

CAPÍTULO IV
FUENTES DEL
DERECHO INTERNACIONAL

Abordar las fuentes del derecho internacional, nos lleva a plantear filosóficamente las fuentes propias del derecho. En este sentido la ciencia jurídica trata de mostrar fuentes formales y fuentes materiales. En este aparte no nos ocuparemos de las fuentes materiales, pero observaremos la existencia de ciertos hechos que logran plasmarse positivamente en acuerdos internacionales, que son por si solos fuentes formales, en circunstancias que materialmente nos permiten tener una fuente de derecho. así entonces se presenta la siguiente clasificación que no pretende ser la única posible.

1. LOS TRATADOS INTERNACIONALES

El Estatuto faculta en su Art. 38 a la Corte Internacional de Justicia para aplicar en los litigios, en primer lugar, “las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes”.

Se entiende por tratado internacional, según la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969, “un acuerdo internacional celebrado entre Estados por escrito 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”.

El Estatuto de la Corte distingue entre convenciones generales y particulares, a saber: 1) Las convenciones generales: Son aquéllas que crean derechos y obligaciones erga omnes, esto es, para la comunidad internacional. Algunos autores consideran como tratados normativos o tratados-leyes el Tratado sobre renuncia de la guerra, de 1928, o la Carta de las Naciones Unidas, de 1945. Oppenheim anotó que “sólo se consideran como fuentes del derecho internacional aquellos tratados que establecen nuevas reglas generales relativas a la conducta internacional futura o que confirman, definen, o derogan normas de carácter general

consuetudinarias o pactadas”. (Oppenheim & Lauterpacht, 1963) controversia que existe en torno a si existe un derecho internacional obligatorio erga omnes, o sea el *ju cogens* o *ju dispositivum*. 2) Las convenciones particulares: Son aquéllas que crean derechos y obligaciones entre dos o más Estados que, por lo general, sólo interesan a los contratantes. Así, por ejemplo, los tratados-contratos, como los de límites. (Corte Internacional de Justicia, 2016)

2. LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

En palabras de Oppenheim, “la costumbre es la más antigua y originaria fuente del derecho internacional en particular, así como del derecho en general” (Oppenheim & Lauterpacht, 1963). Sin embargo, la costumbre internacional no es la fuente principal del derecho internacional, sino su fuente subsidiaria, de acuerdo con la práctica general actual. Esto, además, lo confirma el Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia cuando afirma que la costumbre internacional es la prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho. (Corte Internacional de Justicia, 2016)

Hay costumbre internacional, según Oppenheim, “cuando se ha desarrollado un definido y continuo hábito de llevar a cabo ciertos actos con la convicción de que, con arreglo a derecho internacional, son obligatorios o justos” (Oppenheim & Lauterpacht, 1963) .

Reuter anotó que:

la norma consuetudinaria surge de una práctica general que la reconoce y respeta Su contenido es, sin embargo, impreciso a veces y cambiante según el tiempo y el lugar y 2 son los elementos constitutivos de la costumbre internacional: 1) La práctica (*diuturnitas*): está constituida por un cierto número de actos (precedentes), suficientemente reiterados y acaecidos en el medio internacional, convencionalmente ligados los unos de los otros (consuetudo), y 2) La *opinio juris sive necessitatis*: la convicción (elemento psicológico) de que tales actos reiterados corresponden a la ejecución de una obligación jurídica. (Reuter, 1959)

Los glosadores, al caracterizar los elementos de la costumbre, reafirmaron la definición romana de *inveterata consuetudo est opinio juris sive necessitatis*.

Guggenheim, afirma que la costumbre es la repetición continua, a través del tiempo, de actos en un mismo sentido (positivo, negativo o neutral), con la convicción de que se trata de una regla jurídica obligatoria. Hay que distinguir, por lo tanto, la costumbre del uso; este último es un mero hecho, desprovisto de carácter obligatorio, como en el caso de la cortesía internacional (*comitas gentium*) (Guggenheim, 1953).

