

UNA NUEVA APROXIMACIÓN AL ART. 38 DEL ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA*

A NEW APPROACH TO ART. 38 OF THE STATUTE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

*Rose Cave Schnöhr***

Resumen: Para lograr sus objetivos, las instituciones deben marchar en armonía con la época en que funcionan. Pese al tiempo transcurrido, la Carta constitutiva de las Naciones Unidas ha cambiado muy poco y las reformas que se le han introducido no han tocado aspectos de fondo. Como órgano principal del sistema, la Corte Internacional de Justicia también requiere una revisión de su Estatuto para comprobar, entre otras cosas, si sus disposiciones relativas a las fuentes de derecho aplicables a los casos de que conoce siguen ajustándose a las necesidades del siglo XXI. En especial, si con el tiempo las facultades de sus miembros de interpretar el derecho se han flexibilizado al punto de que sus opiniones pueden modificar significativamente su actual jurisprudencia. Para analizarlo, se centra la atención en el artículo 38, 1, c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Palabras-clave: Naciones Unidas - Corte Internacional de Justicia - Estatuto - Fuentes de derecho - Interpretación - Jurisprudencia.

Abstract: In order to achieve their purposes, institutions should match the times in which they operate. Notwithstanding its long existence, the United Nations Charter has only been subject to slight changes, and reforms have not touched upon some important aspects. As a principal organ, the International Court of Justice also requires a revision of its Statute, among other reasons, to verify whether articles relating to sources of law applicable to cases brought before it continue to meet XXI century's needs. In particular, whether its members' powers to interpret the law have become so flexible that their opinions might deeply affect its present jurisprudence. To this end, the paper centers on article 38, 1, c) of the Statute of the International Court of Justice.

Keywords: United Nations - International Court of Justice - Statute - Sources of law - Interpretation - Jurisprudence.

*Trabajo recibido el 12 de diciembre de 2016 y aprobado para su publicación el 8 de febrero de 2017.

**Académica del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile. Ex editora de la Revista Estudios Internacionales de la Universidad de Chile. Ex funcionaria de la Organización de Naciones Unidas. Jurado en concursos nacionales e internacionales de Derecho internacional. E-mail: rcave@uchile.cl.

Sumario: Introducción.- I. Los órganos de las Naciones Unidas. La Corte Internacional de Justicia.- II. El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.- III. ¿Señala el artículo 38 una jerarquía en la aplicación de las fuentes? Los incisos a) y b) del artículo 38.1 del Estatuto de la CIJ. El inc. c) del artículo 38.1 del Estatuto de la CIJ.- IV. Conclusión.- V. Bibliografía.

Introducción

Los efectos del paso del tiempo son implacables tanto para las personas como para las instituciones. En el caso de las primeras, los adelantos de la ciencia muchas veces permiten aplazarlos o atenuarlos; en el de las segundas, suelen preverse métodos para adaptarlas a los cambios que se vayan haciendo necesarios, y si en la práctica se han tornado obsoletas debido a que ellos han sido demasiado profundos, reemplazarlas por otras más adecuadas al estado de desarrollo de la sociedad en que funcionan. Claro ejemplo de ello es el caso de la Organización de las Naciones Unidas: a lo largo de sus más de setenta años de existencia no solo casi se ha cuadruplicado el número de sus miembros, sino que actualmente debe hacer frente a un mundo diametralmente diferente de aquél que la vio nacer. En previsión de una situación de esta naturaleza, el Capítulo XVIII de su Carta constitutiva, además de contemplar la manera de reformar sus disposiciones señala que “*se podrá* celebrar una Conferencia General de los Miembros de las Naciones Unidas con el propósito de revisar esta Carta (...)” (art. 109, párrafo primero) y en el párrafo tercero de la misma disposición se enuncia desde el punto de vista jurídico, esto es: “Si no se hubiere celebrado tal Conferencia antes de la décima reunión anual de la Asamblea General después de entrar en vigor esta Carta, la proposición de convocar tal Conferencia *será puesta en la agenda* de dicha reunión de la Asamblea General (...)”. Nótese que, en el primer caso, la disposición es optativa mientras que en el segundo ella es categórica. Sin embargo, aunque efectivamente el programa de trabajo de la Asamblea General cumple habitualmente con lo señalado, hasta ahora no se ha realizado dicha Conferencia General. Cabe entonces preguntarse si ello significa que los Miembros se sienten satisfechos con las pocas reformas introducidas hasta ahora o si en realidad la institución requiere una reingeniería total. En otras palabras, si basta con realizar cambios puntuales o si, para que la Organización esté a tono con el mundo actual se requiere una revisión general de la Carta. El tema no es menor debido que al parecer no ha existido la intención de abordar la tarea de actualizar la Carta en su conjunto. En efecto, la propia Organización la ha enfrentado mediante la creación de comisiones y grupos de trabajo y la realización de estudios orientados en especial a modificar la composición de uno de sus órganos principales, el Consejo de Seguridad, u otros aspectos específicos relacionados con su actividad (1).

