

MODESTO SEARA VÁZQUEZ

Rector de las Universidades Estatales del Estado de Oaxaca (Universidad Tecnológica de la Mixteca, Universidad del Mar, Universidad del Istmo, Universidad del Papaloapan, Universidad de la Sierra Sur, Universidad de la Sierra Juárez, Universidad de la Cañada), Investigador Nacional Emérito del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT, Catedrático de Derecho Internacional Público por oposición en la Universidad Nacional de México, Catedrático de Relaciones Internacionales en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM, Jefe fundador de la División de Estudios Superiores y Director fundador del Centro de Relaciones Internacionales de la FCS de la UNAM, ex Presidente de la Asociación Mexicana de Ciencias Políticas, Presidente de Honor de la Asociación Mexicana de Estudios Internacionales. Profesor Invitado, con cursos, cursillos o conferencias, en las Universidades de Londres, Berlín (Freie Universität), Leipzig, Rostock, Tel Aviv, Complutense de Madrid, Santiago de Compostela, Vigo, La Coruña, Granada, Alicante, Lleida, País Vasco, Alcalá de Henares, La Laguna, Las Palmas de Gran Canaria, Málaga, La Rábida, Santo Domingo, Panamá, San Salvador (U. Nacional), Venezuela (Universidad Central), Bogotá (Universidad Nacional, Universidad Jorge Tadeo Lozano, Academia Militar), Guatemala, UCLA, Stanford, Lincoln (San Francisco), Pittsburg, Duquesne, George Washington (Washington, DC), Arizona State U., Kansas (Lawrence), Ohio State University, Cornell University (New York), University of Southern California, San Diego State College. Miembro de numerosas asociaciones académicas.

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

VIGÉSIMASEGUNDA EDICIÓN
CORREGIDA Y AUMENTADA



EDITORIAL PORRÚA
AV. REPÚBLICA ARGENTINA, 15
MÉXICO, 2005

CAPÍTULO I

LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

Bibliografía: SORENSEN: *Les sources du Droit International*, 1946; KELSEN: "Théorie du Droit International coutumier". *Rev. Int.*, 1939, pp. 253 y ss.; KOPELMANAS: "Custom as means of the creation of international law". *B.Y.B.*, 1937, pp. 127 y ss.; VERDROSS: "Les Principes généraux de droit dans la jurisprudence internationale", *R.C.A.D.I.*, 1935, 33, pp. 195; STRUPP: "Le droit du juge de statuer selon l'équité". *R.C.A.D.I.*, 1930, p. 357; LA GUARDIA y DELPECH, "El Derecho de los tratados y la Convención de Viena de 1969", Buenos Aires, 1970; A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, 2000; GOMEZ ROBLEDO, "La Costumbre Internacional. Tradición y revolución", en "A.M.R.I.", 1980", 1981, pp. 109-135; MENDELSON: "The Formation of Customary International Law", *R.C.A.D.I.*, 1998, 272, 135-410.

1. *El Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.* Es una reproducción casi exacta del Art. 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, y establece en su párrafo 1:

"La Corte, cuya función es decidir conforme al Derecho internacional las controversias que le sean sometidas..."

De modo claro afirma que la Corte debe aplicar el Derecho internacional; y a continuación explica qué debe entenderse por Derecho internacional:

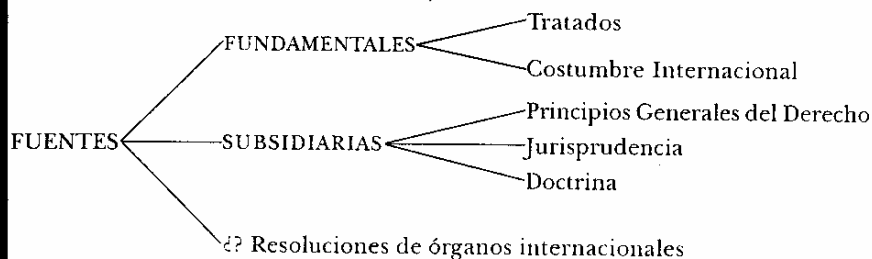
"deberá aplicar:

- a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establezcan reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como siendo de Derecho;
- c) los principios generales de Derecho reconocido 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..."

En su párrafo 2 añade:

“La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio “ex aequo et bono”, si las partes así lo convinieren.”

Aquí encontraremos entonces, una exposición autorizada de las fuentes del Derecho internacional. Las dos fundamentales son los tratados y la costumbre, y el problema es determinar su jerarquía. En realidad esta cuestión no tiene una importancia primordial. En efecto, si hay un tratado en vigor entre las partes, la Corte debe aplicarlo en primer lugar, y solamente si no hay un tratado acudirá a la costumbre. Es decir,



que los Estados, en sus relaciones recíprocas, son libres para derogar la costumbre internacional, con la reserva de que esta derogación no es aplicable a los Estados que no hayan dado su acuerdo a ello.

El problema más delicado es el que se presentaría cuando existe conflicto entre una costumbre y un tratado que se ha visto derogado tácitamente. Determinar cuándo ese tratado está derogado, es un problema que el juez debe resolver teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso.

El resultado lógico de este razonamiento nos lleva a proclamar la supremacía de los tratados sobre la costumbre. Desde luego que algunos autores, principalmente Oppenheim-Lauterpacht, admitiendo que la aplicación de los tratados tiene derecho de prioridad, afirman que la costumbre es más importante porque a ella hay que referirse cuando existe duda respecto a la interpretación de los tratados. Al afirmar tal cosa están reconociendo el carácter subordinado de la costumbre, porque no siempre es necesario recurrir a ella, aún para la interpretación del tratado que puede muy bien tener disposiciones relativas a esa interpretación y el juez debe respetarlas y aplicarlas, si la voluntad de los Estados contratantes es clara, aun cuando fueran contrarias a la costumbre internacional.

Sólo cuando las fuentes fundamentales, tratados y costumbres internacionales no sean suficientes, puede el juez recurrir a las fuentes

subsidiarias: principios generales del Derecho, jurisprudencia y doctrina de los juristas.

