportunidad que los sujetos negociadores aprovechan para buscar una adecuada traducción a lenguaje normativo de sus respectivas pretensiones jurídicas. Esta fase posee regulación específica en el artículo 9 de la Convención de Viena de 1969.

#### **5.2.2.3.3.3 Autenticación del texto**

La autenticación del texto es la tercera etapa de la celebración de los tratados y en ella los sujetos negociadores certifican el texto adoptado. Esta fase cobra importancia cuando se trata de instrumentos que han de ser redactados en más de un idioma, de tal suerte que todos posean la misma validez jurídica. Su regulación específica se encuentra en el artículo 10 de la Convención de Viena.

#### **5.2.2.3.3.4 Manifestación del consentimiento**

La manifestación del consentimiento es la cuarta y última etapa de la celebración de los tratados y como su nombre lo indica, es el acto unilateral por el que los sujetos negociadores exteriorizan su voluntad en obligarse por el instrumento.

La Convención de Viena reconoce seis formas de manifestar el consentimiento:

- Firma.
- Canje de instrumentos.
- Ratificación.
- Aceptación.
- Aprobación.
- Adhesión.

#### **5.2.2.4 Cuestiones varias**

Hasta aquí lo tocante al proceso de creación convencional de normas jurídicas, al menos de acuerdo a su regulación jurídica; cuestiones como la entrada en vigor, la vigencia, las causas de nulidad, de suspensión o de terminación, la interpretación y la aplicación de los tratados internacionales, son temas que no guardan relación con el tópico de las fuentes formales del Derecho internacional. Únicamente el tema de la nulidad ha de tratarse, en lo referente a la contravención de las normas imperativas en el apartado correspondiente.

## 5.2.3 El Tratado como Norma Jurídica

### 5.2.3.1 *Concepto*

En un genuino ejercicio de interpretación auténtica, en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena de 1969 se define al tratado internacional como norma jurídica. En su parte conducente el texto del dispositivo es el siguiente:

#### **"ARTÍCULO 2**

##### **Términos empleados**

1. Para los efectos de la presente Convención:

a) 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;

...".

### 5.2.3.2 *Consideraciones doctrinales*

Son cinco las principales consideraciones doctrinales que el texto del artículo señalado amerita.

En primer término se menciona un acuerdo internacional; en segundo que ha de constar por escrito; en tercero a sujetos con personalidad jurídica internacional; en cuarto

el carácter rector del Derecho internacional y, por último, a lo intrascendente de la denominación que se le dé.

Doctrinalmente se concibe al tratado como expresión de voluntad<sup>124</sup> de sujetos de derecho de gentes, destinados a la producción de ciertos efectos jurídicos y conforme a los cuáles, los sujetos involucrados regirán sus relaciones recíprocas.<sup>125</sup>

Hans KELSEN opina que el tratado como norma es un acuerdo de voluntades al que el Derecho internacional anexa los efectos jurídicos correspondientes. "...Este acuerdo de voluntad o mutuo consentimiento es efectuado por actos de las partes contratantes, uno es una propuesta u oferta, el otro la aceptación a esta propuesta u oferta. No existe un tratado mientras la propuesta... de una parte no sea aceptada por la otra, y la aceptación no se haga conocer a la primera..."<sup>126</sup>

La doctrina considera adecuado que todo tratado internacional conste por escrito, puesto que con ello se elimina la incertidumbre y se preconstituye prueba que acredita tanto su contenido como su existencia. Además, para los sujetos internacionales signatarios y obligados por la Convención de Viena se trata de un elemento de definición que en caso de no cumplirse, suscitará un problema sobre si existe o no tratado para efectos de la misma.

---

<sup>124</sup> FIGUEROA Luis Mauricio, *Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 90.

<sup>125</sup> NÚÑEZ y ESCALANTE Roberto, *Compendio de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 149.

<sup>126</sup> KELSEN Hans, *Principios de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. pp. 278 y 279.

En cuanto a la capacidad para suscribir tratados internacionales, Max SORENSEN<sup>127</sup> opina que resulta indispensable que el acuerdo se consiga entre sujetos o personas internacionales.

La primera consecuencia de ello radica en que las personas físicas nacionales de los distintos Estados, carecen no sólo de capacidad sino de personalidad jurídica internacional para suscribir tratados internacionales.

Esto no quiere decir que personas físicas o morales no estatales o carentes de subjetividad internacional no puedan celebrar contratos con Estados. Hans KELSEN<sup>128</sup> escribe que en este caso se trata de simples contratos internacionales.

Max SORENSEN<sup>129</sup> comenta que el principal criterio diferenciador entre tratados y simples contratos internacionales, radica en que estos nunca podrán tener por objeto la regulación jurídica de relaciones recíprocas entre Estados.

La cuarta consideración gira en torno a la regulación de los tratados por el Derecho internacional. Este aparente truismo dista de serlo pues es concebible un acuerdo entre Estados no regido por el orden jurídico internacional sino por alguno de sus derechos internos. Como ejemplos tenemos según Max SORENSEN<sup>130</sup> al traspaso de terrenos para sedes diplomáticas o la venta de armamento.

---

<sup>127</sup> SORENSEN Max, *Manual de Derecho Internacional Público, Op. Cit.* p. 156.

<sup>128</sup> KELSEN Hans, *Principios de Derecho Internacional Público, Op. Cit.* p. 276.

<sup>129</sup> SORENSEN Max, *Manual de Derecho Internacional Público, Loc. Cit.*

<sup>130</sup> *Ídem.*

Otro caso es el de los acuerdos regidos por el Derecho internacional privado. Respecto de ellos Luis Mauricio FIGUEROA<sup>131</sup> apunta que en realidad no son tratados sino simples contratos.

En cuanto al empleo de denominaciones la Convención de Viena señala que resulta irrelevante. En la doctrina las voces de Hans KELSEN<sup>132</sup> y de Alfred VERDROSS<sup>133</sup> ya se habían pronunciado al respecto. Sin embargo, previo al pronunciamiento categórico de la Convención algunos autores atribuyeron un sentido específico y diferente a cada una de las expresiones empleadas en la designación de los tratados.

Por señalar sólo algunas a los tratados puede atribuirse la denominación de convención, convenio, acuerdo, tratado, concordato, pacto, compromiso, protocolo, etc., sin que ello varíe su significación o su naturaleza jurídica.

---

<sup>131</sup> FIGUEROA Luis Mauricio, *Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 90.

<sup>132</sup> KELSEN Hans, *Principios de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 272.

<sup>133</sup> VERDROSS Alfred, *Derecho Internacional Público*, trad. por Antonio Truyol y Serra, 6ª ed, Editorial Aguilar, Madrid, 1978, p. 129.

## 5.2.4 Clasificación de los Tratados

### 5.2.4.1 *Observación general*

Manuel BECERRA RAMÍREZ<sup>134</sup> escribe que la clasificación que la doctrina hace de los tratados internacionales es amplia y muy variada, ya que entre otros criterios atiende al número de participantes, a los sujetos que intervienen, al contenido, a la geografía, etc.

### 5.2.4.2 *Criterios de clasificación*

De la enorme diversidad de criterios posibles en el presente sólo mencionamos aquellos que resultan útiles. La mayoría de ellos se toman de la obra de Luis Mauricio FIGUEROA,<sup>135</sup>

#### 5.2.4.2.1 *Por el número de partes que intervienen*

Ya dijimos que los tratados sólo se concluyen entre sujetos de Derecho internacional. De este modo puede hablarse como observa Manuel BECERRA RAMÍREZ<sup>136</sup> de tratados entre Estados, entre Estados y otros sujetos internacionales y de estos últimos entre sí.

---

<sup>134</sup> BECERRA RAMÍREZ Manuel, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 44.

<sup>135</sup> FIGUEROA Luis Mauricio, *Derecho Internacional*, Op. Cit. pp. 92-94.

<sup>136</sup> BECERRA RAMÍREZ Manuel, *Derecho Internacional Público*, Loc. Cit.



Por el número de partes que intervienen los tratados se clasifican en:

- Bilaterales.
- Multilaterales.

Hans KELSEN<sup>137</sup> escribe que si sólo dos sujetos internacionales concluyen el tratado, su naturaleza es bilateral mientras que, si es mayor el número de sujetos involucrados, se dice que el tratado es multilateral.

Josef KUNZ<sup>138</sup> distingue entre estos últimos a los tratados meramente multilaterales de los multilaterales en sentido técnico. En el primer caso son instrumentos negociados por muchos pero con sólo dos partes contratantes, y tenemos como ejemplo el Tratado de Versalles; en el segundo existe pluralidad de negociantes y de contratantes, que si es considerable, resulta más propio hablar de tratados generales o casi-universales.

#### **5.2.4.2.2 Por su contenido**

Bajo este singular criterio la clasificación resulta tan grande como variada es la gama de materias que regula o podría regular el Derecho internacional. Luis Mauricio FIGUEROA<sup>139</sup> apunta los ejemplos siguientes:

- Tratados políticos.- concernientes a territorio, alianzas, paz, etc.

---

<sup>137</sup> KELSEN Hans, *Principios de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 272.

<sup>138</sup> KUNZ Josef L., *Teoría General del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 397.

<sup>139</sup> FIGUEROA Luis Mauricio, *Derecho Internacional*, Op. Cit. pp. 92-94.

- Tratados económicos y financieros.- concernientes a la economía mundial.
- Tratados de establecimiento.- concernientes a trato recíproco de nacionales.
- Tratados en materia administrativa.- concernientes a la actividad de organismos internacionales.

#### **5.2.4.2.3 Por su duración**

Bajo este criterio se habla de tratados de duración determinada o indeterminada. Los primeros señalan el término de su vigencia y los segundos establecen a la denuncia como mecanismo de terminación particular de su vigor.

#### **5.2.4.2.4 Por el sistema de adhesión**

Con este criterio los tratados se clasifican en:

- Abiertos.
- Cerrados.
- Semi-cerrados.

En el primer caso se encuentran los tratados que permiten la adhesión de sujetos que no participaron en su celebración. Los segundos son aquellos '*intuitu personae*', ya que se conciertan en atención a la especial calidad o circunstancias individuales de los sujetos que los celebran, sin que exista posibilidad alguna de adhesión. Los últimos son aquellos

que admiten la adhesión posterior a su firma, asignando a las partes originales un calificativo que las distingue de los nuevos miembros.

#### **5.2.4.2.5 Por su ámbito espacial de validez**

Manuel BECERRA RAMÍREZ<sup>140</sup> escribe que este criterio atiende a la extensión geográfica regida por el tratado. En consecuencia es posible hablar de tratados generales, regionales e inclusive, subregionales.

#### **5.2.4.2.6 Por su forma de conclusión**

Bajo este criterio los tratados se clasifican en:

- Tratados de conclusión solemne.
- Tratados de conclusión simplificada.

En inglés a los primeros se les denomina '*treaties*' y a los segundos '*executive agreements*' o simplemente '*agreement*'.

Charles ROUSSEAU<sup>141</sup> escribe que los '*treaties*' son aquellos celebrados con intervención formal del órgano investido con el '*treaty making power*'.<sup>142</sup>

---

<sup>140</sup> BECERRA RAMÍREZ Manuel, *Derecho Internacional Público, Op. Cit.* p. 44.

<sup>141</sup> Charles ROUSSEAU citado por FIGUEROA Luis Mauricio, *Derecho Internacional, Op. Cit.* pp. 92-94.

Ya antes mencionamos con la doctrina que los tratados de conclusión solemne involucran a todas las etapas de la celebración, y a ello agregamos que se caracterizan por la unidad del instrumento jurídico en que se otorgan.

De igual forma dijimos que los acuerdos ejecutivos no involucran a todas las fases del proceso: se circunscriben a las etapas de negociación y de manifestación del consentimiento. Además, se caracterizan por la pluralidad de instrumentos en que se otorgan, llámense cartas o notas diplomáticas que se intercambian o se canjean. Consecuente con todo ello Charles ROUSSEAU<sup>143</sup> apunta que generalmente los celebran los ministros de Relaciones Exteriores o los jefes de misión diplomática.

#### 5.2.4.3 *Otras categorías*

##### 5.2.4.3.1 *Los 'gentlemen's agreements'*

Alejandro HERRERO y RUBIO<sup>144</sup> escribe que por tales se entiende aquellos acuerdos carentes de efectos vinculantes, considerados por los sajones como simples compromisos de honor entre Jefes de Estado. En consecuencia no son tratados internacionales aún cuando son acuerdos y se conciertan por el órgano facultado a la conclusión de aquellos.

---

<sup>142</sup> Entre los anglosajones así se conoce a la facultad del Jefe de Estado de celebrar tratados internacionales.

<sup>143</sup> Charles ROUSSEAU citado por FIGUEROA Luis Mauricio, *Derecho Internacional, Op. Cit.* pp. 92-94.

<sup>144</sup> HERRERO y RUBIO Alejandro, *Derecho Internacional Público, Op. Cit.* p. 48.

#### 5.2.4.3.2 *Los tratados normativos o legislativos y los tratados contrato*

Esta distinción se establece merced al criterio doctrinal que divide entre tratados creadores y tratados no creadores de Derecho.

Luis Mauricio FIGUEROA<sup>145</sup> apunta que el tratado contrato es aquel de contenido volitivo divergente que genera un intercambio recíproco de prestaciones, regulado siempre por normas jurídicas preexistentes. Por el contrario el tratado ley o tratado normativo es aquel de contenido volitivo convergente que genera nuevas normas jurídicas objetivamente válidas, cuyos autores tienen por exclusiva finalidad.

Hans KELSEN aniquila esta postura en los siguientes términos: "...esta distinción es incorrecta ya que el derecho internacional en general, y el derecho convencional en particular, es un medio para un fin, no un fin en sí mismo. La función esencial de cualquier tratado es la de crear derecho..., crear una norma jurídica... ya sea... general o individual...".<sup>146</sup>

En apoyo del profesor austriaco Josef KUNZ<sup>147</sup> escribe que en primer lugar las normas del Derecho internacional sobre la validez de las reglas creadas por tratados son las mismas para ambas categorías; en segundo, la verdadera distinción entre tratado

---

<sup>145</sup> FIGUEROA Luis Mauricio, *Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 91.

<sup>146</sup> KELSEN Hans, *Principios de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 273.

<sup>147</sup> KUNZ Josef L. *Teoría General del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 399.

contrato y tratado normativo radica en que aquellos crean normas individuales y estos producen reglas generales.

## CAPÍTULO SEXTO

### LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

#### 6.1 Generalidades

##### 6.1.1 Ideas preliminares

Son pocos los autores que estudian la costumbre internacional con pulcritud científica y ello ha dado lugar a que la materia esté inmersa en un océano de imprecisiones y equívocos. No es aventurado señalar que gran parte de la doctrina sólo de forma superficial y vaga desarrolla los pormenores de esta fuente normativa internacional.

Por nuestra parte la estudiamos con apoyo en la metodología empleada por Julio BARBERIS, lo suficientemente estructurada a los fines del presente trabajo.

##### 6.1.2 Consideraciones generales

La función de la costumbre en el desarrollo del Derecho internacional es y ha sido de fundamental importancia. Este orden jurídico tuvo, según Julio BARBERIS,<sup>148</sup> durante mucho tiempo un carácter predominantemente consuetudinario. En este sentido Braulio

---

<sup>148</sup> BARBERIS Julio A., *Formación del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 67.

GUERRA MALO<sup>149</sup> escribe que desde épocas pasadas la costumbre fue considerada como uno de los principales orígenes de las normas jurídicas internacionales.

En consonancia el profesor NYS<sup>150</sup> opina que la costumbre constituye el método original y, en esa medida, el maestro OPPENHEIM<sup>151</sup> con Alfred VERDROSS<sup>152</sup> y Hans KELSEN<sup>153</sup> considera a este el mecanismo más viejo y antiguo de producción internacional de normas jurídicas. Por su parte Manuel J. SIERRA<sup>154</sup> sostiene que es la fuente más importante del orden jurídico internacional, profundamente enraizada en los hábitos, sentimientos e intereses de la comunidad internacional.

### 6.1.3 Problemática general

Los estudiosos de la costumbre opinan que la multitud de opiniones y equívocos que la dominan, se deben principalmente a las sutilezas y dificultades que su conocimiento encierra. Así lo manifiesta César SEPÚLVEDA<sup>155</sup> quien escribe que su disciplina está impregnada de múltiples confusiones y oscuridades.

---

<sup>149</sup> GUERRA MALO Braulio, *Compendio de Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 30.

<sup>150</sup> NYS citado por PASTOR RIDRUEJO José Antonio, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 2ª ed, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Sección Publicaciones, Madrid, 1983, p. 78.

<sup>151</sup> OPPENHEIM citado por FIGUEROA Luis Mauricio, *Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 88.

<sup>152</sup> VERDROSS Alfred, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 124.

<sup>153</sup> KELSEN Hans, *Principios de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 260.

<sup>154</sup> SIERRA Manuel J., *Tratado de Derecho Internacional Público*, 2ª ed, s. edit., México, 1955, pp. 24 y 25.

<sup>155</sup> SEPÚLVEDA César, *Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 96.



José Luis FERNÁNDEZ-FLORES<sup>156</sup> opina que si ya de sí resulta complejo el estudio de la costumbre en el ámbito de la teoría jurídica, al trasladarlo al orden jurídico internacional las sutilezas y la dificultad se incrementan.

La referida problemática no obsta según Hermilo LÓPEZ-BASSOLS<sup>157</sup> para admitir que la costumbre internacional posee grandes y enriquecedoras ventajas para el dinamismo del Derecho internacional, entre las que Manuel DIÉZ DE VELASCO<sup>158</sup> ubica su adaptabilidad a los cambios constantes de la comunidad internacional, su carácter democrático y participativo en beneficio de los sujetos más débiles, y Hans KELSEN<sup>159</sup> agrega su naturaleza nunca impuesta, es decir, propia de entes soberanos iguales al exterior entre sí.

#### 6.1.4 La costumbre internacional como fuente y como norma

Del mismo modo en que se hizo respecto del tratado internacional, Julio BARBERIS<sup>160</sup> estima conveniente distinguir en la costumbre al proceso de la norma. Hans KELSEN escribe categóricamente que "...el derecho consuetudinario es el derecho creado por la costumbre...".<sup>161</sup> De esta suerte designamos al proceso con el término 'costumbre' y a las reglas producto del mismo 'derecho consuetudinario'.

---

<sup>156</sup> FERNÁNDEZ-FLORES José Luis, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 542.

<sup>157</sup> LÓPEZ-BASSOLS Hermilo, *Derecho Internacional Público Contemporáneo*, sin datos de edición, p. 35.

<sup>158</sup> DIÉZ DE VELASCO Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 80.

<sup>159</sup> KELSEN Hans, *Principios de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 263.

<sup>160</sup> BARBERIS Julio A., *Formación del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 27.

<sup>161</sup> KELSEN Hans, *Principios de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 262.

En nuestro orden de estudio tratamos primero lo referente al método y en segundo término lo referente a las normas jurídicas consuetudinarias.

## **6.2 La Costumbre Internacional como Fuente**

### **6.2.1 Concepto**

Luis Mauricio FIGUEROA<sup>162</sup> opina que tradicionalmente se ha conceptualizado a la costumbre en los términos latinos de '*inveterata consuetudo et opinio iuris sui necessitatis*'.

La antigua noción de costumbre más que sustituirse por otra ha sido objeto de constantes adecuaciones para adaptarla al contexto jurídico mundial de nuestros días. Ello se ha conseguido merced a profundos desarrollos teóricos, inmersos en un escenario doctrinal viciado por un respeto enfermizo a la tradición, esclavo del paradigma y de nociones naturalistas insostenibles. Son pocos los autores que han alcanzado la correcta comprensión de la naturaleza jurídica de la costumbre internacional.

### **6.2.2 La costumbre como proceso**

La costumbre está integrada por una serie concatenada de actos calificados cuantitativa y cualitativamente, agrupados por la doctrina en un par de elementos que tradicionalmente le han sido atribuidos.

---

<sup>162</sup> FIGUEROA Luis Mauricio, *Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 105.

Previo al estudio de los dos elementos constitutivos de la costumbre, está impuesto dedicar siquiera unas líneas a su fundamento de validez.

### 6.2.3 Fundamento de la costumbre como fuente normativa internacional

Julio BARBERIS considera que "...preguntarse por la fuente de validez de la costumbre es como preguntarse si el metro de Sevres mide verdaderamente un metro...".<sup>163</sup> Sin embargo, Hans KELSEN<sup>164</sup> opina que la base del Derecho internacional consuetudinario está en la regla por la cual todo sujeto internacional debe conducirse del mismo modo en que los miembros de la comunidad internacional se comportan y se han comportado usualmente; a partir de este comportamiento se asume a la costumbre como un hecho creador de Derecho.

En apoyo de su dicho el propio Hans KELSEN escribe que "...la fuerza obligatoria del derecho internacional consuetudinario descansa en última instancia en un supuesto fundamental: la hipótesis que la costumbre... es un hecho creador de derecho. Esta hipótesis puede ser llamada la norma básica. No es una norma de derecho positivo; no es creada por actos de voluntad de seres humanos; es supuesta por los juristas interpretando

---

<sup>163</sup> BARBERIS Julio A., *Formación del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 77; *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 105.

<sup>164</sup> KELSEN Hans, *Principios de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 263.

la conducta de los Estados jurídicamente..."<sup>165</sup> Esta norma deviene según el profesor austriaco,<sup>166</sup> de una interpretación jurídica de las relaciones internacionales.

Con base en ello podemos considerar a la costumbre como un mecanismo compuesto por una pluralidad de actos y hechos generadores de Derecho, que tiene su fundamento de validez en otras normas idénticas en naturaleza pero superiores en jerarquía; aquellas que en su momento estudiamos bajo el rubro de normas jurídicas de Derecho internacional general.

#### 6.2.4 Elementos de la costumbre

Los elementos que tradicionalmente comporta la costumbre se desprenden de su concepto latino, definitorios ellos a la vez del proceso y de la norma, y han sido objeto de múltiples reflexiones por parte de la doctrina y de la jurisprudencia internacionales.

A partir de la locución latina obtenemos que el primer elemento se designa como '*inveterata consuetudo*' y el segundo como '*opinio iuris sui necessitatis*'.

César SEPÚLVEDA<sup>167</sup> observa que por 1950 Manley HUDSON formuló y sometió un proyecto a la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en el que su autor pretendió establecer los rasgos propios a cada uno de los elementos de la costumbre.

---

<sup>165</sup> Kelsen Hans, *Principios de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 269.

<sup>166</sup> *Ibidem* p. 313.

<sup>167</sup> SEPÚLVEDA César, *Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 97.

Manley HUDSON<sup>168</sup> afirmó que para acreditar la formación de una costumbre es necesaria la concurrencia de los siguientes factores: 1) Que se trate de una práctica concordante, realizada por un número regular de Estados y respecto de relaciones o materias sometidas al imperio del Derecho internacional; 2) Que la práctica sea continua y reiterada en un periodo de tiempo considerable; 3) Que la práctica sea necesaria y consistente con el Derecho internacional vigente, y; 4) Que la práctica cuente con la aquiescencia de los Estados.

César SEPÚLVEDA escribe que "...esto que se presenta como muy fácil y sistemático, como una presentación atractiva y segura, dista mucho de resolver la cuestión, pese a que la fórmula ha sido recibida con beneplácito por varios juristas..."<sup>169</sup>

En la doctrina abocada al estudio de los elementos de la costumbre, el profesor citado<sup>170</sup> reconoce por un lado a los juristas seguidores de la teoría romano-canónica que los divide en objetivo y subjetivo; el primero es la '*inveterata consuetudo*' y el segundo la '*opinio iuris sui necessitatis*'. En segundo término plantea la existencia de aquellos otros estudiosos que por 'modernos', "...prefieren referirse a otros ingredientes de la costumbre tales como la generalidad... la densidad, la consistencia y... la duración..."<sup>171</sup>

---

<sup>168</sup> Manley HUDSON citado por SEPÚLVEDA César, *Derecho Internacional, Op. Cit.* p. 97.

<sup>169</sup> *Ídem.*

<sup>170</sup> *Ibidem* p. 98.

<sup>171</sup> *Ibidem* p. 99.

En el presente procuramos señalar lo relevante de cada postura y agrupamos ambas corrientes para formular nuestro discurso en los términos expuestos en las secciones siguientes.

### **6.3 El Elemento Objetivo de la Costumbre Internacional**

#### **6.3.1 Concepto preliminar**

Ante la dificultad que representa la formulación '*a priori*' de un concepto del elemento objetivo de la costumbre, adoptamos con carácter preliminar la afirmación de Manuel DÍEZ DE VELASCO<sup>172</sup> en el sentido de ser simplemente una repetición de actos.

Los actos y la repetición de los mismos se encuentran cualitativamente calificados y a los pormenores de ello dedicamos el contenido de las siguientes secciones.

#### **6.3.2 Consideraciones en torno a los actos**

Esta es la oportunidad en que estudiámos los caracteres de los actos aptos a la creación consuetudinaria de normas; decimos aptos porque no toda conducta es susceptible de generar una práctica, entendida esta como repetición de comportamientos que por esa misma circunstancia han dejado de considerarse aislados.

---

<sup>172</sup> DÍEZ DE VELASCO Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 81.

### 6.3.2.1 Actos humanos con representatividad estatal

Julio BARBERIS<sup>173</sup> opina que la primera condición de los hechos para considerarse aptos a la creación normativa consiste en ser conductas humanas. Ello se debe a que el Derecho no atribuye relevancia jurídica a los movimientos de animales o a los acontecimientos naturales, aún cuando sucedan de manera regular y constante.

La segunda condición de los actos según el mismo tratadista<sup>174</sup> consiste en referirse al ámbito internacional. Esto significa que tales acciones deben tener por objeto o finalidad la concreción de normas jurídicas internacionales.

La tercera condición que se plantea es acerca de la materialidad necesaria de las conductas. Aún cuando hay quienes sostienen lo contrario, Adolfo MIAJA DE LA MUELA opina que "...los actos constitutivos de la costumbre no son siempre de naturaleza material..."<sup>175</sup>, ejemplo de lo cual se aprecia en leyes o sentencias internas de contenido coincidente según Manuel DÍEZ DE VELASCO.<sup>176</sup>

---

<sup>173</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 34.

<sup>174</sup> *Ibidem* p. 35.

<sup>175</sup> MIAJA DE LA MUELA Adolfo, *Introducción al Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 107.

<sup>176</sup> DÍEZ DE VELASCO Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 79.

### 6.3.2.2 Actos positivos y abstenciones

El tema de las abstenciones según Julio BARBERIS<sup>177</sup> es un problema que divide a la doctrina desde antaño. Los dos más altos tribunales internacionales conocieron la materia en los diferendos del Lotus y de Nottebohm. En el primero la Corte Permanente de Justicia Internacional reconoció implícitamente la posibilidad de formación de reglas consuetudinarias mediante abstenciones.

No obstante todo ello Julio BARBERIS considera que "...nos hallamos en presencia de un problema ficticio porque los hechos en sí mismos no son ni positivos ni negativos. Las nociones de 'positivo' y 'negativo' pertenecen a nuestro lenguaje, a la manera cómo nosotros designamos los objetos, pero no a los objetos en sí mismos. Es un error atribuir a los objetos una cualidad que pertenece sólo a la manera cómo nosotros los designamos... El problema... no es... real, pertenece sólo a la esfera del lenguaje..."<sup>178</sup>

En explicación a lo anterior el mismo autor escribe que "...tenemos... en castellano un adjetivo que tiene carácter positivo y un sinónimo con carácter negativo. El sentido positivo o negativo de un término depende solamente de la manera como está construido desde el punto de vista gramatical y no de su significado. En otros términos, todo depende de la palabra que sirve de base en cada caso y de la cual se debe partir para expresar la noción contraria añadiéndole un prefijo negativo... Ningún hecho es en sí mismo 'positivo' o 'negativo', sólo lo es en relación con el hecho que se toma como punto de

---

<sup>177</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 38.

<sup>178</sup> *Ibidem* p. 41.



referencia... Del mismo modo que en el lenguaje las palabras son positivas según la manera como están construidas gramaticalmente y según la palabra que se tome como base, los hechos que crean una costumbre son también 'positivos' o 'negativos' según aquel que se tome como punto de partida para el razonamiento...".<sup>179</sup>

### 6.3.3 Consideraciones en torno a la repetición

#### 6.3.3.1 Caracteres de la repetición

Vistos los rasgos que han de tener los actos a fin de considerarlos óptimos a la creación de reglas consuetudinarias, corresponde ahora estudiar a la repetición que presupone la práctica.

