

**anual de derecho
internacional público**

**Thomas Buergenthal
*et al.***



$\frac{c}{f_e}$

I. EL DERECHO INTERNACIONAL: SU IMPORTANCIA Y APLICACIÓN

INTRODUCCIÓN

EL PROPÓSITO de este capítulo es describir los conceptos básicos del derecho internacional moderno y dar una visión general del contexto histórico y teórico que ha servido de marco para su desarrollo. Este capítulo hará también referencia a los sujetos del derecho internacional, a sus objetivos y a su aplicación tanto en el ámbito interno como en el internacional.

1. PROBLEMA DE DEFINICIÓN

1. *La definición tradicional.* El derecho internacional solía definirse como aquel derecho que regulaba las relaciones interestatales. De acuerdo con la definición tradicional, sólo los Estados eran sujetos de derecho internacional, de modo que solamente ellos podían ser titulares de los derechos y obligaciones establecidos por el orden jurídico internacional. Los beneficios u obligaciones reconocidos o impuestos a otras instituciones o individuos eran considerados como meramente "derivativos", ya que eran adquiridos en virtud de la relación o dependencia que tuvieran con el Estado respectivo, único sujeto válido.

2. *Los Estados en el derecho internacional.* Cuando los tratadistas hablan de Estados, se refieren a Estados soberanos. Para que un Estado sea considerado como tal según el derecho internacional, debe contar con un territorio, población y gobierno, así como con la capacidad de participar en relaciones exteriores o diplomáticas. Los Estados pertenecientes a uniones federales o provincias, por lo general carecen de esta última atribución, la cual es un elemento esencial de la soberanía.

3. *La definición moderna.* El derecho internacional contemporáneo no se circunscribe exclusivamente a las relaciones entre Estados. Su alcance es mucho más amplio, pudiendo definirse con mayor exactitud como el derecho que se ocupa de "la conducta de los Estados y de los organismos internacionales y de sus relaciones entre sí, así como de algunas de sus relaciones con las personas naturales o jurídicas". ALI, *Restatement of the Foreign Relations Law of the United States (Third) [Restatement (Revised)]*, artículo 101 (1987). (El *Restatement*, adoptado por el American Law Institute, será citado en numerosas oportunidades en esta publicación. Desde el punto de vista jurídico tiene el valor reconocido a las opiniones de los publicistas de derecho internacional. Ver capítulo II, *infra*.)

4. *Sujetos modernos.* En la actualidad son titulares de derechos y obligaciones las organizaciones internacionales intergubernamentales (ver capítulo III, *infra*), como así también los individuos, aunque en forma mucho más limitada. Las Naciones Unidas, por ejemplo, tienen capacidad jurídica para celebrar tratados de carácter obligatorio, regidos por el derecho internacional, con Estados y con otros organismos internacionales. Ver *Advisory Opinion on Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, 1949, CIJ, núm. 3. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (marzo de 1986) se refiere a los tratados entre estos sujetos de derecho internacional que se rigen por el derecho internacional (artículos 1 y 2). La existencia de responsabilidad individual en el caso de cometerse crímenes de guerra y el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos indican que en determinadas circunstancias, los particulares gozan directamente de derechos y obligaciones bajo el derecho internacional que no son derivativos en el sentido tradicional. Ver capítulo VI, *infra*.

Asimismo, en ciertos casos, los individuos poseen en la actualidad capacidad procesal para hacer valer sus derechos, actuando en forma directa ante organismos o tribunales internacionales. Esto implica reconocer en tales casos su plena subjetividad internacional. Incluso se ha llegado a afirmar que en determinadas situaciones previstas por el derecho in-

ternacional contemporáneo, la humanidad en su conjunto puede considerarse como sujeto de derecho. (René Cassin, *L'Homme, Sujet de Droit International et la Protection des Droits de l'Homme dans la Société Universelle*, Melanges Georges Scelle, París, 1950; Julio Barberis, *Los sujetos de derecho internacional actual*, Tecnos, Madrid, 1984; Antonio Gómez Robledo, "Le Jus Cogens", *Recueil des Cours*, Académie de Droit International, 1981, tomo III.)

2. APLICACIÓN INTERNACIONAL E INTERNA

5. *Modalidades de aplicación.* La aplicación de las normas del derecho internacional, en su mayor parte a las relaciones entre Estados, no implica que dicho ordenamiento jurídico sea inaplicable en el plano jurídico interno. Sin embargo, existen diferencias importantes en la forma en que se aplica el derecho internacional en el orden jurídico interno y en las relaciones interestatales. Por consiguiente, al estudiar el derecho internacional, es conveniente prestar atención a dichas diferencias.

6. *Aplicación internacional.* En el ámbito internacional, los Estados y organismos intergubernamentales invocan y aplican permanentemente el derecho internacional. Con raras excepciones, es el único derecho que rige la conducta de los Estados y de los organismos internacionales en sus relaciones mutuas. En este orden, el derecho internacional es por tanto un sistema jurídico concreto, cuyos alcances y funciones pueden compararse con los de un sistema jurídico interno.

7. *Aplicación interna.* En el plano interno, sin embargo, la aplicación del derecho internacional tiene características diferentes. En los Estados Unidos, por ejemplo, la constitución establece que el derecho internacional es derecho vigente (*Law of the Land*). Esto implica que en ese país el derecho internacional es una rama del sistema jurídico, al igual que el derecho civil, penal, comercial, etc. El derecho civil estadounidense se aplica en aquellos casos o situaciones regidos por los principios del derecho civil. En forma muy similar, el de-

recho internacional se aplica cuando los hechos del caso o la situación así lo requieren. De modo que tanto los particulares como las entidades públicas y privadas y agencias gubernamentales invocan el derecho internacional en litigios internos siempre que resulte pertinente recurrir a él. Ante los tribunales estadounidenses no tiene importancia si el particular que invoca normas internacionales tiene o no derechos u obligaciones de acuerdo con el derecho internacional en el plano internacional —es decir, no es relevante el que sea o no un sujeto de derecho internacional—. Sin embargo, es pertinente establecer si, según el derecho interno de Estados Unidos, una norma de derecho internacional tiene capacidad jurídica para resolver la controversia pendiente ante un tribunal. Desde el punto de vista interno, un individuo puede ser sujeto de derechos y obligaciones en virtud de normas de derecho internacional en la misma forma en que lo es de derechos y obligaciones legales basados en normas internas.

En América Latina este tema no se plantea en los mismos términos. A pesar de las diferencias doctrinarias aún subsistentes entre dualistas y monistas, la práctica y la doctrina latinoamericana coinciden en que el derecho internacional puede ser aplicado directamente en el ámbito interno. Sin perjuicio de la obligación de dictar las normas internas requeridas para hacer posible y facilitar la aplicación del derecho internacional, este derecho, y en especial las obligaciones que derivan de los tratados que están vigentes con respecto a un Estado, son en general directamente aplicables en el derecho interno. (Eduardo Jiménez de Aréchaga, *Curso de derecho internacional público*, tomo I, Montevideo, 1959, pp. 179-237.)

