



*Artículos  
de investigación*



# Aproximación al concepto de fuentes del derecho internacional



**Marco Gerardo Monroy Cabra\***

Recibido: abril de 2005

Aprobado: junio de 2005

## 1. TEORÍAS SOBRE EL CONCEPTO DE FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

### 1.1 Fuente y causa

La noción de “fuente” no es unívoca. Oppenheim<sup>1</sup> la distingue de la causa explicando que ella no es la causa de la existencia de una corriente de agua. La norma jurídica internacional es creada por una fuente de derecho y la fuente jurídica recibe el carácter de tal de una norma internacional anterior. Según Sorensen,<sup>2</sup> la expresión de fuentes del derecho:

... se encuentra tradicionalmente limitada a los métodos de creación de las normas jurídicas, es decir, de las reglas generales y permanentes capaces de ser aplicadas, repetidamente, sin límite alguno. No se aplica a los métodos de creación de regímenes especiales que impliquen derechos y deberes solamente para determinados sujetos, es decir –empleando un término común y familiar a la ciencia jurídica– a las reglas particulares.



\* Magistrado de la Corte Constitucional, presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, miembro del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, miembro correspondiente de la Academia Argentina de Derecho Internacional. Correo electrónico: mgmonroy@cable.net.co

<sup>1</sup> Oppenheim, L., *Internacional Law*, vol. 1 (8 ed., par H. Lauterpacht), Londres, Longmans, 1955, p. 24, párr. 15.

<sup>2</sup> Sorensen, Max, *Manual de derecho internacional público*, México, Fondo de Cultura Económica, 1981, p. 152.

O sea, que en el campo del derecho internacional se aplican al derecho internacional general.

## 2. DISPARIDAD DE CRITERIOS

Luis Ignacio Savid-Bas y Arturo Santiago Pagliari<sup>3</sup> resumen la controversia sobre las fuentes del derecho internacional así:

Respecto de la noción de “fuentes” la disparidad de lo que se adjudica como contenido del término es evidente; para algunos autores hasta la sustancia misma de las fuentes es distinta, admitiendo alguien que comprenden las pautas generales que informan el sistema normativo, limitándola otros a los procedimientos puramente voluntarios de creación de reglas jurídicas, a pesar del reconocimiento de normas de valor universal (*erga omnes*) e inderogables por las voluntades subjetivas. Las posturas contradictorias comprenden, asimismo, procedimientos concretos de elaboración, destacándose las existentes acerca del carácter que revisten determinados actos unilaterales, la jurisprudencia y la misma legislación internacional.

### 2.1 Fuentes materiales y formales del derecho internacional

La distinción de Oppenheim entre fuente y causa se parece a la distinción entre fuente material y fuente formal. Antonio Truyol y Serra<sup>4</sup> dice al respecto:

Las fuentes materiales de derecho son aquellos factores que originan las normas jurídico positivas. Estos factores son, de una parte, las exigencias dimanantes del derecho natural. Se trata de lo que François Gény denomina *donnée rationnelle* y *donnée idéelle*, y Le Fur, *donnée moral*. De otra, son fuentes materiales de derecho las situaciones históricas, contingentes y mutables, que aquellas exigencias ético-naturales están llamadas a regular; factores políticos, sociológicos, económicos etc., en una palabra, el *donnée réelle* y el *donnée historique* de Gény, el *donnée historique* y el *donnée économique* de Le Fur.

Esto significa que la fuente material designa el origen del contenido de la regla y la formal es su formalización o consagración.

Según Georges Abi-Saab,<sup>5</sup> la consagración formal de las reglas, es decir, el reconocimiento de su calidad de derecho y de su pertenencia



<sup>3</sup> Savid-Bas, Luis Ignacio y Pagliari, Arturo Santiago, “Fuentes del derecho internacional. Los principios como fuente principal del derecho internacional”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, No. 16, 2003, pp. 507 y ss.

<sup>4</sup> Truyol y Serra, Antonio, *Fundamentos de derecho internacional público*, 3 ed., Madrid, Tecnos, 1977, p. 102.

