

101  
207



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

“LAS FUENTES FORMALES DEL  
ORDEN INTERNACIONAL”

TESIS PROFESIONAL  
Que para obtener el Título de  
LICENCIADO EN DERECHO  
p r e s e n t a

INDRA ELENA BERDEJA ESTRADA



México, D. F.

1992

FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional  
Autónoma de México



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

# I N D I C E

	Página
PROLOGO	
CAPITULO PRIMERO	
ANTECEDENTES DE LA JUSTICIA INTERNACIONAL	1
I. Situación anterior a la sociedad de Naciones	2
II. Sociedad de Naciones	5
CAPITULO SEGUNDO	
LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL	9
III. Concepto de fuentes del Derecho	10
IV. Diversas clases de fuentes	11
V. Las fuentes en Derecho Internacional	16
VI. Referencia particular a las fuentes de Derecho Internacional	20
VII. Necesidad de que se precisen las fuentes para resolver los problemas sometidos a la Corte Internacional de Justicia	41
CAPITULO TERCERO	
ANALISIS GENERAL DEL ARTICULO 38 DEL ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA	44
VIII. Texto del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia	45

	Página
IX. Texto del artículo 59 citado por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia	52
X. Referencia al último párrafo del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia	54
 CAPITULO CUARTO	
ESTUDIO PARTICULAR DE LAS FUENTES PREVISTAS EN EL ARTICULO 38 DEL ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA	59
XI. Convenciones Internacionales	60
XII. La costumbre Internacional	65
XIII. Los principios generales del Derecho	70
XIV. Las decisiones judiciales	74
XV. La doctrina	77
 CAPITULO QUINTO	
EL ARTICULO 38 DEL ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y LA DOCTRINA INTERNACIONAL	80
XVI. Accioly	81
XVII. Fenwick	82
XVIII. Rousseau	84
XIX. Verdross	85

	Página
XX. Liszt	86
XXI. Kelsen	88
XXII. Díaz Cisneros	89
XXIII. J. Sierra	90
XXIV. Miaja de la Muela	91
XXV. Truyol y Serra	92
XXVI. L. Oppenheim	94
XXVII. Díez de Velazco	95
XXVIII. Sepúlveda	98
XXIX. Seara Vázquez	99
XXX. Nuñez y Escalante	100
XXXI. M. Sorensen	102
CONCLUSIONES	105
BIBLIOGRAFIA	

## PROLOGO

Como una necesidad para que impere la paz, las Naciones al igual que los hombres han tratado de encontrar fórmulas de convivencia para que exista una verdadera paz mundial sobre la base de respetar la soberanía de los pueblos.

Sin embargo, todas las normas, convenios, o tratados que se han celebrado al respecto, han encontrado obstáculos, representados por los grandes intereses en el mundo, desde antiguos colonialismos hasta las formas modernas de neocolonialismo. La razón fundamental de esta situación señalada, radica en la existencia de países sumamente desarrollados que siempre han atentado contra la soberanía de los países en vías de desarrollo, y así han deformado la esencia de los tratados y convenios internacionales, ya que siempre han defendido sus particulares intereses, y aparentemente tratan de dar justificación a determinados actos, que en esencia son contrarios al espíritu de respeto, llegando esos países a imponer sus criterios y decisiones algunas veces en contra de determinaciones de organismos previamente establecidos para el cumplimiento exacto de tratados.

La forma de interpretar o supuestamente cumplir los tratados internacionales por parte de las grandes potencias implica serios perjuicios para los países débiles desde el punto de vista

político, y económico ya que en última instancia este cumplimiento lo determinan las grandes potencias.

En el desarrollo de este trabajo trato de encontrar los pasos que la humanidad ha dado para lograr el equilibrio entre los pueblos, partiendo de la Sociedad de Naciones, en donde se integró el Tribunal Permanente de Justicia, no obstante que este no funcionó, al menos dejó un precedente de jurisprudencia en organismos internacionales.

Más adelante surgiría con la amarga experiencia de la Segunda Guerra Mundial, la Organización de Naciones Unidas, creándose como órgano especializado en cuestiones jurídicas, la Corte Internacional de Justicia, que ha resuelto con éxito serías controversias, factor que ha determinado, la supervivencia de la citada organización, y la adhesión de nuevos Estados que al lograr su independencia política luchan ahora también por alcanzar su independencia económica, y obtener un trato más justo en relación con países de gran potencialidad.

Existe un anhelo general por obtener el respeto a las leyes y Tratados Internacionales, y se pretende además que la Corte Internacional de Justicia tenga la autoridad necesaria para aplicar en forma adecuada esas leyes y con ello justificar su existencia, y poder encontrar un aliciente en base a la fraternidad entre las Naciones y que nos muestre esa fase invisible del hombre ante los ojos de todos, y que se pueda demostrar

que el hombre no es siempre el lobo de el hombre.

El artículo 38 de la Corte Internacional de Justicia precisa sus funciones. El objetivo de la sustentante no solo es analizar el citado precepto en cuanto a la aplicabilidad positivamente hablando de sus conceptos, sino también, ofrecer mis proposiciones para lograr una verdadera aplicación de la justicia entre Naciones que planteen controversias.

## **CAPITULO PRIMERO**

### **ANTECEDENTES DE LA JUSTICIA INTERNACIONAL**

## ANTECEDENTES DE LA JUSTICIA INTERNACIONAL

### I. SITUACION ANTERIOR A LA SOCIEDAD DE NACIONES

Para precisar una idea clara sobre la Corte Internacional de Justicia, señalaremos los antecedentes más remotos del Derecho Internacional, encontrándonos con el Arbitraje; lo que se define como una institución que dirime las controversias entre los Estados; siendo éste el tercero en quienes confían dichos Estados, basándose en las normas jurídicas que las partes acuerden.

Las Convenciones de la Haya<sup>(1)</sup> lo definen como el sistema "que tiene por objeto el arreglo de los litigios entre los Estados, por jueces de su elección y sobre la base del respeto del Derecho".

En la antigüedad se señala el caso más remoto de arbitraje antes del siglo XL a. J.C.<sup>(2)</sup>, entre ciudades de Mesopotamia; dichas ciudades sumeritas eran Lagash y Umma; tratado en el que se establecían las fronteras respectivas, dando el fallo un tercero o árbitro que fué en esa época el Rey de Kish, llamado Misilim.

---

(1) Sierra J. Manuel, Tratado de Derecho Internacional Público, 3a. edición, 1959, pág. 437.

(2) Seara Vázquez Modesto, Derecho Internacional Público, Editorial Porrúa, S. A., México, 1968, pág. 108.

En la Grecia<sup>(3)</sup> se hace más acentuado este recurso al arbitraje; el fallo se sometía a publicación. Continuando en la Edad Media<sup>(4)</sup>, siendo el tercero el Papa o el Emperador.

A partir de 1794, finales del siglo XVIII, el arbitraje ocupa el concepto actual, haciendo alusión al tratado celebrado entre los Estados Unidos e Inglaterra, conocido como Tratado Jay, siendo este norteamericano el que lo suscribe.

A lo largo del siglo XIX, se establece un notable impulso, aceptándose el arbitraje institucional en la Primera Conferencia celebrada en Washington en 1889<sup>(5)</sup>, declarándose como obligatorio, general y permanente. Sobre dicha organización señala Manuel J. Sierra: "sobre la estructura que se le dió, no merece ese nombre. No solamente su jurisdicción no es obligatoria sino que en realidad no es una Corte Permanente, pues consiste solo en una lista de árbitros a disposición de las partes".

Siendo la sede de esta Corte la ciudad de la Haya; disponiendo de tres órganos:<sup>(6)</sup> una lista de jueces; un consejo administrativo formado por los representantes diplomáticos de la Haya de los Estados signatarios y del Secretario de Relaciones Exteriores de Holanda, y la oficina internacional desempeñando las funciones de secretaría.

---

(3) Sierra J. Manuel, op. cit. pág. 438.

(4) Sierra J. Manuel, op cit., pág. 438.

(5) Idem.

(6) Mismo.

Sobre la mencionada organización se establece un principio contrario al arbitraje obligatorio, ya que dejan a merced de los interesados el examen por el consejo del asunto que los divide.

Dichos sistemas fueron ideados por la Sociedad de Naciones, estableciendo diversas limitaciones del sistema de arbitraje y para evitarlas se crea la Corte Permanente de Justicia Internacional.

Para redondear más sobre este punto, emitiremos las palabras de Sepúlveda<sup>(7)</sup> que a la letra dice: "para superar todas estas imperfecciones surgió la idea de crear Tribunales formales y solemnes con ello se forma el corpus juris, pues existe mayor continuidad en la función judicial o sea que se produce un grado aceptable de certeza para el Estado que va a sujetar una controversia a este medio de arreglo; la jurisdicción ofrece un aspecto más importante de estabilidad y permanencia, pues el Tribunal se crea con el concurso de la gran mayoría de los miembros de la comunidad internacional; en tanto que los cuerpos arbitrales surgen solo fugaz e improvisadamente, son buenos para sólo una vez, un tribunal formalmente constituido es un desarrollo natural y necesario en la evolución del Derecho Internacional".

---

(7) Sepúlveda César, Curso de Derecho Internacional Público, Editorial Porrúa, S. A., México, 1968, pág. 340.

## II. LA SOCIEDAD DE NACIONES

La formación de los bloques militares, consecuencia de las contradicciones entre los grandes países que trataban de un nuevo reparto mundial, así como el dominio en Europa y Asia Menor; y el objetivo de ampliar el poder colonial, y extender las esferas de influencia, dió lugar a la guerra de 1914-1928; la cual por los intereses en juego se transformó de guerra Europea, a Guerra Mundial.

Para el restablecimiento mundial, rehabilitación de las pérdidas, los cuantiosos destrozos materiales, como puentes, caminos, edificios, industrias; reorganización de los factores de la producción, fué necesario crear la Liga de las Naciones, como un Organismo que estableciera la Paz Mundial.

En febrero de 1915, surge en Gran Bretaña un movimiento pacifista, cuyo objetivo es evitar la guerra, y que parece ser el origen de la Liga de las Naciones, sin embargo, como en el punto 14 de Wilson de febrero de 1918<sup>(8)</sup>, se menciona una organización internacional creyéndose que el citado presidente norteamericano había sido su creador, pero sino lo fué, resultó ser uno de sus progenitores.

Indudablemente que el organismo de mayor respetabilidad

---

(8) Sepúlveda César, Curso de Derecho Internacional Público, Editorial Porrúa, S. A., México, 1968, pág. 242

y éxito fue el Tribunal Permanente de Justicia Internacional que tuvo la responsabilidad de resolver las cuestiones legales planteadas por los Estados, relativas a la solución pacífica de los conflictos internacionales; se refería extensamente al Estatuto de la Corte de Justicia Internacional, que se basa en la constitución y funcionamiento de la Corte Permanente de Justicia Internacional, dilucidando numerosos problemas entre los países miembros por la vía legal, enriqueciendo al Derecho Internacional, su sede fué la Haya en 1922 en el Palacio de la Paz estableciéndose con doble carácter jurisdiccional: una arbitral y otra judicial.

El mencionado artículo 14 del Pacto disponía: "El consejo es encargado de preparar un proyecto de Corte Permanente de Justicia Internacional, y de someterlo a los miembros de la Sociedad. Esta Corte conocerá de todas las diferencias de carácter internacional que le sometan las partes. Dará también opiniones consultivas sobre toda diferencia o sobre todo punto de derecho que solicite el Consejo o la Asamblea".

De acuerdo con el Estatuto la Corte crearía su propio reglamento, sufriendo algunas modificaciones con respecto al número de jueces y otras materias. Su composición era de quince jueces siendo éstos imparciales y competentes designándolos la Asamblea y el Consejo por una lista facilitada por "los grupos nacionales" de la Corte Permanente de Arbitraje proponiendo un máximo de cuatro personas.

Este cuerpo judicial se establecía por dos tipos de competencias: la primera que era la competencia contenciosa con la característica de voluntaria, es decir, que para someter un conflicto a la Corte es necesario un compromiso previo de las partes, declarando aceptar su jurisdicción comprometiéndose a ejecutar de buena fé las sentencias emitidas por la Corte.

La segunda alude a la competencia consultiva en que el consejo o la asamblea solicitaban a la Corte que emitiera opiniones sobre este carácter; pues en virtud de ellas se pudo prevenir o terminar una diferencia de índole Internacional.

El artículo 36 párrafo II<sup>(9)</sup> del Estatuto señala la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria de los Estados partes que dieron adhesión a dicha cláusula pudiendo someter a la Corte el conflicto sin necesidad de que ambos Estados se pusieren de acuerdo para someter el conflicto en cuestión. Esta cláusula es nada menos que una fórmula de transacción dejando en libertad a las partes de señalar en cuáles circunstancias aceptaban la competencia del Tribunal. Operando sobre el principio de la estricta reciprocidad en cuanto al alcance de las declaraciones emitidas.

---

(9) Sepúlveda César, Op. cit. pág. 276.

El Tribunal Permanente de Justicia Internacional funcionó en La Haya hasta 1940<sup>(10)</sup>, resolviendo en el curso de su trayectoria unos 50 casos, emitiendo 32 sentencias, 200 ordenanzas y 27 opiniones.

---

(10) Seara Vázquez Modesto, op. cit. pág. 239.

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL**

## LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

### III. CONCEPTO DE FUENTE DE DERECHO

"El término fuente -escribe Claude Du Pasquier- crea una metáfora bastante feliz, pues remontarse a las fuentes de un río es llegar al lugar en que sus aguas brotan de la tierra; de manera semejante inquirir la fuente de una disposición jurídica es buscar el sitio en que ha salido de las profundidades de la vida social a la superficie del derecho".<sup>(11)</sup>

Como dijera el jurista Peniche que se entiende por fuente, como el lugar donde se origina algo o "todo aquello que produce algo".<sup>(12)</sup>

Fuente de Derecho será todo aquello que produce Derecho o sea que son los diversos procesos a través de los cuales se originan las normas jurídicas; reglas generales y permanentes capaces de ser aplicadas.

Kelsen<sup>(13)</sup> sostiene que por fuente de Derecho puede comprenderse no solamente los métodos de creación del Derecho, sino también los métodos de aplicación del mismo.

---

(11) Introducción á la Théorie Générale et a la Philosophie Du Droit Neuchatel, 1937, pág. 34.

(12) Peniche Bolio Francisco, Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, pág. 35.

(13) Kelsen, Principios de Derecho Internacional, Editorial Ateneo, México, 1965, pág. 269.

Fuente de Derecho es también como dice Oppenheim: "El nombre dado a un hecho histórico del cual nacen reglas de comportamiento con fuerza legal". (14)

Para la creación de las normas en su forma sistemática y ordenada, influyen diversos factores de índole tanto social, económica, como política y religiosa.

#### IV. DIVERSAS CLASES DE FUENTES

Existen tres clases de fuentes: históricas, reales y formales. (15)

Las fuentes históricas son todos aquellos documentos históricos que produjeron para la humanidad antecedentes jurídicos de innegable valor, por lo que se demuestra que no es la legislación la única fuente del Derecho; como por ejemplo tenemos: los antiguos documentos; papiros; las vetustas reliquias históricas, el Código, el Digesto, las Novelas, etc.

Las fuentes reales vendrían a ser todos aquellos factores, circunstancias y elementos que provocan una nueva ley.

---

(14) L. Oppenheim, Tratado de Derecho Internacional Público, Tomo I, Vol. 1, Bosch, Casa Editorial Barcelona, 1961, pág. 25.

(15) García Maynez Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, 18a. edición, Editorial Porrúa, pág. 51.