##### 6.3.3.1.1 Caracteres Materiales

Son dos los caracteres materiales que en este lugar estudiamos: la intensidad de la repetición y la uniformidad de la práctica.

---

<sup>179</sup>BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 42.

#### 6.3.3.1.1.1 *Intensidad de la repetición*

La intensidad se refiere al número de repeticiones que requiere la conducta para la formación de una práctica; en nada se relaciona con aquel otro aspecto que se refiere al lapso dentro del cual las repeticiones tienen lugar y que estudiamos más adelante.

Julio BARBERIS<sup>180</sup> escribe que la jurisprudencia internacional no exige que la repetición haya adquirido cierto grado de intensidad, puesto que no se establece un número determinado de ocasiones indispensable a la génesis de una práctica. En algunos casos ha considerado suficiente la presencia de un número reducido de precedentes.

#### 6.3.3.1.1.2 *Uniformidad de la práctica*

La uniformidad implica realizar una comparación de las conductas repetidas, con la finalidad de ubicar entre ellas un patrón de semejanza. No se trata de encontrar identidad o analogía de las conductas, pues lo primero es excesivo y lo segundo insuficiente.

Julio BARBERIS<sup>181</sup> opina que la jurisprudencia internacional ha entendido por uniformidad la posibilidad de encontrar un patrón del que pueda extraerse una determinada regla de conducta, y según José Luis FERNÁNDEZ-FLORES<sup>182</sup> los

---

<sup>180</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. pp. 43 y 44.

<sup>181</sup> *Ibidem* p. 46.

<sup>182</sup> FERNÁNDEZ-FLORES José Luis, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 551.

precedentes han de ser constantes y de contenido sustancialmente idéntico, sin que ocurra durante la repetición alguna conducta que los contradiga.

El criterio de identidad en lo sustancial es consistente con el dicho de Julio BARBERIS<sup>183</sup> según el cuál, puede ocurrir y ocurrió respecto del diferendo del Derecho de Paso, que dos conductas distintas pero complementarias dieron nacimiento a una regla consuetudinaria.

#### **6.3.3.1.2 Caracteres Espaciales**

Son dos los caracteres espaciales que en este lugar estudiamos: la generalidad y la participación del sujeto obligado en la formación de la práctica.

##### **6.3.3.1.2.1 Generalidad de la práctica**

Julio BARBERIS escribe que "...para que una práctica adquiriera la calidad de regla consuetudinaria, la jurisprudencia exige que se haya extendido a través de cierto ámbito espacial...".<sup>184</sup> Esta cuestión según el autor<sup>185</sup> fue especialmente estudiada por la Corte Internacional de Justicia al resolver los diferendos de las Pesquerías Anglonoruegas y los de la Plataforma Continental.

---

<sup>183</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 44.

<sup>184</sup> *Ibidem* p. 46.

<sup>185</sup> *Ibidem* p. 49.

La generalidad es una noción asociada al concepto de mayoría; en esa medida resulta distinto de aquel otro con el que frecuentemente se confunde: la unanimidad.

Para determinar el grado de generalidad de la práctica el criterio a emplear es el del 'interés' de los sujetos involucrados en la gestación de la norma. Los sujetos que carecen de interés en la formación de la norma no se toman en cuenta para efectos del cómputo de la mayoría. Al calcular esta es posible apreciar el grado de generalidad que la conducta reiterada ha alcanzado.

En otras palabras sostenemos que primero procede identificar de entre los miembros de la comunidad internacional entera aquellos sujetos internacionales interesados en la formación de la norma. Por 'interés' entendemos no sólo el estar a favor de la creación de la regla, sino estar expuesto a una posible vinculación jurídica con la que puede no estarse de acuerdo.

Una vez identificados procede entre ellos realizar el cómputo de la mayoría; realizado esto es posible apreciar el grado de generalidad que la práctica ha logrado.

#### ***6.3.3.1.2.2 Participación del sujeto obligado en la práctica***

Este carácter ha suscitado polémica en la doctrina dado que resulta sumamente difícil, entre otras cosas, establecer una metodología que permita comprender adecuadamente el fenómeno.

Antonio GÓMEZ ROBLEDO<sup>186</sup> anuncia que el postulado general o básico sobre este tópico establece que el Derecho internacional consuetudinario obliga no sólo a los sujetos involucrados en su creación, sino a todos aquellos que en el transcurso del tiempo surjan a la vida internacional.

Ante esta aparente violación del principio de que las obligaciones sólo surgen y vinculan a los sujetos que las crearon, es posible apreciar las particularidades que inundan la materia consuetudinaria. Tratamos de normas vinculantes para sujetos que no han expresado o no han podido expresar su voluntad en obligarse por la regla.

La existencia de este postulado demuestra uno de los errores de la escuela positivista voluntarista, para la que todo en Derecho internacional se reduce a manifestación de consentimiento; en los tratados hablan de expreso; en la costumbre de tácito. Antonio GÓMEZ ROBLEDO<sup>187</sup> opina que de esta guisa se refuta la teoría de la costumbre como pacto tácito.

Hans KELSEN escribe que "...el derecho internacional consuetudinario podría considerarse creado por el consentimiento de los Estados solamente si fuera posible probar que la costumbre... está constituida por los actos de todos los Estados... obligados por la norma de derecho consuetudinario; o que con sus propios actos participó en establecer la respectiva costumbre. En vista de que el derecho... consuetudinario... es obligatorio para todos los Estados de la comunidad internacional, según la teoría que sostiene que la

---

<sup>186</sup> GÓMEZ ROBLEDO Antonio, *Ius Cogens Internacional*, 1ª reimpresión a la 1ª edición, IJ-UNAM, México, 2003, p. 79.

<sup>187</sup> *Ídem*.

costumbre es un consentimiento tácito, sería necesario probar que todos los Estados de la comunidad internacional han consentido a todas las normas del derecho internacional general con su conducta efectiva, por su participación en la formación de la costumbre que evidencia el derecho. Tal prueba no es requerida... y es excluida en todas las instancias en que el derecho internacional se aplica a Estados que nunca han tenido la oportunidad de participar en la formación del derecho creado por la costumbre... El nuevo Estado, como es obvio, no tuvo oportunidad de participar en la formación de la costumbre por la cual han sido creadas todas las normas del derecho internacional general, normas que existieron bastante tiempo antes que el Estado hubiese nacido. Si se considera que el nuevo Estado está sometido, desde el comienzo mismo de su existencia, a las normas consuetudinarias del derecho internacional general, entonces esas normas no han sido creadas por un consentimiento común de todos los Estados..."<sup>188</sup>

La regla general en materia consuetudinaria establece que para vincular una disposición a determinado sujeto, debe participar en el proceso de creación normativa. Sin embargo, en razón de la peculiar estructura del orden jurídico internacional es postulado fundamental la vinculación de los Estados de nueva creación por las reglas consuetudinarias en cuya gestación no han participado.

---

<sup>188</sup> KELSEN Hans, *Principios de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. pp. 266 y 267.

### 6.3.3.1.3 Caracteres Temporales: constancia e ininterrupción de la práctica

Julio BARBERIS<sup>189</sup> observa que la jurisprudencia internacional reconoce necesario que la práctica tenga lugar de forma ininterrumpida y constante.

Respecto de la constancia o permanencia José Luis FERNÁNDEZ-FLORES<sup>190</sup> expone que le viene dada al precedente de la conjunción de dos variables: el tiempo y la repetición.

Como se muestra es el tiempo el que domina la noción de constancia. Max SORENSEN<sup>191</sup> apunta que antiguamente se sostuvo que sólo una práctica inmemorial podía dar nacimiento a una regla consuetudinaria. Sin embargo, Julio BARBERIS<sup>192</sup> opina que los cambios rápidos y la intensificación de las relaciones internacionales llevaron a los tribunales a reconocer la posibilidad de formación de normas consuetudinarias en periodos relativamente breves.

Max SORENSEN<sup>193</sup> agrega que en el escenario internacional actual no es posible decir con precisión qué lapso debe transcurrir para afirmar la existencia de una nueva regla consuetudinaria. Todo dependerá de las circunstancias del caso concreto y de la índole de la regla que se considere.

---

<sup>189</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. pp. 53 y 55.

<sup>190</sup> FERNÁNDEZ-FLORES José Luis, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 550.

<sup>191</sup> SORENSEN Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. pp. 161 y 162.

<sup>192</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 52.

<sup>193</sup> SORENSEN Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 162.

La ininterrupción de la práctica por su parte, se relaciona con el número de repeticiones que ha de producirse para estimar formada la regla consuetudinaria. Sobre ello José Luis FERNÁNDEZ-FLORES<sup>194</sup> estima que tampoco se requiere un número excesivo de repeticiones para la formación de la norma, y ello de igual forma dependerá de las circunstancias del caso.

En conclusión el profesor citado<sup>195</sup> sostiene que no se trata de duración o de número de precedentes ni de la cualidad de los mismos, sino simplemente de que exista un precedente consolidado.

## ***6.4 El Elemento Subjetivo de la Costumbre Internacional: la 'Opinio Iuris***

### **6.4.1 Cuestiones varias**

#### ***6.4.1.1 Consideración general***

Julio BARBERIS<sup>196</sup> comenta que desde hace largo tiempo la doctrina ha considerado que la costumbre no consta únicamente de una repetición de hechos, sino que requiere de un segundo elemento: el subjetivo o espiritual, que según Manuel DÍEZ DE

---

<sup>194</sup> FERNÁNDEZ-FLORES José Luis, *Derecho Internacional Público, Op. Cit.* p. 550.

<sup>195</sup> *Ibidem* p. 551.

<sup>196</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional, Op. Cit.* p. 57.



VELASCO<sup>197</sup> no es otra cosa que la convicción de que los sujetos internacionales se encuentran ante una norma jurídicamente obligatoria.

#### **6.4.1.2 Antecedentes**

En un principio y bajo influencia del derecho canónico, Julio BARBERIS<sup>198</sup> observa que se generó la corriente conocida como 'doctrina de la ratio', según la cuál las conductas reiteradas tendrían que apegarse a los parámetros dictados por la recta razón.

Posteriormente y alrededor del siglo XIX los estudiosos del Derecho de gentes abandonaron aquella postura e inclinan su pensamiento a favor de la necesidad de un elemento complementario de naturaleza psicológica o subjetiva.

#### **6.4.1.3 Panorama actual**

Hoy día la jurisprudencia y la doctrina internacionales admiten por unanimidad la existencia y necesidad del elemento subjetivo de la costumbre, y aprecian en éste el verdadero criterio de distinción respecto de los simples usos internacionales.<sup>199</sup>

---

<sup>197</sup> DÍEZ DE VELASCO Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 82.

<sup>198</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 57.

<sup>199</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. pp. 57 y 58.

## 6.4.2 Diversas concepciones teóricas

### 6.4.2.1 La doctrina clásica

Julio BARBERIS<sup>200</sup> puntualiza que un sector de la doctrina clásica, en el que resaltan los nombres del profesor OPPENHEIM y de Georg DAHM, sostiene que la '*opinio iuris*' es la convicción de observar la práctica como si se tratara de una norma jurídica que los vincula.

En otro sector de la doctrina clásica, en el que resalta el nombre de Louis LE FUR, se considera a la '*opinio iuris*' como una convicción de la necesidad de observar una práctica determinada, motivada en cumplimiento de los principios de la moral y de la justicia consagrados en el derecho natural. En otras palabras los sujetos cumplen con la regla porque constituye un deber impuesto por la moral y por el derecho natural.<sup>201</sup>

Como se muestra la diferencia entre ambos sectores de la doctrina clásica difiere en el carácter jurídico y extrajurídico del deber que constriñe a la observancia de la conducta.

---

<sup>200</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 59.

<sup>201</sup> *Ibidem* pp. 59 y 60.

#### 6.4.2.2 *La doctrina clásica y la jurisprudencia*

En los trabajos de la Corte Permanente de Justicia Internacional, Julio BARBERIS<sup>202</sup> localiza dos ocasiones en que se hizo referencia al elemento subjetivo de la costumbre: la sentencia que resolvió el diferendo del Lotus, y el voto particular del Juez NEGULESCO respecto de la Opinión Consultiva sobre la competencia de la Comisión Europea del Danubio.

La Corte Internacional de Justicia se ha ocupado según el profesor<sup>203</sup> del estudio de la '*opinio iuris*' en las resoluciones de los asuntos sobre el Derecho de Asilo, Nottebohm, del Derecho de Paso, del Suroeste Africano y de los acumulados de la Plataforma Continental del Mar del Norte.

#### 6.4.2.3 *Concepción soviética*

Esta singular corriente, personificada por el soviético Grigory TUNKIN y de corte positivista voluntarista, sostiene que la costumbre es fuente de Derecho en tanto manifestación tácita de voluntad de los Estados. En consecuencia la '*opinio iuris*' no es otra cosa que la voluntad estatal.

---

<sup>202</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. pp. 60 y 61.

<sup>203</sup> *Ibidem* pp. 62-65.

#### 6.4.2.4 Negación

A fines de la década de los treinta Lazare KOPELMANAS<sup>204</sup> con base en un estudio pormenorizado de la entonces jurisprudencia internacional llegó a la conclusión de que la '*opinio iuris*' no desempeña papel alguno en el proceso de creación normativa consuetudinaria.

Esta opinión se ha llevado al extremo por autores de la corriente sociológica, a grado de negar no sólo el papel del elemento subjetivo sino de la costumbre entera como fuente de Derecho internacional.

Así tenemos a Ingrid DETTER quien escribe que "...el derecho consuetudinario constituye una ficción inaceptable, que obscurece, en lugar de clarificar, que sólo conduce a incertidumbre y reduce la claridad del orden legal internacional, y... estorba la presencia de otros procesos modernos de creación de normas que son los adecuados a la comunidad internacional presente...".<sup>205</sup>

Por nuestra parte disentimos de tal pensamiento, pues asumirlo implica la eliminación de las normas constitucionales que cimientan la estructura del orden jurídico internacional entero; tales normas son precisamente de carácter consuetudinario.

---

<sup>204</sup> Lazare KOPELMANAS citado por BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 67.

<sup>205</sup> Ingrid DETTER citada por SEPÚLVEDA César, *Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 103.

### 6.4.3 Los usos internacionales

Julio BARBERIS<sup>206</sup> opina que el procedimiento de creación de un uso internacional es sustancialmente distinto al de la norma jurídica consuetudinaria. Sobre ello Hans KELSEN<sup>207</sup> apunta que si la conducta de los sujetos internacionales no está acompañada de la opinión de obligatoriedad, se ha constituido un uso pero no una regla creada por costumbre.

Según Julio BARBERIS<sup>208</sup> el elemento subjetivo de la costumbre desempeña el papel fundamental de distinguirla del uso, puesto que como afirma Luis Mauricio FIGUEROA<sup>209</sup> ambos tienen en común al elemento material.

### 6.4.4 La esencia de la '*opinio iuris*'; una propuesta

#### 6.4.4.1 Ideas preliminares

César SEPÚLVEDA<sup>210</sup> escribe que la cuestión de la '*opinio iuris*' resulta sumamente difícil de precisar debido a su naturaleza psicológica, que la sitúa más allá del terreno de la investigación jurídica.

---

<sup>206</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 81.

<sup>207</sup> KELSEN Hans., *Principios de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 263.

<sup>208</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 82.

<sup>209</sup> FIGUEROA Luis Mauricio, *Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 106.

<sup>210</sup> SEPÚLVEDA César, *Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 99.

No obstante ello buscamos determinar su concepto desde un ángulo jurídico, y a ello es necesario distinguirla tanto de la '*opinio necessitatis*' como de la 'aquiescencia'.

#### 6.4.4.2 '*Opinio iuris*' y '*opinio necessitatis*'

César SEPÚLVEDA<sup>211</sup> sostiene que existe la posibilidad de hacer una distinción entre estas nociones puesto que no parecen ser lo mismo.

La '*opinio iuris*' es una noción conectada con lo jurídico y la '*opinio necessitatis*' se asocia con situaciones fácticas; esta última noción no es otra cosa que la '*ratio*' de la norma jurídica, es decir, el conjunto de elementos y factores que determinan la constitución de la norma.<sup>212</sup>

#### 6.4.4.3 '*Opinio iuris*' y aquiescencia

La distinción de estas nociones está impuesta aún cuando cierto sector de la doctrina las emplea como sinónimos y de manera indistinta.

César SEPÚLVEDA observa que "...la aquiescencia ha de entenderse como aceptación o conformidad. Es un concepto negativo que describe la inacción de un Estado que se enfrenta a una situación que constituye un amago o una infracción a sus derechos... La aquiescencia toma la forma de silencio o de ausencia de protesta en circunstancias que

---

<sup>211</sup> SEPÚLVEDA César, *Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 99.

<sup>212</sup> *Ídem*

requieren generalmente una reacción positiva que signifique una objeción o una actitud para preservar un derecho..."<sup>213</sup>

Sobre la diferencia el tratadista mexicano apunta que "...si se considera el desarrollo de una norma consuetudinaria desde el punto de vista de la reivindicación de una pretensión más bien que desde el punto de vista de la imposición de una obligación, la importancia de la aquiescencia se incrementa, en tanto que la de la opinio iuris disminuye..."<sup>214</sup>, todo lo cual significa que, "...no es lo mismo invocar una norma consuetudinaria en apoyo de una pretensión, de un derecho, que fundar una obligación del Estado contendiente en una costumbre. En el primer caso la aquiescencia... representa una función definitiva. En el otro, la opinio iuris juega el papel predominante..."<sup>215</sup>

Por lo tanto, la noción de aquiescencia está asociada a una actitud pasiva del sujeto internacional involucrado, en tanto que la '*opinio iuris*' precisa actividad por parte del mismo.

#### **6.4.4.4 Concepto**

Julio BARBERIS<sup>216</sup> estima que la regla consuetudinaria puede estimarse formada, una vez que los sujetos involucrados interpretan la inobservancia de la práctica como merecedora de una sanción.

---

<sup>213</sup> SEPÚLVEDA César, *Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 100.

<sup>214</sup> *Ibidem*.

<sup>215</sup> *Ibidem* p. 98.

<sup>216</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 75.

La realidad demuestra que alguno de los sujetos participantes en la formación de la regla puede incurrir en la realización de una conducta distinta al patrón por todos observado; esta desviación tiene por efecto legitimar a los restantes a reclamar y censurar el extraño comportamiento. De igual forma es una realidad que las medidas tendientes a ello pueden tomar el cause de la legalidad o no tomarlo. La repulsa jurídica o extra jurídica se hace patente.

Como se muestra, la adopción de las medidas tiene por causa la desviación en que incurre alguno de los sujetos involucrados en la gestación de la regla. Sin esa desviación no existe la censura. Todo ello revela la formación de un nexo de causalidad necesaria idéntico al que caracteriza al funcionamiento de todo orden jurídico.

Ahora, si los sujetos internacionales toman conciencia de la formación de la relación causal referida, podemos afirmar que el elemento subjetivo de la costumbre se ha configurado.

Es por esta razón que Julio BARBERIS<sup>217</sup> sostiene que la '*opinio iuris*' es precisamente el procedimiento psicológico por el que se genera la relación entre la práctica y su inobservancia, que se traduce en la imposición de determinadas sanciones.

---

<sup>217</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 76.



De esta suerte la regla consuetudinaria se forma desde el momento en que se tiene conciencia de que las consecuencias atribuidas a la inobservancia de la práctica son equivalentes a las que regularmente se siguen de la violación de una norma jurídica.

En conclusión afirmamos que el elemento subjetivo de la costumbre sí implica una conciencia, pero no respecto del carácter vinculante por sí sólo considerado sino de la existencia de la relación causal entre inobservancia y sanción, de tal forma que los sujetos internacionales cobran conciencia de que el incumplimiento de la práctica acarrea consecuencias idénticas a las de la desobediencia de una regla de Derecho.<sup>218</sup>

### **6.5 Rechazo de la Costumbre**

La doctrina y la jurisprudencia internacionales reconocen la posibilidad de un sujeto internacional involucrado en la formación de la norma consuetudinaria, si bien sometido al cumplimiento de ciertos caracteres materiales y temporales. La conjunción de estos constituye un acto válido para el Derecho internacional que tiene por efecto la no vinculación jurídica del sujeto internacional que lo pronuncia.

La afectación que un sujeto involucrado puede sufrir en sus intereses fundamentales o la no conveniencia en la asimilación de la norma, son algunas razones que legitiman la posibilidad de rechazo. Negarla constituye un atentado a la libertad de los sujetos internacionales. Insistimos en que pueden existir diversas razones por las cuales un Estado, por ejemplo, no tenga interés o considere inconveniente el

---

<sup>218</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. 82 y 83.

establecimiento para él de la regla de costumbre, y negar la posibilidad de rechazo viola su libertad e igualdad soberana al exterior, además de constituir una inconsecuencia de acuerdo a la estructura del orden jurídico internacional.

Desde luego la posibilidad de rechazo está dada únicamente a los sujetos involucrados en la formación de la regla; de nada serviría o ningún sentido tendría, que un Estado africano manifestara rechazo a la gestación de una regla de costumbre que concierne únicamente a los Estados de la parte Norte del continente Americano.

De igual forma es claro que el rechazo de la costumbre debe y está sometido al cumplimiento de los requisitos materiales y temporales que lo alejan de la arbitrariedad. En cuanto a los primeros Ricardo MÉNDEZ SILVA y Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO<sup>219</sup> consideran que la manifestación de repulsa ha de ser 'expresa e inequívoca', a lo que Max SORENSEN<sup>220</sup> agrega que debe ser reiterada y categórica, todo lo cual tiene por objeto dejar patente la oposición a la vinculación jurídica generada por la norma.

Es pertinente señalar que el rechazo de la costumbre no impide la formación de la regla; únicamente tiene por objeto la no vinculación por la misma del sujeto que lo formula.

---

<sup>219</sup> MÉNDEZ SILVA Ricardo & Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, *D.I.P. Op. Cit.* p. 14.

<sup>220</sup> SORENSEN Max, *Manual de Derecho Internacional Público, Op. Cit.* p. 166.

Lo que llamamos requisitos temporales del acto de repudio pueden designarse con el término de oportunidad. Sobre ella los mismos tratadistas escriben que el rechazo ha de manifestarse en la primera etapa del proceso consuetudinario, ya que de otra suerte nos encontramos frente a la presunción de conformidad frente al carácter vinculante de la regla.

Conclusivas sobre esta materia son las palabras de Max SORENSEN,<sup>221</sup> quien escribe que en principio todo sujeto internacional involucrado queda obligado por la regla consuetudinaria si no adoptó una actitud de persistente oposición al iniciar el periodo de su formación. Ello se debe a que una vez cristalizada la costumbre, no puede permitirse que algún sujeto refute la presunción de conformidad, o que alegue que no acepta lo que ha permitido consolidarse sin oponerse a ello. Cualquier otra interpretación, dice el profesor, privaría a la costumbre de su carácter obligatorio y la excluiría de las fuentes formales del Derecho internacional.

Consecuente con lo dicho Manuel DÍEZ DE VELASCO<sup>222</sup> opina que todo litigante que se oponga a que le sea aplicada una regla consuetudinaria debe probar que la rechazó en el periodo de su formación.

---

<sup>221</sup> SORENSEN Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 166.

<sup>222</sup> DÍEZ DE VELASCO Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 83.

## 6.6 *Especies de Costumbre*

### 6.6.1 Consideración previa

Aún cuando anterior y tradicionalmente sólo se admitía la posibilidad de generación de normas consuetudinarias vinculantes a toda la comunidad internacional, la doctrina y la jurisprudencia internacionales más recientes dan cabida a la formación de costumbres sectoriales, que coexisten con aquellas de carácter general. Del estudio de cada una de las especies trata este capítulo.

### 6.6.2 Especies

Manuel DÍEZ DE VELASCO<sup>223</sup> manifiesta una división bipartita de procesos y de normas consuetudinarias. De acuerdo a su amplitud territorial el maestro distingue entre costumbres generales o universales y costumbres particulares; a estas últimas las subdivide en regionales y bilaterales o locales.

En términos prácticamente equivalentes Luis Mauricio FIGUEROA<sup>224</sup> establece una división tripartita de procesos consuetudinarios. Así nos dice que existe costumbre universal, costumbre regional y costumbre particular. En estos términos se desarrolla el discurso en las secciones siguientes.

---

<sup>223</sup> DÍEZ DE VELASCO Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 83.

<sup>224</sup> FIGUEROA Luis Mauricio, *Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 107.

### 6.6.3 Costumbre general

Max SORENSEN<sup>225</sup> enseña que las costumbres generales o universales son aquellas que se aplican a la totalidad de los miembros de la comunidad internacional siempre que, como escribe Luis Mauricio FIGUEROA,<sup>226</sup> no exista de su parte oposición en la primera etapa de su formación. En el mismo sentido se pronuncia Manuel DÍEZ DE VELASCO.<sup>227</sup>

Las costumbres generales surgen de prácticas que interesan a todos los miembros de la comunidad internacional y, una vez formada la regla, vincula a todos aquellos que no la rechazaron en la forma y tiempo debidos. Es por ello que Adolfo MIAJA DE LA MUELA<sup>228</sup> considera que los tribunales internacionales no examinan inicialmente si los sujetos internacionales involucrados admitieron o reconocieron la regla que se invoca, sino simplemente estudian el grado de generalidad que la misma cobró en el seno de la referida comunidad. Sobre los que la desconozcan recaerá, ya se dijo, la prueba de un rechazo válido por su parte.

---

<sup>225</sup> SORENSEN Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. pp. 162 y 163.

<sup>226</sup> FIGUEROA Luis Mauricio, *Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 107.

<sup>227</sup> DÍEZ DE VELASCO Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 83.

<sup>228</sup> MIAJA DE LA MUELA Adolfo, *Introducción al Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 109.

#### 6.6.4 Costumbre regional

Manuel DÍEZ DE VELASCO<sup>229</sup> considera que las costumbres regionales son aquellas que han nacido entre un grupo de Estados con características propias, que en opinión de Max SORENSEN<sup>230</sup> reflejan un rasgo de identidad o de comunidad de intereses en cada caso concreto.

José Luis FERNÁNDEZ-FLORES<sup>231</sup> observa que por su naturaleza las costumbres regionales corresponden a un criterio geográfico y a un ideológico; se trata de un sector geográfico concreto y de una o varias ideologías comunes: ambos criterios tienden a coincidir y normalmente lo hacen.

José Antonio PASTOR RIDRUEJO<sup>232</sup> y Luis Mauricio FIGUEROA<sup>233</sup> sostienen que las costumbres regionales producen normas que vinculan únicamente a los sujetos internacionales que con sus actos han contribuido a la generación de la regla. Según el primero de los autores, esto tiene por consecuencia que mientras aquel que pretenda sustraerse a una costumbre general debe probar su oposición oportuna y contundente, el que alega frente a otro una costumbre regional está constreñido a acreditar que éste último ha contribuido con su conducta al nacimiento de la regla.

---

<sup>229</sup> DÍEZ DE VELASCO Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 84.

<sup>230</sup> SORENSEN Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 165.

<sup>231</sup> FERNÁNDEZ-FLORES José Luis, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 554.

<sup>232</sup> PASTOR RIDRUEJO José Antonio, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 92.

<sup>233</sup> FIGUEROA Luis Mauricio, *Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 107.

La primera ocasión que se discutió sobre la existencia de la costumbre regional, José Luis FERNÁNDEZ-FLORES la ubica en la ciudad de Río, Brasil, en 1905 en el seno del Congreso Científico Latinoamericano donde el jurista chileno ÁLVAREZ, sostuvo su viabilidad frente al brasileño SA VIANNA.

Max SORENSEN<sup>234</sup> escribe que la Corte Internacional de Justicia conoció la materia a propósito del diferendo de Haya de la Torre en el que no sólo admite su existencia, sino que sostiene y patentiza el fenómeno de la inversión de la carga de prueba, característico de las costumbres no generales.