<sup>5</sup> Abi-Saab, Georges, “Les sources du droit international: Essai de déconstruction”, en *El derecho internacional en un mundo en transformación, Liber Amicorum* en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga, Montevideo, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 1994, p. 32.

cia a un sistema jurídico dado se hace según uno de tres criterios posibles, a saber:

- a) Según el procedimiento formal de su producción o proclamación como derecho. Se trata de un proceso dinámico preestablecido e institucionalizado. Este criterio es aplicado por la gran mayoría de la doctrina a las llamadas fuentes formales. Kelsen critica el concepto de fuentes y lo reemplaza por el de “métodos de creación del derecho”.<sup>6</sup>
- b) Según el lugar de su procedencia, a manera de un certificado de origen, pero sin tomar en consideración la manera o el procedimiento por el cual han llegado a ser tales normas.
- c) Por la costumbre, cuyo origen es, por definición, desconocido o incierto, pero en él se pueden demostrar los elementos tradicionales de la costumbre (*usus y opinio iuris*).

## 2.2 Concepciones de Kelsen, Hart y Ago

Según Julio A. Barberis,<sup>7</sup> las concepciones de Kelsen y Hart<sup>8</sup> sobre las fuentes del derecho se pueden aplicar al derecho internacional. En la teoría pura del derecho, es necesario distinguir entre el procedimiento de creación de la norma y la norma creada. En esta concepción,

... la norma fundamental (*Grundnorm*) tiene por función instituir a la costumbre como fuente del derecho internacional. En la costumbre se debe distinguir, por una parte, el procedimiento consuetudinario de creación de normas y la norma consuetudinaria ya creada. A su vez, una de estas normas consuetudinarias, conocida generalmente con la expresión *pacta sunt servanda*, es la que erige a los tratados en fuente del derecho internacional. Aquí también es preciso distinguir entre el procedimiento convencional de creación de normas y la norma convencional producto de dicho proceso. Las sentencias judiciales o arbitrales encuentran su fundamento de validez en un tratado, que es el que establece el tribunal internacional, fija el procedimiento a seguir y el derecho aplicable.<sup>9</sup>

En cambio, en la teoría de Hart, “el derecho internacional es un derecho primitivo y consiste sólo en un conjunto de reglas primarias de obligación que no están estructuradas como sistema por ninguna regla de reconocimiento. El derecho de gentes carece de reglas de reconocimiento, o sea, que sus normas no pueden ser identificadas mediante el recurso a una característica o marca general”. Y sostiene que la validez de las normas internacionales se decide sim-



<sup>6</sup> Kelsen, Hans, *Théorie pure du droit* (2 ed., traduite par Ch. Eisenmann), París, Dalloz, 1962, p. 313.

<sup>7</sup> Barberis, Julio A., *Formación del derecho internacional*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Desalma, 1994, pp. 27 y ss.

<sup>8</sup> Kelsen, Hans, *Principles of International Law*, New York, Dobbs Ferry, 1952, pp. 303 y ss.; Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, pp. 77 y ss.

<sup>9</sup> Barberis, *op. cit.*, p. 27.

plemente por la circunstancia de “si son aceptadas y funcionan como tales”. Así pues, para la concepción de este autor, el derecho internacional no tiene fuentes.<sup>10</sup>

El internacionalista Roberto Ago<sup>11</sup> considera, por su parte, que derecho positivo es todo aquel que ha sido elaborado como producto de un proceso de creación por una fuente jurídica y ha sido previsto en una norma anterior. El derecho consuetudinario no ha sido creado por un procedimiento determinado por una norma, sino que es un “derecho espontáneo”.

### **3. LA FORMACIÓN DE LAS NORMAS Y LA CREACIÓN DE DERECHOS Y OBLIGACIONES INTERNACIONALES**

Frente al concepto equívoco de fuentes, la doctrina ha hablado de la formación de las normas y la creación de derechos y obligaciones internacionales. Sin embargo, antes de analizar este nuevo enfoque de las mismas, consideramos que es aceptable la posición de Luis Ignacio Savid-Bas y Arturo Santiago Pagliari,<sup>12</sup> en el sentido que:

La utilización, en su contenido puramente formal del término fuentes, entiende como tales tan solo a los procesos de creación o elaboración de las normas jurídicas internacionales y no a las normas existentes con prescindencia de su proceso de elaboración. Se trata, en definitiva, de un problema de identificación de la existencia de una norma obligatoria para los sujetos internacionales, cualesquiera hayan sido sus procesos de producción. La dilucidación de esta cuestión tiene una estrecha relación con la aplicación del derecho existente, sin perjuicio que, en casos concretos, sea necesaria la identificación de la norma, y de allí que, eventualmente, sea necesario indagar sobre su proceso de producción, ya sea éste espontáneo o producto del consentimiento tácito o expreso de los sujetos. Si la norma existe, su aplicación se hace de necesario y obligatorio cumplimiento. Identificar y precisar la existencia de la norma como fuente del derecho es el procedimiento idóneo para su invocación por los sujetos interesados, y necesario para el tribunal que la aplica; en esos supuestos, se hará referencia al proceso de producción o elaboración o simplemente a su reconocimiento como una norma existente y obligatoria; se la tipificará, como un tratado, una costumbre o un principio del derecho en general o del derecho internacional en particular.

---

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>11</sup> Ago, Roberto, *Scienza giuridica e Diritto internazionale*, Milano, 1950; “Diritto positivo e diritto internazionale”, en *Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*, Milano, 1957, vol. 1, pp. 1 y ss. Cita de Julio A. Barberis, *op. cit.*, p. 28.

<sup>12</sup> Savid-Bas y Pagliari, *op. cit.*, p. 509.

Como se expuso, la doctrina actual analiza las fuentes bajo la denominación de formación del derecho internacional o, más específicamente, la formación de las normas y la creación de derechos y obligaciones internacionales. Esta denominación es adecuada, dado que la expresión “fuentes de derecho” es equívoca, pues hay que distinguir entre la emanación de la norma y su “causa” o factores sociales que han determinado su creación. Además, la distinción entre fuentes formales y fuentes materiales de la norma ha conducido a que se conserve como fuentes de producción jurídica a las formales.

Existe relación entre la formación de las normas y la creación de derechos y obligaciones internacionales. Si bien son las normas, convencionales o consuetudinarias, las que constituyen el derecho objetivo en el orden internacional, de ellas se derivan, subjetivamente, derechos concretos y obligaciones jurídicas para sus destinatarios. Pero estos derechos no sólo surgen de tratados o costumbres internacionales, sino de actos jurídicos internacionales o de actos obligatorios adoptados por las organizaciones internacionales. Al respecto, dicen Julio D. González Campos, Luis I. Sánchez Rodríguez y Paz Andrés Sáenz de Santa María:<sup>13</sup>

Lo anterior entraña, en última instancia, admitir una unidad entre la dimensión objetiva y la subjetiva del ordenamiento internacional. Esto es, entre el derecho creado a través de ciertos procesos o ciertos procedimientos específicos del ordenamiento internacional y, de otra parte, los concretos derechos y obligaciones que las normas o los actos con eficacia normativa atribuyen o imponen a los sujetos. De suerte que el juez o el árbitro internacional, para resolver un litigio, habrá de determinar si existe o no el concreto derecho o la obligación que un Estado hace valer frente a otro; pero no por ello prescindirá de la norma o del acto con eficacia normativa que lo establece, cuyo sentido y alcance necesariamente deberá precisar y delimitar a este fin (asunto de la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, Corte Internacional de Justicia —CIJ—, Recueil 1996, p. 237).

Por otro lado, hay que considerar la existencia en el orden internacional de ciertos procesos o procedimientos específicos de creación del derecho, en los que, según H. Strebél, hay que tener en cuenta tres aspectos: en primer término, la existencia de factores sociales que determinan la creación de las normas; en segundo lugar, un proceso de creación jurídica que puede prolongarse en el tiempo, y, en tercer lu-



<sup>13</sup> González Campos, Julio D.; Sánchez Rodríguez, Luis I. y Sáenz de Santa María, Paz Andrés, *Curso de derecho internacional público*, Madrid, Civitas, 1998, p. 120.

gar, el establecimiento de la norma. Según los autores citados,<sup>14</sup> los modos de creación del derecho internacional son los siguientes:

- a) El primer proceso es el de formación del “derecho espontáneo” o costumbre a partir del comportamiento de Estados soberanos. Según jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia,<sup>15</sup> la costumbre exige una convicción jurídica (*opinio iuris*) y una práctica real o comportamiento constante y uniforme, en ciertas situaciones, de los Estados directamente interesados.
- b) El proceso de formación de un derecho escrito o de normas convencionales. En este caso lo esencial es el consentimiento común de los Estados. Este proceso está establecido en los artículos 6 a 18 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y comprende la negociación, la adopción del texto, la autenticación de éste y la manifestación del consentimiento en obligarse por el tratado.
- c) En cuanto a la creación del derecho en el ámbito de las organizaciones internacionales, es claro que sus órganos no poseen la facultad de dictar verdaderas normas jurídicas generales, pero sí pueden adoptar actos que poseen eficacia normativa para establecer derechos y obligaciones para los Estados miembros. Este proceso de formación del derecho se rige por lo establecido tanto por el tratado constitutivo de la organización internacional como por lo previsto en el estatuto o reglamento del órgano que lo adopta, y comprende la inclusión del tema en la agenda del órgano, la presentación de propuestas y enmiendas, y la deliberación y votación.
- d) Por último, un acto unilateral de un Estado puede crear, por sí solo, una obligación para su autor y correlativos derechos en cuanto a su cumplimiento para otros Estados, si aquél ha tenido la intención de obligarse. El derecho internacional atribuye eficacia jurídica normativa inmediata al acto jurídico unilateral, sin que sea necesario esperar la respuesta o aceptación por parte de otros.

Es posible la interacción entre los distintos modos de formación del derecho por cuanto un tratado puede dar origen a la formación de la costumbre si otros Estados no obligados inician una práctica conforme con el contenido de las normas convencionales. Y, a la inversa, una práctica estatal incipiente puede cristalizar en una verdadera costumbre si un amplio número de Estados aceptan su contenido en un tratado internacional. Esto significa que un tratado puede transformarse en costumbre al igual que ésta en tratado. Por esta razón, puede darse, según la jurisprudencia, “la existencia de normas idénticas en el derecho internacional convencional y consuetudinario”.<sup>16</sup> Por tanto, es posible la existencia de normas con el mismo contenido surgidas en dos procesos distintos de formación del derecho internacional.

Hay que tener en cuenta que, como el proceso de formación del derecho internacional es flexible, es posible que en la creación de la cos-



<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 121.

<sup>15</sup> Asunto de la plataforma continental, Libia/Malta, CIJ, 1985, p. 2.

<sup>16</sup> Asuntos de la plataforma continental del Mar del Norte, CIJ, Recueil 1969, p. 95.



tumbre intervengan actos que en sí no son obligatorios –como tratados que no han entrado en vigor, proyectos de artículos de la Comisión de Derecho Internacional que codifique una materia, resoluciones no obligatorias de organizaciones internacionales–, por cuanto demuestran una convicción jurídica general.

#### **4. EL ARTÍCULO 38 DEL ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA**

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia dice:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
  - a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
  - b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
  - c) Los principios generales de derecho reconocidos por las Naciones civilizadas;
  - d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas Naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.
2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo conviniere.

Este artículo es la reproducción textual del correspondiente de la Corte Permanente de Justicia Internacional (16/12/20) con el añadido de la frase “cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le son sometidas”.

Antes del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, las fuentes del derecho internacional fueron citadas en otro documento, la Convención XII de La Haya del 18/10/07, que instituyó la Corte Internacional de Presas:

Si la cuestión jurídica litigiosa estuviese prevista en un convenio vigente entre el beligerante apresador y la potencia que sea parte en el litigio o a la cual pertenezca el súbdito litigante, el tribunal se atenderá a las disposiciones de este convenio. A falta de estas estipulaciones, el tribunal aplicará las normas del derecho internacional. Si no hubiere reglas generales reconocidas, resolverá el tribunal conforme a los principios generales de la justicia y de la equidad.

Respecto a las fuentes formales de derecho internacional, la doctrina se refiere usualmente al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que determina el derecho aplicable por dicho tribunal. Este artículo ha sido criticado porque su redacción es defectuosa y ambigua y, además, adolece de omisiones importantes.

*Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(2): 77-91, julio-diciembre de 2005*

El artículo 38 contiene fuentes principales como los tratados y la costumbre. Tradicionalmente, se consideraba que existía una jerarquía que empezaba con los tratados, seguía con la costumbre y, luego, con los principios generales de derecho.<sup>17</sup> Sin embargo, en la doctrina actual hay consenso en que no hay jerarquía formal entre tratados y costumbre. En caso de conflicto, la prioridad se establece según las reglas generales de los conflictos en el tiempo (*lex specialis derogat lex generalis, lex posterior derogat priori*). Así mismo, una fuente subsidiaria o supletiva es la constituida por “los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas” (art. 38/1/c).

