

DRET INTERNACIONAL PUBLIC

Curs Acadèmic 2019-2020

Prof. Karla D. Zambrano González



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

TEMA 2. Els processos de creació del dret internacional

2.1. Els processos de creació del dret internacional

- I. ASPECTES GENERALS

A) L'article 38 de L'Estatut de la Cort Penal Internacional:

1. La Cort, la funció de la qual és decidir conforme al dret internacional les controvèrsies que li siguin sotmeses, haurà d'aplicar:

a. les convencions internacionals, sigan generals o particulars, que establiren regles expressament reconegudes pels Estats litigants;

b. el costum internacional com a prova d'una pràctica generalment acceptada com a dret;

c. els principis generals de dret reconeguts per les nacions civilitzades;

d. les decisions judicials i les doctrines dels publicistes de major competència de les distintes nacions, com a mitjà auxiliar per a la determinació de les regles de dret, sense perjudici del que disposa l'article 59.

2. La present disposició no restringeix la facultat de La Cort per a decidir un litigi exaequo et bo, si les parts així ho convingueren.

- 3 elements a tindre en compte:
 - Fonts formals de dret internacional.
 - Medis auxiliars per a la determinació de regles jurídiques.
 - Decisions ex aequo et bono

1. Les fonts formals del Dret internacional.

Consideracions: Article 38 Estatut de la CIJ.

- > Tots els països membres de l'ONU son part en l'Estatut de la CIJ.
- > L'article 38 de l'Estatut de la CPJI (SDN), abans mateix inventari de fonts.
- > Comité de juristes encarregat de preparar l'Estatut de la CPJI va inspirar-se en la pràctica internacional (convenis internacionals i compromisos arbitrals).
- > Funció de la Cort: decidir “conforme al dret internacional” les controvèrsies que le siguen sometides.

Es pot afirmar que:

1. L'article 38 de l'Estatut de la CIJ expresa el consens bàsic dels Estats sobre quines son les fonts formals del Dret internacional.

2. Així:

- Les convencions internacionals.**
- El costum internacional.**
- Els principis generals del Dret reconeguts per les nacions civilitzades.**

- L'article 38 no estableix un criteri de jerarquització, però sí hi ha jerarquia material.

- **ius cogens**

- **obligacions imposades per la Carta de l'ONU.**

- **criteris generals de dret:**

- **lex specialis derogat generalis**

- **lex posterior derogat prius**

2. Els medis auxiliars: la jurisprudència i la doctrina.

- Contribuïxen al desenvolupament del Dret internacional.

És un medi per a identificar i interpretar el Dret internacional.

a) Jurisprudència internacional.

Està formada per decisions dels Tribunals internacionals, via:

—> Contenciosa:

- tribunals de justícia: sentència...

- tribunals arbitral: laude

—> Consultiva: opinions consultives, dictàmens com els emitits per la CIJ

- La CIJ no poden crear normes de dret actuant com a legislador internacional.
- CIJ missió: complir amb la seua funció judicial de determinar l'existència o inexistència de principis i regles jurídiques.
- Jurisprudència —> element essencial per a la determinació i interpretació de les normes jurídiques internacionals.

b) La doctrina.

- És l'obra dels juristes de Dret internacional a les quals es pot acudir per a conèixer l'existència i interpretació de les normes internacionals.

—> Medi auxiliar per a la determinació de normes.

- Pot ser: individual o col.lectiva.

Individual: publicacions de professors de Dret internacional.

Col.lectiva: està representada per obres d'instituts científics:
*Institut de Droit International, International Law Association,
Institut hispano-luso-americano de Dret Internacional*

- Cas especial —> Comissió de Dret Internacional: s'ocupa de la codificació i desenrotllament progressiu del Dret internacional. La seua labor doctrinal ha sigut posta de manifest a la jurisprudència de la CIJ.

3. Les decisions ex aequo et bono i l'equitat.

- L'article 38 de l'Estatut contempla, en el seu apartat 2, la facultat de la CIJ de decidir un litigi ex aequo et bo si les parts així ho convingueren.

- Les parts en una controvèrsia poden autoritzar a La Cort per a decidir sobre la mateixa al marge del Dret internacional, aplicant criteris d'equitat i actuant a manera d'amigable componedor, segons el seu saber i entendre.