La última clasificación que la constituyen las fuentes formales, siendo éstas los procesos de manifestación de las normas jurídicas, lo cual está integrado por diversas etapas que se suceden en cierto orden realizando determinados supuestos; siendo por lo consiguiente la Legislación, la costumbre y la jurisprudencia.

Realizaremos de una manera somera el estudio de cada una de ellas.

- a). La Legislación.- Es el proceso por el cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general, a las que se les da el nombre específico de leyes<sup>(16)</sup>.

En la mayoría de los Estados modernos, la formulación del Derecho es casi exclusivamente obra del legislador; solo en Inglaterra y los países que han seguido el sistema anglosajón predomina la costumbre; siendo su ritmo demasiado lento, careciendo de formulación precisa; en cambio el legislado puede modificarse con mayor rapidez, adaptándose más a las necesidades actuales.

- b). La Costumbre.- El gran jurisconsulto Ulpiano<sup>(17)</sup> precisó bien que la costumbre es "el consentimiento tácito del pueblo inveterado por un largo uso".

(16) García Maynez Eduardo, op. cit. pág. 52

(17) Rojina Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil, 6a. edición, Editorial Porrúa, pág. 31.

La costumbre es "el uso implantado a una colectividad y considerado como jurídicamente obligatorio".<sup>(18)</sup> Es el Derecho nacido consuetudinariamente, el *jus moribus constitutum*, o dicho en otros términos "es el uso inveterado de una práctica hasta que la llegamos a considerar jurídicamente obligatoria".<sup>(19)</sup> El uso existente en un grupo social, que expresa un sentimiento jurídico de los individuos que componen dicho grupo.

Aquí se desarrollan dos supuestos: un elemento subjetivo que lo constituye la *opinio juris* y otro objetivo que viene a ser la inveterata consuetudo.

Esta teoría viene a ser la "Romano Canónica", en donde el elemento subjetivo consiste en la idea de que el uso en cuestión es jurídicamente obligatorio y por tanto debe aplicarse, y el elemento objetivo en la práctica suficientemente prolongada de un determinado proceder.

Jellinek establece que los hechos tienen cierta fuerza normativa, llevando a cabo su doctrina precisamente sobre la fuerza normativa de los hechos;<sup>(20)</sup> estimando este jurista

---

(18) Du Resquieu op. cit. pág. 26

(19) Geny, Método de interpretación, 2a. edición.

(20) Jellinek, Teoría General del Estado, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1943, págs. 277 a 280.

que el derecho es obligatorio, en tanto que los hombres están convencidos de su obligatoriedad de tal suerte que la coacción para obtener el cumplimiento, como medio exterior que el Estado tiene con respecto de las normas jurídicas, carecería en realidad de fuerza, si no existiera el elemento subjetivo, que consiste en la convicción de su obligatoriedad que debe tener el destinatario. (21)

Sobre lo anterior, opone Kant la conocida fórmula de que de los hechos no es lícito deducir consecuencias normativas, teniendo el mérito de demostrar entre el mundo del ser y el reino del deber, existe una gran diferencia.

Kelsen parte del principio de la estatalidad del Derecho diciendo que -una regla de conducta solo asume el carácter obligatorio cuando representa una manifestación de la voluntad del Estado- concluye que el derecho consuetudinario no puede nacer sino a través de la actividad de los órganos jurisdiccionales.

La costumbre como fuente del Derecho no surge hasta que no concurren los dos elementos, o sea, la práctica constante de un uso y la convicción aceptada de la misma como obligatoria de la sociedad.

---

(21) Rojina Villegas, op. cit. pág. 32.

- c). La Jurisprudencia.- Esta fuente posee dos acepciones distintas: <sup>(22)</sup> la primera equivale a ciencia del Derecho o teoría del orden jurídico positivo que implica un conocimiento científico y la segunda, sirve para designar el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los Tribunales.

La jurisprudencia es fuente formal del Derecho cuando el texto legal es obscuro o dudoso, <sup>(23)</sup> pues al precisar el sentido y el alcance de la ley que por ser oscura puede admitir diversas interpretaciones, necesariamente introduce nuevos elementos que van a vitalizar y enriquecer el ordenamiento jurídico. Es por eso que los juristas norteamericanos tanto en la escuela sociológica como realista, piensan que fundamentalmente el Derecho se crea mediante la interpretación diaria que dan los Tribunales a los casos concretos.

En virtud de una disposición legislativa que le otorgue tal carácter, la Doctrina puede transformarse en fuente formal del Derecho, siendo ésta "los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos o con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación". <sup>(24)</sup>

---

(22) García Maynez Eduardo, op. cit. pág. 68

(23) Rojina Villegas Rafael, op. cit. pág. 59.

(24) García Maynez Eduardo, op. cit. pág. 76.

## V. LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

Primeramente estableceremos las teorías que giran en torno a las fuentes del Derecho Internacional.

Estableciéndose la teoría tradicional englobada en una posición filosófica y no en análisis realistas. Dicha teoría la describe Ross<sup>(25)</sup>. "La teoría tradicional de las fuentes del derecho se basa en el criterio de que todo derecho deriva su validez específica de nacer de cierta manera".

Aunado a este análisis Sepúlveda<sup>(26)</sup> sustenta que "fuentes denotan precisamente esas formas de las que puede deducirse lo que es válido como derecho. Pero la validez del Derecho no puede deducirse de ciertas fuentes. Ello es metafísico y se basa en la noción de que la "validez" es de naturaleza supersensoria. Entonces -sigue diciendo- la tarea de la doctrina de las fuentes jurídicas llega a ser la de resolver el curioso enigma de como ciertos sucesos especialmente calificados en el mundo jurídico son capaces de producir más que efectos meramente causales".

Es por ello que resultan dos concepciones antitéticas que caracterizan a esta teoría:<sup>(27)</sup>

---

(25) Alf Ross, A textbook of International Law, London, 1947

(26) Sepúlveda César, op. cit., pág. 90

(27) Idem.

La Escuela Positiva que mantiene que las fuentes admisibles son las que derivan del consentimiento de los Estados y las Teorías Naturalistas, en donde Sepúlveda<sup>(28)</sup> sostiene una fuente supersensoria de todo derecho y que el ser humano no hace sino descubrirla.

Actualizándonos en Doctrinas, existen también dos concepciones diferentes en relación con la noción de "fuentes" en la Doctrina del Derecho Internacional:<sup>(29)</sup>

La primera que es la concepción positivista, sostenida por Anzilotti donde se dice que la única fuente del Derecho Internacional es el acuerdo de voluntades bajo sus dos formas: expresa o tácita.

La segunda que es la concepción objetivista, apoyándose esencialmente en la distinción entre fuentes creadoras; siendo éstas las verdaderas fuentes y las segundas que son las formales, (tratados y costumbres) no crean derecho sino que se limitan a formularlo, sustentado por Scelle y Bourquin.

Consideramos conveniente establecer la crítica de las teorías anteriormente mencionadas.

---

(28) Mismo

(29) Rousseau Charles, Derecho Internacional Público, Ediciones Ariel, Barcelona, 1957, pág. 20.

Con relación a la teoría tradicional o clásica, ha impedido en cierta forma el desarrollo de las fuentes ya que la antinomia que se estableció trae consigo diferencias en cuanto al valor relativo de cada una de las fuentes apoyándose en una filosofía caduca.

En cuanto a la doctrina objetivista considera Rousseau<sup>(30)</sup> que: "tiene el mérito de atraer la atención sobre los factores extrajurídicos de la elaboración del Derecho".

La teoría clásica ha venido siendo poco a poco descartada, y en su lugar han venido a surgir diversas corrientes tales como la tesis sociológica,<sup>(31)</sup> que reduce al mínimo la inacabable controversia entre naturalistas y positivistas.

Esta tesis está resultando muy útil y funcional ya que se aparta del terreno metafísico para promover un orden legal, basado en la libertad, fundado en la justicia y dedicado al mantenimiento de la paz. Principia apenas a manifestarse, prestando un señalado servicio a la doctrina general de las fuentes.

No obstante la confusión y el desacuerdo en la doctrina, el internacionalista Núñez y Escalante<sup>(32)</sup> ha establecido la

---

(30) Rousseau Charles, op. cit. pág. 20.

(31) Sepúlveda César, op. cit., pág. 90

(32) Núñez y Escalante Roberto, Compendio de Derecho Internacional Público, Ed. Orión, México, 1970, pág. 147.

siguiente clasificación en relación con las fuentes internacionales.

Son fuentes reales aquellas que dan origen a la norma, como son las necesidades de los Estados de regular sus relaciones, como una primera clasificación; y como una segunda, establece que son fuentes formales del Derecho aquellas manifestaciones que permiten a través de la estructura internacional actual, dar nacimiento a la norma de la cual derivan los derechos y obligaciones de los Estados.

Otra clasificación es la que alude al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y es la división que se hace de las fuentes en directas e indirectas.<sup>(33)</sup>

Entre las directas se agrupan las convenciones internacionales (inciso a); la costumbre internacional (inciso b); las decisiones de la Corte y la jurisprudencia (inciso d). Entre las fuentes indirectas, se mencionan a: los principios generales del derecho (inciso c) el Derecho de cada Nación; y las doctrinas de los publicistas (inciso d), la opinión de los institutos y de los abogados internacionalistas y la opinión de los pueblos.

---

(33) Mario Adib Zacarias, La Corte Internacional de Justicia y su Estatuto, UNAM, México, D.F., 1948, pág. 235.

La mayoría de los autores conviene en reconocer que los tratados, la costumbre, las leyes y jurisprudencia de los Estados y la doctrina, son fuentes o lo que algunos autores han llamado modos de formación y otros medios de manifestación. (34)

Sin lugar a dudas estableceremos que la costumbre y los tratados internacionales son las fuentes fundamentales y las demás se pronostican como fuentes subsidiarias.

## VI. REFERENCIA PARTICULAR A LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

La Costumbre.- Desde los tiempos más antiguos no existía otra fuente competidora para el Derecho consuetudinario, si acaso la doctrina era lo único que contribuía a la formación del Derecho.

La costumbre es la fuente más copiosa, y ha sido origen en gran parte de las normas jurídicas internacionales.

Manifiesta Kelsen: (35) "el derecho consuetudinario es el derecho creado por la costumbre. La costumbre es el comportamiento usual o habitual, una práctica establecida durante largo tiempo, en las relaciones internacionales, una

(34) Díaz Cisneros César, Derecho Internacional Público, Editora Argentina, Buenos Aires, 1955, pág. 77

(35) Kelsen, Principios de Derecho Internacional Público, Librería Ateneo, pág. 265.

práctica largamente establecida de los Estados, pero la frecuencia de la conducta, el hecho de que de ciertas acciones o abstenciones han sido realizadas repetidamente durante un cierto espacio de tiempo, es solamente un elemento del hecho creador de normas jurídicas llamado costumbre".

Basándonos en lo anterior, se dice que la base del derecho consuetudinario es el principio general por el cual debemos de comportarnos, de la manera en que los miembros de nuestro grupo se comportan usualmente y en que se condujeron habitualmente durante un cierto espacio de tiempo.

Miaja a su vez señala que: "la costumbre es la expresión de una práctica seguida por varios Estados en sus relaciones recíprocas, además es preciso que esta práctica se acepte con la convicción de que responde a una necesidad jurídica".<sup>(36)</sup>

La costumbre es fuente del Derecho y ha sido origen en gran parte de las normas jurídicas internacionales, ya que debemos de tener presente que muchos tratados son la consecuencia escrita del Derecho Consuetudinario.

Verdross<sup>(37)</sup> suele precisar la distinción entre costumbre internacional y comitas gentium (cortesía internacional),

(36) Miaja Adolfo, Introducción al Estudio del Derecho Internacional, Ediciones Atlas, Madrid, 1960, pág. 118.

(37) Verdross Alfredo, Derecho Internacional Público, Editorial Aguilar, Madrid, 1957, pág. 80.

en cuanto que ésta no son jurídicas por falta del elemento subjetivo; siendo elemento factor decisivo para que se produzca la costumbre internacional.

Corroborando ésto, Oppenheim estima que: "La cortesía no es fuente del Derecho Internacional, pero con frecuencia una norma cuyo origen se encuentra en la cortesía ha pasado a ser más tarde norma de Derecho Internacional".<sup>(38)</sup>

Siguiendo a Grocio<sup>(39)</sup>, la costumbre internacional se consideraba como producto del asentamiento de los Estados. Explicando la validez de las costumbres internacionales por el ascenso tácito de los Estados que la practican.

Fenwick en relación a la costumbre establece que: "Cuando se dice que la costumbre es una de las dos fuentes del Derecho Internacional y una de las más importantes hasta el siglo XX, que debe entenderse por costumbre la prolongada aceptación de ciertos principios generales y también el conjunto de usos establecidos a los cuales el término "costumbre" parece aplicarse más adecuadamente".<sup>(40)</sup>

---

(38) L. Oppenheim, Tratado de Derecho Internacional Público, Tomo I, Vol. I, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1961, pág. 35.

(39) Miaja Adolfo, op. cit., pág. 119.

(40) Fenwick Charles, Derecho Internacional Público, Editorial Bibliográfica Argentina, S.R.L., Argentina, 1963, pág. 81.

Inicialmente defendida en Alemania por Savigny, según él, la costumbre es la manifestación de una convicción jurídica cuya existencia es independiente de todo acto de voluntad real o presunto. (41)

Rousseau (42) manifiesta que el fenómeno consuetudinario implica la existencia de dos elementos: uno de hecho o material (un uso constante y general) y otro psicológico o intelectual (la opinio juris) que determina la aceptación por los propios sujetos de derecho del carácter obligatorio de la costumbre; siendo misión de los Tribunales internacionales la de apreciar en cada caso la existencia de este elemento.

La constitución del Derecho internacional consuetudinario puede darse, ya como aplicación por la práctica internacional de un principio general del Derecho positivo, o por añadirse a un uso preexistente la conciencia de su obligatoriedad jurídica. (43)

Partiendo de esto nos da por resultado que Accioly (44) puntualice que se debe establecer una diferencia entre uso y costumbre ya que se confunden sin llegar a dudas en el lenguaje vulgar; empleándose ambos vocablos como sinónimos.

---

(41) Sierra J. Manuel, Tratado de Derecho Internacional Público, 3a. edición, México, 1959, pág. 29

(42) Rousseau Charles, op. cit., pág. 71

(43) Sierra J. Manuel, op. cit., pág. 29.

(44) Accioly Hidelbrando, Tratado de Derecho Internacional Público, Madrid, 1958, pág. 59.

Señala que "mientras que la costumbre solo existe cuando se desarrolla el hábito claro y continuo de determinados actos, con la convicción de que éstos de acuerdo con el derecho internacional son obligatorios; el uso puede existir con la repetición de actos pero sin semejante convicción".

Agregando a lo anterior Oppenheim hace una breve referencia: "Los juristas internacionales hablan de una costumbre cuando se ha desarrollado un definido y continuo hábito de llevar a cabo ciertos actos con la convicción de que, con arreglo al Derecho Internacional, son obligatorios o justos. Por otra parte -señala- hablan de un uso cuando el hábito de realizar determinadas acciones se ha ido estableciendo sin que existiese la convicción de que estos actos son obligatorios o justos conforme al Derecho Internacional. Por lo tanto -sigue diciendo- la conducta de los Estados, en lo que se refiere a sus relaciones internacionales, puede ser usual sin que por ello quepa afirmar que se basa en el Derecho Internacional consuetudinario".<sup>(45)</sup>

En materia internacional, la costumbre es la fuente más prolífica, pero solo en el ámbito de Derecho Público, según se desprenden las siguientes palabras de Niboyet: "lo mismo existe una costumbre propia a cada país, puede igualmente formarse una costumbre internacional común a varios países.

---

(45) L. Oppenheim, op. cit., pág. 27.