### 6.6.5 Costumbre bilateral

#### 6.6.5.1 Generalidades

La doctrina sostiene que las costumbres bilaterales son aquellas cuyo ámbito de aplicación es más reducido que las regionales, puesto que producen normas vinculantes a dos sujetos internacionales concretos y determinados, que con sus conductas contribuyeron directamente a la conformación de la regla. Así se pronuncian José Antonio

---

<sup>234</sup> Max SORENSEN citado por PASTOR RIDRUEJO José Antonio, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 92

PASTOR RIDRUEJO,<sup>235</sup> Luis Mauricio FIGUEROA,<sup>236</sup> Manuel DÍEZ DE VELASCO,<sup>237</sup>  
Ricardo MÉNDEZ SILVA y Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO,<sup>238</sup>

Estos dos últimos tratadistas opinan que la posibilidad de existencia de costumbres bilaterales ha sido aceptada en la práctica internacional, aún cuando no existe reconocimiento expreso en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

#### 6.6.5.2 *Jurisprudencia*

En la jurisprudencia internacional la existencia de la costumbre local ha sido planteada desde principios del siglo XX en el seno de la Corte Permanente de Arbitraje. La Corte de la Sociedad de las Naciones y de las Naciones Unidas igualmente se han ocupado de ello, pero el primer precedente se localiza el 22 de mayo de 1905 en el asunto de los Arrendamientos Perpetuos del Japón del que entonces conoció la mencionada Corte Permanente de Arbitraje. El profesor SCOTT se refiere al mismo y de la parte conducente de sus líneas transcribimos lo siguiente:

“...Los orígenes de este conflicto son los siguientes: según el derecho civil vigente en Japón durante el siglo XIX, los extranjeros no podían adquirir allí bienes inmuebles. Por esta razón, los Estados europeos concertaron tratados con el Japón según los cuales los extranjeros que vivían en ese país podrían disponer de ciertos terrenos a fin de edificar en

---

<sup>235</sup> PASTOR RIDRUEJO José Antonio, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. pp. 92 y 93.

<sup>236</sup> FIGUEROA Luis Mauricio, *Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 107.

<sup>237</sup> DÍEZ DE VELASCO Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 84.

<sup>238</sup> MÉNDEZ SILVA Ricardo & Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, *D.I.P. Op. Cit.* p. 15.



ellos sus casas, mediante el pago de un arrendamiento perpetuo. En el litigio..., Alemania, Francia y Gran Bretaña habían concertado acuerdos de este tipo con el Imperio del Japón. El conflicto se suscitó a causa de la diversa interpretación dada a una cláusula por ambas partes... Japón sostenía que, mediante los tratados suscritos con Alemania, Francia y Gran Bretaña, los nacionales de esos países debían pagar un arrendamiento perpetuo por el suelo que ocupaban sus edificios y, a su vez, estaban obligados al pago de otro impuesto sobre los edificios mismos. Los Estados europeos, por su parte, interpretaban los tratados en el sentido que el arrendamiento perpetuo pagado por sus nacionales eximía a éstos del pago de cualquier otra carga fiscal que quisiera imponerles el gobierno japonés... la Corte de arbitraje expresó que las cláusulas convencionales en cuestión debían ser interpretadas de conformidad con los acuerdos anteriores celebrados sobre esta materia. El tribunal llegó así a la conclusión que la larga serie de acuerdos concertados entre el Japón y otros Estados sobre este tema había dado origen a una costumbre según la cuál los edificios construidos sobre los terrenos locados a perpetuidad no podían ser gravados con otras cargas... la Corte de arbitraje interpretó las cláusulas cuestionadas a la luz de una costumbre bilateral creada por obra de una serie de acuerdos concertados entre el Japón y los Estados europeos...".<sup>239</sup>

La Corte Permanente de Justicia Internacional conoció de la costumbre bilateral en una Opinión Consultiva pronunciada a solicitud del Consejo de la Sociedad de las Naciones sobre la capacidad de la ciudad libre de Danzig para ser parte de la Organización Internacional del Trabajo. De igual forma en el seno de este tribunal

---

<sup>239</sup> SCOTT citado por BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 86.

internacional y a propósito de otra Opinión Consultiva<sup>240</sup> el Juez NEGULESCO<sup>241</sup> se pronunció sobre el tema en su voto disidente.

La Corte Internacional de Justicia conoció de la costumbre bilateral a propósito del diferendo de los Derechos de los Ciudadanos Norteamericanos en Marruecos<sup>242</sup> y del asunto del Derecho de Paso.<sup>243</sup> Julio BARBERIS<sup>244</sup> opina que este último es el precedente más interesante en la materia, puesto que en su parte conducente según Ricardo MÉNDEZ SILVA y Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO puede leerse lo siguiente: "...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>245</sup>

#### 6.6.6 Proposición conclusiva

Con base en todo lo antes mencionado concluimos con Julio BARBERIS<sup>246</sup> que la costumbre bilateral es un proceso auténtico de creación normativa, una fuente formal auténtica del Derecho internacional que produce auténticas normas de naturaleza consuetudinaria.

---

<sup>240</sup> Sobre la competencia de la Comisión Europea del Danubio Europeo.

<sup>241</sup> NEGULESCO citado por BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. pp. 90 y 91.

<sup>242</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 91.

<sup>243</sup> *Ibidem* p. 85.

<sup>244</sup> *Ibidem* p. 93.

<sup>245</sup> MÉNDEZ SILVA Ricardo & Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, *D.I.P. Op. Cit.* p. 15.

<sup>246</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 99.

## 6.7 La Costumbre como Norma Jurídica Internacional

### 6.7.1 Concepto

La costumbre como norma jurídica internacional puede conceptuarse como aquella regla de Derecho que constriñe a los sujetos internacionales por ella vinculados, a conducirse en idéntico sentido al señalado como ámbito material de validez de la misma.

El ámbito material de validez se refiere a la conducta prohibida, permitida u ordenada por la regla; la conjunción del elemento objetivo y el subjetivo de la costumbre, determina la conducta y el imperativo asociado a ella, respectivamente. Ello significa que el elemento objetivo del proceso determina el ámbito material de validez, y el elemento subjetivo determina el imperativo (orden, prohibición o permisión) y la conciencia de sanción en caso de inobservancia (*'opinio iuris'*).

Establecida la regla, se incorpora plenamente al conjunto de normas de Derecho internacional.

### 6.7.2 Especies

Hemos estudiado tres procesos de creación consuetudinaria, tres tipos de costumbre internacional; ahora bien, estos mismos mecanismos a su vez determinan las

tres categorías de reglas jurídicas que pueden surgir: general, regional y bilateral. Entonces resulta correcto hablar de Derecho consuetudinario general, Derecho consuetudinario regional y Derecho consuetudinario particular o local.

## 6.8 La Prueba de la Costumbre

### 6.8.1 Generalidades

Ricardo MÉNDEZ SILVA y Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO<sup>247</sup> comentan que en 1969 la Corte Internacional de Justicia al resolver los diferendos acumulados de la Plataforma Continental del Mar del Norte asentó en su sentencia el mecanismo normal de prueba de la costumbre, según el cual la coexistencia del elemento objetivo y el subjetivo es indispensable. Sin embargo la doctrina considera excesivamente sutil decidir sobre la formación de la costumbre.

Josef KUNZ<sup>248</sup> opina que es difícil distinguir cuándo se ha formado una regla y cuándo se trata de simples tendencias a su formación; Ricardo MÉNDEZ SILVA y Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO<sup>249</sup> señalan que sólo excepcionalmente puede fecharse con precisión la aparición de una costumbre; y César SEPÚLVEDA<sup>250</sup> escribe que resulta sumamente complicado acreditar la formación de la nueva regla de Derecho. Por estas y

---

<sup>247</sup> MÉNDEZ SILVA Ricardo & Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, *D.I.P. Op. Cit.* p. 12.

<sup>248</sup> KUNZ Josef L. *Teoría General del Derecho Internacional, Op. Cit.* p. 394.

<sup>249</sup> MÉNDEZ SILVA Ricardo & Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, *D.I.P. Op. Cit.* p. 14.

<sup>250</sup> SEPÚLVEDA César, *Derecho Internacional, Op. Cit.* p. 101.

otras razones este tratadista mexicano y Adolfo MIAJA DE LA MUELA<sup>251</sup> sostienen que corresponde a los más altos tribunales internacionales la delicada misión de decidir en cada caso concreto sobre la aparición de la costumbre.

### 6.8.2 Los medios y la carga de la prueba

José Luis FERNÁNDEZ-FLORES<sup>252</sup> escribe que está impuesto distinguir las nociones de la carga y de los medios de prueba.

Por medios de prueba debe entenderse todos aquellos elementos corpóreos e incorpóreos que alleguen convicción sobre determinado aspecto al órgano jurisdiccional que conoce del negocio. Para el autor existen dos clases: de carácter internacional y de carácter interno.

Es un hecho reconocido por César SEPÚLVEDA<sup>253</sup> que en materia de costumbre resulta sumamente difícil allegar convicción al juzgador internacional sobre la existencia y formación de la regla. Sin embargo, ello no exime a las partes en un diferendo de aportar al tribunal todos aquellos elementos de convicción con los que cuenten, a fin de buscar acreditar la presencia de los elementos objetivo y subjetivo de la costumbre.

---

<sup>251</sup> MIAJA DE LA MUELA Adolfo, *Introducción al Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 108.

<sup>252</sup> FERNÁNDEZ-FLORES José Luis, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 556.

<sup>253</sup> SEPÚLVEDA César, *Derecho Internacional*, Op. Cit, p. 101.

Entre la gran variedad de elementos internacionales o internos que se pueden aportar, Manuel DÍEZ DE VELASCO<sup>254</sup> señala las manifestaciones que los sujetos internacionales efectúan entre sí, bien por medio de cartas o notas diplomáticas, bien a través de sus delegados o plenipotenciarios ante una Conferencia internacional 'ad hoc', o en el seno de una organización internacional determinada. Por su parte César SEPÚLVEDA<sup>255</sup> y José Luis FERNÁNDEZ-FLORES<sup>256</sup> invocan las sentencias y leyes internas de contenido coincidente, referidas al ámbito internacional o relacionadas con el Derecho de gentes.

Por su parte la carga de la prueba consiste en la necesidad procesal de obrar en beneficio propio. Esto se traduce en que, en principio, la parte procesal que invoca la existencia de la regla jurídica está obligada a acreditarla. De esta suerte en la Teoría General del Proceso se dice que 'todo el que afirma está obligado a probar'; nosotros como ya dijimos, pensamos que más que un deber se trata de una necesidad de obrar en beneficio propio.

En materia de costumbre internacional, el escenario de la carga de la prueba se puebla de sutilezas que varían de acuerdo a la naturaleza de la costumbre de que se trate.

---

<sup>254</sup> DÍEZ DE VELASCO Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 83.

<sup>255</sup> SEPÚLVEDA César, *Derecho Internacional*, Op. Cit, p. 101.

<sup>256</sup> FERNÁNDEZ-FLORES José Luis, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 556.

Respecto de la costumbre general o universal, Max SORENSEN acuña la expresión que describe la operación del mecanismo, formulada en los términos de 'inversión de la carga de la prueba'.

José Antonio PASTOR RIDRUEJO<sup>257</sup> señala que en este caso el sujeto internacional que pretende sustraerse a la obligatoriedad general de la regla, está ante la necesidad de acreditar por todos los medios a su alcance, que formuló categórica y oportunamente el rechazo correspondiente.

El profesor HAGEMANN<sup>258</sup> sostiene que la regla general, en materia de procedimiento, observada por los tribunales internacionales al analizar una cuestión relacionada con costumbres generales, consiste en investigar si la práctica ha sido observada por la mayoría de los miembros de la comunidad internacional, sin que en principio tenga relevancia la participación de los litigantes en la formación de la misma.

De esta guisa basta con invocar la regla consuetudinaria general sin necesidad de probanza por la parte que la aduce; al tribunal corresponde investigar el grado de observancia internacional, y a quien pretenda sustraerse de la norma se le invierte la carga y tendrá que acreditar que se opuso contundente y oportunamente a la formación de la misma.

---

<sup>257</sup> PASTOR RIDRUEJO José Antonio, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 92.

<sup>258</sup> HAGEMANN citado por BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 52.

En lo referente a la carga de la prueba en las costumbres regional y bilateral, resulta aplicable la regla general postulada por la Teoría General del Proceso: 'el que afirma necesita probar'. En sintonía se pronuncian Manuel DÍEZ DE VELASCO,<sup>259</sup> Ricardo MÉNDEZ SILVA y Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO.<sup>260</sup> De esta guisa José Antonio PASTOR RIDRUEJO<sup>261</sup> considera que el sujeto internacional que alega frente a otro una costumbre regional o local en apoyo de su pretensión, viene obligado a demostrar que este último contribuyó con sus actos al nacimiento de la norma. Respecto al proceder del tribunal internacional en estos casos, Julio BARBERIS<sup>262</sup> expresa que se limita a examinar la participación de los litigantes en la configuración de la práctica.

---

<sup>259</sup> DÍEZ DE VELASCO Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 84.

<sup>260</sup> MÉNDEZ SILVA Ricardo & Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, *D.I.P.*, Op. Cit. p. 15.

<sup>261</sup> PASTOR RIDRUEJO José Antonio, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 92.

<sup>262</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 51.



# CAPÍTULO SÉPTIMO

## LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

### *7.1 Ideas Generales*

#### **7.1.1 Nota preliminar y problemática**

La tercera de las fuentes oficiales del Derecho internacional que estudiamos son los principios generales de derecho. Esta empresa constituye, en opinión de Luis Mauricio FIGUEROA,<sup>263</sup> uno de los temas más debatidos en el mundo jurídico internacional, y ello se explica porque la materia está impregnada de confusiones, interpretaciones absurdas por insostenibles, oscuridades y múltiples equívocos.

Entre ellas tenemos a Louis LE FUR quien equipara los principios generales de derecho al derecho natural, al profesor STRUPP que los identifica con máximas de Derecho interno aplicados a situaciones internacionales, al Juez ANZILOTTI que los reduce a un simple procedimiento técnico de interpretación y Georges SCHELLE que los considera auténticas fuentes del Derecho internacional.<sup>264</sup>

---

<sup>263</sup> FIGUEROA Luis Mauricio, *Derecho Internacional, Op. Cit.* p. 109.

<sup>264</sup> Citados todos por FIGUEROA Luis Mauricio, *Derecho Internacional, Op. Cit.* p. 107.

Con nuestra reflexión pretendemos esclarecer la verdadera naturaleza de los principios generales de derecho y su función en la formación de las normas jurídicas internacionales.

## 7.1.2 Concepciones

### 7.1.2.1 Generales

Luis LEGAZ LACAMBRA<sup>265</sup> considera que para la Teoría General del Derecho los principios generales pueden entenderse desde una perspectiva histórica o desde una perspectiva filosófica; en el primer caso los principios se han formado en el transcurso del tiempo, son variables e inspiran a un determinado orden jurídico, y en el segundo se trata de verdades jurídicas universales, constantes y permanentes, que fundamentan no uno sino todos los órdenes jurídicos positivos.

### 7.1.2.2 Invocación al derecho natural

En la teoría jurídica y en la filosofía del derecho encontramos autores que categóricamente sostienen que los principios generales de derecho no son otra cosa que el derecho natural que ministra contenido al Derecho; así Roberto NÚÑEZ y ESCALANTE<sup>266</sup> escribe que se trata de normas derivadas del principio inmanente de justicia, concordantes

---

<sup>265</sup> Luis LEGAZ LACAMBRA citado por FERNÁNDEZ-FLORES José Luis, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 576.

<sup>266</sup> NÚÑEZ y ESCALANTE Roberto, *Compendio de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 159.

con los derechos del hombre y de los pueblos. Antonio TRUYOL y SERRA<sup>267</sup> los hace consistir en exigencias éticas aplicables a las relaciones internacionales, cuya validez no depende del reconocimiento que de ellas se haga en el Derecho positivo; en consecuencia, los principios generales de derecho no son otros que los del derecho natural.

A esta corriente replicamos que los principios no son normas; son principios. En segundo lugar, los principios generales de derecho constituyen una realidad jurídica ajena a las entelequias de buena voluntad sugeridas por la doctrina del derecho natural.

### 7.1.2.3 Otras singulares posturas

En esta sección estudiamos dos posturas que ejemplifican perfectamente lo que no debe decirse acerca de los principios generales de derecho; Rolando QUADRI y Alejandro HERRERO y RUBIO las exponen.

Este último autor escribe que los principios generales de derecho son "...los fundamentos de la validez del orden jurídico internacional, hallándose entre ellos la regla *pacta sunt servanda*...".<sup>268</sup> El otro tratadista de origen italiano, considera que los principios generales de derecho son normas 'primarias' de rango superior a todo; son la fuente primaria y la primera de todas.<sup>269</sup>

---

<sup>267</sup> TRUYOL y SERRA Antonio, *Fundamentos de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. pp. 104 y 105.

<sup>268</sup> HERRERO y RUBIO Alejandro, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 76.

<sup>269</sup> Rolando QUADRI citado por GÓMEZ ROBLEDO Antonio, *Ius Cogens Internacional*, Op. Cit. p. 88.

Es claro que las dos opiniones reconocen en los principios generales de derecho las normas de más alta jerarquía del orden jurídico internacional. Ahora bien, en primer lugar los principios que estudiamos no son normas, son principios; en segundo lugar, al carecer de estructura normativa es inútil examinar el lugar que ocuparían en el orden jurídico internacional.

## ***7.2 Principios Generales de Derecho y Principios Generales del Derecho Internacional***

Otra de las opiniones generadoras de confusiones es aquella que equipara a los principios generales de derecho con aquellos otros igualmente generales pero del Derecho internacional.

La doctrina más autorizada previene sobre tener mucho cuidado de no confundir, como frecuentemente ocurre, las nociones señaladas dado que los segundos corresponden a principios jurídicos aplicados reiteradamente por los tribunales internacionales, de origen o extracción consuetudinario, frecuentemente plasmados en tratados internacionales universales y que constituyen por entero una fuente diferente. Así se pronuncian Alfred VERDROSS,<sup>270</sup> Manuel BECERRA RAMÍREZ,<sup>271</sup> Modesto SEARA VÁZQUEZ,<sup>272</sup> Adolfo MIAJA DE LA MUELA,<sup>273</sup> Max SORENSEN,<sup>274</sup> Ricardo MÉNDEZ SILVA y Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO.<sup>275</sup>

---

<sup>270</sup> VERDROSS Alfred, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 133.

<sup>271</sup> BECERRA RAMÍREZ Manuel, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 56.

<sup>272</sup> SEARA VÁZQUEZ Modesto, *Derecho Internacional Público*, 20ª ed., Porrúa, México, 2003, p. 69.

<sup>273</sup> MIAJA DE LA MUELA Adolfo, *Introducción al Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 103.

En conclusión los principios generales del Derecho internacional no son principios generales de derecho aunque sí son principios y sí son jurídicos, y son aquellos extraídos por inducción de las reglas consuetudinarias de Derecho internacional, aplicados reiteradamente por los tribunales internacionales y frecuentemente plasmados en instrumentos jurídicos convencionales.

Braulio GUERRA MALO<sup>276</sup> ministra un concepto de ellos por exclusión, y dice que los principios generales del Derecho internacional son aquellos cuyo origen no está en los derechos internos de las distintas naciones. Esta afirmación se comprende una vez que estudiamos los principios generales de derecho.

### ***7.3 Los Principios Generales de Derecho***

#### **7.3.1 Reflexiones varias**

##### ***7.3.1.1 Concepto***

Ricardo MÉNDEZ SILVA y Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO opina que en Derecho internacional se entiende por principios generales de derecho aquellos principios que son comunes a los sistemas jurídicos más desarrollados.

---

<sup>274</sup> SORENSEN Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 173.

<sup>275</sup> MÉNDEZ SILVA Ricardo & Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, *D.I.P. Op. Cit.* p. 16.

<sup>276</sup> GUERRA MALO Braulio, *Compendio de Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 32.

Se trata de una designación genérica de los principios jurídicos comunes de las naciones civilizadas,<sup>277</sup> fundamentales al interior de cada una de ellas<sup>278</sup> y susceptibles de aplicación internacional.<sup>279</sup>

Max SORENSEN<sup>280</sup> opina que los principios generales de derecho deben buscarse en el seno de los sistemas jurídicos de las naciones civilizadas; en consecuencia y en teoría,<sup>281</sup> los jueces internacionales deben estudiar comparativamente los sistemas y extraer de ellos los principios que les sean comunes.

Sin embargo, en la práctica internacional la tarea se simplifica y los tribunales se conforman con obtener la coincidencia de opiniones entre sus miembros, con base en el criterio de representatividad que rige la selección de los mismos según el artículo 9º del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.<sup>282</sup>

En todo caso, concluye Max SORENSEN,<sup>283</sup> el pronunciamiento en torno a la existencia o no de principios generales de derecho es un problema de hecho que ha de resolverse más por indagación que por opiniones 'a priori'.

---

<sup>277</sup> GUERRA MALO Braulio, *Compendio de Derecho Internacional*, Op. Cit. pp. 31 y 32.

<sup>278</sup> SEPÚLVEDA César, *Derecho Internacional*, Op. Cit., p. 105.

<sup>279</sup> SEARA VÁZQUEZ Modesto, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 69.

<sup>280</sup> SORENSEN Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 173.

<sup>281</sup> MÉNDEZ SILVA Ricardo & Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, D.I.P. Op. Cit. p. 16.

<sup>282</sup> SORENSEN Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. pp. 174 y 175.

<sup>283</sup> *Ibídem* p. 175.

### 7.3.1.2 *Naturaleza*

Josef KUNZ<sup>284</sup> opina que los principios generales de derecho son algo distinto a la costumbre internacional y a los tratados.

Sobre su especial y auténtica naturaleza Christos ROSAKIS afirma que "...un principio general de derecho, por definición, no es una norma. Es una declaración general que ha podido inducirse de un conjunto de normas jurídicas... no es en sí mismo una norma en el sentido de que no tiene carácter jurídicamente obligatorio..."<sup>285</sup> A esta verdad el profesor CHENG agrega que no son "...reglas específicas formuladas para propósitos prácticos, sino... proposiciones generales que yacen en todas las normas de derecho y... expresan cualidades esenciales de la verdad jurídica misma..."<sup>286</sup>

Sin lugar a dudas compartimos el pensamiento de Adolfo MIAJA DE LA MUELA<sup>287</sup> en el sentido de que los principios generales de derecho, por su naturaleza, pertenecen completamente al ámbito de la Teoría General del Derecho.

### 7.3.1.3 *Función y aplicación*

Sir Hersch LAUTERPACHT<sup>288</sup> escribe que la principal función de los principios generales de derecho ha sido y es la de servir de válvula de seguridad dejada en reserva,

---

<sup>284</sup> KUNZ Josef L., *Teoría General del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 392.

<sup>285</sup> Christos ROSAKIS citado por GÓMEZ ROBLEDO Antonio, *Ius Cogens Internacional*, Op. Cit. p. 85.

<sup>286</sup> CHENG citado por SEPÚLVEDA César, *Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 104.

<sup>287</sup> MIAJA DE LA MUELA Adolfo, *Introducción al Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 100.

en el sentido que el profesor CHENG<sup>289</sup> señala de ser una guía de interpretación y aplicación de las normas jurídicas positivas.

En cuanto a su aplicación desde su concepto establecimos que los principios generales de derecho frecuentemente son aplicados por los tribunales internacionales, y según Manuel BECERRA RAMÍREZ<sup>290</sup> ello tiene lugar tanto en el aspecto de fondo cuanto en el de procedimiento.

### **7.3.2 Los principios generales de derecho y el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia**

César SEPÚLVEDA escribe que "...el apartado c) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia ha provocado, desde que era el apartado 3) del Artículo 38 del Estatuto del Tribunal Permanente, una enorme discusión entre los juristas, por la presencia de una tercera fuente, pero que en realidad, ya había sido utilizada antes... aunque sólo instintivamente... Algunos autores opinan que la expresión ahí contenida se refería primordialmente a principios generales del derecho internacional, y sólo subsidiariamente a principios que se obtienen en el derecho interno... Otros desechan este pensamiento, porque resulta redundante requerir al Tribunal aplicar principios generales

---

<sup>288</sup> Sir Hersch LAUTERPACHT citado por MÉNDEZ SILVA Ricardo & Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, *D.I.P. Op. Cit.* p. 17.

<sup>289</sup> CHENG citado por SEPÚLVEDA César, *Derecho Internacional, Op. Cit.* p. 105.

<sup>290</sup> BECERRA RAMÍREZ Manuel, *Derecho Internacional Público, Op. Cit.* p. 56.



del derecho internacional y deducen de ello que la implicación al derecho interno es clara...".<sup>291</sup>

Adolfo MIAJA DE LA MUELA<sup>292</sup> y Alfred VERDROSS<sup>293</sup> al efecto consideran que los juristas integrantes de la Comisión encargada de la elaboración del primer Estatuto en cumplimiento del artículo 14 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, entendieron por 'principios generales de derecho' aquellos que han sido reconocidos '*in foro domestico*' por los pueblos civilizados y que han alcanzado cierto grado de objetivación. Dicho de otro modo y en palabras del mismo Alfred VERDROSS,<sup>294</sup> el artículo 38 no se refiere a cualesquiera preceptos jurídicos de los Estados que casualmente coincidan entre sí, sino únicamente a aquellos principios fundados en ideas jurídicas generales susceptibles de ser aplicadas a las relaciones entre sujetos internacionales.<sup>295</sup>

Con vista en todo lo anterior concluimos con Alfred VERDROSS<sup>296</sup> que la expresión contenida en el artículo 38 del vigente Estatuto ha de entenderse como aquellos principios que han sido reconocidos por los principales sistemas jurídicos del mundo.

---

<sup>291</sup> SEPÚLVEDA César, *Derecho Internacional*, Op. Cit. pp. 103 y 104.

<sup>292</sup> MIAJA DE LA MUELA Adolfo, *Introducción al Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 99.

<sup>293</sup> VERDROSS Alfred, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 133.

<sup>294</sup> VERDROSS Alfred, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 134.

<sup>295</sup> Alfred VERDROSS citado por SEPÚLVEDA César, *Derecho Internacional*, Op. Cit. pp. 104 y 105.

<sup>296</sup> VERDROSS Alfred, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 135.

### 7.3.3 Proposición conclusiva

De nuestra reflexión resulta que los principios generales de derecho, son aquellos principios carentes de estructura normativa típica, extraídos por inducción de los sistemas jurídicos internos, comunes a las naciones más avanzadas, que aplican los tribunales internacionales para resolver el caso concreto sometido a ellos.

### 7.4 Notas Jurisprudenciales

Max SORENSEN<sup>297</sup> observa que ni la Corte Permanente de Justicia Internacional ni la Corte Internacional de Justicia se han referido explícitamente al apartado 3) o c) de sus respectivos Estatutos. La fórmula literal sólo ha sido empleada en opiniones individuales o discrepantes pero nunca en decisiones de mayoría; sólo se han empleado expresiones como 'principios generalmente reconocidos' y 'principios generalmente aceptados', mismas que pueden apreciarse según José Luis FERNÁNDEZ-FLORES<sup>298</sup> en los asuntos del Canal de Corfú, del Derecho de Paso, del Suroeste Africano, de Namibia y en el dictamen sobre las Reservas a la Convención para la Prevención y Represión del Genocidio.

---

<sup>297</sup> SORENSEN Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 176.

<sup>298</sup> FERNÁNDEZ-FLORES José Luis, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 580.

## CAPÍTULO OCTAVO

### LAS DECISIONES JUDICIALES Y LA DOCTRINA

#### ***8.1 Las Decisiones Judiciales***

##### **8.1.1 Ideas preliminares**

La cuarta fuente oficial que estudiamos son las decisiones judiciales pronunciadas por los tribunales internacionales. Al efecto consideramos conveniente revisar diversas nociones y de ello tratan las secciones siguientes.

###### ***8.1.1.1 Concepción positiva***

En su parte conducente el apartado d) del párrafo primero del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece lo siguiente: "...La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:... d).- Las decisiones judiciales..., como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59...".

### **8.1.1.2 Condicionamiento del enunciado normativo**

Del texto del numeral mencionado, se desprende claramente el reconocimiento positivo de dos nociones: el carácter auxiliar y la relatividad de los efectos de las resoluciones.

La relatividad de las resoluciones de la Corte Internacional de Justicia se dejó establecida en el artículo 59 de su Estatuto, según el cual “La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”.

Julio BARBERIS<sup>299</sup> escribe que este precepto establece el principio de la cosa juzgada en materia internacional, opinión que no compartimos pues más que hablar de la ausencia de recursos, característica propia de la cosa juzgada, reconoce simplemente los efectos relativos de la resolución.

### **8.1.1.3 Contenido y alcance de la norma**

Julio BARBERIS<sup>300</sup> considera que en el apartado d) del artículo 38 no se especifica si los precedentes que la Corte ha de considerar son aquellos pronunciados por los tribunales internacionales, o si también se refiere a aquellos otros pronunciados por los órganos jurisdiccionales internos.