Para resolver con arreglo a equidad o “ex aequo et bono”, es necesaria la autorización expresa de las partes, puesto que el juez, en principio, sólo puede decidir en derecho.

2. LOS TRATADOS COMO FUENTE DEL DERECHO INTERNACIONAL

2.1. *Concepto de tratado.*— Tratado es todo acuerdo concluido entre dos o más sujetos de Derecho internacional. Hablamos de sujetos y no de Estados, con el fin de incluir a las organizaciones internacionales.

Las normas que regían el derecho de los tratados eran, hasta 1980, esencialmente de carácter consuetudinario. El 23 de mayo de 1969, como culminación de los trabajos emprendidos por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, se firmó en Viena la llamada Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que entró en vigor el 27 de enero de 1980, tras haber recibido las ratificaciones de 33 de los signatarios, tal como está previsto en el tratado. Con todo, y debido a que en este documento se había reflejado el consenso de los Estados parte, incluso antes de su entrada en vigor sus normas iban recibiendo una aplicación cada vez más generalizada. Además, ha de precisarse que la Convención intenta reglamentar únicamente los tratados concluidos entre Estados; según señala su artículo primero, al definir el término tratado; sin embargo, sus disposiciones no perderán fuerza por el hecho de que en un tratado figuren como partes sujetos que no son Estados, y se aplicarán a las relaciones entre las partes que sean Estados. Por otro lado, como en muchas disposiciones no se hace más que recoger normas de origen consuetudinario, éstas conservan todo su valor para regir los acuerdos que concluyan, por ejemplo, organismos internacionales.

La Convención de Viena no añade más requisitos a los acuerdos interestatales, para que sean considerados tratados, que el que revistan forma escrita, independientemente de que estén contenidos en un solo instrumento o en una serie sucesiva de instrumentos, cualquiera que sea el nombre que se les haya dado. Pero la doctrina y la práctica actual reservan el nombre de tratados para aquellos acuerdos entre sujetos de Derecho internacional (Estados, organismos internacionales, o sujetos de otra naturaleza), en cuya conclusión participa el órgano provisto del poder de concluir tratados, cuya determinación queda para el derecho interno del sujeto de que se trate, y están contenidos en un instrumento formal único.

Se necesita, entonces, para que haya tratado, que el acuerdo sea celebrado, en primer lugar, entre sujetos del Derecho internacional. Así no pueden considerarse tratados los acuerdos entre Estados y personas particulares, o entre personas particulares o jurídicas que pertenecen a diferentes Estados. Sería interesante analizar el carácter de los acuerdos concluidos entre el gobierno de los Estados Unidos y algunas tribus indias, igual que el tratado de paz firmado por Tom Starr y la nación Cherokee.

Además, aun cuando el acuerdo sea entre Estados, es necesario que intervenga el órgano provisto del poder de concluir tratados, y que el acuerdo esté contenido en un instrumento formal único. Si, por ejemplo, los Estados llegan a un acuerdo a través de un intercambio de notas o de memoranda, no se puede hablar de tratados, en sentido estricto.

Hay que distinguir también los tratados, de las declaraciones de principios que no están destinadas a producir efectos de Derecho, sino que sólo pretenden indicar una determinada intención de los gobiernos signatarios. Por ejemplo, la Carta del Atlántico, del 7 de agosto de 1941, en que Churchill y Roosevelt no pretendían crear a sus países una obligación; su único fin era mostrar a la opinión pública mundial cuáles eran sus propósitos comunes. La distinción fundamental de estas declaraciones de principios (a menudo llamadas "gentlemen's agreements", o acuerdos entre caballeros), se encuentra en que los tratados están destinados a producir obligaciones jurídicas.

2.2. *Clasificación de los tratados.*— Entre las muchas clasificaciones que pueden hacerse de los tratados, atendiendo a diferentes factores, sólo dos criterios nos interesan, uno relativo al fondo, y otro al número de participantes. La más importante es la primera, según la cual pueden distinguirse dos clases de tratados: a) Los tratados-contratos, de finalidad limitada a crear una obligación jurídica que extingue con el cumplimiento del tratado; por ejemplo, si los Estados celebran un tratado para fijar su frontera común, una vez que este objetivo haya sido conseguido se agota el contenido del tratado. b) Tratados-leyes, destinados a crear una reglamentación jurídica permanentemente obligatoria, como es el caso de la convención firmada en Viena en abril de 1961, sobre privilegios e inmunidades de los agentes diplomáticos; en este caso se trata de crear una reglamentación permanente.

Según las partes que intervienen en un tratado, se puede hablar de tratados bilaterales o bipartitos cuando sólo hay dos partes, o de tratados multilaterales, plurilaterales, o multipartitos, cuando participan más de dos Estados.

2.3. *Los principios del derecho de los tratados.*— Hay una serie de principios generales, fundamentales, que rigen el derecho de los tratados, y de los que podríamos mencionar los siguientes:

2.3.1. *El principio "pacta sunt servanda".*— De origen consuetudinario, recogido por la Convención de Viena de 1969 en su artículo 26, afirma la obligatoriedad de los tratados, respecto a las partes, añadiendo, además la necesidad de su cumplimiento de acuerdo con la buena fe. Algunas teorías encontraban en él la base del sistema jurídico internacional, como Kelsen y la Escuela de Viena y, aunque con ciertas modalidades, Dionisio Anzilotti.

La seguridad de las relaciones internacionales estaría comprometida si se dejase a la voluntad de las partes el cumplimiento o incumplimiento de los pactos. En Viena se ha llegado a precisar, incluso, la imposibilidad de invocar el derecho interno como excusa para no aplicar un tratado, excepto cuando esa violación es manifiesta y se refiere a normas fundamentales, entre las que deberían de incluirse, en primer lugar, las de orden constitucional; en efecto, aceptar la validez de esos tratados, sería, en cierto modo, premiar la mala fe de la otra parte, que no dejaría de darse cuenta de que la conclusión del acuerdo se realiza en una forma irregular.

