

DR 14 10

Carrera de Derecho, Asignatura Derecho Internacional Público, título El concepto de fuente, autor profesor doctor Manuel Trigo Chacón, fecha de grabación 13 de octubre de 1982, duración 11 minutos. Buenas tardes, en nuestro guión radiofónico de hoy iniciamos el estudio de las fuentes del Derecho Internacional, su concepto y la elaboración de normas jurídicas. La idea de fuente aplicada al Derecho Internacional es una metáfora como en cualquier otra disciplina jurídica que nos indica cuáles son las causas de su formación y también cuáles son sus manifestaciones, lo que inmediatamente nos lleva a un doble concepto de fuente como materiales y formales.

Esta distinción entre fuentes materiales y formales se explica por la doctrina, en diciendo que las primeras se refieren al contenido del Derecho, mientras que las segundas lo hacen al modo de manifestarse. Las fuentes formales en sentido propio, siguiendo el profesor Díez de Blasco, son aquellas a través de las cuales generalmente se crean, modifican o extinguen las normas jurídicas internacionales. Son procedimientos a través de los que el Derecho Internacional nace en concreto, se modifica o extingue.

Las fuentes formales pueden clasificarse a su vez en primarias o directas y fuentes auxiliares o indirectas. Las primeras por sí solas tienen capacidad de producir Derecho. Para producir normas jurídicas y modificar las existentes, son fundamentalmente, siguiendo una clasificación convencional, el tratado o convenio, la costumbre, los principios generales del Derecho.

Las fuentes auxiliares o indirectas son aquellas que ayudan a la producción de normas jurídicas al nacimiento del Derecho sin que puedan por sí mismas producirlo ni modificarlo. Son fundamentalmente la jurisprudencia y la doctrina científica. Los actos unilaterales de los Estados, así como las resoluciones de las organizaciones internacionales, presentan una consideración especial dentro del Derecho Internacional.

Cabría reseñar también el concepto de fuentes del conocimiento en lo que se refiere a las publicaciones, colecciones de tratados y conferencias por medio de las cuales venimos a conocer el Derecho Internacional existente. Visto el concepto de fuente en sus diversas categorías, trataremos de esbozar en síntesis siguiendo el esquema del profesor González Campos, el proceso que le sigue para la elaboración de las normas jurídicas internacionales. El primer elemento que aparece en este proceso es el de la soberanía del Estado.

Tanto en el proceso de formación de la norma constitucional, donde tiene que haber una práctica constante y uniforme, como en la elaboración de los tratados, pues en ambos casos la norma sólo cristaliza en función de un consenso común. En segundo lugar, no hay que olvidar que para alcanzar tal consenso, en el proceso de elaboración de las normas cobran especial relevancia los intereses políticos, económicos y sociales de los Estados, así como también sus propias ideologías. Este segundo elemento de elaboración de las normas aparece como el resultado de acomodaciones recíprocas, de una actitud razonable y de un espíritu de

cooperación entre los Estados, como así afirma el Tribunal Internacional de Justicia en su sentencia de 1974 sobre competencias en materia de pesquerías.

Un tercer elemento a tener en cuenta es que existe una relación directa entre el proceso de formación de las normas constitucionarias y los medios que sirven para determinar su existencia. Como indica Browley, el orden internacional carece de un proceso legislativo institucional característico del derecho interno actual. Lo que importa entonces son las evidencias de que existe consenso de los Estados respecto a una norma concreta.

En definitiva, la evidencia del consenso respecto a la norma se haya íntimamente ligado al proceso de formación de esa norma. Por ejemplo, la falta de acuerdo de los Estados en la aceptación a partir de la Conferencia Codificadora de la Haya de 1930 de la Regla de las Tres Millas como límite del mar territorial terminó cristalizando en las actitudes de rechazo de tal regla, mantenidas por los Estados en las dos Conferencias de Derecho al Mar de 1958 y 1960. El cuarto elemento a tener en cuenta es que hay que considerar una pluralidad de procesos y no un solo proceso en la labor de normas de distinta naturaleza, constitucionarias y convencionales.

Ello es debido, aunque el consentimiento y el consenso son necesarios, con independencia del tipo de norma, hay que reconocer que las normas constitucionarias y las normas convencionales son dos modos técnicos en donde cristaliza con ciertas peculiaridades ese consenso de los Estados a que venimos aludiendo. Otra consideración que matiza y no contradice la anterior es la profunda interacción entre costumbre y tratado en el orden internacional. Una norma constitucionaria está arraigada o en estado naciente puede encontrar su más clara expresión, alcance y contenido en un tratado.

También un tratado bilateral o multilateral, que es la expresión de un consenso de los Estados partes, puede servir de partida a una costumbre que se practique por terceros Estados en base al contenido de dicho tratado. Pasando por encima de esquemas doctrinales a una consideración positiva de las fuentes, hemos de señalar que existen dos textos internacionales que relacionan una lista de fuentes y que el alumno debe textualmente de conocer. Estos textos son el artículo 38 del Estatuto de la Corte o Tribunal Permanente de Justicia Internacional de 1920, texto hoy que ha sido trasladado al también artículo 38 del Estatuto del actual Tribunal Internacional de Justicia, incorporado a la Carta de las Naciones Unidas en 26 de junio de 1945.

Este artículo 38 dice, el tribunal cuya función es decidir conforme al derecho internacional, las controversias que le sean sometidas deberá aplicar, las convenciones internacionales sean generales o particulares, la costumbre internacional, los principios generales del derecho y, finalmente, las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones. La única diferencia entre el texto antiguo y el que está en vigor actualmente es que se añade la frase cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas cuando hace referencia a la costumbre y al punto segundo referente a que el tribunal juzgará conforme al principio *ex aequo et bono* si así las

partes lo convinieren. Una cuestión que se plantea es el de si la enumeración de las fuentes que hace el precepto es o no exhaustiva, y ello porque la omisión de los actos unilaterales como posible fuente jurídica de las decisiones y resoluciones de las organizaciones internacionales en el mismo sentido da lugar a no pocas discusiones doctrinales.

Otro problema que se plantea respecto al texto reproducido es el de la posible jerarquización de las fuentes enumeradas, es decir, si el artículo 38 al enumerar las fuentes ha querido establecer un orden jerárquico de aplicación de las mismas o por el contrario se ha limitado a enumerar tales fuentes sin relación alguna entre ellas. Nos inclinamos por la segunda posición en la que cabe señalar que no hay una jerarquización de las fuentes en derecho internacional, sino que últimamente son enunciadas a título enunciativo y valga la redundancia sin que exista una apelación de unas fuentes sobre otras. Por otra parte, la doctrina en ciertos casos se ha mostrado muy reticente o crítica en su relación con las expresiones utilizadas por el texto del artículo 38, sin embargo es lo cierto que, como ha dicho Lothar Patch, la controversia relativa a las fuentes de derecho internacional ha tomado después del texto del artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia de la Haya un carácter mucho menos agudo que anteriormente.