Esta fórmula fue un compromiso entre los positivistas, que querían limitar las fuentes formales a las dos primeras, y los naturalistas, que deseaban poner reglas suplementarias como “la conciencia jurídica de los pueblos”. La norma se refiere a los principios de derecho aplicables *in foro* doméstico. Sin embargo, otros autores, como Paul Reuter, incluyen también los principios generales de derecho internacional.<sup>18</sup>

El artículo 38 también enumera las fuentes auxiliares, que no pueden operar solas, sino en función de otra fuente principal. Éstas son la jurisprudencia y la doctrina, que son formalmente fuentes interpretativas o cognitivas y sirven para identificar la materia normativa objeto de las tres primeras.

El citado artículo 38 contiene una fuente adicional –la equidad–, que es un rol confiado al juez por las partes. La doctrina ha dicho que el juez internacional aplica la equidad *intra legem* y *praeter lege*,<sup>19</sup> pero no *contra legem*.

Se ha considerado que la enumeración de las fuentes formales contenida en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no es exhaustiva por no ser constitutiva, sino declarativa, en cuanto enuncia el derecho aplicable entre las partes en litigio. Además, refleja el derecho internacional existente en 1920. Por esta razón, la doctrina dice que en la enumeración del artículo 38 hay fuentes que faltan: los actos jurídicos unilaterales y las resoluciones



<sup>17</sup> En este sentido, se puede citar, por ejemplo, a Podesta Costa, L. A. y Ruda, José María, *Derecho internacional público*, Buenos Aires, Tea, 1979, p. 13.

<sup>18</sup> Abi-Saab, Georges, *De la jurisprudence: quelques réflexions sur son rôle dans le développement du droit international*, Mélanges Díez de Velasco, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 1-8.

<sup>19</sup> Aréchaga, Eduardo Jiménez de, “The Conception of Equity in Maritime Delimitations, Le droit international a l’heure de sa codification”, en *Etudes en l’honneur de Roberto Ago*, Milan, Giuffrè, 1987, pp. 229-239.

de las organizaciones internacionales. Por tanto, es necesario referirnos someramente a estas otras dos fuentes.

Además, el artículo 38 no menciona, entre las fuentes, la sentencia emanada de la Corte ni las sentencias de otros tribunales internacionales. Sin embargo, como lo observa Ernesto de la Guardia,<sup>20</sup> esta conclusión surge de los artículos 59 y 94 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Por tanto, las sentencias de la Corte son obligatorias para las partes respecto del caso *sub lite*.

### **5. LOS ACTOS O LAS DECLARACIONES UNILATERALES DE UN ESTADO QUE CREAN OBLIGACIONES JURÍDICAS INTERNACIONALES**

Hay que distinguir los actos unilaterales independientes de todo otro acto jurídico, como la promesa, la renuncia y el reconocimiento, de otros actos unilaterales que se insertan en el contexto de un tratado, como la adhesión, las reservas y la denuncia de un tratado. Los primeros son verdaderos y los segundos son aparentes, por cuanto forman parte de un tratado.

Conforme a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, en los asuntos de los ensayos nucleares,<sup>21</sup> el acto unilateral de un Estado con eficacia normativa puede ser definido como aquella manifestación de su consentimiento hecha con la intención de producir efectos jurídicos obligatorios respecto de una situación concreta de hecho o de derecho, con independencia de la conducta de otro u otros sujetos de derecho internacional respecto a tal declaración. Es fundamental la intención de asumir la obligación. La Corte ha dicho que “es esta intención la que confiere a la declaración el carácter de un compromiso jurídico, estando jurídicamente obligado desde ese momento el Estado interesado a seguir una línea de conducta de conformidad con su declaración”.<sup>22</sup> Esta tesis ha sido reiterada en dos ocasiones por la Corte: en el asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua,<sup>23</sup> respecto a



<sup>20</sup> De la Guardia, Ernesto, *Derecho de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Desalma, 1997, pp. 34-35.

<sup>21</sup> Corte Internacional de Justicia (CIJ), Recueil, 1974.

<sup>22</sup> CIJ, Recueil, 1974, pp. 265-266.

