

TEMA 2. LOS PROCESOS DE CREACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

Catedrático Dr. Valentín Bou Franch

Curso académico 2017-2018

VNIVERSITAT
ID VALÈNCIA



Esta obra está protegida con una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

1. LAS “FUENTES FORMALES” Y OTROS PROCESOS DE CREACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

A. LAS “FUENTES FORMALES” DEL DERECHO INTERNACIONAL

1) “Fuentes del Derecho” = procedimientos de creación de normas o reglas en un ordenamiento jurídico (acepción material de “fuentes”)

2) ¿Existen las “fuentes del Derecho” en DI?

⊖ No existe ninguna norma internacional que hable de “fuentes del Derecho”

⊖ Es práctica habitual referirse al **Art. 38 Estatuto CIJ Tx. 218, p. 602**. PERO:

- El art. 38 Estatuto CIJ no utiliza la expresión “fuentes del Derecho”
- El art. 38 establece DOS procedimientos por los que la CIJ puede resolver las controversias:

○ Art. 38 §1: “conforme al DI”

○ Art. 38 §2: conforme a equidad (decisiones *et aequo et bono*)

3) Solución de controversias “conforme al DI”. La CIJ:

⊖ deberá aplicar:

- tratados internacionales
- costumbre internacional
- principios generales del Derecho

¿reconocidas como “fuentes formales”?



- ⊙ Como “medios auxiliares para la determinación del Dº.,” podrá aplicar:
 - la jurisprudencia int’l
 - la doctrina científica
- ⊙ En todo caso, el art. 38 no establece ninguna jerarquía formal. PERO:
 - sí existe jerarquía material
 - prevalencia de las normas de *ius cogens* sobre cualquier otra norma int’l, cualquiera que sea su origen formal (tratado, costumbre o PGD)
 - prevalencia de las obligaciones impuestas por la Carta ONU **Art. 103, Tx. 1, p. 43**
 - sí se aplican criterios técnico-jurídicos:
 - *lex specialis derogat generalis*
 - *lex posterior derogat prius*
- ⊙ Medios auxiliares: no crean Dº., pero ayudan a determinar su existencia
 - la jurisprudencia internacional:
 - decisiones de los tribunales int’les en vía:
 - a) contenciosa, tanto de:
 - 1) Tribunales de justicia: sentencia, fallo,...
 - 2) Tribunales arbitrales: laudo arbitral
 - b) consultiva: opiniones consultivas o dictámenes
 - alcance de su función:
 - a) Según la CIJ: la CIJ enuncia el Dº. existente, pero no legisla
 - b) Efectos cosa juzgada: **Art. 59 Estatuto CIJ, Tx. 218, p. 604**
 - c) PERO los tribunales int’les se autovinculan a sus decisiones previas



- **la doctrina científica:**

- **Puede ser:**

- a) **individual: publicaciones de profesores de DI**

- b) **colectiva: de institutos científicos**

- 1) ***Institut de Droit International* (IDI)**

- 2) ***International Law Association* (ILA)**

- 3) **Instituto hispano-luso-americano de DI (IHLADI)**

- c) **Caso especial: CDI (entre la doctrina colectiva y los trabajos preparatorios)**

- **Valor:**

- a) **En s. XVI a XIX: pocas normas → muchas citas doctrinales en las sentencias**

- b) **En s. XX-XXI: muchas normas → sentencias apenas citan doctrina**

- 1) **Salvo los trabajos de la CDI**

- 2) **La doctrina individual o colectiva, en el mejor de los casos, en las opiniones individuales de los jueces o árbitros int'les**

4) Solución de controversias conforme a equidad (decisiones *et aequo et bono*):

- ⊙ **Equidad = representación abstracta de la justicia: lo que el juez cree que es justo en un caso concreto, prescindiendo de lo que digan las normas jurídicas**

- ⊙ **Clases de equidad:**

- **equidad *infra legem*: una norma admite diversas interpretaciones y los jueces eligen la que consideran más justa al caso concreto**

- **los jueces no nec. autorización de las partes (no es el supuesto del art. 38.2)**

- **equidad *contra legem*: lo que los jueces consideran más justo en un caso concreto es contrario a una norma en vigor**

- **Art. 38.2: sólo es posible si las partes autorizan a la CIJ: nunca en la práctica**

B. OTROS PROCESOS DE CREACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

1) La propia jurisprudencia de la CIJ demuestra que un número importante de asuntos han sido resueltos, no aplicando las “fuentes formales” , sino otros procesos de creación del DI:

- ⊗ los actos unilaterales de los E.s (epígrafe propio)
- ⊗ las resoluciones de OOII (epígrafe propio)
- ⊗ los procedimientos de “*soft law*” o “derecho blando”
 - *ergo* el art. 38 no enumera todos los procesos de creación del DI

2) Los procedimientos de “*soft law*”:

- ⊗ ¿Qué es el “*soft law*”?
 - Son procedimientos normativos que carecen de efecto obligatorio
 - regulan un compromiso “blando” al que los E.s deberían ajustar sus conductas
 - Ejemplos: los “*gentlemen’s agreements*”, recomendaciones de OOII, declaraciones de organismos y conferencias int’les, programas de acción, códigos de conducta, estrategias, directrices,....
- ⊗ PERO el “*soft law*” de hoy puede ser el “*hard law*” (=Dº. vinculante) del mañana
 - Sobre todo si a partir del mismo se genera una práctica int’l que da lugar al nacimiento de una norma consuetudinaria int’l

2. LA COSTUMBRE INTERNACIONAL: CONCEPTO, ELEMENTOS Y CLASES

A. CONCEPTO

1) Art. 38 Estatuto CIJ: “como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”

B. ELEMENTOS DE LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

1) El elemento material: la práctica

⊖ Requisitos jurisprudenciales: continuidad en el tiempo, manifestación frecuente y uniformidad de contenidos

- Relajación en la práctica

- Tx. 91, §73-74, p. 282

- Tx. 94, §186, p. 291

⊖ Práctica ¿de quién?

- Tradicionalmente de los E.s (E.s especialmente interesados)

- Hoy también de las OOII Tx. 92, §21-22, p. 284-285,



2) El elemento subjetivo: la *opinio iuris*

⊖ Definición: **Tx. 91, §77, p. 283**

- Usada muchas veces para negar la existencia de la costumbre **Tx. 91, §78, p. 283**

⊖ Obligación de la CIJ de comprobar su existencia en todos los casos en los que se alega **Tx. 94, §184, p. 290-291**

C. CLASES DE COSTUMBRE INTERNACIONAL

1) La costumbre general o universal

⊖ Práctica “general” pero vigencia universal **Tx. 91, §63, p. 281**

⊖ Única excepción: E. objetor permanente

2) La costumbre particular: regional o local

⊖ costumbre regional **Tx. 95, p. 292 (§1-4) y 293 (§2)**

- Eficacia limitada e inversión carga de la prueba

⊖ costumbre local

- **Tx. 97, p. 293-294**: reconoce su existencia

- **Tx. 96, p. 293, §1 y 3**: inversión carga prueba

D. INTERACCIÓN TRATADO-COSTUMBRE

1) Son los efectos de los tratados en la génesis de la costumbre:

⊖ efecto declaratorio **Tx. 91, §61 línea 1, p. 280**

⊖ efecto cristizador **Tx. 91, §61 línea 2, p. 280**

⊖ efecto generador **Tx. 91, §70-71, p. 281**

} extrapolable a resoluciones OOII

3. LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO

- 1) “reconocidos por las naciones civilizadas”: hoy, todo E. lo es
- 2) Obligatoriedad PGD: **Tx. 100, p. 295-296**
- 3) Principios comunes de los ordenamientos internos
 - ⊖ Procedentes del Dº. Privado: **Tx. 98, p. 295**
 - ⊖ Procedentes del Derecho Público: **Tx. 101, p. 296**
 - ⊖ No basta su existencia en “algunos” ordenamientos internos **Tx. 102, p. 296**
- 4) Principios específicos del DI
 - ⊖ **Tx. 99, §2, p. 295**
 - ⊖ Primacía DI sobre Dº. interno:
 - **Tx. 113, p. 325**
 - **Tx. 114, p. 325**

4. LOS ACTOS UNILATERALES DE LOS ESTADOS; LA AQUIESCENCIA Y EL STOPPEL

A. LOS ACTOS UNILATERALES DE LOS ESTADOS

1) Aparición:

⊖ Tx. 104, §2, 3 y último, p. 297-298

⊖ Asunto ensayos nucleares franceses en el pacífico (Tx. 105)

2) ¿Qué son los actos unilaterales? Tx. 105, §43, línea 1, p. 300

3) Condiciones para que creen obligaciones int'les para el E. autor

⊖ declaración hecha por órgano competente del E.

