



***Apuntes sobre las Fuentes
del Derecho Internacional***
Luis L. Córdova Arellano
www.cordovaluis.org
2010

APUNTES SOBRE LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

Luis L. Córdova Arellano

Profesor de Derecho Internacional

Facultad de Derecho, UNAM

Febrero de 2010.

lcordovaa@derecho.unam.mx

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

Las siguientes notas fueron tomadas de José Luis Vallarta Marrón (JLVM), *Derecho Internacional Público*, Porrúa, 2006, pp. 29-60.

Las fuentes del Derecho Internacional público (DIP) se enuncian en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (ECIJ).

La Carta de las Naciones Unidas (la Carta) establece en su artículo 93 que “todos los miembros de las Naciones Unidas son ipso jacto partes en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.”

El artículo 38 del ECIJ establece lo 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 reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto 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.

Fuente: <http://www.sre.gob.mx/tratados/>

Existe cierto consenso para considerar a este artículo como meramente enunciativo y no limitativo de las fuentes del DIP.

2.- Ciertas resoluciones de la AG-NU

Ciertas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AG-UN) pueden considerarse como fuente del DIP. Estas resoluciones que son aprobadas por un “consenso cuasilegisaltivo” no tienen muchos votos en contra ni tampoco muchas abstenciones. Se les considera prueba de una “*opinio iuris*”. JLVM expresa que “pueden tener valor normativo o ser un medio para determinar la existencia de una *opinio iuris*.” (JLVM, DIP, p. 32).

En Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares (1996, www.icj-cij.org), la CIJ expresó que las resoluciones de la AG-UN que prohíben en uso de armas nucleares en las relaciones internacionales no son obligatorias, sino recomendatorias, en virtud de que fueron aprobadas con múltiples votos en contra y abstenciones.

Aunque hay que aclarar que en atención a que las armas nucleares no distinguen entre combatiente y civil, y como el Derecho Internacional Humanitario ordena que en los conflictos armados, los combatientes distingan entre combatientes y no combatientes, luego entonces, el uso de armas nucleares no está permitido en las relaciones internacionales.

Cito a la CIJ:

“22. La Corte observa que los Estados poseedores de armas nucleares que comparecieron aceptaron o no negaron que la independencia de su acción estaba efectivamente restringida por los principios y normas del derecho internacional, en particular por el derecho humanitario”.

...

78. Los principios cardinales contenidos en los textos que constituyen la esencia del derecho humanitario se enumeran a continuación. El primero, relacionado con la protección de la población civil y los bienes de carácter civil, distingue entre combatientes y no combatientes...”

...

D. Por unanimidad,

La amenaza o el empleo de las armas nucleares debe ser también compatible con los requisitos del derecho internacional aplicables a los conflictos armados, particularmente los principios y normas del derecho internacional humanitario, así como las obligaciones concretas contraídas en virtud de los tratados y otros compromisos que se refieren concretamente a las armas nucleares;...”

70. La Corte observa que las resoluciones de la Asamblea General, aunque no son vinculantes, pueden a veces tener valor normativo. **En ciertas circunstancias pueden proporcionar pruebas importantes para determinar la existencia de una norma o la aparición de una opinio iuris.** Para saber si una determinada resolución de la Asamblea General cumple ese recaudo, hay que examinar su contenido y las condiciones en que se aprobó; también hay que ver si existe una opinio iuris en cuanto a su carácter normativo. Puede ocurrir asimismo que una serie de resoluciones muestre la evolución gradual de la opinio iuris necesaria para el establecimiento de una nueva norma.

71. Examinadas en su conjunto, las resoluciones de la Asamblea General que se han presentado ante la Corte declaran que el empleo de armas nucleares constituye "una violación directa" de la Carta de las Naciones Unidas y en algunos casos establecen que "debería prohibirse" su uso. Esas resoluciones se han centrado algunas veces en asuntos conexos de diversa índole; no obstante, varias de las resoluciones que se están examinando en el presente caso han sido aprobadas con numerosos votos en contra y abstenciones; así, aunque son un claro indicio de la profunda preocupación que existe con respecto al problema de las armas nucleares, todavía distan de establecer la existencia de una opinio iuris sobre la ilegalidad del empleo de esas armas.