---

<sup>299</sup> BARBERIS Julio Á., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 265.

<sup>300</sup> *Ídem*.

Sir Hersch LAUTERPACHT<sup>301</sup> sostiene que el enunciado normativo se refiere únicamente a precedentes dictados por tribunales internacionales, puesto que los segundos sólo pueden considerarse como actos internos susceptibles de crear normas jurídicas consuetudinarias.

### **8.1.2 Breve reseña sobre los tribunales internacionales**

Sabemos que las decisiones judiciales son aquellas pronunciadas por los tribunales internacionales. A efecto de entenderlas adecuadamente, consideramos conveniente referirnos en términos laxos a la existencia histórica y actual de los tribunales internacionales de jurisdicción universal. Con esta expresión evitamos el estudio de aquellas otras instancias jurisdiccionales internacionales, cuya competencia se circunscribe en razón del territorio a ciertas zonas o sectores de la geografía mundial.<sup>302</sup>

#### ***8.1.2.1 La Corte Permanente de Arbitraje***

Sin ser un tribunal en sentido técnico, la Corte Permanente de Arbitraje es la primera instancia jurisdiccional que en el ámbito internacional fue establecida.

---

<sup>301</sup> Sir Hersch LAUTERPACHT citado por BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 265.

<sup>302</sup> Así por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Julio BARBERIS<sup>303</sup> comenta que los albores de esta Corte se localizan en el seno de la Primera Conferencia de Paz de La Haya, ocasión en que fue suscrita la Convención de La Haya sobre Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales el 29 de julio de 1889.

En dicha Conferencia las altas potencias internacionales asumieron el compromiso de adoptar las medidas necesarias al establecimiento de mecanismos pacíficos de solución de controversias, y al efecto convinieron en que el único y más eficaz medio para ello y para realizar la justicia en la esfera internacional era la creación de un órgano permanente de arbitraje.<sup>304</sup>

Se trata de una institución conformada por un número determinado de integrantes, cuatro por cada sujeto parte, de entre los cuáles los litigantes convienen sobre quiénes han de fungir como árbitros en el diferendo.<sup>305</sup>

El funcionamiento de la Corte Permanente de Arbitraje tiene como presupuesto que a los sujetos beligerantes los anima un sincero deseo de resolver la disputa. Ellos han de acordar con precisión el negocio y la designación de los árbitros.

En el seno de la Segunda Conferencia de la Paz de La Haya en 1907, se decidió dar continuidad a este tribunal internacional que desde su creación hasta nuestros días, ha resuelto unos 20 asuntos algunos de los cuales de gran importancia. La Corte Permanente

---

<sup>303</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional, Op. Cit.* p. 302.

<sup>304</sup> NACIONES UNIDAS, Departamento de Información Pública, *La Corte Internacional de Justicia*, 9ª ed, Publicación de las Naciones Unidas, Nueva York, Abril 1984, p. 2.

<sup>305</sup> *Ídem.*

de Arbitraje comparte actualmente sede con la Corte Internacional de Justicia en el Palacio de la Paz en La Haya, Países Bajos.<sup>306</sup>

### 8.1.2.2 *La Corte Permanente de Justicia Internacional*

Esta instancia internacional constituyó el primer tribunal internacional en sentido técnico-jurídico, y el más insigne logro en la solución pacífica de las controversias, inédito previo a su creación en 1920 en el seno de la Sociedad de las Naciones.<sup>307</sup>

César SEPÚLVEDA<sup>308</sup> comenta que en el artículo 14 del Pacto de la Sociedad de las Naciones se estableció que el Consejo de la organización formularía los proyectos para el establecimiento de un 'tribunal permanente de justicia internacional', que serían sometidos a los gobiernos de las altas potencias signatarias del Pacto.

El proyecto formulado se sometió a la Asamblea de la Sociedad de las Naciones quien lo aprobó en diciembre de 1920, y enseguida se sometió a la venia de los gobiernos en forma de Protocolo. Hans KELSEN<sup>309</sup> observa que en éste último se estableció lo siguiente: "...Los miembros de la Sociedad de las Naciones, por intermedio de los firmantes, debidamente autorizados, declaran su aceptación del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional adjunto, que fue aprobado por el voto unánime de la Asamblea, el 13 de diciembre de 1920 en Ginebra. En consecuencia, por la presente

---

<sup>306</sup> NACIONES UNIDAS, Departamento de Información Pública, *Op. Cit.* pp. 2 y 23.

<sup>307</sup> *Ibíd.* p. 3.

<sup>308</sup> SEPÚLVEDA César, *Derecho Internacional, Op. Cit.* p. 327.

<sup>309</sup> KELSEN Hans, *Principios de Derecho Internacional Público, Op. Cit.* pp. 286 y 287.

declaran que aceptan la jurisdicción de la Corte de acuerdo a los términos y sujeto a las condiciones del Estatuto... El presente Protocolo, que ha sido redactado conforme a la decisión tomada por la Asamblea..., está sujeto a ratificación... El nombrado Protocolo permanecerá abierto a la firma de los Miembros de la Sociedad de las Naciones y de los Estados mencionados en el Anexo del Pacto de la Sociedad...”.

La jurisdicción de este órgano dependió, al igual que la Corte Permanente de Arbitraje, del consentimiento de los sujetos beligerantes. Sin embargo, se estableció la posibilidad de que en cualquier tiempo los sujetos internacionales tuvieran acceso a su jurisdicción, ya para casos determinados y actuales o ya en forma genérica y para conflictos futuros. Ello hizo posible someterse a su jurisdicción previamente al surgimiento del diferendo. Además se estableció, aceptada la jurisdicción de la Corte, la posibilidad de llevar por solicitud unilateral ante ella a casi cualquier sujeto internacional involucrado en la controversia.<sup>310</sup>

Charles ROUSSEAU<sup>311</sup> escribe que la Corte Permanente de Justicia Internacional se reunió por primera vez en 1922, funcionó hasta 1939 por interrupción de la Segunda Guerra Mundial y se disolvió el 19 de abril de 1946 por resolución de la XXI Asamblea de la Sociedad de las Naciones fechada el día anterior, poco antes de la extinción completa de la organización internacional.

---

<sup>310</sup> NACIONES UNIDAS, Departamento de Información Pública, *Op. Cit.* pp. 2 y 23.

<sup>311</sup> ROUSSEAU Charles, *Derecho Internacional Público, Op. Cit.* p. 520.



Durante sus labores resolvió exitosamente 57 asuntos, 29 de ellos contenciosos y 27 opiniones consultivas a solicitud del Consejo de la Sociedad.<sup>312</sup> Entre los primeros César SEPÚLVEDA describe 21 resoluciones finales, 7 sobre cuestiones preliminares y 2 interpretaciones de decisiones anteriores.

En centenares de tratados internacionales se establecieron cláusulas por las que los sujetos internacionales en ellos parte podían ocurrir a la Corte, y muchos Estados reconocieron su jurisdicción con fundamento en el párrafo 2 del artículo 36 de su Estatuto.<sup>313</sup>

César SEPÚLVEDA<sup>314</sup> escribe que sus resoluciones fueron siempre acatadas y citadas por otros tribunales y por un gran número de publicistas internacionales. Indudable resulta, concluye el profesor, que su función en la determinación de las reglas de Derecho fue sumamente importante.

### ***8.1.2.3 La Corte Internacional de Justicia***

Charles ROUSSEAU<sup>315</sup> comenta que en el curso de las conversaciones de la Conferencia de Dumbarton Oaks se decidió establecer una jurisdicción internacional para la organización cuya creación se contempló desde esa fecha: hablamos de 1943. Las potencias aliadas se enfrentaron ante el dilema de continuar con el tribunal existente con

---

<sup>312</sup> NACIONES UNIDAS Departamento de Información Pública, *Op. Cit.* p. 4.

<sup>313</sup> *Ídem.*

<sup>314</sup> SEPÚLVEDA César, *Derecho Internacional*, *Op. Cit.* p. 328.

<sup>315</sup> ROUSSEAU Charles, *Derecho Internacional Público*, *Op. Cit.* pp. 519 y 520.

ciertas adecuaciones o crear un órgano completamente diferente. La cuestión se examinó y resolvió por un comité de juristas reunido en Washington pocos días antes de la Conferencia de San Francisco el 20 de abril de 1945.

Se optó por una solución intermedia y se creó un nuevo tribunal pero muy similar a su predecesor. Ello se debió en primer lugar a que la designación de los jueces de la Corte ya había expirado y realizar una nueva no era posible por la extinción de la organización internacional; en segundo lugar, porque 'reconducir' el antiguo tribunal implicaba automáticamente que los Estados enemigos, parte en el Estatuto de 1920, lo fueran en el del nuevo órgano, circunstancia que desde luego no se podía tolerar.

De esta suerte César SEPÚLVEDA<sup>316</sup> escribe que en el nuevo Estatuto se le asignó al órgano el nombre de Corte Internacional de Justicia, se modificó el criterio de selección de los jueces y se estableció la representatividad en ello de los sistemas jurídicos más importantes del mundo, conservándose en su mayor parte el texto del tratado original.

### **8.1.3 La jurisprudencia internacional**

#### **8.1.3.1 Concepto**

Manuel DÍEZ DE VELASCO<sup>317</sup> considera que jurisprudencia internacional es la designación genérica de las decisiones judiciales y José Antonio PASTOR RIDRUEJO<sup>318</sup> la

---

<sup>316</sup> SEPÚLVEDA César, *Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 328.

<sup>317</sup> DÍEZ DE VELASCO Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 92.

traduce como el conjunto de reglas jurídicas que se desprenden de las decisiones judiciales.

José Luis FERNÁNDEZ-FLORES<sup>319</sup> y Edgardo PAZ BARNICA<sup>320</sup> coinciden en que la expresión 'decisiones judiciales' designa no sólo los pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia, sino también los de la Corte Permanente de Justicia Internacional, de la Corte Permanente de Arbitraje y de cualquier otro tribunal de naturaleza internacional.

#### 8.1.3.2 *Naturaleza jurídica*

Sobre su naturaleza jurídica Hans KELSEN<sup>321</sup> escribe que al igual que en Derecho interno un juez aplica la ley y crea una norma individual implícita en su decisión, cuando un órgano internacional con jurisdicción aplica una norma general de Derecho consuetudinario o convencional a un caso concreto, crea una norma jurídica individual de Derecho internacional.

Josef KUNZ<sup>322</sup> concuerda y escribe que el Derecho creado por las decisiones de los tribunales internacionales constituye siempre la creación de normas jurídicas estrictamente

---

<sup>318</sup> PASTOR RIDRUEJO José Antonio, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 97.

<sup>319</sup> FERNÁNDEZ-FLORES José Luis, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 619.

<sup>320</sup> PAZ BARNICA Edgardo, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 241.

<sup>321</sup> KELSEN Hans, *Principios de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. pp. 260 y 312.

<sup>322</sup> KUNZ Josef L., *Teoría General del Derecho Internacional*, Op. Cit. pp. 391 y 392.

individuales, obligatorias únicamente para las partes en litigio y respecto del asunto decidido. En términos semejantes se pronuncia Max SORENSEN.<sup>323</sup>

En conclusión las decisiones judiciales de los tribunales internacionales sí son fuente formal en tanto producen normas jurídicas individuales de Derecho internacional.

### 8.1.3.3 *Fundamento de validez*

Julio BARBERIS<sup>324</sup> opina que el fundamento inmediato de validez de las decisiones judiciales como fuente de normas jurídicas individualizadas se localiza en el tratado constitutivo del tribunal internacional que las pronuncia.

Hans KELSEN escribe que "...el derecho creado... por las decisiones de los tribunales internacionales establecidos por tratados, deriva su validez de esos tratados, los cuales, a su vez, obtienen su validez de la norma de derecho internacional consuetudinario, *pacta sunt servanda*...".<sup>325</sup>

En conclusión reconocemos por fundamento de validez de las decisiones judiciales, inmediato el tratado constitutivo del tribunal que las dicta, mediato la norma jurídica que da validez al referido tratado: la norma consuetudinaria de Derecho internacional '*pacta sunt servanda*'.

---

<sup>323</sup> SORENSEN Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 177.

<sup>324</sup> BARBERIS Julio A., *Formación del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 27.

<sup>325</sup> KELSEN Hans, *Principios de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 313.

#### 8.1.3.4 *Carácter auxiliar*

El artículo 38 del Estatuto en su parte conducente del apartado d) hace patente el carácter auxiliar de las decisiones judiciales en la determinación de las reglas de Derecho.

José Luis FERNÁNDEZ-FLORES escribe que "...hay que entender que el término 'auxiliar' es equívoco, en cuanto a las versiones española y francesa es el que se usa, en tanto que en la inglesa se emplea el de 'subsidiary', que es algo distinto, y que en este último caso habríamos de llegar a la conclusión de que estamos en presencia de una 'fuente' subsidiaria, pero fuente al fin y al cabo...".<sup>326</sup>

El carácter de fuente de normas jurídicas individualizada ha quedado plenamente de manifiesto; a este tipo de reglas se circunscribe la creación jurídica de las decisiones judiciales.

Por otra parte, lo subsidiario es aquello que se aplica en ausencia de algo; de esta suerte en materia jurídica internacional, sería subsidiaria la aplicación de los principios generales de derecho pero no de las decisiones judiciales.

El rol de las decisiones judiciales consiste en auxiliar al juzgador internacional en la determinación de las reglas de Derecho aplicables; crear una norma individualizada que por su valor intrínseco e imparcialidad, establece un criterio jurídico determinado que

---

<sup>326</sup> FERNÁNDEZ-FLORES José Luis, *Derecho Internacional Público, Op. Cit.* p. 619.

orienta al tribunal en la determinación del Derecho aplicable. En consecuencia, consideramos innecesario recurrir a la argumentación del profesor citado, máxime si genera un equívoco como el que señalamos.

#### **8.1.3.5 Función**

Manuel DÍEZ DE VELASCO considera que la jurisprudencia internacional cumple dos funciones. La primera consiste en la posibilidad de invocar las decisiones judiciales precedentes, tanto por el tribunal que las dictó como por cualquiera otro, en apoyo del criterio empleado al resolver un asunto. La segunda consiste en servir de prueba de la existencia de otras reglas internacionales; ello se hace patente sobre todo en materia consuetudinaria. Esta postura la comparten Ricardo MÉNDEZ SILVA y Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO.<sup>327</sup>

Adolfo MIAJA DE LA MUELA<sup>328</sup> observa que hoy en día resulta imposible tratar asuntos de Derecho internacional sin un profundo conocimiento de la jurisprudencia, misma en la que se apoyan tanto abogados como asesores de los distintos gobiernos ante los tribunales internacionales.

---

<sup>327</sup> MÉNDEZ SILVA Ricardo & Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, *D.I.P. Op. Cit.* p. 17.

<sup>328</sup> MIAJA DE LA MUELA Adolfo, *Introducción al Derecho Internacional Público, Op. Cit.* p. 110.

Por su parte César SEPÚLVEDA<sup>329</sup> pone de manifiesto que la jurisprudencia realiza un aporte valioso al desarrollo del Derecho internacional, en tanto constituye una aserción imparcial de juristas de gran autoridad técnica y moral.

#### **8.1.4 La jurisdicción internacional**

##### ***8.1.4.1 Idea general y especies***

Por jurisdicción internacional entendemos la facultad de los tribunales internacionales de decir el derecho en el caso concreto. La regla general consiste en que tal atribución puede ejercerse siempre que exista controversia. Sin embargo, en Derecho internacional la controversia no es indispensable al ejercicio de la función jurisdiccional, dada la admisión de dos tipos de jurisdicciones: la consultiva y la contenciosa.

##### ***8.1.4.2 Jurisdicción consultiva***

La jurisdicción consultiva es la función de decir el derecho sobre cuestiones de orden jurídico, es decir, tendiente a establecer interpretaciones de las reglas que constituyen al orden jurídico internacional.

La resolución pronunciada por el tribunal internacional en ejercicio de su jurisdicción consultiva recibe el nombre de Opinión Consultiva, y no de sentencia como

---

<sup>329</sup> SEPÚLVEDA César, *Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 106.

tradicionalmente se le conoce. Ello se explica porque la solicitud presentada al órgano jurisdiccional implica una consulta sobre determinada cuestión de orden jurídico.

Nelson Daniel MARCIONNI comenta que en el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional no existió "...disposición vinculada a la jurisdicción consultiva... sino luego de la Reforma de 1929 que entró en vigencia en 1936. Hasta entonces, fue el Reglamento de la Corte de 1922, el que posibilitó que de forma activa la Corte empleara este procedimiento..."<sup>330</sup>

El mismo autor observa que todas las Opiniones Consultivas pronunciadas por la Corte Permanente de Justicia Internacional fueron solicitadas por el Consejo de la Sociedad de las Naciones y versaron sobre cuestiones jurídicas vinculadas a las actividades de organizaciones internacionales, cuestiones jurídicas generales, y solución de controversias entre Estados miembros de la Liga.<sup>331</sup>

Como puede verse en un principio la jurisdicción consultiva no fue ajena a la solución de conflictos. Sin embargo, hoy día lo es y ello se debe a que en la Conferencia de Dumbarton Oaks de 1944, se prefirió reservar el procedimiento consultivo a la resolución de cuestiones puramente jurídicas y se canalizó a la jurisdicción contenciosa la solución de conflictos.<sup>332</sup>

---

<sup>330</sup> MARCIONNI Nelson Daniel, *Opiniones Consultivas de la Corte Internacional de Justicia*, en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba, Vol. 4, No. 1, Editorial Nueva Serie, Argentina, 1996, p. 106.

<sup>331</sup> *Ibidem* p. 128.

<sup>332</sup> *Ibidem* pp. 130 y 131.



La Corte Internacional de Justicia está facultada para ejercer jurisdicción consultiva en términos de su Estatuto, sobre cuestiones puramente jurídicas o de orden jurídico como también se les conoce, a solicitud de la Asamblea General, del Consejo de Seguridad o de cualquier otro órgano debidamente autorizado para ello.

En cuanto a la importancia de las Opiniones Consultivas César SEPÚLVEDA<sup>333</sup> comenta que lo son en igual grado que las resoluciones contenciosas de la Corte Internacional de Justicia.

#### ***8.1.4.3 Jurisdicción contenciosa***

La jurisdicción contenciosa es la función de decir el derecho en el caso concreto controvertido. Mediante su ejercicio la Corte Internacional de Justicia decide en forma definitiva e inatacable mediante fallos vinculantes y conforme al Derecho internacional, las controversias que le son sometidas.

## ***8.2 La Doctrina***

### **8.2.1 Concepto**

Manuel DÍEZ DE VELASCO<sup>334</sup> opina que la doctrina es la opinión de los publicistas estudiosos de la materia internacional. A ello agrega José Luis FERNÁNDEZ

---

<sup>333</sup> SEPÚLVEDA César, *Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 330.

<sup>334</sup> DÍEZ DE VELASCO Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Op. Cit. p. 95.

FLORES<sup>335</sup> que se trata de un medio científico para la construcción y la aplicación del Derecho internacional.

### 8.2.2 La doctrina como fuente

En la parte conducente del apartado d) del párrafo primero del artículo 38 del Estatuto se lee que la Corte Internacional de Justicia, al resolver los diferendos que se le plantean ha de aplicar "...las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho...".

Con base en ello, el profesor OPPENHEIM<sup>336</sup> sostiene que se trata de una auténtica fuente de Derecho internacional, si bien únicamente de carácter subsidiario.

Consideramos que no se trata de una fuente formal de Derecho internacional, pues carece por naturaleza de atributos normativos dado que, como sostiene César SEPÚLVEDA,<sup>337</sup> se trata solamente de construcciones teóricas de carácter persuasivo, cuyo único valor, según Josef KUNZ,<sup>338</sup> proviene de su imparcialidad y de su autoridad científica. Ricardo MÉNDEZ SILVA y Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO<sup>339</sup> consideran acertadamente que la obra doctrinal puede interpretar o comentar el sistema jurídico internacional; pero nunca, nunca podrá generar normas de Derecho positivo.

---

<sup>335</sup> FERNÁNDEZ FLORES José Luis, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 622.

<sup>336</sup> OPPENHEIM, citado por FERNÁNDEZ-FLORES José Luis, *Ibidem* p. 623.

<sup>337</sup> SEPÚLVEDA César, *Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 107.

<sup>338</sup> KUNZ Josef L., *Teoría General del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 391.

<sup>339</sup> MÉNDEZ SILVA Ricardo & Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, *D.I.P.*, Op. Cit. p. 18.

En conclusión la doctrina no es una fuente formal de Derecho internacional; es un mecanismo de formulación de opiniones científicamente sustentadas, que por su imparcialidad y autoridad técnica auxilian en la determinación de las reglas de Derecho.

### 8.2.3 Antecedentes y función actual

José Antonio PASTOR RIDRUEJO<sup>340</sup> comenta que a fines del siglo XVIII y una vez renacido el arbitraje como medio pacífico de solución de controversias internacionales, diversos factores explican el recurso frecuente de los árbitros a la doctrina, como es la falta de especialización de éstos en materia internacional, o la para entonces escasa evolución del orden jurídico, dominado por la costumbre y con un reducido número de convenciones. A estos mismos factores atribuye Braulio GUERRA MALO<sup>341</sup> la importancia y preponderancia de la doctrina en la época.

El propio José Antonio PASTOR RIDRUEJO<sup>342</sup> menciona que la redacción actual del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en su parte conducente, tiene su antecedente inmediato en el apartado 3) del Estatuto del tribunal de la Sociedad de las Naciones, que se plasmó en clara reminiscencia de la importancia de la doctrina en el Derecho internacional clásico, a propuesta del Barón DESCAMPS en su calidad de Presidente del Comité de los Diez encargado de la confección de este último instrumento en cumplimiento del artículo 14 del Pacto.

---

<sup>340</sup> PASTOR RIDRUEJO José Antonio, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 182.

<sup>341</sup> GUERRA MALO Braulio, *Compendio de Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 33.

<sup>342</sup> PASTOR RIDRUEJO José Antonio, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 181.

La función de la doctrina según César SEPÚLVEDA<sup>343</sup> consiste en fertilizar al Derecho de gentes. Por ello Manuel DÍEZ DE VELASCO<sup>344</sup> observa que su misión en nuestros días es en extremo importante, aún cuando resulte mucho más limitada que en la etapa del Derecho internacional antiguo. En sentido similar se pronuncian Ricardo MÉNDEZ SILVA y Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO.<sup>345</sup>

Charles ROUSSEAU<sup>346</sup> y el profesor SCHWARZENBERGER<sup>347</sup> asignan a la doctrina la tarea de análisis y sistematización del orden jurídico, la interpretación funcional del mismo y la formulación de crítica constructiva y propositiva.

Sin dudar lo la doctrina en nuestros días contribuye al desarrollo progresivo del Derecho internacional, y dentro de los límites estrechos que éste mismo le impone,<sup>348</sup> da fe científica de la existencia de las normas jurídicas internacionales,<sup>349</sup> facilita la comprensión de los procesos de formación de las mismas,<sup>350</sup> y auxilia en la determinación de las reglas de Derecho vigentes.

---

<sup>343</sup> SEPÚLVEDA César, *Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 107.

<sup>344</sup> DÍEZ DE VELASCO Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Op. Cit. p. 95.

<sup>345</sup> MÉNDEZ SILVA Ricardo & Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, *D.I.P.*, Op. Cit. p. 18.

<sup>346</sup> ROUSSEAU Charles, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 65.

<sup>347</sup> SCHWARZENBERGER citado por SEPÚLVEDA César, *Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 108.

<sup>348</sup> FERNÁNDEZ-FLORES José Luis, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 624.

<sup>349</sup> DÍEZ DE VELASCO Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Op. Cit. p. 95.

<sup>350</sup> SEPÚLVEDA César, *Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 107.

## CAPÍTULO NOVENO

### LA EQUIDAD

#### *9.1 Reflexiones Varias*

##### **9.1.1 Referencia histórica y problemática**

José Luis FERNÁNDEZ-FLORES<sup>351</sup> observa que mucho tiempo antes de ser instaurada la Corte Permanente de Justicia Internacional, la equidad fue un recurso de uso recurrente en el seno de los tribunales arbitrales. Por su parte, Manuel DÍEZ DE VELASCO<sup>352</sup> señala que durante el siglo XIX se plasmaron un sinnúmero de cláusulas de equidad en compromisos arbitrales.

Adolfo MIAJA DE LA MUELA<sup>353</sup> agrega que el tema de la equidad ha ganado actualidad a partir de la sentencia de 20 de febrero de 1969 en que la Corte Internacional de Justicia resolvió los diferendos acumulados de la Plataforma Continental del Mar del Norte. Esta fue la primera de dos ocasiones en que el tribunal de las Naciones Unidas se ha ocupado del tema. Sin embargo, dice el autor, la problemática en torno a él se ha acrecentado puesto que su tratamiento científico es sensible a las confusiones.

---

<sup>351</sup> FERNÁNDEZ-FLORES José Luis, *Derecho Internacional Público, Op. Cit.* p. 626.

<sup>352</sup> DÍEZ DE VELASCO Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público, Op. Cit.* p. 79.

<sup>353</sup> MIAJA DE LA MUELA Adolfo, *Introducción al Derecho Internacional Público, Op. Cit.* p. 121.

### 9.1.2 Concepción positiva y filosófica

En el párrafo 2 del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia está el reconocimiento por el Derecho internacional de la equidad. La oscura formulación de sus términos motiva las imprecisiones dominantes de la doctrina.

Luis LEGAZ LACAMBRA<sup>354</sup> concibe desde el punto de vista filosófico a la equidad como un cierto modo de ser justo, una dimensión ontológica de la propia justicia. En esta medida, dice el autor, por equidad ha de entenderse la justicia del caso concreto.

El profesor HERRERO DE LA FUENTE<sup>355</sup> considera que la equidad consiste en una competencia del juez que le permite resolver situaciones concretas mediante la aplicación de normas generales; es una facultad que se encuentra en su conciencia y consiste en la peculiar reacción frente a la realidad del caso concreto que se le presenta.

José Luis FERNÁNDEZ-FLORES<sup>356</sup> considera que la equidad puede revestir dos formas: la aplicación 'equitativa' del Derecho sin prescindir de él, y la aplicación de máximas abstraídas del Derecho sin utilización de él. En ambos casos la equidad es la misma pero su función es distinta; en el primero es un 'modo' de aplicación del Derecho y en el segundo es un medio 'autónomo' que margina al orden jurídico.

---

<sup>354</sup> Luis LEGAZ LACAMBRA citado por FERNÁNDEZ-FLORES José Luis, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 625.

<sup>355</sup> HERRERO DE LA FUENTE citado por MIAJA DE LA MUELA Adolfo, *Introducción al Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 121.

<sup>356</sup> FERNÁNDEZ-FLORES José Luis, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 626.

La expresión empleada en el artículo 38<sup>1</sup> del Estatuto y la pluralidad de concepciones existentes, inundan a la doctrina de oscuridades y hacen de la equidad un tópico internacional sumamente delicado.

## 9.2 Teorías

### 9.2.1 Funciones de la equidad

Charles ROUSSEAU<sup>357</sup> considera que a la equidad en Derecho internacional corresponde desempeñar tres roles, distintos en relación a su circunstancia frente al orden jurídico internacional. A cada rol corresponde una función y de esta suerte se habla de la función correctiva, la función supletoria y la función derogatoria. El profesor citado las comenta en los términos siguientes.

#### 9.2.1.1 Función correctiva

Esta función de la equidad, también llamada '*infra ius*', consiste en corregir al Derecho positivo en aquellos casos en que su aplicación resulte en exceso rigurosa, de forma que en caso de aplicarse en sus términos podría cometerse una injusticia.

---

<sup>357</sup> ROUSSEAU Charles, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. pp. 68 y 69.

### 9.2.1.2 *Función supletoria*

Esta función de la equidad, también llamada '*praeter ius*', consiste en subsanar las lagunas existentes en el Derecho positivo, de modo de contar siempre con la regla jurídica aplicable al caso concreto. De esta suerte la equidad deviene en fuente subsidiaria del Derecho internacional.

### 9.2.1.3 *Función derogatoria*

Esta función de la equidad, también llamada '*contra ius*', consiste en establecer reglas concretas aplicables al caso, a título puramente excepcional, con total desapego a las reglas del Derecho positivo.