(1) Cabe destacar al respecto la labor que realiza el Grupo de Investigación “La reforma de las Naciones Unidas”, creado en 2005 en la Universidad de Lleida bajo la coordinación del Dr. Antonio Blanc Altemir, que ha continuado y ampliado el trabajo del ciclo “Las Naciones Unidas al final del siglo: retos y líneas de acción”, realizado en 1966 y organizado por la Asociación para las Naciones Unidas en España. Fruto de la dedicación del profesor Blanc Altemir se han reunido en diversas publicaciones los estudios de profesores de universidades españolas, italianas y francesas y se han realizado Jornadas sobre aspectos de la reforma de la Organización. La última publicación del Grupo llegada a nuestro

A nadie escapa que, al menos en lo que respecta al Consejo de Seguridad, los esfuerzos no han tenido éxito y, si se tiene presente que el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, que es la finalidad principal de la Organización, ha adquirido características nuevas que alteran el equilibrio de las disposiciones originales de la Carta, no basta con reformarla y se necesita un verdadero replanteamiento. Por ello, por difícil que parezca hacerlo, nos parece indispensable cumplir con lo previsto en el art. 109. No resulta ocioso preguntarse por qué no ha existido acuerdo para ello. Desde luego, descartamos que se trate de falta de recursos, porque a lo largo de los años se han destinado enormes sumas al estudio de reformas parciales. Se insiste en que la Organización no puede ir más allá de la voluntad de los Estados miembros. ¿Significa ello que están satisfechos con lo que ella es y hace? ¿Piensan que para funcionar bien basta con “remiendos”? Hasta ahora, la respuesta a estas preguntas es una incógnita.

Consciente de la importancia del tema y ante la imposibilidad de abordar la actualización de la Carta de las Naciones Unidas en su conjunto, elegimos centrar la atención en un tema que quizá por ser más jurídico que político parece no haber despertado suficiente interés hasta ahora y que gira en torno al funcionamiento de uno de sus órganos principales, la Corte Internacional de Justicia (CIJ).

I. Los órganos de las Naciones Unidas. La Corte Internacional de Justicia

Al enumerar los órganos principales del sistema, el art. 7 de la Carta de las Naciones Unidas menciona la Corte Internacional de Justicia. Por lo general, esta disposición se ha interpretado en el sentido de que quiso atribuírsele una función especial en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, pero a nuestro juicio revela además que la intención fue situar al tribunal en pie de igualdad con los demás órganos. Así nos parece debido a que acto seguido la disposición mencionada señala que “se podrán establecer (...) los órganos subsidiarios que se estimen necesarios”. En otras palabras, en el cumplimiento de la finalidad principal de la Organización que, como se dijo, es precisamente el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, el papel de la Corte es igualmente importante que aquel de los demás órganos principales, incluido el Consejo de Seguridad. Para evitar toda posibilidad de equívocos, el Estatuto de la Corte, esto es, las disposiciones relativas a su funcionamiento y composición, son parte integrante del sistema jurídico de la Organización. En consecuencia, cualquier estudio de enmienda de la Carta debe necesariamente incluirlo. Pero no conocemos propuestas serias que se ocupen de ellas.

Aunque parezca obvio decirlo, en la vida de relación entre ciudadanos de un mismo Estado o de Estados diferentes se producen conflictos que es preciso resolver para mantener la paz social. Con mayor razón esto se aplica a los conflictos entre Estados, porque en este caso se trata de la paz a nivel internacional. Por esta razón, desde muy antiguo se ha concebido la intervención de personas o cuerpos colegiados cuya misión es pronunciarse si un acto o una conducta son correctos desde el punto de vista jurídico,

conocimiento se titula *Las relaciones entre las Naciones Unidas y la Unión Europea* (2013), Madrid, Tecnos, Universidad de Lleida.