- Tx. 104, § último, p. 298: Ministro de Asuntos Exteriores
- Tx. 105, §49, p. 301: Jefe de Estado
- Tx. 106 bis, §46 y 47, p. 305-306: ampliación órganos del E.

⊖ Declaración “clara” y “precisa”

- Tx. 105, §43, línea 2, p. 300 y §45, última línea, p. 301
- Tx. 106 bis, §50, líneas 1 y última, y §51-52, p. 306-307

⊖ Declaración formulada con la INTENCIÓN de quedar vinculado

- Tx. 105, §43, línea 3, p. 300 y §44, p. 300



⊖ Irrelevancia de la forma de la declaración, siempre que sea pública

- **Tx. 104:** Declaración *Ihlen*, escrita en servilleta de papel
- **Tx. 105, §43, línea 4, p. 300 y §45, p. 300-301**

⊖ Carácter estrictamente unilateral de la declaración

- **Tx. 105, §43, última línea, p. 300**

B. LA AQUIESCENCIA

1) La aquiescencia es el asentimiento tácito (para algunos, “consentimiento tácito”)

⊖ Plantea el problema de saber si la regla *qui tacet consentire videtur* (quien calla, otorga) se aplica o no en DI

2) **Tx. 107:** Asunto del Templo de *Preah Vihear* (Camboya c. Tailandia)

⊖ Objeto de la controversia **Tx. 107, §2-3, p. 308**

⊖ Solución de la Corte:

- Acontecimiento importante y público de un Estado **Tx. 107, §5, líneas 1-20, p. 308-309**
- Exige reacción en plazo razonable de otro E. → no la hubo → aquiescencia **Tx. 107, p. 309, col. 1, §2**
- Práctica posterior corrobora aceptación tácita **Tx. 107, p. 309, col. 2, §3-4**

C. EL ESTOPPEL

- 1) Es una institución jurídica recibida en DI del Dº. anglosajón: no existe en Dº. español
- 2) Carácter del *estoppel*:
 - ⊖ No tiene carácter sustantivo: no crea derechos ni obligaciones
 - ⊖ Tiene carácter procesal: impide la alegación de una situación durante el juicio
- 3) Ejemplo práctico: Asunto frontera terrestre y marítima (Camerún c. Nigeria) Tx. 108
 - ⊖ Objeto de la controversia **Tx. 108, §48, p. 310**
 - ⊖ Condiciones del *estoppel* **Tx. 108, §57 subpárs. 1-2, p. 310**
 - ⊖ No cumplimiento de las condiciones del *estoppel* **Tx 108, §57 subpár. 3 y §58, p. 310-311**

5. LOS ACTOS NORMATIVOS DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

1) ¿Son las “resoluciones” (=actos normativos) de las OOI obligatorios jurídicamente?

⊖ Depende de lo que disponga el Tdo. constitutivo de cada OI

2) En ocasiones, disposiciones de Tdos. constitutivos de OOI establecen que algunas resoluciones tienen carácter vinculante u obligatorio

⊖ sólo en el ámbito interno de la OI (órganos, funcionarios, servicios)

• Ejemplos en la ONU

- Admisión de nuevos miembros **Tx. 1, art. 4-2, p. 28**
- Expulsión de miembros **Tx.1, art. 6, p. 28**
- Aprobación del presupuesto anual **Tx. 1, art. 17.1, p. 30**
- Aprobación del reglamento de régimen interno **Tx. 1, art. 21, p. 31**
- Creación de organismos subsidiarios **Tx. 1, art. 22, p. 31**

⊖ crean obligs. para los EEMM

- en la ONU, **Tx. 1, art. 25, p. 31** Ver **Tx. 109, §116, subpár. 3, p. 315**
- en la UE, casi todo el derecho derivado institucional (reglamentos, directivas, decisiones)

3) Caso especial: resoluciones de la AG de la ONU que revisten la forma de “Declaraciones”

⊖ En principio, la Carta ONU no les da carácter vinculante

⊖ PERO si son adoptadas por unanimidad o amplia mayoría + práctica posterior de los E.s → costumbre int’l

- Valor del voto al aprobar la Resolución = manifestación de la *opinio iuris* Tx. **242, §188, subpár. 2, p. 652**

- Ejemplo: Res. 217 (III), de 10-XII-1948: Declaración universal de DDHH

 - Valor superior en la Constitución española (art. 10.2)

⊖ las “Declaraciones” de la AG producen efectos (declaratorio, cristizador, generador) en la génesis de la costumbre int’l (= interacción tdo.-costumbre)