### 9.2.1.4 *Reflexión conjunta en torno a las funciones*

Adolfo MIAJA DE LA MUELA<sup>358</sup> considera que la función derogatoria de la equidad es unánimemente rechazada por la doctrina; la función supletoria resulta admisible únicamente para los defensores de la existencia de lagunas en el orden jurídico internacional, y; la función correctiva es la única 'normal' e inherente a una sana aplicación del Derecho. Así se reconoció en la Resolución de Luxemburgo del Instituto de Derecho Internacional.

---

<sup>358</sup> MIAJA DE LA MUELA Adolfo, *Introducción al Derecho Internacional Público*, Op. Cit. pp. 121 y 122.



Edgardo PAZ BARNICA escribe que dicha resolución se adoptó el 3 de septiembre de 1937 en los términos siguientes: "...La equidad es normalmente inherente a una sana aplicación del Derecho y el juez internacional, lo mismo que el juez interno, está por su misma tarea llamado a tenerla en cuenta, en la medida compatible con el respeto al Derecho..."<sup>359</sup>

### 9.2.2 Proposición conclusiva

José Luis FERNÁNDEZ-FLORES<sup>360</sup> opina que la equidad en Derecho internacional posee una doble naturaleza; en ciertos casos se manifiesta como modo de aplicación del Derecho y en otros como medio independiente al Derecho para resolver conflictos. En el primer caso el juez aplica las normas con equidad; en el segundo Manuel DÍEZ DE VELASCO<sup>361</sup> considera que se trata de una jurisdicción especial de equidad, que requiere necesariamente de la autorización de las partes.

### 9.3 La Equidad como Fuente

Corresponde ahora determinar el papel de la equidad como fuente y el significado de la expresión '*ex aequo et bono*' contenida en el artículo 38 del Estatuto.

---

<sup>359</sup> PAZ BARNICA Edgardo, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. pp. 242 y 243.

<sup>360</sup> FERNÁNDEZ-FLORES José Luis, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. pp. 627 y 628.

<sup>361</sup> DÍEZ DE VELASCO Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 78.

Paul GUGGENHEIM<sup>362</sup> escribe que la parte conducente del precepto mencionado se debe al delegado francés de apellido FROMAGEOT, quien la redactó en 1920 durante la primera asamblea de la Sociedad de las Naciones.

Con ese texto el delegado pretendió conferir a la Corte Permanente de Justicia Internacional la facultad de motivar su sentencia únicamente en consideraciones de equidad sin recurrir al Derecho positivo.

El supuesto establecido no se refiere a la inexistencia de normas jurídicas vigentes aplicables al caso; es indiferente si las reglas existen o no. El representante francés concibió el aislamiento del Derecho positivo en el ejercicio de esta facultad, por lo que se hizo necesario requerir el consentimiento de las partes litigantes.

En ello tenemos según José Luis FERNÁNDEZ-FLORES<sup>363</sup> y Manuel DÍEZ DE VELASCO,<sup>364</sup> la primera razón para concluir que la expresión '*ex aequo et bono*' se refiere a la equidad derogatoria o '*contra ius*'.

En este sentido José Antonio PASTOR RIDRUEJO escribe que cuando el párrafo 2 del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia "...exige el consentimiento de los Estados interesados... está contemplando la equidad contra legem..."<sup>365</sup> lo cual "...quiere decir que el Tribunal se puede servir de la equidad *infra ius* e incluso de la

---

<sup>362</sup> Paul GUGGENHEIM citado por FIGUEROA Luis Mauricio, *Derecho Internacional Público, Op. Cit.* p. 110.

<sup>363</sup> FERNÁNDEZ-FLORES José Luis, *Derecho Internacional Público, Op. Cit.* p. 628.

<sup>364</sup> DÍEZ DE VELASCO Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público, Op. Cit.* pp. 78 y 79.

<sup>365</sup> PASTOR RIDRUEJO José Antonio, *Lecciones de Derecho Internacional Público, Op. Cit.* p. 185.

praeter legem sin necesidad de aquel consentimiento expreso. Así lo entiende SOERENSEN (sic) sobre la base de una declaración semioficial de ANZILOTTI en su calidad de presidente del Tribunal Permanente, y también en virtud de la jurisprudencia de este último Tribunal...".<sup>366</sup> Ello se debe a que "...para el Tribunal de La Haya, ni la aplicación de la equidad secundum legem ni la praeter legem exigen el consentimiento previo de los Estados partes. El Tribunal se sirve de ellas como manifestaciones inherentes al ejercicio normal de su función judicial...".<sup>367</sup>

En conclusión el autor sostiene que "...cuando el apartado 2 del artículo 38 del Estatuto requiere el consentimiento de los Estados interesados, está contemplando exclusivamente la equidad contra legem...".<sup>368</sup>

Max SORENSEN<sup>369</sup> por su parte comenta que el acuerdo sobre el ejercicio de la jurisdicción especial de equidad se logra siempre que los interesados concuerdan en que la aplicación rigurosa del Derecho habría de conducir a resultados injustos. En este sentido Roberto NÚÑEZ y ESCALANTE<sup>370</sup> manifiesta que la posibilidad de resolver '*ex aequo et bono*', aparte de evitar injusticias por aplicación estricta de las normas, permite allegar al tribunal convicción por medios de prueba distintos a los tradicionales, que en decir de Alejandro HERRERO y RUBIO<sup>371</sup> acerca la función de la Corte a la de un auténtico tribunal arbitral.

---

<sup>366</sup> PASTOR RIDRUEJO José Antonio, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 185.

<sup>367</sup> *Ibidem* p. 188.

<sup>368</sup> *Ibidem*.

<sup>369</sup> SORENSEN Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 180.

<sup>370</sup> NÚÑEZ y ESCALANTE Roberto, *Compendio de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 162.

<sup>371</sup> HERRERO y RUBIO Alejandro, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 72.

Adolfo MIAJA DE LA MUELA<sup>372</sup> y Max SORENSEN<sup>373</sup> comentan que en la práctica internacional la jurisdicción especial de equidad se ha circunscrito a los tribunales arbitrales, sin que a la fecha se haya planteado su ejercicio a la Corte Internacional de Justicia.

El tribunal de las Naciones Unidas se ha referido en dos ocasiones a la equidad, en la sentencia que resolvió los diferendos acumulados de la Plataforma Continental del Mar del Norte y en la que decidió el asunto de la Barcelona Traction. Sin embargo, en el primer caso se trata de equidad correctiva y en el segundo de equidad supletoria. En esa medida reiteramos que la jurisdicción especial de equidad derogatoria o '*ex aequo et bono*' nunca ha sido solicitada a la Corte.

Sobre el carácter de fuente de la jurisdicción especial de equidad, Max SORENSEN<sup>374</sup> acertadamente considera que por definición, las decisiones '*ex aequo et bono*' no admiten generalización alguna y no pueden contribuir a la formación de normas de Derecho internacional. Sin embargo, al tratarse a fin de cuentas de jurisdicción, en el ejercicio de esta siempre y en todo caso se emite una resolución constitutiva de normas jurídicas que no existían antes de su pronunciamiento; ya observamos que todas las sentencias internacionales crean Derecho, producen una norma jurídica de carácter individual. De esta suerte Manuel DÍEZ DE VELASCO<sup>375</sup> considera que en este caso puede hablarse de una fuente secundaria pero no primaria de normas jurídicas internacionales.

---

<sup>372</sup> MIAJA DE LA MUELA Adolfo, *Introducción al Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 121.

<sup>373</sup> SORENSEN Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 180.

<sup>374</sup> *Ídem*.

<sup>375</sup> DÍEZ DE VELASCO Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. pp. 78 y 79.

## CAPÍTULO DÉCIMO

### FUENTES ATÍPICAS DEL DERECHO INTERNACIONAL

#### ***10.1 Ideas Preliminares: Concepto General y Justificación***

Por fuentes atípicas del Derecho internacional entendemos aquellas no comprendidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

La realidad demuestra que los más autorizados estudiosos de la materia admiten la existencia de dos nuevas fuentes del orden jurídico internacional: Braulio GUERRA MALO<sup>376</sup> menciona a los actos unilaterales de los Estados y Y. A. KOROVIN<sup>377</sup> hace lo propio respecto de las resoluciones de las organizaciones internacionales. Ya señalamos que considerar taxativo el enunciado del artículo 38 es por demás insostenible; ello implica un anquilosamiento contradictorio de la naturaleza y estructura tanto de las relaciones internacionales cuanto del Derecho que las regula. En esa medida está dado reconocer la posibilidad de surgimiento de nuevas fuentes normativas internacionales, coincidente con los cambios constantes del escenario mundial.

---

<sup>376</sup> GUERRA MALO Braulio, *Compendio de Derecho Internacional*, Op. Cit. pp. 33 y 34.

<sup>377</sup> KOROVIN Y. A., *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 17.

## 10.2 Los Actos Unilaterales de los Estados

Debido a su mínima pertinencia a efectos del presente, el estudio de los actos unilaterales se circunscribe a las líneas generales que los describen. Su omisión resulta inconveniente y su extensión deviene impertinente.

Los actos unilaterales de los Estados son manifestaciones de voluntad exteriorizada por los órganos investidos de representatividad internacional, tendientes a la producción de ciertos efectos jurídicos en el ámbito internacional. En otras palabras puede decirse que son la exteriorización de la política internacional de los Estados, a la que el Derecho atribuye consecuencias jurídicas.

Loretta ORTIZ AHLF<sup>378</sup> opina que los actos unilaterales pueden clasificarse en dependientes y en autónomos. Los primeros son aquellos que sólo producen efectos cuando son realizados con relación a otros actos, sean unilaterales o multilaterales. Los segundos son aquellos productores de efectos jurídicos vinculantes siempre que cumplan con ciertos requisitos de forma, de fondo y de capacidad, sin necesitar de otros actos para existir.

---

<sup>378</sup> ORTIZ AHLF Loretta, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 56.

## 10.3 Las Resoluciones de las Organizaciones Internacionales

### 10.3.1 Reflexión previa

Las resoluciones de las organizaciones internacionales son la segunda fuente atípica de Derecho internacional reconocida por la doctrina, y su utilidad en el contexto mundial deviene del respaldo mismo que ministran las organizaciones. Se trata de una nueva corriente de generación de reglas jurídicas internacionales, en muy diversas facetas y que estudiamos en las secciones siguientes.

### 10.3.2 Terminología

Max SORENSEN<sup>379</sup> señala que las decisiones de los organismos internacionales se designan de varias maneras, entre las que resalta las de resolución, declaración, recomendación, decisión, acuerdo, regulación, ordenanza, opinión, acta final, patrón, norma, práctica, etc. Según el profesor el uso de estos términos dista mucho de ser fijo o uniforme y la misma palabra puede utilizarse para designar instrumentos de diversa categoría.

José Luis FERNÁNDEZ-FLORES<sup>380</sup> por su parte sostiene que en la práctica y en la doctrina se ha impuesto el empleo genérico del término 'resolución', para designar cualquier clase de acto de las organizaciones internacionales. De igual modo se han

---

<sup>379</sup> SORENSEN Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 184.

<sup>380</sup> FERNÁNDEZ-FLORES José Luis, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 598.

reservado las expresiones de 'decisiones' y de 'recomendaciones' para designar a las resoluciones vinculantes y no obligatorias, respectivamente.

Ricardo MÉNDEZ SILVA y Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO consideran que por resolución se entiende "...toda decisión adoptada por un órgano deliberante,... pudiendo ser su contenido una declaración, una aprobación, recomendación o decisión obligatoria...".<sup>381</sup>

### 10.3.3 Fundamento de validez y naturaleza jurídica

Max SORENSEN<sup>382</sup> señala que todas las resoluciones de las organizaciones internacionales se toman en virtud de las atribuciones que explícita o implícitamente confieren sus respectivos instrumentos constitutivos; son actos capaces de producir los efectos jurídicos definidos en el tratado constitutivo.

De ello concluimos que el fundamento inmediato de validez de las resoluciones está en el tratado constitutivo de la organización internacional que las pronuncia.

El profesor agrega que en el caso especial de las Naciones Unidas, "...las resoluciones de la Asamblea General... no son, por sí mismas, actos creadores de nuevas normas de derecho internacional... Sin embargo,... pueden adquirir un valor jurídico que no es de ninguna manera desdeñable. En algunos casos equivalen a una interpretación de

---

<sup>381</sup> MÉNDEZ SILVA Ricardo & Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, *D.I.P., Op. Cit.* p. 19.

<sup>382</sup> SORENSEN Max, *Manual de Derecho Internacional Público, Op. Cit.* p. 184.



las reglas o de los principios que la Carta ya contiene... En segundo lugar... pueden representar reconocimiento de ciertos principios por parte de los Estados miembros que han votado a favor de su adopción. Si se toman por una mayoría que se aproxima a la unanimidad, o prácticamente sin oposición, pueden contribuir a la formación de la norma consuetudinaria, o ser prueba de que ésta ya está formada...".<sup>383</sup> Esta última aseveración las hace útiles a nuestro trabajo.

### 10.3.4 Representatividad internacional y diplomacia parlamentaria

#### 10.3.4.1 Representatividad

Héctor GROS ESPIELL<sup>384</sup> considera que la Asamblea General de las Naciones Unidas es el órgano más representativo de la comunidad internacional y en esa medida, resulta ser el único verdaderamente universal en el Derecho internacional.

En consonancia con ello César SEPÚLVEDA,<sup>385</sup> Ricardo MÉNDEZ SILVA y Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO<sup>386</sup> consideran que sus resoluciones son la expresión de una opinión colectiva que puede, en ocasiones representar la opinión sobre un punto específico de la colectividad entera en su conjunto.

---

<sup>383</sup> SORENSEN Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 188.

<sup>384</sup> GROS ESPIELL Héctor, *No Discriminación y Libre Determinación como Normas Imperativas de Derecho Internacional, con especial referencia a los efectos de la denegación sobre la Legitimidad de los Estados que violan o desconocen esas Normas Imperativas*, sin datos de edición, 1980, p. 48 bis.

<sup>385</sup> SEPÚLVEDA César, *Los Modos de Creación de Normas Jurídicas en el Sistema Internacional de Estados*, Op. Cit. pp. 587 y 588.

<sup>386</sup> MÉNDEZ SILVA Ricardo & Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, *D.I.P.*, Op. Cit. p. 19.

#### 10.3.4.2 *Relación entre política internacional y Derecho internacional*

César SEPÚLVEDA considera que la política en general tiene por propósito la realización de un orden social determinado, y "...este orden sólo puede mantenerse a través del derecho que... le comunica certeza... precisión... predictibilidad...".<sup>387</sup> Creado el orden por la política el Derecho ejerce acción sobre ella y en no pocas ocasiones, limita y condiciona el comportamiento político.

Sobre la política internacional el profesor considera que es el más relevante factor social de la infraestructura del orden jurídico internacional, capaz de integrar las antiguas fuentes y de surtir reglas obligatorias al sistema. "...La política es un agente eficiente, directo unas veces, coadyuvante en otras, para hacer surgir normas jurídicas internacionales. Es pues una fuente material de este derecho...".<sup>388</sup> En consecuencia, "...la efectividad del derecho internacional depende en mucho del poder político. Si la validez del derecho internacional dependiera de su apartamiento de la política, no habría nunca derecho... no se debe divorciar nunca el fenómeno jurídico del fenómeno político...".<sup>389</sup>

#### 10.3.4.3 *La diplomacia parlamentaria*

La diplomacia parlamentaria, término acuñado por Phillip C. JESSUP en 1956, constituye una de las manifestaciones más tangibles de la vinculación entre política y Derecho

---

<sup>387</sup> SEPÚLVEDA César, *Los Modos de Creación de Normas Jurídicas en el Sistema Internacional de Estados*, Op. Cit. pp. 587 y 588.

<sup>388</sup> *Ibidem* pp. 580-583.

<sup>389</sup> *Ídem*.

internacionales. César SEPÚLVEDA<sup>390</sup> describe este interesante fenómeno de las relaciones internacionales y sostiene que se compone de cuatro factores: 1) la existencia de una organización internacional permanente de gran representatividad; 2) la realización de debates sobre temas trascendentes en su seno o en sus foros; 3) la existencia de programas de acción y agrupación política, que posibiliten el empleo de tácticas y maniobras de esa naturaleza; y 4) la emisión de pronunciamientos mayoritarios en forma de resoluciones públicas. Estos factores parlamentarios tienen verificativo por los conductos y bajo la impronta de la diplomacia; de ahí se debe la expresión de Phillip C. JESSUP.

Es indudable, como puede verse, que cada uno de los extremos señalados se actualizan a la perfección en un órgano principal de las Naciones Unidas: la Asamblea General.

César SEPÚLVEDA<sup>391</sup> considera que la diplomacia parlamentaria es capaz de producir reglas de comportamiento político y es una herramienta versátil de las naciones políticamente débiles que contrarresta las pretensiones hegemónicas de las fuertes. Además, este fenómeno ha logrado moralizar las relaciones internacionales universales en la medida en que la política internacional se ha hecho más visible, más clara y más sujeta a reglas vinculantes de conducta.

Por otra parte, el profesor enseña que resulta sumamente importante en la labor de refinar conceptos jurídicos, para dilucidar y definir a la costumbre mediante la precisión

---

<sup>390</sup> SEPÚLVEDA César, *Los Modos de Creación de Normas Jurídicas en el Sistema Internacional de Estados*, Op. Cit. pp. 580-583.

<sup>391</sup> *Ídem*.

de su elemento subjetivo, para clarificar problemas jurídicos, para estimular la reglamentación de nuevas funciones internacionales, para interpretar la Carta de las Naciones Unidas y para revelar o producir nuevos principios generales del Derecho internacional.

La precisión del elemento subjetivo de la costumbre merced a la diplomacia parlamentaria en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas, resulta particularmente trascendente para nuestra obra.

### **10.3.5 Actuación de las organizaciones internacionales en relación con la producción normativa**

#### ***10.3.5.1 Estímulo a la celebración de tratados***

José Luis FERNÁNDEZ-FLORES<sup>392</sup> escribe que la primera de las actividades de las organizaciones internacionales relacionada con la creación normativa, es aquella en que sin ser partícipe invita a sus miembros a la celebración de tratados internacionales. Estas conductas estimulantes de la producción normativa convencional pueden tener lugar en el seno de la propia organización o en Conferencias convocadas para tal propósito.

En cuanto a su alcance, esta actividad no se circunscribe a la invitación de sus miembros sino que muchas veces la organización toma a su cargo la elaboración de un proyecto de tratado sobre la materia elegida. Ejemplo de ello está en las múltiples

---

<sup>392</sup> FERNÁNDEZ-FLORES José Luis, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 601.

ocasiones en que la Asamblea General de las Naciones Unidas ha encomendado a la Comisión de Derecho Internacional la realización de estos trabajos.

#### ***10.3.5.2 Actividad normativa independiente***

El tratadista citado<sup>393</sup> observa que la segunda actividad relacionada con la creación normativa es aquella que tiene por objeto pronunciar resoluciones vinculantes al interior de la propia organización, es decir, resoluciones en la línea de las normas jurídicas que obligan a los órganos internos de las organización que las dicta. Aquí nos encontramos en el terreno del llamado por la doctrina 'Derecho Administrativo Internacional'.

#### ***10.3.5.3 Participación directa en el proceso***

José Luis FERNÁNDEZ-FLORES<sup>394</sup> comenta que la tercera actividad es aquella en que la organización interviene activamente en el proceso de creación normativa, sea este convencional o consuetudinario, y que tiene por resultado la vinculación directa de la organización que participa. La posibilidad de que una organización internacional participe en un proceso de creación normativa y se vincule por las normas jurídicas resultantes, está precisamente en que son auténticos sujetos de Derecho internacional.

---

<sup>393</sup> FERNÁNDEZ-FLORES José Luis, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 602.

<sup>394</sup> *Ibidem* p. 601.

#### **10.3.5.4 Actividad normativa coadyuvante**

El profesor citado<sup>395</sup> reconoce que la cuarta actividad relacionada con la creación normativa es aquella en la cual la organización participa en la consumación de otros procesos de creación jurídica, como puede ser el convencional o el consuetudinario.

En este caso la organización internacional no interviene activamente y por ello no se vincula por las reglas resultantes de los procesos en que coadyuva. Simplemente como ya se dijo, facilita la consumación del mecanismo de que se trate.

### **10.4 La Codificación**

La codificación del Derecho internacional se entiende como "...la formulación o transformación escrita de una o varias normas... de derecho internacional, con claridad, certeza y autoridad...".<sup>396</sup>

Es un fenómeno que ha cobrado actualidad en la medida en que se ha incrementado el grado de desarrollo del orden jurídico internacional y aun cuando para efectos del presente trabajo su importancia es relativa, consideramos conveniente anotar sus lineamientos generales.

---

<sup>395</sup> FERNÁNDEZ-FLORES José Luis, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 600.

<sup>396</sup> SEPÚLVEDA César, *Los Modos de Creación de Normas Jurídicas en el Sistema Internacional de Estados*, Op. Cit. p. 592.

La codificación es un proceso técnico jurídico mediante el cual, a todas aquellas normas carentes de formulación escrita se les dota de esta característica.<sup>397</sup>

Charles ROUSSEAU escribe que si bien es cierto el Derecho consuetudinario ofrece positivas ventajas con su elasticidad y ductibilidad, "...no lo es menos que presenta el grave inconveniente de ser imprecisa y mal conocida...".<sup>398</sup> Incluso hace referencia a que los Estados ante ello han sentido la necesidad de consignar por escrito cierto número de disposiciones consuetudinarias.

En la práctica internacional el instrumento empleado para dotar a las reglas confusas de un texto preciso es el tratado internacional. Alfred VERDROSS así lo reconoce cuando escribe que "...puede ocurrir que una norma consuetudinaria se *codifique*, por ser acogida en un convenio...".<sup>399</sup>

César SEPÚLVEDA<sup>400</sup> manifiesta que la reducción a forma escrita no constituye una fuente de obligaciones ni comporta fuerza legal por sí misma. Ello significa que las normas jurídicas codificadas conservan la fuente jurídica que les dio vida. Ejemplo de ello y el más claro tal vez de todos lo tenemos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

---

<sup>397</sup> SEPÚLVEDA César, *Los Modos de Creación de Normas Jurídicas en el Sistema Internacional de Estados*, Op. Cit. p. 593.

<sup>398</sup> ROUSSEAU Charles, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 63.

<sup>399</sup> VERDROSS Alfred, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 131.

<sup>400</sup> SEPÚLVEDA César, *Los Modos de Creación...* Op. Cit. p. 592.

# CAPÍTULO DECIMOPRIMERO

## ESTRUCTURA PIRAMIDAL DEL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL

### *11.1 Generalidades*

En este lugar de nuestra obra exponemos los lineamientos de la teoría que sobre el orden jurídico formuló Josef KUNZ, misma que hacemos nuestra por su carácter científico y que enriquecemos en la medida de lo posible. Con ello contribuimos a la consolidación del edificio reflexivo que constituye nuestro discurso y sentamos proposiciones que hacen inteligible el fenómeno del '*ius cogens*'. Sin estas bases sería imposible erradicar el equívoco que persiste en el manejo doctrinal de la materia cogente.

El autorizado profesor sostiene que el orden jurídico internacional, al igual que todo sistema, se encuentra coherente y lógicamente organizado, afirmación que compartimos por entero sin que a ello obsten aquellas posturas que lo califican de primitivo.

A partir de algunas ideas de Alfred VERDROSS y mediante un inédito manejo de la teoría kelseniana, Josef KUNZ ha redactado su teoría de la estructura piramidal del



Derecho internacional.<sup>401</sup> Sus ideas en torno a los diferentes escalones de la pirámide, el propio maestro reconoce que no coinciden necesariamente con el enunciado de las fuentes oficiales establecido en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.<sup>402</sup> Ello se debe a las razones que hemos de apuntar más adelante.

## 11.2 La Estructura

Josef KUNZ reconoce en su teoría la existencia de una estructura de carácter piramidal que organiza a las distintas normas que conforman al sistema jurídico internacional.<sup>403</sup> Este criterio evidencia que el maestro hace suya la teoría kelseniana de la 'pirámide jerárquica de normas' existente en todo orden jurídico; la traslada al ámbito internacional y consigue una excelente explicación del fenómeno jurídico.

Antes de dar comienzo a la disección de la pirámide, el profesor manifiesta la necesidad de considerar una distinción conceptual de fundamental importancia: aquella que distingue entre: a) normas 'generales y abstractas' valederas para un número ilimitado de situaciones susceptibles de ocurrir a partir del inicio de su vigencia y, b) normas 'individuales' que valen únicamente para una determinada y concreta situación.

---

<sup>401</sup> KUNZ Josef L. *Teoría General del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 389.

<sup>402</sup> *Ibidem* p. 390.

<sup>403</sup> *Ibidem* p. 389.

Al iniciar el análisis de la estructura piramidal del sistema, Josef KUNZ<sup>404</sup> propone el establecimiento de dos grandes categorías que conforman la unidad del orden jurídico internacional; así tenemos:

- Derecho internacional general, y
- Derecho internacional particular.

Si se superpone y entrelaza la distinción conceptual que ha quedado señalada a estas dos categorías, en opinión del profesor es posible distinguir las distintas especies de normas jurídicas que las integran; de esta forma se consigue hablar de: a) normas 'generales' de Derecho internacional general; b) normas 'individuales' de Derecho internacional general; c) normas 'generales' de Derecho internacional particular y, d) normas 'individuales' de Derecho internacional particular.

En consecuencia, se afirma que dentro del universo jurídico del Derecho internacional general encontramos normas jurídicas 'generales' y normas jurídicas 'individuales' y, de igual suerte dentro del espectro del Derecho internacional particular se localizan normas jurídicas 'generales' y normas jurídicas 'individuales'.

A partir de estas premisas Josef KUNZ considera que dentro de la estructura piramidal del orden jurídico en lo referente a las reglas de Derecho internacional general encontramos las siguientes categorías de normas:

---

<sup>404</sup> KUNZ Josef L. *Teoría General del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 389.

- Normas 'generales' altas y básicas o constitucionales<sup>405</sup>;
- Normas simplemente 'generales', y
- Normas 'individuales' que se crean mediante la aplicación de las anteriores.

En idénticos términos estructurales, el maestro nos ministra los elementos a partir de los cuales podemos señalar las categorías que en lo referente al Derecho internacional **particular** integran la estructura del orden jurídico<sup>406</sup>; de esta guisa tenemos:

- Normas básicas o constitucionales;
- Normas 'generales' de Derecho internacional particular, y
- Normas 'individuales' de Derecho internacional particular.

Para cerrar el círculo de la estructura y establecer el nexo entre las disposiciones de Derecho internacional general y de Derecho internacional particular, Josef KUNZ<sup>407</sup> expone que la segunda categoría tiene su razón o fundamento de validez en la primera, es decir, que todas las normas jurídicas de Derecho internacional particular, sean de carácter 'general' o 'individual', toman su causa de validez en algunas de las más altas normas del Derecho internacional general.<sup>408</sup>

---

<sup>405</sup> El término 'constitucional' es abrevado por el maestro de las reflexiones más limitadas pero con análogo sentido vertidas por Alfred VERDROSS.

<sup>406</sup> Tal para evitar reiteraciones innecesarias, el preclaro maestro no redacta explícitamente la división del Derecho internacional particular; sin embargo, con base en sus enseñanzas hacemos una propuesta.

<sup>407</sup> KUNZ Josef L. *Teoría General del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 389.

<sup>408</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. pp. 109 y 110.

La existencia en ambas categorías de normas susceptibles de recibir el atributo de 'constitucionales', hace necesario realizar la precisión siguiente: el autorizado maestro escribe que "...mientras las normas constitucionales del derecho internacional general constituyen la Constitución de la comunidad internacional, las constituciones, como el Pacto de la Sociedad de las Naciones o la Carta de las Naciones Unidas, son de un rango inferior, son solamente constituciones, creadas por tratados, de comunidades internacionales particulares..."<sup>409</sup>.

La tesis de Josef KUNZ que hemos apuntado, pone de manifiesto la sutil diferencia que existe entre ambas categorías de normas constitucionales; igualmente nos permite arribar a la contundente conclusión de que los tratados internacionales constitutivos de organizaciones internacionales, por muy generales o universales que estos sean, no pertenecen a la categoría del Derecho internacional general dentro de la cual con mucha frecuencia y equivocadamente se les ha ubicado; se trata simplemente de normas constitucionales de Derecho internacional particular.

