

# NUEVOS SUJETOS, NUEVAS FUENTES, NUEVOS CONFLICTOS, NUEVOS MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INTERNACIONALES

## NEW SUBJECTS, NEW SOURCES, NEW CONFLICTS, NEW MEANS OF INTERNATIONAL DISPUTE SETTLEMENT

*Arturo Santiago Pagliari* \*

**Resumen:** Tal como lo indica el título del trabajo, el mismo hace una revisión de los sujetos del derecho internacional, las fuentes, los tipos de conflictos y los medios de solución de controversias internacionales, tanto los tradicionales como los novedosos y señalando aspectos estables y dinámicos de cada uno de ellos.

**Abstract:** As indicated by the title, this work is a review of the subjects of international law, sources, kinds of conflicts and means of solving international disputes, studying both traditional and innovative types and stable and dynamic aspects of each of them.

**Sumario:** I. Función del derecho internacional. II. Nuevos sujetos. III. Nuevas fuentes. IV. Interacción entre fuentes. V. Pluralidad de normas. Fragmentación. VI. El principio del arreglo pacífico de las controversias. VII. Distintos medios de solución de los conflictos internacionales en la modernidad.

---

\* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Catedrático de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (República Argentina). Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

## I. Función del derecho internacional

La función del derecho internacional público es tratar de asegurar la paz y seguridad internacionales y la instrumenta reglamentando las relaciones entre los sujetos de la comunidad internacional que sean susceptibles de una normatividad de carácter jurídico. Por ello, cuanto más se extienden las relaciones entre los Estados, más materias de distinta naturaleza deberán ser objeto de regulación. Este incremento de las funciones del derecho internacional fundamentalmente es producto de la cooperación internacional y, su correlato, la institucionalización de la comunidad. La cooperación ha dado nacimiento a nuevas ramas jurídicas como el Derecho del Desarrollo, el Derecho Internacional Económico, el Derecho del Medio Ambiente, el Derecho Internacional Penal, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, etc., que determinan el surgimiento de nuevos conceptos de contenido jurídico. En este proceso-función de cooperación y desarrollo, juegan un papel significativo las organizaciones internacionales, consideradas el paso necesario en la institucionalización de la comunidad internacional. El fenómeno general de la expansión del alcance material del derecho internacional se vincula estrechamente al desarrollo de los subsistemas basados en convenciones particulares. La eficacia de unidad necesaria en el sistema internacional normativo, dependerá de la percepción que los jueces tengan de la existencia y la coherencia de tal sistema, así como del conocimiento real de su contenido <sup>1</sup>. Pero aun si las instituciones aplicarían las mismas reglas, las aplicarían de manera distinta debido a “*diferencias en los respectivos contextos, objetos y propósitos prácticos de las partes y los trabajos preparatorios*”<sup>2</sup>. Esta expansión mate-

---

<sup>1</sup> Pierre-Marie DUPUY, “A Doctrinal Debate in the Globalisation Era: On the ‘Fragmentation’ of International Law”, *European Journal of Legal Studies*: Issue 1, ob. cit. (Tribunales Penales internacionales (incluyendo, de allí en adelante, el Tribunal Penal Internacional), así como el Tribunal del Derecho del Mar, cortes y cuerpos de supervisión para derechos humanos, el panel de petición de OMC, tribunales de arbitraje (no olvidando el del CIADI y NAFTA) quienes están haciendo uso regular del derecho internacional y, finalmente, la cohorte entera de mecanismos de seguimiento).

<sup>2</sup> M. KOSKENNIEMI, “El destino del Derecho Internacional Público: entre la técnica y la política”, *Revista de Derecho Público* 24, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2010.

rial del derecho internacional también se expresa en la proliferación de instituciones y regímenes normativos que gozan de un alto grado de autonomía (fragmentación institucional), así como los conflictos que surgen entre dichos regímenes e instituciones, y con el derecho internacional general (fragmentación sustantiva).

En todo caso, el ordenamiento jurídico en general, y el internacional en particular, se encuentra, en su contenido, condicionado por su finalidad<sup>3</sup>; todo ordenamiento jurídico debe cumplir la exigencia de adecuación a la realidad como condición indispensable para su vigencia<sup>4</sup>. No es admisible hablar de ordenamiento jurídico, es decir obligatorio (salvo respecto de instituciones de valor histórico), si carece de posibilidad de ser aplicado a la realidad social que pretende regular. En conclusión, el cumplimiento de los fines y funciones del derecho requiere la adecuación de sus reglas a la realidad social que es el objeto de regulación normativa. En este sentido, la relación entre política y derecho internacional es importante. La política internacional se plasma históricamente en normas e instituciones, que a su vez adquieren una autonomía propia, que puede ser más o menos completa. El derecho internacional sirve de justificación de las conductas internacionales. Y si bien ofrece un margen amplio de interpretación, impone límites, inhibe las conductas de los países y suele formar parte del contexto de una decisión. La relación entre derecho y política se extiende, virtualmente, a todas las fuentes del derecho internacional. Su importancia es obvia en la negociación de tratados internacionales, sean bilaterales o multilaterales. Pero es igualmente relevante en el caso de la costumbre<sup>5</sup>. La interdependencia entre política y derecho internacional es

---

<sup>3</sup> José Luis FERNÁNDEZ FLORES, “El medio en que opera el Derecho Internacional”, *Estudios de Derecho Internacional*, Madrid, Tecnos, 1979, t. I.

<sup>4</sup> Enrique PECOURT GARCÍA, “El pensamiento internacionalista del Prof. Miaja de la Muela”, *Estudios de Derecho Internacional*, Madrid, Tecnos, 1979, t. I. Hace referencia a la denominada vuelta al realismo del Derecho Internacional (limitándolo al Derecho Internacional Privado). Consideramos que el Derecho Internacional (en particular el Derecho Internacional Público) se ha adecuado permanentemente a su realidad fundamental.

<sup>5</sup> Tema muy poco analizado por los politólogos, pero que sin embargo pretende reflejar una práctica consistente y generalizada de los estados, unida a la convicción de que representa una cierta obligación legal (*opinio juris*). Más allá de los múltiples proble-

también evidente en las organizaciones internacionales. Aun cuando ellas disponen siempre de su respectivo marco jurídico y dependen en último término de sus Estados miembros, en la práctica van cobrando grados variables de autonomía y tienden a definir sus propias tareas y funciones, de manera relativamente independiente de los Estados que las crearon y sin atenerse siempre estrictamente a sus estatutos originales <sup>6</sup>. Esa tensión representa precisamente la política de las organizaciones internacionales, que ha influido en el desarrollo de identidades propias de múltiples organizaciones regionales o funcionales.

La aplicación del derecho internacional se encuentra vinculada al problema de la eficacia del orden jurídico internacional para posibilitar el cumplimiento de una de sus funciones más importantes: garantizar la paz y seguridad en el seno de la comunidad internacional. Las normas y obligaciones internacionales adoptadas y aceptadas por los Estados deben ser cumplidas por ellos de buena fe. Para la aplicación de una norma internacional es preciso tener la determinación previa, tanto de su existencia, como de su contenido y alcance, es decir se hace necesario un proceso de interpretación <sup>7</sup>. El carácter relativo de las normas internacionales, la carencia de órganos centrales de naturaleza judicial y ejecutiva

---

mas conceptuales y metodológicos que plantea la costumbre -¿qué tan extendida y uniforme debe ser?, ¿cómo se reconoce la *opinio juris*?, ¿cuándo una práctica se transforma en costumbre?- está claro que esta fuente tan clásica y venerable del derecho internacional tiende a evolucionar en el tiempo, como lo demuestra la evolución del derecho del mar y las normas sobre jurisdicción de los Estados sobre sus zonas costeras, que nunca fueron uniformes ni estáticas. El divorcio entre el derecho y la política internacional y la falta de diálogo entre sus especialistas ha atentado contra un entendimiento cabal del surgimiento y alcance de la costumbre internacional, que resulta una fuente especialmente difícil de identificar y aplicar.

<sup>6</sup> Michael N. BARNETT y Martha FINNEMORE, "The Politics, Power, and Pathologies of International Organizations", *International Organization* 53:4, 699-732.