Pero incluso un tratado concluido regularmente puede llegar al punto en que una parte tenga la posibilidad jurídica de considerarlo no obligatorio; ese caso se da cuando es aplicable la llamada cláusula "rebus sic stantibus", que estudiaremos más adelante, al ver las causas de terminación de los tratados.

2.3.2. *El principio de que los tratados sólo crean obligaciones entre las partes, o "res inter alios acta".*— Un tratado no puede, en principio, obligar a los sujetos que no han participado en él, puesto que, naturalmente, no han podido dar su consentimiento. Pero tampoco puede enunciarse este principio de un modo absoluto, y en algunos casos, un tratado crea derechos y obligaciones respecto a terceros. Por ejemplo, en el asunto de la desmilitarización de las islas Aland (decidida en un tratado firmado entre Rusia y otros países), Finlandia sostenía que, por no haber tomado parte en ese tratado, no se creía obligada por él; pero la comisión de juristas reunida en París en 1920 decidió que ese tratado, a causa de los intereses vitales de otras potencias, envueltos en él, habían creado una situación jurídica objetiva, y era oponible a los Estados terceros.

2.3.3. *El tercer principio.*— El consentimiento es la base de la obligación jurídica, "ex consensu advenit vinculum", es resultado de

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

En ésta, como en otras ocasiones, resulta demasiado tentador para los juristas el recurrir a las analogías con el Derecho interno, en particular, la teoría general de las obligaciones; así, se ha manifestado que el consentimiento, un consentimiento real no viciado por la violencia (física o moral) o por el error, era condición indispensable para el nacimiento de la obligación jurídica convencional. Se ha establecido incluso una distinción entre la violencia ejercida sobre los agentes y aquella de la que se hace objeto a los Estados mismos. Teóricamente se podría pensar en una diferencia en el tratamiento de esta cuestión, en los dos períodos, anterior y posterior al Pacto Briand-Kellog, el cual, al poner fuera de la ley la guerra, debería dejar sin valor jurídico los resultados que un país que recurriera a las armas hubiera obtenido por tal medio.

Es evidente que un jurista imbuido de la idea de justicia, y partiendo de la base de que las obligaciones de carácter contractual sólo pueden provenir del consentimiento de las partes, debería concluir que cuando hay vicio en el consentimiento éste no es real y por lo tanto la obligación jurídica no puede nacer. Pero el internacionalista que esté tratando de ver cuál es la realidad internacional, no debe limitarse a sus propias construcciones jurídicas, por muy lógicas que sean, sino que debe fijarse en esa realidad, para no caer en el peligro de construir entequeias.

Lo que la realidad internacional muestra es que la falta de vicios en el consentimiento no es un requisito indispensable para la validez de los tratados. Los acuerdos concluidos por imposición de una parte más fuerte son válidos, en la medida en que la parte más fuerte conserva su preeminencia. A la otra no se le permite reclamar la inexistencia del tratado, o su simple revisión únicamente con el pretexto (por muy fundado que sea) de la falta de consentimiento real. Por ejemplo, cuando Alemania, unilateralmente, se declaró desligada de las obligaciones contraídas en el Tratado de Versalles, tal acto fue universalmente considerado como violatorio de los compromisos que Alemania debía respetar, y esa violación le fue reprochada a los dirigentes nazis en Nuremberg. No parece discutible que en la conferencia de la Paz de París, la delegación alemana tuviera otra alternativa que suscribir las condiciones que los aliados mismos habían negociado entre sí.

Debemos concluir, entonces, que los tratados concertados con ausencia de un auténtico consentimiento por alguna de las partes, no dejan por ello de tener validez, en la medida en que el equilibrio de fuerzas no se altere en perjuicio del país que impuso las condiciones. El que tiene el poder hace el derecho, pero ello deja siempre a salvo la facultad, para el que no lo tiene, de tratar de conseguirlo.

Con el tiempo, aun las situaciones derivadas de tratados que son una imposición pura y simple, se consolidan y adquieren respetabilidad jurídica, por lo que un intento de revisión de tales situaciones sería considerado un atentado contra el orden internacional. Es perfectamente explicable lo anterior si se recuerda que todo el orden internacional está basado en el mantenimiento de situaciones en cuyo origen ha habido casi siempre, actos de fuerza y de imposición en contra de la voluntad de algún sujeto. La búsqueda de la situación justa originaria llevaría al caos universal.

Relacionada con el problema del consentimiento está la teoría llamada de los tratados desiguales que afirman la carencia de validez para los tratados concluidos por Estados en condiciones en que la manifiesta superioridad de una de las partes hace suponer injusticia respecto a la otra, que por esa misma inferioridad no ha podido dar un consentimiento efectivo. La invalidez de los tratados desiguales fue invocada con cierta frecuencia por la Unión Soviética, que después abandonó tal práctica (por lo menos como política general), que sería continuada por la República Popular China, que consideraba ciertos tratados fronterizos concluidos con la Unión Soviética como desiguales, y pedía su revisión. En la nueva política de apertura de China al mundo, es muy dudoso que pueda hablarse todavía de que sostienen la teoría de los tratados desiguales, sobre todo cuando ese país se está convirtiendo en una gran potencia real.

En la Convención de Viena de 1969, se especifican varios casos de invalidez de los tratados debido a vicios del consentimiento: error (art.48), fraude (art.49), corrupción del representante de un Estado (art.50), coacción sobre el representante de un Estado (art. 51), y coacción sobre un Estado mediante el uso o amenaza de la fuerza (art.52). El valor práctico de estas disposiciones, en particular todas las referentes a la amenaza o uso de la fuerza sobre un Estado, nos inspira muchas dudas en cuanto a su posible eficacia, que depende, según hemos señalado, del poder que respalde a cada una de las partes.