esto es desde el punto de vista jurídico, esto es dirimir cuál de las partes tiene la razón, confrontándola con una norma que haya sido definida previamente. Este proceso proporciona seguridad jurídica, puesto que, si la norma se estableciera en el momento de aplicarla, es decir, a un acto o conducta anteriores, se estaría atentando contra la libertad de la parte afectada. De ello se desprende que deberá ser el legislador quien se ocupe de crearla, determinar cuál es el lugar que deberá reconocérsele en el universo normativo, señalar las fuentes de derecho aplicables y disponer la forma de proceder en el caso hipotético de que no exista norma fijando los parámetros para resolver el caso en justicia. No es preciso insistir en que esto se aplica a todos los tribunales, incluida la Corte Internacional de Justicia. Entonces, si se interpreta el artículo 13 de la Carta, que encomienda a la Asamblea General “(...) impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional (...)” en el sentido de que puede delegar esta función en la Corte, sumándola a su función principal, que es la de resolver las controversias internacionales para cumplir el cometido esencial de la Organización de mantener la paz, concluimos necesariamente que sus fallos deben basarse en el derecho internacional y señalar las razones de sus decisiones, de tal manera que se vaya formando una línea general que permita identificar las normas con cierta precisión. Surge entonces una primera duda: ¿qué flexibilidad debe o puede atribuirse a los miembros de la Corte para resolver el caso alejándose de la letra estricta de la ley y aplicar su propio criterio, con la subjetividad que ello inevitablemente implica? La cuestión adquiere mayor importancia si se tiene presente que los miembros de la CIJ provienen de países de formación jurídica diferente y en consecuencia es razonable esperar que se produzcan diferencias de criterio respecto de un mismo asunto.

II. El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

Para orientar a los jueces en sus pronunciamientos, el Estatuto de la CIJ enuncia las fuentes a que se debe recurrir para resolver el caso. En su artículo 38 dice lo siguiente:

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 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 de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.
2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir el litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren.

Cabe señalar que la enumeración del artículo 38 corresponde a la doctrina tradicional en materia de fuentes de derecho. En opinión del profesor José Juste Ruiz (2)

(2) JUSTE RUIZ, José – CASTILLO, Mireya (2005). *Lecciones de Derecho internacional público*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 133.

expresa el consenso básico de los Estados acerca de cuáles son las fuentes formales del derecho internacional y no establece ningún criterio de jerarquización entre ellas. Por su parte, el profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez (3) señala que la noción de fuentes implica una opción, dentro de la distinción entre fuentes en sentido formal y fuentes en sentido material, respecto de los modos de formación de las reglas jurídicas y las razones que explican su creación. A su juicio, la expresión fuentes del derecho internacional es un concepto ambivalente, equívoco e insuficiente.

Como quiera que sea, según ya se dijo del Estatuto de la CIJ en general, no se conocen propuestas concretas de reforma relativas al art. 38 ni impugnaciones directas a él que dificulten su estudio. Sin embargo, ha sido objeto de amplios comentarios por la doctrina de tal modo que difícilmente podría pretenderse aportar opiniones nuevas al respecto. Con todo, teniendo presente la evolución experimentada por el derecho internacional transcurrido -largo más de medio siglo desde que entró en vigor la Carta de las Naciones Unidas- y en consecuencia la marcada posibilidad de que sus disposiciones sean objeto de variadas interpretaciones, parece aceptable aventurar algunas ideas a su respecto.

Ante todo, el lugar en que figura la disposición, esto es, el hecho de que las fuentes del derecho aplicables sean enumeradas en el texto del Estatuto de la Corte (que, según lo declara la propia Carta en su art. 92, forma parte integrante del sistema de la Carta y con ello de este órgano principal del sistema), revela a nuestro juicio la voluntad de darles un valor superior al que tendrían si figuraran en otro instrumento. No dudamos en atribuirle a ello un sentido especial porque lo confirma el hecho de que, al abordar el tema de las fuentes del derecho internacional, la mayoría de los tratadistas se basa en esa disposición. Esto obliga a ser particularmente cuidadosos al momento de determinar si la enumeración del art. 38 señala una jerarquía, ya que determinaría el grado de libertad de los jueces cuando se encuentren ante un caso en que no hay tratado ni costumbre aplicables. El punto resulta especialmente delicado si, por ejemplo, llegado el momento, se pretendiera discutir un fallo de la Corte atribuyendo falta de objetividad a los jueces que concurrieron a él. Con razón Manfred Lachs (4) señaló que “each judgment is either a step forward or a step backward in the development of law. As a result, since each judgment is the product of the mind of several individuals -*how each understands and interprets the law* (cursiva en el original)- judges cannot avoid being a vital force in the life of the law”. Estas palabras revelan su preocupación por el papel que desempeña el juez, tema central que nos ocupa en esta oportunidad.