8. *Ejemplos de aplicación internacional e interna.* Supóngase que el derecho internacional exige a los Estados garantizar en tiempo de paz la libre navegación de barcos mercantes extranjeros por sus aguas territoriales. Supóngase asimismo que un buque mercante de bandera del Estado X, de propiedad de un señor Vessel, nacional del Estado X, es capturado por los guardacostas del Estado Y dentro de sus aguas territoriales, en violación de la disposición de derecho internacional señalada anteriormente. En el plano internacional, la disputa que se suscitara sería entre el Estado X y el Estado Y.

Esto se debe a que el derecho de libre navegación de buques mercantes y la obligación de observar ese derecho, sólo corresponde a los sujetos de derecho internacional, es decir, a los Estados. La captura de la nave del señor Vessel sería considerada una violación de la obligación del Estado Y para con el Estado X, el Estado de la nacionalidad de la nave. En virtud de dicho vínculo de nacionalidad, de acuerdo con el derecho internacional, el Estado X tiene fundamentos jurídicos para invocar la responsabilidad internacional del Estado Y. Según los principios generales del derecho internacional, todo daño que sufra un individuo es un daño infligido al Estado del cual es nacional. *Mavrommatis Palestine Concessions (Jurisdiction)*, 1924, PCIJ, serie A, núm. 2.

Supóngase a modo de ejemplo igualmente, que el señor Vessel en vez de actuar a través del Estado X, de la manera señalada anteriormente, decide entablar juicio ante los tribunales del Estado Y por daños y perjuicios, reclamando asimismo la devolución del barco. Si el derecho internacional es derecho vigente en el Estado Y, como sucede con la mayoría de los Estados que integran la comunidad de naciones, el señor Vessel tendría derecho a invocar la disposición pertinente del derecho internacional con el fin de sostener la ilegalidad de la captura de su buque. En este caso, denunciaría la violación de un derecho que le corresponde según el derecho internacional, actuando de manera muy similar a la forma en que recurriría a una disposición de derecho civil interno si alguien le hubiera privado del uso de su propiedad en una transacción comercial celebrada en el territorio del Estado Y. La decisión sobre la demanda del señor Vessel en el Estado Y dependerá de su solidez jurídica y de los hechos en que se basa el reclamo, según el derecho interno pertinente, tanto sustantivo como procesal, sin que importe si el caso atañe al derecho civil o al derecho internacional.

En el plano internacional, el sistema jurídico internacional es el contexto en el cual se aplica la norma específica de derecho internacional que se refiere a la libre navegación en aguas territoriales en tiempos de paz. Es decir, todos los factores pertinentes del caso son determinados por el derecho internacional, sin importar si la norma tiene o no precedencia sobre las demás normas. En el plano interno, por otro

lado, el contexto para la aplicación de esa norma es el sistema jurídico interno y el marco constitucional en que opera. Si bien es cierto, en términos generales, que un tribunal interno procura establecer el contenido de una norma de derecho internacional de una manera similar a un tribunal internacional, una misma disputa podría resolverse de una manera distinta por dichos tribunales por tratarse, en un caso, del sistema jurídico interno y, en el otro, del sistema jurídico internacional. Es por eso que resulta tan importante, al abordar temas y materiales de derecho internacional, indagar si el contexto es el plano interno o el internacional, o ambos.

9. *La supremacía del derecho internacional.* De acuerdo con el derecho internacional, los derechos y obligaciones de un Estado son, en el plano internacional, superiores a aquellos derechos o deberes que el Estado tiene según su propio derecho interno. Es así, por ejemplo, que si un Estado es parte de un tratado que tiene validez y obligatoriedad según el derecho internacional, el incumplimiento de ese tratado no puede basarse en fallos de la suprema corte de ese Estado que sostengan que el tratado en cuestión es inconstitucional. Con muy raras excepciones, que no vienen aquí al caso, la inconstitucionalidad de un tratado es un asunto que sólo compete al derecho interno. Ver Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículos 27 y 46. Aunque esto podría llevar a un Estado a decidir no aplicar internamente un tratado, esto constituiría en todo caso una violación del derecho internacional. En la práctica, este tipo de problemas suelen resolverse por medio de la renegociación del tratado o, en muy pocos casos, a través del pago de una indemnización.

La falta de cumplimiento por un Estado de una obligación convencional vinculante según el derecho internacional alegando motivos constitucionales internos, se asemeja a aquellas situaciones a nivel interno en las que una parte en un contrato no puede o no quiere cumplir con sus obligaciones contractuales y es responsable de las consecuencias de dicho incumplimiento. Asimismo, según el derecho internacional, no tiene importancia si el incumplimiento del tratado por parte del Estado se debe a una decisión judicial suprema o a una orden de la máxima autoridad ejecutiva. El derecho cons-

titucional interno no remplace al derecho internacional en ese ámbito, aun cuando tal derecho constitucional tenga prioridad sobre el internacional en el plano interno, como es usual en la mayoría de los países.

3. APLICABILIDAD Y FUNCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

10. *La utilidad del derecho internacional.* Los tribunales internacionales, así como las cortes nacionales, aplican regularmente las normas del derecho internacional. Sin embargo, esta aplicación no se limita a procedimientos judiciales. Los Estados recurren a esta normatividad en sus relaciones diplomáticas, en sus negociaciones y en la formulación de sus políticas. Los Estados defienden sus acciones y políticas o critican el proceder de otros Estados invocando el derecho internacional. En la medida en que éste es aceptado como "ley" por la comunidad internacional, igualmente en esa medida impone moderación en la conducta de los Estados e influye en el proceso de toma de decisiones de éstos. Aunque pueden existir opiniones divergentes en cuanto a la naturaleza, alcances o aplicabilidad de una norma determinada de derecho internacional en un caso concreto, los Estados rara vez admiten haber violado el derecho internacional, y casi nunca sostienen que tienen derecho a infringirlo.

11. *El derecho internacional como ley.* Numerosos factores condicionan el comportamiento de los Estados. El derecho internacional es tan sólo uno de ellos. En todo caso no se puede desconocer que para comprender o predecir cómo actuarán los Estados en una situación dada, o para aconsejar a los Estados cómo proteger sus intereses nacionales, hay que considerar los principios aplicables de derecho internacional. Es posible que un Estado esté dispuesto a violar el derecho internacional si con ello logra un objetivo político determinado. Pero en el momento de calcular los costos políticos a corto y mediano plazos de tal acción, los formuladores de las políticas de ese Estado tomarán en cuenta la naturaleza y función de ese derecho, así como las consecuencias legales y políticas que genera el ser calificado de violador de la ley.

