

CAPÍTULO SEGUNDO

EL ARTÍCULO 38-1 DEL ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Sin duda, el artículo 38-1 del ECIJ ha sido un pilar para la aplicación del DI. Pero precisamente para su comprensión es necesario hurgar en sus orígenes, lo cual también nos ayudará a entender el sentido y alcance de las instituciones que se enuncian en dicho artículo 38-1.

I. GÉNESIS

A principios del siglo XX, la interpretación y la aplicación del derecho de presas por tribunales de diferentes países causaban una gran cantidad de opiniones divergentes. Por lo tanto, a fin de homogenizar, de alguna manera, la aplicación del derecho de presas, en el año de 1907 en la I Conferencia de La Haya se intentó establecer una corte internacional de presas. De ahí surgió la XII Convención de La Haya del 18 de septiembre 1907, que creó precisamente un Tribunal Internacional de Presas. Esta convención contiene un artículo 7o., que está expresado en forma más o menos parecida al actual artículo 38-1 del ECIJ y que es el antecedente más lejano que tenemos de un documento jurídico internacional que codifica las fuentes del DI. En efecto, la Convención de La Haya estableció:

Si la cuestión de que se trata de resolver está previsto por un convenio en vigor entre el beligerante que ha realizado la captura y el otro Estado que es parte en el litigio (o cuyo súbdito

sea parte en el mismo) el Tribunal aplicará las estipulaciones de dicho convenio.

A falta de tales estipulaciones, el tribunal aplicará las normas del derecho internacional. Si no existiesen normas generales reconocidas, el Tribunal fallará según los principios generales del derecho y de la equidad.³⁵

Esta expresión del derecho a aplicar por el tribunal no fue aceptado por el gobierno británico y fue llevado a la Conferencia Naval de Londres que se reunió en el año de 1908. De ahí surgió la Declaración de Londres que fue firmada el 26 de febrero de 1909, pero, otra vez, la Gran Bretaña se negó a ratificarla y jamás entró en vigor.³⁶ No obstante lo anterior, el Convenio de La Haya de 1907 rindió frutos pues tenía una virtud, se refería a las fuentes que en aquel momento se conocían o se tomaban en consideración por la práctica, por lo tanto, a partir de ese momento se tomó como un modelo a seguir.

En efecto, más tarde, en el año de 1920, el Consejo de la Liga de Naciones nombró a un Comité Asesor de Juristas, *Advisory Commitee of Jurists (CAJ)*,³⁷ con la finalidad de preparar un proyecto para la creación de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI). Era un paso importante que después nos llevaría a 1920 con el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (ECPJI), el antecedente de la actual Corte Internacional de Justicia (CIJ). Este estatuto fue diseñado por esa comisión de juristas nombrada específicamente para su elaboración.³⁸

³⁵ Piza Escalante, Rodolfo E., *op. cit.*, p. 60.

³⁶ Finch, George A., "Les sources modernes du droit international", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, París, 1935-III, t. 53, 1935, p. 608.

³⁷ Tomado de Cheng, Bin, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Londres, Stevens & Sons Limited, 1953, p. 6.

³⁸ Los miembros del CAJ fueron: Mineichiro Adatci, Rafael Altamira, Clovis Bevilaqua (después reemplazado por Raoul Fernandes), el Barón Descamps, Francis Hagerup, Albert de la Pradelle, Lord Phillimore, Arturo Ricci-Busatti y Elihu Root. El Secretario General del Comité fue Dionisio Anzilotti.

El CAJ sesionó desde el 16 de junio al 24 de julio de 1920, y pudo presentar sus reportes junto con el proyecto de ECPJI al Consejo de la Liga de Naciones en su octava sesión realizada del 30 de julio al 5 de agosto de 1920,³⁹ y dio por resultado una fórmula, que está contenida en el artículo 35 del estatuto:

Artículo 35. Dentro de los límites que le señala el artículo 34,⁴⁰ la Corte aplicará, en orden sucesivo:

1. Las convenciones internacionales de carácter general o especial que establezcan reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes.
2. La costumbre internacional que establezca una práctica comúnmente aceptada como ley.
3. Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.
4. Las decisiones judiciales y jurisprudenciales sentadas por los más altos publicistas de las diferentes naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.⁴¹

Es interesante ver que este artículo utiliza la expresión “en orden sucesivo”, lo que implica, de alguna manera, una jerarquía en la aplicación de las fuentes. En 1945, los fundadores de la Or-

³⁹ Tomado de Cheng, Bin, *General Principles of Law...*, cit., p. 6.

⁴⁰ El artículo 34 del Estatuto de la CPJI establece:

Entre Estados miembros de la Liga, la Corte, sin necesidad de un convenio especial, se avocará el conocimiento de las diferencias de orden jurídico que surjan por:

- a. La interpretación de un tratado;
- b. Cualquier punto de derecho internacional;
- c. La existencia de todo hecho que, si llegara a consumarse, constituiría de una obligación internacional;
- d. La naturaleza o la extensión de la satisfacción que debe darse por la ruptura o violación de un tratado internacional;
- e. La interpretación de una sentencia dictada por la Corte.

