

**Santiago Benadaya**

*Profesor de Derecho Internacional Público de la  
Universidad de Chile*

# **DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO**

**5ª Edición**



**Editorial Jurídica ConoSur**

## LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

## CONCEPTO

La expresión "fuentes del derecho" se toma en dos sentidos que se confunden en el lenguaje jurídico. Puede designar los procedimientos de creación o elaboración de reglas jurídicas positivas (primer sentido), como también las diversas categorías de reglas jurídicas creadas mediante dichos procedimientos (segundo sentido).

En los órdenes jurídicos internos la fuente principal de derecho es la ley, que crea normas general de conducta. En el plano internacional, en cambio, no existe un Poder Legislativo que dicte reglas generales obligatorias para todos los Estados. Las reglas de derecho internacional son creadas o establecidas por los propios Estados mediante los *tratados* y la *costumbre*. Estos procedimientos son "las únicas puertas a través de las cuales los nuevos principios hacen su entrada en la esfera del derecho."<sup>1</sup>

Los tratados o convenciones internacionales son acuerdos entre Estados que crean las llamadas normas *convencionales*. La costumbre está constituida por prácticas aceptadas por los Estados que establecen reglas *consuetudinarias*. Las reglas convencionales y las reglas consuetudinarias son los dos principales "componentes" o "fuentes" (en el segundo sentido) del derecho internacional. A su lado, están los *principios generales de derecho*, que juegan un rol subsidiario. Estas

<sup>1</sup> Salmond's *Jurisprudence*, 11 ed., p. 134. Julio Barberís, *Formación del Derecho Internacional* (1994).

fuentes nos indican *dónde* debe dirigirse el jurista para encontrar las reglas de derecho internacional aplicables a un caso determinado.

#### EL ARTÍCULO 38 DEL ESTATUTO DE LA CORTE

Un buen punto de partida para el estudio de las fuentes del derecho internacional es el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Esta disposición enumera las diversas categorías de reglas que la Corte debe aplicar al decidir las controversias entre Estados. A pesar de sus defectos de redacción, es un texto de gran autoridad que ha sido reproducido en tratados de arbitraje o de arreglo judicial. Puede considerarse que contiene las directivas que cualquier tribunal debe seguir para resolver un caso según el derecho internacional. El texto del artículo 38 es el siguiente:

"1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- 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.<sup>1</sup>

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

<sup>1</sup> Según este artículo "La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido."

Las tres primeras letras de este artículo indican categorías de normas (fuentes) que la Corte debe aplicar al decidir en conformidad al derecho internacional las controversias que le sean sometidas: las convenciones o tratados internacionales, la costumbre internacional y los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Estas son fuentes, en sentido estricto.

En la letra d), en cambio, el artículo 38 menciona "medios auxiliares" que la Corte debe utilizar para determinar las normas de derecho internacional no escrito: las decisiones judiciales (jurisprudencia) y la doctrina.

El número 2 de esta disposición deja en claro que la Corte sólo puede fallar *ex aequo et bono*, es decir en equidad, si las partes en el litigio así lo convinieren.

#### LOS TRATADOS O CONVENCIONES INTERNACIONALES

En términos generales se entiende por tratado un acuerdo celebrado entre dos o más Estados, regido por el derecho internacional y destinado a producir efectos jurídicos.

Los tratados se celebran generalmente entre Estados. Sin embargo, también hay tratados celebrados entre Estados y otros sujetos de derecho internacional, tales como la Organización de las Naciones Unidas y la Santa Sede, y entre estos otros sujetos. Así, por ejemplo, en 1993 el Estado de Israel y la Santa Sede firmaron un tratado, denominado "Acuerdo Fundamental".

Los tratados pueden presentarse bajo formas variadas y recibir denominaciones diversas, tales como convenciones, pactos, acuerdos, convenios, Cartas y protocolos. La Carta de las Naciones Unidas es un tratado internacional.

El acuerdo de voluntades que constituye el tratado deriva su validez de la norma fundamental *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga), que es considerada como postulado básico del orden jurídico internacional.