En Derecho de Gentes hay muchas costumbres de esta clase; pero en Derecho Internacional Privado, hay muy pocas". (46)

La costumbre se forma por el hecho de dos o más Estados al regular una relación en determinadas circunstancias se comportan de un mismo modo. Si la norma de conducta así se observa repetida y concordemente por un número de Estados bastante extenso con la convicción de que tenemos obligación de observarla, la costumbre adquiere el carácter de verdadera y propia norma del Derecho Internacional positivo. Sobre este respecto se necesita, el concurso de la voluntad recíproca de varios estados.

Más no obstante la citada importancia de la costumbre en Derecho Internacional, se reconoce que adolece de dos deficiencias esenciales: por una parte su inestabilidad y por la otra es que cambia de un lado a otro, sin previo aviso y una costumbre que se considera de pronto substituída por otra de carácter opuesto... "en los tiempos modernos se admite que no es necesario siempre el transcurso de un tiempo largo (inveterata) para que se establezca una costumbre y ergo, la regla jurídica". (47)

Esto da por resultado que con la misma celeridad con que se integra la costumbre puede devenir la costumbre derogatoria. La nueva costumbre de actuar en otro sentido, viene

---

(46) Niboyet, Principios de Derecho Internacional Privado, Traducción de Andrés Rodríguez, México, 1955, pág. 59

(47) Accioly H. op. cit., pág. 59

a ser una derogación de la práctica anterior, debemos señalar que cuando la disposición de un tratado viene a precisar el alcance a modificar o a derogar una costumbre establecida, esta disposición es aplicable solamente a los Estados que se han suscrito o adherido a ese tratado y para los demás Estados sigue subsistiendo la costumbre establecida.

## LOS TRATADOS

Partiendo de una forma más teórica se establece que Tratado es el acuerdo entre Estados celebrado para ordenar sus relaciones recíprocas en materia cultural, económica, etc., o para resolver un conflicto surgido entre ellos o para prevenirlo. (48)

Cabe mencionar a Oppenheim, (49) donde advierte que: "Así como la costumbre es la fuente originaria del Derecho Internacional, los tratados son una fuente cuya fuerza deriva de la costumbre. Porque el hecho de que los tratados puedan fijar normas de conducta internacional, se funda en la regla consuetudinaria del Derecho de Gentes, según la cual los tratados son obligatorios para las partes contratantes".

---

(48) Rafael de Pina, Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, S.A., México, 1978, pág. 363.

(49) L. Oppenheim, op. cit., pág. 29

Los tratados difieren de la costumbre en que ésta es aplicable a todas las Naciones en, tanto que los tratados solo son aplicables a los signatarios o a los que hayan accedido posteriormente a la regla formulada.

Los tratados en sentido amplio son la expresión de un acuerdo entre dos o más Estados, o entre miembros de la comunidad internacional.<sup>(50)</sup>

Díez de Velazco sobre este respecto señala "... su importancia es obvia en nuestro Derecho dada la falta de un poder legislativo institucionalizado en la comunidad internacional". La problemática que representan los tratados -añades amplísima y va desde su propia terminología pasando por los problemas de la forma de la capacidad para contraerlos, de su validez, denuncia, etc.<sup>(51)</sup>

Aunado a este análisis el internacionalista Núñez y Escalante<sup>(52)</sup>, establece que: "la obligatoriedad de los mismos dimana del principio general del derecho de que las obligaciones libremente contraídas por el sujeto generan sinalagmáticamente derechos para otro sujeto, el cual puede exigir su cumplimiento".

---

(50) Accioly Hidelbrando, op. cit., pág. 59.

(51) Díez de Velazco Manuel, Instituciones de Derecho Internacional Público, Editorial Tecnos, Madrid, 1977, pág. 99.

(52) Núñez y Escalante Roberto, Compendio de Derecho Internacional Público, Editorial Orión, 1979, México, pág. 149.

Existen muchas clasificaciones en relación con los tratados tomando en cuenta una serie de factores, pero la mayor parte de la doctrina actual le concede un valor metodológico, (53) clasificándola en dos partes:

Atendiendo a su función en el plano de la creación de obligaciones, esta clasificación según Rousseau es de orden material y es la distinción que se hace entre tratados leyes y tratados contratos; los primeros están integrados por normas encontrándose dos elementos: (54) un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica.

Los tratados contratos prevén entre los contratantes un intercambio de prestaciones a cargo de los Estados contratantes persiguiendo estos objetivos diferentes.

Los tratados leyes, llamados también tratados normativos, tienen por objeto de crear una norma de carácter general aplicable a toda la Corte Internacional o una parte de ella. (55)

Fenwick (56) agrega "...pero estos tratados llegan a convertirse en una verdadera fuente de Derecho Internacional tan sólo cuando, el consentimiento posterior de un gran número de Estados se transforma el acuerdo limitado en uno de carácter general".

La segunda clasificación es de orden formal tomando en cuenta el número de partes contratantes y es la distinción

(53) Rousseau Charles, op. cit., pág. 26

(54) Miaja Adolfo, Introducción al Estudio del Derecho Internacional, Ediciones Atlas, Madrid, 1960, pág. 134.

(55) Díez de Velazco, op. cit. pág. 99.

(56) Fenwick Charles, op. cit., pág. 88.

entre tratados bilaterales que son los concertados entre dos sujetos internacionales; y los tratados plurilaterales o colectivos siendo éstos en los que participan una pluralidad de Estados. "... tan vasto llegó a ser el conjunto de estos tratados multipartitos, que, los mismos determinaron la formación de un impresionante cuerpo de Derecho que suplía los defectos del sistema de seguridad colectiva".<sup>(57)</sup>

El tratado colectivo, señala Miaja,<sup>(58)</sup> como la fuente más perfecta del Derecho Internacional aunque sujeta a la relatividad de no obligar a los Estados terceros. Para los Estados restantes -agrega- cada tratado bilateral o colectivo, normativo o contractual es res inter alios acta (su explicación la daremos más adelante).

Existe una serie de principios generales fundamentales que rigen el derecho de los tratados, haciendo mención de los siguientes:<sup>(59)</sup>

El principio "Pacta Sunt Servanda" que literalmente lo entendemos como "lo pactado debe ser respetado", es de origen consuetudinario.

---

(57) Mismo, pág. 90

(58) Miaja Adolfo, op. cit., pág. 135

(59) Seara Vázquez Modesto, Derecho Internacional Público, Editorial Porrúa, S. A., México, 1971, pág. 52.

Algunas teorías encontraban en él, la base del sistema jurídico y aunque con ciertas modalidades, según Anzilotti.

Opina Kelsen que este principio tiene la función de creación porque establece obligaciones y derechos que comenzaban a nacer a raíz del tratado concluido. (60)

Pero incluso un tratado puede llegar al punto de que una de las partes lo considere no obligatorio, para ello se establece la cláusula "rebus sic stantibus".

De lo que aquí se trata es de que la cuestión en sí, cambió efectivamente la situación que dio lugar al tratado, puede ser objeto de controversia entre las partes y esta controversia, como cualquier otra de índole jurídico internacional, tiene que someterse a los medios formales de la solución pacífica de los conflictos. (61)

El principio "inter alios acta" (ver hoja 29) señala que "los tratados solo crean obligaciones entre las partes", mencionando que los sujetos no han participado en un tratado no pueden obligarlos a dar su consentimiento.

El tercer principio "ex consensu advenit vinculum" dice que el consentimiento es la base de la obligación jurídica.

---

(60) Kelsen, op. cit., pág. 273.

(61) Verdross Alfredo, Derecho Internacional Público, Madrid, pág. 92.

Lo que la realidad internacional muestra es que la falta de vicios en el consentimiento no es requisito indispensable para la validez de los tratados.

El cuarto principio es el de respeto a las normas del "jus cogens", versa en lo referente a que un tratado es nulo cuando fuera contrario a una norma imperativa del Derecho Internacional.

Este principio está desenterrado de la doctrina de algunos autores, teniendo muy pocas posibilidades de ser algo más que una disposición declarativa.

En la época contemporánea los tratados constan siempre de un documento escrito, ya que la forma de acuerdos verbales, salvo raras excepciones, ha desaparecido en la actualidad.

Sin embargo como atinadamente señala Sepúlveda,<sup>(62)</sup> no hay ahora justificación ni técnica, ni la doctrina para defender el criterio de la oralidad, ya que el pacto debe revestir la forma escrita a efecto de que sea factible la exigencia de las obligaciones resultantes, ya que solo de ese modo hay constancia plena de los alcances y modalidades de estas mismas.

---

(62) Sepúlveda César, Curso de Derecho Internacional Público, 3a. edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1968, pág. 90.

El procedimiento para dar vida a un acuerdo internacional es lo que conocemos con el nombre de conclusión; en el cual se estipulan ciertas reglas relativas a su futura conducta. Para su estudio, seguiremos el procedimiento tradicional o clásico, (63) elaborado por el uso y aplicación en un principio a los tratados contratos bilaterales, con objeto de adaptar a los tratados plurilaterales un procedimiento originariamente establecido por los tratados mencionados anteriormente el cual comprende: la negociación, la firma y la ratificación.

Haremos alusión de una manera somera de cada una de las formas señaladas.

La negociación.- Se ha definido como el conjunto de operaciones técnico-diplomáticas, de diversa naturaleza y amplitud, a través de las cuales los órganos competentes de dos o más Estados se reúnen en un lugar y en una época preestablecida a tal fin; estudia conjuntamente las posibilidades efectivas de llegar a un entendimiento en una determinada materia; buscan de aceptar sus posiciones sobre puntos concretos, objeto de la negociación misma y elaboran un proyecto de acuerdo destinado a pasar a una fase ulterior. La negociación constituye la esencia misma del método diplomático. (64)

---

(63) Rousseau Charles, op. cit., pág. 27

(64) Díez de Velazco Manuel, op. cit., pág. 102.

Ejemplo de negociación de un tratado bilateral, es la negociación de los tratados de comercio y de negociación de un tratado colectivo, es la Conferencia de la Paz de 1919 para la preparación del Tratado de Versalles. (65)

La segunda forma es la firma, que es la conclusión formal de las negociaciones, (66) o dicho en otros términos como la rúbrica de los representantes puesta en el texto del tratado o en el Acta Final de la Conferencia en la que figure el texto. (67)

La ratificación.- Como una última forma de concluir a los tratados, tenemos a la ratificación que se define como la aprobación dada al tratado por los órganos internos competentes para obligar internacionalmente al Estado. (68)

## LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Verdross (69) tras profundo estudio de la materia señala: "Los principios generales del derecho sirven para interpretar preceptos jurídicos internacionales dudosos, si una vez agotados los demás medios de interpretación, sigue obscuro

---

(65) Rousseau Charles, op. cit., pág. 28

(66) Mismo, pág. 30

(67) Díez de Velázco, op. cit., pág. 102.

(68) Rousseau Charles, op. cit., pág. 33.

(69) Verdross Alfredo, Derecho Internacional Público, Madrid, 1967, pág. 126.

el contenido de una norma convencional o consuetudinaria, habrá de interpretarse en el sentido de los principios generales del derecho". Termina diciendo "los principios generales del derecho iluminan de esta suerte todo el ordenamiento jurídico internacional".

Agrega también el autor antes mencionado que los principios generales no necesitan ser universales aunque los haya generales en el sentido de ser aplicados por los principales sistemas del mundo.

La opinión dominante en la doctrina, es que se establece una aplicación subsidiaria como fuente del Derecho Internacional.

Accioly,<sup>(70)</sup> le da el carácter de fuente real y por excelencia del Derecho Internacional teniendo un carácter permanente en relación con las fuentes formales o positivas cuyas reglas no pueden derogarlo. Por otro lado señala aún más "los principios generales no solo tienen valor interpretativo sino también, y sobre todo el de llenar lagunas." Se pueden invocar principios contra un Estado que afirme no haberlos admitido nunca ya que no dependen de la voluntad de dichos Estados.

---

(70) Accioly, Tratado de Derecho Internacional Público, Madrid, 1958, pág. 56.

Los principios generales del derecho no son otra cosa que el derecho natural que da contenido al derecho positivo; aquellas normas que derivan del principio inmanente de justicia y que son concordantes con los derechos del hombre y con los derechos del pueblo.<sup>(71)</sup>

Los tribunales arbitrales han fundado siempre sus sentencias, no solo en normas de derecho convencional consuetudinario, sino también en principios jurídicos que no habían sido recogidos en tratados, ni tampoco expresados por costumbres estos principios<sup>(72)</sup> que antiguamente se adscribieron al Jus Gentium (derecho concordante aplicado por los pueblos de igual civilización).

Debemos distinguir cuidadosamente entre principios del Derecho Internacional y los principios generales del derecho. Lo arduo del problema está sintetizado en palabras de García Maynez: "determinar que deba entenderse por principios generales del derecho, es una de las cuestiones más controvertidas de la Literatura Jurídica".<sup>(73)</sup>

Los principios generales del derecho se hayan integrados en los principios comunes al orden jurídico interno y al orden jurídico internacional.

---

(71) Nuñez y Escalante Roberto, Compendio de Derecho Internacional Público, Editorial Orión, México, 1970, pág. 19.

(72) Verdross Alfredo, op. cit., pág. 95.

(73) García Maynez Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, 18a. edición, Editorial Porrúa, pág. 56.

Coviello, (74) ha expresado en breves términos el sentido esencial de dichos principios, al decir que son "los fundamentales de la misma legislación positiva, que no se encuentran escritos en ninguna ley, pero son los presupuestos lógicos y necesarios de las distintas normas legislativas, de las cuales en fuerza de la abstracción, deben exclusivamente deducirse. Puede ser de hecho principios racionales superiores, de ética social y también principios de Derecho Romano y universalmente admitidos por la doctrina; pero tienen valor no porque son puramente racionales, éticos o de Derecho Romano y científico, sino porque han informado efectivamente el sistema positivo vigente".

El contenido de los principios generales del derecho no se limita a los principios de Derecho Privado, sino que ellos figuran con el nombre de principios generales del Derecho Internacional. Algunos principios aplicables de modo específico a las relaciones entre Estados y no se confunden con las normas convencionales ni con las consuetudinarias.

Como principios generales del derecho se anotan: la buena fé, lo referente a la cosa juzgada (res judicata), la legítima defensa, la reparación del daño injustamente causado, el abuso de la ley, el enriquecimiento ilegítimo, la indemnización.

---

(74) Coviello Nicolás, Doctrina General del Derecho Civil, página. 96.

zación cuando deba llevarse a cabo una expropiación. (75)

## LA JURISPRUDENCIA

La Jurisprudencia de los Tribunales Nacionales es fuente del Derecho Internacional en sus grandes líneas de coincidencia, de la cual no se infiere que todo principio sostenido por un Tribunal Nacional, deba ser admitido por el Derecho de Gentes. (76)

La jurisprudencia internacional no podemos definirla como una fuente formal en nuestro Derecho. No pudiendo desconocer que en la práctica el valor del precedente jurisprudencial es tan grande después del florecimiento de los Tribunales Internacionales.

Señala el internacionalista Manuel Diez de Velazco (77) sobre esta fuente que "la función de la jurisprudencia es doble como elemento de interpretación y como medio de prueba." Respecto del primer elemento ha quedado ya dicho anteriormente las continuas referencias que los Tribunales internacionales hacen de decisiones anteriores, como elemento de interpretación del Derecho.

---

(75) Mario Adib Zacarías, La Corte Internacional de Justicia y su Estatuto, UNAM, México, 1948, pág. 240.

(76) Seara Vázquez Modesto, Derecho Internacional Público, 3a. edición, Editorial Porrúa, México, 1971, pág. 58

(77) Diez de Velazco Manuel, Instituciones de Derecho Internacional Público, Editorial Tecnos, Madrid, 1977, pág. 92.