Otro posible ejemplo. Desde 1992 la AG-UN presenta una resolución titulada “Necesidad de terminar el embargo económico, comercial y financiero impuesto por los EUA contra Cuba”. El siguiente cuadro muestra las votaciones obtenidas por año:

AÑO	FAVOR	CONTRA	ABSTENCIÓN
1992	59 (34.10%)	3 (2.25%)	71 (53.38%)
1993	88 (59.06%)	4 (2.68%)	57 (38.25%)
1994	101 (66.88%)	2 (1.32%)	48 (31.78%)
1995	117 (74.05%)	3 (1.89%)	38 (24.05%)
1996	137 (83.03%)	3 (1.81%)	25 (15.15%)
1997	143 (87.73%)	3 (1.84%)	17 (10.42)
1998	157 (91.81%)	2 (1.16%)	12 (7.01%)
1999	155 (93.93%)	2 (1.21%)	8 (4.84%)
2000	167 (95.97%)	3 (1.72%)	4 (2.29%)
2001	167 (96.53%)	3 (1.73%)	3 (1.73%)
2002	173 (96.11%)	3 (1.66%)	4 (2.22%)
2003	179 (97.28%)	3 (1.63%)	2 (1.08%)
2004	179 (97.28%)	4 (2.17%)	1 (0.05%)
2005	182 (97.32%)	4 (2.13%)	1 (0.05%)
2006	183 (97.34%)	4 (2.12%)	1 (0.05%)
2007	184 (97.35%)	4 (2.11%)	1 (0.05%)
2008	185 (97.36%)	3 (1.57%)	2 (1.05%)
2009	187 (97.35%)	3 (1.56%)	2 (1.04%)

Fuente: General Assembly, Resolutions,
<http://www.un.org/documents/resga.htm>

Es de notar que a partir del año 1998, dicha resolución alcanzó un consenso arriba del 90 por ciento de votos a favor y desde 1992 nunca alcanzó votos en contra de arriba del 3%. Además, a partir del año 2000, las abstenciones no superaron el 4%, llegando en ocasiones al 1% de abstención.

¿Es este un ejemplo de una resolución de la AG-NU que representa una norma internacional, una opinio iuris?

3.- Resoluciones del Consejo de Seguridad en aplicación del capítulo VII de la Carta.-

Las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CS-UN) en materia del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales genera derechos y obligaciones. Son fuente del DIP.

El capítulo VII de la Carta establece las facultades del CS-NU en materia de mantenimiento de la paz y salvaguarda de la seguridad internacional.

Algunas de dichas facultades son las siguientes:

- 1.- Determinar la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas. (Art. 39).
- 2.- Podrá instar a las partes interesadas a que cumplan con las medidas provisionales que juzgue necesarias o aconsejables (Art. 40).
- 3.- Podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones (Art. 41);
- 4.- Podrá instar a los Miembros de las NU a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas (Art. 41);
- 5.- Si estima que las medidas que no implican el uso de la fuerza armada son inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de Miembros de las UN (Art. 42).

El capítulo VII de la Carta establece obligaciones para los miembros de las NU:

- 1.- De “poner a disposición del Consejo de Seguridad, cuando éste lo solicite, y de conformidad con un convenio especial o con convenios especiales, las fuerzas armadas, la ayuda y las facilidades, incluso el derecho de paso, que sean necesarias para el propósito de mantener la paz y la seguridad internacionales.” (Art. 43).
- 2.- De ejercer la acción requerida para llevar a cabo las decisiones del CS-NU para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales según lo determine el CS-NU (Art. 48).
- 3.- De prestarse ayuda mutua para llevar a cabo las medidas dispuestas por el CS-NU.

Este capítulo VII establece el derecho de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado, “hasta que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales.” (Art. 51).