III. ¿Señala el artículo 38 una jerarquía en la aplicación de las fuentes?

Aunque en general la doctrina se ha pronunciado en el sentido de que el art. 38 del Estatuto de la CIJ no establece una jerarquía en el uso de las fuentes y los tratadistas habitualmente se refieren a la disposición como una “lista” de ellas, la práctica parece

(3) SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio. “La apoteosis del consentimiento: de la noción de fuentes a los procesos de creación de derechos y de obligaciones internacionales”, *Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*, vol. 16, 2003, p. 191 y ss.

(4) LACHS, Manfred (1983). “Some reflections on the contribution of the International Court of Justice to the development of international law”, *10 Syracuse J. of International Law and Com*, p. 241.

indicar que la Corte las utiliza en forma sucesiva. Al respecto, viene al caso recordar que al referirse a la discusión de este punto con motivo de la adopción del texto del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, que el actual transcribe textualmente, Zimmermann (5) recuerda que en el amplio debate que se produjo en esa oportunidad, algunos opinaron que “el juez debe considerar las diversas fuentes de derecho simultáneamente en relación entre sí”, mientras que otros (entre ellos Descamps, que presidió la comisión redactora) manifestaron que “(...) there is a natural classification. If two states concluded a treaty in which the solution of the dispute could be found, the Court must not apply international custom and neglect a treaty; if a well known custom exists there is no occasion to resort to general principles of law...”. Pero lo que resulta más revelador respecto de la intención de los redactores es que el proyecto final incluía la expresión “en el orden siguiente”, que en definitiva fue descartada, por estimar la comisión que ella era superflua y habría determinado el orden de aplicación. En otras palabras, aunque pueda hablarse de aplicación de un orden sucesivo, no hay duda que la intención fue que no existiese una jerarquía formal entre las fuentes.

A juicio de algunos autores, el art. 38 es una codificación de la doctrina de las fuentes. Sin embargo, Charney (6) destaca que la disposición solo es vinculante para la Corte Internacional de Justicia, de manera que, si el litigio se ventila ante otro tribunal, la comunidad internacional puede considerar además otros medios de solución. A su juicio, la disposición es susceptible de interpretación y evolución y en la práctica, a lo largo de los años, la Corte ha modificado de manera importante la forma en que la aplica. Para ilustrar el punto -y a manera de ejemplo- compara el criterio aplicado por la CIJ desde que falló los casos de la delimitación de la plataforma continental del Mar del Norte hasta el relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua, esto es entre 1969 y 1986. Observa que en el primero de ellos el tribunal buscó pruebas de que la norma de la equidistancia había pasado a ser parte del derecho consuetudinario, no encontrando práctica suficiente que respaldara esta conclusión; en el segundo resolvió que la práctica estatal era fundamental para establecer que el derecho internacional contempla normas relativas al uso de la fuerza y al derecho humanitario, y no encontrando práctica suficiente de que esas normas existiesen basó su conclusión en resoluciones de las Naciones Unidas, otras organizaciones internacionales y tratados. Según Charney, al apartarse del análisis tradicional de la práctica y remitirse a las actividades de los foros internacionales, la Corte habría reconocido que la comunidad internacional ha evolucionado y que para mantenerse actualizada y ajustarse a los cambios experimentados por el sistema jurídico internacional era preciso modificar la manera de abordar el art. 38 y, en consecuencia, la manera de percibir la doctrina de las fuentes. Esto resulta particularmente necesario cuando se trata de temas nuevos de alcance global, como el medio ambiente, el terrorismo, el crimen organizado, las violaciones de los derechos

(5) ZIMMERMAN, Andreas - TOMUSCHAT, Christian - OELLERS-FRAHM, Karin (2006). *The Statute of the International Court of Justice. A commentary, The Statute of the International Court of Justice. A commentary*, Oxford University Press, p. 842.

(6) CHARNEY, Jonathan I. (1997). “International lawmaking –Article 38 of the ICJ Statute reconsidered”, en Heinz, Ursula E. (Jost Delbrück ed.), *New Trends in International Lawmaking – International “Legislation” in the Public Interest*, Duncker and Humbolt, Berlín, pp. 174, 175-176.

humanos y otros, surgidos después de que se creara la Corte. De acuerdo con este criterio, se estaría entregando a los jueces una responsabilidad cada vez mayor y en cierta manera dejando de lado la doctrina tradicional de las fuentes. Sin embargo, en defensa de la Corte y opinando que al aceptar su aplicación en orden sucesivo se reconocería al menos implícitamente la existencia de alguna jerarquía, nuestra impresión es que, para evitar errores o abusos, o reconocerles a los jueces facultades que podrían poner en peligro la objetividad de sus fallos, es indispensable definir con mayor rigor dichas facultades mediante una revisión del Estatuto. No se trata en absoluto de menospreciar las habilidades personales o la experiencia profesional de los jueces sino de proteger a la comunidad internacional de posibles desvíos a partir de una línea maestra de jurisprudencia que asegure el desarrollo de esta en justicia.