<sup>7</sup> La aplicación de las normas internacionales corresponde a los propios sujetos, y en tal sentido los Estados, sujetos principales, la aplican y cumplen no sólo por el compromiso jurídico internacional que suponen tales normas, sino también porque en muchos casos la incorporan a su derecho interno, y consecuentemente, son aplicadas por sus propios órganos. En efecto, los tribunales nacionales en muchos casos aplican el derecho internacional en virtud de la incorporación al derecho interno de los tratados debidamente ratificados, pero también pueden hacerlo con normas internacionales consuetudinarias.

en la comunidad internacional, impide, la mayoría de las veces, el cumplimiento forzoso de las normas internacionales. Por ello, el ordenamiento jurídico internacional ha previsto mecanismos sobre el particular que se traducen en el régimen de responsabilidad internacional, ya que la responsabilidad constituye el núcleo del sistema jurídico internacional. Toda violación de una obligación internacional vigente genera responsabilidad internacional del autor. Esto hace necesario no sólo determinar las condiciones de la obligación violada, sino también la del sujeto lesionado y la del infractor. Esto demuestra la indiscutible relación existente entre subjetividad internacional y responsabilidad internacional. La existencia de Regímenes autónomos de responsabilidad, que se encuentran establecidos generalmente mediante tratados multilaterales, es sumamente delicado ya que la responsabilidad internacional es la base del ordenamiento jurídico internacional. El problema se plantea no en la validez de estos tratados, sino si excluyen la aplicación subsidiaria de normas generales sobre responsabilidad internacional. De ser así, *“se abriría una peligrosa puerta para el fraccionamiento del derecho general en sistemas normativos independientes que haría caer al derecho internacional en una “normatividad relativa” que quebraría su unidad como ordenamiento jurídico”*<sup>8</sup>.

En la actualidad la aplicación del derecho internacional se encuentra actualizada por varios factores, entre los cuales podemos destacar: la aparición de nuevos sujetos, una revitalización de las fuentes clásicas tratados, costumbre y principios generales del derecho; aparición de nuevas fuentes formales como medios de creación, modificación o extinción de obligaciones internacionales producto algunas veces del surgimiento de nuevos sujetos (organizaciones internacionales, la persona humana y entre ellas, la figura particular figura del inversor), otras, reconocidas expresamente por la propia jurisprudencia de la CIJ (actos unilaterales); la equidad, no ya en el sentido y con el alcance de lo establecido por el art. 38.2, sino modificando el derecho vigente; la jurisprudencia de los tribunales internacionales, especialmente la de la CIJ, excediendo en algunos casos su función netamente interpretativa por una más cercana a la creación de normas internacionales; el cada vez más desarrollado fenómeno

---

<sup>8</sup> Oriol CASANOVAS Y LA ROSA, ob. cit.

de la interacción en todas las fuentes del derecho; la pluralidad de normas (fragmentación del derecho); todos estos factores originan la creación de nuevos y diversos medios de solución de conflictos.

## II. Nuevos sujetos

El Estado constituyó siempre el sujeto internacional por excelencia ejerciendo de todos los derechos y teniendo todas las obligaciones establecidos por el derecho internacional. A partir de mediados del siglo XX comienzan a tener reconocimiento como sujetos internacionales otros entes tales como las organizaciones internacionales la persona humana, los pueblos y la humanidad, que sin embargo no alcanzan a desplazar al Estado como centro del sistema internacional. Las entidades que revisten carácter de sujetos en el estado actual del desarrollo del ordenamiento jurídico internacional <sup>9</sup> son de diversa naturaleza. La transformación operada en la configuración material y subjetiva de la comunidad internacional se debe, entre otras razones, a la creciente interdependencia de los Estados; la progresiva limitación de la soberanía estatal; la transferencia de competencias estatales a las organizaciones internacionales y, el desplazamiento de roles de los Estados a entes privados.

En la actualidad no puede desconocerse la subjetividad internacional de las organizaciones internacionales, como persona internacional, diferente de los Estados miembros que la componen, titular de una voluntad propia, distinta y separada de la de ellos. Las organizaciones internacionales constituyen entes dotados de subjetividad internacional objetiva, cuestión que quedó resuelta a partir de la Opinión Consultiva formulada por la Corte Internacional de Justicia, en oportunidad de expedirse sobre la *Responsabilidad por daños sufridos al servicio de la O.N.U.* Por

---

<sup>9</sup> Una clasificación, de conformidad con su naturaleza, permite distinguir entre sujetos 1) elementales, entendiéndose por ello que son imprescindibles para la existencia de la Comunidad y el Derecho Internacional (el Estado, la persona humana) y, 2) instrumentales o funcionales, en cuanto entidades necesarias para el cumplimiento de funciones específicas de interés común de los integrantes de la Comunidad Internacional (organizaciones internacionales, los pueblos).

otra parte, las organizaciones no gubernamentales (ONGs) asumen un papel creciente en la elaboración de nuevas normas internacionales en materia de derechos humanos, medio ambiente o desarme, participando en algunos casos en la adopción de nuevas convenciones o en otras instancias relevantes en el proceso de formación de normas internacionales.

El problema de la personalidad jurídica internacional de la persona humana se ha planteado en la legislación, jurisprudencia y doctrina y es factible citar tratados, fallos y opiniones respetables que coinciden en aceptarla<sup>10</sup>. La situación vigente acredita que la persona humana es des-

---

<sup>10</sup> El Prof. Hugo Llanos Mansilla es quien ha realizado uno de los más exhaustivos estudios sobre el tema. La siguiente enumeración lo sigue en lo esencial. Cita: a) Tratado de Versalles, arts. 297/304, relativos a los Tribunales Mixtos de Arbitraje que admitían reclamos de particulares por "reparación de daños" consecuencia de acciones bélicas alemanas; b) Tribunal internacional de Presas (Convención de La Haya, 1907. Art. 4°, otorgaba recurso de apelación a los particulares contra las Resoluciones de los Tribunales de Presas nacionales); c) Estatuto de la Corte de justicia Centroamericana, art. 2°, otorga a dicho órgano judicial competencias para entender en cuestiones iniciadas por particulares contra los gobiernos de los Estados Parte por violación de tratados, convenciones y demás casos en que correspondiera la aplicación del Derecho Internacional y aun en contra de la voluntad del Estado de la nacionalidad del reclamante, en caso de agotamiento de los recursos internos o denegación de justicia; d) El Tribunal Administrativo de la OI del Trabajo puede aceptar y resolver sobre reclamaciones de asociaciones obreras o patronales nacionales en caso de que se impute incumplimiento, por los Estados, en sus respectivas jurisdicciones, de convenios por ellos ratificados; e) La Carta de las Naciones Unidas, art. 87°, facultaba al Consejo de Administración Fiduciaria a aceptar peticiones de particulares sin autoridad administradora; f) Los tratados básicos de la actual Unión Europea reconocen derechos e imponen obligaciones, en una multiplicidad de disposiciones, a las personas humanas y morales, incluso capacidad procesal, Tratado CECA, Art. 33°; T. CEE, art. 173°; T. CEEA, art. 146; g) El Acuerdo de Cartagena sobre el Tribunal de justicia, arts. 17° y 19° admite la reclamación de nulidad de actos de la Comisión o de la Junta incoadas por personas físicas y morales y lo faculta para conocer en caso de incumplimiento de derecho propio por un Estado Parte; h) La jurisprudencia de la C.P.J.I. se pronunció sobre la cuestión en el caso de la jurisdicción de los Tribunales de Dantzig, 1928; i) Además de los antecedentes mencionados, se puede hacer referencia, entre otros a: Acuerdo de Londres de 1945 sobre criminales de guerra; Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 25°; Pacto de Derechos Civiles y Políticos, Protocolo Anexo; Convenio de Montreal sobre Aviación Civil; Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, 1982; Convención de Jamaica sobre el Derecho del Mar, 1982, etc. Ver José A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 1992, pág. 212 y ss., analiza también casos sobre la materia.

tinataria de normas pertenecientes al ordenamiento jurídico internacional, tanto de aquellas que importan un reconocimiento de derechos como de las que la hacen pasible de responsabilidad por violación de éstas; la situación señalada importa la aceptación de la personalidad jurídica internacional del hombre. Por otra parte, los arbitrajes ante el CIADI han permitido la intervención de nuevos sujetos (empresas, compañías e inversionistas). Cuando intereses contrapuestos de las partes entran en pugna entre el inversionista y el Estado receptor surge una controversia<sup>11</sup>. Los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) posibilitan que cuando una empresa de un país incluido en alguno de estos acuerdos considera que el gobierno local toma medidas que violan las cláusulas establecidas, pueda ésta recurrir al CIADI u otros mecanismos para presentar sus reclamos. Estos suelen ser denominados BIT (Bilateral Investment Treaties) o TBI (Tratados Bilaterales de Inversión). Contienen la facultad del inversor extranjero de demandar directamente al Estado receptor de la inversión ante una instancia arbitral internacional<sup>12</sup>.