### ***11.3 La Cúspide de la Pirámide La Norma Hipotética Fundamental***

Vista la naturaleza de las normas constitucionales de Derecho internacional particular, ocasión es de ocuparnos de la naturaleza de la norma constitucional más alta de Derecho internacional general, situada en la cúspide de la pirámide del orden jurídico.

---

<sup>409</sup> KUNZ Josef L. *Teoría General del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 389.

Hans KELSEN sostiene de forma sublime que "...la totalidad del derecho,... internacional y... nacionales, forma una pirámide, en cuyo ápice está el derecho internacional. Es el derecho internacional, la norma de efectividad, el que suministra la norma fundamental de los derechos nacionales. La totalidad del derecho culmina en la norma fundamental del derecho internacional..."<sup>410</sup>.

La norma fundamental que sustenta no sólo a los derechos nacionales sino al internacional mismo, es aquella que hemos catalogado como la más alta, la regla constitucional de Derecho internacional general situada en la cúspide de la pirámide; el sustento remoto de validez de todos los sistemas jurídicos que existen en el mundo.

Ya dijimos que no falta quien identifica a la norma '*pacta sunt servanda*' no sólo como una de las reglas constitucionales del Derecho internacional general sino como la de más alta jerarquía; las autorizadas opiniones de Hans KELSEN y Josef KUNZ<sup>411</sup> nos sirven de apoyo para refutar tal inconsecuencia.

De esta suerte sostenemos que "...la norma fundamental del derecho internacional no puede ser otra que la que establece la validez jurídica del derecho internacional consuetudinario. Naturalmente, esta norma fundamental es una norma presupuesta, una norma hipótesis, y no es y no puede ser una norma del derecho positivo..."<sup>412</sup>. Como se puede colegir, la norma jurídica de Derecho internacional general que se encuentra en la

---

<sup>410</sup> Hans KELSEN citado por KUNZ Josef L. *Teoría General del Derecho Internacional, Op. Cit.* p. 388.

<sup>411</sup> *Ídem.*

<sup>412</sup> *Ídem.*

cima de la pirámide estructural no es otra que la norma hipotética fundamental planteada por la Teoría Pura del Derecho.

## ***11.4 Breve Estudio de las Categorías Piramidales***

### **11.4.1 El Derecho internacional particular**

El Derecho internacional particular es el conjunto de normas jurídicas que conforman la categoría inferior de la estructural piramidal del orden jurídico internacional.

Josef KUNZ considera que el procedimiento más importante de creación de Derecho internacional particular es el tratado internacional.<sup>413</sup> Ya dijimos: las únicas normas que el tratado puede producir son de Derecho internacional particular<sup>414</sup>, aun cuando nos enfrentemos a instrumentos de naturaleza universal o multilateral.<sup>415</sup>

Por otra parte, es indudable que la costumbre puede dar lugar al nacimiento de normas de esta categoría, y entonces hablamos de costumbre regional y de costumbre local o bilateral; con ello no negamos la posibilidad de que una costumbre general produzca

---

<sup>413</sup> KUNZ Josef L. *Teoría General del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 395.

<sup>414</sup> SEPÚLVEDA César, *Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 96.

<sup>415</sup> KUNZ Josef L., *Teoría General del Derecho Internacional*, Loc. Cit.

normas de Derecho internacional particular;<sup>416</sup> simplemente acentuamos que por regla general, no es la función que a ella corresponde.

El hecho de que el tratado no pueda producir más que normas de Derecho internacional particular<sup>417</sup> implica que aun cuando el apartado a) del párrafo primero del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se refiera a ‘convenciones generales’, estamos en presencia únicamente de instrumentos que comparten aquella naturaleza.<sup>418</sup>

Por estas razones concluimos con Krystina MAREK que no se conoce un Derecho internacional general de los tratados.<sup>419</sup>

#### 11.4.2 El Derecho internacional general

El Derecho internacional general es el conjunto de normas jurídicas que conforman la categoría superior de la estructural piramidal del orden jurídico internacional.

Según escribe Julio BARBERIS, el término ‘Derecho internacional general’ es empleado por la jurisprudencia internacional para designar a las normas consuetudinarias

---

<sup>416</sup> SORENSEN Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 152.

<sup>417</sup> TRUYOL y SERRA Antonio, *Fundamentos de Derecho Internacional Público*. Op. Cit. p. 99.

<sup>418</sup> KUNZ Josef L. *Teoría General del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 395.

<sup>419</sup> Krystina MAREK, citada por GÓMEZ ROBLEDO Antonio, *Ius Cogens Internacional*, Op. Cit. p. 81.

que poseen un ámbito de validez universal,<sup>420</sup> es decir, se entiende como conjunto de normas que reciben una aplicación general en el seno de la comunidad internacional.<sup>421</sup>

Paul REUTER apunta que por definición la costumbre y sólo ella, es la que permite formar reglas generales que ocupen el lugar de constitución de la comunidad internacional.<sup>422</sup>

A esta afirmación, está impuesto agregar que no sólo las más altas reglas de Derecho internacional general tienen por fuente a la costumbre, sino como Josef KUNZ reconoce también la tienen las normas simplemente 'generales' y las normas 'individuales' de Derecho internacional general.<sup>423</sup>

En apoyo de las ideas vertidas por los autores mencionados en torno a la exclusividad de la costumbre como fuente de Derecho internacional general, se manifiestan Benedetto CONFORTI,<sup>424</sup> Hans KELSEN,<sup>425</sup> José Luis FERNÁNDEZ-FLORES,<sup>426</sup> Antonio GÓMEZ ROBLEDO,<sup>427</sup> Krystina MAREK<sup>428</sup> y Antonio TRUYOL y SERRA<sup>429</sup> sólo por mencionar algunos.

---

<sup>420</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 138.

<sup>421</sup> GÓMEZ ROBLEDO Antonio, *Ius Cogens Internacional*, Op. Cit. pp. 77 y 78.

<sup>422</sup> REUTER Paul, *Derecho Internacional Público*, trad. por José Puente Egido, s.e. Bosch, Barcelona, 1987, p. 102.

<sup>423</sup> KUNZ Josef L. *Teoría General del Derecho Internacional*, Op. Cit. pp. 393 y 395.

<sup>424</sup> Benedetto CONFORTI, citado por FIGUEROA Luis Mauricio, *Derecho Internacional*, Op. Cit. pp. 86 y 105.

<sup>425</sup> KELSEN Hans, *Principios de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. pp. 260 y 267.

<sup>426</sup> FERNÁNDEZ-FLORES José Luis, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 544.

<sup>427</sup> GÓMEZ ROBLEDO Antonio, *Ius Cogens Internacional*, Op. Cit. p. 79.

<sup>428</sup> Krystina MAREK, citada por GÓMEZ ROBLEDO Antonio, *Ibidem* p. 81.

<sup>429</sup> TRUYOL y SERRA Antonio, *Fundamentos de Derecho Internacional Público*. Op. Cit. p. 99.



No obstante ello todavía hay quien admite la aptitud de los principios generales de derecho para crear 'normas' jurídicas de Derecho internacional general.<sup>430</sup> Esto es reflejo del equívoco imperante en la doctrina que a través del desarrollo de nuestro discurso hemos pretendido evitar.

Ahora bien, Josef KUNZ plantea una interesante perspectiva sobre la creación consuetudinaria del Derecho internacional general; en esa medida expone que la comunidad internacional, al igual que el Estado, no puede actuar sino por sus órganos.

El profesor<sup>431</sup> pone de manifiesto que comúnmente se sostiene la carencia de órganos de la comunidad internacional<sup>432</sup>, tesis que encierra una confusión puesto que necesariamente debe tener órganos y de hecho los tiene; la realidad es que sus órganos carecen de especialización puesto que se trata de los Estados, miembros todos de la misma comunidad y en esa medida creadores de las reglas consuetudinarias que conforman al Derecho internacional general; *los Estados son los órganos que lo crean y lo aplican, que establecen si existe una violación a sus normas y, en su caso, los que aplican la sanción procedente.* Lo que hemos puesto en cursiva tiene especial relevancia para efectos de nuestro trabajo.

Como hemos de ver en su oportunidad, esta interesante postura de Josef KUNZ ha sido detectada por muy pocos especialistas de la materia, y ella arranca con el pronunciamiento por la Corte Internacional de Justicia de la sentencia que resolvió el

---

<sup>430</sup> SORENSEN Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 159.

<sup>431</sup> KUNZ Josef L. *Teoría General del Derecho Internacional*, Op. Cit. pp. 393 y 395.

<sup>432</sup> El maestro expresamente se refiere a órganos del Derecho internacional general; si sustituimos esa expresión por la de comunidad internacional su pensamiento adquiere mayor claridad sin sufrir el más mínimo menoscabo.

diferendo de la Barcelona Traction, en la que se hace mención a una especie de subjetividad de la comunidad internacional; Héctor GROS ESPIELL es uno de ellos.

Aun cuando se ha señalado que el Derecho internacional general tiene sus defectos, a causa de la lentitud de su formación, de su naturaleza política, de lo vago y dudoso de su contenido<sup>433</sup> o de las pocas reglas que lo conforman,<sup>434</sup> es indudable la enorme importancia que su existencia comporta. Se trata de "...las normas básicas de todo el derecho internacional, las normas en las cuales todas las normas de derecho internacional particular tienen su razón de validez... Además... tiene como esfera territorial de validez la comunidad internacional entera... Estas normas, pues, constituyen la unidad del derecho internacional..."<sup>435</sup>.

De igual forma es indudable que "...las normas consuetudinarias del derecho internacional general representan el grado más alto en la estructura jerárquica del orden jurídico internacional..."<sup>436</sup> justo en esa medida se confirma la tesis de la Constitución (en sentido técnico) de la Comunidad Internacional entera.

Ahora, Adolfo MIAJA DE LA MUELA escribe y lo hace con entera razón que "...toda regla constitucional es de ius cogens, aunque entre éstas haya muchas que no sean constitucionales..."<sup>437</sup>. En la medida expresada por el citado maestro todo lo hasta ahora

---

<sup>433</sup> KUNZ Josef L., *Teoría General del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 394.

<sup>434</sup> SORENSEN Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 152.

<sup>435</sup> KUNZ Josef L., *Teoría General del Derecho Internacional*, Op. Cit. pp. 394 y 395.

<sup>436</sup> KELSEN Hans, *Principios de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 313.

<sup>437</sup> MIAJA DE LA MUELA Adolfo, *Introducción al Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 82.

comprendido en nuestro desarrollo desemboca en la cuestión del '*ius cogens*'; un estudio del mismo constituye el objeto del título siguiente.

## CAPÍTULO DECIMOSEGUNDO

### 'IUS COGENS' INTERNACIONAL

#### 12.1 Reflexiones Preliminares

##### 12.1.1 Proemio

Julio BARBERIS escribe que como todo orden jurídico el Derecho internacional posee normas que pertenecen al '*ius cogens*'; ello se debe a que un orden jurídico que puede ser derogado en su totalidad mediante acuerdo es impensable como Derecho.<sup>438</sup>

Coincidimos en que resulta inherente a la existencia de todo orden jurídico la presencia de ciertas normas jurídicas a las que corresponde el atributo cogente. Sin embargo, la razón que aduce el profesor carece de metodología en tanto consigue conclusiones del fenómeno jurídico a partir de sus consecuencias y no así de sus causas; sostener con base en una sola característica la existencia de las reglas que la poseen, en nada ayuda a conocer la verdadera naturaleza de la entidad que se estudia.

En términos más generales y en esa medida más precisos, Héctor GROS ESPIELL enseña que sin duda alguna, la existencia en el Derecho internacional actual de normas imperativas cogentes constituye uno de sus elementos caracterizantes más importantes.<sup>439</sup>

---

<sup>438</sup> BARBERIS Julio A., *Formación del Derecho Internacional, Op. Cit.* p. 54.

La jurisprudencia y la doctrina internacionales igualmente reconocen la existencia, en Derecho internacional, de normas cogentes o de '*ius cogens*'. De su estudio nos ocupamos en los apartados siguientes, mismos que enriquecemos en la medida que resulte posible.

### 12.1.2 Etimología

Luis Mauricio FIGUEROA sostiene que '*cogens*' es un vocablo latino que proviene de las raíces '*cogo*', '*cogis*', '*cogere*', '*coegi*', '*coactum*', que implica constreñir, obligar o compeler, con lo que se tiene que '*ius cogens*' se traduce en una norma completamente imperativa, taxativa.<sup>440</sup>

Las locuciones latinas referidas, hacen patente desde su origen el carácter inexorablemente imperativo propio de las normas que estudiamos; tal atributo debe tenerse siempre en consideración en el estudio de la materia cogente, dado que omitirlo implica por entero desconocer uno de los elementos sustanciales de nuestro objeto.

---

<sup>439</sup> GROS ESPIELL Héctor, *No Discriminación y Libre Determinación como Normas Imperativas de Derecho Internacional, con especial referencia a los efectos de la denegación sobre la Legitimidad de los Estados que violan o desconocen esas Normas Imperativas*, sin datos de edición, *Op. Cit.* p. 2.

<sup>440</sup> FIGUEROA Luis Mauricio, *Derecho Internacional, Op. Cit.* p. 100.

### 12.1.3 Antecedentes

El '*ius cogens*' en Derecho internacional dista mucho de ser un fenómeno jurídico de reciente nacimiento; aún cuando ciertas opiniones vertidas en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas parecen sostener lo contrario,<sup>441</sup>

Antonio GÓMEZ ROBLEDO<sup>442</sup> nos dice que la primera referencia la encontramos en el seno de la corriente pandectística alemana. De esta suerte Christian Friedrich GLUCK<sup>443</sup> distingue con cierta claridad las nociones de Derecho 'dispositivo' y de '*ius cogens*', según se permita o no cierta libertad a los particulares en decidir sobre la aplicación o no de las normas jurídicas.

Igualmente entre los pandectistas alemanes encontramos a WINDSCHEID,<sup>444</sup> quien sugiere una concepción del '*ius cogens*' que la identifica por completo con la noción de Derecho público.

Paul GUGGENHEIM considera que pandectista mencionado "...trató de definir el *ius cogens* como el conjunto de reglas jurídicas que excluyen toda actitud arbitraria de las

---

<sup>441</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 121.

<sup>442</sup> GÓMEZ ROBLEDO Antonio, *Ius Cogens Internacional*, Op. Cit. p. 5.

<sup>443</sup> GLUCK citado por GÓMEZ ROBLEDO Antonio, *Ídem*.

<sup>444</sup> WINDSCHEID citado por GÓMEZ ROBLEDO Antonio, *Ídem*.

personas privadas... que se aplican y se imponen aún en la hipótesis de que... quisieran excluirlas...".<sup>445</sup>

Hasta ahora y como puede observarse, las primeras referencias a las normas cogentes surgen a propósito del estudio del Derecho privado que corresponde por antonomasia a la esfera de los derechos nacionales; a partir de ello pueden ser catalogadas como antecedentes remotos y mediatos del '*ius cogens*' en Derecho de gentes.

Antonio GÓMEZ ROBLEDO escribe que en Derecho internacional igualmente se inició el reconocimiento de la materia en la era correspondiente a los clásicos, entre los cuáles, desde Vitoria hasta Batel el derecho natural asume la función que en la actualidad corresponde al '*ius cogens*'. De ahí que sin equivocación pueda afirmarse con el maestro que no existe ningún iusnaturalista adversario de las reglas cogentes.<sup>446</sup>

Sin embargo, continúa el tratadista, "...a decir verdad... la noción de *ius cogens* no se impone definitivamente, en el ámbito de las relaciones internacionales, sino cuando tenemos realmente un orden jurídico mundial con cierta plenitud de contenido, lo cual no ocurre sino después de la Segunda Guerra Mundial..."<sup>447</sup>. En sentido coincidente José Antonio PASTOR RIDRUEJO cita al profesor AGO quien observa que es a partir de 1945 cuando la noción adquiere mayor importancia.<sup>448</sup>

---

<sup>445</sup> Paul GUGGENHEIM citado por GÓMEZ ROBLEDO Antonio, *Ius Cogens Internacional*, Op. Cit. pp. 5 y 6.

<sup>446</sup> *Ibidem* p. 8.

<sup>447</sup> *Ibidem* p. 20.

<sup>448</sup> PASTOR RIDRUEJO José Antonio, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 51.

Como vimos anteriormente, en la gran pirámide kelseniana del orden jurídico global, a los derechos internos corresponde el escalafón inmediato inferior respecto del Derecho internacional; históricamente la génesis normativa se ha orientado hacia arriba, es decir, los derechos nacionales surgen primero y anteceden al internacional, por lo que es consecuente afirmar que la noción de '*ius cogens*' tiene sus orígenes en el seno de los primeros y de ahí fue trasladada al ámbito de las relaciones internacionales. De esta guisa resulta conveniente referirnos a ello, sin que exista perjuicio por adelantar algunas ideas que sin ser su lugar apropiado, sí facilitan el manejo del conocimiento.

#### 12.1.4 Breves consideraciones sobre el '*ius cogens*' en Derecho interno

Julio BARBERIS afirma que en Derecho interno las normas imperativas que limitan la libertad contractual reciben el nombre de '*ius cogens*'.<sup>449</sup> Tradicionalmente los juristas que se han ocupado de esta materia, lo consideran más bien como una característica propia de ciertas normas de un orden jurídico.<sup>450</sup>

El autor citado no comparte esta última postura, ya que se inclina por sostener lo que él mismo cataloga como corriente '*normativista*' que crea vínculos conceptuales entre diversas categorías de normas; bajo su concepción, tal postura explica de manera auténtica la naturaleza de las reglas cogentes, dado que la perspectiva tradicional aún cuando

---

<sup>449</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 106.

<sup>450</sup> *Ibídem* p. 108.



correcta, conduce fácilmente a conclusiones erróneas.<sup>451</sup> Más adelante demostraremos que las conclusiones no erróneas pero sí equívocas son aquellas a las que el tratadista arriba.

### 12.1.5 Breve consideración en Derecho internacional

Una vez reconocido el origen de la noción en el Derecho interno de los Estados, primero en tiempo y en consecuencia más evolucionado, Antonio GÓMEZ ROBLEDO escribe que la verdadera problemática del '*ius cogens*' en el internacional radica en la trasposición de toda la constelación conceptual de aquel a este, es decir, el verdadero problema versa sobre el traslado de las nociones de orden público, normas imperativas o prohibitivas, sanciones en general y nulidad de pleno derecho en especial respecto de los actos contrarios, de uno a otro de los espectros jurídicos.<sup>452</sup>

Indudablemente la transferencia a que se refiere el maestro ha tenido lugar desde la era de los clásicos del Derecho internacional hasta nuestros días, a través de un intermitente proceso de evolución y adaptación, bajo un sinnúmero de concepciones y corrientes filosófico-jurídicas que en lugar de esclarecer han infundido incertidumbre e indeterminación en los conceptos.

---

<sup>451</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 108.

<sup>452</sup> GÓMEZ ROBLEDO Antonio, *Ius Cogens Internacional*, Op. Cit. p. 69.

## 12.2 Lineamientos Teóricos Generales

### 12.2.1 Nota aclaratoria

En las siguientes secciones tratamos exclusivamente en líneas generales las bases teóricas que sin atacar tanto al contenido, permitirán hacer inteligible la naturaleza jurídica, la validez y el proceso de formación del '*ius cogens*' en Derecho internacional; ello está justificado en la medida en que la mayoría de los mecanismos empleados en la determinación del contenido de las reglas cogentes, constituye una ingente sustancia que rebasa por mucho lo que el presente trabajo pretende.

No obstante ello, los lineamientos que hemos de apuntar se formulan desde una perspectiva teórica que permite y permitirá hacerlos aplicables para explicar el complejo proceso de formación del Derecho internacional cogente sin atender necesariamente al contenido, es decir, nos ocupamos de la confección del marco teórico que explicita el método mediante el cuál tradicionalmente se forma y se ha formado el '*ius cogens*'.

### 12.2.2 Concepción preliminar

Aun cuando resulta prematuro el esbozo de un concepto, ello nos permitirá delinear someramente la materia de que hablamos. Si recapitulamos sabemos que en Derecho internacional sí existe '*ius cogens*' y que con tal expresión se designa una categoría

determinada de normas jurídicas caracterizadas entre otras cosas por su naturaleza 'imperativa'. Los demás componentes surgirán en el desarrollo del presente título.

### 12.2.3 Contenido y estructura normativos

#### 12.2.3.1 *El ámbito material de validez; el contenido o bien jurídico de la norma cogente*

No solo como regla internacional sino como toda norma jurídica, aquellas que son cogentes se encuentran motivadas por razones metajurídicas que propiciaron su creación; en otras palabras, las disposiciones de '*ius cogens*' tienen una '*ratio*' que en términos del presente se ha catalogado como bajo la denominación de 'fuente real'.

Ahora bien, las fuentes reales de las normas cogentes se encuentran estrechamente vinculadas con el contenido que la comunidad internacional atribuye a las mismas, es decir, los creadores de la regla atienden al contexto constitutivo de las fuentes reales y canalizan al lenguaje jurídico las necesidades detectadas para su regulación. El contenido a que nos referimos, si se le considera en abstracto, no es otra cosa que el ya estudiado ámbito material de validez de la norma jurídica.

A reserva de apreciar este asunto en su integridad una vez revisada la estructura de las normas de '*ius cogens*', desde ahora conviene asentar que tal cual sostienen Julio

BARBERIS<sup>453</sup> y Antonio GÓMEZ ROBLEDO<sup>454</sup> en la base del procedimiento creador de sus reglas se encuentran siempre ciertos valores tales como la dignidad de la persona humana, consideraciones de humanidad, respeto por la vida, etc., valores universales, cuyo respeto y efectividad se estiman como algo absolutamente necesario a la vida y subsistencia de la comunidad internacional.

Héctor GROS ESPIELL apunta que en la raíz de las reglas cogentes se encuentra el reconocimiento que la mencionada comunidad hace de la salvaguarda jurídica de aquellos valores de vital importancia para la humanidad entera, protección que se obtiene mediante la traducción a lenguaje normativo a través de la confección de dichas reglas imperativas de Derecho internacional; éstas interesan a todos los Estados y protegen intereses que no se limitan a uno de ellos o a un grupo, sino que afectan a la comunidad internacional en su conjunto.<sup>455</sup>

Según escribe Rolando QUADRI, con ello no se trata de reintroducir el derecho natural sino simplemente de reconocer ciertos valores éticos o '*bonos mores*' en el contenido del Derecho internacional positivo.<sup>456</sup> Lo anterior significa que los creadores de las normas cogentes tienen en consideración los más altos e importantes bienes, mismos que se incorporan como objeto de tutela de la regla de Derecho. De esta suerte tenemos que la conducta prescrita por la norma se refiere directamente a la protección del bien jurídico que le es atribuido. Entonces, "...si la norma jurídica creada no se presenta como un

<sup>453</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 137.

<sup>454</sup> GÓMEZ ROBLEDO Antonio, *Ius Cogens Internacional*, Op. Cit. p. 78.

<sup>455</sup> GROS ESPIELL Héctor, *No Discriminación y Libre Determinación como Normas Imperativas de Derecho Internacional, con especial referencia a los efectos de la denegación sobre la Legitimidad de los Estados que violan o desconocen esas Normas Imperativas*, sin datos de edición, Op. Cit. p. 7.

<sup>456</sup> Rolando QUADRI citado por GÓMEZ ROBLEDO Antonio, *Ius Cogens Internacional*, Op. Cit. p. 63.

instrumento protector de un valor generalmente reconocido, no puede adquirir el carácter de norma imperativa...".<sup>457</sup>

Claro ejemplo lo hemos apuntado en las líneas introductorias de nuestra obra, a propósito del auge actual de la corriente defensora de los derechos fundamentales, sea a través del Derecho internacional de los derechos 'humanos' o del Derecho internacional 'humanitario'. En este sentido concuerdan Héctor GROS ESPIELL,<sup>458</sup> Adolfo MIAJA DE LA MUELA<sup>459</sup> y José Antonio PASTOR RIDRUEJO.<sup>460</sup>

### ***12.2.3.2 Estructura del enunciado cogente***

#### ***12.2.3.2.1 Problemática***

Líneas previas señalamos que los estudiosos de la materia tradicionalmente reconocen a la expresión '*ius cogens*' como denotativa de una característica que poseen cierta clase de normas de Derecho; igualmente anunciamos la polémica doctrina 'normativista' que expone Julio BARBERIS, misma que desde entonces calificamos de inapropiada. Ahora nos ocupamos del estudio de su tesis y anotamos la postura que nosotros compartimos.

---

<sup>457</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 137.

<sup>458</sup> GROS ESPIELL Héctor, *No Discriminación y Libre Determinación como Normas Imperativas de Derecho Internacional, con especial referencia a los efectos de la denegación sobre la Legitimidad de los Estados que violan o desconocen esas Normas Imperativas*, sin datos de edición, Op. Cit. p. 14.

<sup>459</sup> MIAJA DE LA MUELA Adolfo, *Introducción al Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 83.

<sup>460</sup> PASTOR RIDRUEJO José Antonio, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. pp. 51 y 53.

### 12.2.3.2.2 *Concepción normativista*

Se llama normativista a esta tesis porque sólo recurre a normas para describir una determinada situación jurídica. De esta suerte establece un par de postulados según los cuáles, existen normas que confieren la libertad de realizar acuerdos por un lado, y por el otro existen normas restrictivas de la misma que aparejan sanciones en caso de trasgresión.<sup>461</sup> El tratamiento de esta singular teoría nos es impuesto debido a que la falta de precaución en su manejo puede conducir a una multiplicidad de distorsiones que no hacen falta en el ámbito de la doctrina; reiteramos nuestro disenso y nos apoyamos en las consideraciones que apuntamos más adelante.

La teoría normativista de Julio BARBERIS parte del establecimiento de una especial interpretación acerca del funcionamiento de las normas imperativas; se realiza un planteamiento destinado a ser refutado a través de la supuesta solución a la que se arriba.

Así, “en el orden jurídico internacional deben existir normas que dispongan que ‘es nulo todo tratado en el que se convenga algo contrario a determinado contenido. Ahora bien, como estas normas son susceptibles de derogación por voluntad y a fin de evitar esta circunstancia, debe existir otra disposición que prohíba la derogación de aquellas; en este sentido, se establecerá la norma que declare nulo todo acuerdo que tienda a derogar dichas normas. Dentro de esta estructura, se necesitará siempre de una nueva norma que declare nula la derogación de la anterior y así sucesiva e indefinidamente”.<sup>462</sup>

---

<sup>461</sup> BARBERIS Julio A., *Formación del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 63.

<sup>462</sup> *Ídem*.

Según escribe Julio BARBERIS, para salvar este inconveniente algunos juristas han ideado la tesis de que las normas imperativas configuran un estamento superior respecto de las normas dispositivas y que, por esta razón, no son susceptibles de derogación por medio de una cláusula convencional.<sup>463</sup> Sin embargo, continúa el profesor, esta postura confunde los conceptos de sanción y de nulidad, aun cuando en rigor de verdad ambos son distintos y no guardan relación alguna entre ellos. Así se tiene que el Derecho impone una sanción frente a la violación de una obligación o de una prohibición, mientras que declara que algo es nulo frente a la definición de un objeto.<sup>464</sup>

Aun cuando desde ahora resalta lo incongruente de sus planteamientos, consideramos justo dar espacio al maestro para exponer el resto de los mismos, previamente a la contundente refutación que hemos de ministrarle; así Julio BARBERIS escribe:

“La distinción entre sanción y nulidad permite ver un aspecto que hasta ahora ha merecido escasa atención por parte de los juristas, y que consiste en que el orden jurídico no contiene sólo normas que establecen conductas humanas como obligatorias, permitidas o prohibidas, sino también contiene definiciones; así la nulidad aparece exclusivamente frente a hecho o a objetos que no reúnen las características indicadas en la definición”.<sup>465</sup>

---

<sup>463</sup> BARBERIS Julio A., *Formación del Derecho Internacional*, Op. Cit., p. 63.

<sup>464</sup> *Ibidem* p. 64.

<sup>465</sup> *Idem*.

Dice un dicho que 'es de sabios cambiar de opinión'; así lo hace valer Julio BARBERIS puesto que la afirmación sobre la existencia de normas conceptuales la realiza en 1994 en su obra titulada 'Formación del Derecho Internacional'; la afirmación contradictoria la formuló en 1973 en su obra 'Fuentes del Derecho Internacional'.

