

Tema 2.- Los procesos de creación del Derecho Internacional

1. Las fuentes formales y otros procesos de creación del Derecho Internacional. 2. La costumbre internacional: concepto, elementos y clases. 3. Los principios generales de Derecho reconocidos por las Naciones civilizadas. 4. Los actos unilaterales de los Estados, la aquiescencia y el estoppel. 5. Los actos normativos de las Organizaciones Internacionales. 6. La codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional.



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 DI: el art. 38 del Estatuto de la CIJ
- ▶ B) Otros procesos de creación de normas internacionales.

A) Las fuentes formales del DI: el art. 38 del Estatuto de la CIJ

- ▶ “Ftes del Derecho” = es una expresión ambigua que engloba distintas acepciones. En la acepción formal, procedimientos de creación de normas o reglas en un ordenamiento.
- ▶ Sin embargo, en DI: ninguna norma se refiere a “ftes del DI”, aunque tradicionalmente se acude al art. 38 Estatuto CIJ . PERO..
 - El art. no utiliza el término “ftes”.
 - Es un mandato para la Corte: cómo se resuelven las controversias
Consenso básico de los Es. sobre las ftes de DI, aunque no agota el catálogo de procesos que se han ampliado con la evolución del DI.
- Aunque el art. 38 no establece ninguna jerarquía entre las distintas ftes:
 - Sí que existe cierta jerarquía material:
 - ✓ las normas de ius cogens prevalecen sobre cualquier otra norma de DI, cualquiera que sea su origen (tratado, costumbre, PGD).
 - ✓ las obligaciones impuestas por la Carta ONU.
 - Sí que existe en caso de conflicto entre normas, por aplicación de criterios técnico-jurídicos:
 - ✓ *Lex specialis derogat generalis.*
 - ✓ *Lex posterior derogat prius.*

Conforme al DI

Conforme a la equidad

Texto 218, art. 38:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al DI las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Es. Litigantes. La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho;

Los principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medios auxiliares para la determinación de las reglas de Derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 59

Texto 1, art. 103: En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las UN en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta.

- ▶ La solución de controversias “conforme DI” se realizará, por tanto:
 - Aplicando: -tratados; -costumbres; -PGD (ftes. Formales clásicas).
 - Medios auxiliares de determinación DI: Jurisprudencia y doctrina.
 - ✓ No crean derecho, pero ayudan a determinar su existencia.
 - ✓ **Jurisprudencia internacional:** está compuesta por las decisiones de los tribunales internacionales en vía:
 - ❖ Contenciosa: tribunales de justicia (sentencias, fallos, etc.) y tribunales arbitrales (laudo arbitral).
 - ❖ Consultiva: Opiniones consultivas
- Deberemos tener en cuenta el alcance de su función:
 - ❖ Según la CIJ: la Corte enuncia el Dº existente, pero no legisla.
 - ❖ Efectos de cosa juzgada (art. 59 Estatuto CIJ).
 - ❖ La auto vinculación de los tribunales a sus decisiones previas
- ✓ **Doctrina científica:** Puede ser:
 - ❖ Individual: publicaciones de profesores de DI
 - ❖ Colectiva: de institutos científicos (IDI; IIA, IHLADI).
 - ❖ Caso especial: CDI (entre a doctrina colectiva y los trabajos preparatorios).

Su valor ha ido cambiando con la evolución del DI (s. XVI a XIX: pocas normas → muchas citas doctrinales en las sentencias); en s. XX-XXI: muchas normas → sentencias apenas citan doctrina).

Texto 218: La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido.

- ▶ La solución de controversias “conforme a la equidad” (ex aequo et bono):
 - La equidad es una representación abstracta de la justicia (lo que el Juez cree que es justo en un caso concreto, prescindiendo de lo que determinen las normas jurídicas).
 - Clases de equidad:
 - ✓ Equidad infra legem: una norma admite diversas interpretaciones y los jueces eligen la que consideren más justa aplicada al caso concreto.

Para esta aplicación, no se necesita autorización de las partes y, por tanto, no nos encontramos ante el supuesto previsto en el art. 38.2 Estatuto CIJ.
 - ✓ Equidad contra legem: lo que los jueces consideran más justo en un caso en concreto es contrario a una norma en vigor.

Art. 38.2: sólo es posible si las partes autorizan a la CIJ: nunca se ha producido en la práctica.

B) Otros procesos de creación del Derecho Internacional

- ▶ La propia jurisprudencia de la CIJ demuestra que un número importante de asuntos han sido resueltos, no aplicando las ftes formales, sino a través de otros procesos de creación del DI:
 - Actos unilaterales de los EE.
 - Resoluciones de las OOII
 - Procedimientos de “soft law”.
- ▶ Los procedimientos de soft law:
 - Son procedimientos normativos que carecen de efecto obligatorio.
 - Regulan un compromiso “blando” al que los EE deberían ajustar sus conductas.
 - ✓ Ejemplos: gentlemen’s agreements, recomendaciones OOII, declaraciones de organismos y conferencias internacionales, programas de acción, códigos de conducta, estrategias, directrices, etc.
 - Pero el “soft law” de hoy, puede ser “hard law” (derecho vinculante) del mañana: generación de una práctica internacional que da lugar al nacimiento de una norma consuetudinaria internacional.

