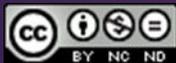


Tema 2. Los procesos de creación del Derecho internacional

1. LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL ART. 38 DEL ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 2. OTROS PROCESOS DE CREACIÓN DE NORMAS Y OBLIGACIONES INTERNACIONALES: LOS ACTOS UNILATERALES DE LOS ESTADOS Y LAS RESOLUCIONES OBLIGATORIAS DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES. 3. LA COSTUMBRE INTERNACIONAL: A) CONCEPTO Y ELEMENTOS; B) FORMACIÓN Y EFICACIA OBLIGATORIA DE LA COSTUMBRE GENERAL; C) LA COSTUMBRE REGIONAL O LOCAL; D) INTERACCIÓN DE LA COSTUMBRE CON OTRAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL. 4. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO RECONOCIDOS POR LAS NACIONES CIVILIZADAS. 5. LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL.

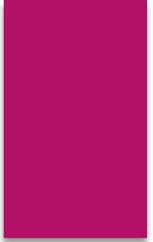


Esta obra está protegida con una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

1. Las Fuentes del DI en el art. 38 del ECIJ

- ▶ “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*.

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

- 
- ▶ La solución de controversias “conforme DI” se realizará, por tanto:
 - Aplicando: -tratados; -costumbres; -PGD (fuentes 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
 - Debemos 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): obligatoria partes y caso decidido.
 - ❖ La auto vinculación de los tribunales a sus decisiones previas
 - ✓ **Doctrina científica:** Puede ser individual/colectiva
 - ❖ 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).

▶ 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.

2. Otros procesos de creación del Derecho Internacional

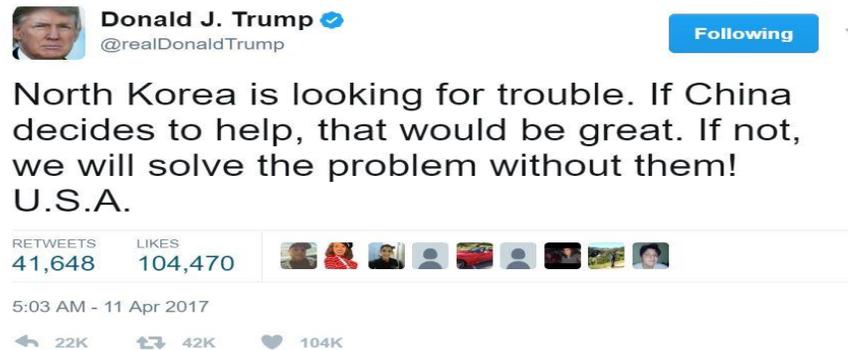
- ▶ La propia jurisprudencia de la CIJ demuestra que un número importante de asuntos han sido resueltos, no aplicando las ftes formales, sino a través de otros procesos de creación del DI:
 - Actos unilaterales de los EE.
 - Resoluciones de las OOI
 - Procedimientos de “*soft law*”.
 - Son procedimientos normativos que carecen de efecto obligatorio.
 - Regulan un compromiso “blando” al que los EE deberían ajustar sus conductas.
 - ❖ Ejemplos: *gentlemen’s agreements*, recomendaciones OOI, 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.

A) Los actos unilaterales de los Estados

- ▶ Aparición:
 - Fallo CPJI 5/4/1933. Asunto Estatuto jurídico de Groenlandia Oriental (Noruega c. Dinamarca)
 - Asunto ensayos nucleares franceses en el pacífico 1974.
- ▶ ¿Qué son los actos unilaterales?
- ▶ Condiciones para que creen obligaciones int'les para el E. autor
 - Declaración hecha por órgano competente del E.
 - ✓ Ministro de Asuntos Exteriores
 - ✓ Jefe de Estado
 - ✓ Ampliación a otros órganos del E. según sus funciones (Asunto CIJ actividades armadas en el territorio del Congo. Congo c. Ruanda-Fallo 3/2/2006).

A unilateral declaration binds the State internationally only if it is made by an authority vested with the power to do so. By virtue of their functions, heads of State, heads of Government and ministers for foreign affairs are competent to formulate such declarations. Other persons representing the State in specified areas may be authorized to bind it, through their declarations, in areas falling within their competence.

- Declaración “clara” y “precisa”. Interpretación restrictiva.
- Declaración formulada con la INTENCIÓN de quedar vinculado. *To determine the legal effects of such declarations, it is necessary to take account of their content, of all the factual circumstances in which they were made, and of the reactions to which they gave rise.*
- Irrelevancia de la forma de la declaración, siempre que sea pública. *Unilateral declarations may be addressed to the international community as a whole, to one or several States or to other entities.*
- Carácter estrictamente unilateral de la declaración. Límites *ius cogens*.