La verdad encerrada en el aforismo ministra la indulgencia necesaria que permite explicar un cambio tan radical de opinión, máxime que en la segunda de las obras, primera en el tiempo, el maestro negó categóricamente la existencia de normas secundarias de reconocimiento en el orden jurídico internacional; en la primera obra segunda en el tiempo, se refiere y acepta la existencia de reglas que contienen definiciones, mismas que no son otras que aquellas de las que otrora negara su existencia. La teoría normativista continúa expuesta en los siguientes términos: "Una descripción precisa de lo que ha de entenderse por tratado internacional se obtiene mediante el recurso a las definiciones. Consecuentemente y en rigor de verdad, lo que se ha denominado normas que restringen la libertad de concertar tratados consisten en restricciones a la definición de tratado internacional".<sup>466</sup>

Si atendemos al tenor literal de sus palabras Julio BARBERIS escribe: "...Para mostrar esto tomemos una norma de *jus cogens* (sic)...: la prohibición del genocidio. Esta norma limita la extensión del concepto de tratado internacional de modo que el acuerdo que tiene por objeto favorecer el genocidio no es un tratado. Esta es... la función que cumple toda norma perteneciente al *jus cogens* (sic)... Se trata de una simple consecuencia lógica:... la norma que prohíbe suscribir acuerdos que favorezcan el genocidio restringe el

---

<sup>466</sup> BARBERIS Julio A., *Formación del Derecho Internacional*, Op. Cit., pp. 64 y 65.



concepto de tratado y, por lo tanto, el acuerdo que tiene dicho objeto no es un tratado. Al no ser un tratado, no produce ningún efecto jurídico. En consecuencia, todo acuerdo que tenga por objeto la derogación de una norma que prohíbe el genocidio no es un tratado y no produce efectos jurídicos. La derogación por la vía convencional se vuelve, por lo tanto, imposible...”<sup>467</sup>

Las anteriores consideraciones llevan a Julio BARBERIS a sostener que “...desde el punto de vista de la teoría general del derecho, la función de estas normas imperativas consiste en restringir la extensión del concepto ‘*pactum*’ en la regla ‘*pacta sunt servanda*’...”<sup>468</sup> y, en consecuencia, la razón de la inderogabilidad de una norma determinada no se haya en su contenido, sino en una norma de derecho positivo.<sup>469</sup> A su vez esto le permite colegir que en la realidad el ‘*ius cogens*’ consiste en normas “...que prohíben derogar por convención otras normas. En la medida en que estas normas formen parte del derecho positivo, se dice que existe un *jus cogens* (sic)... Por lo tanto, precisar si en un orden jurídico determinado existen normas de *jus cogens* (sic) es equivalente a preguntarse si en ese orden jurídico hay al menos una norma cuyo contenido es una prohibición de derogar por contrato otras normas pertenecientes al mismo orden...”<sup>470</sup>

Visto el panorama teórico del profesor, desde un ángulo general, la primera incógnita que viene a colación es acerca de si lo que es cogente es la norma que prohíbe la conculcación de un determinado bien jurídico fundamental, o si lo es aquella otra que

---

<sup>467</sup> BARBERIS Julio A., *Formación del Derecho Internacional Op. Cit.*, p. 64 y 65.

<sup>468</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional, Op. Cit.* p. 136.

<sup>469</sup> *Ibidem* p. 108.

<sup>470</sup> *Ídem*.

simplemente se circunscribe a enunciarlo jurídicamente; desde un ángulo especial, podemos apreciar que quien equivoca las nociones de nulidad y de sanción es el maestro.

### 12.2.3.2.3 *Concepción adoptada*

Ya hemos visto que según la tesis normativista enunciada por Julio BARBERIS, las reglas cogentes tienen por exclusiva función la de limitar el concepto de tratado mediante el establecimiento de una prohibición. Por otra parte se sostiene que al tratar de '*ius cogens*' no corresponde hablar de sanción sino de nulidad; consecuencia de ésta será la privación completa de efectos jurídicos al acuerdo que sin ser tratado y conculca la prohibición 'definida' por la norma cogente. Ya dijimos líneas arriba que las incongruencias saltan a la vista.

Para nosotros es claro que la sanción no es otra cosa que las consecuencias jurídicas asignadas por el propio orden jurídico al incumplimiento o inobservancia de sus disposiciones. Si bien en Derecho internacional el tema de la sanción resulta por demás polémico debido a su peculiar naturaleza, no obsta para admitir de forma categórica la negativa de su existencia. El hecho de que el Derecho internacional posee mecanismos de sanción para nosotros es indudable; reconocemos que son distintos en estructura y en funcionamiento pero son sólo eso; distintos, no inexistentes. De igual forma estamos convencidos de que la nulidad es una especie del género sanción, negativa de lo cual, constituye uno de los pilares del pensamiento de Julio BARBERIS.

El profesor parece desconocer el mecanismo de funcionamiento de la nulidad como sanción, aun cuando sea aquella de pleno derecho y consecuentemente acarree privación completa de efectos jurídicos. La nulidad en comento tiene como presupuesto el establecimiento por el orden jurídico de una prohibición; se prohíbe determinada conducta que en caso de realizarse, tiene por sanción la nulidad que, si es de pleno derecho, priva a la conducta de producción de efectos de derecho.

Ahora, el maestro escribe que las reglas cogentes establecen la prohibición que restringe la definición de lo que ha de entenderse por tratado. A esto hemos de replicar que las definiciones no establecen prohibiciones ni las prohibiciones restringen definiciones.

El rol de la definición consiste únicamente en establecer aquello que es propio de un determinado objeto, es decir, ministra los elementos esenciales del mismo, sin los cuales no existe o bien, se trata de un objeto distinto. Eso es una definición. Las definiciones se restringen o se amplían a sí mismas únicamente en atención al objeto que se define: a su esencia. En consecuencia, desde el punto de vista lógico resulta inaceptable sostener que una prohibición es apta para restringir una definición.

Visto el por qué una prohibición no puede restringir una definición, corresponde señalar que una definición no puede establecer prohibiciones. Si una definición establece lo que algo es, no puede establecer lo que algo no debería ser; esto es una prohibición.

La prohibición entraña el reconocimiento de una conducta que conculca un determinado imperativo normativo, misma que se muestra desvalorada y en esa medida le es atribuida una sanción.

De esta guisa si se celebrara un acuerdo que no cumple con los extremos de la definición de tratado, estamos ante la ausencia de tratado y por esa razón no existe producción de consecuencias de derecho. De igual forma, si estamos en presencia de una conducta violatoria de una prohibición, esa conducta existe y en tanto que está prohibida, su comisión ha de recibir la correspondiente sanción. En el primer caso está dado hablar de inexistencia y en el segundo de nulidad.

La nulidad como sanción presupone la existencia de una prohibición determinada, en violación de la cual, aquella cobra vida y relevancia jurídica. Aquello que no se adecue a la definición no es nulo, simplemente, 'por definición', no existe.

La última observación que hemos de hacer a la teoría normativista es aquella sobre la repulsa de la estructura que ubica en estamento superior a las normas imperativas respecto de las dispositivas y que de ello desprende la imposibilidad de contradicción entre ellas. Simplemente replicamos que lo imperativo le viene a las normas de su objeto, del bien jurídico que constituye su ámbito material de validez, y la imposibilidad de contradicción o de derogación por acuerdo le deviene de su más alta jerarquía.

Como resulta obvio concluir, la tesis normativista de Julio BARBERIS no se sostiene por sí misma y resulta apta a la producción de los equívocos que el autor pretendió con su formulación evitar.

### ***12.3 Desarrollo Científico del 'Ius Cogens' a partir de la Codificación del Derecho de los Tratados en la Convención de Viena de 1969***

#### **12.3.1 Comentario previo**

Está dado que el mayor estudio que se ha realizado de la materia cogente tuvo lugar en el seno de las discusiones acaecidas con motivo de la confección y adopción de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969; así lo manifiesta Adolfo MIAJA DE LA MUELA.<sup>471</sup> Igualmente se hace referencia del tópico en la Convención de Viena de 1986 que, como ya hemos visto, regula al tratado como fuente de Derecho en relación con sujetos internacionales no estatales.

A fin de lograr una correcta comprensión del proceso de codificación del '*ius cogens*' en la Convención de 1969, hemos de dar una vista rápida a los antecedentes del instrumento, constituidos principalmente por el proyecto formulado por la Comisión de Derecho Internacional y por las discusiones en la Conferencia convocada para la adopción del mismo.

---

<sup>471</sup> MIAJA DE LA MUELA Adolfo, *Introducción al Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 82.

## 12.3.2 Antecedentes de la Convención en materia cogente

### 12.3.2.1 *El proyecto de la Comisión de Derecho Internacional*

En el seno de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, se formó una Comisión Especial encargada directamente de la confección de un proyecto de tratado internacional en que se regulara el Derecho de los Tratados. Como sabemos, el conjunto de normas que lo conforman ya existían con anterioridad a la formulación de esta iniciativa y su naturaleza era desde entonces eminentemente consuetudinaria. Aun cuando existen dudas al respecto, nosotros consideramos que se trata de un auténtico proceso codificador que evidencia y evidenció la función de fomentar el desarrollo progresivo del Derecho correspondiente a la Comisión de Derecho Internacional.

El primer relator de la Comisión Especial, Sir Hersch LAUTERPACHT, presentó su primer informe en 1953 a la Comisión de Derecho Internacional en el que propuso, bajo el título 'Legalidad del Objeto de un Tratado', la inclusión en el proyecto de convención de una causal de nulidad cuyo texto conocemos gracias a Héctor GROS ESPIELL<sup>472</sup> y que es del tenor siguiente:

“Un tratado, o cualquiera de sus disposiciones, es nulo si su ejecución implica un acto ilegal conforme al Derecho internacional, declarado tal por la Corte Internacional de Justicia”.

---

<sup>472</sup> GROS ESPIELL Héctor, *No Discriminación y Libre Determinación como Normas Imperativas de Derecho Internacional, con especial referencia a los efectos de la denegación sobre la Legitimidad de los Estados que violan o desconocen esas Normas Imperativas*, Op. Cit. pp. 5 y 6.

En el comentario formulado a la causal propuesta, Sir Hersch LAUTERPACHT explica que en principio, todos los Estados son libres de modificar por tratado, entre ellos, las reglas de Derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, "...la piedra de toque para saber si el objeto de un tratado es ilícito no es la incompatibilidad pura y simple con las reglas del Derecho Internacional consuetudinario, sino la incompatibilidad con ciertos principios absolutos de Derecho Internacional que pueden ser considerados como constituyendo principios de orden público internacional..."<sup>473</sup>

En este último aserto de Sir Hersch LAUTERPACHT, Antonio GÓMEZ ROBLEDO,<sup>474</sup> aprecia claramente en el pensamiento del autor la presencia de la noción de '*ius cogens*', debido a que en las expresiones 'principios superiores de Derecho internacional' o 'principios de orden público internacional', mismos que considera sinónimos, existe evidencia clara de una referencia al conjunto de normas imperativas que lo constituyen.

El segundo relator de la Comisión, Sir Gerarld FITZMAURICE, consideró pertinente la conservación de la causal propuesta por Sir Hersch LAUTERPACHT intitulada de la misma forma, pero con una formulación más precisa que limitara la nulidad de los tratados por violación a una regla cogente; de esta guisa sostuvo que "...únicamente cuando un tratado suponga eludir o contravenir mandatos o prohibiciones

---

<sup>473</sup> LAUTERPACHT citado por GROS ESPIELL Héctor, *No Discriminación y Libre Determinación como Normas Imperativas de Derecho Internacional, con especial referencia a los efectos de la denegación sobre la Legitimidad de los Estados que violan o desconocen esas Normas Imperativas*, Op. Cit. pp. 5 y 6.

<sup>474</sup> GÓMEZ ROBLEDO Antonio, *Ius Cogens Internacional*, Op. Cit. pp. 24 y 25.

absolutos e imperativos de las normas del Derecho Internacional que tienen el carácter de jus cogens (sic), puede haber una causa de invalidez...".<sup>475</sup>

A este jurista se debe igualmente el primer esbozo sobre la existencia del '*ius cogens*' superveniente; de esta suerte se pronunció Sir Gerarld FITZMAURICE<sup>476</sup> al respecto en 1959 al rendir su cuarto informe como relator especial, posición secundada por el miembro yugoslavo de la Comisión de Derecho Internacional Milán BARTOS.

El último relator de la Comisión, Sir Humphrey WALDOK<sup>477</sup>, reconoció la existencia de un orden público internacional que comprende reglas de carácter cogente, aún cuando a un tiempo sostuvo que las reglas jurídicas que lo conforman son muy reducidas en número.

La postura de este jurista agradó a la Comisión de Derecho Internacional quien se inclinó por incluir en el texto definitivo de su proyecto lo relativo al '*ius cogens*'. Sin embargo, merced a la opinión del profesor BRIGGS,<sup>478</sup> miembro de la Comisión de Derecho Internacional de origen norteamericano, no se realizó una ejemplificación o enunciación de casos concretos de normas cogentes, con la finalidad acertada de evitar posteriores disquisiciones en torno a su carácter limitativo o no.

---

<sup>475</sup> Sir Gerarld FITZMAURICE citado por GROS ESPIELL Héctor, *No Discriminación y Libre Determinación como Normas Imperativas de Derecho Internacional, con especial referencia a los efectos de la denegación sobre la Legitimidad de los Estados que violan o desconocen esas Normas Imperativas*, Op. Cit. pp. 5 y 6.

<sup>476</sup> Sir Gerarld FITZMAURICE citado por GÓMEZ ROBLEDO Antonio, *Ius Cogens Internacional*, Op. Cit. p. 26.

<sup>477</sup> Sir Humphrey WALDOK citado por GROS ESPIELL Héctor, *Loc. Cit.*

<sup>478</sup> BRIGGS citado por GÓMEZ ROBLEDO Antonio, *Ius Cogens Internacional*, Op. Cit. p. 28.



Así la Comisión de Derecho Internacional al término de su 18ª sesión adoptó en 1966 el texto definitivo del proyecto de convención, mismo que se refiere al Derecho cogente existente y al superveniente en sus artículos 50 y 61, respectivamente.

El texto de los numerales citados se conoce merced a Julio BARBERIS,<sup>479</sup> quien lo abrevia del volumen II del Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1966, mismo que está formulado en los términos siguientes:

“**Artículo 50.** Es nulo todo tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general que no admita acuerdo en contrario y que sólo pueda ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”

“**Artículo 61.** Si se ha establecido una nueva norma imperativa de derecho internacional general de la misma naturaleza que la indicada en el artículo 50, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma será nulo y terminará.”

Dentro de la crítica formulada al texto del proyecto, el jurista MORELLI<sup>480</sup> considera que en el artículo 50 se incurre en pleonismo pues al hablarse de normas imperativas, en ello va de sí que se refiere a normas inderogables. Respecto del artículo 61, el mismo estudioso señala que la Comisión de Derecho Internacional confundió nulidad

---

<sup>479</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 132.

<sup>480</sup> MORELLI citado por BARBERIS Julio A., *Ibidem* p. 133.

con terminación, dado que en puridad resulta procedente esta y no aquella, afirmaciones que compartimos por entero.

### 12.3.2.2 *La Conferencia de Viena*

Adoptado por la Comisión de Derecho Internacional el articulado del proyecto de convención, este fue el documento fundamental analizado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los tratados.<sup>481</sup> Esta Conferencia internacional tuvo verificativo en dos periodos de sesiones, el primero del 26 de marzo al 24 de mayo de 1968, y el segundo del 9 de abril al 22 de mayo de 1969.<sup>482</sup>

Ya hemos visto que en el texto del proyecto se asignaron a la materia cogente los numerales 50 y 61; ahora bien, en el seno de las discusiones se realizó una serie de modificaciones a la redacción original que enseguida tratamos, y se asignó nueva nomenclatura para quedar el '*ius cogens*' existente previsto en el artículo 53 y el superveniente en el artículo 64 de la Convención.

Sabemos por Antonio GÓMEZ ROBLEDO<sup>483</sup> que el artículo 53 fue finalmente aprobado en votación nominal en la sesión del 12 de mayo de 1969, por 87 votos a favor, 8

---

<sup>481</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 134.

<sup>482</sup> GÓMEZ ROBLEDO Antonio, *Ius Cogens Internacional*, Op. Cit. p. 41.

<sup>483</sup> *Ibidem* p. 52.

en contra y 12 abstenciones. Según Héctor GROS ESPIELL, se trató de 72 votos a favor, 3 en contra y 18 abstenciones.<sup>484</sup>

Las cifras que ambos juristas tienen tanto cuidado en señalar, son evidencia de la falta de unanimidad, y han dado pie a que la Corte Internacional de Justicia a propósito de la Opinión Consultiva de Namibia, llegara a la conclusión de negar el carácter codificador del Derecho internacional consuetudinario existente en la materia; en pocas palabras, negó que en el artículo 53 de la Convención de 1969 se haya codificado el Derecho internacional cogente. Así lo hace notar Héctor GROS ESPIELL,<sup>485</sup> quien además comenta que mediante la aceptación posterior, prácticamente universal, del mencionado precepto y el desarrollo de la idea del '*ius cogens*' "...y de sus efectos entre 1969 y 1980, especialmente por obra de la Asamblea General como portavoz de la Comunidad Internacional, permiten concluir que el Artículo 53 ha cristalizado ya hoy en una costumbre internacional y que, por tanto, constituye una norma internacional universalmente válida..."<sup>486</sup>

Las líneas anteriores parecen no tener sentido debido al deficiente manejo que del fenómeno codificador se realiza. Primero el autor indica que la Corte de las Naciones Unidas niega la posibilidad de que se haya codificado costumbre en el artículo 53 con base en la falta de unanimidad. Después señala que la costumbre se 'cristalizó' por acontecimientos posteriores a la adopción de la Convención.

---

<sup>484</sup> GROS ESPIELL Héctor, *No Discriminación y Libre Determinación como Normas Imperativas de Derecho Internacional, con especial referencia a los efectos de la denegación sobre la Legitimidad de los Estados que violan o desconocen esas Normas Imperativas*, Op. Cit. p. 28.

<sup>485</sup> *Ídem*.

<sup>486</sup> *Ídem*.

A todo ello está impuesto señalar que si no existía una norma consuetudinaria, que de acuerdo con su pensar se 'cristalizó' después, por razones lógicas evidentemente no pudo haberse codificado puesto que se codifican únicamente las normas jurídicas existentes al tiempo en que se redacta el acuerdo.

Por otra parte, no estamos en presencia de cualquier tipo de costumbre integrada o no al artículo 53; nos referimos al Derecho internacional cogente. Si se entrelaza su idea de la 'cristalización' posterior con la del contenido cogente del numeral indicado, tal como es debido, su razonamiento carece por completo de sentido.

El artículo 53 como lo hemos indicado se refiere a la existencia de '*ius cogens*' en Derecho internacional que se entiende preexistente en razón a dos argumentos: el primero es que de acuerdo a su enunciado normativo, hace referencia a normas jurídicas que por su carácter imperativo y general no pueden ser modificadas o privadas de vigor mediante acuerdo posterior; si se admite que no existía norma consuetudinaria previa como lo propone Héctor GROS ESPIELL, ello hace no sólo inoperante la disposición sino que la envía al terreno de lo absurdo; no habría normas a las cuáles eventualmente contradecir mediante tratado. El segundo argumento sobre la existencia previa de las reglas cogentes que según sostenemos se mencionan en el artículo 53, es puramente normativo en el sentido de que el artículo 64 se refiere a las normas cogentes que sobrevienen, es decir, inexistentes al tiempo de la Convención y susceptibles de surgir con posterioridad.

Ahora bien, la formación de una norma cogente no requiere, como hemos de ver después, de unanimidad como criterio de determinación del grado de 'consentimiento' de los Estados, sino que su formación y existencia normativas están directa e íntimamente relacionadas con la importancia y trascendencia que para la comunidad internacional entera poseen sus contenidos y además, con su naturaleza jurídica.

Solo resta mencionar que el texto definitivo de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados fue suscripto el 23 de mayo de 1969.<sup>487</sup>

### 12.3.3 Los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969

Héctor GROS ESPIELL escribe que en el Artículo 53 de la Convención está contenida más una descripción que una definición del '*ius cogens*'.<sup>488</sup> El enunciado del numeral es del tenor siguiente:

#### ARTÍCULO 53

Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional

general

(*ius cogens*)

"Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para efectos de la presente

---

<sup>487</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 134..

<sup>488</sup> GROS ESPIELL Héctor, *No Discriminación y Libre Determinación como Normas Imperativas de Derecho Internacional, con especial referencia a los efectos de la denegación sobre la Legitimidad de los Estados que violan o desconocen esas Normas Imperativas*, Op. Cit. p. 7.

Convención, una norma imperativa de derecho internacional es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”

El autor referido señala que esta descripción no abarca la esencia misma de las reglas cogentes debido a que está basada en los efectos jurídicos y no en la naturaleza jurídica intrínseca de las normas imperativas.<sup>489</sup> Ello se traduce en que no hay ‘*ius cogens*’ porque no se permita acuerdo en contrario de ciertas normas, sino que no se permiten tales acuerdos porque se trata de normas de naturaleza cogente.

Según Julio BARBERIS el Artículo 53 contiene dos modificaciones respecto del numeral 50 del proyecto.<sup>490</sup>

En virtud de la primera se establece que la colisión entre la norma cogente y el tratado ha de tener lugar en el momento de conclusión de este último, es decir, se define que el conflicto ha de ocurrir entre un tratado posterior a una norma cogente preexistente.<sup>491</sup> Antonio GÓMEZ ROBLEDO sostiene que es a la delegación de los Estados Unidos de América a quien se debe la referida enmienda al texto del proyecto y sobre el particular escribe lo siguiente: “...Este punto había sido ya discutido en la Comisión de Derecho Internacional, y si en un momento pudo creerse que sería superfluo hacer una

---

<sup>489</sup> GROS ESPIELL Héctor, *No Discriminación y Libre Determinación como Normas Imperativas de Derecho Internacional, con especial referencia a los efectos de la denegación sobre la Legitimidad de los Estados que violan o desconocen esas Normas Imperativas*, Op. Cit. p. 7.

<sup>490</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit., p. 135.

<sup>491</sup> *Ídem*.

hacer posteriormente una instancia jurisdiccional. El pronunciamiento del tribunal, en este caso, tendría precisamente este efecto, declarativo y no constitutivo, ya que éste último se produciría desde el momento de su conclusión...".<sup>492</sup>

Por la segunda enmienda se establece que la regla de '*ius cogens*' ha de ser aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto.<sup>493</sup> Esta modificación constituyó una iniciativa tripartita de España, Finlandia y Grecia, con la que se consiguió poner control a las tendencias interpretativas subjetivistas.<sup>494</sup> Según Antonio GÓMEZ ROBLEDO, la expresión fue incluida en el seno del Comité de Redacción encargado de dar los toques finales al artículo 50 del proyecto<sup>495</sup>, y encargada su explicación a su Presidente: de esta suerte el Embajador YASEEN se expresó en los términos siguientes: '...No se trata de exigir que una norma sea aceptada y reconocida como imperativa por los Estados de manera unánime. Basta una mayoría muy amplia, lo cual significa que si un Estado rehúsa aisladamente aceptar el carácter imperativo de una norma, o bien si dicho Estado es apoyado por un número muy pequeño de Estados, ello no puede afectar a la aceptación y al reconocimiento del carácter imperativo de esa norma por la Comunidad Internacional en su conjunto...'.<sup>496</sup>

---

<sup>492</sup> GÓMEZ ROBLEDO Antonio, *Ius Cogens Internacional*, Op. Cit. p. 43.

<sup>493</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit., p. 135.

<sup>494</sup> GÓMEZ ROBLEDO Antonio, *Ius Cogens Internacional*, Op. Cit. p. 45.

<sup>495</sup> GÓMEZ ROBLEDO Antonio, *Ibidem* p. 50.

<sup>496</sup> YASEEN citado por GROS ESPIELL Héctor, *No Discriminación y Libre Determinación como Normas Imperativas de Derecho Internacional, con especial referencia a los efectos de la denegación sobre la Legitimidad de los Estados que violan o desconocen esas Normas Imperativas*, Op. Cit. p. 8.

Con base en lo hasta ahora mencionado y las anotaciones que preceden, sabemos que caracterizan a las normas cogentes los atributos de imperatividad, derogabilidad condicionada<sup>497</sup> y reconocimiento de la comunidad internacional. Sabemos igualmente que de acuerdo a la Convención, todo acuerdo concertado en contravención de las mismas, es nulo de pleno derecho '*ab initio*', es decir, no produce ningún efecto jurídico internacional desde que es concluido, y la declaratoria correspondiente que formule la Corte Internacional de Justicia ha de tener efectos meramente declarativos. A todo lo anterior hemos de agregar que se trata de normas jurídicas de Derecho internacional general como lo hace notar el propio enunciado normativo, y a ello hemos de regresar en el lugar oportuno para abrazar todas estas nociones mediante la realización de un ejercicio de naturaleza conceptual.

Es visible que la Convención carece de un lista de normas de '*ius cogens*'.<sup>498</sup> Sin embargo es indudable, escribe Héctor GROS ESPIELL, que esta omisión de ejemplos tuvo como razón la intención de dejar abierta la posibilidad para que la determinación del contenido del Derecho cogente se formara, esencial aunque no exclusivamente, en la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales internacionales.<sup>499</sup>

---

<sup>497</sup> Con esta expresión se denota que las normas cogentes sí son derogables pero no por tratado o por cualquier otra regla de Derecho internacional; ha de ser una norma general posterior de la misma jerarquía y categoría.

<sup>498</sup> GROS ESPIELL Héctor, *No Discriminación y Libre Determinación como Normas Imperativas de Derecho Internacional, con especial referencia a los efectos de la denegación sobre la Legitimidad de los Estados que violan o desconocen esas Normas Imperativas*, Op. Cit. pp. 12 y 13.

<sup>499</sup> *Ibidem* p. 21.



Respecto del '*ius cogens*' superveniente, Julio BARBERIS comenta que el texto del artículo 64 de la Convención es sustancialmente idéntico al del artículo 61 del proyecto.<sup>500</sup> En el primero de ellos puede leerse lo siguiente:

#### ARTÍCULO 64

Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general  
(*ius cogens*)

"Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará".

Como resulta difícil pensar cómo algo que en su origen no fue nulo se convierta en tal y en consecuencia termine, reiteramos la adopción de la crítica apuntada por el jurista MORELLI,<sup>501</sup> quien considera que la Comisión de Derecho Internacional confundió, simplemente, los conceptos de nulidad y de terminación.

#### 12.3.4 Consideraciones finales

Manuel BECERRA RAMÍREZ considera que la inclusión del '*ius cogens*' en la Convención de Viena de 1969 constituye la transformación del Derecho de los tratados de un derecho liberal, en que la voluntad carece de cortapisas, a un derecho que reconoce normas supremas en principio inderogables.<sup>502</sup> Antonio GÓMEZ ROBLEDÓ considera que "...significó, sin la menor discusión, una innovación profunda y un gran paso adelante,

<sup>500</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit., p. 135.

<sup>501</sup> MORELLI, citado por BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 133.

<sup>502</sup> BECERRA RAMÍREZ Manuel, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 49.

por cuanto que fue la plena incorporación, al derecho internacional positivo, de una institución que hasta entonces no había rebasado el marco de la doctrina y la jurisprudencia internacional...".<sup>503</sup>

La gran conclusión que obtenemos de lo hasta ahora expuesto se formula mediante la conjunción de la voces de Hans KELSEN<sup>504</sup> y Josef KUNZ,<sup>505</sup> quienes sostienen que en principio, el Derecho internacional general no limita la esfera de validez material de las normas creadas por tratados.<sup>506</sup> La única excepción sustancial consiste en no contradecir las normas de Derecho internacional general que tengan el carácter de '*ius cogens*'.

## ***12.4 El 'Ius Cogens' en el Foro Jurídico Internacional***

### ***12.4.1 El 'ius cogens' ante las jurisdicciones internacionales***

En esta sección nos ocupamos de una somera referencia a los asuntos en que se ha planteado la existencia de la materia cogente. Merced a Julio BARBERIS contamos con los datos pertinentes, mismos que se relacionan con votos particulares de los jueces y con la jurisdicción contenciosa de la Corte Permanente de Arbitraje, la Corte Permanente de Justicia Internacional y de la Corte Internacional de Justicia.

---

<sup>503</sup> GÓMEZ ROBLEDO Antonio, *Ius Cogens Internacional*, Op. Cit. p. 1.

<sup>504</sup> KELSEN Hans, *Principios de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 276.