La Cort resoldrà el cas no d'acord amb les regles del Dret internacional que hagueren sigut normalment aplicables, només conform al criteri equitatiu dels jutges.

Esta possibilitat només existeix quan ambdós parts en la controvèrsia estan d'acord a sol·licitar a la Cort que decidisca ex aequo et bo.

ATENCIÓ!

Mai s'ha produït en la pràctica de la CIJ i tampoc, almenys amb valor de *ràtio decidendi*, en la jurisprudència arbitral.

- Resolució de l'Institut de Dret Internacional, en 1937: l'equitat és normalment inherent a una sana aplicació del dret, i que el jutge internacional, el mateix que el jutge intern, està cridat per la seua pròpia missió a tindre en compte en la mesura compatible amb el respecte del Dret.

El jutge internacional no pot inspirar-se en l'equitat per a dictar sentència, **sense estar lligat pel dret en vigor**, EXCEPTE si totes les parts li atorguen una autorització expressa i clara a este fi.

- Segons la sentència de la CIJ de 1969 relativa a la delimitació de la plataforma continental del Mar del Nord:

Qualsevol que siga el raonament del jutge, les seues decisions han de ser justes per definició i en aquest sentit equitatives, A més un jutge que dicta justícia o diu el dret, es tracta de justificació objectiva de les seues decisions no més enllà de les regles, sinó dins de les regles.

Classes d'equitat:

- **equitat infra legem:** una forma admet diverses interpretacions i els jutges trien la que consideren més justa al cas concret. Els jutges no necessiten d'autorització de les parts (no és el supòsit de l'art. 38.2).
- **equitat contra legem:** el que els jutges consideren més just en un cas concret és contrari a una norma en vigor. Art. 38.2: només és possible si les parts autoritzen a la CIJ.
- **equitat praeter legem:** els jutges trien una interpretació més e nllarg del establert per llei.

B) Processos de creació de normes i obligacions internacionals no previstos en l'article 38 de l'Estatut de la CIJ.

1. Els actes unilaterals dels Estats.

Tenen un caràcter normatiu autònom perquè, perquè es produïska l'obligació de l'Estat autor, no cal que concórrega cap contrapartida, acceptació, rèplica o reacció per part dels altres Estats.

l'acte unilateral de l'Estat no produïx efectes obligatoris per se sinó que depén del possible impacte perjudicial que una actuació contradictòria amb allò que s'ha declarat poguera causar als Estats tercers que han confiat en ella de bona fe.

Poden constituir la resposta a un altre acte o pretensió prèvia i reflectixen un comportament mutu que presenta una fisonomia quasi contractual. Però, en altres supòsits, els actes i declaracions unilaterals dels Estats poden produir efectes jurídics autònoms o per se, sense que la seua obligatorietat depenga de la reacció d'altres Estats.

Estoppel = sentència relativa a la delimitació del mar del Nord 1969.

Respecte a estes consideracions de principi, La Cort és de l'opinió que només l'existència d'una situació d'estoppel podria protegir esta tesi: faria falta que la República federal no poguera ja discutir l'aplicació del règim convencional quant al seu comportament, de declaracions, etc., que no sols hagueren testimoniat d'una manera clara i constant la seua acceptació d'este règim sinó que hagueren portat igualment a Dinamarca o als Països Baixos, fundant-se en esta actitud, a modificar la seua posició en detriment propi o a patir un perjudici específic. Res indica que tal haja sigut la situació en este cas.

La Cort reconeix la possible aplicació de la doctrina de l'estoppel en el Dret internacional, sempre que:

- 1) Es produïska un comportament unilateral d'un Estat (declaracions prou clares per a generar la credibilitat d'altres Estats).
- 2) Una reacció d'un altre o altres Estats que modifiquen les seues posicions fundant-se de bona fe en eixes declaracions.
- 3) Quan concorren estos elements es produïx una situació d'estoppel i l'Estat autor de la declaració unilateral queda obligat i ja no pot tornar-se arrere.

2. Resolucions obligatòries de les organitzacions internacionals.

Les resolucions de les Organitzacions no solen tindre un efecte jurídic obligatori i presenten la forma de meres recomanacions dirigides als Estats membres.

Alguns actes normatius de les Organitzacions internacionals presenten la forma de decisions obligatòries i constituïxen un procediment particular de creació d'obligacions internacionals que està adquirint cada vegada major rellevància en una societat internacional progressivament institucionalitzada.