Entre los anexos al Acta final, de la Conferencia de Viena, figura una "Declaración sobre la prohibición de ejercer coerción militar, política o económica, en la conclusión de tratados", donde se condena "la amenaza o el uso de presión, en cualquier forma, ya

sea militar, política o económica, por cualquier Estado, con objeto de coaccionar a otro Estado para que ejecute cualquier acto relacionado con la conclusión de un tratado, con violación de los principios de igualdad soberana de los Estados y libertad de consentimiento". Esto tendría sentido si se dejara claramente establecida una prohibición de ciertos tratados que resultan necesariamente de tales situaciones de desigualdad e imposición; por ejemplo, los tratados de paz, en que la parte perdedora se encuentra en evidente inferioridad, y sólo podría manifestar su voluntad libremente si fuera asistida por los demás Estados de la Sociedad Internacional, lo que no es el caso, por el momento. Las disposiciones que comentamos, y que tienden a garantizar la autenticidad del consentimiento, nos hacen pensar en la posible eficacia de disposiciones constitucionales que garantizaran (o prohibieran, que para el caso es lo mismo) el derecho del pueblo a la revolución. Ese derecho no existe; es una posibilidad física que se tiene o no se tiene, y si se carece de la fuerza para hacerla efectiva, poco importa que un documento diga que puede realizarse, ya que no faltará la eficaz represión de los que poseen la fuerza; contrariamente, si el pueblo tiene la voluntad y la capacidad para hacer la revolución, las disposiciones legales (del orden que sea) que la prohiban, no van a impedir que se realice.

2.3.4. *El principio de respeto a las normas del "jus cogens"*.— Sumamente discutido fue el principio incorporado en el artículo 53 de la Convención de Viena, según el cual un tratado sería nulo cuando fuera contrario a una norma imperativa del Derecho internacional. Dejando aparte la enorme dificultad de determinar cuándo una norma internacional es de esa clase, está claro que la aplicación de esta disposición interfiere con la libertad de contratación de los Estados pues incluso una de las normas que unánimemente se considera del "jus cogens" como es la prohibición de la agresión, podría ser derogada en ciertos casos, para las relaciones entre algunos Estados en particular. Supongamos, por ejemplo, que dos Estados deciden abandonar parte de su soberanía, con el fin de proceder ulteriormente a fusionarse, y se reconocen mutuamente el derecho de intervención armada en determinadas circunstancias. Esa intervención armada, que se considera agresión, violatoria de normas del "jus cogens" no sería aceptable, y el tratado que la hubiera previsto carecería de validez, al mismo tiempo que (y ahí está la flagrante contradicción) no habría nada en contra de un tratado que prevé la desaparición total de un Estado, por fusión con otro. Otra vez estamos aquí en un terreno nebuloso, moviéndonos entre la política y el derecho: si un país concluye un tratado contrario al "jus cogens",

en el que se prevé la posibilidad de intervención armada, ¿quién es el que tienen autoridad para proclamar la invalidez del tratado? y si la intervención armada tienen lugar, ¿quién es el que puede calificar a ese acto de agresión y declarar nulo el tratado? Está claro que esas acciones sólo podrían corresponder al Estado supuestamente agredido y si éste no invoca la invalidez del tratado ¿qué otro Estado u organismo tendría derecho a hacerlo? El texto del artículo 53 proclama la invalidez de tales tratados en forma automática, lo que no corresponde con la realidad. Por otro lado, si un Estado concluye un tratado sabiendo que va contra el "jus cogens", sería premiar la mala fe si se le da luego la oportunidad de invocar su invalidez.

Lo menos que se puede decir de este principio, desenterrado de la doctrina de algunos de los primeros tratadistas del derecho de gentes, y de sus seguidores, es que no ha sido una acción muy afortunada, y tiene muy pocas posibilidades de ser algo más que una disposición declarativa; afortunadamente, ya que en caso contrario impondría una uniformidad inconveniente, contraria a la formación de un derecho internacional particular aplicable a una región concreta.

3. LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

3.1. *Concepto*.— El Art. 38, 1b), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia nos ofrece una definición de la costumbre internacional, al decir que

"... La Corte ... deberá aplicar ... La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como siendo de Derecho."

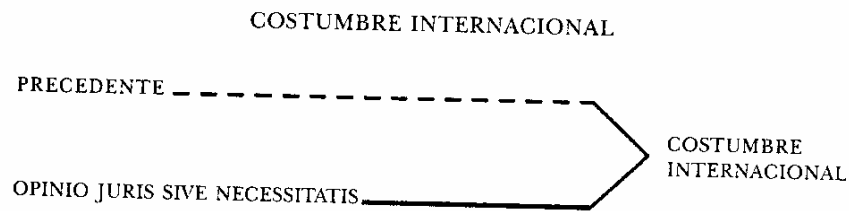
De esta definición podemos sacar los elementos constitutivos de la costumbre.

3.1.1. *Una práctica*.— El primer elemento es entonces, una práctica de los Estados, un modo de comportarse, la actuación en un determinado sentido. El concepto de práctica trae inmediatamente al pensamiento la idea de constancia, de repetición. Este elemento de hecho es lo que se llama el precedente. No es suficiente que los Estados en una ocasión determinada hayan observado una determinada conducta, se requiere también que esta conducta tenga cierta estabilidad, que se manifiesta por la repetición de los actos que de otra forma carecerían de valor.

Los precedentes pueden encontrarse, no sólo en el campo internacional (jurisprudencia internacional, actuación de los diplomáticos, actividades de las organizaciones internacionales, etc.), sino también

en los mismos actos estatales internos, pues determinada conducta de los órganos del Estado puede expresar en ciertos casos su voluntad de actuar conforme a una costumbre internacional.

Las condiciones nuevas de la vida moderna, caracterizada por una aceleración de los procesos sociales, han tenido repercusión en la consideración de lo que es una costumbre, y así la transformación normalmente lenta, de una norma consuetudinaria para dar lugar a otra, a través de la repetición de precedente, se puede hacer hoy de modo muchísimo más rápido, en fórmulas que en la doctrina se han venido designando con nombres muy variados: costumbre instantánea, revolucionaria, etc. Hoy es posible que se concrete en un plazo más breve un consenso en torno a algún punto de derecho, de un modo más rápido, con un número mucho mayor de partícipes, y de una forma mucho más notoria. En realidad esa modalidad de creación de la norma consuetudinaria se asemeja más a un acuerdo, tácito o expreso, que no reviste la fórmula propia de un tratado, que al proceso tradicional, lento, de formación de una costumbre; pero los efectos son los mismos, pues no sería lógico poner en duda la validez de la formación de una norma jurídica, cuando existe, por un lado, la certeza del apoyo por parte de un número suficiente de Estados a una determinada conducta, y por la otra, la manifestación clara de la voluntad de considerar esa conducta como ajustada a derecho.