Los tratados prevalecen, en las relaciones entre las partes contratantes, sobre las normas de derecho internacional general o común.

Los tratados pueden ser *bilaterales* o *multilaterales*. Son bilaterales los celebrados entre dos Estados, tales como el Tratado de Lima entre Chile y Perú, de 1929 y el Tratado de Paz y Amistad entre Chile y Argentina, de 1984. Son multilaterales los celebrados entre más de dos Estados, tales como la Carta de las Naciones Unidas y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982.

Los tratados pueden servir para muy diversos fines: convenir reglas generales de derecho, efectuar una cesión de territorio, delimitar una frontera, convenir un régimen de libre navegación para un curso de agua internacional, establecer una organización internacional, acordar un régimen de cooperación técnica entre Estados, delimitar espacios marítimos, solucionar una controversia internacional o someterla al arbitraje, establecer un sistema de cooperación defensiva, etc.

Aunque todos los tratados establecen derechos, obligaciones o situaciones jurídicas entre las partes contratantes, especial interés para el derecho internacional tienen aquellos tratados o convenciones generales celebrados por gran número de Estados para regular, de manera permanente, materias de interés común.

El derecho internacional contiene normas relativas a los tratados: su celebración, interpretación, efectos, nulidad, terminación, etc. El conjunto de estas reglas se denomina "derecho de los tratados", materia que será estudiada en el capítulo siguiente.

#### LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

Un sector importante del derecho internacional es el derecho consuetudinario, derivado de reglas establecidas por la costumbre internacional.

La costumbre es un proceso gradual y evolutivo de formación de reglas jurídicas. Cada uno de los actos que constituyen la costumbre es autónomo y aislado. La costumbre no es, como el tratado, un acto consciente y voluntario de creación de normas jurídicas, por lo que no puede ser asimilada a un pacto o acuerdo.

La costumbre internacional implica la coexistencia de dos elementos:

- a) una práctica constante y uniforme de los Estados, y
- b) la convicción de los Estados de que esta práctica es jurídicamente obligatoria (*opinio juris*).

Este último elemento —la *opinio juris*— distingue la costumbre de los simples usos o prácticas, como el saludo a los buques de guerra, que los Estados respetan por consideraciones de cortesía, de conveniencia o de tradición y no porque se sientan jurídicamente obligados.

Como expresara la Corte Internacional de Justicia en los casos de la *Plataforma Continental del Mar del Norte*:

"No solamente los actos considerados deben representar una práctica constante sino que, además, deben atestiguar, por su naturaleza o el modo en que se llevan a cabo, la convicción de que esta práctica resulta obligatoria por la existencia de una regla jurídica... Ni la frecuencia ni aun el carácter habitual de los actos bastan." <sup>1</sup>

La práctica que sirve de base a una regla consuetudinaria universal deber ser *generalmente* aceptada como derecho. No es, por lo tanto, indispensable que todos los Estados la hayan seguido o le reconozcan carácter obligatorio. Basta la aceptación general, particularmente de aquellos Estados especialmente interesados en la materia a que la práctica se refiere. Sin embargo, se admite que una regla consuetudinaria no puede ser invocada en contra de un Estado que durante el proceso de formación de dicha regla y antes de que cristalizara como tal, se opuso a ella de manera constante e inequívoca.

El hecho de que una práctica haya sido seguida durante un corto tiempo no es necesariamente, como tal, un obstáculo a la formación de una nueva regla de derecho internacional consuetudinario; pero es indispensable que durante ese tiempo la práctica de los Estados haya sido frecuente y uniforme y haya cristalizado la convicción de que ella es jurídicamente obligatoria.

<sup>1</sup> *Reports* 1969, p. 44.