4.- Resoluciones de organizaciones internacionales.-

Para que las organizaciones internacionales emitan resoluciones vinculantes, su tratado constitutivo debe otorgarle poderes legislativos a ciertos órganos.

Algunas organizaciones especializadas emiten resoluciones vinculantes en razón de su especialidad, como es el caso de la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI). Su consejo puede adoptar decisiones obligatorias en ciertas materias y circunstancias.

5.- Los actos unilaterales

Se definen como “una manifestación de voluntad no equívoca del Estado... con la intención de producir efectos jurídicos.” (JLVM, DIP, p. 34).

En el 2007, la Comisión de Derecho Internacional (ILC, por sus siglas en inglés) aprobó los principios rectores sobre los actos unilaterales *strictu sensu*, “es decir, los que adoptan la forma de declaraciones formales formuladas por un Estado con la intención de producir obligaciones en virtud del derecho internacional.” [Fuente: ILC, A/CN.4/L.703, 20/jul/2007, “Conclusiones de la Comisión de Derecho Internacional sobre los actos unilaterales de los Estados”, en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G06/629/15/PDF/G0662915.pdf?OpenElement>]

Uno de esos principios rectores de los actos unilaterales de los Estados es que “de la declaración unilateral de un Estado no puede resultar ninguna obligación para los demás Estados.”

Un ejemplo de acto unilateral es la declaración de Francia mediante la cual se obligó a terminar las pruebas nucleares atmosféricas realizadas en el Pacífico y realizar pruebas nucleares subterráneas. Esta declaración unilateral del estado Francés perfeccionó un compromiso jurídico vinculante sin necesidad de contrapartida.

Sus elementos son:

- 1.- El acto emana de un solo sujeto de derecho internacional;
- 2.- Su eficacia no depende de otro acto jurídico; y
- 3.- No produce obligaciones para terceros (JLVM, DIP, p. 35).

No se requiere una forma específica para que sea válido, pero sí debe ser hecho por un funcionario con pleno poder.

Otros ejemplos de actos unilaterales de los Estados como fuente del DIP que argumenta JLVM son los siguientes:

1.- El Estoppel. Para explicar este punto, JLVM propone que si un Estado X se propone como conciliador en un conflicto de intereses entre dos o más Estados y uno de los Estados en conflicto lo acepta, el Estado X ya no puede rechazar se conciliador.

Propuesta de definición: “conducta positiva clara y no ambigua, voluntaria e incondicional de un Estado que, de ser cambiada o revocada, causaría perjuicio en otro Estado, contraviniendo los principios de buena fe y consistencia en las relaciones internacionales.” (Fuente: Odriozola Mariscal, Carlos Enrique, “Tratados y sucesión de Estados”, en Varios, *Perspectivas del Derecho en México, Concurso Nacional de Ensayo Jurídico, 2000*, IJ-UNAM, México, D.F., 2001, p. 121).

2.- La Aquiescencia. El ejemplo que otorga el autor es el caso de las Islas Malvinas. La República Argentina no renunció a la soberanía sobre dichas islas, a pesar de ser ocupadas por el Reino Unido. Si la República Argentina hiciera silencio respecto de la ocupación británica de las Islas Malvinas, estaría aceptando la soberanía del reino Unido sobre las mismas. Es decir, otorgaría la aquiescencia.

Cabe señalar que la Cumbre de América Latina y el Caribe (CALC, Cancún, México, febrero de 2010), se pronunció contra la ocupación ilegal británica de las islas Malvinas.

Propuesta de definición de aquiescencia: “conducta negativa consistente en la falta de protesta en relación con un hecho determinado, cuando esta propuesta es razonablemente esperada”. (Odriozola Mariscal, Carlos Enrique, Op. Cit., p. 121.)