3.1.2. La “*opinio juris sive necessitatis*”.—No es suficiente que los Estados actúen en un determinado sentido para afirmar la existencia de la costumbre; es necesario también que, al actuar así, tengan conciencia de que lo hacen con arreglo a una norma de Derecho. A esto se refiere el Art. 38, 1 b), al hablar de “una práctica generalmente aceptada como siendo de Derecho”.

Este segundo elemento viene a distinguir la costumbre de otras actuaciones de los Estados, en que éstos, no tienen conciencia de actuar conforme a Derecho, como ocurriría cuando los Estados observan una práctica determinada en sus relaciones recíprocas, no por considerar que estén obligados a ello, sino para facilitar la vida

en sociedad, como sería el caso de la cortesía internacional, o “*comitas gentium*”.

3.2. *Características de la costumbre.*— La costumbre internacional ofrece dos características fundamentales:

3.2.1. *Generalidad.*— La actuación de algunos Estados no es suficiente para crear una costumbre; es necesario que la mayoría de ellos participe en su formación, de manera expresa, o tácitamente al aceptarla sin adoptar una posición contraria. Claro que, al lado de lo que podría llamarse costumbre en general, pueden existir costumbres particulares, o regionales; en este sentido, Alejandro Álvarez, el gran jurista chileno, defendió ardientemente la existencia de costumbres particulares del continente americano, y la Corte Internacional de Justicia ha dado validez a tal práctica, incluso cuando se reduce a dos Estados, para las relaciones entre ambos, según puede verse en su sentencia sobre el “Asunto del derecho de paso sobre el territorio indio” del 12 de abril de 1960: “...la Corte no ve razón para que una práctica prolongada y continua entre dos Estados, práctica aceptada por ellos para regir sus relaciones, no sirva de base de derechos y obligaciones recíprocas entre estos dos Estados... al encontrarse en presencia de una práctica claramente establecida entre dos Estados y aceptada por las partes para regir sus relaciones, la Corte debe atribuir un efecto decisivo a esta práctica con el fin de determinar sus derechos y obligaciones. Tal práctica particular debe prevalecer sobre reglas generales eventuales...” (“Recueil”, 1960, pp. 39 y 44 respectivamente).

3.2.2. *Flexibilidad.*— La costumbre internacional se diferencia fundamentalmente del Derecho convencional en una característica que constituye al mismo tiempo su mayor virtud: por no ser fuente escrita, carece de rigidez; y puede evolucionar con la realidad, adaptándose a las nuevas situaciones. De ese modo, una costumbre que no responda ya a las situaciones actuales puede ir cayendo en desuso hasta desaparecer y otra puede irse formando para sustituirla.

La otra cara de la flexibilidad es la falta de precisión y es muchas veces difícil de determinar cuando una costumbre está en plena vigencia o cuando esa vigencia plena es discutible, ya sea porque la norma consuetudinaria ha caído o está cayendo en desuso, o porque estando en formación no se ha consolidado debidamente. Para evitar esta imprecisión, a través de la conclusión de tratados o convenciones multilaterales, se está procediendo a la codificación del derecho internacional, transformando a la costumbre en derecho escrito.

Con todo, igual que en el derecho interno la ley no ha eliminado totalmente a la costumbre, tampoco es de prever que en el derecho internacional los tratados eliminen a la costumbre, que seguirá teniendo la función esencial de facilitar la adaptación del derecho a las realidades cambiantes, antes de que la pesada maquinaria de conclusión de tratados multilaterales se pongan en marcha.

3.3. *Naturaleza jurídica de la costumbre.*— El problema de determinar la naturaleza jurídica de la costumbre es, en el fondo, el problema central del Derecho internacional. En efecto, no hay dificultad ninguna para admitir la fuerza obligatoria de los tratados; pero es muy difícil establecer el origen de la fuerza obligatoria de la costumbre y determinar su naturaleza jurídica. Triepel fundaba el Derecho internacional en la acción concertada de los Estados (*Vereinbarung*), y para él, la costumbre era una especie de “*Vereinbarung*” tácita, de acuerdo tácito entre los Estados. Esta posición fue adoptada también por los positivistas; pero su origen se encuentra ya en Grocio. Otra explicación de la naturaleza jurídica de la costumbre nos la ofrece al jurista alemán Savigny, para quien el fundamento hay que encontrarlo en una conciencia jurídica colectiva, en una coincidencia universal sobre lo que debe de ser el derecho, eliminando así el elemento voluntarista en la formación de la costumbre. Para las teorías sociológicas modernas, la costumbre surge de la vida en sociedad, es un hecho social, y se impone a los Estados, sin que éstos puedan hacer otra cosa que comprobar su existencia.

4. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO, Y LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

4.1. *El art. 38, 1 c), del Estatuto de la C.I.J.*— Establece que la Corte deberá aplicar “los principios generales del Derecho, reconocidos por las naciones civilizadas”. Esta disposición ofrece dificultades bastante grandes para determinar su contenido exacto. Los principios generales del Derecho, en efecto, son distintos de la costumbre, pero a veces es difícil deslindar ambos conceptos; tampoco puede considerarse que sean principios de derecho natural, porque se establece claramente que sean “reconocidos por las naciones civilizadas”.

¿Cómo determinar, entonces, qué se entiende por principios generales del Derecho? Una distinción entre principios generales del Derecho y principios del Derecho internacional puede ayudarnos a encontrar su verdadero significado.

4.2. *La distinción.*— Aunque el Estatuto de la Corte pasa en silencio tal clasificación, creemos sin embargo que hay lugar a hacer una diferencia entre principios generales del Derecho y principios del Derecho internacional.