Los precedentes que constituyen y prueban la costumbre internacional se encuentran en aquellos actos de los Estados que reflejan su actitud hacia cuestiones de derecho internacional, tales como los siguientes: su *correspondencia diplomática*; sus *leyes internas* y las *sentencias de sus tribunales* sobre materias de derecho internacional (inmunidades diplomáticas, extradición, mar territorial, etc.); las *instrucciones impartidas a sus agentes diplomáticos, cónsules y fuerzas armadas*; las *opiniones de los asesores jurídicos nacionales*; las *declaraciones sobre puntos jurídicos* formuladas por sus representantes en conferencias y organizaciones internacionales, etc.

También algunos actos internacionales pueden contribuir a elaborar la costumbre internacional o, por lo menos, a constituir prueba de ella. Tales son las *decisiones de los tribunales internacionales*, particularmente las de la Corte Internacional de Justicia, y los *tratados bilaterales* sobre una misma materia (extradición, por ejemplo) cuando reproducen estipulaciones similares que reflejan una convicción jurídica común.

Los diversos precedentes, por su concordancia, uniformidad y generalidad, pueden constituir y proporcionar la prueba de que existe "una práctica general aceptada como derecho", es decir una regla internacional consuetudinaria.

No es necesario que entre todos los precedentes exista perfecta concordancia para que se establezca una regla consuetudinaria. Como expresara la Corte Internacional de Justicia:

"La Corte no piensa que para que una regla sea establecida consuetudinariamente, la práctica correspondiente deba ser rigurosamente conforme a esta regla. Le parece suficiente para deducir la existencia de reglas consuetudinarias que los Estados conformen a ellas su conducta de manera general y que ellos mismos traten los comportamientos que no estén conformes con la regla en cuestión como violaciones de ella y no como manifestaciones del reconocimiento de una regla nueva."<sup>1</sup>

<sup>1</sup> *Reports* 1986, p. 98.

La mayor parte de las normas internacionales consuetudinarias son de carácter general o universal. Su ámbito espacial de validez se extiende a todos los Estados. Además, existen normas consuetudinarias *regionales*, aplicables a un continente o región, y normas *locales*, aplicables a sólo dos Estados. Las normas regionales o locales priman, entre los Estados que son sus destinatarios, sobre las reglas generales o universales.

El derecho internacional consuetudinario conserva su importancia como parte del orden jurídico internacional. Sectores tales como la responsabilidad internacional, las inmunidades del Estado y la práctica arbitral continúan regidos por la costumbre.

Sin embargo, las normas consuetudinarias son de formación lenta y de contenido poco preciso. Los tratados internacionales constituyen hoy un medio más apto para regular las situaciones planteadas por la evolución rápida del mundo actual y el desarrollo de la tecnología. Además, la codificación internacional tiende a reemplazar sectores enteros del derecho consuetudinario por normas convencionales expresas.

Las convenciones codificadoras no derogan las normas consuetudinarias, las cuales siguen existiendo *como tales* aunque hayan sido incorporadas en convenciones multilaterales. Las normas convencionales y las normas consuetudinarias, aunque tengan idéntico contenido, conservan, pues, una existencia autónoma. En las relaciones entre Estados las convenciones que los vinculan prevalecen sobre las reglas consuetudinarias, pero estas últimas suplen el silencio de las convenciones, sirven para interpretarlas y se aplican entre Estados que no son parte en dichas convenciones.

### *Interacción entre los tratados y la costumbre*

Existe una interacción constante entre los tratados y el derecho internacional consuetudinario. Los tratados pueden *codificar, cristalizar o constituir el punto de partida* de la elaboración de normas consuetudinarias.