<sup>23</sup> *ibid.*

una comunicación transmitida por la Junta de Reconstrucción Nacional de Nicaragua a la OEA, donde aquella enumeraba sus objetivos. El segundo caso fue el asunto de la controversia fronteriza Burkina Faso/Mali, en un discurso relativo al eventual carácter obligatorio para ese Estado de un procedimiento de arreglo de controversias. En estos dos casos, la Corte dijo que, conforme a la doctrina sentada en los asuntos de los ensayos nucleares, no estaba en presencia de actos unilaterales con efectos jurídicos obligatorios para su autor, por cuanto no había existido intención de obligarse.<sup>24</sup>

El acto jurídico unilateral del Estado debe interpretarse conforme a sus términos, teniendo en cuenta las circunstancias en que se produjo,<sup>25</sup> y considerando que el consentimiento es autónomo y no depende de la posterior actitud de otros sujetos de derecho internacional. Además, debe haber sido expresado por una autoridad de un Estado con facultades en el ámbito de las relaciones internacionales, como jefes de Estado y de gobierno y ministros de Relaciones Exteriores.<sup>26</sup> El acto jurídico unilateral del Estado puede ser verbal.<sup>27</sup> La Corte ha dicho que el cumplimiento de la obligación asumida unilateralmente por un Estado se basa en la buena fe.

## 6. RESOLUCIONES DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES

Existe un gran debate respecto de si las resoluciones de las organizaciones internacionales constituyen una fuente autónoma de derecho internacional.<sup>28</sup> En primer lugar, es claro que la Conferencia de San Francisco confirió sólo la facultad de dictar resoluciones obligatorias para los Estados miembros al Consejo de Seguridad de la ONU (art. 25 de la Carta). Dado que, en virtud del principio de la descolonización, ingresaron nuevos Estados a la ONU, se adoptaron numerosas resoluciones en la Asamblea General y se empezó a discutir si eran obligatorias jurídicamente. Parte de la doctrina sostuvo que tales resoluciones constituían un *soft law*, especie de dere-



<sup>24</sup> González C. et al., *op. cit.*, p. 130.

<sup>25</sup> CIJ, 1986, p. 574.

<sup>26</sup> Asunto del Estatuto Jurídico de Groenlandia Oriental, CPJI, Serie A/B, núm 53, p.71, en declaración del ministro noruego de Asuntos Exteriores, Sr. Ihlen.

<sup>27</sup> CIJ, Recueil, 1974, p. 267; asunto de Templo de Preah Vihear, CIJ, Recueil, 1961, p. 32.

<sup>28</sup> Abi-Saab, Georges, *Les résolutions dans la formation du droit international du développement*, Ginebra, IUHEI, 1971, pp. 9-10.

cho *in statu nascendi* o derecho de menor valor vinculante. Si bien las resoluciones de la Asamblea General de la ONU constituyen factor importante en la formación de la costumbre, la mayoría de la doctrina no les concede efectos jurídicos obligatorios.

El orden jurídico de la Organización regula la competencia de la misma, el procedimiento que deben seguir cada uno de sus órganos, la representación y las relaciones con los demás sujetos de la comunidad internacional. En virtud de la competencia otorgada por los Estados, las autoridades comunitarias dictan reglamentos que tienen como destinatarios directos los individuos, o sea, trabajadores, comerciantes e industriales. Igualmente, las organizaciones internacionales tienen vínculos con otros Estados, con otras organizaciones internacionales y con los demás sujetos de derecho de gentes. Las organizaciones celebran tratados con Estados y con otros sujetos de derecho internacional, tienen relaciones diplomáticas con otros sujetos, y los Estados miembros de una organización suelen designar misiones permanentes ante ella como ante la OEA, la ONU, etc.

La facultad que una organización posee de dictar resoluciones tendientes a crear una regla de derecho en el orden jurídico internacional está señalada en el tratado constitutivo de aquélla o en un convenio complementario. Por ejemplo, en el artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas o en el artículo 20 del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (2/IX/47). Fuera de estos casos, las recomendaciones o resoluciones de las organizaciones internacionales no producen efectos jurídicos *erga omnes*.