Las violaciones dramáticas del derecho internacional que atraen la atención mundial, y en especial aquellas que entrañan el uso de fuerza o la amenaza de su empleo, no deberían llevar a ignorar que los preceptos y principios internacionales que regulan el comercio internacional, las comunicaciones, el transporte, y las relaciones diplomáticas y consulares normales, entre otras cosas, se aplican y cumplen con la misma regularidad que el derecho interno. Para aquellos abogados que trabajan en esos campos, sea como asesores legales de gobiernos, de organismos internacionales o de empresas, o bien como legisladores, formuladores de políticas o arbitadores, el derecho internacional es derecho en un sentido muy real y práctico. Ellos tienen que saber cómo encontrarlo y analizarlo, en qué contexto aplicarlo y dónde y cómo hacerlo valer.

12. *Aplicación y puesta en vigencia.* La simple mención del derecho internacional, genera interrogantes sobre su vigencia real. Para abordar estas interrogantes, es importante identificar en primer término, si se refieren a la vigencia del derecho internacional en el plano interno o a nivel internacional. En el plano interno, los tribunales y las agencias administrativas son los que deciden sobre la aplicación del derecho internacional, de la misma manera que actúan en relación con normas internas. La respuesta es más compleja en el plano internacional.

Por lo general, los tribunales internacionales no tienen competencia obligatoria ni automática para conocer todas las disputas internacionales que hayan llegado a la etapa de su adjudicación. La facultad de decidir un caso determinado, depende de la aceptación de las partes en la disputa de la jurisdicción del tribunal respectivo. Ver capítulo IV, *infra*. Por consiguiente, existen numerosas disputas internacionales sobre las cuales no se puede fallar porque alguna de las partes en la disputa se rehúsa a aceptar la competencia de una corte.

Los tribunales no son, sin embargo, las únicas instituciones capaces de resolver disputas entre Estados. Muchas disputas internacionales que no pueden someterse a un fallo internacional formal se resuelven a través de otros métodos como,

por ejemplo, la negociación, la mediación, los buenos oficios o el arbitraje, en todos los cuales se aplica el derecho internacional. Ver capítulo IV, *infra*. En estos casos, el derecho internacional desempeña una función similar a la del derecho interno en la resolución de disputas que no llegan ante los tribunales.

Por otra parte, en la actualidad existen numerosos mecanismos y organismos de carácter político, cuasijudicial o diplomático —las Naciones Unidas, organismos regionales, conferencias diplomáticas, comisiones multilaterales, etc.— en los que el derecho internacional, junto con otros factores, desempeña una función en la resolución de conflictos y en el encuentro de soluciones a problemas de distinto tipo. En el orden interno sucede algo similar. Al igual que en el plano internacional, las normas nacionales pueden también, dependiendo de las circunstancias, tener un impacto mínimo, relativamente importante, o incluso determinante en la elaboración de fórmulas políticas o al enfrentar problemas de una sociedad determinada.

13. *Puesta en vigencia y cumplimiento.* Los mecanismos que existen en el plano internacional para hacer valer los fallos emitidos por tribunales internacionales, son distintos a los disponibles en el plano interno. Ver capítulo IV, *infra*. Los tribunales internacionales no cuentan con una fuerza policial que se ocupe de hacer cumplir un fallo. Con todo, en el orden interno, los fallos se hacen valer o ejecutan de manera distinta dependiendo de si una sentencia se dicta contra un particular o contra el gobierno. Si bien es cierto que los bienes de un particular se pueden embargar al ejecutarse una sentencia en su contra, este recurso por lo general no se puede aplicar contra entidades gubernamentales. Por otro lado, la autoridad de las cortes nacionales para hacer valer sus sentencias es más bien simbólica que real cuando se trata de una disputa en contra del gobierno. Los gobiernos no acatan las decisiones de los tribunales nacionales porque éstos tengan verdadero poder policial o militar para obligar su cumplimiento. El grado de cumplimiento logrado guarda más bien relación con la legitimidad política y la credibilidad moral que nutren la estructura misma de la autoridad gubernamental y origi-

nan expectativas que el derecho será respetado. (Debe advertirse que lo anteriormente expuesto no es aplicable estrictamente a la situación de la ejecución de sentencias contra el Estado en los países latinoamericanos.)

La situación no es extremadamente diferente en el plano internacional. Sin embargo, la ausencia de una autoridad legislativa formal y centralizada, unida a los defectos jurisdiccionales típicos de los tribunales internacionales, reducen las expectativas de cumplimiento del derecho internacional, en comparación con la situación que impera en el plano interno. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el incumplimiento del derecho internacional expone al gobierno infractor a costosas medidas políticas o económicas de represalia por parte de los demás Estados. La probabilidad de que esas represalias se produzcan, es un elemento que tiene un efecto importante sobre el cumplimiento de sus obligaciones internacionales por parte de los Estados. Por otra parte, aun los Estados más poderosos tienen intereses políticos y económicos a mediano y largo plazos en la existencia de un orden internacional en el que los conflictos se resuelvan de conformidad con normas de aceptación general, de una manera que sea razonablemente previsible, y que reduzca la probabilidad de tener que recurrir a la fuerza. Con respecto al cumplimiento de las sentencias de la Corte Internacional de Justicia, ver artículo 94 de la Carta de las Naciones Unidas.

4. EL CONTEXTO HISTÓRICO

14. *Los orígenes del sistema moderno.* Con el surgimiento del Estado moderno en los siglos XVI y XVII, el derecho internacional o derecho de gentes, como solía llamarse, llegó a constituirse en un sistema o disciplina jurídica separada. Desde luego que algunas prácticas, como por ejemplo el intercambio de emisarios diplomáticos, la celebración de tratados de paz, etc., y ciertas normas con ellas relacionadas, datan de la antigüedad. Sin embargo, no fue sino hasta la era moderna que los preceptos que regían las relaciones entre Estados llegaron a considerarse como un cuerpo jurídico autónomo. Muchos de estos preceptos se originaban en el derecho ro-

mano o el derecho canónico, ambos muy influenciados por los principios del derecho natural. Estas dos fuentes de derecho sirvieron también de base para gran parte del derecho interno de los Estados que emergieron en Europa hacia fines del Medioevo, con el albor del Renacimiento. El derecho romano y el derecho canónico tuvieron una gran influencia sobre los estadistas europeos y tratadistas del periodo, quienes crearon y sistematizaron lo que llegó a ser el derecho internacional moderno. Ver, en general, Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations* (ed. rev. 1962).

15. *Los primeros tratadistas y sus doctrinas.* Hugo Grocio (1583-1645), autor y diplomático holandés, es conocido como el "padre" del derecho internacional moderno. Su obra principal, *De Jure Belli Ac Pacis* (1625), constituye uno de los primeros esfuerzos para describir el derecho internacional de la guerra y la paz en forma sistemática. Otro trabajo fundamental de Grocio es *Mare Liberum* (1609), una defensa enérgica de la doctrina de la libertad de los mares, doctrina que llegó a reconocerse como principio básico del derecho internacional.

Grocio fue precedido por una serie de tratadistas cuyas contribuciones al desarrollo del derecho internacional caben destacar. Entre los más importantes se encuentran el italiano Alberico Gentili (1552-1608), profesor de derecho romano de la Universidad de Oxford que escribió *De Jure Belli* (1598), y el teólogo español Francisco de Vitoria (1480-1546), quien, en las cátedras que dictó sobre la conquista española del Nuevo Mundo, fue uno de los primeros en afirmar la universalidad del derecho internacional y de su aplicación.