La Corte Internacional de Justicia, en sentencia del 20 de febrero de 1969, dijo claramente:

Los actos considerados [consuetudinarios] no sólo deben presentar una práctica constante, sino que además deben atestiguar por su naturaleza o la manera como se realizan la convicción de que esta práctica se ha convertido en obligatoria por la existencia de una regla de derecho. La necesidad de semejante convicción, es decir, la existencia de un elemento subjetivo, está implícita en la noción misma de la *opinio juris sive necessitatis*. Los Estados interesados deben, pues, tener el sentimiento de que se conforman a lo que equivale a una obligación jurídica. Ni la frecuencia ni incluso el carácter habitual en el campo del protocolo, por ejemplo, que se realizan casi invariablemente, pero que están motivados por simples consideraciones de cortesía, de oportunidad o de tradición, y no por sentimiento de una obligación jurídica (*República Federal de Alemania v. Dinamarca & Países Bajos*, 1969).

Como ejemplos de reglas consuetudinarias en el pasado se pueden citar la libertad de los mares, las inmunidades diplomáticas, el mar territorial, la regla *pacta sunt servanda*, etc. Actualmente, como reglas consuetudinarias aún no codificadas, se pueden citar la responsabilidad internacional, el reconocimiento y la sucesión de Estados, etc.

La costumbre internacional tiene, empero, varios problemas: es imprecisa y tarda en manifestarse plenamente. Es, además, cambiante, según el tiempo y las circunstancias. Por ejemplo, el límite del mar territorial. La costumbre internacional es tal si no provoca la reacción de otros Estados. Tal como lo observó Guggenheim, “la creación de las reglas consuetudinarias se caracteriza por el hecho de que son los destinatarios de las mismas quienes comprueban su existencia, sin que sea posible conocer de una manera racional las diferentes etapas por la que ha pasado una norma consuetudinaria en su creación” (Guggenheim, 1953).

La costumbre internacional puede ser no sólo universal o general, sino también regional y hasta binacional. Así lo ha reconocido la Corte Internacional de Justicia:

En la costumbre cabe distinguir, por su amplitud territorial, dos grandes grupos: costumbres generales o universales y costumbres particulares. Dentro de estas últimas cabe, a su vez, diferenciar las regionales y las locales o bilaterales. Las costumbres generales tienen ámbito universal y obligación en principio a todos los Estados, salvo que se hayan opuesto a la misma en el período de formación de manera expresa. Éste ha sido el criterio constante de la jurisprudencia internacional en la materia. El litigante que se oponga a que le sea aplicada una costumbre general habrá de probar que la ha rechazado en el período de formación (*República Federal de Alemania v. Dinamarca & Países Bajos*, 1969).

La Corte Internacional de justicia, en su sentencia del 12 de abril de 1960, concluyó que “el Tribunal no ve razón para que una práctica prolongada y continua entre dos Estados, práctica aceptada por ellos como reguladora de sus relaciones, no constituye la base de derechos y obligaciones entre dos Estados” (*Portugal v. India*, 1960).

Algunos autores sostienen que la costumbre internacional general obliga a todos los Estados, aunque no hayan participado en su formación. Esta afirmación es, empero, exagerada, pues la regla consuetudinaria,

por universal que sea, no puede obligar a un Estado si ella atenta contra sus derechos soberanos o la ha rechazado en el período de su formación, pero no existe una clara precisión sobre la existencia de una regla consuetudinaria y casi siempre el Estado que la invoca está obligado a probarla en una controversia contra otro Estado. Así, la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 1950, dijo:

La parte que invoca una costumbre de esta naturaleza debe probar que se ha constituido de tal manera que se ha hecho obligatoria para la otra parte. El gobierno de Colombia debe probar que la regla de que se prevalece está de acuerdo con un uso constante y uniforme practicado por los Estados en cuestión, y que este uso traduce un derecho perteneciente al Estado que concede el asilo y un deber que incumbe al Estado territorial. (Colombia vs Perú, 1950)

De acuerdo con la doctrina positivista la fuerza obligatoria de la costumbre internacional sigue fundándose en la voluntad de los Estados. En este sentido el ya extinto Tribunal Permanente de Justicia Internacional afirmó “las reglas de derecho que vinculan a los Estados emanan de la voluntad de estos” y, en suma, la fuerza obligatoria de la costumbre internacional emana de la voluntad libre y soberana de los Estados a través del consentimiento, no de la imposición.

3. LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Entre los dos medios auxiliares que el art. 38.1 d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia menciona encontramos las “decisiones judiciales”, más conocidas por jurisprudencia. Su misión no es la de crear derecho, sino la de ser un medio “para determinar las reglas de Derecho”.

Otra cuestión que resta por examinar es la obligatoriedad de las sentencias manifiestan por los tribunales internacionales. Está claro que el derecho internacional. no conoce, al contrario del Common Law, el sistema de los *precedentes judiciales* obligatorios en el futuro. Ello viene avalado por la misma naturaleza del derecho internacional, que se encuentra en una continua evolución y, además, porque la existencia

de un precedente jurisprudencial no excluye la prueba en contrario que se pueda presentar contra el mismo. Existe, por otra parte, en el propio Estatuto -el art. 59- una disposición que nos dice sobre la decisión del Tribunal que *“no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”*

En puridad de principios la cuestión no admite discusión; pero en la práctica las consecuencias para los casos futuros que puedan plantearse son distintas. Hemos comentado ya el respeto que el propio Tribunal siente por su jurisprudencia anterior, y este hecho tiene necesariamente que proyectar su influencia sobre los demás Estados, distintos a las partes en litigio, que deseen llevar en el futuro sus litigios ante el Tribunal, engendrando entre ellos el convencimiento de que los precedentes jurisprudenciales serán tenidos en cuenta.

Hoy en día actúan o actuaron diversos tribunales, que vamos a enumerar:

1. El Tribunal Permanente de Arbitraje, cuya sede está en La Haya y que facilita a los Estados una lista de árbitros, para que éstos puedan formar los tribunales arbitrales que crean necesarios.
2. El Tribunal Internacional de Justicia, con sede en La Haya, que es el órgano judicial principal de la Organización de las Naciones Unidas, y que está dotado de competencia contenciosa y consultiva.
3. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, con sede en Luxemburgo, y que es competente para conocer los asuntos relacionados con la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, la Comunidad Europea y la Comunidad Europea de Energía Atómica.
4. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo.
5. Las Comisiones Mixtas de los Tratados de Paz de la Segunda Guerra Mundial. En los mismos se prevé la formación de las

Comisiones que afectan a Italia, Hungría, Finlandia, Bulgaria, Austria, Japón y los países firmantes de los Tratados de la otra parte.

6. Los Tribunales administrativos siguientes:
 - a) El de la Organización de las Naciones Unidas. con sede en Nueva York.
 - b) El Tribunal Administrativo de la OIT, con sede en Ginebra y con competencia para resolver los litigios de los funcionarios de la OIT, UNESCO, OMS, UIT, OMM, FAO, Y GATT.
7. No se agitan con estos Tribunales anteriores todos los de carácter internacional, ya que existen otros, entre los que cabe señalar la jurisdicción que ejerce el Consejo de la Organización de Aviación Civil Internacional, con sede en Montreal, el Tribunal de Navegación del Rin y una Comisión Central de Apelación en Estrasburgo. Con ello queremos decir que la justicia internacional cada día cuenta con mayor número de órganos que la ejerzan con carácter de continuidad.