En efecto, algunos tratados *codifican*, en gran medida, sectores completos del derecho internacional consuetudinario. Así, por ejem-

plo, las disposiciones de la Convención de Ginebra sobre la Alta Mar (1958) son, según su Preámbulo, "declaratorias en términos generales de los principios establecidos del derecho internacional". La Corte Internacional de Justicia, en el caso *Namibia*, expresó:

"Las reglas establecidas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados relativas a la terminación de una relación contractual por motivo de infracción (adoptadas sin un voto en contra) pueden en muchos respectos ser consideradas como codificación del derecho consuetudinario existente en esta materia." <sup>1</sup>

Hay también tratados que *cristalizan* normas consuetudinarias que se estaban configurando con anterioridad. Ello ha ocurrido durante el proceso de codificación del derecho internacional. En efecto, tendencias y prácticas legales que estaban en estado formativo se han consolidado mediante los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, las opiniones de los gobiernos sobre los proyectos elaborados por ella y los trabajos y reuniones de las conferencias de codificación. El tratado o convención adoptado finalmente ha expresado, en forma convencional, la regla consuetudinaria en formación. Así ocurrió, por ejemplo, con las normas relativas al derecho del Estado sobre la plataforma continental, que cristalizaron en la Convención de Ginebra sobre la Plataforma Continental, de 1958.

Finalmente, disposiciones contenidas en un tratado pueden servir de *base o punto de partida* para la elaboración de una regla consuetudinaria. En este caso, la norma de un tratado, aunque tiene origen convencional, "atrae" a la práctica, y su contenido pasa a incorporarse al derecho consuetudinario. La norma consuetudinaria surgida sobre la base del tratado se aplica también a los Estados que no son partes en el tratado, pero no como norma convencional sino como regla consuetudinaria.

<sup>1</sup> *Reports* 1971, p. 47.

Esta expresión designa aquellos principios fundamentales que son comunes a los sistemas jurídicos de los diversos Estados.

Los principios generales de derecho han sido aplicados desde antiguo por los tribunales arbitrales. El Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (artículo 38) sólo codificó una práctica existente al disponer que la Corte aplicaría "los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas".

Entre estos principios podemos mencionar los siguientes: lo pactado obliga (*pacta sunt servanda*); todo daño ilícitamente causado debe ser íntegramente reparado; nadie puede aprovecharse de su propio dolo; nadie puede transferir más derechos que los que tiene; la sentencia dictada con exceso de poder es nula; el principio de la cosa juzgada, el de la prescripción extintiva, etc. Muchos de estos principios forman parte actualmente de la costumbre internacional.

La Corte Internacional de Justicia y su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional, han hecho uso muy limitado de los principios generales de derecho. Mayor importancia alcanzaron ellos en la jurisprudencia de los tribunales arbitrales.

Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas no deben ser confundidos con los *principios de derecho internacional*, que son normas internacionales de carácter fundamental y general, como el principio según el cual los tratados prevalecen sobre la ley interna en el plano internacional, o el principio de que un Estado o gobierno no puede invocar las disposiciones o las deficiencias de su ley interna para dejar de cumplir sus obligaciones internacionales.

Los principios generales de derecho han sido aplicados en la decisión de diferendos que podríamos llamar "transnacionales". Se trata de diferendos surgidos con motivo de acuerdos o contratos celebrados entre un Gobierno y una gran compañía extranjera sin intención de someterlos a un derecho nacional determinado y en los cuales se estipula que las controversias que surjan entre las partes se

someterán al arbitraje internacional. En estos casos, a falta de regla contenida en el contrato mismo, el árbitro ha aplicado los principios generales de derecho.

Ilustra estos diferendos transnacionales el caso *Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. and the Sheik of Abu Dhabi*, decidido en 1951. El jeque de Abu Dhabi y la Compañía habían celebrado un contrato por el cual se concedía a la Compañía el derecho exclusivo de extraer petróleo en cierta región del Principado. Surgió más tarde un diferendo entre las partes respecto de los derechos de la Compañía sobre ciertas áreas submarinas, el cual, según estaba previsto en el Contrato, fue sometido a arbitraje.

¿Cuál es el derecho aplicable a la interpretación de este Contrato? comenzó preguntándose el Arbitro (Lord Asquith). El Contrato había sido celebrado en Abu Dhabi y debía cumplirse totalmente en ese país.