Entre los primeros tratadistas sobre derecho internacional que siguieron a Grocio, merece mención especial el pensador alemán Samuel Pufendorf (1632-1694). En su *De Jure Naturae Gentium* (1672), Pufendorf sostuvo que el derecho natural era la fuente o base del derecho internacional. Otro erudito cuya influencia emuló a la de Grocio durante mucho tiempo, fue el diplomático suizo Emmerich de Vattel (1714-1767). Su obra principal, *The Law of Nations* (1758), una guía práctica del derecho internacional para diplomáticos, fue ampliamente citada y consultada por gobiernos aún a fines del siglo XIX.

Mientras que Pufendorf y Vattel sostenían que el derecho natural era la verdadera fuente del derecho internacional, el pensador inglés Richard Zouche (1590-1661) fue uno de los primeros positivistas. Los partidarios del positivismo buscaban la fuente del derecho internacional en la práctica de los Estados —sus sujetos—. Ambas escuelas encontraron cierto apoyo en los escritos de Grocio, porque sus teorías sobre el derecho internacional dependían tanto del derecho natural como de las costumbres establecidas por la práctica de los Estados. Estas dos escuelas dominaron las disertaciones filosóficas en torno a la naturaleza del derecho internacional hasta las primeras décadas del siglo xx. El positivismo emergió paulatinamente como la teoría dominante, llegándose a reconocer que el derecho internacional, como derecho, dependía del consentimiento soberano de los Estados que conforman la comunidad internacional. El requisito del consentimiento necesario había que buscarlo en la práctica de los Estados, que era considerada como teniendo fuerza de ley. Hoy la situación es mucho más complicada. En un mundo complejo y múltiple, con una sociedad internacional por primera vez verdaderamente universal, coexisten teorías y doctrinas muy diversas. En este contexto ha habido incluso un renacimiento de las teorías del derecho natural.

16. *Hitos históricos.* Una serie de hitos o eventos históricos son esenciales para captar la trayectoria del derecho internacional moderno. Entre ellos se encuentran el descubrimiento de América, la Paz de Westfalia, la independencia de los Estados Unidos y de los Estados latinoamericanos, el Congreso de Viena, el establecimiento de la Sociedad de Naciones y la adopción de la Carta de las Naciones Unidas.

El descubrimiento de América (1492) provocó una ampliación profunda del ámbito espacial cubierto por el pensamiento occidental, inició el proceso que permitió concebir un derecho de gentes verdaderamente universal y planteó a la teoría jurídica nuevos problemas que habrían de llevar luego a reflexiones que están en el origen del desarrollo del derecho internacional moderno.

La independencia de los Estados Unidos (1776) y la independencia de los Estados latinoamericanos (1810-1828) con-

cluyeron definitivamente con la concepción de un derecho internacional exclusivamente europeo. Fueron etapas esenciales en el desarrollo del derecho internacional universal, planteando temas centrales como el derecho a la libre determinación y a la independencia, el regionalismo o presentando en una nueva luz aspectos de principios o normas tradicionales, como la no intervención y el reconocimiento de Estados y gobiernos.

La Paz de Westfalia puso fin a la Guerra de Treinta Años (1618-1648) y estableció un sistema o marco para la paz y la cooperación en Europa basado en tratados que perduró durante más de cien años. Entre otras cosas, dio lugar a medidas para la coexistencia del catolicismo y el protestantismo en ciertas partes de Europa, sembrando así las primeras semillas de la libertad religiosa en ese continente. En las conferencias que dieron lugar a los dos tratados básicos que conforman la Paz de Westfalia, se sentaron las bases para los congresos y las negociaciones diplomáticas multilaterales. Dichos acuerdos proclamaron también la doctrina de *pacta sunt servanda* (los tratados deben respetarse) y establecieron un mecanismo para el arreglo de las controversias que pudieran surgir entre los signatarios.

El Acta Final del Congreso de Viena (1815) marcó el fin de las guerras napoleónicas y elaboró un sistema multilateral sofisticado de cooperación política y económica en Europa. Los aspectos principales de este sistema perduraron hasta el estallido de la primera Guerra Mundial. El Congreso de Viena adoptó el primer conjunto completo de reglas de protocolo diplomático, condenó formalmente el tráfico de esclavos, y estableció el principio de la navegación libre e irrestricta en los ríos internacionales de la región. Sentó además las bases para el reconocimiento de la neutralidad de Suiza, así como la garantía de la misma por parte de los poderes europeos principales. Por otro lado, al Acta Final se adjuntaron varios acuerdos multilaterales y bilaterales, los cuales, junto con los tratados que surgieron a raíz de la Paz de Westfalia, dotaron a Europa de numerosas normas de derecho internacional y contribuyeron de manera muy importante al desarrollo del derecho internacional moderno.

La Sociedad de Naciones se estableció en 1920 al entrar en

vigencia el pacto que la creó. El pacto formaba parte integral del Tratado de Paz de Versalles que puso fin a la primera Guerra Mundial. Aunque se reconoce como un hecho histórico que la Sociedad de Naciones no pudo evitar que se produjera la segunda Guerra Mundial, es importante recordar que este organismo representa el primer intento formal de los Estados por crear un marco institucional intergubernamental para la resolución de disputas políticas y el mantenimiento de la paz. La Sociedad de Naciones estableció el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, primer tribunal internacional accesible a todos los Estados. Los mecanismos que la Sociedad estableció para la protección de los derechos de las minorías de Europa oriental y sudoriental y para la supervisión de determinados territorios no autónomos (mandatos), constituyeron la primera tentativa internacional por establecer un régimen internacional de protección de los derechos humanos. La Sociedad contribuyó de múltiples maneras a desarrollar y codificar el derecho internacional. A lo anterior debe añadirse el aporte teórico y práctico de la Sociedad de Naciones, esencial para la creación y desarrollo del derecho moderno de las organizaciones internacionales. Ver capítulo III, *infra*.

La Organización de las Naciones Unidas (ONU), fundada en 1945, se describe en detalle en el capítulo III, *infra*. Aquí sólo cabe destacar que la simple existencia de las Naciones Unidas, cualesquiera que sean sus debilidades, constituye un paso fundamental en los esfuerzos de la comunidad internacional por hacer del derecho internacional una herramienta más efectiva para la conservación de la paz y el reconocimiento de la dignidad inherente de todos los seres humanos. Si se compara con lo que aún resta por hacer, los logros legales y políticos de la ONU son, a lo más, limitados; si se le juzga en relación con los logros del derecho internacional y de las organizaciones internacionales que la precedieron, sus contribuciones adquieren mayor significación. El que el derecho internacional y los organismos internacionales puedan o no, en el mundo de hoy, hacer una contribución verdaderamente importante a la solución de los problemas que enfrenta la humanidad, sigue siendo una cuestión decisiva para los internacionalistas de todo el mundo. Debe ser, sin duda, el tema fundamental que anime y motive el estudio del derecho internacional.

II. LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

INTRODUCCIÓN

Las fuentes formales del derecho interno son la constitución (si el país cuenta con una), las normas legislativas y las decisiones de los tribunales de justicia (jurisprudencia) en aquellos países donde prevalezca la doctrina de *stare decisis* (precedente de carácter obligatorio). Otra forma de considerar el tema de las fuentes del derecho es a través de su vinculación con el problema de cómo se genera una norma. En el plano interno, está relacionado con los procedimientos constitucionales legislativos o judiciales según sea el caso, que validen la adopción de una norma determinada.

La situación es más compleja en el plano internacional. Desde el punto de vista de la adopción de normas jurídicas, el derecho internacional es un sistema jurídico primitivo. No existe a nivel internacional una institución que se pueda comparar con un cuerpo legislativo nacional capaz de promulgar leyes de aplicación general. La comunidad internacional carece de una constitución que pueda considerarse fuente fundamental de derecho. Por otro lado, las decisiones de la Corte Internacional de Justicia no son obligatorias sino para las partes en litigio y no tienen valor de precedente en el sentido formal, porque el *stare decisis* no es una regla del derecho internacional.

¿Cómo puede saberse, entonces, si una determinada regla es una norma de derecho internacional? Esto depende de la identificación de las fuentes del derecho internacional. A su vez, esto último requiere un análisis de la forma en que se elabora el derecho internacional o de cómo una norma se convierte en obligatoria en el plano internacional. Este capítulo abordará dichos temas, así como los problemas relacionados con la forma de comprobar la existencia o inexistencia de una norma de derecho internacional.

1. FUENTES PRIMARIAS

1. *Artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.* (CIJ) Se reconoce universalmente que el artículo 38.1 del Estatuto es la enumeración más autorizada de las fuentes de derecho internacional. Dicha norma señala que:

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.

2. *Significado del artículo 38 del Estatuto de la CIJ.* El artículo 38 fue incluido en el Estatuto de la CIJ para identificar las normas que la Corte debía aplicar en el ejercicio de sus funciones. (El capítulo IV, *infra*, se ocupa de la CIJ.) El artículo 38.1 señala que el derecho internacional consiste de, o se basa en, convenciones internacionales (tratados), la costumbre internacional, y los principios generales de derecho. Se desprende de ello que una regla no puede considerarse como una norma de derecho internacional a menos que se derive de una de las tres fuentes anteriormente nombradas.

Las "decisiones judiciales" y "doctrinas" de los publicistas, no son fuentes de derecho como tal. Sin embargo, se constituyen válidamente como "medios auxiliares" para definir el derecho aplicable. Su valor radica fundamentalmente en que sirven como instrumento para probar que una norma determinada se considera aceptada como regla de derecho internacional. Ver *The Paquete Habana*, 175 U. S. 677 (1900); *Restatement (Revised)*, *Reporters' note uno to párrafo 102*.

El artículo 38.1 no se pronuncia sobre si las tres fuentes

que enumera tienen el mismo valor jerárquico, es decir, si los tratados tienen prioridad sobre la costumbre y la costumbre sobre los principios generales de derecho. A pesar de la falta de unanimidad en la doctrina, en la práctica, en el caso de una disputa entre dos Estados, los tribunales internacionales otorgan precedencia a disposiciones convencionales específicas de carácter obligatorio vigentes entre partes, prescindiendo de normas discrepantes de derecho internacional consuetudinario. Lo anterior es generalmente aceptado siempre que la norma consuetudinaria no sea una norma imperativa de derecho internacional (*jus cogens*), ya que éstas no pueden ser derogadas por un tratado entre dos Estados. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 53. Por otra parte, una norma de derecho internacional consuetudinario tiene preferencia sobre un principio general de derecho.

3. *El derecho internacional consuetudinario.* Según el artículo 38.1.b del Estatuto de la CIJ, "una práctica generalmente aceptada como derecho" constituye una costumbre internacional. El *Restatement (Revised)*, párrafo 102.2, da una definición funcionalmente más sólida al señalar que el derecho internacional consuetudinario resulta de una práctica general y consistente por parte de los Estados, observada por ellos como consecuencia de percibirla como una obligación legal. En función de lo anterior, toda regla o principio que se refleje en la práctica en la conducta de los Estados, debe ser aceptada tácita o expresamente por ellos como obligatoria en el plano internacional para poder ser considerada como norma del derecho internacional.

El derecho internacional consuetudinario evoluciona a partir de la práctica de los Estados. Para los internacionalistas, "la práctica de los Estados" es la conducta oficial de los gobiernos tal como se ve reflejada en una serie de actos, como por ejemplo, las declaraciones oficiales en conferencias internacionales y en intercambios diplomáticos, instrucciones formales a agentes diplomáticos, decisiones de cortes nacionales, medidas legislativas u otras medidas adoptadas por los gobiernos para hacer frente a asuntos de interés internacional. La inacción también puede interpretarse como una suerte de práctica estatal.

Una práctica no se convierte en norma del derecho internacional consuetudinario por el mero hecho de ser observada ampliamente. Debe, además, ser considerada obligatoria por los Estados. Esta condición no se cumple si una práctica se observa sólo por cortesía o si los Estados consideran que tienen legalmente la libertad de apartarse de ella en cualquier momento. La práctica para ser constitutiva de derecho, debe cumplir con el requisito de "*opinio juris*", abreviación de la frase latina *opinio juris sive necessitatis*, esto es, con la convicción de que la regla es jurídicamente obligatoria.

El requisito de *opinio juris* puede derivarse implícitamente del cumplimiento general y consistente de una norma durante un periodo prolongado. Mucho más difícil es determinar el grado de aceptación que debe tener una práctica para constituirse en una norma consuetudinaria. En todo caso, no se requiere que la aceptación sea universal. Costumbres regionales pueden generarse en áreas geográficas identificables históricamente. Por lo general, la costumbre universal requiere una práctica que cuente con la aceptación tanto de las principales potencias del mundo representativas de sistemas diferentes como asimismo de los Estados que sean directamente afectados por ella. Otra condición es que la práctica no haya sido consistentemente rechazada por un número importante de Estados. Los problemas de concepto y prueba surgen principalmente en las áreas del derecho afectadas por disputas ideológicas o avances tecnológicos. Ver, por ejemplo, *North Sea Continental Shelf Cases (FRG v. Denmark; FRG v. Netherlands)*, 1969, CIJ, núm. 4.