Como medio de prueba de la existencia de las normas de Derecho Internacional la jurisprudencia está llamada a cumplir una misión capital, pues como Miaja lo señala, es cierto que la jurisprudencia de los tribunales internacionales constituye un simple medio auxiliar de las fuentes del Derecho Internacional; pero lo mismo que ocurre en los órdenes jurídicos estatales sirve para proclamar principios fundamentales de este orden jurídico y aún para extender a otros supuestos las soluciones que ya han sido ofrecidas por reglas convencionales o consuetudinarias (Miaja: El principio..., pág. 95).

Haciendo mención de lo anterior Truyol y Serra emite lo siguiente: "es posible, sin embargo, que el árbitro o el juez, al resolver la cuestión sometida a su juicio, no encuentre en las costumbres o en las convenciones internacionales un derecho aplicable al caso lo que hace entonces la decisión judicial en positivar ella misma principios jurídicos generales. Por eso -agrega- la jurisprudencia es vía eficaz de aplicación de los principios generales del derecho. En Derecho Internacional como ocurre en Derecho interno. Ello tanto más cuanto que es conocido el valor de los precedentes en la actividad judicial; todo ello convierte a la jurisprudencia, de hecho en fuente del Derecho".<sup>(78)</sup>

---

(78) Truyol y Serra Antonio, 3a. edición, Editorial Tecnos, Madrid, pág. 103.

La jurisprudencia de los Tribunales internacionales forma hoy un cuerpo muy amplio tanto por su volumen, como por las distintas jurisdicciones que la han ido creando o produciendo.

El internacionalista Seara Vázquez,<sup>(79)</sup> alude al comentario oficial de la Declaración de los Derechos y Deberes de las Naciones, adoptada por el Instituto Americano de Derecho Internacional en su primera sesión en Washington, el 6 de enero de 1916, se funda en fallos de jueces y tribunales de Estados Unidos, acompañándosele con opiniones de Bello y Calvo; sus cláusulas se elogian mucho y aunque constituye un exclusivismo exagerado el apoyar principios enunciados para regir todas las naciones con la Jurisprudencia Nacional de una sola de ellas, puede ese documento sin embargo, mostrar como los fallos de Tribunales nacionales se refieren al Derecho Internacional, lo confirman y le dan carácter positivo.

A pesar de todas las reservas que pueden hacerse a la jurisprudencia como fuente del Derecho Internacional, se observa en los Tribunales Internacionales una tendencia creciente a apoyarse en anteriores decisiones como expresión del Derecho existente.<sup>(80)</sup>

---

(79) Seara Vázquez, Modesto, op. cit., pág. 58.

(80) Sepúlveda César, Curso de Derecho Internacional Público, 3a. edición, Editorial Porrúa, México, 1971, pág. 96.

## LA DOCTRINA

Siendo la doctrina "los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del Derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación".<sup>(81)</sup> Es, claro que al igual que en las demás ramas jurídicas no es una fuente de Derecho Internacional en sentido propio, sino un "medio auxiliar" para la determinación de las reglas de Derecho; es por ello que ocupa un lugar mediocre entre las fuentes oficiales,<sup>(82)</sup> en el sentido de que puede facilitar la búsqueda de la norma jurídica, pero sin que la simple opinión doctrinal tenga peso ninguno ante el Juez Internacional.

Sumado a lo dicho anteriormente Oppenheim emite las siguientes palabras: "la utilidad de sus enseñanzas ha sido ocasionalmente reconocida en fallos judiciales no como factor creador de Derecho, sino como prueba del Derecho mismo"-finaliza diciendo- "pero en el grado en que se considere una fuente de Derecho como factor influyente en el Juez al dictar su fallo, los escritos de los hombres de ciencia pueden conservar su importancia en proporcionar a su valor intrínseco, a su imparcialidad y a su esfuerzo de analizar con sentido crítico la práctica de los Estados con referencia al principio jurídico".<sup>(83)</sup>

(81) García Maynez Eduardo, op. cit., pág. 76.

(82) Díaz Cisneros César, Derecho Internacional Público, Editora Argentina, Buenos Aires, 1955, pág. 83

(83) L. Oppenheim, Tratado de Derecho Internacional Público, Tomo 1, vol. I, Casa Editorial, Bosch, Barcelona, 1961, pág. 34.

constantemente se esfuerza por robustecer la conciencia jurídica de la comunidad internacional, a pesar de su evolución y divergentes opiniones de escuelas y autores.

#### VII. NECESIDAD DE QUE SE PRECISEN LAS FUENTES PARA RESOLVER LOS PROBLEMAS SOMETIDOS A LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

El Derecho Internacional se basa en los acuerdos tenidos entre los Estados, mediante coincidencias que tengan en el orden jurídico buscando regular sus relaciones, con la convicción en los derechos comunes que se manifiestan en costumbres y usos jurídicos, en acuerdos expresos o tácitos.

Es decir, serán resultado de acuerdos bilaterales, regionales o de carácter general, mediante el consenso de representantes de los Estados en pugna y con miras de estrechar sus relaciones culturales, comerciales, etc.; a través también de tratados, convenios elaborados por la opinión de eruditos y hombres prestigiados y calificados representativos para determinar las normas que tendrán la función de encontrar caminos de advenimiento y acuerdos de convivencia entre las partes o Naciones.

Desde luego sus fuentes, la costumbre que es viva en el Derecho Internacional, requiere no solo de los actos que constituyen antecedente o precedente importante en el orden diplo-

mático; de cómo se han venido ventilando la resolución de muchos problemas, ya que existen naciones en el orden civilizado concediendo a estas fuentes una trascendencia especial, con influencia en las formas que no dejan de ser tradicionalistas en sus diferentes manifestaciones, tanto en las relaciones guerreras o pacíficas de los Estados, consideran a los jefes de esos Estados y sus declaraciones tal validez preponderante, hechas con criterio de triunfo, de superioridad y no consecuentes con la correlación de fuerzas, no convalidan la actitud del Estado al que tratan de imponer normas generales y obligatorias sin su consentimiento, opinión o aceptación.

Los tratados tienen también importancia por ser normas jurídicas, dando su contribución a la formación Derecho Internacional, la mayoría de los Estados son signatarios y entonces, la tendencia a convertirlos en compromiso internacional, con la contradicción de que los nuevos Estados no signatarios admitan su adhesión expresa y su reconocimiento a lo pactado, para que lo pactado deba ser respetado "pacta sunt servanda".

En la medida de que los Estados surgen y son aceptados como miembros de la Organización de las Naciones Unidas, adquieren decisión y capacidad, por lo que las reglas generales establecidas se amplían, se reforman y se refuerzan.

La hegemonía que unos Estados han mantenido en el mundo, ahora substituída esa ocupación territorial por un amplio

sometimiento económico que se conoce como el neocolonialismo, requiere y obliga a los pequeños Estados a organizarse y buscar salidas adecuadas.

Por ello estos países nuevos, con anhelos de desarrollo, buscan unificar sus objetivos y establecer estrategias comunes mediante reuniones constantes; marcan etapas sucesivas hasta formular tácticas accesibles en todos los órdenes y principalmente en el Derecho, proponiendo modificaciones a todos los planteamientos, declaraciones y compromisos, por considerarlas la expresión de las condiciones impuestas por las Naciones poderosas.

La Corte Internacional de Justicia con su gran acervo de fuentes requiere también tomar en cuenta un nuevo criterio socio-político, consecuentemente con la dinaminación del flujo entre las fuerzas componentes en el orden internacional, a fin de que se hagan las modificaciones dando cabida a la participación de los nuevos Estados y lograr formular nuevos compromisos más equitativos, para dar la garantía a la paz orgánica y perdurable en el mundo.

## **CAPITULO TERCERO**

### **ANALISIS GENERAL DEL ARTICULO 38 DEL ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA**

ANÁLISIS GENERAL DEL ARTÍCULO 38 DEL ESTATUTO  
DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

VIII. TEXTO DEL ARTÍCULO 38 DEL ESTATUTO DE  
LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Con anterioridad a la Primera Guerra Mundial diversos tratados de arbitraje contenían la indicación de las especies de reglas que había de aplicar el Tribunal respectivo, un orden jerárquico entre ellas.

El Comité de los Diez,<sup>(84)</sup> influyó de manera notable para llegar a la enumeración del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; se señala el hecho de que en bastantes compromisos anteriores en los que se establecían las normas aplicables para la solución del litigio sometido a una decisión arbitral, y en algunos tratados se establecían las normas aplicables en la misma forma que posteriormente se recogió en el Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional; el antecedente más claro está en el artículo 7o. del XII Convenio de la Haya de 1907,<sup>(85)</sup> que instituía el Tribunal Internacional de Presas. Teniendo como es notorio dicho artículo, un carácter meramente doctrinario.

Vedross expresa: "El Derecho Internacional positivo lejos de basarse en la voluntad de los Estados particulares es

---

(84) Díez de Velasco Manuel, Instituciones de Derecho Internacional Público, Editorial Tecnos, Madrid, 1978, pág. 87.

(85) Rousseau Charles, Derecho Internacional Público, Ediciones Ariel, Barcelona, 1957, pág. 21.

producto de la comunidad de los Estados."<sup>(86)</sup>

Este precepto señala el concepto de Soberanía relativa, es pues plenamente compatible con la existencia de un Derecho Internacional: esta citada teoría es solo una apreciación limitada de la facultad de los Estados, puede explicar el sometimiento de éstos al ordenamiento jurídico superior que supone el Derecho Internacional.

Es propio del Derecho Internacional el vincular principalmente a Estados independientes constituyendo con ello una comunidad jurídica atenuada, pues la captación rigorista de la soberanía fue gestándose en sus modernos módulos, el Derecho Internacional Público: los tratados celebrados entre dos o más de ellos dieron nacimiento a regulaciones jurídicas supraestatales de cumplimiento obligatorio multinacional, también paulatinamente fueron reconociéndose por los propios Estados, y estableciéndose determinadas normas de derecho consuetudinario aplicables a los mismos en su condición de tales; asimismo, se apareció la existencia de "principios generales de derecho", igualmente aplicable a la pluralidad de Estados; finalmente van surgiendo, ya en forma sistemática la doctrina y la jurisprudencia internacionales, complementándose así la constitución de las fuentes (directas e indirectas) del Derecho Internacional Público, no sin precisar que son justamente las previstas por el Estatuto de la Corte Internacional de

---

(86) Verdross Alfredo, Derecho Internacional Público, Editorial Aguilar, Madrid, 1957.

Justicia para su aplicación por parte de este organismo judicial de la Organización de las Naciones Unidas, ante las controversias entre Estados. El artículo relativo a la mencionada anteriormente, es nada menos que el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que a la letra dice. (87)

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a). Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b). La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c). Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d). Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas del derecho, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio "ex aequo et bono", si las

---

(87) Sepúlveda César, Curso de Derecho Internacional Público, 3a. edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1968, pág.90

partes así lo convinieren.

Una de las diferencias del precepto con el anterior correlativo del Estatuto es la introducción en el apartado 1 con respecto de: "cuya función es decidir conforme al Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas"; substituyendo la palabra "aplica" por "deberá aplicar."

Miaja comenta los siguiente: "modificación en verdad, no muy afortunada la primera, no sólo y la contradicción que supone con el párrafo final del artículo, sino por no tener presente que además de su función contenciosa de decidir controversias el Tribunal está autorizado para cumplir, y de hecho ha cumplido frecuentemente, la de emitir dictámenes que ni son una decisión ni tratan de resolver una controversia".<sup>(88)</sup>

Este artículo fue recogido por el Comité de Juristas que en 1920 redactó el Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional previsto en el Pacto de la Sociedad de Naciones. Con base en el citado Estatuto la Conferencia de San Francisco, de 1945,<sup>(89)</sup> elaboró el del actual Tribunal Internacional de Justicia cuyo artículo mencionamos anteriormente.

---

(88) Miaja Adolfo, Introducción al estudio del Derecho Internacional, Ediciones Atlas, Madrid, 1960, pág. 134.

(89) Verdross Alfredo, op. cit. pág. 108.

Además se señala que el artículo 38 no comprende todas las fuentes posibles; por ejemplo, las decisiones de órganos y organismos internacionales, o bien el derecho interno y en ciertos casos la política, que en la realidad contribuye con mayor intervención en los diferentes problemas internacionales de confrontación.

Con relación a este artículo Sorensen<sup>(90)</sup> nos sugiere tres preguntas en relación con la enumeración de las fuentes:

La primera pregunta se refiere que si el orden en que están enumeradas tiene significado alguno; si crea una jerarquía de fuentes o que se hizo solo por conveniencia. Miaja<sup>(91)</sup> se avoca al problema sustentando que casi todos los comentaristas a este texto, entienden que no implica grados diferentes de jerarquía, al menos entre tratado y costumbre, y que la costumbre posterior -añade- puede abrogar un tratado lo mismo que el tratado deroga la costumbre anterior, mientras que en Derecho interno, no prevalece contra la ley escrita la costumbre en su forma positiva contra legem ni en la negativa de desuetudo.

La respuesta sería que se debe de conocer su naturaleza primero.

---

(90) Sorensen Max, Manual de Derecho Internacional Público, 1a. edición en español, 1973, pág. 153.

(91) Miaja Adolfo, op. cit., pág. 153.

En relación con la segunda interrogante es que casi la definición de fuentes que enumera el artículo 38 es de carácter definitivo; la contestación sería que la terminología del mismo es puramente descriptiva.

Con respecto de la tercera, señala que si la relación dada por el artículo 38 es exhaustiva o si hay otras fuentes de Derecho Internacional no mencionadas por este autor.

En la actualidad se ha venido hablando de una nueva fuente no comprendida en el propio artículo, siendo la referente a la determinación de los órganos internacionales que reciben nombres variados tales como declaraciones, resoluciones, recomendaciones.<sup>(92)</sup>

Es mucha la profusión de determinaciones que emergen de las uniones a nivel internacional, de actuaciones que surgen de los cuerpos permanentes internacionales y muy variada la gama de efectos que producen.

El artículo 38 enumera a los tratados, a la costumbre, a los principios generales del derecho, a las sentencias judiciales y a la doctrina, pero analizando ésto, como habrá de verse más en detalle adelante, se descubre que los tratados son contratos que recogen de costumbres ya establecidas

---

(92) Sepúlveda César, op. cit., pág. 91.

y por ello han de examinarse en cada caso concreto antes de generalizar su valor. Las sentencias son cristalizaciones del derecho existente o modificaciones de él, recogen costumbres o doctrinas; la doctrina, es solo evidencia del derecho en los tiempos actuales. Por lo que se refiere a la costumbre puede decirse que ella es en sí misma el Derecho y la práctica parecida no es sinónimo de la costumbre y por ello parece arbitrario incluirlas bajo el mismo rubro.

En la parte final del mencionado artículo 38 se hace una especial referencia a la jurisdicción de Equidad, ya que se permite decidir los litigios ex aequo et bono, siempre que para ello, proceda el consentimiento de las partes.

Quedando señalado de acuerdo con este artículo 38 del Estatuto, que las fuentes en sentido estricto de la palabra, solo son conocidas por principales o primarias los tratados y la costumbre; y que la referencia que alude dicho artículo a los medios auxiliares, principios generales del derecho, jurisprudencia y doctrina científica, no está hecha en el sentido de que sean capaces de crear, modificar o extinguir una norma jurídica sino simplemente la de cumplir una misión estrictamente auxiliar: de ayudar al juez y al intérprete a determinar el exacto contenido de las normas jurídicas. No siendo estas verdaderas fuentes para la creación de las reglas jurídicas.