La subjetividad de los pueblos ha sido también motivo de diferentes análisis teniendo en cuenta su inclusión en la Carta de las Naciones Unidas en su art. 1° inc. 2 que establece como propósito fundamental de la Organización “la libre determinación de los pueblos”; la Resolución 1514 (XV), en su art. 1° se refiere a “1. La sujeción de pueblos a una subyuga-

---

<sup>11</sup> En circunstancias normales, esa disputa ha de ser resuelta según las leyes y los mecanismos del Estado receptor. En el pasado cuando un conflicto debía ser resuelto inexorablemente según los mecanismos del Estado receptor, los inversionistas solicitaban la protección diplomática de los Estados de su nacionalidad. Sin embargo, esta eventualidad quitaba al inversionista control de la disputa y hacía que las controversias disputas pudiesen ser resueltas según los intereses del Estado de su nacionalidad y no según los intereses del inversionista.

<sup>12</sup> Los acuerdos bilaterales suscriptos contemplan dos modalidades al respecto: 1) Una de ellas permite al inversor acudir directamente al arbitraje internacional (modalidad “*fork in the road issue*”), Este es el caso del TBI con EE.UU. en su artículo VII establece que “*cuando se suscite una controversia en materia de inversión la sociedad o el nacional involucrados podrán elegir someterla -entre otros- al arbitraje del CIADI, cuyo laudo será definitivo y obligatorio para las partes*”. 2) La otra lo obliga a someter en primer lugar la controversia a los tribunales nacionales y sólo abre la vía del arbitraje internacional, si han pasado 18 meses, u otro plazo, y los tribunales nacionales no se hubieran pronunciado o hubieren rechazado la demanda. A esta cláusula se la denomina “*Half heartened Calvo Provision*” o “*Soft Calvo*”.



ción, dominación y explotación extranjeras...”, en el siguiente expresa que “2. Todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. Las resoluciones 1541 (XV) del 15/12/1960 y la 2625 (XXV) hablan de “... territorio no autónomo...” y de “... colonia u otro territorio no autónomo...”; en ambas oportunidades, el término territorio reemplaza el de pueblo pues quien tiene la capacidad para organizarse alcanzando “... la plenitud del gobierno propio”, para constituirse como Estado o para asociarse o integrarse a un Estado existente, es un pueblo, no un territorio. Al Pueblo, en el concepto dado, es al que el ordenamiento jurídico internacional le reconoce su derecho a autodeterminarse libremente. Autodeterminarse se debe entender como determinar u optar, sin injerencias externas, acerca del porvenir a que se aspira. La determinación implica una opción entre alternativas posibles. El derecho internacional determina dichas alternativas en la citada Resolución 1541 (XV) cuando enumera las posibilidades, ya mencionadas, de constituirse en Estado o asociarse o integrarse en un Estado existente. El acto de determinación, una vez que se haga efectivo determina la extinción del ente Pueblo. Consecuencia de lo expuesto es la nota de temporalidad o transitoriedad que se advierte, por ello es lícito concluir que dicho ente, en cuanto sujeto internacional, es por esencia temporal.

### **III. Nuevas fuentes**

Asistimos en la actualidad a un tránsito de las fuentes originales del derecho internacional como los tratados, el derecho consuetudinario y los principios generales, a otras fuentes como los actos unilaterales, la legislación internacional, la jurisprudencia y la equidad.

Los actores que intervienen en la formación de nuevas normas internacionales tienden a diversificarse. Sin embargo, los tratados como fuente siguen teniendo un rol fundamental como fuente del derecho internacional. En ese sentido, la necesidad de relacionarse de los Estados propicia las normas sobre celebración, conclusión e interpretación de los tratados. Los tratados son el derecho escrito y la fuente más directa, clara y comprobable del derecho internacional. Sin embargo, esta claridad, tiene

como contraposición, el ámbito más restringido de aplicación que la costumbre internacional, ya que las convenciones crean obligaciones sólo para los Estados parte.

Tanto el elemento material como el subjetivo (*opinio iuris*), tienen relevancia y son indispensables a los fines de la creación y comprobación de la costumbre como fuente del derecho internacional. Ambos elementos constitutivos han sido resaltados por la Corte Internacional de Justicia en numerosos fallos<sup>13</sup>. Si bien la costumbre puede surgir como una práctica ejecutada, aceptada y consentida por algunos Estados, una vez que ésta se ha generado es obligatoria para todos, hayan o no participado en su creación<sup>14</sup>. Sin embargo, ese concepto tradicional ha cambiado en cuanto al proceso de formación de las normas del derecho internacional consuetudinario ante las profundas modificaciones que se han producido en el sistema jurídico internacional durante la segunda mitad del siglo XX y el considerable aumento del número de Estados. En efecto, el proceso de formación del derecho consuetudinario era y es importante tanto en la teoría como en la práctica porque hace a su propia naturaleza esencial. El problema radica no tanto en la formación del derecho consuetudinario, sino en la cuestión de su prueba, es decir, en la constatación de la existencia de una norma consuetudinaria. La formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario están estrechamente relacionadas y han sido analizadas por la jurisprudencia de los tribunales internacionales y, más específicamente, por la Corte Internacional de Justicia y su predecesora. Sin embargo, en muchos casos, los tribunales internacionales no especifican el razonamiento con arreglo al cual se afirma la existencia de una norma de derecho consuetudinario. Un medio a esos efectos, es investigar la práctica de los Estados, incluyendo en el análisis la *opinio juris*, en cuanto a su caracterización, su importancia relativa y sus posibles expresiones o manifestaciones en relación con la formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario. La conducta de los Estados, tanto de uno como de un conjunto, incide en la formación de una costumbre

---

<sup>13</sup> Caso Lotus, Caso del derecho de paso por territorio indio, Caso de la plataforma continental del Mar del Norte, Caso del Golfo de Maine, Caso de la plataforma continental entre Libia y Malta, Caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua.

<sup>14</sup> Salvo la figura del objeto persistente.

como así también la posición de los llamados objetores persistentes, que revisten una especial importancia puesto que ellos equilibran los valores de la comunidad y el derecho de soberanía de los Estados en derecho internacional.

Si bien no se puede desconocer la enorme importancia que juega el consentimiento de los Estados como fuente de las normas internacionales, ya sea que se manifieste en forma expresa o tácita, es pertinente aceptar la existencia de otra clase de fuentes, que no derivan necesariamente del consentimiento estatal. El derecho convencional y el consuetudinario no agotan el derecho internacional, sino que ambos encuentran su complemento en los principios generales del derecho; estos son los que otorgan validez a las normas y a su forma de producción, dispongan de mayor o menor generalidad o especificidad, ya que su función es la de servir de pautas sostenibles de toda regla general que rija en el espacio o respecto de los contenidos reglados. Los “Principios Generales del Derecho” constituyen las pautas de toda la normativa jurídica, resultando las primeras consecuencias de la intención de hacer efectiva la Justicia en la realidad social<sup>15</sup>.