- Exemple? Decisions del Consell de Seguretat de les Nacions Unides; Reglaments, Directives i Decisions de l'Unió Europea....

3. Els procediments de soft law

Són aquells actes normatius que no posseïxen formalment un caràcter obligatori però que conformen un compromís diluït o bla què les conductes dels Estats haurien d'ajustar-se.

Dos tipus:

1. actes de forma convencional però que els Estats conclouen sense la intenció d'obligar-se jurídicament.

2. actes jurídics que, per la seua mateixa naturalesa formal, no són jurídicament obligatoris EX: les resolucions no obligatòries de les organitzacions internacionals, declaracions d'organismes i conferències internacionals, etc.

En cas d'incompliment d'una norma de soft law, l'Estat infractor no veurà posada en causa la seua responsabilitat internacional perquè no existix pròpiament violació d'una obligació a càrrec seu.

II. EL COSTUM INTERNACIONAL.

És una font tradicional del Dret internacional que, pese a tindre un caràcter relativament primitiu, continua exercint un important paper en el procés de creació de les normes d'este ordenament.

A) Concepte i elements del costum internacional

Article 38 CIJ -> “prova d’una pràctica generalment acceptada com a dret” = expressió d’una conducta generalment seguida pels subjectes del Dret internacional amb la convicció que respon a una exigència jurídica.

Es tracta de normes bàsiques que han constituït històricament el principal suport del Dret internacional general.

Està compost per dos elements: l’element material o pràctica i l’element subjectiu o opinio iuris.

1. L'element material: La pràctica.

= uso, repetició d'actes, "precedents". Accions o omissions. (Omissió: difícil de ser provada...). Amb freqüència, repetició en el temps i uniformitat de contingut.

Sentència CIJ 27 de juny de 1986: activitats militars i paramilitars en i contra Nicaragua: "La Cort no pensa que perquè una regla estiga consuetudinàriament establida, la pràctica corresponent haja de ser rigorosament conforme amb tal regla. Li pareix prou per a deduir l'existència de regles consuetudinàries que els Estats conformen a ella la seua conducta d'una manera general i que tracten ells mateixos els comportaments no conformes a la regla com a violacions d'ella i no com a manifestacions del reconeixement d'una regla nova"

2. L'element subjectiu: l'opinio iuris.

= Convicció d'obligatorietat. Els actes que constituïxen els precedents deuen, pel tanto, estar fundats en la convicció dels Estats que els dits actes no es realitzen gratuïtament, ni per raons de cortesia, conveniència o tradició, sinó que es conformen a una obligació jurídica.

La Cort Internacional de Justícia ha sigut particularment rigorosa a este respecte, afirmant que, encara que les Parts estiguen d'acord en el contingut d'una norma determinada, això no dispensa a La Cort d'assegurar-se de que existix en el Dret internacional consuetudinari una opinio juris sobre el seu caràcter obligatori.

Opinio iuris = necessaria!

B) Formació i eficàcia obligatoria del costum general.

La formació d'un costum general o universal requerix que concórreguen precedents àmpliament estesos i que existisca una convicció d'obligatorietat profunda

Les normes consuetudinàries **són el resultat del consens general, no del consentiment, expresse o tàcit, d'un **Estat en particular**...**No cal l'assentiment específic del mandat; la qual cosa La Cort ha de determinar en si, com diu l'article 38 de l'Estatut, certa pràctica està; generalment acceptada com dret”

Prof. Jiménezde Aréchaga

- Excepció: L'objedor persistent.

És possible que un Estat pugui impedir que un costum en formació arribi a ser obligatòria per a ell comportant-se com un objedor persistent.

L'Estat que es comporta com a objedor persistent no podrà impedir que la norma consuetudinària arribi a formar-se entre els altres Estats, però el costum així formada no li serà oposable jurídicament.

C) El costum particular: regional o local

El costum també pot formar-se en un espai geogràfic més reduït.

- L'existència d'este tipus de costums es regix per les mateixes pautes bàsiques que hem examinat respecte al costum universal i requerix, per tant, la confluència de l'element material (*la pràctica*) i de l'elements espiritual (*opinio iuris*)

ATENCIÓ!

L'Estat que invoca l'existència d'un costum regional o local haurà de suportar la càrrega de la prova que eixe costum existix efectivament i que vincula a la part contra la qual s'invoca per haver contribuït amb la seua conducta a la formació del dita costum.