Por otra parte, algunos han criticado la lista del art. 38 sosteniendo que ella es incompleta. Zimmermann (7) rechaza esta crítica, sosteniendo que ella no pretende ser taxativa y que, como ya se indicó, la Corte puede recurrir a otras fuentes. Lo que haría el art. 38 es enumerar las fuentes formales, es decir, los procesos en virtud de los cuales las normas jurídicas se tornan legalmente aplicables, la fuente de la cual deriva su validez jurídica. El autor mencionado señala que además de ellas el juez podría invocar fuentes materiales, las que concibe como el origen del contenido sustantivo de las normas, los factores que influyen en su desarrollo y que son su fundamento político, sociológico, económico, moral o religioso. Una vez más se tocan las atribuciones del juez puesto que se confrontan la corriente partidaria de que el juez tenga muy acotado su campo de acción y aquella que le atribuye a este una amplia posibilidad de introducir su propio criterio en el momento de decidir el caso. Otro punto delicado que convendría dilucidar.

Los incisos a) y b) del artículo 38.1 del Estatuto de la CIJ

Como la tesis central del presente trabajo apunta a la necesidad de precaverse de que los jueces, en este caso los miembros de la Corte, aun aplicando estrictamente las facultades que la normativa les reconoce, puedan extralimitarse creando derecho, no corresponde detenerse mayormente en los incisos a) y b) del art. 38. 1.

En lo que respecta al primero de ellos, si bien es cierto que en la actualidad los tratados que han sido expresamente aceptados como vinculantes por las partes satisfacen la mayor parte de la demanda en materia de derecho internacional, no puede pretenderse que haya tratados para la totalidad de los temas objeto de las relaciones entre los Estados. Es un hecho que no solo subsisten vacíos, sino que, además, los procesos de negociación, adopción del texto, aprobación y entrada en vigor de los tratados consumen bastante tiempo, y ello exige que haya otras normas igualmente aplicables de manera oportuna.

En el caso del segundo inciso, de acuerdo con el concepto tradicional el derecho internacional consuetudinario es producto de la práctica estatal y la *opinio juris*. Para que exista una norma de esta naturaleza los Estados deben actuar en consonancia con

(7) ZIMMERMAN, Andreas - TOMUSCHAT, Christian - OELLERS-FRAHM, Karin (2006). *The Statute of the International Court of Justice. A commentary, The Statute of the International Court of Justice. A commentary*, ob. cit.

ambas y la comunidad internacional debe aceptar dicha norma como legalmente obligatoria. Aunque para algunos, en especial los representantes de la doctrina soviética, los Estados deben consentir en aceptar la costumbre como ley, la verdad es que a quien corresponde hacerlo es a la comunidad internacional en su conjunto, en particular cuando se trata de costumbre general y la aceptación se expresa a través de su práctica. Sin embargo, hay que reconocer que al buscar evidencia de esta para determinar que efectivamente existe tal derecho, las autoridades se basan en el proceder de un número limitado de Estados, a menudo los más grandes e importantes y rara vez se tienen en cuenta a aquellos que no han participado en la práctica o no han realizado acciones que así lo indiquen. Como consecuencia de ello, muchos Estados no se percatan de que se está creando derecho, por lo cual no se han formado una opinión ni han participado en la creación de la norma. Charney (8) se basa en esto para sostener que la intervención de los foros internacionales en la formación de la norma significa que el proceso se ha tornado más deliberativo y se asemeja más a los procesos legislativos de la mayoría de los sistemas jurídicos modernos, lo que revelaría que ha cambiado la función de la comunidad internacional en el desarrollo del derecho internacional. De esta manera, se estarían aproximando peligrosamente el derecho y la política, en circunstancias en las que la solución de las controversias internacionales -propósito fundamental para asegurar la paz- es el logro de la justicia.