La doctrina tradicional sostiene que los principios generales del derecho mencionados en el artículo 38 del Estatuto como fuente formal, se refieren exclusivamente a los existentes en la legislación de los Estados, excluyendo como fuente a los principios generales del derecho internacional. Sin embargo, tanto la propia Corte Internacional de Justicia y su antecesora, han promovido confusión acerca del verdadero valor y alcance como fuente de los principios generales propios del ordenamiento ju-

---

<sup>15</sup> Es generalmente aceptado que la noción de “Principio” reconoce dos acepciones; la primera como *elemento irreducible* al cual se reducen los demás que son, por consiguiente de él derivados. Se trataría del “Principio” como elemento originario de las cosas que existen realmente como consecuencia de su evolución, desarrollo y transformación real. La segunda entiende que “Principio” es la *razón o causa* por la cual las cosas son lo que son. Es decir como fundamento o razón de ser que sostiene la existencia o validez de sus consecuencias. Corresponde señalar que ambas concepciones no son excluyentes entre sí y que ambas se funden y es esta noción unificadora la que resulta aplicable en el campo de las ciencias sociales y en el Derecho. “Principio” sería por consiguiente el *elemento* originario y la *causa, razón o fundamento* de la existencia de sus derivaciones y consecuencias. Por otra parte, los principios generales del derecho sirven para interpretar preceptos jurídicos internacionales dudosos.

rídico internacional. La jurisprudencia internacional derivada de la actividad de la Corte Permanente de Justicia Internacional <sup>16</sup>, como de la actual Corte Internacional de Justicia <sup>17</sup>, se ha referido a los principios generales

---

<sup>16</sup> La Corte Permanente citó expresamente a los principios generales del Derecho en el Caso de los Intereses Alemanes en Alta Silesia Polaca: “*Aunque esta situación se califique de ‘excepción’ o aunque tome el nombre de fin de non recevoir, es cierto que nada, ni en el Estatuto ni en el Reglamento ni en los principios generales del derecho, impide al Tribunal ocuparse de ella desde este momento, y previamente a todo debate sobre el fondo, puesto que la posibilidad de semejante debate dependerá de su no admisión*” (CPJI, Serie A, N° 6). En relación al principio general que establece la obligación de reparar el daño causado, la Corte lo indicó expresamente en su resolución sobre el Asunto de la Fábrica Chorzow: “*En cuanto al primer punto el Tribunal observa que es un principio de Derecho Internacional, e incluso una concepción general del Derecho, que toda violación de un compromiso implica obligación de reparar*” (CPJI, Serie A, Ng 17, pág. 29). Con respecto al principio general del abuso del derecho, la Corte Permanente, lo cita expresamente en el Asunto de la Zona Francesa de la Alta Saboya: “*Considerando... que se debe hacer una reserva para el caso de abuso de derecho, abuso que el Tribunal no puede, sin embargo, presumir*” (CPJI, Serie A, N° 24).

<sup>17</sup> La Corte Internacional de Justicia, también se ha referido, en numerosas oportunidades a los principios generales del derecho. Así ha hecho mención “a ciertos principios generales y bien reconocidos”, en el caso del Estrecho de Corfú: “*Las obligaciones que correspondían a las autoridades albanesas consistían en hacer conocer el interés de la navegación en general, la existencia de un campo de minas en las aguas territoriales albanesas y en advertir a los barcos de guerra británicos... el peligro inminente al que les exponía el campo de minas. Estas obligaciones se fundan no en la VIII Convención de La Haya de 1907, que es aplicable en tiempos de guerra, sino sobre ciertos principios generales y bien reconocidos, tales como consideraciones elementales de humanidad, más absolutos aún en tiempos de paz que en tiempos de guerra, el principio de la libertad de las comunicaciones marítimas y la obligación, para todo estado, de no dejar utilizar su territorio para los fines de actos contrarios a los derechos de otros Estados*” (CIJ, 1949). En la Opinión Consultiva requerida por la Asamblea General acerca de las Reservas de la Convención para la Prevención y Represión del Delito de Genocidio, la Corte al expedirse sobre la primera cuestión planteada, respondió al interrogante de que en qué medida pueden efectuarse reservas a la Convención, en los siguientes términos: “*La Convención de Genocidio tiene por objeto prohibir las destrucciones de grupos humanos. Los principios que informan su contenido son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios, aun sin vínculo convencional alguno, lo cual da a esta Convención la mayor universalidad posible*” (CIJ, Recueil 1951). En ocasión de la Opinión Consultiva sobre el Efecto de sentencias indemnizatorias del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, la Corte volvió a hacer referencia al efecto obligatorio que tienen los principios generales del derecho, en estos términos: “*Es un principio de derecho generalmente reconocido que las sentencias de un cuerpo judicial constituyen res iudicata obli-*

del derecho utilizando diferentes términos: “principios generales del derecho”, o “principios bien conocidos”, o “principio bien establecido o generalmente reconocido”, etc. No se puede desconocer que junto a los principios generales del derecho reconocidos en “foro doméstico”, existen otros propiamente internacionales que no encuadran dentro del dispositivo del apartado 1.c) del artículo 38. Estos principios generales internacionales, tales como la primacía del tratado internacional sobre la ley interna; el principio de la continuidad del Estado; el respeto a la independencia e igualdad de los Estados; la regla del agotamiento de los recursos internos para la procedencia de la acción de amparo diplomático, etc., son por su propia naturaleza, de índole estrictamente internacional, y no deben confundirse con los principios generales del derecho a que hace referencia la disposición citada. En general, cuando se niega la posibilidad de que los principios generales del derecho internacional sean fuente autónoma uno de los argumentos que se esgrimen es que éstos constituyen normas de derecho internacional derivados de la costumbre. Esta afirmación es materia discutible. Consideramos que existe una clara distinción entre el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho ya que estos últimos presentan sus propios caracteres y complejidades. Es controvertible que los principios generales del derecho propiamente internacionales, signifiquen meramente la expresión de una norma consuetudinaria, ya que en muchos casos no revisten las condiciones previstas para la formación de esta última; en especial, carecen del elemento

---

*gatoria para las partes. En este caso, las partes son los funcionarios demandantes por un lado, y el Secretario General, representando a la Organización por el otro. La sentencia es final e inapelable, según el art. 10 del Estatuto del Tribunal, y por lo tanto, obligatoria para las Naciones Unidas. Siendo que la Asamblea General es un órgano de las Naciones Unidas, ésta está obligada a cumplir la sentencia, y debe pagar las indemnizaciones fijadas” (CIJ, Recueil 1954). Los casos citados no fueron los únicos en que la Corte hizo referencia a los principios generales del derecho. En efecto, se refirió a ellos en la sentencia del 18 de julio de 1966 (Etiopía y Liberia contra la Unión Sudafricana), en el Caso Namibia (donde estableció que constituye un principio general del derecho que la violación de una obligación jurídica da derecho a la otra parte a solicitar la extinción del compromiso asumido), en el fallo sobre el Recurso concerniente a la competencia del Consejo de la OACI (18 de agosto de 1972), al determinar que “un principio de derecho muy importante está en juego: que una parte no tiene por qué explicarse sobre cuestiones de fondo ante un tribunal que no es competente en el caso concreto o cuya competencia no ha sido aún establecida”.*

material, entendido como práctica constante, generalizada y uniforme. En otros supuestos, el elemento subjetivo, la *opinio juris*, se encuentra asentado y confirmado por un principio general de derecho internacional preexistente. Por ello entendemos que la cada vez más frecuente alusión de la Corte a principios generales, o principios fundamentales, significa la aceptación de tales principios como fuentes, a pesar de que a veces se invocan como íntimamente vinculados a una costumbre internacional; en realidad, tal alegación, no es otra cosa que la afirmación y aplicación de una norma u obligación que tiene como fuente los principios generales del derecho internacional. Las normas convencionales y consuetudinarias son consecuencias y concreción destinadas a facilitar la aplicación de los principios jurídicos básicos, ya que éstos constituyen pautas legales esenciales y vigentes; informan toda elaboración jurídica particular, condicionan el proceso de creación de normas jurídicas, e integran la ley concreta. El valioso aporte del positivismo se limita a posibilitar la realización efectiva de las pautas normativas universales que constituyen los principios jurídicos.

Con relación a los actos unilaterales de los Estados, algunos sólo tienen carácter jurídico cuando se vinculan a otros actos, o son preparatorios de la creación de otra fuente del derecho. Es decir, no poseen de manera independiente, el carácter de generadores de derecho<sup>18</sup>. Pero, existen sin embargo, otros actos unilaterales que por su naturaleza tienen el efecto de ser generadores de derecho, es decir, tienen la facultad de producir efectos jurídicos con independencia de otro acto<sup>19</sup>. La Corte Internacional de Justicia, en el Asunto de los Ensayos Nucleares<sup>20</sup>, sentó las siguientes precisiones sobre el acto unilateral: las declaraciones que revisten la forma de actos unilaterales y afectan situaciones de hecho y de derecho, pueden tener como efecto crear obligaciones jurídicas, deben tener un objeto preciso, los Estados que efectúan estas declaraciones

---

<sup>18</sup> Ejemplo de ellos, lo constituyen los actos preparatorios o necesarios para la celebración de un tratado o para la formación de una costumbre internacional (negociación, declaración, ratificación, reserva, etc.).

<sup>19</sup> Es necesario aclarar que de estos actos no surgen normas generales sino sólo obligaciones particulares para el Estado del que emanan y es desde este punto de vista que ellos ocupan un lugar dentro de la teoría de las fuentes del derecho internacional. Los actos unilaterales a que nos referimos son: la promesa, la renuncia y el reconocimiento.