4.2.1. *Principios generales del Derecho.*— Aquí se refiere seguramente, el Estatuto, a aquellos principios que son aceptados en el Derecho interno de cada Estado, y que son susceptibles de aplicación internacional. Esta última precisión elimina ciertos principios generales del Derecho interno que no pueden trasladarse al campo de las relaciones interestatales, como sería el principio de que las personas pueden recurrir unilateralmente al juez, que actualmente resultaría inaplicable a los Estados, a causa de la diferente estructura de la sociedad de las naciones.

4.2.2. *Principios del Derecho internacional.*— Serían aquellos que no tienen su origen en el Derecho interno, sino que son propios del Derecho internacional. En la vida internacional se manifiestan porque son invocados por los Estados o el juez internacional, sin mencionar expresamente su fuente; y al actuar de esta manera no están creando la norma, sino que, por el contrario, la consideran tan evidente que, por parecerles axiomática, no tratan de justificarla o fundamentarla.

Esta categoría de principios es mucho más difícil de distinguir de la costumbre internacional, que los principios generales del Derecho. En realidad, quizá el único criterio de distinción sería la permanencia, pues mientras la costumbre evoluciona, los principios del Derecho internacional, por su mismo carácter de principios, deben permanecer inmutables.

La Corte Internacional de Justicia, en su sentencia relativa al “Caso del oro monetario” (15 de junio de 1954) emplea el término de principios de Derecho internacional, al hablar de “... un principio de Derecho internacional bien establecido e incorporado en el Estatuto, a saber, que la Corte no puede ejercer su jurisdicción respecto a un Estado, si no es con el consentimiento de este último” (“Recueil”, 1954, p. 32).

Conviene señalar la distinción que hace Verdross de ambos principios, porque ilustra de modo claro el problema:

“Los principios del derecho de gentes, son reglas aceptadas directamente en la práctica internacional como siendo de Derecho, mientras que los principios generales del Derecho han sido primero reconocidos por los Estados en su Derecho interno.”

5. LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA DE LOS JURISTAS

5.1. *La jurisprudencia.*— Las decisiones judiciales, más que como fuente autónoma del Derecho internacional, deben considerarse, según señala el Art. 38, 1d), “como medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho”.

Las sentencias judiciales no obligan al juez internacional, y su utilidad esencial para los fines del Art. 38, 1 d), es que sirven como indicación del Derecho internacional, fundamentalmente de la costumbre y de los principios generales del Derecho. Las decisiones de los tribunales internos también tienen importancia como medio de conocer la actitud de los Estados en determinadas cuestiones relativas al Derecho internacional, pero, naturalmente, no pueden ser consideradas como fuentes del Derecho internacional porque no tienen el papel de órgano del Estado encargado de las relaciones internacionales.

Sin embargo, aunque no podría considerarse a la jurisprudencia de los tribunales nacionales como fuente creadora del derecho internacional, puede representar un papel muy importante como fuente de conocimiento, en la medida en que siendo uno de los órganos del Estado, su interpretación de las normas internacionales (convencionales o consuetudinarias) podría servir de prueba de la posición que dicho Estado guarda respecto a determinada norma, del mismo modo que las declaraciones unilaterales no pueden en principio crear obligaciones internacionales para Estados terceros, pero sí para el Estado que las emite.

A pesar de todas las reservas que pueden hacerse a la jurisprudencia como fuente del Derecho internacional, se observa en los tribunales internacionales una tendencia creciente a apoyarse en anteriores decisiones, como expresión del Derecho existente.

Por vía de muestra, en algunas decisiones de la CIJ se encuentran las siguientes referencias a su propia jurisprudencia, o de la CPJI o de otros tribunales: “...Como lo ha dicho y repetido la Corte Permanente de Justicia Internacional...” (“Asunto Nottebohm”, del 6 de abril de 1955, “Recueil”, 1955, p.24); “...siguiendo en esto la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional...” (“Asunto relativo a ciertos empréstitos noruegos”, en “Recueil”, 1957, p. 23); “...no encuentra ningún fundamento en la práctica internacional, ni en la jurisprudencia y la doctrina internacional...” (“Composición del Comité de Seguridad Marítima, de la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental”, en “Recueil”, 1960, p. 169), etc.

5.2. *La doctrina de los juristas.*— Tampoco es una fuente de Derecho internacional en sentido propio, sino un “medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho”.

La importancia de la doctrina, que fue mucha cuando los tratados eran escasos y la costumbre aún no estaba bien determinada o sufría los efectos de la evolución de la sociedad internacional en los momentos en que ésta iba a conformarse según el modelo actual, ha ido perdiendo su lugar y hoy sólo puede considerarse como medio auxiliar, en el sentido de que puede facilitar la búsqueda de la norma jurídica, pero sin que la simple opinión doctrinal tenga peso ninguno ante el juez internacional.

A veces la Corte Permanente de Justicia Internacional ha empleado fórmulas que pueden asimilarse a la doctrina, por ejemplo la de “opinión general” (en el asunto del Wimbledon) o de “opinión cuasi universal” (en el asunto de las colectividades alemanas en Polonia).

La Corte Internacional de Justicia se ha referido expresamente a la doctrina, cuando buscó una definición de la nacionalidad “según la práctica de los Estados, las decisiones arbitrarias y judiciales, y las opiniones doctrinales” (sentencia relativa al asunto Nottebohm, 6 de abril de 1955), y también en el dictamen sobre la “Constitución del Comité de Seguridad Marítima de la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental”, citada atrás, al hablar de la jurisprudencia, y en la que se nombra a la doctrina internacional, al lado de la jurisprudencia.

6. LA FORMACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL A TRAVÉS DE LA ACTUACIÓN DE LOS ÓRGANOS INTERNACIONALES

En los últimos tiempos ha empezado a plantearse el valor jurídico que pueden tener las resoluciones de los organismos internacionales.