La Corte tomará conocimiento, también, de cualquier naturaleza de diferencias que le sean sometidas para un arreglo general o particular entre las partes”.

⁴¹ Tomado de *Revista Mexicana de Derecho Internacional*, México, t. III, 1921, p. 236.

ganización de las Naciones Unidas (ONU), tomaron la formulación de las fuentes del DI de su antecedente inmediato, la CPJI, y lo plasmaron en el artículo 38-1 del ECIJ, que en poco se separa y que actualmente establece:

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 de 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 partes así lo convinieren.

Hay que observar que la cláusula del primer párrafo “cuya función...” no existía en el original, fue adicionada en el año de 1946 y se hizo para enfatizar que de los párrafos “a” y “d” son fuentes reconocidas de DI.⁴²

En lo que se refiere a los Principios Generales de Derecho (PGD), una interpretación cercana a la comisión que redactó el artículo 38-1, entiende que “los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas pueden ser deducidos de los principios aceptados por las naciones *in foro* doméstico, tales como los principios de procedimiento, de buena fe y de *res judicata* y muchos otros principios del derecho privado, desarrollados por analogía en el derecho internacional pueden ser comprendidos en esta enumeración”.⁴³

⁴² Thirlway, Hugh, “The Sources of International Law”, *op. cit.*, p. 12.

⁴³ Finch, George A., *op. cit.*, p. 626.

Es importante también notar que el artículo 59 y la cláusula que abre el párrafo (d) del artículo 38 se introdujeron en el ECIJ por el Consejo de la Sociedad de Naciones posteriormente a su redacción por el comité de jurisconsultos. La fórmula final es el resultado de la oposición de las dos culturas jurídicas predominantes (la anglosajona y la romano-germánica), con ella se trata de limitar los efectos de la regla de *stare decisis* del derecho común inglés en la aplicación del derecho de decisiones judiciales anteriores sobre el párrafo (d) del artículo 38, y también dar el mensaje de que las Cortes internacionales no tendrán la función de legislar, ya que el alcance de sus decisiones está limitado al caso concreto, de ahí el artículo 59.

Otro de los aspectos interesantes del artículo 38-1 es que permite a la CIJ decidir *ex aequo et bono*. Este párrafo tampoco se encontraba en el proyecto del comité de jurisconsultos, se adicionó por la Asamblea de la Sociedad de Naciones. A criterio de algunos comentaristas⁴⁴ el significado de la expresión latina es vago; en general este término parece ser el equivalente de la palabra *equito*, que comprende un sistema originado en derecho romano que pasó al *common law* inglés y que tenía por objeto atemperar la aplicación de los principios legales para decidir, de acuerdo con la conciencia del *Chancelier*.⁴⁵ Esta parte se puede ver como un remanente de las discusiones en el seno del comité de jurisconsultos alrededor del párrafo (3), sobre una opinión individual acerca de lo justo o injusto.

Desde esta perspectiva, el artículo 38-1 es sumamente interesante. El párrafo (3) y esta última disposición permiten a los jueces decidir *ex aequo et bono*, y se trata de crear un sistema cerrado que prohíba *not liquet*⁴⁶ en las discusiones de la corte.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ En el mundo jurídico el término significa “ministro de justicia” o “jefe de justicia”.

⁴⁶ Expresión originada en el derecho romano y que literalmente significa “no está claro” en latín, que expresa la prohibición para el juez de dejar de

II. JERARQUÍA E INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 38-1

En la comisión de jurisconsultos que redactaron el original artículo 38-1, hubo polémica cuando se trataba de determinar si había un orden de aplicación de las fuentes señaladas en dicho artículo. En principio, se consideraba que no había un orden establecido en las fuentes; sin embargo, M. Ricci-Busatti de Italia, consideraba que el orden suponía una cierta jerarquía, “un orden sucesivo”.⁴⁷ La respuesta del presidente del comité no fue muy convincente ya que consideraba que había una clasificación natural.⁴⁸ Finalmente, la opinión de M. Ricci-Busatti fue:

Si la expresión *ordre successif* sólo significó que una convención debe ser considerada antes, por ejemplo que el derecho consuetudinario, es innecesaria. Es un principio fundamental de derecho que una regla especial, va antes que el derecho general. Esta expresión también parece fallar en reconocer que estas fuentes variadas pueden ser aplicadas simultáneamente y también que la naturaleza de cada fuente difiere una de otra.⁴⁹

resolver un conflicto alegando ausencia de norma. La idea es que el orden jurídico es hermético.

⁴⁷ “Estas palabras no sólo eran superfluas, sino que también pudieran sugerir la idea de que el juez no estuviera autorizado a recurrir a ciertas fuentes, por ejemplo, la señalada en el punto 3, antes de haber aplicado las convenciones y la costumbre mencionadas, respectivamente, en los puntos 1 y 2. Eso sería una falsa interpretación de las intenciones del Comité” (traducción del autor). Tomado de Harris, D. J., *Cases and Materials on International Law*, 5a. ed., Londres, Sweet and Maxwell, 1998, p. 23.