<sup>20</sup> CIJ, *Recueil* 1974.

tienen la intención de quedar obligados de acuerdo con los términos de éstas, esta intención obligatoria de la declaración le confiere la naturaleza de compromiso jurídico, con efecto obligatorio para el autor de la declaración, en el sentido de que éste deberá seguir en el futuro una línea de conducta acorde con la declaración efectuada, no es necesaria ninguna contrapartida para que la declaración produzca efectos jurídicos; esto es, no se requiere aceptación, réplica u otra reacción por parte de los restantes estados, tal exigencia -la contrapartida- es incompatible con la naturaleza estrictamente unilateral del acto jurídico. Se podría evaluar si estos actos, si bien son actos jurídicos y de ellos derivan consecuencias y obligaciones para la parte que lo emite, no tienen por fin crear una norma de derecho, sólo obligaciones para el sujeto que lo emite.

Con respecto a las decisiones o resoluciones de las instituciones internacionales, es indudable que deben ser definidas, en cuanto a su naturaleza, como actos de derecho y como tales, traen aparejados efectos jurídicos. Sus consecuencias y alcances, están directamente relacionadas con los instrumentos constitutivos: de dichas organizaciones. En principio, se puede afirmar que las resoluciones son fuente-creadora de derecho para los Estados parte de la organización, si así lo establece expresamente su tratado fundacional; pero además, los autores las consideran, salvo casos excepcionales, como de importancia decisiva para el perfeccionamiento de otra fuente principal del derecho internacional: la costumbre internacional. En efecto, el cúmulo de resoluciones, declaraciones, recomendaciones, etc., de las organizaciones internacionales constituye un paso decisivo en la formación de la *opinio juris sive necessitatis*, es decir del elemento subjetivo o psicológico que debe mediar necesariamente para que un acto o conducta repetida adquiriera la fuerza de costumbre internacional. Cualquiera que sea nuestro juicio sobre el papel de la Asamblea General de las Naciones Unidas en la adopción de nuevas normas internacionales, no se puede desconocer su influencia en la gestación de las normas consuetudinarias <sup>21</sup>. Por otra parte, las organizacio-

---

<sup>21</sup> La lucha contra el terrorismo ha llevado al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a la adopción de normas bastante extensas y elaboradas de carácter obligatorio, más allá de las múltiples convenciones internacionales que abordan las distintas manifestaciones del terrorismo

nes no gubernamentales (ONGs) asumen un papel creciente en la elaboración de nuevas normas internacionales en materia de derechos humanos, medio ambiente o desarme, participando en algunos casos en la adopción de nuevas convenciones o en otras instancias relevantes en el proceso de formación de normas internacionales.

La interpretación y prueba de la norma internacional obra de la jurisprudencia, es una de sus funciones más importantes, que facilita enormemente la aplicación del derecho internacional. La función interpretativa y probatoria de la jurisprudencia internacional ha tenido la gran virtud de aplicar reglas jurídicas, deduciéndolas de los principios generales del derecho y de las prácticas estatales convencionales o consuetudinarias, explicándolas y profundizándolas y otorgándoles una certeza de las que carecían, permitiendo de este modo lograr verdaderos y significativos avances en el desarrollo del derecho internacional. Las decisiones judiciales, jurisprudencia, establecidas en el punto 1. c) del Estatuto de la Corte como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59...”<sup>22</sup>, parece hacer referencia solo a las decisiones de la Corte por referencia al artículo 59. Para gran parte de la doctrina la jurisprudencia no constituye una fuente autónoma del derecho internacional. Sin embargo, cierta doctrina se inclina por darle valor de fuente autónoma a la jurisprudencia, comparando los precedentes judiciales con el proceso de formación de la costumbre internacional. *“La jurisprudencia es al cumplimiento forzoso del derecho, lo que es la costumbre a su observancia espontánea”*<sup>23</sup>. Kelsen no duda

---

<sup>22</sup> *“La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”*. Esta disposición consagra el principio de la cosa juzgada; en consecuencia, las sentencias de la Corte sólo tienen fuerza obligatoria para los Estados litigantes y para el caso que demandó el fallo.

<sup>23</sup> JOSÉ A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 1986. Citando al profesor Giraltd (con una posición similar a la de Scelle), argumenta que la jurisprudencia tiene poder normativo autónomo, calificándola de “costumbre jurisdiccional”. *“Si la costumbre es fuente de derecho, con mayor razón habrá de serlo la jurisprudencia. Pues si aquella -la costumbre resulta de los supuestos, no contemplados inicialmente por la regla positiva, en que los miembros de una comunidad acudían voluntariamente a los principios superiores para encontrar la solución adecuada al caso en cuestión, provienen de la jurisprudencia los supuestos en que la solución ha*



en apoyar esta postura: “Además de la costumbre y los tratados, las decisiones de los órganos internacionales, especialmente los fallos de los tribunales internacionales, son fuente del derecho internacional”<sup>24</sup>. Esta tesis es compartida por Barberis después de un minucioso análisis de la labor desarrollada por la Corte de La Haya, efectuando una crítica a la redacción del artículo 38, 1.d) en cuanto califica a la jurisprudencia como “fuente auxiliar” del derecho internacional: “Parece que esta disposición, no describe fielmente el valor, como fuente de derecho, que, en la práctica, la Corte atribuye a sus propios precedentes”<sup>25</sup>. La Corte a través de varios fallos y dictámenes, ha consagrado el valor de la jurisprudencia como fuente autónoma del derecho internacional, en virtud de que ha invocado y aplicado reglas originadas en sus propios precedentes, dándoles valor no como principios generales del derecho, ni como costumbres o tratados, sino como su privativa jurisprudencia. En definitiva, la jurisprudencia es un modo de creación de normas jurídicas que se traduce en la denominación general de sentencias y, en virtud de que ha sido dictada con el consentimiento de las Partes, crea una regla de derecho obligatoria para ellas.

Si nos atenemos a la disposición del artículo 38, párrafo 2, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la Corte puede solucionar un litigio *ex aequo et bono* únicamente cuando las partes lo convienen. Ello hace necesario dilucidar el significado y alcance del concepto de equidad y a las funciones que cumpliría ésta en el marco del derecho internacional

---

*sido indagada en los principios superiores por un órgano calificado de la comunidad, cual es el judicial”.*

<sup>24</sup> HANS KELSEN, *Principios de Derecho Internacional Público*, Argentina, El Ate-neo, 1965. “El derecho creado por los organismos internacionales, especialmente por las decisiones de los tribunales internacionales establecidos por tratados, deriva su validez de esos tratados, los cuales, a su vez, obtienen su validez de la norma de derecho internacional consuetudinario, *pacta sunt servanda*”.

<sup>25</sup> JULIO BARBERIS, ob. cit. El valor otorgado por la Corte a sus precedentes judiciales, según este autor, puede ser observado a través de tres etapas diferenciadas en su actuación: “a) Una primera, donde la Corte sienta una decisión aplicable sólo al caso particular; b) una segunda, en la que el Tribunal otorga a sus precedentes el carácter de Regla General; y c) una tercera, en la cual la Corte recurre a la práctica de invocar su jurisprudencia anterior como ‘principal fundamento de la regla de interpretación en cuestión’”.

en general, y en particular con respecto a las fuentes del derecho. Nadie discute que la equidad cumple una función esencial en la aplicación del derecho internacional, en el sentido de que el derecho debe ser aplicado con equidad, es decir que el juez debe adecuar la norma al caso concreto con un sentido de justicia, atemperando su excesivo rigor o adaptándola, conforme el criterio valorativo de las circunstancias del caso, cuando ésta sea imprecisa, injusta o insuficiente. Esta facultad que tiene el juzgador de hacer uso de la equidad aparece necesariamente unida a cualquier resolución de una cuestión de derecho, sin que sea imprescindible una autorización expresa de las partes en tal sentido. Esta función interpretativa de la norma jurídica atribuida a la equidad, es la llamada en doctrina *infra legem* o *infra ius* o *secundum legem*<sup>26</sup>. Existen otras funciones atribuidas a la equidad: la *praeter legem* y la *contra legem*. La primera tiene como función llenar una laguna del derecho; la segunda, concretamente se aplica para dejar de lado, modificar o eliminar una norma jurídica. De acuerdo a ello, un pronunciamiento de la Corte conforme el artículo 38 ap. 2 del Estatuto debería tomar en cuenta cualquiera de las otras dos funciones atribuidas a la equidad: la *praeter legem* o la *contra legem*, ya que la *infra legem* no constituye un requisito independiente de la decisión judicial y por ende no necesita una autorización expresa su utilización.