Volviendo a lo dicho más arriba sobre el peso que ha atribuido la CIJ a las resoluciones y declaraciones de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales, sostenemos que es una mala tendencia, porque se trata de actos políticos y, al atribuirles un valor distinto, significa confundir finalidades. Ello pese a que a través de su interpretación por tribunales internacionales algunos de sus elementos puedan adquirir connotación jurídica. Tampoco compartimos el criterio de que la fuerza de las resoluciones de la Asamblea General, por ejemplo, sea mayor según la votación con que hayan sido aprobadas: siempre representarán una opinión preponderantemente política y es controvertible que pasen a ser fuente de obligaciones jurídicas. Entonces, como no hay tratados que sean vinculantes para todos los Estados que constituyen la comunidad internacional, cuando la Corte deba aplicar normas de validez universal deberá necesariamente recurrir a normas de derecho consuetudinario o a principios generales de derecho. Para Lapidoth (9) “(...) justice implies fairness, impartiality, equality of treatment, whereas law’s function is to ensure order and security in a certain community, taking into consideration several elements, including justice. Equity may be viewed as measures intended to reduce the gap between law and justice in specific cases”.

El inc. c) del artículo 38.1 del Estatuto de la CIJ

Los jueces a menudo no dicen que aplican el principio de equidad, sino que mencionan otros, por ejemplo, abuso de derecho, equilibrio de intereses, u otro, principios que

(8) CHARNEY, Jonathan I. “International lawmaking – Article 38 of the ICJ Statute reconsidered” ob. cit., p. 181.

(9) LAPIDOTH, Ruth. “Equity in International Law”, *Israel La Review*, vol. 22-2, July 1987, p. 163.

en algunos casos pueden considerarse “principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”, a que alude el art. 38.

Para Bassiouni (10) los fallos de los tribunales, tanto internacionales como internos, han confirmado que:

“General principles’..” are, first, expressions of national legal systems and, second, expressions of other unperfected sources of international law enumerated in the Statutes of the PCIJ and ICJ; namely, conventions, customs, writings of scholars, and decisions of the PCIJ and ICJ. It is obvious that if these legal sources are perfected, they are *ipso facto* creative of international legal obligations. When they are not perfected (...), these manifestations, singularly or cumulatively with others, may possibly be considered to be expressions of a given principle”.

El mismo autor agrega luego que en el período posterior a la Carta de las Naciones Unidas también han podido surgir principios generales del consenso expresados en las resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad. Como se dijo más arriba, no compartimos este criterio. Las votaciones expresadas en estos órganos corresponden a instrucciones impartidas por los gobiernos respectivos que, por razones políticas no siempre coinciden con criterios estrictamente jurídicos. Cuando procede, los mismos gobiernos pueden defender libre y latamente sus posiciones sobre los diversos temas cuando ellos sean examinados en el seno de la Comisión de Derecho Internacional. Por cierto, no podemos negar que, a lo largo del tiempo, la reiteración de las resoluciones puede llegar a ser un elemento de convicción jurídica. Pero en este caso la resolución deja el ámbito de los principios generales de derecho y se adentra en el de la costumbre. Y entonces, será preciso probar la existencia de práctica internacional.

Si se tiene presente que la finalidad del derecho es la justicia, por estimar que son de utilidad para el actual análisis viene al caso agregar a la definición recién transcrita otras dos mencionadas por el mismo Bassiouni. En efecto, pese a las diferencias que se observan entre los distintos miembros de la comunidad internacional, la justicia se logra aplicando principios jurídicos de carácter objetivo y validez general. Mientras que para Bin Cheng (11) los principios generales son “cardinal principles of the legal system, in the light of which international law is to be interpreted and applied, para Verzijl (12) son “principles which are so fundamental to every well-ordered society that no reasonable form of co-existence is possible without their being, generally recognized as valid”. Encontramos aquí la base primigenia de la justicia que es la equidad, manifestada en la aplicación de estos principios a la solución de las controversias.

Se ha sostenido que al juez no le corresponde aplicar mecánicamente el derecho debido a que es un ser pensante. En consecuencia, necesariamente desarrolla el derecho; pero lo importante es que al hacerlo tenga conciencia de que su función no consiste en

(10) BASSIOUNI, M. Cherif (1989). “A functional approach to ‘General principles of international law”, *11 Mich. J. Intern. Law*, p. 768.

(11) *Ibidem*.

(12) *Ídem*, p.771.