Expresa Sorensen<sup>29</sup> que:

Todas las decisiones de las instituciones internacionales se toman en virtud de las atribuciones que les confieren sus instrumentos constitutivos, ya sea expresa o implícitamente. De modo que son actos de derecho y, como tales, capaces de producir determinadas consecuencias jurídicas, que a veces se definen con mayor precisión en el instrumento constitutivo. Esta es la explicación de su gran variedad, pues cada tratado constituyente ha establecido su régimen especial, frecuentemente muy singular. Por tanto, para determinar las consecuencias jurídicas de los actos de una institución internacional es necesario primero examinar su instrumento constitutivo o constitución.

---

<sup>29</sup> Sorensen, *op. cit.*, p. 184.

Si la constitución no dice nada, por regla general los actos de las organizaciones internacionales no crean obligaciones para los Estados. Desde luego, hay que distinguir cuando la organización internacional actúa como sujeto de derecho internacional frente a otro sujeto, o realiza un acto unilateral (renuncia, aquiescencia, protesta, etc.), o bien establece relaciones jurídicas con Estados no miembros u otras organizaciones internacionales, actos y relaciones que están regidos por el derecho internacional general. Por el contrario, cuando un órgano de una organización internacional produce una norma dentro del ejercicio de las competencias atribuidas por el tratado constitutivo y sus destinatarios son los Estados miembros, otro órgano de la propia organización o sus funcionarios, es claro que tal norma está sujeta al ordenamiento jurídico de la Organización y, especialmente, a su tratado constitutivo.

## **7. MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE DERECHOS Y OBLIGACIONES INTERNACIONALES MEDIANTE EL COMPORTAMIENTO DE LOS ESTADOS**

Se supone que el comportamiento de los Estados afectados implica una modificación o extinción de derechos y obligaciones internacionales. Para estos efectos, hay que tener en cuenta diversos factores, como la notificación que pone en conocimiento de otro u otros Estados un hecho o un acto al que pueden atribuirse consecuencias jurídicas. Igualmente, la protesta, cuando un hecho o acto no se estima conforme al derecho internacional.

En relación con un hecho susceptible de modificar la situación jurídica existente, el ordenamiento internacional exige que los Estados interesados se comporten en forma clara e inequívoca. Esto es así por cuanto el silencio o la abstención pueden entrañar su aquiescencia o consentimiento con la modificación del estado de cosas existente. Esto sucedió en el asunto del Templo de Preah Vihear, donde Tailandia, frente a ciertos actos inequívocos de soberanía realizados por Francia en el citado templo, en nombre de Camboya, no reaccionó en un plazo razonable, lo que conllevaba la aquiescencia de Tailandia.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> CIJ, Recueil, 1962, p. 23.

El comportamiento de los Estados debe ser examinado conforme a la buena fe y en relación con las circunstancias de tiempo y su acción sobre dicha situación. Existen dos elementos esenciales para que pueda producirse la modificación de un derecho en una situación concreta, en atención al tiempo: uno, el ejercicio efectivo de un derecho durante un largo transcurso de tiempo por parte de un Estado, y dos, el silencio o la tolerancia de otros Estados directamente interesados. Éste fue el caso de la soberanía sobre la isla de Manguera en que El Salvador llevó pruebas de ejercicio de soberanía desde finales del siglo XIX, sin protesta de Honduras, hasta que en 1991 protestó por primera vez, lo que fue rechazado por la Corte.<sup>31</sup>

El fundamento de la modificación del derecho se produce por la buena fe, el reconocimiento, el *estoppel* y la aquiescencia. En cuanto al *estoppel* o doctrina de los actos propios, hay que advertir que ha sido reconocido explícitamente por la Corte Internacional de Justicia.<sup>32</sup>

## 8. CONCLUSIONES

1. Para analizar la creación del derecho internacional, la doctrina se ha valido tradicionalmente de la noción de fuentes del derecho. Luego, para determinar cuáles son éstas, ha utilizado el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional.
2. El planteamiento tradicional anterior es inapropiado. En efecto, la noción de fuentes del derecho es equívoca, porque la analogía con un curso de agua requiere una distinción entre el origen de la norma y sus causas, lo que conduce a distinguir entre fuentes materiales y fuentes formales del derecho internacional. Por otra parte, la enunciación del artículo 38 no es completa. En efecto, además de los tratados y la costumbre, como modos principales, la doctrina y la jurisprudencia reconocen otros dos modos, a saber: los actos adoptados por los órganos de las organizaciones internacionales dentro del marco del tratado constitutivo de la organización, y los actos o las declaraciones unilaterales de un



<sup>31</sup> Sentencia de CIJ de 11 de septiembre de 1992 en asunto de la controversia fronteriza terrestre, insular y marítima, "El Salvador/Honduras; Nicaragua interviniente".