La idea de la equidad como fuente del derecho internacional ha sido rechazada por la mayoría de la doctrina. Sin embargo, el derecho internacional ha ido variando en las últimas décadas con base en las mutaciones operadas en la sociedad internacional. Estamos asistiendo a un proceso de judicialización marcado por una llamativa influencia de las decisiones judiciales que han avanzado sobre el concepto tradicional y formalista de las fuentes del derecho priorizando valores humanos, individuales y colectivos, basados en la equidad como eje rector. Ello no sólo se percibe en las decisiones de los tribunales de derechos humanos, sino también en la opinión de varios de los miembros de la CIJ. En efecto, se “... *ha pasado de la prevalencia del valor institucional estatal universalista... ma-*

---

<sup>26</sup> Esta función interpretativa de la equidad fue establecida por el Instituto de Derecho Internacional (Luxemburgo, 1937) “... que la equidad es normalmente inherente a una sana interpretación del derecho, y que el juez internacional, lo mismo que el interno, está llamado por su propia misión a tener en cuenta de ella en la medida compatible con el respeto del derecho”.

nifestado en los principios de imperio y soberanía, principio de no intervención, principio de efectividad, a la preeminencia del valor individual de los derechos humanos con percepción constructivista, reflexivista, particularista, implicando ello la debilitación de los principios fundamentales de la etapa anterior, correspondiendo al Estado asegurar prioritariamente la protección de los derechos humanos fundamentales del individuo con visión fundada en percepciones propias del relativismo cultural. Destacamos esta percepción de 'nuevo derecho', en tanto, los tribunales internacionales de derechos humanos se han ido adhiriendo a la visión postmoderna señalada. La misma ha ido creciendo, contribuyendo, tal vez, a la formación de una nueva eventual opinio iuris. Los tribunales interpretan progresivamente los tratados y aplican un derecho evolutivo personalista y subjetivo. Con ello dan apoyo e impulso a esa nueva tendencia de activismo judicial. Es de observar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos va a la vanguardia de esos avances, si bien, ello encuentra justificación en la amplitud de sus funciones, particularmente, en materia de reparaciones”<sup>27</sup>. También es notable esta actitud judicial en materia de interpretación amplia, extensiva, voluntarista con fundamento en la equidad, en los votos razonados separados de algunos los jueces de la CIJ en el *asunto Níger c/ Burkina Faso*<sup>28</sup>. La ley no puede aplicarse mecánicamente con un excesivo formalismo, y ese sentido elude una interpretación literal, por una más ajustada a la equidad. Así lo sostiene el juez Daudet, en relación con la decisión de la Corte cuando opta por la línea media para el trazado de la frontera: “Ajustarse estrictamente al compromiso sin ninguna consideración de equidad, conduciría a un resultado significativo de excesivo formalismo. La aplicación del principio del *uti possidetis* ha sido ‘desplazado’ por la realidad actual”. En lo referido a este nuevo concepto de soberanía vinculado estrechamente al resguardo de los derechos humanos, el juez Bennouna expresa: “En la actualidad existe un

---

<sup>27</sup> Zlata DRNAS DE CLÉMENT, “La equidad *contra legem* en la sentencia del 30 de noviembre de 2010 de la CIJ en el asunto Ahmadou Sadio Diallo”, *Estudios de Derecho Internacional. Libro homenaje al Profesor Hugo Llanos Mansilla*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, 2012, t. I.

<sup>28</sup> CIJ. *Recueil* 2013.

*nuevo concepto de la soberanía. Esta se ha vuelto inseparable de la responsabilidad respecto de la población. Este cambio obliga a los Estados a que adopten las medidas necesarias para proteger los derechos de las poblaciones afectadas. Las realidades geográficas y humanas entre una época y otra han cambiado y la Corte hace que la justicia, casi un siglo después, no pueda dejar de tenerlos en cuenta*". Del fallo y de las opiniones individuales se pueden destacar una interpretación en que la equidad pone en jaque una aplicación rígida de los tratados y principios, modificando incluso la inmutabilidad de los tratados que fijan un límite o frontera y de un principio general del derecho como el *uti possidetis*.

#### **IV. Interacción entre las fuentes**

Dos de las fuentes formales autónomas -tratados y costumbre- no son contrapuestas, ni separadas o independientes. En efecto, *"una de las principales conclusiones que puede derivarse de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia relativa al tema de las fuentes es que dicha contraposición o diferenciación entre el Derecho Convencional y el Derecho Consuetudinario no debe formularse, o aplicarse, demasiado rígidamente, dado que una norma contenida en un tratado puede ser, o llegar a ser, una norma consuetudinaria. En este sentido, una distinción rígida entre ambas, como si existieran en compartimientos estancos, sería incorrecta"*<sup>29</sup>. La interacción entre ambas fuentes produce diversos efectos que van desde el reconocimiento expreso de normas ya existentes hasta la formación de nuevas (declarativo, cristizador y generador), este fenómeno se ha extendido a la interacción entre todas las fuentes del derecho internacional público. Los especialistas en derecho internacional comienzan a analizar la conducta de los Estados, los fenómenos de legalización de las normas y también la existencia de normas embrionarias caracterizadas como *soft law*. El antiguo debate sobre las "palabras" frente a los "hechos" es significa-

---

<sup>29</sup> Eduardo JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *El Derecho Internacional Público Contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1980.

tivo en aquellos casos en que determinadas normas del derecho internacional consuetudinario no se afirman sobre la base de la práctica real y efectiva de todos los Estados o la mayoría de ellos, sino por otros medios, tales como la confirmación de una norma sustentada en la aprobación por varios Estados de una resolución o en la existencia de un tratado ampliamente ratificado. Se trata de un problema más complejo que la relación entre la costumbre y los tratados, incluido el efecto de los tratados ampliamente ratificados pero no universales, las cuestiones planteadas por el artículo 38 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y el papel del derecho internacional consuetudinario en la interpretación de los tratados. Incluye también el efecto de los tratados de codificación en la prueba de las normas consuetudinarias; la relación entre la costumbre y el derecho internacional general, los principios generales del derecho y los principios generales del derecho internacional; el efecto de las resoluciones de las organizaciones internacionales; y, en forma más general, el papel de la práctica de sujetos de derecho internacional distintos de los Estados, como las organizaciones internacionales; la relación entre el derecho en gestación y la costumbre y entre la *lex lata* y la *lege ferenda*; la importancia o no que se debe conceder a la práctica desigual en la formación y la prueba de las normas del derecho internacional consuetudinario; el valor de la noción de oponibilidad y el posible papel de la aquiescencia, el silencio y la abstención en el proceso de formación de las normas del derecho internacional consuetudinario; el papel desempeñado, en ese proceso, por los actos unilaterales, como la protesta y el reconocimiento; las condiciones respectivas para la formación y la modificación de una norma de derecho internacional consuetudinario; los posibles efectos de las reservas a los tratados en las normas del derecho internacional consuetudinario; el papel de la práctica regional y su relación con el derecho internacional como sistema; y la relación entre el derecho internacional consuetudinario regional y general.

## V. Pluralidad de normas. Fragmentación

Una de las peculiaridades del ordenamiento jurídico internacional es la coexistencia de un Derecho Internacional común o general con ordenamientos internacionales particulares, parciales o especiales, que

cuantitativamente, son muy superiores a las generales. Como la mayor parte del derecho internacional es de naturaleza dispositivo, (sin perjuicio de las excepciones en materias de normas imperativas y de otros casos de inderogabilidad), los acuerdos especiales o particulares pueden dejarlo sin efecto, o bien, es posible y admisible jurídicamente, apartarse del derecho general. Siendo el tratado una fuente primordial de Derecho Internacional, tanto los convenios bilaterales como los multilaterales, pueden crear este derecho particular para regir sus mutuas relaciones. Se trata de normas convencionales, pero también existen normas particulares de Derecho Internacional consuetudinario. Así, las normas que sólo obligan a dos o más Estados constituyen el llamado Derecho Internacional “particular”<sup>30</sup>. Pero una norma puede ser especial o particular, no sólo en relación al número de Estados a los que se aplica, sino también por la extensión y contenido de la materia que trata<sup>31</sup>. A través del Derecho Internacional particular se va ampliando el Derecho Internacional general, provocando su diversificación y expansión lo que ha suscitado lo que se denomina el proceso de fragmentación del derecho internacional<sup>32</sup>. El Derecho Internacional particular presupone el Derecho Internacional “común” o “general”. La existencia de un derecho internacional particular, no significa que las normas que lo integran se encuentren aisladas del derecho internacional general. Los acuerdos parciales reciben su fuerza obligatoria por referencia a normas o principios generales (válidos y obligatorios) exteriores y anteriores a ellos y que son de aplicación supletoria. El derecho internacional general siempre se encuentra subyacente tras las normas y regímenes particulares.