El 26 de junio de 1945, el gobierno mexicano emitió la “Declaración sobre el Reconocimiento de la Jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, de conformidad con el Artículo 36, párrafo 2 del Estatuto de la Corte”, mediante la cual se establece lo siguiente:

Para cualquier controversia de orden jurídico que pudiera suscitarse en lo futuro, entre los Estados Unidos Mexicanos y algún otro país, por hechos posteriores a la presente Declaración, el Gobierno de México reconoce como obligatoria ipso facto y sin necesidad de convenio especial, la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, de conformidad con el Artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la misma, respecto a cualquier otro Estado que acepte igual obligación, es decir, a base de estricta reciprocidad. Esta Declaración, que no es aplicable a aquellas controversias emanadas de asunto que, en opinión del Gobierno de México, sean de la jurisdicción interna de los Estados Unidos Mexicanos, surtirá sus efectos por un período de cinco años, a partir del 1° de marzo de 1947, y de allí en adelante continuará en vigor hasta seis meses después de la fecha en que el Gobierno de México notifique que la ha derogado. (Fuente: <http://www.sre.gob.mx/tratados/>)

Si bien esta declaración se le cuestiona en la parte que establece que “que no es aplicable a aquellas controversias emanadas de asunto que, en opinión del Gobierno de México, sean de la jurisdicción interna de los Estados Unidos Mexicanos”, es un acto unilateral del Estado mexicano.

6.- *Tratados internacionales.-*

En relación a los tratados internacionales, el preámbulo de **la Carta** establece que “nosotros los pueblos de las naciones unidas resueltos ... a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional... hemos decidido aunar nuestros esfuerzos para realizar estos designios.” (Fuente: <http://www.sre.gob.mx/tratados/>) Esto significa que la Carta hace mención especial a los tratados por encima de otras fuentes del DIP.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, **define** a los tratados como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.” (Fuente: <http://www.sre.gob.mx/tratados/>)

Los tratados internacionales reciben otros nombres, tales como: convenciones, convenio, carta, pacto, acuerdo, protocolo, etc.

Cabe señalar que los nuevos Estados prefieren los tratados como fuente del DIP y en cuya negociación hayan participado.

Los tratados se clasifican en bilaterales, multilaterales, de carácter o vocación universal o mundial, regionales y subregionales.

El fundamento de valides de los tratados es el principio de *pacta sunt servanda*(los pactos deben cumplirse de buena fe).

¿Pueden darse los tratados verbalmente? La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 lo define como un acuerdo por escrito. Pero existen tratadistas que consideran que sí pueden darse tratados verbales. Uno de ellos es Paul Reuter, *Introducción al Derecho de los Tratados*, trad. Eduardo L. Suárez, UNAM-FCE, México, D.F.; 2ª ed., 2001. Este autor dice que la expresión de voluntades de las partes concurrentes puede expresarse por el comportamiento verbal de las partes (Reuter, Op. Cit., párrafos 66 y 68). JLVM aclara que un tratado verbal no podría hacerse valer ante los órganos de las NNUU en virtud de que, conforme al artículo 102 de la Carta, los tratados deben ser publicados y registrados en el sistema de las NU. Aunque la falta de registro no invalida la existencia de un tratado sino que no se podrá hacer valer ante las NNUU.

7.- *La costumbre*

Muchas de las normas consuetudinarias han sido codificadas. De esta manera se les dota de precisión escrita.

Dice JLVM que “la costumbre fue durante muchos siglos la fuente principal, pero la complejidad creciente de las relaciones internacionales hizo que ésta fuera insuficiente; en efecto no podemos imaginarnos que cuestiones actuales tales como relaciones económicas, financieras, de telecomunicaciones, sociales y otras fueran reguladas sin que sus normas fueran incorporadas en tratados.” (JLVM, DIP, p. 38).

Ciertas normas internacionales pueden tener carácter consuetudinario y convencional. También, un tratado puede derogar o acotar una norma constitucional. A su vez, la costumbre puede ampliar una norma convencional.

Un ejemplo de acotamiento de una norma consuetudinaria por un tratado internacional lo es la “costumbre” de hacer la guerra. JLVM expresa que antes del sistema de las NNUU el Estado soberano tenía el derecho de hacer la guerra según sus propios intereses y criterios de seguridad nacional, pero “ese derecho consuetudinario a la guerra fue lapidariamente derogado por la Carta de la ONU.” (JLVM, DIP, p. 40).