L'Estat que invoca un costum regional o local ha de provar l'existència del costum i l'assentiment de l'Estat específicament interessado

Prof. Jiménez de Aréchaga

D) L'interacció del costum amb altres fonts del Dret internacional.

Els tractats poden estar a la base de la formació del costum ja siga:

1. Per mitjà d'un efecte declaratiu d'una regla consuetudinària preexistent
2. Per mitjà d'un efecte cristal·litzador d'una norma consuetudinària en fase de formació avançada o
3. Per mitjà d'un efecte generador.

III. ELS PRINCIPIS GENERALS DEL DRET RECONEGUTS PER LES NACIONS CIVILITZADES.

A) Principis comuns dels ordenaments interns

L'article 38 de l'Estatut de la CIJ:

“Els principis generals de Dret reconeguts per les nacions civilitzades”

La jurisprudència s'ha referit a estos principis com les regles comunes a la major part de les legislacions

Doncs, són regles comuns de Dret intern de les què poden fer aplicació els Tribunals internacionals.

B) Principis específics del Dret internacional

Es configuren *in foro externo*, és a dir, en l'àmbit de les relacions dels Estats amb altres subjectes de Dret Internacional.

Hi ha una corrent d'autors que nega el reconeixement d'aquests principis, però la CPJI va afirmar:

“La Cort considera que, en la seua accepció general, el sentit de l'expressió “principis de Dret internacional” significa el Dret internacional tal com està en vigor entre totes les nacions que formen part de la comunitat internacional”

Sentència de 7 de setembre de 1927 . Assumpte de Lotus.

Entre estos principis pròpiament internacionals que han sigut invocats per la jurisprudència internacional està el principi d'independència dels Estats, el principi d'igualtat sobirana, el principi d'identitat i continuïtat de l'Estat...

IV. LA CODIFICACIÓ DEL DRET INTERNACIONAL

Rousseau: la conversió de les normes consuetudinàries en vigor en un cos de normes escrites, sistemàticament agrupades.

A) Modalitats del procés de codificació.

La codificació té normalment un abast global o universal, ja que tracta de donar forma escrita i sistemàtica a les normes consuetudinàries que regixen en la Comunitat internacional en un determinat sector.

No obstant això: procés codificador en Amèrica llatina i Àfrica.

B) L'obra de codificació en l'ONU.

Resolució 1744 (II) de 1947, l'Assemblea General va aprovar l'Estatut de la Comissió de Dret Internacional (CDI) , com a òrgan encarregat de la missió codificadora.

Encara que la CDI es componia inicialment de 17 membres, la Resolució 36/39, aprovada per l'Assemblea General el 18 de novembre de 1981, va ampliar el nombre dels mateixos a 34, amb el següent repartiment de llocs:

8 d'Àfrica,

7 deÀsia,

3 d'Europa oriental,

6 llatinoamericans,

8 d'Europa occidental o altres

2 membres rotatoris."

Els membres de la CDI són triats per l'Assemblea General per a un període de cinc anys i formen part de la mateixa com a experts independents i no com a representants dels governs de què són nacionals. La Comissió es reuneix en un període de sessions anual, que normalment dura deu setmanes.

Procés...

El procés codificador s'inicia amb l'elecció del tema a codificar per l'Assemblea General o per la pròpia CDI davall la tutela d'aquella. Després s'anomena un ponent o “Relator especial” que presenta successius informes sobre el tema; els informes són debatuts per la Comissió fins a aprovar un avantprojecte d'articles, amb els seus respectius comentaris, que serà comunicat als Governos.

Tenint en compte les observacions d'estos, la Comissió prepara un projecte d'articles definitiu que sotmet a l'Assemblea General amb una de les recomanacions següents:

a) que no adopte cap mesura;

b) que prenga nota de l'informe o ho aprobe per mitjà d'una resolució;

c) que recomane el projecte als Estats membres a fi que concloguen una convenció; o

d) que convoque una conferència per a concloure una convenció (Estatut, Article 23).

L'Asamblea General adopta la solució que estima més pertinent, sense limitar-se necessàriament a les propostes de la CDI.

El procés de codificació, encara que patix certes limitacions inherents, ha produït un impacte considerable en l'evolució del Dret internacional contemporani.