2. La costumbre internacional: concepto, elementos y clases.

- ▶ A) Concepto
- ▶ B) Elementos de la costumbre internacional
 - B.1.- El elemento material: la práctica.
 - B.2.- El elemento subjetivo: la opinio iuris
- ▶ C) Clases de costumbre internacional
 - C.1.- La costumbre general o universal.
 - C.2.- La costumbre particular: regional o local.
- ▶ D) La interacción tratado-costumbre

A) Concepto

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

B) Elementos de la costumbre internacional

B.1.- El elemento material: la práctica

- ▶ Existen una serie de requisitos jurisprudenciales: continuidad en el tiempo, manifestación frecuente y uniformidad de contenidos, PERO estos se han ido relajando en la práctica.
 - Tx. 91, §73-74, p. 282.
 - Tx. 94, §186, p. 291
- ▶ ¿de quién debe ser la práctica?
 - Tradicionalmente de los EE (EE especialmente interesados).
 - Hoy en día, también las OOI (Tx. 92, §21-22, p. 284-285).

B.2.- El elemento subjetivo: la *opinio iuris*

- ▶ La definición Tx. 91, §77, p. 283.
 - Usada muchas veces para negar la existencia de la costumbre (tx. 91, §78).
 - La CIJ tiene obligación de comprobar siempre su existencia en caso de alegación (tx. 94, §184).

Fallo de 20/2/69
CIJ Asuntos de la
Plataforma
continental del
Mar del Norte
(RFA/Dinamarca;
RFA/Holanda)

Fallo de 27/6/1986
CIJ, relativo a las
actividades
paramilitares en y
contra Nicaragua
(Nicaragua c.
EEUU)

Opinión Consultiva
de 21/6/1971 CIJ,
consecuencias
jurídicas para los
Estados de la
presencia
continuada de
Sudáfrica en
Namibia (Sudoeste
Africano), a pesar
de la Res. 276
(1970) del CS

C) Clases de costumbre internacional

C.1.- General o universal

- ▶ Práctica “general” pero vigencia universal Tx. 91, §63, p. 281
- ▶ Única excepción: E. objetor permanente

C.2.- Particular o regional

- ▶ La costumbre regional tiene una eficacia limitada y supone una inversión en la carga de la prueba (tx. 95, p. 292 (§1-4) y 293 (§2)).
- ▶ La costumbre local está también reconocida (tx. 97) y supone también una inversión de la carga de la prueba de su existencia (tx. 96, §1 y 3).

D) La interacción tratado-costumbre

- ▶ Son los efectos de los tratados en la génesis de la costumbre:
 - Efecto aclaratorio Tx. 91, §61 línea 1, p. 280
 - Efecto cristizador (extrapolable a las resoluciones OOI). Tx. 91, §61 línea 2, p. 280
 - Efecto generador Tx. 91 §70-71, p. 281

3. Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas

- ▶ “Reconocidos por las naciones civilizadas”: hoy, todo E. lo es
- ▶ La obligatoriedad PGD: Tx. 100, p. 295-296.
- ▶ Principios comunes de los ordenamientos internos
 - Procedentes del D°. 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
- ▶ Principios específicos del DI Tx. 99, §2, p. 295
 - Primacía DI sobre D°. interno: Tx. 113, p. 325 y Tx. 114, p. 325

4. Los actos unilaterales de los Estados; la aquiescencia y el stoppel.

- ▶ A) Los actos unilaterales de los Estados.
- ▶ B) La aquiescencia.
- ▶ C) El estoppel.

A) Los actos unilaterales de los Estados

- ▶ Aparición:
 - Tx. 104, §2, 3 y último, p. 297-298
 - Asunto ensayos nucleares franceses en el pacífico (Tx. 105)
- ▶ ¿Qué son los actos unilaterales? Tx. 105, §43, línea 1, p. 300
- ▶ 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.

- ▶ 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
- ▶ **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

- ▶ Es una institución jurídica recibida en DI del Dº. anglosajón: no existe en Dº. español
- ▶ Carácter del estoppel:
 - No tiene carácter sustantivo: no crea derechos ni obligaciones
 - Tiene carácter procesal: impide la alegación de una situación durante el juicio
- ▶ 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 OOII

- ▶ ¿Son las “resoluciones” (=actos normativos) de las OOII obligatorios jurídicamente?
 - Depende de lo que disponga el Tdo. constitutivo de cada OI
- ▶ En ocasiones, disposiciones de Tdos. constitutivos de OOII 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, todo el derecho derivado institucional.

6. La codificación y el desarrollo progresivo del DI

- ▶ A) Concepto y modalidades
- ▶ B) La obra de codificación en la ONU
- ▶ C) El proceso codificador y la evolución del DI



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