Un Estado que rechace una práctica en forma consistente antes de que ésta se convierta en derecho, no está obligado a acatarla. Cf. *Fisheries Case (UK v. Norway)*, 1951, CIJ, 116. Esto surge de la naturaleza principalmente consensual del derecho internacional y de que no es necesario que una práctica cuente con aceptación universal para que se convierta en norma de derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, una vez que una práctica adquiere la condición de derecho, se convierte en obligatoria para todos los Estados que no la objetaron. En doctrina hay desacuerdo sobre si los nuevos Estados que adquirieron su independencia recientemente, están obligados a acatar todas las normas de derecho internacional en

vigencia en el momento de convertirse en sujetos de este derecho. El *Restatement (Revised)*, párrafo 102, comentario d, responde afirmativamente y ésta parece ser la respuesta más acertada. La no aplicación del derecho consuetudinario a los nuevos Estados no es necesariamente beneficiosa para ellos, a pesar de que no hayan participado en su gestación, ya que las normas prescriben no sólo obligaciones sino también derechos. Si la aplicación del derecho consuetudinario no tiene lugar con la adquisición de personalidad jurídica internacional, los Estados existentes tienen la posibilidad de negar la aplicación de normas consuetudinarias a un nuevo Estado precisamente arguyendo que no participó en su gestación. Ver Virally, "The Sources of International Law", en *Manual of Public International Law*, pp. 132, 137-39 (Sorensen, ed. 1968).

4. *El derecho internacional convencional.* El artículo 38.1.a del Estatuto de la CIJ, al enunciar las fuentes de derecho internacional hace mención a "convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes". De modo que la referencia del Estatuto incluye tanto los acuerdos internacionales de carácter bilateral como multilateral. (Para el derecho de los tratados, ver capítulo V, *infra*.) Sin embargo, aunque un tratado bilateral entre el Estado A y el Estado B es fuente de derecho para cualquier disputa que surja entre ellos en asuntos regidos por el tratado, dicho tratado no es una fuente de derecho internacional para la comunidad internacional en su conjunto.

Algunos tratados, sin embargo, pueden constituirse en normas de derecho internacional general o ser una fuente del mismo. El *Restatement (Revised)* establece esta posibilidad en el párrafo 102.3, al señalar que "los acuerdos internacionales crean derecho internacional general cuando están abiertos a la adhesión de los Estados en general y, de hecho, cuentan con una amplia aceptación". En ese caso se puede considerar que dichos acuerdos internacionales desempeñan una función que se puede comparar con la legislación en el orden interno. En los últimos años, este tipo de tratados ha aumentado dramáticamente, en gran medida debido a que el derecho internacional consuetudinario por lo general evoluciona

con extremada lentitud para hacer frente a las necesidades contemporáneas de la comunidad internacional de adopción de nuevas normas de derecho.

En un sentido estrictamente formal, estos tratados legislativos o "formuladores" de derecho sólo tienen carácter obligatorio para los Estados partes. En la práctica dichos tratados pueden ser considerados fuente independiente del derecho internacional en la medida en que un gran número de Estados se les adhieran o acepten sus disposiciones como derecho. Como ejemplos, cabe mencionar la Convención sobre el Genocidio, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, así como diversas disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

No es siempre fácil distinguir entre estos tratados legislativos y aquellos acuerdos que se consideran declaratorios de derecho internacional consuetudinario preexistente. En un sentido, estos últimos son simplemente prueba de lo que un grupo de Estados estima que es el derecho internacional consuetudinario. Cuantos menos Estados ratifiquen un tratado o lo consideren como declarativo, tanto menor es el valor de invocarlo como prueba de la existencia de una norma consuetudinaria. Por otro lado, si numerosos Estados se adhieren a un tratado o aceptan en la práctica que el mismo establece obligaciones jurídicas que les son aplicables, deja de ser esencial determinar si el tratado en cuestión es declaratorio o no del derecho consuetudinario. En efecto, en algún momento, el tratado será por sí mismo fuente independiente del derecho internacional general. Un ejemplo en este sentido es la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que parece haber pasado por todas las etapas necesarias para ser considerada fuente de derecho.

5. *Principios generales de derecho.* Entre las fuentes de derecho internacional que se enumeran en el artículo 38.1 se encuentran "los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas". Una expresión más adecuada en el mundo moderno es, sin embargo, la de principios generales de derecho reconocidos o compartidos por los principales sistemas jurídicos del mundo. Los principios generales

de derecho desempeñan un papel importante en la evolución del derecho internacional. Las reglas derivadas de los principios eran a menudo las únicas normas que los Estados estaban dispuestos a aceptar en la reglamentación de sus relaciones internacionales. Su aceptación como fuente de derecho deriva de que los Estados al reconocer y aplicar principios comunes en su derecho interno, han implícitamente consentido acatar el valor de esos mismos principios en el plano internacional. Las normas jurídicas que rigen la responsabilidad de los Estados por daños y perjuicios a extranjeros, en un momento dado se basaban casi exclusivamente en esa fuente.

El derecho internacional moderno depende cada vez menos de los principios generales de derecho como fuente de derecho. Esto se debe en parte a que numerosas normas que originalmente se derivaron de los principios generales, con el tiempo han llegado a convertirse en derecho internacional consuetudinario o convencional. La formación de derecho por medio de los llamados tratados legislativos, ha reducido también la necesidad de contar con principios generales de derecho para llenar lagunas sustantivas en el sistema jurídico internacional. Es por eso que es apropiado caracterizar a los principios generales como una "fuente secundaria del derecho internacional". Ver *Restatement (Revised)*, párrafo 102, comentario 1.

Sin embargo, los principios generales siguen invocándose para llenar vacíos, especialmente en materia procesal y en problemas relacionados con la administración internacional de justicia. Un tribunal internacional puede recurrir a los principios generales, por ejemplo, para resolver que la doctrina de *res judicata* es parte del derecho internacional, o que los jueces internacionales deben comportarse de una manera que no dé lugar a la menor duda sobre su imparcialidad o independencia.

6. *Principios generales de derecho internacional.* Además de los principios generales de derecho, la Corte Internacional de Justicia ha recurrido en ocasiones a los principios generales de derecho internacional para fundar sus sentencias y opiniones consultivas. Estos principios, esenciales y típicos del derecho de la comunidad internacional en su actual grado de

desarrollo, derivan principalmente de la Carta de las Naciones Unidas (artículo 2) y han sido enunciados y definidos por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios de Derecho Internacional Relativos a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados (Resolución 2625 [xxv] del 24 de octubre de 1970). Estos principios, según la propia Declaración "constituyen principios básicos de derecho internacional".

7. *La naturaleza del derecho internacional moderno.* De lo expuesto en los párrafos que anteceden, se desprende que el derecho internacional moderno consta principalmente del derecho internacional convencional y consuetudinario. Por otra parte, la influencia que los tratados legislativos tienen en la actualidad en la formulación del derecho, empieza a transformar el derecho internacional en un sistema jurídico más dinámico. La evolución del derecho internacional consuetudinario es, en general, más complicado; por tanto, se presta menos al ritmo vertiginoso de la vida moderna. La función que desempeñan los principios generales de derecho como fuente de derecho es cada vez más reducida, aunque algunos de dichos principios pueden revestir especial importancia si tienen el carácter de normas imperativas (*jus cogens*).