Yo diría que fue con el Pacto de Briand-Kellog de 1928 en que la guerra deja de ser un acto jurídico para convertirse en un hecho jurídico internacional. (Ver, Sorensen, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, FCE).

Los efectos de la codificación de la costumbre son los siguientes (sólo los enunciaremos):

- 1.- Declarativo;
- 2.- Cristalizador;
- 3.- Constitutivo;

- 4.- Actualizador; y
- 5.- Derogador

Ahora bien, “tratándose de costumbres generales, éstas obligan a todos los Estados, hayan o no contribuido a su formación, mientras no se establezca que éstos la han rechazado de modo expreso en su periodo de gestación.” (JLVM, DIP, p. 40).

Una de las formas en que se manifiesta la costumbre es la correspondencia diplomática entre los Estados. Por ejemplo, el gobierno de México protestó ante autoridades de EEUU y gestionó la inmediata remoción de un tramo del muro fronterizo que se construyó en territorio mexicano. Parte del comunicado de prensa de la Secretaría de Relaciones Exteriores (S.R.E.), expresa lo siguiente:

Como parte de las inspecciones periódicas de la infraestructura fronteriza que México realiza a través de la Comisión Internacional de Límites y Aguas (CILA), recientemente se detectó que el gobierno de Estados Unidos de América (EUA) construyó un tramo de muro metálico dentro de territorio mexicano, con una longitud de aproximadamente 5 kilómetros. En algunos puntos este cerco se introduce 1.8 metros al sur de la línea fronteriza. Esta sección se ubica al oeste del monumento internacional número 29 en la zona de Palomas, Chihuahua.

La Secretaría de Relaciones Exteriores protestó de inmediato a través de una nota diplomática enviada a la Embajada estadounidense, expresando su total desacuerdo por la construcción referida y exigiendo su inmediata remoción.

El gobierno de EUA confirmó a México su plena voluntad de retirar a la brevedad posible esa sección del muro y evitar, en lo sucesivo, cualquier acción que pueda violentar territorio nacional.

Fuente: http://www.sre.gob.mx/csocal/contenido/comunicados/2007/jun/cp_167.html

Otro posible ejemplo es la comparecencia de Patricia Espinosa, secretaria de la S.R.E., en el Pleno de la Cámara de Diputados el 2 de octubre de 2007, en la que expresó lo siguiente:

En la frontera México-Estados Unidos, que hemos acordado abrir a los flujos de comercio y convertir en fuente de competitividad, se erige, paradójicamente, un muro que nos ofende. Nuestra posición es invariable. Ese muro es inaceptable para México.

Fuente: Versión estenográfica de la comparecencia de la secretaria de Relaciones Exteriores, Patricia Espinosa Cantellano, correspondiente al Análisis del Primer Informe de Gobierno del Presidente Felipe Calderón Hinojosa, llevada a cabo el martes 2 de octubre de 2007, en <http://cronica.diputados.gob.mx/>

Ahora bien, ¿puede gestarse una –digamos- “costumbre negativa”, es decir, que abstenciones repetidas puedan generar una costumbre? Sí, conforme a lo que señala JLVM, “las abstenciones repetidas pueden generar costumbre” (JLVM, DIP, p. 41). Pone como ejemplo el Caso Lotus (Francia Vs. Turquía) ante la CIJ. Además, “el abandono de una práctica puede tener efectos derogatorios.”

Por otra parte, nuestro autor señala que “manifestaciones categóricas y unánimes por un órgano como la Asamblea General de la ONU o en el seno de ciertas conferencias pueden acelerar el proceso de consolidación del Derecho consuetudinario, o bien conformar una *opinio iuris*.” Aquí cabe preguntarse si las resoluciones de condena al “embargo” (bloqueo) de los EEUU contra Cuba cabe en esta hipótesis, es decir, que dichas resoluciones, o consolidan una costumbre o una *opinio iuris*.