crearlos. Si bien no hay razones objetivas para temer que en sus fallos pueda aplicar principios generales de derecho arbitraria o subjetivamente, es preferible que en esta materia sus facultades estén adecuadamente acotadas. No se trata en absoluto de desconfiar de su responsabilidad, pero puede haber errores humanos. Actualmente, el concepto de la responsabilidad del profesional en sus diversos campos de actividad ha sido ampliamente desarrollado y especificar mejor el ámbito de acción del juez es una manera de protegerlo. Lo lógico es que las normas sean elaboradas, aprobadas y finalmente aplicadas tras un estudio detenido en colectivo y cumplida una serie de etapas: no parece acertado que, al interpretarlas, una sola persona o un tribunal colegiado pueda inclinar la balanza en uno u otro sentido, en base a su formación particular, su experiencia y sus convicciones. La comunidad internacional tiene la obligación de adoptar todos los resguardos necesarios para que la norma aplicada ofrezca el máximo de garantías. Coincidimos con Gerald Fitzmaurice para quien, el hecho de que aparentemente respetando que su papel sea declarar la ley y no crearla, el juez esté en condiciones de orientarla en el sentido en que a su juicio debe dirigirse, equivale a activismo judicial, y eso es aproximarse a crear derecho. No parece que este camino sea el más acertado. Cae en este error la Asamblea General, por ejemplo, cuando mediante su resolución 3232 (XIX) “urges the Court to (...) develop international law through its decision-making (...)”, atento a que el apartado a) del párrafo 1 del art. 13 de la Carta señala que la Asamblea General “*promoverá estudios y hará recomendaciones (...) para impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación*”, por lo que en ningún momento puede interpretarse que cabe facultar a la Corte para crear derecho mediante sus sentencias. Reconocemos que esta percepción puede no ser compartida por quienes atribuyen dinamismo a las sentencias judiciales y consideran que ellas son un proceso de ajuste a las circunstancias. El propio Lachs (13) reconoce que la función de los tribunales no consiste en crear la ley sino en aplicarla, como él dice, consiste en “encontrar” la ley. De lo contrario, estarían actuando *ultra vires*. En definitiva, la función de la Corte es decidir el caso que tiene ante sí aplicando la ley y al hacerlo, interpretándola, pero dentro de parámetros definidos en un proceso que no ha dependido de ella. Esta percepción ha sido muy discutida, ya que algunos opinan que el proceso de conocer la ley y comprenderla exige armonizarla con el dinamismo propio de la vida internacional y no habría razón por la cual la Corte no siguiera desarrollando la ley y encauzándola hacia una mejor relación con la realidad internacional. No participamos de este criterio, precisamente porque en la actualidad las condiciones de la vida internacional varían tan rápidamente que el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, finalidad por la cual se crearon las Naciones Unidas, requiere de un elemento estabilizador. Este elemento es la norma legal, creada y modificable mediante un proceso reflexivo y relativamente prolongado que impida decisiones o interpretaciones apresuradas.

Los principios generales de derecho son una vía para introducir en el derecho los principios de equidad, pero se distinguen de esta en que no constituyen un sistema separado, paralelo a la ley, ni forman parte de ella. Para algunos autores, en su sentido

(13) LACHS, Manfred (1983). “Some reflections on the contribution of the International Court of Justice to the development of international law”, *10 Syracuse J. of International Law and Com*, p. 239.

más general la equidad es la fuente del dinamismo indispensable para que el derecho evolucione y pueda enfrentar la realidad y ha contribuido al derecho internacional con conceptos tan conocidos como los de buena fe, *pacta sunt servanda*, *jus cogens*, enriquecimiento sin causa, *rebus sic stantibus*, abuso del derecho y otros. A juicio de Akehurst (14), el hecho de que los tribunales a menudo invoquen la equidad no significa necesariamente que ella sea fuente formal de derecho, puesto que también pueden invocar factores extrajurídicos como las buenas costumbres o el sentido común, que son fuentes materiales y no formales. Al mismo tiempo, el autor advierte sobre los peligros que puede acarrear la equidad, no solo porque permite exceptuarse de las normas generales cuando resulte incómodo acatarlas sino también por su subjetividad, lo que en su opinión es extremadamente peligroso. Por mucho que las normas jurídicas deban ser justas, quizá convendría más que fueran claras y previsibles. Mientras que la equidad se presume, la aplicabilidad de un principio general de derecho debe probarse. De ahí su mayor conveniencia.

IV. Conclusión

Mediante un somero examen de una disposición del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia relativa a las fuentes de derecho aplicables no solo a los litigios entre Estados sino también a cualquier controversia en el ámbito internacional se pretendió poner de relieve que la Carta de las Naciones Unidas se encuentra rezagada respecto de la realidad actual. Con ello se quiso demostrar que los mecanismos previstos para que el órgano principal resuelva las controversias entre los miembros de las Naciones Unidas no solo requieren una actualización que los ponga a la altura de los tiempos sino una cuidadosa precisión del alcance de sus funciones, de modo de prevenir posibles arbitrariedades de parte de quienes los manejan. En consecuencia, en vez de introducir reformas parciales a la Carta constitutiva a fin de resolver problemas puntuales, debería celebrarse la Conferencia General a que alude el artículo 109.