2. MEDIOS AUXILIARES

8. *Determinación del derecho internacional.* El artículo 38.1.d del Estatuto de la CIJ enumera las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas debidamente calificados "como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho..." Esta disposición se interpreta por lo general como que autoriza a comprobar la existencia de una norma de derecho internacional recurriendo al mencionado "medio auxiliar". *Restatement (Revised)*, párrafo 103.

Aunque el artículo 38 asigna igual importancia a las doctrinas de los publicistas y a las decisiones judiciales, en la práctica ello no es así. Tampoco se puede decir que todas las decisiones judiciales tienen el mismo valor. Las decisiones de la CIJ están investidas de la más alta autoridad en el plano inter-

nacional. Si la CIJ, por ejemplo, resuelve que una formulación determinada se ha convertido en norma de derecho internacional consuetudinario, esa opinión, si bien en teoría no constituye un precedente de carácter obligatorio, en la práctica viene a ser "la ley". Es sumamente difícil, si no imposible, refutar una opinión de esa índole en el plano internacional. De igual manera, las decisiones de otros tribunales modernos, en especial los permanentes (ver capítulo IV, *infra*), están dotadas de gran autoridad. Las decisiones de las cortes nacionales relativas a la aplicación del derecho internacional, tienen una importancia mucho menor. Su valor depende de criterios como el prestigio y la imparcialidad de la corte nacional, de si la decisión difiere de decisiones de cortes internacionales, y del foro en el cual se cite la decisión en cuestión. Una decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos que interprete una norma de derecho internacional, es determinante en el orden interno de los Estados Unidos, aun cuando contradiga una opinión de la CIJ. Sin embargo, en un país como Bélgica, por ejemplo, una decisión judicial de los Estados Unidos de hecho tiene menor autoridad que una decisión de un tribunal arbitral internacional. En los países de América Latina, su inserción en la tradición de derecho civil hace que, al menos en teoría, las decisiones judiciales así internacionales como nacionales no crean precedente ni son aplicables con valor general de modo directo en el plano interno. Con todo, los tribunales inferiores siguen en general la jurisprudencia de las cortes superiores simplemente por el alto grado de probabilidad que éstas revoquen sus fallos.

Debe también aclararse el significado de la frase "doctrinas de los publicistas de mayor competencia". Esta frase no se refiere únicamente a publicistas o autores individuales, aunque posiblemente ésa fuera la intención en algún momento. Hoy en día abarca entidades como la Comisión de Derecho Internacional (CDI), creada por las Naciones Unidas para "impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación". Carta de la ONU, artículo 13.1.a. Ver, asimismo, capítulo III, párrafo 7, *infra*. La CDI agrupa a distinguidos internacionalistas provenientes de todas las regiones del mundo. En el plano internacional, sus conclusiones están sin lugar a dudas dotadas de mayor autoridad que las opiniones

judiciales de un tribunal nacional. Las "doctrinas" de prestigiosas instituciones académicas privadas, integradas por juristas representantes de todos los sistemas jurídicos importantes del mundo, también son tratadas con mayor respeto que algunas opiniones judiciales. Los internacionalistas de formación en sistemas jurídicos basados en la tradición del derecho civil, tienden a conceder mayor importancia a la doctrina que los juristas del sistema anglosajón (*Common Law*), quienes suelen considerar que las decisiones judiciales en general revisten mayor autoridad. Por otro lado, es muy probable que una corte estadounidense otorgue mayor peso como evidencia del derecho internacional a una opinión de publicistas como es el *Restatement of the Foreign Relations Law of the U. S.*, adoptado por el American Law Institute que a muchos tipos de opiniones judiciales, tanto extranjeras como internacionales.

Las resoluciones y otros actos similares de organismos internacionales intergubernamentales, han cobrado gran importancia en épocas recientes como fuentes y evidencia del derecho internacional. Algunas de estas resoluciones son de carácter obligatorio para los Estados miembros de los organismos que las adoptan. Éste es el caso, por ejemplo, de algunas resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU (ver Carta de la ONU, artículo 25), y de varias medidas legislativas promulgadas por la Organización de Aviación Civil Internacional. Ver Buergenthal, *Law-Making in the International Civil Aviation Organization*, p. 57 (1969). El carácter obligatorio de dichas normas se establece en los tratados constitutivos de las organizaciones respectivas. De ahí que el valor de este tipo de resoluciones tenga un origen convencional y se constituyan por tanto en una especie de ley derivada de un tratado y, en esa misma medida, una fuente de derecho.

La gran mayoría de las resoluciones de las organizaciones internacionales, sin embargo, no tienen formalmente carácter obligatorio. Tal es el caso, por ejemplo, de las resoluciones de la Asamblea General de la ONU. Ver capítulo III, párrafo 6 y siguientes, *infra*. Sin embargo, algunas de estas resoluciones (declaraciones, recomendaciones, etc.) pueden convertirse en prueba fehaciente de la existencia de una norma de derecho internacional, como ha ocurrido en diversas oportunidades.

Restatement (Revised), párrafo 103.b. Una comprensión adecuada de la forma en que las resoluciones de las organizaciones internacionales pueden adquirir valor legal requiere tener en cuenta que el derecho internacional consuetudinario evoluciona a través de la práctica de los Estados efectuada con la convicción de que se trata de obligaciones jurídicas. La forma en que los Estados votan y se pronuncian ante organizaciones internacionales constituye una suerte de práctica. Su importancia en la formulación de derecho, depende de la medida en que esta práctica sea consistente con la conducta y pronunciamientos de los Estados en otros contextos. Por ejemplo, si una resolución de la Asamblea General de la ONU declara que un principio dado es una norma de derecho internacional, ese mero pronunciamiento no convierte a la resolución en derecho, aunque sí ofrece cierta evidencia al respecto. Sin embargo, la resolución puede llegar a ser declaratoria del derecho existente si: a) es adoptada por unanimidad o por amplia mayoría, incluyendo a países representativos de todas las culturas jurídicas, b) en resoluciones subsiguientes repiten consistentemente el contenido original durante un periodo de tiempo y c) si los Estados la aplican en la práctica, recurriendo a ella en su acción internacional. Es extremadamente difícil determinar el momento preciso en que se produce este cambio; no obstante ello es indudable que la existencia de organizaciones internacionales hace que las resoluciones sean una fase importante en la formulación del derecho internacional contemporáneo.

Con todo, las resoluciones adoptadas por las organizaciones internacionales que llegan a adquirir valor normativo no son numerosas. A las consideraciones anteriores debe agregarse que generalmente para que una resolución adquiera valor jurídico debe proclamar uno o más principios e identificarlos ya sea como derecho internacional preexistente o como reglas que los Estados en general están obligados legalmente a acatar. Estas resoluciones tienen un carácter "legislativo" bastante parecido en su contenido o propósito a los tratados legislativos abordados en el párrafo 20, *supra*. La comunidad internacional ha recurrido a este tipo de resoluciones para regular temas fundamentales como por ejemplo derechos humanos, descolonización, el espacio ultraterrestre,

los recursos marinos, las condiciones ambientales, etc. Ver, por ejemplo, *Advisory Opinion on Western Sahara*, 1975, CII, 612, pp. 23-33. En algunas de estas áreas, no es raro que las declaraciones "legislativas" sean sólo un primer paso, seguido por la adopción de un tratado formal abierto a la adhesión de la comunidad internacional en general.