En los sucesivos capítulos se hará el estudio de una forma particularizada de cada una de las fuentes tal como vienen descritas en el artículo 38 del mencionado Estatuto, para facilitar el estudio de la creación y aplicación de las normas jurídicas.

#### IX. TEXTO DEL ARTICULO 59 CITADO POR EL ARTICULO 38 DEL ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Este artículo tiene la función de conferir a las decisiones de la Corte la autoridad Res Judicata "la decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que han decidido."

La excepción que marca este artículo parece conducirnos a la negación de la estricta doctrina anglo-americana basada en los precedentes judiciales. Su formulación negativa se debe explicar por el hecho de que la regla referente a la decisión de la Corte obliga a las partes y aparece consignada en el artículo 94 de la Carta de las Naciones Unidas,<sup>(93)</sup> que a la letra dice:

1. Cada miembro de las Naciones Unidas se compromete a cumplir la decisión de la Corte Internacional de Justicia en todo litigio en que sea parte.

---

(93) Sepúlveda César, op. cit., pág. 374.

2. Si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo.

Sobre esta cuestión indica Oppenheim:<sup>(94)</sup> "El hábito llevaría a los jueces, consciente o inconscientemente a tener en cuenta, en el momento de dictar un fallo, algunas decisiones anteriores al extremo de que la referencia que hace el artículo 38 inciso d) del artículo 59, no impediría la labor de los magistrados de la Corte para la formulación de un corpus juris gentium, y ésto se comprueba al constatar que una gran parte del Derecho Internacional moderno está amparado por decisiones de la Corte."

Las sentencias judiciales pueden clasificarse como modos de creación de Derecho. Sin embargo ellas sólo pueden producir reglas particulares; ésto es lo que dispone el artículo 59.<sup>(95)</sup>

Por otra parte, hay decisiones judiciales de naturaleza objetiva que valen generalmente y la efectividad de esta fuen

---

(94) L. Oppenheim, Tratado de Derecho Internacional Público, Tomo II, Volumen I, PAZ, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1961 pág. 63.

(95) Sorensen Max, op. cit., pág. 172.

te estatal, es tan manifiesta que el mismo Tribunal Permanente se refirió a los precedentes jurisdiccionales; las decisiones judiciales son evidencia de regla de derechos.

#### X. REFERENCIA AL ULTIMO PARRAFO DEL ARTICULO 38 DEL ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Este párrafo dice así:

La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio "ex aequo et bono", si las partes así lo convinieren.

Para resolver con arreglo a equidad "ex aequo et bono" es necesaria la autorización expresa de las partes, puesto que el juez en principio solo puede decidir en derecho.

Este párrafo final del artículo 38 fue recogido del artículo 38 del Acta General de Arbitraje.<sup>(96)</sup>

La equidad que es la aplicación de los principios de justicia a un caso determinado; no ejerce una función monetaria sino que también tiene la función supletoria,<sup>(97)</sup> en este aspecto constituye un medio de llenar las lagunas del Derecho positivo y como tal, asume el carácter de fuente subsi-

(96) Diez de Velazco Manuel, Instituciones de Derecho Internacional Público, Editorial Tecnos, Madrid, 1977, pág. 78.

(97) Rousseau Charles, Derecho Internacional Público, Edicio-Ariel, Barcelona, pág. 78.

diaria del Derecho Internacional. Así sucede en el caso de insuficiencia del Derecho positivo y en el silencio de sus disposiciones.

La referencia a esta disposición significa que se ha abierto la posibilidad de crear una verdadera jurisdicción de Equidad en el plano internacional.

No existe un acuerdo acerca de la noción del contenido de equidad; existiendo algunas definiciones etimológicas al respecto:<sup>(98)</sup> equidad, del latín equitas procediendo de "equús-a-um" (llano igual) expresando la idea de rectitud y justicia; otra acepción sería la de Santo Tomás de su Summa Theológica, para quien la equidad se identifica con al "epikoya" griega, procedente de la fusión de "epi" sobre y "dikaion" justo.

Para Rousseau,<sup>(99)</sup> la equidad tiene tres funciones: correctiva (infra legem), supletoria (praeter Legem) y función derogatoria, (contra legem).

Respecto de la función infra legem, sirve para completar el Derecho, cuando una situación particular no puede resolverse con ayuda de las normas jurídicas.

---

(98) Seara Vázquez Modesto, Derecho Internacional Público, 3a. edición, Editorial Porrúa, S. A. México, 1968, pág. 62.

(99) Rousseau Charles, op. cit., pág. 79.

En relación con la función praeter legem, haremos mención de Santo Tomás de Aquino, que cumpliendo con la mención de moderación por las circunstancias particulares del caso, que se produjera cierta "injusticia". (100)

Finalmente en la función contra legem, la equidad puede servir como medio derogatorio del Derecho. La autorización dada a los árbitros para decidir de acuerdo con la equidad, puede llegar hasta la posibilidad de juzgar no solo praeter legem, sino también contra legem, si fuere necesario.

En la jurisprudencia internacional encontramos en tal sentido, por ejemplo una sentencia de la Comisión Franco Mexicana que decidió el 19 de octubre el famoso caso de G. Pinzón. (101)

La Equidad -dijo entonces el árbitro- puede invocarse "como principio suplementario de decisión en los casos excepcionales en que la aplicación del Derecho estricto condujese a resultados evidentemente injustos". En el primer caso la equidad hace función de fuente subsidiaria del Derecho Internacional; en el segundo equivale a confesar que el Derecho Positivo como toda obra humana es imperfecto y que por ello, tiene necesidad a veces de corrección, mediante principio superior a que se indica por justicia o equidad.

---

(100) Seara Vázquez M., op. cit., pág. 62.

(101) Accioly Hidelbrando, Tratado de Derecho Internacional Público, Madrid, 1958, pág. 62.

Sepúlveda establece que: "su importancia en el campo del Derecho Internacional es bastante restringida y se emplean simultáneamente los términos "ex aequo et bono" y la cláusula de "arreglo según equidad" que viene a ser la misma cosa. (102)

Algunos autores establecen la facultad que tienen los árbitros para decidir un litigio ex aequo et bono, es una facultad para abrogar o modificar derechos legales existentes, y es esencialmente un poder para legislar. Zacarias aclara que: "es urgente crear un procedimiento para la modificación ordenada de los derechos internacionales aplicados en cada caso, ya que es inconcebible que la solución a una cuestión de Derecho, pueda ser encontrada por el simple hecho de recurrir a los tribunales internacionales responsables únicamente a su conciencia". (103)

"... la posibilidad de que la Corte pueda juzgar ex aequo et bono, tiene por objeto permitir a ésta fuera de los procedimientos convencionales de prueba allegarse medios de convicción a fin de poder llegar a conocer en forma indudable del problema que plantea el caso". (104)

Su redacción obedece a un objeto primordial que consiste en la solución que se debe de dar a los asuntos que no

---

(102) Sepúlveda César, op. cit., pág. 63

(103) Zacarías Nogaim Mario, La Corte Internacional de Justicia, y su estatuto, UNAM, México, 1948, pág. 242.

(104) Núñez y Escalante Roberto, op. cit., pág. 162.

puedan ser resueltos por las leyes y los principios generales del derecho, por ser éstos inapropiados, por tanto, las partes facultan a la Corte para llegar en su conflicto, a una decisión justa y razonable.

## **CAPITULO CUARTO**

### **ESTUDIO PARTICULAR DE LAS FUENTES PREVISTAS EN EL ARTICULO 38 DEL ESTATUTO DE LA CORTE INTERNA- CIONAL DE JUSTICIA**

ESTUDIO PARTICULAR DE LAS FUENTES PREVISTAS EN EL  
ARTICULO 38 DE ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL  
DE JUSTICIA

XI. CONVENCIONES INTERNACIONALES

Los Estados, en cuanto sujetos de Derecho Internacional Público pueden acordar entre sí determinadas reglas para normar su comportamiento futuro en aspectos específicos de sus relaciones.

En tales casos -añade Sepúlveda- celebran tratados "que son excelencia de la manifestación más objetiva de la vida en relación de los miembros de la comunidad internacional y pueden definirse en sentido más amplio como acuerdo entre dos o más Estados soberanos para crear, modificar o para extinguir una relación jurídica entre ellos". (105)

La validez de los tratados demanda la concurrencia de determinados elementos, que nos recuerdan desde luego, los de los contratos a saber:

- a). Capacidad de las partes.- Ella se mide en función de la soberanía de los sujetos; ésto es, solo los Estados soberanos están capacitados para celebrar o concertar contratos.

---

(105) Sepúlveda César, Curso de Derecho Internacional Público, 3a. EDICION, Editorial Porrúa, S.A., México, 1968, pág. 91.

- b). El consentimiento.- Los tratados requieren que éste sea expresado por los órganos competentes de cada Estado, que están señalados y facultados obviamente por el derecho interno. (106)
- c). El objeto de los tratados debe ser lícito, tanto desde el punto de vista del Derecho Internacional, como desde el punto de vista del interno. (107)

La diferencia de los tratados con respecto de la costumbre es que ésta es aplicable a todas las naciones, en tanto que los tratados solo son aplicables a los signatarios.

Algunos autores señalan que la distinción que se hace de los tratados, entre generales y particulares; solo conduce a confusión, pues la práctica enseña que una convención general puede serlo por el contenido o por el número de naciones que la firman.

Los pactos entre los Estados por su peculiar naturaleza, no pueden contener normas de Derecho Internacional general, ni siquiera puede afirmarse que la mayoría de los pactos contengan normas específicas de Derecho Internacional particular. (108)

---

(106) En nuestro país esta facultad corresponde al Presidente de la República, según lo expresa el artículo 89 Constitucional. Fracc. I.

(107) Sepúlveda César, op. cit.. pág. 90

(108) Mismo, pág. 91.

Núñez y Escalante establece que: "los tratados es la fuente más importante del Derecho, precisamente porque a través de las convenciones se regula con toda precisión el alcance de la norma pero a su vez -puntualiza- es una fuente particular ya que no es aplicable más que a los Estados que han suscrito la convención". (109)

Independientemente de estas limitaciones, los tratados debido a que generalmente se consignan por escrito, comparados con otras fuentes, poseen el mérito de una precisión muy considerable que conducen a una mayor certidumbre en cuanto al contenido del Derecho.

Aunque los tratados se signan por dos o más países, es usual que puedan llegar a contar con mayor número de signatarios. Ello se realiza a través de dos figuras jurídicas: la adhesión y la adhesión, que permiten a terceros Estados firmantes del pacto serlo.

Respecto de la primera figura diremos que es cuando el tercer Estado formula su pedido de incorporación, misma que sólo es aceptada cuando se reúne el consentimiento expreso de todos y cada uno de sus miembros; suponiéndose un nuevo pacto y en relación con la adhesión basta el cumplimiento de las condiciones prefijadas en el pacto y la solicitud de incorporación mediante

---

(109) Núñez y Escalante Roberto, Compendio de Derecho Internacional Público, Editorial Orión, México, 1970, pág. 149.

el depósito de la adhesión, para que los terceros Estados asuman la calidad de partes del tratado.

La obligatoriedad de los tratados la fundan los autores en el principio "pacta sunt servanda". Esta regla es evidente puesto que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional positivo, (y hasta para algunos autores el principio dominante del sistema) la convención lo reconoce como fundamento que le da fuerza obligatoria que posee y que en sentido estricto no es más que una norma consuetudinaria; pone de relieve la posición de las normas de Derecho Internacional.

Se establece una definición que es la derivada de los tratados sugerida por la Comisión de Derecho Internacional. Bajo lo siguiente Sorensen comenta: "No obstante los títulos que se le den, la materia de que se trate, o el número de sus signatarios, todos los tratados se ajustan a la misma definición; quizás ésta pueda elaborarse convenientemente en la forma siguiente: tratado es cualquier acuerdo internacional que celebran dos o más Estados y otras personas internacionales y que está regida por el Derecho Internacional".<sup>(110)</sup>

La forma del instrumento por medio del cual se expresa la voluntad común de las partes no tiene importancia. La falta de cualquier requisito especial en cuanto a la forma puede llevar

---

(110) Sorensen Max, Manual de Derecho Internacional Público, 1a. edición en español, 1973, pág. 154.

a la duda. En varias situaciones la Corte Permanente tuvo que dar consideración a tales situaciones dudosas; no obstante puede decirse que el tratado queda concluido una vez que se llega efectivamente a un acuerdo. El significado práctico de cualquier duda de esta naturaleza queda reducido por el hecho de que los Estados en lugar de celebrar un tratado, pueden obligarse igualmente mediante declaraciones unilaterales.

Cuando el acuerdo sea entre Estados, es necesario que intervenga el órgano provisto del poder de concluir los tratados y además que dicho acuerdo esté provisto de un instrumento formal y único.<sup>(111)</sup>

Sorensen establece que: "aquello que se califica de tratado debe ser un acuerdo internacional generalmente la voluntad de cada parte se manifiesta por el procedimiento de la ratificación o de la aceptación, aunque no siempre ocurre de esta manera".<sup>(112)</sup>

La redacción de este inciso del artículo 38 no satisface plenamente ni proporciona muchas luces sobre la materia. Por "convenciones internacionales" se entiende naturalmente los tratados o cualquier acuerdo sobre los Estados.<sup>(113)</sup>

---

(111) Mismo, pág. 155

(112) Sorensen Max, op. cit., pág. 154.

(113) Sepúlveda Cesar, op. cit. pág. 91.

Aclarando lo siguiente, Zacarías señala que el Estatuto fija con exactitud la esfera de aplicación de los tratados, es decir, un tratado por el simple hecho de ser establecido no obliga a todos los Estados de la organización, ni los principios o reglas determinados en varios tratados son normas de Derecho Internacional que puedan obligar a toda la comunidad internacional, no obstante no ser parte de éstos, por esta razón el inciso a)., establece que: "las convenciones internacionales expresamente reconocidas por los Estados litigantes, serán las que se apliquen". (114)

## XII. LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

El artículo 38 1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, nos ofrece una definición de la costumbre: ..... la Corte ..... deberá aplicar ..... la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como siendo de derecho. (115)

La costumbre asienta Sorensen, es el producto directo de las necesidades de la vida internacional. Surge cuando los Estados adquieren el hábito de adoptar, con respecto a una situación dada y siempre que la misma se repita a una actividad determinada, a la cual se le atribuye un significado jurídico. Los casos en que dicha regla consuetudinaria se aplican se conocen

---

(114) Zacarías Nogaim Mario, La Corte Internacional y su Estatuto, UNAM, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, México, 1948, pág. 235.

(115) Seara Vázquez Modesto, op. cit., pág. 55.

como "precedentes".

Esta fórmula ha sido criticada frecuentemente, porque invierte el orden lógico de los acontecimientos. En la práctica, manifiesta Sorensen que para probar la existencia de una regla consuetudinaria, es necesario demostrar que existe una práctica generalmente aceptada" que se ajusta a la regla, y que es "aceptada como derecho". (116)

De esta definición podemos sacar los elementos constitutivos de la costumbre:

El primer elemento es entonces una práctica reiterada de los Estados, un modo de comportarse, la actuación de un determinado sentido. El concepto de práctica trae inmediatamente consigo la idea de constancia, de repetición. Este elemento de hecho es lo que se llama precedente. (117)

Como un segundo elemento que es en cuanto a su generalidad ponemos de manifiesto que esta práctica sea aceptada por varios Estados, Sorensen señala a la práctica como resultado de una multiplicación de precedentes agregando un requisito adicional que consiste en que debe proceder de la comunidad de Estados en su totalidad. (118)

---

(116) Sorensen Max, op. cit. pág. 161.

(117) Seara Vázquez Modesto, op. cit., pág. 55

(118) Sorensen Max, op. cit. pág. 161.