---

<sup>30</sup> Ciertas normas particulares, al ser desarrolladas y aceptadas por todos los Estados de una región geográfica, han sido denominadas normas jurídicas regionales, como el caso del denominado “derecho internacional americano”. Una norma regional es una norma del Derecho Internacional cuyo ámbito de aplicación queda limitado a las relaciones entre los sujetos de un área geográfica determinada.

<sup>31</sup> Normas específicas referidas a los Derechos de la Persona Humana, Derecho Humanitario, Derecho del Desarrollo, Derecho del Mar y Fluvial, Derecho espacial, Derecho del medio ambiente, etc.

<sup>32</sup> Existen tres clases de fragmentación: a) la derivada de interpretaciones antagónicas del derecho general; b) la resultante de la aparición de un derecho especial como excepción al derecho general; c) la dimanante de un conflicto entre diferentes tipos de derecho especial.

El fenómeno de la globalización influye sobre el derecho internacional general, ya que “*la universalidad de las reglas comunes entraña igualmente la especialización de ramas del Derecho internacional y la autonomía relativa de sistemas jurídicos especiales concebidos en función de características propias de los ámbitos que regulan*”<sup>33</sup>. Esta regionalización ha provocado la expansión del derecho internacional, no solo en el sentido material, sino también, como hemos expresado) con la aparición de nuevos sujetos internacionales y la modificación en el proceso de elaboración de las normas internacionales, una de cuyas consecuencias es la fragmentación del ordenamiento jurídico internacional, entendida como un epifenómeno de la globalización, con el riesgo latente sobre la unidad y eficacia del derecho internacional general. En efecto, si bien los Estados son libres de elegir las fuentes formales del derecho, ello origina que la comunidad internacional quede debilitada estructuralmente por la dificultad que se le presenta para articular soluciones al choque producto del enfrentamiento entre la globalización/universalismo y el regionalismo.

La estructura descentralizada del orden internacional y del sistema jurídico que lo apoya, facilita este fenómeno. La expansión del derecho internacional y la multiplicación de instancias jurisdiccionales de carácter funcional o regional, han agudizado el problema de la fragmentación del derecho internacional, tema que ha sido objeto de tratamiento por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas<sup>34</sup>. En dicho informe, la Comisión alude al surgimiento de interpretaciones diversas del derecho internacional general, al surgimiento de excepciones institucionalizadas al derecho internacional general, al conflicto entre distintos regímenes legales y a las diferencias en los procesos de adopción de normas internacionales. Aunque existen criterios para la solución de

---

<sup>33</sup> P.M. DUPUY, “Sur le maintien ou la disparition de l’unité de l’ordre juridique international”, en BEN ACHOUR - LAGHMANI, *Harmonie y contradicciones en droit international*, París, Pedone, 1996 (citado por SALINAS ALCEGA, ob. cit., pág. 43).

<sup>34</sup> Informe y conclusiones del Grupo de Estudio sobre Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional, 58° período de sesiones celebrado del 1 de mayo al 9 de junio y del 3 de julio al 11 de agosto de 2006. Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Suplemento N° 10 (A/61/10), Capítulo XII, párrafos 241-251, págs. 441-465.

estos problemas, como la especificidad (*lex specialis*), la temporalidad (*lex posterior*), la jerarquía normativa (*ius cogens*, obligaciones *erga omnes*), el criterio de la interpretación sistémica (artículo 31, N° 3, letra c) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados) o la prevalencia de las obligaciones impuestas por la Carta de las Naciones Unidas (artículo 103 de la Carta), su aplicación tampoco está exenta de dificultades y contradicciones<sup>35</sup>. Con todo, hay un cierto consenso en estimar que pese a esta fragmentación, que refleja en parte la diversidad y pluralismo de la comunidad internacional, se mantiene la unidad del derecho internacional, a través de la universalización del contenido de sus normas fundamentales, de la búsqueda de una cierta uniformidad en las soluciones sustantivas y a la adaptación de las normas y contenidos a los desarrollos recientes del derecho internacional y las necesidades de la comunidad internacional<sup>36</sup>.

## VI. El principio del arreglo pacífico de las controversias

El principio de que los Estados reencuentran obligados al arreglo pacífico de las controversias es el corolario, la consecuencia necesaria, del de la prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza en el derecho internacional. Constituye un principio general consuetudinario<sup>37</sup>, establecida en la Carta de las Naciones Unidas en sus artículos 1°, apartado 1 (como un propósito), 2 apartados 3 y 4 (traducidos en dos obligaciones: la

---

<sup>35</sup> CASANOVAS, “Aproximación a una teoría”, págs. 42-43.

<sup>36</sup> Ángel RODRIGO HERNÁNDEZ, “La integración normativa y la unidad del derecho internacional público”, en RODRIGO Y GARCÍA, *Unidad y Pluralismo en el Derecho Internacional*, Madrid, Tecnos, 2011, pág. 323.

<sup>37</sup> Las expresiones de las organizaciones internacionales hacen de fuente de creación consuetudinaria y eso lo expresó el TIJ en el caso de Nicaragua vs. EE.UU. El Tribunal expresó que el hecho de que los Estados aprobaran la Resolución 2625 (XXV) demostraba una *opinio iuris* que era practicada por los Estado y por ende, constituía una costumbre. Las resoluciones de la Asamblea General no son vinculantes en sí mismas, pero en virtud de que están integradas por representantes de todos los Estados (y muchas veces las resoluciones se adoptan por consenso), hacen que gocen de legitimidad internacional.



primera, donde consta concretamente el deber del arreglo pacífico, y la segunda, referente a la prohibición del uso de la fuerza), y 33 (donde se enumeran los distintos medios de solución pacífica). Los Estados deben procurar llegar a un arreglo pacífico de sus controversias internacionales mediante los medios que establece el derecho internacional. La obligación tiene un aspecto positivo y otro negativo: el primero, es que los Estados deben tratar de solucionar sus controversias de buena fe y buscando un medio adecuado de arreglo; el negativo, es que deben abstenerse de toda acción que agrave la controversia. El arreglo pacífico se basa en los principios de igualdad soberana de los Estados y libre elección de los medios.

## **VII. Distintos medios de solución de los conflictos internacionales en la modernidad**

En este nuevo período el derecho internacional ha ampliado de tal forma sus objetos sujetos a regulación, que dichas materias necesitan de la construcción nuevas formas de arreglo para sus conflictos. El desarrollo de nuevos regímenes y la transformación de los antiguos no han estado exentos de problemas. Muchas veces, los límites de estos regímenes son difusos. En ocasiones, se hace evidente una colisión de regímenes, que responden a lógicas políticas diferentes. A veces, las disputas son dirimidas por la misma instancia, pero en otros casos pueden existir instancias alternativas o paralelas.

Una visión de conjunto nos permite observar en la actualidad toda clase de controversias internacionales y una inmensa diversidad de mecanismos de arreglos previstos para su solución. El paso previo para someter un conflicto a una decisión jurisdiccional, es el de determinar cuál es la jurisdicción adecuada a los fines de posicionar el diferendo al tribunal correspondiente.

Durante años no se planteó el problema derivado de la pluralidad de jurisdicciones atento la inexistencia de regímenes especiales y de tribunales con jurisdicción internacional (con excepción de la actual Corte Internacional de Justicia y su antecesora la Corte Permanente). El advenimiento de nuevos regímenes especiales trajo aparejada la creación de múltiples tribunales. La Corte Internacional de Justicia, como queda

dicho era el único tribunal judicial con jurisdicción internacional (salvo algunos casos particulares de tribunales arbitrales). El problema radica en encontrar o definir “criterios universales” para encuadrar legalmente distintos conceptos o circunstancias propios del conflicto de que se trate. En todo caso, la Convención de Viena de 1969, dispone que todo tratado deba ser interpretado teniendo en cuenta “*cualquier regla relevante del derecho internacional aplicable entre las Partes*”. Esta regla permitiría no caer en compartimentos herméticos de especialización funcional.