⁴⁸ “Hubo una clasificación natural. Si dos Estados concluyeron un tratado en el cual se pudiera encontrar la solución de una disputa, la Corte no debe aplicar la costumbre y hacer a un lado el tratado. Si existe una costumbre bien conocida, no hay ocasión de recurrir a un principio general del derecho. Nosotros debemos indicar un orden de *précellence* natural, sin requerir, en dado caso, el acuerdo de varias fuentes” (traducción del autor), *idem*.

⁴⁹ *Idem*.

En la doctrina contemporánea, algunos juristas han manejado que tampoco este artículo 38-1 expresa una jerarquía;⁵⁰ sin embargo, en realidad esta afirmación se rompe con la simple lectura y diferencias de lo que son las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como “medio auxiliar”. Esto significa que hay fuentes y otras que no lo son, son meros “medios auxiliares”, lo cual es lógico pensarlo ya que lo que hacen los jueces y la doctrina no es crear derecho, sino solo constatarlo y aplicarlo. La función del juzgador es identificar y aplicar las normas consuetudinarias, convencionales y los PGD.

Insistimos, el juzgador debe, y lo hace, respetar una jerarquía en la estructura jurídica, si no se puede encontrar ante un fenómeno de conflicto de fuentes. Por ejemplo, las normas de *ius cogens* que tienen un origen consuetudinario, ya por sí mismas marcan una jerarquía frente a todas las fuentes; son parte de un orden público internacional.

Por otra parte, también se ha discutido en la doctrina si el artículo 38-1 es un todo cerrado, si un juez puede declarar que no existe una norma aplicable a un caso concreto, es decir, la prohibición de *non liquet*. Para Hersch Lauterpacht la prohibición de *non liquet* es un principio de carácter consuetudinario previsto en el mismo artículo 38-1-c.⁵¹ Mientras otros, como Julius Stone, consideran que ésta no es una postura adecuada, dado que sería más saludable para el desarrollo del DIP que la corte podría dar ideas de derecho deseable⁵². No estamos de acuerdo con esto, pues aceptar la propuesta de Stone es conceder a los jueces un

⁵⁰ Por ejemplo, para Brownlie no hay una jerarquía, pero los juristas que realizaron el proyecto del artículo 38 intentaron darle un orden a las fuentes. Véase Brownlie, Ian, *op. cit.*, p. 5.

⁵¹ Lauterpacht, Hersch, “Some Observations on the Prohibitions of *non liquet* and the Completeness of the Law”, en Koskenniemi, Martti (ed.), *op. cit.*, pp. 435-458.

⁵² Stone, Julius, “*Non liquet* and the Function of the Law in the International Community”, en Koskenniemi, Martti (ed.), *op. cit.*, pp. 459-496.

poder de creación de normas que hasta ahora no tienen a nivel internacional. Además, esta postura puede ser peligrosa porque el tribunal en lugar de proponer una normatividad, puede simplemente callar. Como desafortunadamente fue el caso de la Opinión Consultiva (OC) de la CIJ sobre ensayos de armas nucleares.⁵³

En términos generales, la existencia de los PGD hacen pensar que el DI es un todo cerrado. Es hermético, ya que en el caso de que no exista una norma exactamente aplicable al caso concreto, se podría aplicar otra por analogía o mayoría de razón.

Por último, en cuanto a la actualidad del artículo 38, diremos que, considerando que el artículo 35 del ECPJI fue adoptado como artículo 38 del ECIJ, únicamente con la adición en su introducción de la frase: “La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar...”,⁵⁴ y salvo esta modificación, el artículo se ha mantenido inmutable. Sin embargo, la transformación de las relaciones internacionales en forma dramática desde el principio del siglo pasado a la fecha han dejado a dicho artículo como un traje fuera de medida.

Al respecto, Robert Y. Jennings⁵⁵ nos recuerda que el artículo 38-1 es un proyecto de 1920 y no siempre adecuado al DI de los años 80, en consecuencia, se debe usar, pero interpretarlo en donde sea necesario. El artículo 38-1 se debe ver como una guía, pero no como un todo acabado, es un punto de referencia que ha sido

⁵³ En la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la Legalidad de la Amenaza o el Empleo de Armas Nucleares (A751/218 de 19 de julio de 1996) se afirmó: “En el derecho internacional consuetudinario y en el derecho internacional convencional no existe ninguna prohibición de la amenaza o el empleo de las armas nucleares como tales”. Lo cual es una total violación de principio de *non liquet*.

⁵⁴ “...cuya función es decidir, de acuerdo con el derecho internacional, aquellas disputas que son presentadas ante la Corte” (traducción de Mónica Nuño). Tomado de Cheng, Bin, *General Principles of Law...*, cit., p. 21.

⁵⁵ Jennings, Robert Y., “What is International Law and how do we Tell it when we See It?”, en Koskeniemi, Martti (ed.), *op. cit.*, p. 29.

muy útil desde su creación hasta la fecha; pero que el dinamismo de las relaciones internacionales lo ha rebasado, y la práctica ha sido rica en nuevas manifestaciones de las fuentes a las que nos referimos en este trabajo.