Al respecto debemos distinguir dos clases de organizaciones internacionales: las verdaderamente internacionales, formadas por Estados que conservan plenamente su soberanía, y en las que ni los órganos internacionales tienen competencia directa sobre las personas jurídicas y morales, ni pueden adoptar resoluciones obligatorias para los Estados, y las organizaciones, principalmente regionales y de integración, con cierta dosis de supranacionalidad, a las que los Estados han cedido competencias normalmente a ellos reservadas. En el segundo caso, mientras los órganos internacionales actúen dentro de los límites de los tratados concluidos entre los países miembros, no habrá problema alguno; si acaso, habrá que recordar que el Derecho internacional que surja de tales órganos

tendrá un valor limitado a las relaciones entre los Estados miembros del sistema convencional de que se trate.

Los problemas más interesantes los plantea la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, con las decisiones (resoluciones, recomendaciones o declaraciones) que puede adoptar. La primera cuestión a resolver es la de la representatividad de ese órgano, y es de una solución muy fácil si se piensa que está compuesto por las delegaciones de los 191 miembros de la Organización, que constituyen la inmensa mayoría de la población del mundo. Existe casi una coincidencia entre la Asamblea General y la sociedad internacional.

Las decisiones de la Asamblea General aparecen entonces adoptadas por los representantes de la casi totalidad de los miembros de la sociedad internacional. Sin embargo, debe recordarse que las delegaciones de los miembros de las Naciones Unidas no son delegaciones de plenipotenciarios, capacitados para adquirir compromisos serios en nombre de sus países. Son simplemente, representantes de los gobiernos, que, incluso si dispusieran de plenos poderes para negociar y firmar acuerdos, éstos deberían de someterse a los procedimientos constitucionales previstos para obligar internacionalmente a sus Estados.

Al adoptar la Carta de San Francisco, los signatarios no pretendieron crear una organización supranacional, cuyas decisiones pudieran ser obligatorias para todos los miembros, sino una organización internacional que respetara la plena soberanía de cada miembro. La primera conclusión que podemos sacar es que las decisiones de la Asamblea General no son obligatorias "per se" para los países miembros, pues a tal órgano no se le ha atribuido la facultad de creación de normas internacionales.

Es verdad que el Consejo de Seguridad sí puede adoptar decisiones obligatorias para todos los miembros, en materias relativas a la paz y seguridad internacionales, pero tales decisiones tienen un valor limitado al caso concreto de que se trate, y su objeto es más el de aplicar normas preexistentes que el de crear otras nuevas.

¿Quiere decir todo esto, que las decisiones de la Asamblea General sólo tienen un valor puramente declarativo? En principio, no cabe duda alguna de que una decisión de ese órgano carece de fuerza obligatoria, y no crea normas jurídicas si no va seguida de otros actos de los Estados, como sería la conclusión de un tratado en el que se recogiera el contenido de estas decisiones. Sin embargo, las decisiones adoptadas por la Asamblea General son actos de los representantes de casi todos los Estados miembros de la sociedad internacional, y revela la coincidencia generalizada en torno a lo

que constituyan el contenido de tales decisiones, cualquiera que sea la forma que revista (resolución, declaración o recomendación); es decir, se le puede considerar como la manifestación de la opinión universal.

Si las decisiones de la Asamblea se repiten en el mismo sentido, habría que deducir de ello una reiterada confirmación de la práctica internacional, y ¿qué es la repetición de una práctica, de un precedente, unido al convencimiento de que ello responde a derecho, sino una costumbre internacional?

Las resoluciones de la Asamblea General, en tanto que decisiones adoptadas por la inmensa mayoría de los Estados, aparecen como la prueba escrita de su actitud constante, y eso debe tener consecuencias jurídicas importantes. Las resoluciones no son, entonces, fuentes de creación de la norma internacional, pero si se repiten suficientemente, pueden tomarse como prueba de una práctica de los Estados, que se manifiesta a través de ellas. Su valor podría ser superior a la jurisprudencia, y a la doctrina, y quizá también, por su precisión mayor, a la de los principios generales del Derecho.

La misma Asamblea General afirma en una de sus resoluciones, la 3232 (XXIX) del 12 de noviembre de 1974, ese valor que tienen sus actos: "... el desarrollo y codificación del derecho internacional puede reflejarse, entre otras cosas, en las declaraciones y resoluciones de la Asamblea General, que en esa medida, pueden ser tomadas en consideración por la Corte Internacional de Justicia."

7. ESTUDIO ESPECIAL DE LA EQUIDAD

7.1. *Concepto.*— En el párrafo 2 del Art. 38, encontramos una referencia a la equidad:

La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio "ex aequo et bono", si las partes así lo convinieren.

Hay cierta dificultad para definir el concepto de equidad en Derecho internacional y tanto la doctrina como la jurisprudencia se muestran vacilantes, sin expresar de modo claro su contenido, ni sus posibilidades de aplicación.

En lo que se refiere al primer problema, el del contenido, quizá la definición etimológica pueda arrojar alguna luz: según una primera acepción, equidad, del latín "equitas", procediendo de "equus-æ-um" (llano, igual) expresaría la idea de rectitud y justicia.

Otra acepción la encontramos en Santo Tomás ("Summa Theologica"), para quien la equidad se identifica con la "epikeya"

griega, procedente de la fusión de "epi" (sobre) y "dikaion" (justo). La equidad saldría entonces del campo del puro derecho y se aproximaría a la moral significando un intento de moderar el derecho estricto, el "summum jus", que podría llevarnos a la "summa injuria", o la injusticia.

Respecto a la aplicación de la equidad en el campo internacional, la parte final del párrafo 2 del Art. 38 expresa claramente que sólo podrá tener lugar "si las partes así lo convinieran", con lo cual queda descartada la posibilidad de que la Corte la aplique por propia iniciativa. Eso nos revela, al mismo tiempo, que en el estatuto de la Corte no se considera a la equidad como un concepto jurídico, sino extrajurídico, porque después de afirmar que la Corte aplica el Derecho internacional, deja la aplicación de la equidad a discreción de las partes.