4. LA DOCTRINA

Las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, conforme al art. 38 del Estatuto de la corte es otro medio auxiliar para la determinación de las reglas internacionales.

La misión de la doctrina es hoy mucho más limitada, pues principalmente sirve para dar fe de la existencia de determinadas costumbres internacionales, y, el testimonio de los *iusinternacionalistas* tiene un papel relevante por el valor documental que pueden revestir sus opiniones; por ejemplo, sobre la vigencia de una costumbre para determinado Estado, cuando de éste es nacional el jurista que emitió aquella opinión. El valor de una doctrina se acrecienta cuando emana de una institución científica prestigiosa y no vinculada a un determinado Estado.

Debido a la complejidad del derecho internacional, por la falta de códigos y normas positivas definidas que regulen su estudio, los doctrinantes han desempeñado un papel muy importante en su estudio, comprensión y difusión.

5. LOS ACTOS UNILATERALES COMO FUENTE DE DERECHO INTERNACIONAL.

A pesar de no estar incluidos como fuentes dentro del Estatuto de la Corte Internacional, se deben considerar como tales las Decisiones del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas en materia propia de su competencia y las decisiones unilaterales de los Estados.

a. Decisiones del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas

De acuerdo al art. 25 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, el único órgano que puede tomar decisiones obligatorias, inclusive para los Estados no miembros, es el Consejo de Seguridad.

Art. 25: Los Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta.

Es claro que las decisiones del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas que obligan son aquellas proferidas dentro del ámbito de su competencia, que no es otro que los asuntos referidos a la guerra o a la paz.

En cuanto a las resoluciones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, algunos autores les confieren el carácter de fuente de derecho internacional, debido a que reúnen en su seno a la mayoría de los Estados del planeta. Sin embargo, según la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, estas resoluciones no obligan; son

meras recomendaciones que si los países desean las pueden incluir en su derecho interno o no. Si la voluntad de los países al crear la Organización de las Naciones Unidas fue negarle a la Asamblea General el carácter de órgano legislativo supranacional, es precisamente por cuanto no deseaban que sus resoluciones fuesen obligatorias sin haber sido incorporadas a cada legislación en particular. Esto no descarta la posibilidad de que se presente una interacción entre costumbre y resoluciones de la Asamblea General.

Otra cosa es que dichas resoluciones en un momento dado puedan declarar, cristalizar o generar una costumbre internacional, en cuyo caso la fuente será la costumbre, y no la resolución propiamente dicha.

b. Actos unilaterales internacionales

Por actos unilaterales internacionales se entiende una manifestación de voluntad autónoma de un sujeto de derecho internacional destinada a producir o impedir que se produzcan determinados efectos jurídicos.

De esta definición se deduce que el acto debe producir efectos jurídicos como obligar al Estado que lo realiza en determinado sentido, o impedir que se produzca una consecuencia o consolide una determinada situación jurídica, como ocurre con la protesta.

Por “forma autónoma” entendemos que no necesita otro acto jurídico para que adquiera validez u obligatoriedad, basta con que se produzca el acto en sí mismo. En esto se distingue de los actos jurídicos derivados, como la reserva, denuncia de un tratado, ratificación o adhesión de un tratado, que son meras etapas de un tratado, las últimas, y las primeras necesitan aceptación del destinatario, por tanto, dependen de otro u otros actos para que produzcan efectos jurídicos.

En consecuencia, el acto unilateral se produce con la sola manifestación de voluntad destinada a producir el efecto jurídico deseado, sin necesidad de que el destinatario lo acepte¹.