El ejemplo que JLVM aporta de costumbre internacional es el de la Zona Económica Exclusiva (ZEE) que, antes de la forma de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (Convención de Montego Bay de 1982), era regulada por la costumbre internacional en la que México –según lo señala Manuel Becerra Ramírez- fue pionero al definir la ZEE en su constitución en los años setenta. La Convención puede consultarse en: <http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/archivos/DERECHO%20DEL%20MAR.pdf>

Son elementos de la costumbre:

- 1.- La *inveterata consuetudo*; “práctica ininterrumpida que constituye el elemento material o histórico”;
- 2.- La *opinio iuris cive necessitatiss*; “la convicción de que la práctica es obligatoria”; JLVM, DIP, p. 42.

El problema que plantea la costumbre es su identificación. ¿Cuál práctica generalizada es aceptada como derecho? Este problema no se plantea con los tratados internacionales. Puede decirse entonces que la costumbre es también “imprecisa”, pero no por ello deja de ser una fuente legítima del DIP.

El autor señala que cuando estamos frente al derecho humanitario la *inveterada consuetudo* no se requiere. El ejemplo que nos da es el de la “cláusula Martens” (principio de humanidad). Esto significa que “el requisito de la práctica de los Estados no se aplica a la formulación de un principio o de una norma basada en leyes humanitarias dictadas por la conciencia pública. La cláusula Martens fue confirmada por los Estados cuando se especificaron ciertas reglas imperativas mínimas aplicables a los conflictos armados internos en el artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra de 1949.” (JLVM, DIP, p. 44).

*

Para la formación de la costumbre general se requiere la participación de una pluralidad de Estados. No necesariamente de todos los Estados. El autor señala que “Estados sin flota mercante no pueden participar en la formación del Derecho consuetudinario marítimo”. (JLVM, DIP, p. 44). Algo similar sucede con el espacio ultraterrestre.

También existe la costumbre regional. Ejemplo: el derecho de asilo en América Latina (CIJ, Haya de la Torre; Colombia Vs. Perú). La CIJ ha admitido la posibilidad de la formación de una costumbre local (caso sobre derechos de paso).

¿Existe una costumbre de validez universal que obliga a los Estados a que en caso de expropiación ésta deba ser precedida por un pago del capital invertido, más daños y perjuicios? ¿O es que no existe tal costumbre de validez universal como argumentan los países en vías de desarrollo, y que debería revisarse en cada caso? El principio de pago del capital invertido se sigue en Europa, pero no necesariamente fuera de Europa (“... se diluyó la exigencia del pago como condición indispensable, *sine qua non*.” (JLVM, DIP, p. 45).

Nos dice JLVM que “la lógica indica que cada norma consuetudinaria debe ser considerada por el nuevo Estado para determinar si responde a sus legítimos intereses nacionales, si bien ciertas normas consuetudinarias, por ejemplo las libertades en alta mar o los principios de la Naciones Unidas, no han sido objeto de controversia. En nuestra opinión resulta exagerado e insostenible afirmar que el ingreso a la ONU lleve aparejada la aceptación del Derecho Internacional general no incorporado en la Carta de la ONU o que ninguna norma es vinculante para un nuevo Estado, tan sólo porque se formó antes de su independencia.” (JLVM, DIP, p. 46).

Por otra parte, las organizaciones internacionales también participan en la formación de la costumbre internacional, porque “sería absurdo reconocerles capacidad jurídica para celebrar tratados y negarles capacidad para participar en la formación del Derecho consuetudinario”. (p. 46).

Ejemplo: Después que la URSS lanzara el Sputnik (1957), la AG-ONU emitió una declaración sobre los principios que gobiernan el espacio ultraterrestre, la Luna y otros cuerpos celestes, “esa fue una acción cuasilegislativa y una formación de una costumbre ‘instantánea’ o de un *soft law*; prueba de ello es que muy pronto se aprobó en la ONU un tratado sobre la materia que puede decirse codificó esa costumbre y se convirtió en *hard law*.” (p. 46).