<sup>32</sup> Asuntos de plataforma continental del Mar del Norte, CIJ, Recueil, 1969, p. 26; asunto de actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, competencia y admisibilidad, CIJ, Recueil, 1984, pp. 413-415; asunto Elettronica Sicula S.p.A (ELSI), CIJ, 1989, p. 44; asunto de la delimitación de la frontera marítima en la región del golfo de Maine (Canadá/Estados Unidos de América, CIJ, Recueil, 1984, pp. 304-305.

Estado que, frente a otro u otros Estados, pueden producir efectos jurídicos. Asimismo, el citado artículo 38 no menciona entre las fuentes las sentencias emanadas de la propia Corte ni las sentencias de otros tribunales internacionales que son obligatorias para las partes en el litigio. Las sentencias o los actos jurisdiccionales son normas jurídicas particulares para un caso determinado.

3. La doctrina reciente habla de formación del derecho en el orden internacional en cambio de fuentes del derecho internacional. Así mismo, se analiza la relación entre la formación de las normas y la creación de derechos y obligaciones internacionales.
4. Los actos jurídicos unilaterales realizados con la intención de producir efectos jurídicos obligatorios tienen eficacia normativa, como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia.
5. Las resoluciones de las organizaciones internacionales son vinculantes cuando el tratado constitutivo de la organización así lo establece, como las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. En otras situaciones, pueden proporcionar pruebas importantes para determinar la aparición de una *opinio iuris* necesaria para el establecimiento de la costumbre. Sin embargo, en la mayoría de casos, tales resoluciones no tienen efectos jurídicos vinculantes.

## BIBLIOGRAFÍA

Abi-Saab, Georges, "Les sources du droit international: Essai de déconstruction", en *El derecho internacional en un mundo en transformación, Liber Amicorum* en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga, Montevideo, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 1994, p. 32.

\_\_\_\_\_, *De la jurisprudence: quelques réflexions sur son rôle dans le développement du droit international*, Mélanges Díez de Velasco, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 1-8.

\_\_\_\_\_, *Les résolutions dans la formation du droit international du développement*, Ginebra, IUHEI, 1971, pp. 9-10.

Ago, Roberto, *Scienza giuridica e Diritto internazionale*, Milano, 1950; "Diritto positivo e diritto internazionale", en *Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*, Milano, 1957, vol. 1, pp. 1 y ss. Cita de Julio A. Barberis, *op. cit.*, p. 28.



- Aréchaga, Eduardo Jiménez de, "The Conception of Equity in Maritime Delimitations, Le droit international a l'heure de sa codification", en *Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, Milan, Giuffrè, 1987, pp. 229-239.
- Barberis, Julio A., *Formación del derecho internacional*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Desalma, 1994, pp. 27 y ss.
- De la Guardia, Ernesto, *Derecho de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Desalma, 1997, pp. 34-35.
- González Campos, Julio D.; Sánchez Rodríguez, Luis I. y Sáenz de Santa María, Paz Andrés, *Curso de derecho internacional público*, Madrid, Civitas, 1998, p. 120.
- Kelsen, Hans, *Théorie pure du droit* (2 ed., traduite par Ch. Eisenmann), París, Dalloz, 1962, p. 313.
- \_\_\_\_\_, *Principles of International Law*, New York, Dobbs Ferry, 1952, pp. 303 y ss.; Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, pp. 77 y ss.
- Oppenheim, L., *Internacional Law*, vol. 1 (8 ed., par H. Lauterpacht), Londres, Longmans, 1955, p. 24, párr. 15.
- Savid-Bas, Luis Ignacio y Pagliari, Arturo Santiago, "Fuentes del derecho internacional. Los principios como fuente principal del derecho internacional", *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, No. 16, 2003, pp. 507 y ss.
- Sorensen, Max, *Manual de derecho internacional público*, México, Fondo de Cultura Económica, 1981, p. 152.
- Truyol y Serra, Antonio, *Fundamentos de derecho internacional público*, 3 ed., Madrid, Tecnos, 1977, p. 102.