<sup>505</sup> KUNZ Josef L., *Teoría General del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 398.

<sup>506</sup> KELSEN Hans, *Principios de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. pp. 292 y 294.

#### **12.4.1.1 Corte Permanente de Arbitraje**

El único asunto del que tenemos noticia en que fue planteada la existencia del '*ius cogens*' sometido a conocimiento de este tribunal arbitral internacional, es el de las Pesquerías del Atlántico Norte entre Gran Bretaña y los Estados Unidos de América en el año de 1910.<sup>507</sup>

#### **12.4.1.2 Corte Permanente de Justicia Internacional**

El enunciado general establece que la jurisprudencia de este tribunal ningún precedente ofrece relacionado con el '*ius cogens*'.<sup>508</sup> Sin embargo, sabemos por Julio BARBERIS que referencias a la materia cogente se encuentran en el voto particular del Juez ANZILOTTI respecto de la Opinión Consultiva sobre el Régimen Aduanero Austro-alemán el 5 de noviembre de 1931, y en el voto disidente del Juez SCHÜCKING respecto de la sentencia que resolvió el diferendo Oscar Chinn planteado el 12 de diciembre de 1934 entre la Gran Bretaña y Bélgica.

#### **12.4.1.3 Corte Internacional de Justicia**

Según observa Julio BARBERIS, en la jurisprudencia del tribunal de las Naciones Unidas "...hay dos pasajes bien conocidos que son invocados generalmente como argumento para afirmar que el tribunal ha reconocido la existencia del *jus cogens* (sic). El

---

<sup>507</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 126.

<sup>508</sup> *Ibidem* p. 127.

primero se encuentra en la opinión consultiva referente a las reservas a la Convención sobre genocidio... El segundo pasaje atañe a la declaración hecha... en el caso del estrecho de Corfú...".<sup>509</sup> Como se ve se trata de un caso de jurisdicción consultiva y uno de jurisdicción contenciosa.

En el primero de los asuntos mencionados, Antonio GÓMEZ ROBLEDO considera que "...se delata... uno de los criterios más fidedignos de identificación de una norma *iuris cogens*, como lo es el de que ésta encarna no un interés particular de los Estados, sino un 'interés común' de la comunidad internacional...".<sup>510</sup>

En cuanto a votos particulares de los jueces de la Corte Internacional de Justicia, Julio BARBERIS<sup>511</sup> menciona cinco ocasiones en que se ha hecho referencia a la materia *cogente*: así tenemos que en 1958 el Juez MORENO QUINTANA pronunció un criterio en ocasión del diferendo relativo a la Aplicación de la Convención de 1902 sobre la Tutela de Menores; en 1960 hizo lo propio el Juez *ad hoc* FERNANDES en el asunto del Derecho de Paso por Territorio Indiano; en 1966 el Juez TANAKA en el diferendo sobre el Suroeste Africano; en 1969 los jueces PADILLA NERVO, TANAKA, Manfred LACHS y Max SORENSEN respecto de la sentencia que resolvió el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte, y en 1971 el Juez AMMOUN respecto de la Opinión Consultiva sobre Namibia.

---

<sup>509</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 129.

<sup>510</sup> GÓMEZ ROBLEDO Antonio, *Ius Cogens Internacional*, Op. Cit. p. 17.

<sup>511</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. , pp. 129 y 131.

## *12.5 Fuentes del 'Ius Cogens': una Solución de su Problemática en vista de su Naturaleza Jurídica*

### **12.5.1 Fuentes posibles**

Héctor GROS ESPIELL comenta que no existe ninguna norma de Derecho internacional positivo que establezca cuáles son las formas de creación del '*ius cogens*'. De ahí que sea posible admitir que puede tener un origen convencional, consuetudinario, nacer de una declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas o ser reconocida por la jurisprudencia internacional.<sup>512</sup>

En similar sentido se ha expresado José Antonio PASTOR RIDRUEJO en 1972 al dictar una ponencia para el IX Congreso del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional, donde sostuvo que la norma cogente puede surgir de la práctica de los Estados, de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, de la doctrina y de las resoluciones de las organizaciones internacionales competentes.<sup>513</sup>

---

<sup>512</sup> GROS ESPIELL Héctor, *No Discriminación y Libre Determinación como Normas Imperativas de Derecho Internacional, con especial referencia a los efectos de la denegación sobre la Legitimidad de los Estados que violan o desconocen esas Normas Imperativas*, Op. Cit. p. 12.

<sup>513</sup> PASTOR RIDRUEJO José Antonio, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 54.

Por su parte Julio BARBERIS admite que la creación de normas imperativas puede lograrse a través de la costumbre internacional o de los principios generales de derecho.<sup>514</sup> Incluso Antonio GÓMEZ ROBLEDO admite la posibilidad, de *lege ferenda* claro, que eventualmente pueda surgir '*ius cogens*' de actos unilaterales.<sup>515</sup>

En vista de todas estas afirmaciones parecería verosímil admitir que como normas de Derecho internacional, las reglas cogentes son susceptibles de surgir a través de cualquiera de los mecanismos constitutivos de las fuentes formales. Sin embargo, para nosotros eso dista mucho de ser verdad y hemos de demostrar el por qué; para ello es necesario analizar la verdadera naturaleza jurídica de las normas cogentes.

## 12.5.2 Naturaleza jurídica

### 12.5.2.1 Líneas generales

Con base en todo lo expuesto sabemos que el '*ius cogens*' está compuesto de normas jurídicas de Derecho internacional general que sirven a la tutela jurídica de los más altos y preciados bienes de la humanidad y que se caracterizan por ser imperativas, por ser derogables únicamente por reglas de idéntica categoría y por su reconocimiento de la comunidad internacional entera.

---

<sup>514</sup> BARBERIS Julio A., *Fuentes del Derecho Internacional*, Op. Cit. p. 137.

<sup>515</sup> GÓMEZ ROBLEDO Antonio, *Ius Cogens Internacional*, Op. Cit. p. 77.

Según sostiene Michel VIRALLY, "...el *ius cogens*, al ser expresión de un interés común a la sociedad internacional en su totalidad, o de una prescripción ética universalmente reconocida, no puede establecerse sino por un proceso que obligue a la sociedad internacional en su totalidad, lo cual, por otra parte, está en perfecta conformidad con el hecho de que... pertenece al derecho internacional general..."<sup>516</sup> Prácticamente este autor es el único que aprecia con nitidez el asunto que se nos plantea; aún cuando tenemos referencias de ello en Georg DAHM,<sup>517</sup> Ian BROWNLIE<sup>518 519</sup> o Manuel BECERRA RAMÍREZ,<sup>520</sup> entre muchos otros, en las que sostiene a la costumbre como fuente apta a la producción de normas cogentes, no lo explicitan con la claridad necesaria y dejan su reflexión abierta tal cual ocurre respecto de quienes admiten la pluralidad de las fuentes.

#### 12.5.2.2 Exclusividad de la fuente

La verdadera naturaleza jurídica del '*ius cogens*' radica en que se trata de normas jurídicas de Derecho internacional general. En esa medida, está impuesto reconocer que la única fuente formal internacional que posee la aptitud de crear normas jurídicas de aquel carácter es la costumbre internacional. Ya antes dijimos que ni los tratados por muy generales que sean, ni los principios generales de derecho por no ser normas, ni las sentencias por sus efectos relativos, ni la doctrina por su limitado rol auxiliar, ni la

---

<sup>516</sup> Michel VIRALLY citado por GÓMEZ ROBLEDO Antonio, *Ius Cogens Internacional*, Op. Cit. p. 59.

<sup>517</sup> *Ídem*.

<sup>518</sup> Ian BROWNLIE citado por GÓMEZ ROBLEDO Antonio, *Ibidem* p. 61.

<sup>519</sup> Ian BROWNLIE citado por LÓPEZ-BASSOLS Hermilo, *Derecho Internacional Público Contemporáneo*, Op. Cit. p. 32.

<sup>520</sup> BECERRA RAMÍREZ Manuel, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit. pp. 42 y 50.

equidad por ser exclusivamente la justicia del caso concreto, son capaces de crear normas jurídicas vinculantes a toda la comunidad internacional; normas jurídicas de Derecho internacional general. La costumbre internacional, y no toda clase de costumbre sino únicamente la universal, es susceptible de crear normas jurídicas de Derecho internacional general.

## ***12.6 El 'Ius Cogens' en la Estructura del Orden Jurídico Internacional***

### **12.6.1 Su ubicación en la pirámide normativa**

El embajador YASEEN<sup>521</sup> desde los tiempos en que se preparaba el proyecto de la Convención sobre Derecho de los tratados, sostuvo la tesis de que para identificar a las normas de '*ius cogens*' está impuesto acudir a la cúspide de la estructura normativa internacional. Tal postura fue compartida entonces por BRIGGS y por Sir Humphrey WALDOK

Según Antonio GÓMEZ ROBLEDO con el '*ius cogens*' se llega por fuerza al ápice de la pirámide kelseniana, opinión que sin duda alguna respalda nuestra teoría sobre el rango jerárquico más alto en Derecho internacional.

Ya en otro lado se dijo que el Derecho internacional general ocupa el extremo superior de la pirámide normativa; ahora bien, si seguimos al autor citado tenemos que el

---

<sup>521</sup> YASEEN citado por GÓMEZ ROBLEDO Antonio, *Ius Cogens Internacional*, Op. Cit. p. 29.



'*ius cogens*'<sup>522</sup> pertenece por su género próximo al Derecho internacional general y por su diferencia específica a una categoría normativa que se caracteriza por los atributos de imperatividad, derogabilidad condicionada, etc., a que ya nos hemos referido.

De tal guisa tenemos que toda norma cogente es Derecho internacional general, pero no todo el Derecho internacional general es '*ius cogens*'.

Bajo nuestra opinión, al tratarse de normas que importan la tutela jurídica de los más altos bienes jurídicos de la comunidad internacional entera, el lugar que por 'derecho' les corresponde es el más alto de la pirámide; nos referimos a las normas constitucionales de Derecho internacional general.

### 12.6.2 Subjetividad de la comunidad internacional

Como una de las más importantes repercusiones de la presencia comprobada del '*ius cogens*' en Derecho internacional, decidimos dedicar un espacio a la interesante opinión de Héctor GROS ESPIELL sobre la subjetividad internacional de la comunidad de sujetos internacionales. Ya antes se dijo que Josef KUNZ esgrime postulados que sustentan en gran medida esta postura; ahora es la ocasión para estudiarla y quién mejor para exponerla que el propio autor de las líneas que transcribimos, mismas que son del tenor literal siguiente:

---

<sup>522</sup> GÓMEZ ROBLEDO Antonio, *Ius Cogens Internacional*, Op. Cit. p. 77.

“...Si la Comunidad Internacional existe como tal, como sinónimo de Humanidad en sentido jurídico y se puede conceptuar que es hoy un verdadero sujeto de Derecho internacional..., debe aceptarse, como ya lo ha hecho la Corte Internacional de Justicia en la sentencia de... ‘Barcelona Traction’, que los Estados tienen obligaciones respecto de esta Comunidad Internacional y que estas obligaciones existen erga omnes... Si los Estados tienen obligaciones respecto de la Comunidad Internacional, es obvio que, correlativamente, la Comunidad Internacional posee derechos con referencia a los Estados que la integran... Y si los Estados violan esas obligaciones, particularmente aquellas que se derivan de ‘normas imperativas de Derecho Internacional’, aceptadas y reconocidas por la ‘Comunidad Internacional de Estados en su conjunto’, y que han adquirido una relevancia particular y una singular significación porque son la traducción normativa de los valores esenciales y básicos de la Comunidad Internacional, en un determinado momento de su evolución histórica, incurren en una situación de ilicitud frente al orden jurídico general de esa Comunidad Internacional, que por virtud de los derechos que posee respecto de los Estados que la integran podrá, al extraer las consecuencias que se derivan de la situación ilícita en que se hallan estos Estados, actuar en la forma requerida por la existencia de tal situación...”<sup>523</sup>

Entre las varias razones que tenemos para anotar este singular pensamiento, se encuentra una íntimamente relacionada con el objeto de nuestra investigación; la formación del ‘*ius cogens*’ internacional.

---

<sup>523</sup> GROS ESPIELL Héctor, *No Discriminación y Libre Determinación como Normas Imperativas de Derecho Internacional, con especial referencia a los efectos de la denegación sobre la Legitimidad de los Estados que violan o desconocen esas Normas Imperativas*, Op. Cit. pp. 45 y 45 bis.

El papel que podría tener la comunidad personificada internacionalmente en la formación y evolución del Derecho internacional es trascendental, y más lo es respecto del reconocimiento jurídico de sus más altos valores, es decir, en la formación de las reglas cogentes.

Con nuestra obra ministramos los lineamientos que explican a cabalidad la formación de la costumbre universal, misma que ya se dijo, constituye la fuente exclusiva del Derecho imperativo internacional: del '*ius cogens*'.

### 12.6.3 Proposición conceptual conclusiva

Una vez construido nuestro edificio teórico estamos en condiciones de esbozar un concepto del '*ius cogens*' en Derecho internacional.

Por '*ius cogens*' entendemos un conjunto de normas jurídicas imperativas de Derecho internacional general<sup>524</sup> en cuya esfera material de validez se encuentran condensados los más altos bienes y valores de la comunidad internacional para su tutela y protección, vinculantes mundialmente para todos sus miembros y cuya vigencia se extiende en el tiempo y en el espacio hasta en tanto no se produzca consuetudinariamente una nueva regla de igual jerarquía y de contenido contradictorio.

---

<sup>524</sup> Que sólo pueden poseer en calidad de tales un origen consuetudinario.

## CAPÍTULO DECIMOTERCERO

### EL PROBLEMA JURÍDICO

#### 13.1 Enunciación y Posturas en Conflicto

El problema jurídico que se plantea intitula nuestro trabajo y del tenor literal siguiente: '*Ius Cogens*' Internacional. Problemática en torno a si su Creación Consuetudinaria corresponde al Consenso de la Comunidad Internacional o al criterio que en sus resoluciones establece la Corte Internacional de Justicia.

Son dos posturas concretas las que plantean la problemática:

La primera prescribe que la creación consuetudinaria del '*ius cogens*' internacional consuetudinario, previo cumplimiento de los caracteres constitutivos del elemento material de la costumbre como proceso, requiere de la configuración del elemento subjetivo para su conclusión, situación que se alcanza cuando la comunidad internacional de Estados ha evidenciado la presencia de la '*opinio iuris*'; la existencia de ésta se traduce en una especie de consenso entre los integrantes de la comunidad internacional.

La segunda establece que, dada la suprema naturaleza de las normas de '*ius cogens*', para lograr la certeza jurídica y la plena convicción en torno a su completa configuración como normas jurídicas consuetudinarias, resulta necesario un

pronunciamento jurisdiccional de la más alta instancia internacional: la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas.

La existencia de una tercera postura es admisible si se reconoce una postura ecléctica, de tal suerte que se diga que mientras no surja conflicto quedará a la venia de la comunidad internacional la formación de las reglas cogentes en Derecho internacional; en caso contrario y sólo en él, se hace necesario el pronunciamento de la Corte Internacional de Justicia.

## CONCLUSIONES

El ius cogens es una especie de normas de Derecho internacional, a cuyo cargo corre la protección jurídica de los más altos bienes de la humanidad entera, entre los que tenemos a los derechos fundamentales.

Las normas cogentes pertenecen al género Derecho internacional, y su diferencia específica radica en su carácter imperativo y en su naturaleza general.

La imperatividad se deriva directamente de su objeto, es decir, de la protección jurídica internacional de valores fundamentales a la humanidad.

La generalidad deviene de su pertenencia a la categoría de Derecho internacional general.

El ius cogens es un conjunto de normas imperativas de Derecho internacional general.

Si sólo la costumbre internacional puede crear normas de Derecho internacional general y;

Si sólo las normas de Derecho internacional general son cogentes.

Sólo la costumbre internacional puede ser fuente de ius cogens.

Si sólo la costumbre es fuente de normas cogentes y;

Si la costumbre es una fuente problemática de normas internacionales.

La problemática de la costumbre internacional se traslada a la creación de ius cogens.

El principal problema de la costumbre está en la demostración de la opinio iuris.

La problemática se plantea en torno a la forma en que puede declararse su presencia y en consecuencia la consolidación de la norma consuetudinaria.

La disyuntiva se plantea entre si la opinio iuris requiere para declararse:

- Del consenso de la comunidad internacional, o
- De una resolución, en tal sentido, pronunciada por la Corte Internacional de Justicia.

Aun cuando sostener la postura respecto al pronunciamiento e la Corte Internacional de Justicia sería viable si se sigue la senda establecida por la doctrina, en el sentido de que siempre dependerá del juzgador internacional apreciar el proceso consuetudinario y dictaminar en torno a la formación de la regla, nosotros consideramos más correcta y acertada la postura del concenso.

Máxime si se tiene presente que la actuación de la Corte Internacional de Justicia:

- Requiere de la existencia de un conflicto entre sujetos internacionales. En este caso la disputa versaría sobre la formación de la regla y sobre la aplicación de la misma al caso concreto una vez reconocida.

- Lo anterior puede generar polémica en torno a si la declaración de la formación de la regla constituye una excepción al principio de relatividad de sus resoluciones, establecido en el artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

En apoyo de nuestra teoría contamos con las siguientes razones.

- La resolución, así sea declarativa, de la Corte Internacional de Justicia, no está comprendida en el proceso consuetudinario de creación normativa. Su curso normal y natural no lo requiere.

- La costumbre internacional se caracteriza, salvo el caso del surgimiento de nuevos sujetos internacionales, por producir normas que vinculan a quienes fueron partícipes en su formación.

- Consecuente con ello es sostener que quién mejor para declarar la constitución de la norma consuetudinaria que los sujetos internacionales quienes con sus conductas y su conciencia indujeron y propiciaron su formación.

De esta suerte nuestra teoría postula lo siguiente:

- La formación de normas de Derecho internacional general presupone la consumación del proceso consuetudinario.

- Sólo la costumbre – proceso universal, es apta a la creación de normas de esa categoría.

- La costumbre internacional involucra dos elementos que han de acreditarse para considerar formada una norma jurídica consuetudinaria: el objetivo y el subjetivo.



- El elemento objetivo de la costumbre internacional al ser de naturaleza fáctica o material, es susceptible de constatarse en términos relativamente más flexibles.

En esa medida los sujetos internacionales que con sus conductas han participado en la formación de la 'práctica', pueden por sí mismos y en grupo arribar al reconocimiento de su existencia. Este reconocimiento bien podría realizarse a través de la formulación de actos unilaterales dependientes.

- El elemento subjetivo de la costumbre representa la mayor problemática del proceso. En torno a él consideramos lo siguiente:

El elemento subjetivo está constituido por la *opinio iuris*, noción que no se confunde con aquella otra que se emplea de forma arbitraria como sinónima: la *aquiescencia*.

Al hablar de acreditar el elemento subjetivo de la costumbre, hablamos de demostrar la formación de la *opinio iuris*.

La *opinio iuris* constituye una conciencia; tener conocimiento de la formación de un nexo causal entre la inobservancia de una 'práctica' y la imposición de una sanción. Se ha planteado que al ser una conciencia se trata de una cuestión puramente psicológica, conflictiva por naturaleza en el terreno jurídico.

Sobre lo anterior hemos de considerar que existe una máxima en Derecho que establece que las reservas mentales no poseen efectos jurídicos, misma que resulta aplicable al orden jurídico internacional.

Estamos ciertos en que si bien es psicológica la cuestión, ello no está en conflicto con la necesidad de evidencia que demuestre la presencia de la conciencia constitutiva de la opinio iuris. Tiene que existir una expresión por parte de los sujetos involucrados en la costumbre, una exteriorización de la conciencia que implica la opinio iuris; admitir que no es necesaria la manifestación, **no de voluntad**, sino de estar en posesión de la conciencia, nos envía al terreno de las reservas mentales que carecen de efectos jurídicos.

Si desvinculamos el recurso a la Corte Internacional de Justicia de la demostración de la opinio iuris, a fin de declarar la formación de la regla consuetudinaria, tenemos que a ello puede arribarse por dos vías:

- Que los sujetos internacionales manifiesten su conciencia a través de la realización de actos unilaterales dependientes, o
- Que los sujetos internacionales manifiesten su conciencia mediante el ejercicio de la diplomacia parlamentaria.

Sobre la primera vía manifestamos lo siguiente:

- Cada sujeto de la comunidad internacional, que no haya manifestado su rechazo durante la configuración del elemento objetivo de la costumbre, tendrá que pronunciarse mediante un acto unilateral dependiente en torno al reconocimiento de la opinio iuris.
- El inconveniente que ello presenta radica en que los actos aislados, es decir, las diversas manifestaciones individuales no demuestran adecuadamente el grado que en la comunidad entera ha alcanzado la práctica y la conciencia, es decir, no es posible

determinar adecuadamente la mayoría de participación y de conciencia que entre los miembros de la comunidad internacional ha tenido y tiene la regla en ciernes. Además, sería difícil concebir un mecanismo específico que formule la declaratoria de consumación del proceso consuetudinario y la consecuente formación de la norma.

Sobre la segunda vía:

- Por esta senda se superan los obstáculos prácticos que implica la postura anterior.

- Las Naciones Unidas es la organización internacional de mayor representatividad que la humanidad conoce; en esa medida en el seno de su órgano deliberante, la Asamblea General, los sujetos integrantes de la comunidad internacional se encuentran debidamente representados por diplomáticos.

- Las organizaciones internacionales en general y las Naciones Unidas en especial, desempeñan lo que hemos llamado actividad normativa coadyuvante. En ejercicio de ella la organización participa apoyando el desenvolvimiento de procesos de creación normativa. En este caso coadyuva en la formación de la costumbre.

- Sostenemos que en el seno de la Asamblea General, puede pronunciarse una resolución tomada por mayoría en que los miembros en ella representados, se manifiesten en torno a la *opinio iuris* y declaren, previo reconocimiento del elemento objetivo, la formación de la nueva regla consuetudinaria.

- Esta postura puede apoyarse en la idea que la doctrina ha extraído de la resolución de la Corte Internacional de Justicia sobre el asunto de la Barcelona Traction, en torno a la subjetividad jurídica de la comunidad internacional. Josef KUNZ y Héctor GROS ESPIELL han considerado acertadamente que la comunidad internacional funciona

a través de sus órganos; los Estados. En esa medida la comunidad internacional actúa y a través de sus órganos, representados en la Asamblea General de las Naciones Unidas, están en condiciones de constatar la formación y declarar constituidas las nuevas reglas de Derecho internacional consuetudinario; de Derecho internacional general.

Salvada a partir de las consideraciones anteriores la problemática de la costumbre internacional, respecto de la formación consuetudinaria del ius cogens concluimos lo siguiente:

- La problemática en torno al origen del ius cogens internacional se reduce a aquella que gira en torno a la única fuente formal susceptible de crear normas jurídicas de Derecho internacional general; la costumbre universal.

- La formación del ius cogens internacional es entonces un problema de costumbre universal.

- En esa medida, si:

- \* Se reconoce, comparativamente hablando, la mayor facilidad de comprobación del elemento objetivo.

- \* Se establece la posibilidad de configuración del elemento subjetivo en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas en ejercicio de la diplomacia parlamentaria.

Estamos en condiciones de concluir:

Que tal como debe ser, la creación de ius cogens internacional corresponde a la comunidad internacional de Estados, sin que sea indispensable recurrir al criterio del más alto tribunal internacional: la Corte Internacional de Justicia.

## BIBLIOGRAFÍA

ANZILOTTI, Dionisio. *Curso de Derecho Internacional*, Trad. de la 3ª edición italiana por Julio López Olivian, T.I, Ed. Reus, Madrid, 1935.

ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Primer Curso de Derecho Internacional Público*, 4ª ed., México, Porrúa, 1999.

BARBERIS, Julio A. *Formación del Derecho Internacional*, 4ª ed., Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1994.

\_\_\_\_\_. *Fuentes del Derecho Internacional*, La Plata Argentina, s.e, Editorial Platense, 1973.

BECERRA RAMÍREZ, Manuel. *Derecho Internacional Público*, 1ª ed., México, Mc Graw-Hill, 2001.

CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol. *Prácticas de Derecho Internacional Público*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1978.

DIENA, Julio. *Derecho Internacional Público*, Trad. de la 3ª ed italiana con referencia al derecho español por J.M. Trias de Bes y J. Quero Morales, Barcelona España, Bosch, 1932.

DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, T.I, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1976.

FERNÁNDEZ-FLORES, José Luis. *Derecho Internacional Público*, s.e., Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., 1980.

FIGUEROA, Luis Mauricio. *Derecho Internacional*, 1ª ed., México, Editorial Jus, 1991.

GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. *El ius cogens internacional*, 1ª reimpresión a la 1ª ed., México, IIJ-UNAM, 2003.

\_\_\_\_\_. *El ius cogens y Ius Naturale*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado del Instituto de Investigaciones Jurídicas, No. 50, Año XVIII, Mayo-Agosto, UNAM, 1984.

GROS ESPIELL, Héctor. *No Discriminación y Libre Determinación como Normas Imperativas de Derecho Internacional con especial referencia a los Efectos de su Negación sobre la Legitimidad de los Estados que violan o desconocen esas Normas Imperativas*, sin datos de edición.

GUERRA MALO, Braulio. *Compendio de Derecho Internacional*, 1ª ed., Gobierno del Estado de Querétaro, México, Universidad Autónoma de Querétaro, 1994.

HERRERO Y RUBIO, Alejandro. *Derecho Internacional Público*, T.I, 4ª ed., Valladolid España, Gráficas Andrés Martín, 1979.

KELSEN, Hans. *Principios de Derecho Internacional Público*, trad, al español por Hugo Camiños y Ernesto Ermida, Buenos Aires Argentina, s.e, Editorial Buenos Aires, 1965.

KOROVIN Y.A. *Derecho Internacional Público*, versión española de la 1ª ed. por Juan Villalba, México, Grijalbo, 1963.

KUNZ, Josef L. *Teoría General del Derecho Internacional*, s.e, México, s. Edit., s.f.e.

LÓPEZ-BASSOLS, Hermilo. *Derecho Internacional Público Contemporáneo*, sin datos de edición.

MARCIONNI, Nelson Daniel. *Opiniones Consultivas de la Corte Internacional de Justicia*, en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Vol. 4, No. 1, Argentina, Editorial Nueva Serie, 1996.

MENDEZ SILVA, Ricardo & Alonso Gómez-Robledo Verduzco. *Derecho Internacional Público*, 1ª ed., UNAM-IIJ, México, Colección Introducción al Derecho Mexicano, 1983.



MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Introducción al Derecho Internacional Público*, 7ª ed., Madrid, Editorial Atlas, 1979.

NUÑEZ Y ESCALANTE, Roberto. *Compendio de Derecho Internacional Público*, s.e., México, Editorial Orión, 1970.

ORTIZ AHLF, Loretta. *Derecho Internacional Público*, 2ª ed., 8ª reimpresión, México, Oxford, 2002.

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 2ª ed., Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Sec. Publicaciones Madrid, 1983.

PAZ BARNICA, Edgardo. *Lecciones de Derecho Internacional Público*, s.e, Madrid, Ediciones Cultura-Hispánica del Instituto de Cooperación Iberoamericana, 1984.

REUTER, Paul. *Derecho Internacional Público*, Trad. por José Puente Egido, s.e, Barcelona España, Bosch, 1987.

ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público*, aumentada y corregida, de la versión castellana, con notas y bibliografía por Fernando Jiménez Artigues, 2ª ed., Barcelona, Ediciones Ariel, 1960.

SEARA VÁZQUEZ, Modesto. *Derecho Internacional Público*, 20ª ed., México, Porrúa, 2003.

SEPÚLVEDA, Cesar. *Derecho Internacional*, 18ª ed., México, Porrúa, 1997.

\_\_\_\_\_. *Los Modos de Creación de Normas Jurídicas en el Sistema Internacional de Estados*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XXII, No. 65, Mayo-Agosto, IIJ, UNAM, 1989.

SIERRA, Manuel J. *Curso de Derecho Internacional Público*, s.e. s. edit, México, 1946.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Derecho Internacional Público*, 2ª ed., México, s. Edit., 1955.

SORENSEN, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*, 1ª ed. en español, 3ª reimpresión, México, FCE, 1985.

TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Fundamentos de Derecho Internacional Público*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 1977.

VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*, trad. por Antonio Truyol y Sierra, 6ª ed., Madrid, Editorial Aguilar, 1978.