Una forma en que se puede formar la costumbre internacional es que un tratado que no ha entrado en vigor sea aplicado “voluntariamente” por los sujetos del DIP.

8.- Los principios generales del derecho

La definición de esta fuente del DIP señala: “los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. Pero, ¿cuáles son las naciones civilizadas y cuáles las incivilizadas?

La propuesta de modificación que hace JLVM es la siguiente:

“La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar... los principios generales del derecho reconocidos por los sistemas jurídicos representativos de la comunidad internacional.” (JLVM, DIP, p. 47).

Una propuesta de definición es que los PGD son “esas normas básicas, esenciales en todo ordenamiento jurídico, que se encuentran tanto en el Derecho interno privado como en el público.”

A juicio de JLVM, los PGD incluyen los principios de derecho internacional, como por ejemplo la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza.

Otros autores consideran que los PGD son unos y los principios de derecho internacional son otros, como por ejemplo, Manuel Becerra Ramírez.

Algunos autores consideran los PGD como una fuente subsidiaria (primero los tratados; luego la costumbre y entonces, los PGD, piensan).

Ahora bien, “la aplicación de los principios de Derecho Internacional se facilita por estar la mayoría de ellos incorporados en la Carta de la ONU y en otros tratados universales y regionales.” (JLVM, DIP, p. 48).

Algunos ejemplos de PGD: *nadie puede ser juez en su propia causa; nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito; no hay pena sin ley; no hay delito sin ley*, etc.

JLVM considera que “la aceptación de los principios generales del Derecho en el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional fue el reconocimiento de que esta fuente constituye una especie de nuevo *ius gentium*, similar al que en Derecho Romano había surgido de los edictos de los pretores peregrinos, que reconocían ciertos principios básicos de justicia aplicables a todos los individuos, cualquiera fuese su nacionalidad.” (JLVM, DIP, p. 50).

Podemos decir que la Convención de Montego Bay de 1982 estableció el principio de que *los Estados tienen la obligación de proteger y preservar el medio marino*.

Un principio desarrollado en la Comisión de Derecho Internacional es el que señala que *todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional*.

Cabe mencionar el artículo 21 del Estatuto de Roma ,que establece:

Artículo 21

Derecho aplicable

1. La Corte aplicará:

- a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba;
- b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados y los principios y normas de derecho internacional aplicables, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados;
- c) **En su defecto, los principios generales del derecho** que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y principios internacionalmente reconocidos.

2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.

3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.

9.- Decisiones judiciales y doctrinas de los publicistas

Estas son fuentes auxiliares, porque las principales fuentes son los tratados, la costumbre y los principios.

La jurisprudencia es “la costumbre de los tribunales”.

EL problema de la doctrina es que muchas veces los juristas se empeñan simplemente en defender la posición de sus gobiernos, cuyos intereses no siempre son legítimos.

Las decisiones judiciales son, primero, las de la propia CIJ, “que son obligatorias sólo para las partes en litigio y respecto del caso incoado.” Esto significa que no existe el “precedente obligatorio.” Pero los precedentes sí ejercen un peso específico en el ánimo de los jueces, sobre todo en los que provienen del sistema del *common law*. Segundo, de “cualquier tribunal internacional, tribunal de arbitraje o tribunal nacional, si éste resuelve una cuestión internacional.” (JLVM, DIP, p. 52).

Las decisiones judiciales dan precisión a los tratados y a la costumbre. Es conveniente leer “tratadistas de varios continentes y de diversas culturas y sistemas jurídicos.”

Hoy en día la doctrina ha perdido importancia gracias al surgimiento de fuentes más precisas; pero tienen importante valor académico. Se considera más confiable la doctrina que surge de órganos colegiados especializados, como de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU o de instituciones académicas como el Instituto de Derecho Internacional (1873); la International Law Association de Londres; la American Society of International Law; entre otros.