9. *La formulación de derecho internacional.* Debido a la naturaleza consensual del derecho internacional consuetudinario y convencional y por la falta de un sistema legislativo o judicial centralizado, los Estados desempeñan una función doble en la formulación de derecho internacional: actúan a la vez como legisladores y como partes interesadas. Ver McDougal, "The Hydrogen Bomb Tests and the International Law of the Sea", 49 *Am. J. Int'l*, pp. 356-358 (1955). Los Estados son legisladores o formuladores de derecho porque tanto su práctica como los tratados que concluyen, crean derecho internacional. Los Estados plantean también peticiones jurídicas en el plano internacional en su correspondencia diplomática, ante los tribunales internacionales en las organizaciones internacionales, etc. Por medio de ellas los Estados buscan establecer nuevas normas de derecho internacional, o bien modificar las ya existentes. Dichas afirmaciones individuales acerca de lo que es o no es derecho —en especial, derecho consuetudinario— es en una primera instancia sólo una forma de presión o promoción. Con todo, ellas se convierten en formas de creación de derecho cuando las pretensiones estatales encuentran el amplio apoyo y *opinio juris* que requiere su transformación en normas jurídicas. Lo anterior tiene como consecuencia que los gobiernos, en sus afirmaciones sobre lo que es o no es una norma vigente, deben tomar en cuenta que cualquiera que sea el valor normativo de sus aseveraciones, éstas pueden llegar a transformarse en derecho.

10. *La prueba de la existencia de la práctica jurídica.* No es siempre fácil comprobar la existencia de una práctica que los Estados consideran de carácter obligatorio. Esto ocurre sobre todo si no se cuenta con decisiones judiciales inequívocas u otras formas legítimas de establecer una práctica normativa-

mente relevante. Los internacionalistas, al recopilar las pruebas necesarias, examinan, *inter alia*, los pronunciamientos gubernamentales pertinentes al caso, las decisiones judiciales nacionales, los debates y resoluciones de organizaciones internacionales y las minutas y actas finales de conferencias diplomáticas. La existencia de reseñas o compilaciones sobre la práctica de naciones individuales en materia de derecho internacional a menudo facilita esta labor de investigación. Un buen número de países publica obras de este tipo, siendo algunas de ellas fuentes excelentes de referencia. En el caso de los Estados Unidos, la obra más reciente es el *Digest of International Law* de Whiteman, en varios tomos, complementado por el *Annual Digest of United States Practice in International Law*. Ambas son publicaciones oficiales del Departamento de Estado de los Estados Unidos. En América Latina, Brasil ha publicado el *Repertorio de Prática Brasileira do Direito Internacional Público*, bajo la dirección de Antonio Augusto Cançado Trindade. También se cuenta con una serie de colecciones privadas que contienen decisiones atinentes al derecho internacional, así como repertorios de las decisiones de los tribunales arbitrales internacionales y las cortes permanentes. Es también usual que los internacionalistas consulten y citen tratados sobre derecho internacional escritos por tratadistas de renombre en distintas partes del mundo, algunos de ellos traducidos a varios idiomas. La ONU, así como algunos organismos regionales y Estados individuales, publica colecciones oficiales y no oficiales de convenios internacionales. Ver, por ejemplo, *United Nations Treaty Series*. Las colecciones históricas, en especial aquellas dedicadas a la diplomacia, también pueden arrojar información útil sobre la existencia de normas consuetudinarias del derecho internacional. Ver, por ejemplo *U. S. Department of State, U. S. Foreign Relations* (colección de varios volúmenes).

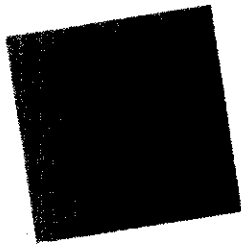
III. LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

INTRODUCCIÓN

ESTE capítulo describe la estructura jurídica, funciones y objetivos de las llamadas organizaciones internacionales públicas o intergubernamentales. Es importante hacer una clara distinción entre estas instituciones y las organizaciones internacionales privadas o no gubernamentales (ONG). Entre estas últimas, que son muy numerosas, se encuentran entidades de renombre tales como Amnistía Internacional, la Asociación de Derecho Internacional y el Comité Internacional de la Cruz Roja. Estas instituciones creadas por normas jurídicas internas generalmente son regidas por éstas y no por el derecho internacional. Aunque este capítulo no se ocupa de ellas, se debe tener presente que muchas de estas organizaciones desempeñan papeles importantes en la promoción y cumplimiento del derecho internacional. Ver, por ejemplo, Carta de la ONU, artículo 71.

Las organizaciones públicas o intergubernamentales son instituciones internacionales, creadas por un tratado, que se rigen por el derecho internacional. Tienen personalidad jurídica internacional que les permite desempeñar las funciones que se les han encomendado y, en esa medida, son sujetos del derecho internacional. *Advisory Opinion on Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, 1949, CIJ, tomo 3. Deben contar con un secretario permanente o una estructura institucional. Algunos expertos también sostienen que su membresía debe estar "compuesta principalmente de Estados". *Restatement (Revised)* párrafo 217. La solidez de esa premisa es discutible. Cualquier organización internacional que fuera creada exclusivamente por otros organismos mas no contara con Estados entre sus miembros, sería considerada una organización internacional intergubernamental. Ver Schermers, *International Institutional Law*, pp. 5-6 (1980).

Las organizaciones internacionales públicas datan de épo-



N este libro, fruto de la experiencia y el conocimiento de cuatro de los más renombrados internacionalistas contemporáneos, se abordan los temas esenciales para el estudio del derecho internacional público. Escrita con base en la obra *Public International Law*, de Thomas Buergenthal y Harold G. Maier, la presente edición en nuestra lengua es, sin embargo, una obra nueva que incorpora referencias relativas a la doctrina y a la práctica internacionales latinoamericana y española, debidas a las importantes aportaciones de Héctor Gros Espiell y Claudio Grossman. De tal modo, el plan que dio origen a este *Manual* se ha ampliado, con lo que arroja una mejor luz sobre aspectos precisos que son de gran utilidad para la enseñanza del derecho internacional en las universidades de América Latina. En estas páginas se examinan la importancia y la aplicación del derecho entre las naciones; las fuentes formales de la jurisprudencia externa en cada Estado; la estructura jurídica, funciones y objetivos de las organizaciones internacionales; los mecanismos judiciales y diplomáticos usados por la comunidad internacional para resolver conflictos entre los Estados, así como una miscelánea de temas que incluye los derechos humanos, la inmunidad diplomática y el papel de los tratados en el derecho internacional. Gracias a este vasto panorama, el *Manual de derecho internacional público* es la obra de consulta más completa y actualizada con que puede contarse para entrar al mundo del derecho internacional.



9 789681 642921