"A primera vista —expresó el Arbitro— si algún sistema de derecho interno pudiera ser aplicable, éste sería el de Abu Dhabi; pero no se puede decir razonablemente que tal sistema exista. El jeque administra justicia puramente discrecional con la ayuda del Corán; y sería fantástico sugerir que en esta primitiva región hay un conjunto establecido de principios jurídicos aplicables a la moderna interpretación de instrumentos mercantiles. Tampoco puedo ver alguna base para aplicar el derecho de Inglaterra. Por el contrario, el Acuerdo parece rechazar la noción de que pueda ser aplicable el derecho interno de algún país. Los términos de esta cláusula invitan a aplicar, en realidad prescriben aplicar, principios arraigados en el buen sentido y en la práctica común de la generalidad de las naciones civilizadas: una especie de moderno derecho natural."

Sin embargo, el Arbitro estimó que aunque el derecho inglés era inaplicable como tal, algunas de sus reglas están "tan firmemente fundadas en la razón como para formar parte de... este moderno derecho natural."

Existen ciertos medios auxiliares que sirven a quienes aplican el derecho internacional (Cancillerías, asesores jurídicos, tribunales internacionales e internos, etc.) para determinar o probar la existencia y contenido de las reglas internacionales no escritas: normas consuetudinarias y principios generales de derecho. Por otra parte, estos medios contribuyen a elaborar, cristalizar y consolidar dichas normas, dándoles el carácter de *hard law*.

Algunos autores llaman a estos medios "fuentes secundarias". El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia los denomina "medios auxiliares para la determinación de las reglas de derecho" y menciona dos: las decisiones de los tribunales (jurisprudencia) y la doctrina.

### *La jurisprudencia internacional.*

Las decisiones de los tribunales internacionales han ejercido considerable influencia en el desarrollo del derecho internacional. Estas decisiones, particularmente las pronunciadas por tribunales de mayor autoridad, tienden a ser invocadas como testimonios autorizados de las reglas de derecho internacional y a inspirar decisiones judiciales posteriores. Al integrarse en una jurisprudencia constante, los precedentes judiciales contribuyen a cristalizar y consolidar las normas de derecho internacional. Así, las normas sobre delimitación de la plataforma continental han sido elaboradas por la jurisprudencia internacional.

Especial importancia tienen las decisiones pronunciadas por la Corte Internacional de Justicia y por su antecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional.

Las sentencias de los tribunales trascienden, pues, sus efectos relativos formales y aun pueden cristalizar una norma de derecho internacional. La sentencia pronunciada por la Corte Internacional de Justicia en el caso anglo-noruego de las *Pesquerías* constituye un buen ejemplo.

En ella la Corte declaró que, en ciertas circunstancias, la línea de base desde la cual puede medirse el mar territorial no es la línea de la más baja marea a lo largo de la costa (que es la línea de base normal) sino un sistema de líneas de base rectas trazadas a través de aberturas de la costa o entre ciertos puntos de ella. Aplicando este criterio, la Corte admitió la validez de las líneas de base rectas adoptadas por Noruega e impugnadas por el Reino Unido. Teóricamente, el Reino Unido está obligado por esta sentencia solamente a aceptar las líneas de base noruegas aprobadas por la Corte; no está obligado (formalmente) a aceptar un sistema similar adoptado por otro país. Por otra parte, ningún país que no sea el Reino Unido está obligado (formalmente) a aceptar el sistema de líneas de base noruegas. Sin embargo, en el hecho, es evidente que ni el Reino Unido ni otro país pueden ahora contravenir con éxito el principio de las líneas de base rectas en un caso ante la Corte, o ante otro tribunal, particularmente después que el mismo principio fue incorporado en la Convención de Ginebra sobre el Mar Territorial de 1958 y en la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982.<sup>1</sup>

### La doctrina

Los autores o tratadistas no elaboran normas de derecho internacional. Su tarea esencial es determinar y explicar las normas de derecho vigentes en la comunidad de Estados.

Es por ello que las opiniones de los autores no son una fuente formal de derecho internacional. Tales opiniones se citan para demostrar o probar la existencia, alcance o interpretación de determinada norma jurídica internacional.