Debe además la práctica estar reconocida como obligatoria, (señalada como un tercer elemento) para que de nacimiento al Derecho.

De los tres elementos anteriormente señalados, los dos primeros son objetivos, porque se constatan en forma material su ejecución y la obligatoriedad es subjetiva ya que para constatarla se debe conocer el motivo que hace que los Estados la cumplan. (119)

Sorensen plantea una pregunta que consideramos atinada: ¿Qué lapso debe transcurrir antes de que pueda decirse que una costumbre existe? Sobre la interrogante responde que todo depende de las circunstancias del caso y de la índole de la regla en cuestión; solo es posible decir que una costumbre surge cuando lo que se tiene en consideración no es un mero fenómeno pasajero atribuirle a circunstancias especiales, sino por el contrario, una práctica constante y bien establecida, reconocida como tal, esa es la esencia del problema. (120)

El autor antes mencionado establece una clasificación de la costumbre que puede ser general, regional o local.

Las costumbres generales surgen de prácticas que son observadas por un gran número de Estados; si su observancia queda

---

(119) Nuñez y Escalante Roberto, op. cit., pág. 152.

(120) Sorensen Max, op. cit. pág. 162.

determinada a un grupo limitado de Estados; la regla consuetudinaria solo tendrá vigor evidentemente con respecto de ese grupo de Estados denominándosele costumbre regional o local.

Remitiéndonos al Derecho Romano, encontramos otro elemento de tipo psicológico: la *opinio juris sive necessitatis*, que es la convicción por parte de los creadores de los precedentes, de que al establecerlos ellos están aplicando una regla jurídica.

Pero no toda práctica aunque sea absolutamente constante y general, necesariamente da lugar a una regla jurídica; por ejemplo puede ser dictada por mera cortesía, la costumbre de los saludos entre navíos de guerra, el uso de papel blanco en los intercambios diplomáticos. Se requiere algún criterio que permita diferenciar entre los usos de esta índole y la costumbre propiamente dicha y este criterio es proporcionado por la *opinio juris*. (121)

Si solo se practica un uso tradicional, sin pretender que tenga valor de norma legal, ello es bastante para el nacimiento de las normas.

Por ello el artículo 38 del Estatuto de la Corte ha recogido bien la doctrina imperante cuando dispone "como evidencia

---

(121) Mismo, pág. 165.

de una práctica generalmente aceptada como derecho", y por más que la redacción está un poco dudosa, sería más claro como dice Sepúlveda, si nada más dijera que "el tribunal aplicaría derecho consuetudinario internacional". (122)

La costumbre se va perfeccionando con el tiempo, pues es evidente que al crearse una nueva práctica de mejor aplicación nacida al compás de las necesidades mencionadas, ésta deroga a la anterior. Agregado a esto, vertimos las palabras de Verdross que dice: por vía consuetudinaria puede no solo crearse una nueva norma sino también derogarse una preexistente (desuetudo costumbre derogatoria)". (123)

Cuando los Estados por considerar que ha dejado de ser obligatoria una práctica dejan de aplicarla esta nueva costumbre de actuar en otro sentido viene a ser derogación de la práctica anterior.

La costumbre presenta inconvenientes tales como el de carecer de precisión y certeza en su contenido; si bien es progresiva, es un medio lento de adelantar el Derecho; no lo crea, sino que es una expresión no escrita de éste.

---

(122) Sepúlveda César, op. cit., pág. 167.

(123) Verdross Alfredo, Derecho Internacional Público, Editorial, Aguilar, Madrid, 1957, pág. 91.

### XIII. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

El artículo 38 en su párrafo 1o., apartado c, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, establece que ésta deberá aplicar "los principios generales de derecho, reconocidos por las naciones civilizadas", como fuente de supletoria aplicación.

Esta disposición ofrece dificultades bastantes serias para determinar su contenido exacto, ya que la Corte emplea expresiones algo imprecisas que hacen extremadamente difícil fijar una relación completa y autorizada de los principios generales a que ha recurrido. Lo que realmente se persigue con la redacción de este artículo, es evitar un non liquet, en las decisiones de la Corte.

Verdross señala que: "el Derecho convencional y el consuetudinario no agotan el Derecho Internacional Público, sino que ambos encuentran su complemento en los principios generales del derecho, y éstos infunden sangre nueva al Derecho Internacional Público, relativamente conservador". Agregando que solo se había codificado un principio reconocido por los Estados en su práctica internacional.<sup>(124)</sup>

---

(124) Verdross Alfredo, op. cit., pág. 98.

El Comité de los Diez, que elaboró el texto del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, tomó en consideración a los principios generales como fuente del Derecho Internacional, ya que con anterioridad habían sido objeto de una mención especial lo cual ha pasado íntegramente al artículo 38 inciso c), del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia. (125)

Se citan algunas sentencias de tribunales arbitrales en las que, desde mediados del siglo XIX, se habían echado mano de "principios generales de derecho" para resolver la controversia. (126)

Afirma Sorensen: "ni la corte ni su predecesora han hecho jamás una referencia expresa del artículo 38 inciso c) del Estatuto; la fórmula "principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; se ha usado sólo en fallos individuales o en opiniones discrepantes nunca en las decisiones de la mayoría de la Corte. Sin embargo en varias ocasiones ésta ha aplicado principios que se encuentran generalmente "admitidos o reconocidos" y que ciertamente han sido tomados del Derecho Interno, pero respecto de los cuales no siempre es posible decir que haya la condición de costumbre". (127)

---

(125) Díez de Velazco Manuel, Instituciones de Derecho Internacional Público, Editorial Tecnos, Madrid, 1977, pág. 87.

(126) Sepúlveda César, op. cit., pág. 94.

(127) Sorensen, Max, op. cit., pág. 173.

Varias conferencias internacionales y la asamblea general de la misma se han esforzado en enunciar varios principios, tales como los de la coexistencia pacífica, por ejemplo el tratado Indo-Chino del 29 de abril de 1954; la Declaración final de la conferencia de Estados no aliados, el Cairo, 10 de octubre de 1946. (128)

También se establecen principios de Derecho Internacional referente a las relaciones amistosas y a la cooperación entre los Estados.

En su manual, Sorensen, hace alusión a Cheng; emitiendo éste que "la frase, principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas, denota principios tan generales que se aplican dentro de todos los sistemas jurídicos que han logrado un Estado comparable de desarrollo; son proposiciones generales que yacen en todas las normas jurídicas y que expresan las cualidades esenciales de la verdad jurídica misma". (129)

El artículo 38 se refiere, de acuerdo con Verdross, a aquellos principios fundados en ideas jurídicas generales aplicables a las relaciones entre los Estados, sin referirse a cualquier precepto jurídico de los diversos Estados que casualmente coinciden entre sí. (130)

---

(128) Idem.

(129) Sorensen Max, op. cit., pág. 176.

(130) Verdross Alfredo, op. cit., pág. 131.

La referencia a "naciones civilizadas" debe buscarse en el Derecho interno, ya que se encuentran más desarrollados que el internacional. Los que tienen mayor importancia son los principios del Derecho Privado y de Procedimiento. Sobre lo anterior agrega Rousseau, "el contenido de los principios generales del derecho es doble, pues evidentemente la palabra "derecho" sin epíteto alguno se engloba tanto el Derecho internacional como el interno",<sup>(131)</sup> Esta mención se puso a excluir cualquier consideración al derecho primitivo, para garantizar a los Estados que en todo caso solo serían juzgados por los principios comunes a ellos.

La Corte Internacional procede en forma más empírica y se conforma con una conciencia de opinión entre sus propios jueces. Dicho método provee garantías suficientes, pues los jueces se han elegido de manera que "en conjunto estén representadas las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo". (artículo 9 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia).

Puede aceptarse que todos los jueces estén preparados para aceptar como "principios generales de derecho" debiendo en realidad estar reconocidos por las "naciones civilizadas".

La existencia o inexistencia de principios comunes es un problema de hecho que ha de resolverse por indagación más bien

---

(131) Rousseau Charles, Derecho Internacional Público, Ediciones Ariel, Barcelona, 1957, pág. 77.

que por una opinión a priori. (132)

El mencionado artículo faculta a la Corte, para recurrir a las normas del derecho interno, a fin de resolver los casos que se le sometan; o bien en forma técnica, el artículo 38 autoriza el uso de la analogía que puede derivarse por el uso de reglas que sean comunes a todos los sistemas de derecho interno, de esta forma se proporciona una garantía contra las decisiones puramente arbitrarias de los jueces.

#### XIV. LAS DECISIONES JUDICIALES

Las decisiones judiciales más que como fuente autónoma del Derecho Internacional, deben considerarse según señala el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, párrafo 1o., inciso d)., "como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho". (133)

Sepúlveda señala que: "su carácter es más bien auxiliar, porque una sentencia internacional no puede apoyarse de manera única y exclusivamente en un precedente jurisprudencial. Las decisiones judiciales no son normas, pero son fuentes a las que recurre para encontrar una regla aplicable". (134)

---

(132) Sorensen Max, op. cit. pág. 176.

(133) Seara Vázquez Modesto, op. cit., pág. 58

(134) Sepúlveda César, op. cit., pág. 96.

Al analizar ésto Miaja señala: "aunque no constituya fuente de derecho, la jurisprudencia es su medio más importante de manifestación. Hoy es imposible tratar de ningún aspecto de Derecho Internacional sin un estudio profundo de la jurisprudencia sobre la materia, y en ella se apoyan cuantos actúan como abogados o asesores de los Gobiernos ante los tribunales internacionales". (135)

Son ejemplos de la aplicación deliberada del Derecho Internacional, por lo cual representa una opinión respecto al verdadero contenido de éste, expresada por un órgano establecido, mediante un convenio celebrado entre Estados comprometidos a cumplir sus decisiones, e integrado por personas de reconocida competencia quienes utilizan un procedimiento contencioso que permite a las partes en controversia, manifestar sus distintos puntos de vista sobre lo que es Derecho.

En las reglas que constituyen "jurisprudencia establecida" la Corte Internacional no tiene jurisdicción obligatoria, sino dentro de una esfera muy limitada, dentro de ese ordenamiento, las reglas no pueden tener fuerza vinculante en una situación particular. La Corte es la verdaderamente dueña de la situación y las partes que comparecen ante ella tienen que obedecer sus reglas.

---

(135) Miaja Adolfo, Introducción al Estudio del Derecho Internacional, Ediciones Atlas, Madrid, pág. 121.

A pesar de todas las reservas que se pueden hacer a la jurisprudencia como fuente del Derecho Internacional, se observa en los Tribunales internacionales una tendencia creciente a apoyarse en anteriores decisiones, como expresión del Derecho existente.

Las necesidades que van emergiendo del trabajo en las organizaciones requieren que se dicten disposiciones tendientes a mejorar el trabajo de las organizaciones y a resolver los problemas que derivan de los objetivos para los cuales fueron creadas.

Las sentencias judiciales ejercen una influencia considerable para el desarrollo del Derecho Internacional, por ser un fallo imparcial y valioso del Derecho emitido por juristas de gran autoridad técnica y moral.

Las sentencias judiciales y los laudos arbitrales -agrega Sorensen- son un "medio auxiliar para la determinación de normas de derecho", pero debiéndose entender ésto- sigue diciendo- que auxiliar no significa secundario ya que tales decisiones constituyen el menor medio de determinar qué es Derecho. (136)

Las decisiones judiciales y arbitrales representan una parte integrante de la práctica internacional para la creación de las normas consuetudinarias. Las decisiones no se derivan directamente de los Estados, se producen por órganos establecidos

---

(136) Sorensen Max, op. cit., pág. 177.

especialmente para ese objeto, mediante acuerdos entre ellos que están representados en los procedimientos que conducen a la decisión.

Los Estados del mismo modo aseguran su ejecución garantizada en el caso de la Corte Internacional por el Consejo de Seguridad (artículo 94 de la Carta de las Naciones Unidas).

La jurisprudencia de los tribunales internacionales será un factor importante para la integración de este orden jurídico.

#### XV. LA DOCTRINA

El segundo medio subsidiario a que se refiere el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es el de "las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones".

El artículo 38 la enlista como un medio subsidiario meramente auxiliar. Dicho artículo señala muy propiamente que la Corte debe examinar "las enseñanzas de los publicistas más capacitados de las distintas naciones".<sup>(137)</sup> Este requisito se encuentra en armonía con las reglas fijadas para formar la composición representativa de la Corte y con las demás disposiciones del artículo 38 que vinculan el proceso de formación del Derecho Internacional con la noción del consentimiento general; debien-

---

(137) Sepúlveda César, op. cit., pág. 96.

do tomar en cuenta las opiniones que se originan o prevalecen en las diferentes regiones del mundo.

Sobre este respecto vertimos las palabras del internacionalista Nuñez y Escalante a saber: "Al darles cabida el artículo 38 del Estatuto de la Corte como fuentes subsidiarias del derecho internacional, no hace otra cosa que reconocer que en la investigación que hace el juez para llegar al esclarecimiento del derecho aplicable a cada caso, al igual que el publicista al explorar el derecho para explicarlo e interpretarlo, han realizado ya en sí una labor de formación del derecho, pues al analizar las cláusulas de los tratados, al explorar el reconocimiento de las costumbres constatan la norma que se contiene en cada caso en sus disposiciones, y sobre todo analizan el principio que las informa".<sup>(138)</sup>

El pensamiento doctrinario fertiliza al Derecho de gentes; es tanto el Derecho doctrinario en formación, la filosofía determina su contexto más que en el Derecho interno.

La Comisión de Derecho Internacional que constituye a la vez un cuerpo de publicistas que actúan con su respectiva capacidad personal y como órgano de la institución internacional,<sup>(139)</sup> proporciona también trabajo doctrinario de gran autoridad.

---

(138) Nuñez y Escalante Roberto, Compendio de Derecho Internacional Público, Editorial Orión, pág. 161.

(139) Sorensen Max, op. cit., pág. 187.

Otro ejemplo de una institución científica es el Instituto de Derecho Internacional creado en Gante en 1873, <sup>(140)</sup> siendo uno de los pioneros. Así mismo, deben mencionarse las opiniones jurídicas preparadas por las secretarías de las organizaciones internacionales en el desempeño de sus funciones.

Las doctrinas de los publicistas de mayor importancia realizan una obra fundamental para hacer conciso el Derecho, en proyectos y estudios. Los cuerpos jurídicos de las naciones casi siempre son integrados por los juristas de mayor capacidad por lo que es evidente que sus estudios rindan bastante utilidad.

---

(140) Miaja Adolfo, op. cit., pág. 123.

## **CAPITULO QUINTO**

### **EL ARTICULO 38 DEL ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y LA DOCTRINA INTERNACIONAL**

## EL ARTICULO 38 DEL ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y LA DOCTRINA INTERNACIONAL

Siendo tan controvertida la doctrina con respecto del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que es la esencia del presente trabajo, asentaremos algunas opiniones de diversos autores:

### XVI. HIDELBRANDO ACCIOLY (141)

En la sección correspondiente a las fuentes del Derecho Internacional de su Tomo, sustenta que lo que se establece por fuentes no son más que modos de formación o manifestación del derecho, siendo éstos los modos de su realización que dimana directamente de los derechos y las obligaciones de las personas internacionales.

Remontándose al artículo 38 del Tribunal Internacional de Justicia, considera como fuentes en este sentido a los principios generales del derecho, señalándolos como fuente real ya que suministra elementos para la interpretación del Derecho positivo; en cuanto a la costumbre y a los tratados las señala como fuentes formales directas e indiscutidas del Derecho Internacional positivo, reconociéndoles el mismo ámbito de validez.