7.2. *Clases de equidad.*—Según su función, pueden distinguirse tres clases de equidad:



7.2.1. *Infra legem.*—Sirve para completar el Derecho, cuando una situación particular no puede resolverse con ayuda de las normas jurídicas. Recurriendo a la equidad se podría tratar de llenar las lagunas del derecho.

7.2.2. *Extra legem.*—Cumpliendo la misión de moderación que le asignaba Santo Tomás, se aplica cuando, por las circunstancias particulares del caso, que el Derecho estricto no puede tomar en consideración, se produjera cierta "injusticia". En efecto, el Derecho es más rígido, y a veces no tiene en cuenta los casos particulares que pueden presentarse. Siguiendo a Aristóteles no puede recurrirse al Derecho estricto para conseguir la justicia, porque ésta "no debe ser rígida como el lecho de Procusto, sino maleable como la vara de Lesbos".

7.2.3. *Contra legem.*—La equidad puede servir como medio derogatorio del Derecho. En realidad, esta función de la equidad sólo es posible cuando las partes así lo acuerden. La autorización de las partes es entonces más necesaria aquí que en los dos casos anteriores.

7.3. *Importancia de la equidad en el Derecho internacional.*—Su importancia en este campo es bastante restringida; por otra parte,

es también muy difícil distinguirla de los principios generales del Derecho. A la confusión sobre su contenido, que dificulta la apreciación exacta de su valor, se añade cierta confusión terminológica, y se emplean simultáneamente los términos "ex aequo et bono", y "cláusulas de arreglo según equidad" que, en nuestra opinión viene a ser la misma cosa.

Si pueden encontrarse ejemplos de la aplicación de las dos primeras clases de equidad, la jurisprudencia internacional no nos ofrece ninguno en que se haya resuelto un conflicto por medio de la equidad contraria al Derecho, limitándose tal posibilidad al terreno puramente teórico.

CASOS PRÁCTICOS

1. VALOR JURÍDICO DEL TRATADO DE VERSALLES, DE 1919

1.1. *Los hechos*

La derrota de las potencias centrales, en la primera guerra mundial, obligó a Alemania a firmar el Tratado de Versalles, aceptando prácticamente todas las exigencias de los aliados, al no tener opción alguna a oponerse a ellas. Tras la subida al poder del régimen nacionalsocialista, en 1933, el Tratado de Versalles que en Alemania había sido calificado de "Diktat" o imposición, fue sistemáticamente violado.

1.2. *Preguntas*

a) ¿Podía Alemania alegar vicio del consentimiento, y declarar la nulidad de tratado?

b) ¿Y si invocara Alemania el principio "res inter alios acta", para afirmar que no fue el gobierno nacionalsocialista el que concluyó el tratado, sino otro gobierno diferente y que habían cambiado radicalmente las circunstancias?

c) ¿Está un país obligado a mantener inmutable un tratado que lo perjudica gravemente? o, en caso contrario ¿qué recursos jurídicos tendría a su disposición para modificarlo o terminarlo?

1.3. *Bibliografía*

a) Lucien-Graux, "Histoire des violations des traités de paix", 3 vols., París, 1992.

- b) E. Vitta, "La validité des traités internationaux", Leyden, 1936.
 c) P. Renouvin, "Le Traité de Versailles", París, 1969.

2. LA RESOLUCIÓN 1514, DEL 14 DE DICIEMBRE DE 1960, DE LA A.G. DE LA ONU, LLAMADA "DECLARACIÓN SOBRE CONCESIÓN DE LA INDEPENDENCIA A LOS PAÍSES Y PUEBLOS COLONIALES"

2.1. *Los hechos*

A partir de la Segunda Guerra Mundial se desarrolla el movimiento descolonizador, que en la década de 1960 experimenta una aceleración. En apoyo de las reivindicaciones independentistas, se invocó el derecho de los pueblos a la autodeterminación, mencionando a menudo la Resolución 1514 de la Asamblea General de la ONU.

2.2. *Preguntas*

- a) ¿Qué valor tienen esta Declaración de 1960 como simple resolución individual?
 b) ¿Qué efecto ha tenido sobre la obligatoriedad jurídica de la resolución, la reiteración en actos posteriores de la A.G. de los derechos en ella enunciados?
 c) ¿Sería o no obligatoria la resolución para los países que hubieran votado en contra? Enunciar y razonar los distintos casos que podrían hipotéticamente presentarse.

2.3. *Bibliografía*

- a) Rosalyn Higgins, "The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations", Nueva York, 1963.
 b) Jorge Castañeda, "Valor jurídico de las resoluciones de las Naciones Unidas", México, 1967.
 c) O.Y. Asamoah, "The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations", La Haya, 1969.

3. CONCLUSIÓN DE UN TRATADO CONTRARIO AL "JUS COGENS"

3.1. *Los hechos*

El Estado Alfa y el Estado Beta concluyen un tratado bilateral, que es contrario al principio de no intervención, en la medida en

que establece bajo ciertas condiciones, la posibilidad de que las fuerzas armadas de cada uno de ellos actúen a iniciativa del propio gobierno en el territorio del otro.

3.2. *Preguntas*

- a) ¿Sería nulo este tratado, si consideramos que la no intervención es un principio de "jus cogens"?
 b) ¿Qué pasaría si en ese tratado, las partes contratantes establecieran la obligación de intervenir en una tercera, caso de que, por ejemplo, en ella surgiera un gobierno juzgado peligroso para la seguridad de las partes contratantes?
 c) ¿Tendría validez el tratado entre Alfa y Beta si el primer país hubiera ejercido violencia sobre el segundo para obligarlo a concluirlo?

3.3. *Bibliografía*

- a) M. Virally, "Reflexions sur le 'jus cogens'", en A.F.D.I., 1966, p. 5.
 b) S.A. Riesenfeld, "Jus dispositivum and jus cogens in International Law", en A.J.I.L., 1966, Vol. 60, p. 511.
 c) G.E. Do Nascimento e Silva, "Conferencia de Viena sobre o Direito dos Tratados", Río de Janeiro, 1917.
 d) Jerzy Sztucki, "Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties. A Critical Appraisal", Viena y Nueva York, 1974.