Como expresara el juez norteamericano Gray en el caso del *Paquete Habana* (1899), para probar los usos y las costumbres de las naciones civilizadas debe recurrirse

"a los trabajos de los juristas y comentaristas, quienes durante años de labor, investigación y experiencia se han familiarizado

<sup>1</sup> Sir Gerald Fitzmaurice, "Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law", en *Symbolae Verzijl* (1958), ps. 170 y ss.

bien con los temas que tratan. Los tribunales de justicia recurren a estos trabajos, no en busca de las especulaciones de sus autores respecto de lo que el derecho debe ser, sino como testimonio autorizado de lo que el derecho realmente es."

En la época formativa del derecho internacional, cuando éste era en gran parte un *book law* basado en las opiniones de los autores de renombre, la doctrina tenía mayor autoridad que en nuestros días. A falta de tratados y precedentes, las Cancillerías invocaban la autoridad de Grocio, Vattel y otros autores de prestigio. Actualmente, la práctica de los Estados, la jurisprudencia y la publicación de los repertorios que las contienen han reducido la importancia de la doctrina como medio de determinación de las reglas de derecho.

### Las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas

Las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas no tienen carácter obligatorio, excepto en ciertas materias reglamentarias y de presupuesto.

Sin embargo, como señaló la Corte Internacional de Justicia en el caso relativo a la *Legalidad de la Amenaza o del Empleo de las Armas Nucleares*, algunas de dichas resoluciones pueden tener valor normativo:

"Ellas [las resoluciones de la Asamblea General] pueden, en ciertas circunstancias, proporcionar elementos de prueba importantes para establecer la existencia de una regla o la emergencia de una *opinio juris*. Para saber si ello es cierto de una resolución dada de la Asamblea General, es preciso examinar su contenido y las condiciones de su adopción. Es también necesario verificar si existe una *opinio juris* en cuanto a su carácter normativo. Por lo demás, una serie de resoluciones puede ilustrar la evolución progresiva de la *opinio juris* necesaria para el establecimiento de una regla nueva."<sup>1</sup>

<sup>1</sup> *Reports* 1996, párrafo 70.



### El rol de la equidad

La equidad puede ser definida como la aplicación de los principios de justicia a un caso determinado.

La equidad debe ser aplicada por un tribunal cuando una norma de derecho positivo se remita a ella. Así, en los casos de la *Plataforma Continental del Mar del Norte*, la Corte Internacional de Justicia decidió que, según una regla consuetudinaria vigente, la delimitación de la plataforma continental entre Estados vecinos debe efectuarse por acuerdo entre ellos según principios equitativos y tomando en cuenta todas las circunstancias relevantes.<sup>1</sup>

Además, al aplicar el derecho internacional positivo, un tribunal internacional puede elegir, entre varias interpretaciones posibles, aquella que le parezca más conforme a las exigencias de la justicia en el caso de que conoce. Esta forma de aplicación de la equidad no permite modificar el derecho positivo sino interpretar sus normas y modular su aplicación en función de situaciones individuales.<sup>2</sup> "No se trata simplemente de llegar a una solución equitativa, sino de llegar a una solución equitativa que se funde en el derecho aplicable."<sup>3</sup> Como lo ha expresado el *Institut de Droit International*:

"La equidad es normalmente inherente a una sana aplicación del derecho, y... el juez internacional está obligado —al igual que el juez interno—, por la naturaleza misma de su función, a tomarla en cuenta en la medida compatible con el respeto del derecho."<sup>4</sup>

Diferente de lo anterior es la decisión *ex aequo et bono*. El tribunal autorizado para decidir un diferendo *ex aequo et bono* (según lo que es

<sup>1</sup> *Reports* 1969, ps. 47-48.

<sup>2</sup> Corte Internacional de Justicia en el caso relativo a la *Plataforma Continental entre Túnez y Libia*. *Reports* 1982, p. 60.