Establece otra clasificación de fuentes, denominándolas

---

(141) Accioly Hidelbrando, Tratado de Derecho Internacional Público, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pág. 50.

acesorias o indirectas; tales como la legislación, las decisiones judiciales de los Estados, la doctrina de los juristas, la jurisprudencia de los Tribunales Arbitrales y de los Tribunales de Justicia.

Diciendo que éstos son más bien factores capaces de contribuir indirectamente en la formación del Derecho. Exceptuando a la jurisprudencia afirmando que ésta constituye un modo de manifestación del Derecho Internacional y que por los precedentes forma una especie de costumbre internacional.

#### XVII. CHARLES FENWICK<sup>(142)</sup>

Este autor establece que el término fuentes en su alcance más adecuado debería aplicarse a los hechos históricos que representan el reconocimiento por los Estados de la existencia de las reglas de derecho en virtud del carácter del derecho consuetudinario, se explica fácilmente su uso en el sentido de pruebas o evidencias.

El señala que los casos en que la costumbre invocada no se muestra clara, la confusión sería menor si los principios generales de equidad, justicia y moralidad, fuesen ubicados por separado como una fuente distinta de Derecho Internacional, y

---

(142) Fenwick Charles, Derecho Internacional Público, Editora Bibliográfica Argentina, S. R. L., Argentina, 1963, pág. 79.

que el carácter peculiar del derecho consuetudinario hace examinar cuidadosamente las pruebas aportadas por los testigos para lograr que los Estados reconocieran una regla particular; dichas pruebas son difíciles de diferenciar de las mismas costumbres que contribuyen a la creación del derecho.

Considera el jurista como pruebas a los trabajos de los publicistas y a las decisiones de las Cortes Internacionales; señalando que éstas últimas deben de ser usadas con más prudencia aún en los trabajos de los grandes escritores representadas por las decisiones de los tribunales nacionales e internacionales.

Cuando los tribunales nacionales -señala el sustentante- tratan de determinar cuál es la verdadera regla de derecho internacional que debe aplicarse al caso planteado; su método de razonamiento y el despliegue de conocimientos históricos llegá a adquirir el valor de una prueba legal.

Señala una tercera fuente: los tratados, los cuales pueden ser considerados como fuente de Derecho Internacional solamente en los casos en que las naciones los acepten como realidad.

Agregando además que se debe de mencionar otra fuente de Derecho Internacional: las declaraciones y resoluciones de las Conferencias internacionales especialmente las de las

Conferencias interamericanas y las de las reuniones consultivas.

### XVIII. CHARLES ROUSSEAU<sup>(143)</sup>

Para este notable autor la fuente más importante son los tratados, lo cual lo resume en la siguiente fórmula:

Compromiso internacional = tratados

tratados, convenios, actos, pactos, cartas, estatutos, protocolos, declaraciones, arreglos, acuerdos "modus vivendi", etc.; acuerdo en forma simplificada, intercambio de cartas, de notas o de declaraciones.

De aquí que se traduzca que la costumbre se encuentra en menor escala jerárquica, empero ambas fuentes son formales.

Establece que las decisiones arbitrales o judiciales internacionales que contempla el artículo 38 junto con la doctrina, señala que no merecen el carácter de fuentes subsidiarias ni indirectas, ya que son un elemento más de la costumbre y con respecto de la doctrina señala que por muy inminente que sea la elaboración doctrinal no crean derecho positivo y por tanto no puede ser elevada a dicho rango.

---

(143) Rousseau Charles, Derecho Internacional Público, Ediciones Ariel, Barcelona, 1957, pág. 20.

Respecto de los principios generales del derecho señalados por el Estatuto; que los fija como fuente autónoma, así mismo la equidad. Pero realmente -señala- es difícil precisarlos ya que no existen los elementos utilizables para descubrir su función exacta en el orden internacional.

XIX. ALFREDO VERDROSS<sup>(144)</sup>

Sustenta que: "la consecuencia inequívoca es que todas las fuentes enumeradas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte, con inclusión por tanto, de los principios generales del derecho obligan con carácter general.

Apartándose del orden seguido por el artículo 38 del mencionado Estatuto, señala primero a la costumbre; estableciéndole una crítica en razón de que en dicho apartado, no prescribe plazo de tiempo alguno para dicha práctica. Por consiguiente -señala- en determinadas circunstancias, una norma de derecho consuetudinario puede constituirse muy rápidamente.

Señala como segundo elemento a los tratados; y los distingue de los negocios jurídicos por la razón de que establecen normas de conducta generales y abstractas, mientras que éstos regulan asuntos concretos.

---

(144) Verdross Alfredo, Derecho Internacional Público, Editorial Aguilar, Madrid, 1957, pág. 20.

Como una tercera fuente señala a los principios generales del derecho, lo cual les da un cariz interesante poniéndole mucha luz a su exposición; señala a los tratados y a las costumbres como fuentes formales, diciendo que éstas no agotan el Derecho internacional encontrando ambas su complemento en los principios generales del derecho afirmando que: "iluminan todo el ordenamiento jurídico internacional", poniendo de manifiesto que su carácter subsidiario sirve de pauta siempre que no hayan normas convencionales o consuetudinarias especiales.

Respecto del apartado d), de dicho artículo, que son las decisiones judiciales y la doctrina, las señala como fuentes auxiliares para aclarar preceptos jurídicos dudosos. Sobre lo anterior agrega: "Una sentencia no podrá pues, nunca apoyarse única y exclusivamente en un precedente jurisprudencial o en la doctrina como tal. Solo podrá utilizarlas para suministrar una norma de Derecho Internacional, cuya existencia no conste con suficiente claridad". Precisa diciendo que ni la doctrina ni la jurisprudencia son fuentes independientes del Derecho Internacional.

## XX. FRANZ VON LISZT<sup>(145)</sup>

Establece que el Derecho Internacional se basa en el acuerdo o coincidencia de los Estados civilizados sobre el derecho que debe regular sus relaciones, convicción jurídica común que se manifiesta en costumbres y usos jurídicos o en acuerdos jurídicos

(145) Franz Von Liszt, Derecho Internacional Público, 12 Edición, pág. 12.

expresos, es decir, expresa o tácitamente.

Para este internacionalista la costumbre se encuentra en varios apartados, a saber:

- a). En las relaciones pacíficas y guerreras y de un modo especial, en el contenido de los tratados celebrados entre distintos Estados, cuando no contienen normas generales obligatorias para las relaciones futuras de los Estados interesados.
- b). En las decisiones de los Tribunales Internacionales.
- c). En la misma legislación y jurisprudencia nacionales.
- d). La costumbre actúa frecuentemente por medio de los precedentes.

Sustenta que el Derecho Consuetudinario y el Derecho escrito tienen la misma categoría; agregando que el derecho consuetudinario se puede convertir en derecho escrito sin alterar su contenido.

Alude al Tribunal Internacional Permanente creado por la Sociedad de Naciones, pero no establece una jerarquización de las fuentes.

XXI. KELSEN<sup>(146)</sup>

Para este jurista, los dos métodos principales de creación del Derecho son las costumbres y los tratados; designando a las primeras, como representantes del más alto grado en la estructura jerárquica del orden jurídico internacional; y su razón de validez se encuentra en un supuesto fundamental, una hipótesis jurídica llamada norma básica. Con respecto del segundo método, que son los tratados, los señala como un acuerdo de voluntades que debe de manifestarse por signos o con palabras del lenguaje oral o escrito; un tratado -agrega- es una manifestación de la voluntad emanada de dos o más Estados; es como el contrato, una transacción jurídica por la cual las partes contratantes intentan establecer obligaciones y derechos recíprocos.

Estableciendo la fórmula "pacta sunt servanda", como la fuente de todo derecho creado por los tratados, obteniendo su validez de la norma de derecho internacional consuetudinaria.

Sustenta que además de la costumbre y los tratados, las decisiones de los organismos internacionales, especialmente los fallos de los Tribunales Internacionales son fuente del Derecho Internacional; su validez deriva de los tratados, los cuales a su vez obtienen su validez en la norma de Derecho Internacional consuetudinario: "pacta sunt servanda".

---

(146) Kelsen, Principios de Derecho Internacional, Librería El Ateneo, México, 1965, pág. 259.

Le asigna a los principios generales del derecho, el carácter de fuente suplementaria.

El citado autor, confunde las fuentes del Derecho con su fundamento, considerando que la validez de una norma deriva de encontrarse apoyada en otra norma anterior que ordena su cumplimiento hasta llegar así a la norma fundamental que es la que le da validez a todo Derecho.

## XXII. CESAR DIAZ CISNEROS<sup>(147)</sup>

Para este jurista argentino, las fuentes del Derecho Internacional son los tratados y las costumbres; estableciendo que los primeros son la fuente más directa y fácil de comprobar; como prueba de la existencia de la costumbre internacional funge la ley nacional. Se inclina a no establecer diferencia entre usos y costumbres, y que su carácter obligatorio depende de su naturaleza, debiendo ser apreciado en cada caso ya que su inobservancia tendría los mismos efectos que el incumplimiento de las convenciones escritas.

Respecto de la jurisprudencia le da el rango de fuente; y la doctrina, la establece como una fuente en sentido estricto que influye y crea normas nuevas, ya que los juristas son intérpretes de la conciencia jurídica elaborada por el Derecho interno y es éste el que ejerce influencia elevando y modelando

---

(147) Díaz Cisneros César, Editora Argentina, Buenos Aires, 1955, pág. 77.

cada vez con mayor perfección el Derecho Internacional.

Este autor no hace alusión al artículo 38 del Estatuto de la Corte de Justicia Internacional.

### XXIII. MANUEL J. SIERRA<sup>(148)</sup>

Este notable jurista se aparta del orden seguido del texto del artículo 38 del Estatuto de la mencionada Corte.

Señalando como fuentes originales del Derecho Internacional positivo, a los tratados y a la costumbre; diciendo que ésta es la fuente más importante y remota del Derecho Internacional; sólidamente enraizada en los hábitos, sentimientos e intereses de la humanidad, que tiene que conformarse a los principios generales del derecho.

Dicho autor<sup>(149)</sup> establece que los tratados siguen en importancia a la costumbre; estableciéndolos como la forma documentaria explícita que los Estados dan a un acuerdo.

Alude también de que la Corte debe aprovechar subsidiariamente las decisiones judiciales, sólo como un medio de encontrar la regla necesaria y como un elemento utilizable las enseñanzas de los más reputados publicistas.

---

(148) Sierra J. Manuel, Tratado de Derecho Internacional Público, 3a. Edición, México, 1959, pág. 25.

(149) Mismo.

XXIV. ADOLFO MIAJA DE LA MUELA<sup>(150)</sup>

Este internacionalista sustenta que el problema de un Jus Cogens Internacional se conecta íntimamente con el de una constitución de la comunidad internacional.

El citado autor establece que fuentes formales e indiscutidas son el tratado y la costumbre; esta tesis es insostenible en el orden práctico ya que señala que desde que el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional admitió, en texto ligeramente retocado, aunque no en este punto, por el Estatuto del actual Tribunal Internacional de Justicia, al de aquellas dos fuentes formales, una tercera "los principios generales del derecho reconocidos por las Naciones civilizadas".

El estima que la realidad, no impide en algunos supuestos, que el juez internacional aplique principios de derecho con prioridad al tratado y a la costumbre.

Señala que siendo el tratado una fuente primordial del Derecho Internacional, los convenios bilaterales entre dos Estados determinados y los multilaterales, en que ambos son parte, crean este derecho particular para sus mutuas relaciones diferentes en cada caso, aunque no deje de presentar en su conjunto algunos rasgos uniformes.

---

(150) Miaja de la Muela Adolfo, Introducción al Estudio del Derecho Internacional, Ediciones Atlas, Madrid, 1960, pág.118

Crítica al artículo 38 del mencionado Estatuto con respecto de la costumbre, donde se señala como prueba de una práctica generalmente aceptada como jurídica; la califica "como una expresión poco feliz", ya que -agrega- "la costumbre no es la prueba aludida sino la práctica misma calificada por la opinio juris".

Sobre lo anteriormente dicho, sintetizaremos en los siguientes: el tratado, para el mencionado autor, constituye la fuente más perfecta del Derecho Internacional; aunado con otras dos fuentes más que son la costumbre y los principios generales del derecho.

De los medios auxiliares para la determinación de Derecho, considera a la jurisprudencia como su más importante medio de manifestación; y el valor que le atribuye a la doctrina, es bastante menor en relación con la jurisprudencia, aunque desempeñen el mismo papel, con la excepción de que la doctrina acrecenta su valor cuando emana de una institución científica prestigiosa y no vinculada a un determinado Estado.

## XXV. ANTONIO TRUYOL Y SERRA<sup>(151)</sup>

Este internacionalista alude al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, no obstante, se aparta del orden seguido por dicho artículo emitiendo opiniones muy

---

(151) Truyol y Serra Antonio, Fundamentos de Derecho Internacional Público, 3a. Edición, Editorial Tecnos, Madrid, pág. 93.

personales sin dejar de aludir a dicho artículo; iniciándose con la costumbre, la cual la describe como la forma primaria de manifestarse la voluntad positivadora de una comunidad: se presenta como un conjunto de reglas observadas de hecho. Dichas reglas se revelan por la repetición de ciertos actos acompañada del sentimiento de su obligatoriedad.

Concuerda con la redacción del apartado a) del Estatuto del artículo a que hacemos mención, en cuanto que las normas internacionales convencionales solo vinculan en principio a los Estados firmantes o a los que luego se adhieran a ellas.

Señala a los principios generales del derecho como fuente material del mismo, estableciendo que éstos son las exigencias éticas inmediatamente aplicables en orden a las relaciones internacionales de cada época o situación histórica, independientemente de que sean o no recogidas por las fuentes formales de creación del Derecho Internacional. Señalando además que estos principios no son otros más que los de Derecho Natural.

A la jurisprudencia le da un rango más elevado que el aludido artículo; ya que la considera como la vía eficaz de aplicación de los principios generales de derecho en Derecho Internacional.

Con relación a la doctrina respeta el rango que le da el aludido artículo del ya mencionado Estatuto.

Hace mención de la equidad donde señala que: "el recurso a la equidad puede ser particularmente importante en Derecho Internacional por su carácter más fragmentario e impreciso y su mayor proximidad respecto del derecho natural."

De lo dicho anteriormente por el citado autor, concluye diciendo que el tratado y las costumbres internacionales no son sino actualizaciones, positivaciones, de los principios generales del derecho, los cuales deben ser adaptados a las cambiantes situaciones históricas.

XXVI. L. OPPENHEIM<sup>(152)</sup>

Este autor, menciona a dos fuentes exclusivas del Derecho Internacional, a saber: la primera es el consentimiento expreso que se da cuando los Estados conciertan un tratado estipulando ciertas reglas sobre la conducta internacional de las partes; y como una segunda, el consentimiento tácito, éste es, el consentimiento implícito o consentimiento manifestado por el comportamiento de los Estados que han adoptado la costumbre de someterse a ciertas reglas de conducta internacional, siendo ésta la más antigua y originaria fuente del Derecho Internacional y aquellos son fuentes cuya fuerza deriva de la costumbre.

---

(152) L. Oppenheim, Tratado de Derecho Internacional Público, Tomo I, Vol. I, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1961, pág. 25.

Alude a los principios generales del derecho, en cuanto que comenta que su inclusión en el párrafo 3o. del artículo 38 del Estatuto de la Corte de Justicia Internacional, no obstante que con carácter meramente supletorio de la costumbre o del tratado es, sin embargo, un importante jalón en la historia del Derecho Internacional; en cuanto a que los Estados signatarios del Estatuto reconocieron de una manera expresa la existencia de una tercera fuente.