La globalización ha acercado los conflictos y ha influido en gran medida que la relación entre lo interno y lo internacional conduzca necesariamente a la utilización, cada vez con más frecuencia, a la utilización de medios jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales para la solución de las controversias internacionales. En el siglo XXI se ha puesto en revisión el orden jurídico político instaurado después de la Segunda Guerra Mundial. Uno de los factores a tener en cuenta como relevante es la judicialización de las relaciones internacionales en determinados ámbitos, superando los medios pacíficos no jurisdiccionales en materia de solución de controversias. El debate permanente que se plantea entre quienes ven al proceso judicial internacional como un ejercicio neutral de aplicación de normas objetivas a un caso concreto y quienes en cambio lo consideran como un proceso de toma de decisiones que ocurre en un contexto específico y donde entran en juego valores y consideraciones respecto de las consecuencias políticas de un acto de adjudicación<sup>38</sup>.

Consecuencia de ello es que se puede observar un incremento importante de instancias y tribunales internacionales, que propician una tendencia hacia la judicialización de los diferendos utilizando procedimientos reglados aceptados por los Estados, que resuelven las controversias con fundamento en el derecho internacional. Ejemplo de este fenómeno son:

---

<sup>38</sup> Rosalyn HIGGINS, *Themes and Theories*, Oxford University Press, Oxford, 2009, vol. I, págs. 19-21.

- a) En el orden internacional, la Corte Internacional de Justicia, la Corte Permanente de Arbitraje <sup>39</sup>, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar <sup>40</sup>.
- b) En el campo de los derechos humanos, se pueden mencionar como organismos jurisdiccionales el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Africana, como organismos jurisdiccionales y como cuasi jurisdiccionales, en el orden internacional, el Comité de Derechos Humanos del Pacto de internacional de derechos civiles y políticos, el Comité para la eliminación de la discriminación, el Comité contra la Tortura, los sistemas de denuncias internacionales de la OIT; en el plano regional, la Comisión americana, la africana, etc. de derechos humanos.

---

<sup>39</sup> La CPA fruto de las Conferencias de La Haya de 1899 y 1907, constituye en la actualidad un moderno tribunal que ofrece la más variada gama de medios para la solución de controversias no sólo entre Estados, sino también entre éstos y entidades privadas, como entre organizaciones internacionales. Desde la última década del pasado siglo, se amplió el campo de aplicación del arbitraje de la CPA modernizando su procedimiento, mediante la adopción de nuevos reglamentos para toda clase de arbitrajes, favoreciendo que se sometieran a su consideración diversos asuntos entre Estados como los casos del *Aeropuerto de Heathrow* (EE.UU. c/ Gran Bretaña), *la jurisdicción territorial de un grupo de islas del Mar Rojo* (Eritrea/Yemen), *la delimitación de la frontera entre Eritrea y Etiopía*; también entendió sobre asuntos entre un Estado y una entidad privada (*asunto Mitz Goh Pte. / Sri Lanka*), como entre privados entre sí como el arbitraje del *Bank of International Settlements y algunos accionistas*.

<sup>40</sup> El sistema de arreglos de controversias previsto en el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 presenta un esquema multisistémico que combina la libertad de elección del medio de solución pacífica a utilizar con la existencia de bases de jurisdicción convenidas en acuerdos generales, regionales o bilaterales o de cualquier otra manera, con la posibilidad de realizar la elección de unos de los procedimientos jurisdiccionales enumerados en el art. 297 del convenio o, en su defecto, recurrir al arbitraje del Anexo VII. El TIDM constituye una nueva jurisdicción internacional. El estatuto del tribunal entró en vigor el 14 de noviembre de 1994. El acceso a la jurisdicción está abierto a los Estados partes como entidades distintas a éstos; también pueden acceder organizaciones internacionales de integración contempladas en el anexo XIX, como las organizaciones internacionales de cooperación, organizaciones internacionales no gubernamentales y otras entidades públicas o privadas con las que las partes hayan concluido un acuerdo que confiera competencia al tribunal.

- c) En cuanto a tribunales penales internacionales, la Corte Penal Internacional, Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (1993), el Tribunal Internacional para Ruanda (1994), No obstante, una “tercera generación” de tribunales hizo su aparición a fines de los años ‘90 y principios del nuevo milenio, para dar respuesta a aquellos casos no alcanzados por la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, la mayoría de las veces, referidos a crímenes acontecidos con anterioridad a la entrada en vigencia del Estatuto de Roma y por ende sobre los cuales la CPI carece de competencia. Estos tribunales, llamados comúnmente “híbridos” o “internacionalizados”, surgieron *ex post facto*, es decir, para abordar situaciones una vez concluido el conflicto y con competencia retroactiva. La característica de estos tribunales híbridos es que no son enteramente internacionales ni tampoco son completamente nacionales, sino que combinan particularidades de ambos regímenes. Si bien existe una combinación de características internacionales y nacionales que se manifiesta en la creación, organización, estructura, funcionamiento y ley aplicable de estos tribunales, no puede decirse que dicha mixtura sea idéntica en cada uno de ellos. Ellos son: Los Paneles Especiales de Dili, Timor Leste (Timor Oriental) (2000); *el Tribunal Especial de Sierra Leona (2002)*; *las Cámaras Extraordinarias de Camboya*<sup>41</sup>; y *el Tribunal Especial para el Líbano*<sup>42</sup>.
- d) En el ámbito del comercio internacional, existen Sistemas de solución de controversias en la OMC, el CIADI, la Corte internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

---

<sup>41</sup> El gobierno camboyano en 2001 sancionó una ley que creó las Cámaras Extraordinarias de Camboya para la prosecución de los crímenes cometidos durante el periodo de la Kampuchea Democrática. Aquella fue enmendada en 2004, en el marco del Acuerdo de Marzo alcanzado, luego de arduas negociaciones, entre Naciones Unidas y el gobierno de Camboya. En consecuencia las *Cámaras Extraordinarias para Camboya* se constituyeron dentro de la estructura judicial camboyana.

<sup>42</sup> Actuando de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de San Francisco, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas dictó la Resolución 1757, del 30 de mayo de 2007, por la que decidió la entrada en vigor del acuerdo firmado entre el Líbano y Naciones Unidas, el 27 de junio de ese año, conformando el anexo y apéndice de dicha resolución el Acuerdo y Estatuto del Tribunal Especial del Líbano respectivamente.

- e) En materia financiera internacional, los paneles de inspección del Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo y del Banco Asiático de Desarrollo.
- f) En el ámbito de la integración, la Corte de Justicia de la Unión Europea, la Corte de Justicia de la Comunidad Andina, la Corte de Justicia de Centroamérica, los Tribunales arbitrales del Mercosur, los procedimientos de solución del ALCA, etc.

Estas nuevas instancias jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales han originado nuevas jurisdicciones y motivado una profusa jurisprudencia, a veces discordante. La causa, en consecuencia, de resoluciones diferentes para casos análogos, no radica sólo en normas contradictorias, sino, principalmente, en la diferente apreciación, interpretación y aplicación que de éstas hacen los múltiples tribunales internacionales. Sin embargo, la multiplicación de jurisdicciones internacionales, si bien puede ocasionar consecuencias negativas para la unidad del derecho internacional (si se deja de lado la garantía de coherencia mínima en la interpretación y aplicación de las normas internacionales), tiene un efecto útil cual es que permite la solución de un mayor número de controversias, habilitando la jurisdicción internacional a materias que antes quedaban excluidas. Pero, tal multiplicación de jurisdicciones ocasiona, sin duda, no solo la posibilidad de conflicto entre las propias jurisdicciones, sino también una probable contradicción en la jurisprudencia de los distintos tribunales.

Este problema puede ser atenuado desde el punto de vista normativo, institucional y jurisprudencial. Desde el primero, teniendo siempre como base las reglas de interpretación de los tratados establecidas en la Convención de Viena de 1969; desde el ángulo institucional, aceptando la jerarquía como tribunal supremo de la comunidad internacional, a la Corte Internacional de Justicia, teniendo en cuenta que la misma es el máximo tribunal con jurisdicción universal para cualquier cuestión de orden jurídico, ya sea por vía contenciosa o consultiva. Incluso la jurisprudencia de la Corte ha marcado nuevas reglas en materia de interpretación de los tratados que exceden las expresadas en la CV69 al establecer que los tratados deben interpretarse y aplicarse en el marco del sistema jurídico vigente en el momento de la interpretación, y no en el momento de la elaboración o adopción del texto.