La tarea de examinar el tema a fondo habría sido inalcanzable en un trabajo de limitada extensión y lo único que se pretendió fue tratar de sumar algunas ideas propias a las opiniones de tratadistas destacados a fin de despertar el interés por emprender un proyecto amplio que, entre otras cosas, abarque un estudio serio de la jurisprudencia de la Corte desde su creación. Pensamos que este sería tan útil como necesario. En general, la tarea sin duda correspondería a un grupo de personas y aspiramos que las breves ideas expuestas contribuyan al entusiasmo necesario para hacerlo.

Finalmente, querríamos señalar que tenemos conciencia de que las muy someras referencias a la equidad y a los principios generales de derecho, así como a la relación entre ambos, apenas si destacan la necesidad de prestarles especial atención. Tenemos la convicción de que, pese a que la impresión general es que las fuentes que menciona el art. 38 del Estatuto de la CIJ se aplican en forma sucesiva, existe un real peligro de que, en un futuro no muy lejano, con el fin de hacer justicia, la Corte termine por dar

(14) AKEHURST, Michael (1976). "Equity and general principles of international law", *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 25, N° 4, pp. 807, 811.

preferencia a los principios generales de derecho, buscando un punto medio que sea aceptable para ambas partes. Incurrirían así en una violación disimulada -o quizá involuntaria- de la disposición que reserva el fallo *ex aequo et bono* para aquellos casos en que sea expresamente aceptado por las partes.

V. Bibliografía

- AKEHURST, M. (1976). "Equity and general principles of international law", *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 25, N° 4.
- BASSIOUNI, M. Cherif (1989). "A functional approach to 'General principles of international law'", *11 Mich. J. Intern. Law*.
- CHARNEY, Jonathan I. (1997). "International lawmaking - Article 38 of the ICJ Statute reconsidered", en Heinz, Ursula E. (Jost Delbrück ed.), *New Trends in International Lawmaking - International "Legislation" in the Public Interest*, Duncker and Humboldt, Berlin, pp. 174, 175-176.
- CHEN, Bing (1955). "Justice and equity in international law", *Current Legal Problems*, vol. 8.
- DUPUY, René-Jean (1966). "L'adaptation de la Cour internationale de justice au monde d'aujourd'hui", *2 RBDI*.
- FITZMAURICE, G. (1986). "H. Lauterpacht, the law and procedure of the ICJ", vol. II, *BYIL* 37.
- FRIEDMANN, W. (1963). "The uses of 'general principles' in the development of international law", *57 AJIL* 279.
- GUTTERIDGE, H.C. (1952). "The meaning and scope of article 38 1, c) of the Statute of the ICJ", *Transactions of the Grotius Society*, Vol.38, B. Institute of Int. and Comp. Law.
- GRAUER, Christopher (1979). "The role of equity in the jurisprudence of the World Court", *37 U. Toronto Fac. L. Review*.
- JUSTE RUIZ, José - CASTILLO, Mireya (2005). *Lecciones de Derecho internacional público*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- LACHS, Manfred (1975). "La Cour internationale de justice dans le monde d'aujourd'hui", *11 Rev.BDI*.
- LACHS, Manfred (1983). "Some reflections on the contribution of the International Court of Justice to the development of international law", *10 Syracuse J. of International Law and Com.*
- LAPIDOTH, Ruth. "Equity in International Law", *Israel La Review*, vol. 22-2, July 1987.
- LOWE, Vaughn (1988). "The role of equity in international law", *Aust. YBIL*.
- KOLB, Robert (2013). *The International Court of Justice*, Oxford y Portland, Oregon, Hart Publishing (esp. Capítulo X, The Court's Jurisdiction and its current trends).
- KOVACS, Peter (2002). "Development and limits of international jurisprudence", *31 Denver Int.L. and Policy*.
- NEWMAN, Ralph A. (1966). "The principles of equity as a source of world law", *1 Isr. L.Rev.*
- POSNER, Eric A. - FIGUEREIDO, Miguel de (2005). "Is the International Court biased?", *The Journal of Legal Studies*, vol. 34 (2).
- SAMORE, William (1954). "The World Court Statute and impartiality of judges", *34 Nebraska L. Rev.*
- SCHLESINGER, Rudolf B. (1957). "Research on the general principles of law recognized by civilized nations", *51 AJIL*.

WEIL, Prosper (1983). "Towards relative normativity in international law", 77 *AJIL* N°3.

ZIMMERMAN, Andreas - TOMUSCHAT, Christian - OELLERS-FRAHM, Karin (2006). *The Statute of the International Court of Justice. A commentary, The Statute of the International Court of Justice. A commentary*, Oxford University Press.