B. Los actos normativos de las Organizaciones Internacionales

- ▶ ¿Son las “resoluciones” (=actos normativos) de las OOI obligatorios jurídicamente?
 - Depende de lo que disponga el Tdo. constitutivo de cada OI
- ▶ 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): crean obligaciones para los EEmiembros
 - Ejemplos en la ONU: Admisión de nuevos miembros; Expulsión de miembros ; Aprobación del presupuesto anual; Aprobación del reglamento de régimen interno; Creación de organismos subsidiarios
 - En la UE, todo el derecho derivado institucional.
 - Resoluciones del Consejo de Seguridad Cap. VII.

3. La costumbre internacional

A. Concepto y elementos.

Concepto

- ▶ Art. 38 Estatuto CIJ: "... una práctica generalmente aceptada como derecho": norma no escrita derivada de la práctica aceptada como vinculante (opinio iuris).
- ▶ CDI: Identificación del derecho internacional consuetudinario 2018:

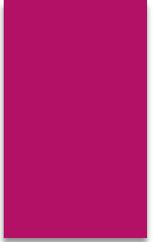
Para determinar la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario, es necesario cerciorarse de que existe una práctica general que es aceptada como derecho (opinio iuris).

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.
- ▶ ¿de quién debe ser la práctica?
 - Tradicionalmente de los EE (EE especialmente interesados). La práctica del Estado consiste en el comportamiento del Estado, ya sea en el ejercicio de sus funciones ejecutivas, legislativas, judiciales o de otra índole.
 - Las formas de práctica estatal comprenden, sin reducirse a ello: los actos y la correspondencia diplomáticos; el comportamiento en relación con las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental; el comportamiento en relación con los tratados; el comportamiento en el ejercicio de funciones ejecutivas, incluido el comportamiento en operaciones “sobre el terreno”; los actos legislativos y administrativos; y las decisiones de las cortes y tribunales nacionales.
 - Hoy en día, también las OOI

El elemento subjetivo: la *opinio iuris*

- ▶ La definición : Creencia de estar cumpliendo una obligación jurídica. la práctica en cuestión ha de seguirse con el convencimiento de la existencia de una obligación jurídica o un derecho.
- ▶ Usada muchas veces para negar la existencia de la costumbre. La CIJ tiene obligación de comprobar siempre su existencia en caso de alegación



B. Formación y eficacia obligatoria de la costumbre general

- ▶ Objeter persistente. Cuando un Estado haya objetado a una norma de derecho internacional consuetudinario mientras esta se encontraba en proceso de formación, esa norma no será oponible a ese Estado siempre que mantenga su objeción. La objeción ha de ser expresada claramente, ser comunicada a los demás Estados y ser mantenida de manera persistente.
- ▶ Límite: normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

c. La interacción de la costumbre con otras fuentes del Derecho internacional

- ▶ Son los efectos de los tratados en la génesis de la costumbre:
 - Efecto aclaratorio
 - Efecto cristizador (extrapolable a las resoluciones OOI).
 - Efecto generador.
- ▶ Con los principios generales del Derecho. La relación entre los principios generales del derecho y el derecho internacional consuetudinario, es poco clara. Sin embargo, no debe pasarse por alto que una norma de derecho internacional consuetudinario requiere la existencia de una “práctica general aceptada como derecho” (acompañada de una *opinio iuris*), mientras que un principio general del derecho debe ser “reconocido por las naciones civilizadas”, lo cual sugiere que estas dos fuentes son distintas y no deben confundirse.

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

- ▶ “Reconocidos por las naciones civilizadas”: hoy, todo E. lo es. Hace referencia a normas que tienen carácter “general” y “fundamental”. Son “generales” en el sentido de que su contenido tiene cierto grado de abstracción, y “fundamentales” en el sentido de que son la base de normas específicas o encarnan valores importantes.
- ▶ La obligatoriedad PGD: los principios generales del derecho, al igual que las normas de derecho internacional consuetudinario, son de aplicación general.
- ▶ Principios comunes de los ordenamientos internos
 - Procedentes del Dº. Privado
 - Procedentes del Derecho Público
 - No basta su existencia en “algunos” ordenamientos internos
- ▶ Principios específicos del DI
 - Primacía DI sobre Dº. Interno.

5. 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