<sup>3</sup> Corte Internacional de Justicia en el caso relativo a la *Competencia en Materia de Pesquerías*. *Reports* 1974, ps. 33 y 202. Ver también la sentencia de la Corte en el caso relativo al *Diferendo Fronterizo*. *Reports* 1986, ps. 567-568.

<sup>4</sup> *Annuaire*, t. 40, p. 27.

"justo y correcto") puede prescindir de aplicar las normas positivas a fin de alcanzar una solución que le parezca justa y apropiada. Un poder de esta clase sólo puede ser conferido a un tribunal por un acuerdo claro y expreso entre las partes litigantes (artículo 38, párrafo 2, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia).

### LA CODIFICACIÓN

La dispersión de los materiales que constituyen la costumbre, su relativa inaccesibilidad y la imprecisión del derecho consuetudinario han dado un poderoso ímpetu a la codificación del derecho internacional.

La codificación consiste en enunciar en forma escrita, de manera sistemática y obligatoria para los Estados, las reglas del derecho internacional común. Ella se realiza por medio de tratados o convenciones de carácter multilateral.

Los Estados no han pretendido elaborar un código completo de derecho internacional público, pero han tratado de codificar algunos de sus sectores.

En 1930 se celebró en La Haya una conferencia de codificación que produjo muy escasos resultados. En América los esfuerzos de codificación tuvieron mejor fortuna: en varias conferencias panamericanas los países del Continente adoptaron convenciones que codifican reglas del derecho internacional consuetudinario (sobre funcionarios diplomáticos, asilo diplomático, neutralidad marítima, etc.).

Las Naciones Unidas dieron notable impulso a la codificación. Su Carta dispuso que la Asamblea General promovería estudios y haría recomendaciones para la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional. Con este fin, la Asamblea estableció una *Comisión de Derecho Internacional*, compuesta actualmente por treinta y cuatro especialistas.

La Comisión elabora textos sobre diversas ramas del derecho internacional, los somete a los gobiernos, los revisa a la luz de los comentarios hechos por ellos y los presenta a la Asamblea General de las Naciones Unidas. Si lo considera oportuno, Naciones Unidas

convoca, bajo sus auspicios, a una conferencia diplomática. La Conferencia, tomando como punto de partida el texto de la Comisión, *adopta* por la mayoría prevista en su Reglamento, un texto de convención.

El tratado o convención que emerge al final del proceso codificador no es una mera "fotografía" de las reglas existentes. Durante este proceso se despejan incertidumbres, se resuelven divergencias sobre el contenido de algunas normas y se reformulan ellas a la luz de las condiciones actuales.

Los trabajos de la Comisión han servido de base a varias convenciones, tales como las relativas a relaciones diplomáticas, a relaciones consulares, al derecho del mar y al derecho de los tratados.

Estas convenciones sólo vinculan a los Estados que manifiestan formalmente su consentimiento en obligarse por ellas.

Por otra parte, el Comité Internacional de la Cruz Roja y el Gobierno de Suiza han promovido la codificación del llamado "derecho humanitario", que versa sobre temas tales como la protección de los enfermos y heridos de la fuerza armada en campaña, prisioneros de guerra y protección de la población civil durante las hostilidades.

En América la labor de codificación regional es realizada por el Comité Jurídico Interamericano, que es uno de los órganos de la OEA.

La Comisión de Derecho Internacional y las conferencias de codificación no se han limitado a la clarificación y sistematización del derecho vigente. También han realizado una labor de reelaboración evolutiva y de desarrollo progresivo del derecho internacional para adecuarlo a las transformaciones que se han producido en la comunidad internacional. Por otra parte, la participación en los trabajos de la Comisión de juristas que representan a las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo y el carácter prácticamente universal de las conferencias de codificación han permitido que las normas formuladas reflejen un equilibrio entre las diversas concepciones y tendencias y cuenten con la aceptación de los nuevos Estados que se han incorporado a la comunidad internacional.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> R. Ago, "Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne", en *Recueil des Cours*, t. 134 (1971-III), p. 308.