El *Estoppel* -de origen inglés- parece cuando “una Parte, por sus declaraciones, sus actos o sus comportamientos, ha llevado a otra parte a creer en la existencia de un cierto estado de cosas en base a cuya creencia le ha incitado a actuar o a abstenerse de actuar, de tal modo que de ello ha resultado una modificación de sus posiciones relativas (en perjuicio de la segunda, o en beneficio de la primera, o ambas cosas a la vez), la primera no podrá, por *Estoppel*, establecer frente a la segunda un estado de cosas diferente del que ha representado anteriormente como existente”. (Díez-Picazo, 2014)

i. Oponibilidad de los actos unilaterales frente a terceros estados

En el estado actual de desarrollo del DERECHO INTERNACIONAL la contestación debe ser en principio negativa, ya que por definición los actos unilaterales sólo atribuyen derechos a terceros, pero no obligaciones (Monroy Cabra, 2005).

Los actos jurídicos unilaterales pueden ser una fuente del DERECHO INTERNACIONAL cuando dan origen a una práctica consuetudinaria que termina cristalizando en una norma de DERECHO INTERNACIONAL; pero no debemos confundir el origen y el procedimiento de creación de esa norma con la norma misma ya creada.

¹ En términos generales, el Estado queda vinculado por sus propias declaraciones, lo que significa que el contenido de un acto unilateral es oponible al autor del mismo en virtud del principio de la buena fe, declarado por la Res. 2625 de la Asamblea General de Naciones Unidas como uno de los principios constitucionales del ordenamiento internacional de nuestros días.

ii. Elementos

Para que exista acto unilateral internacional se necesitan los siguientes elementos:

1. Que el acto jurídico se produzca por parte de un solo Estado.
2. Que esté dirigido a otro Estado.
3. Que sea autónomo o que no dependa de otro acto jurídico.

iii. Clases

La doctrina distingue los siguientes actos unilaterales: notificación, reconocimiento, protesta, renuncia y promesa.

A) Notificación: es el acto jurídico por el cual un Estado pone en conocimiento de otro un hecho o la determinación de ejecutar o no determinada conducta que genera consecuencias jurídicas.

La notificación puede ser facultativa u obligatoria. Es facultativa cuando es voluntaria su notificación, como en la ruptura de relaciones diplomáticas, y obligatoria, cuando está especificada en un tratado internacional, como ocurre en el tratado de 1967 sobre asuntos especiales, que obliga en su art. 5° la notificación de todo fenómeno peligroso descubierto en el espacio extra-atmosférico.

B) Reconocimiento: “Es el acto por el cual un Estado acepta como legítimo un determinado estado de cosas o una pretensión. El reconocimiento obliga al Estado que realiza el acto a no negar la legitimidad del estado de cosas o de la pretensión reconocida”. Ejemplo: la nota de la Cancillería Colombiana respecto a Los

Monjes en 1952 remitida a Venezuela. Reconocimiento de Estados o de Gobiernos.

- C) **Protesta:** Acto mediante el cual un Estado se opone a una determinada actuación de otro Estado, evitando así que se consolide la pretensión ajena (principio de *Estoppel*). Sería el caso, por ejemplo, de que un país amplíe sus fronteras unilateralmente y el país vecino perjudicado no se oponga o proteste por este hecho. Al actuar como si se estuviese de acuerdo con un hecho determinado, se reconoce el derecho que de él se deriva, sin que se pueda posteriormente retractar de la acción.
- D) **Renuncia:** Es el abandono de un derecho en forma voluntaria y expresa.
- E) **Declaración:** es una promesa unilateral por la cual se comunica la intención de actuar o no actuar en determinado sentido. La doctrina la ha asimilado con el principio de *Estoppel* inglés, que resume así el tratadista Miaja de la Muela: “Existe cuando una determinada persona, con sus palabras o por su conducta, produce en otra la creencia de la existencia de un determinado estado de cosas y la induce a actuar de manera que altere su anterior situación jurídica: el primero no puede alegar frente al segundo que el estado de cosas era diferente”.

Hay casos en que se refiere a manifestaciones unilaterales de un Estado en conferencias de prensa y foros internacionales como la Asamblea de la Organización de las Naciones Unidas sobre la terminación de ensayos de material bélico en la atmósfera.