Considera la jurisprudencia como una fuente subsidiaria indirecta; agregando que sin embargo, de hecho, ejercen una influencia considerable en cuanto constituyen una declaración del Derecho, imparcial y discutida por los jurisconsultos de autoridad sobre los problemas concretos planteados.

Hace mención de la doctrina en cuanto que el Estatuto del ya mencionado artículo le reconoce carácter subsidiario agregando de ésta que no es factor creador de Derecho, sino como prueba del Derecho mismo.

## XXVII. MANUEL DIEZ DE VELAZCO<sup>(153)</sup>

Este internacionalista alude al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, no obstante que emita su comentario en cuanto que dice que no es posible que pueda.

---

(153) Diez de Velazco, Manuel, Instituciones de Derecho Internacional Público, Editorial Tecnos, Madrid, 1977, pág. 77

mantenerse la existencia a priori de una jerarquía entre las fuentes; señala además que la igualdad de rango es más conforme con la práctica judicial; con la propia estructura primitiva, comparada con los ordenamientos internos del Derecho Internacional, y su evidente falta de formalismo rígido en la creación de las normas y en su aplicación.

Con respecto del artículo 38 en su apartado b), del ya mencionado Estatuto, señala que de ese precepto se desprenden dos elementos: uno material, que es la repetición de actos o prácticas constantes y uniformes de los sujetos; y otro espiritual u opinio juris sive necessitatis, la convicción por parte de los sujetos de Derecho Internacional de que se trata de una práctica que obliga jurídicamente.

Este autor, afirma que la costumbre sigue manteniendo su importancia, que aunque sea lento e incompleto este proceso consuetudinario, se sigue adaptando muy bien al ritmo conveniente de la formación del Derecho Internacional.

En relación con los principios generales del derecho, señala que la enumeración que se le dió en el apartado c) del Estatuto que hacemos mención, es meramente indicativa. Señala que el perfeccionamiento constante del Derecho Internacional, el aumento de la vida de relación internacional, entre otras cosas, son factores que necesariamente influirán en la mayor riqueza del Derecho Internacional, y que los principios generales del

derecho pueden ser un elemento utilísimo para avanzar por el deseable camino de un constante perfeccionamiento.

Critica el apartado d), del artículo que hemos venido haciendo mención, donde su prescripción es perfectamente aplicable si, en efecto, se quería dotar al tribunal de los medios necesarios para cumplir su alta misión. Agrega que la jurisprudencia de los tribunales forma hoy un cuerpo amplio, tanto por su volumen como por las distintas jurisdicciones que se han ido creando o produciendo.

Y con respecto de la doctrina científica que la menciona el aludido artículo del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el citado autor comenta que ésta no es otra cosa que la opinión de los publicistas en la materia, que forma la llamada interpretación doctrinal y que se manifiesta ya en forma individual mediante sus trabajos, ya en forma colectiva, a través de las discusiones, acuerdos y resoluciones de los institutos científicos.

Como una última mención nombra a los tratados donde señala que éstos han tenido una importancia capital dada la falta de un poder legislativo institucionalizado en la comunidad internacional; asignándole como es obvio, el rango de fuente primaria.

También manifiesta que el estudio del Derecho Internacional puede ser creado por otros procedimientos, como ocurre

con una parte del formado en el seno de las organizaciones internacionales por medio de resoluciones, recomendaciones, etc.

### XXVIII. CESAR SEPULVEDA<sup>(154)</sup>

Este destacado jurista pone de manifiesto la tesis sociológica que gira en torno del artículo 38 del Estatuto de la Corte de Justicia; señalando que las fuentes son las meramente establecidas, aportando un notable impulso al desarrollo de la creación de las normas jurídicas.

Este autor es por excelencia brillante en sus exposiciones, designando a cada fuente el valor que merecen.

En tan atinada exposición sustenta además, sin lugar a dudas, críticas nítidas que dan por resultado un estudio más auténtico enriqueciendo con ésto el Derecho Internacional.

Respecto de las convenciones internacionales, señala que la distinción entre particulares y generales solo conduce a confusión, ya que una convención puede serlo por su contenido o por el número de estados firmantes.

En relación con el inciso b), referente a la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada

---

(154) Sepúlveda César, Curso de Derecho Internacional Público 3a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1968, pág. 89.

como Derecho, establece que debiera decir simplemente que el Tribunal aplicaría Derecho consuetudinario internacional.

Sobre los principios generales de derecho, establece que éstos tienen un valor más elevado porque proporcionan las bases jurídicas de tratados y costumbres.

Le designa carácter auxiliar a las decisiones judiciales.

La doctrina, según este autor, señala que padece ciertas fallas naturales porque se orienta a beneficiar los intereses nacionales del autor.

Hace alusión a una fuente nueva, no comprendida por el artículo 38 del Estatuto de la Corte, recibiendo nombres muy variados, tales como recomendaciones, resoluciones y declaraciones; empieza apenas a manifestarse.

#### XXIX. MODESTO SEARA VAZQUEZ<sup>(155)</sup>

Este notable jurista, encuentra la jerarquización de las fuentes del Derecho Internacional equivalente al artículo 38 del Estatuto de la Corte de Justicia, sustentando como es obvio, las dos primeras fuentes, tratados y costumbres como formales; diciendo de los primeros que para que existan se necesita que el

---

(155) Seara Vázquez Modesto, Derecho Internacional Público, 3a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1971, pág. 49.

acuerdo sea celebrado en primer lugar, entre sujetos del Derecho Internacional, siendo necesario que intervenga el órgano provisto del poder de concluir los tratados, y que el acuerdo esté contenido en un instrumento formal y único.

Con respecto de la costumbre internacional, le asigna dos características fundamentales: generalidad y flexibilidad.

En relación con los principios generales del derecho le asigna el carácter de subsidiario y señala que el único criterio de distinción entre éstos y la costumbre es la permanencia, pues mientras que la costumbre evoluciona -señala- los principios deben permanecer inmutables.

Con respecto de la jurisprudencia y la doctrina de los publicistas los designa como "medios auxiliares para la determinación de las reglas de Derecho".

### XXX. ROBERTO NUÑEZ Y ESCALANTE<sup>(156)</sup>

Este autor se refiere directamente a las fuentes de donde dimana el Derecho positivo vigente reconocido por los Estados.

Clasifica a las fuentes del Derecho Internacional en dos categorías: formales y reales.

---

(156) Nuñez y Escalante Roberto, Compendio de Derecho Internacional Público, Editorial Orión, México, 1970, pág. 79.

Este autor señala que sí hay buses para jerarquizar las fuentes; primero como medios de formación del derecho y después como medios de aplicación de éste; agregando que de acuerdo con el principio de que la regla particular deroga a la general en la aplicación del derecho, deben jerarquizarse sus fuentes, ya que solo cuando no exista un tratado, se aplicará la costumbre y a falta de éstos, las demás fuentes en el orden en que las menciona el Estatuto.

Señala a los tratados o convenciones como la expresión de voluntad de los Estados para establecer normas a las cuales deben sujetarse en el ejercicio de sus deberes y obligaciones.

Le asigna a la costumbre el carácter de evolutivo, ya que permite a los Estados ir modificando sus prácticas de acuerdo con las necesidades actuales. Por tanto establece que la costumbre no es fuente de derecho; en cuanto a su creación de normas, tampoco lo es en cuanto a su derogación.

Con respecto de los incisos restantes del artículo 38 del Estatuto, les designa el carácter supletorio, siendo estas fuentes aplicadas cuando ni en los tratados ni en la costumbre se encuentra una norma expresa; ya sea porque exista una laguna legal, ya sea porque la norma no sea suficientemente explícita, ya sea que nos encontremos frente a una situación que no se ha planteado con anterioridad; el jurista no puede dejar un caso sin solución recurriendo entonces, a las fuentes subsidiarias.

A las decisiones de organizaciones internacionales las califica como fuente material del derecho.

Aparte de la última fuente señalada por dicho artículo 38 del mencionado Estatuto, agrega una más como fuente, siendo el precedente lo cual lo coloca como fuente del Derecho Internacional, asignándole el mismo rango que el de la doctrina; porque en el contenido de ambos -señala- encontramos con mayor desarrollo los fundamentos esenciales de las normas.

XXXI. MAX SORENSEN<sup>(157)</sup>

Este internacionalista contemporáneo sustenta que el Derecho positivo es válido y obligatorio sólo cuando se formula en forma que le confiera validez, ésto es, cuando proceda de una fuente reconocida.

Establece que toda fuente imaginable se encuentra contemplada indirectamente en la enumeración del artículo 38 del Estatuto de la Corte de Justicia y que es simplemente el producto del Derecho que emana de las fuentes que se mencionan en esa relación.

El da primacía a las reglas convencionales con su fundamento obligatorio en "la santidad de los tratados" que es la regla pacta sunt servanda, ya que si se desechara, toda la super-

---

(157) Sorensen Max, Manual de Derecho Internacional Público, 1a. Edición en Español, 1973, pág. 150.

estructura del Derecho Internacional contemporáneo se desplomaría.

Inclinándose a la crítica que se ha venido haciendo en relación con el inciso b) del Estatuto de la Corte que versa sobre la costumbre, afirma que ésta invierte el orden lógico de los acontecimientos y el problema se subsanaría mediante una nueva formulación de la costumbre o por medio de la codificación.

Reconoce que en los principios generales del derecho existe problema respecto de su jerarquía, ya que frecuentemente se les invoca sólo para demostrar que no son aplicables al caso tratado. Agrega que la fórmula "principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas" se ha usado sólo en fallos individuales o en opiniones discrepantes, pero que nunca en las decisiones de la mayoría de la Corte.

Respecto de las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas, señala a las primeras, como ejemplos de la aplicación deliberada del Derecho Internacional; clasificándolas como modos de creación pero que éstas contribuyen muy directamente al funcionamiento de esa fuente, desempeñando un papel decisivo en el desarrollo del Derecho Internacional; y como un segundo medio subsidiario, califica a la doctrina donde señala que las investigaciones de los estudiosos siguen siendo muy útiles, no sólo para precisar el Derecho positivo, sino también como guía para su desarrollo y como medio para llenar sus deficiencias.

Alude a las opiniones particulares y a los votos disidentes de los jueces de la Corte, subrayando que merecen especial atención, ya que a dichas opiniones les corresponde una jerarquía intermedia, entre las enseñanzas de los publicistas y las decisiones judiciales.

Hace alusión a los actos unilaterales de los Estados; ya que éstos guardan una íntima relación con otras fuentes; como son los tratados y la costumbre.

Concuerta con varios autores en una nueva fuente llamada resolución; dicha fuente -añade- está a medio camino, entre una convención y la costumbre.

Para no cansar sobre este tema, creemos conveniente señalar solamente a los internacionalistas anteriores, ya que los juristas que hube de omitir, se avocan de una manera general al mismo pensamiento doctrinario sobre el tema anteriormente versado; aclarando que todos ellos son de igual renombre y misma valía.

## CONCLUSIONES

1. De las teorías, sobre las fuentes del Derecho Internacional: la tradicional y la sociológica, que analizan las fuentes del Derecho Internacional. La que más se ajusta a la realidad contemporánea es la segunda, ya que de su análisis resulta que la citada institución, es más positiva en su aplicación. La teoría tradicional expuesta por los jus naturalistas y positivistas, ha probado ser estéril en cuanto a su aplicación.

2. Conforme a las doctrinas imperantes, puede afirmarse que las fuentes fundamentales del Derecho Internacional son la costumbre y los tratados internacionales. Las leyes y jurisprudencia de los Estados, así como la doctrina, son fuentes subsidiarias; misma que contempla el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

3. La costumbre, como producto del pensamiento tradicionalista debe ser desterrada del citado artículo 38 como fuente fundamental del Derecho Internacional, por ineficaz a las necesidades de la vida actual.

4. Tratado es un acuerdo concertado normalmente por dos o más Estados, conforme al Derecho Internacional, y es cada Estado el que determina discrecionalmente las condiciones en que se ejerce la competencia para su conclusión, siendo el proce-

dimiento tradicional, la negociación, la firma y la ratificación.

5. Principios generales del derecho son los presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas legislativas como principios racionales superiores, de Etica Social o del Derecho Romano, universalmente admitidos por la doctrina y que tienen valor porque informan el sistema positivo vigente.

6. Para cristalizar los anhelos de los diferentes jefes de Estado y de algunos ideólogos, es necesario elevar a la consideración de los Tribunales Internacionales que se encuentren soluciones al problema de los países pobres con respecto de las grandes naciones civilizadas.

7. La doctrina, debe estimarse como fuente fundamental del Derecho Internacional, ya que como lo esbozan los publicistas, se funda en decisiones judiciales y estudios técnicos de superior relevancia.

8. El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia prevé como fuentes las convenciones internacionales, la costumbre internacional, los principios generales del derecho, las decisiones judiciales y la doctrina. La fuente que más acorde va con la época son las convenciones internacionales, en virtud de que la realidad contemporánea nos presenta una nueva fase en la que los Estados pueden fijar reglas de Derecho Internacional de cualquier carácter.

## B I B L I O G R A F I A

1. ACCIOLY HIDELEBRANDO, Tratado de Derecho Internacional Público, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.
2. DIAZ CISNEROS CESAR; Derecho Internacional Público, Editora Argentina, Buenos Aires, 1955.
3. DIEZ DE VELAZCO MANUEL, Instituciones de Derecho Internacional Público, Editorial Tecnos, Madrid, 1977.
4. FENWICK CHARLES, Derecho Internacional Público, Editora Bibliográfica Argentina, S.R.L., Argentina, 1963.
5. GARCIA MAYNEZ EDUARDO, Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, S. A., México, 1971.
6. JELLINEK JORGE, Teoría General del Estado, Editora Albastros, Buenos Aires, 1943.
7. KELSEN HANS, Principios de Derecho Internacional, Librería El Ateneo, México, 1965.
8. L. OPPENHEIM, M. A., LL. D., Tratado de Derecho Internacional Público, Tomo I, Vol., I, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1961.

9. LISZT FRANZ VON, Derecho Internacional Público, 12a. Edición, Versión de Domingo Miral, Catedrático de la Universidad de Zaragoza.
10. MEDINA ORTEGA MANUEL, La Organización de las Naciones Unidas, Editorial Tecnos, México, 1971.
11. MIAJA DE LA MUELA ADOLFO, Introducción al Estudio del Derecho Internacional, Ediciones Atlas, Madrid, 1960.
12. J.P. NIBOYET, Principios de Derecho Internacional Privado, Editora Nacional, México, 1955.
13. NUÑEZ Y ESCALANTE ROBERTO, Compendio de Derecho Internacional Público, Editorial Orión, México, 1979.
14. PENICHE BOLIO FRANCISCO, Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, S. A., México, 1968.
15. ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Compendio de Derecho Civil, Tomo I. Editorial Porrúa, S. A., México, 1971.
16. ROUSSEAU CHARLES, Derecho Internacional Público, Ediciones Ariel, Barcelona, 1957.
17. SEARA VAZQUEZ MODESTO, Derecho Internacional Público, 3a. Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1971.

18. SEPULVEDA CESAR, Curso de Derecho Internacional Público, 3a. Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1968.
19. SIERRA J. MANUEL, Tratado de Derecho Internacional Público, 3a. Edición, México, 1959.
20. SORENSEN MAX, Manual de Derecho Internacional Público, 1a. Edición en español, 1973, Título original "Manual of Public International Law. - 1968, Macmillan, Londres".
21. TRUYOL Y SERRA ANTONIO, Fundamentos de Derecho Internacional Público, 3a. Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1970.
22. VERDROSS ALFREDO, Derecho Internacional Público, Editorial Aguilar, Madrid, 1957.
23. ZACARIAS MOGAIN MARIO, La Corte Internacional de Justicia y su Estatuto, U.N.A.M. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, México, 1948.