

(186)

c.8

USO EXCLUSIVO
Investigación y
Docencia



DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

Apuntes de Clase
(Para uso exclusivo de los alumnos)

FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL, EN GENERAL Y LA COSTUMBRE,
EN ESPECIAL

Cátedra : DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

TEMAS :

FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO	pág.
I. Concepto y Clasificación	1
II. Las Fuentes Formales	2
III. Análisis del Art. 38 del Estatuto de la C.I.J.	2
IV. Jerarquía de las Fuentes	8
LA COSTUMBRE INTERNACIONAL	
I. Concepto	12
II. Importancia de la Costumbre	12
III. Elementos de la Costumbre Internacional	13
A. Elemento material u. objetivo	16
B. El Elemento psicológico o subjetivo	16
IV. Clasificación	20
a) Costumbres Universales	22
b) Costumbres Regionales	22
c) Costumbres Locales o Bilaterales	23
V. Proceso de formación de la Costumbre	23
1. Los Actos Estatales	24
2. Los Actos Interestatales, de organizaciones internacionales y de órganos jurisdiccionales internacionales	24
a) Las Conferencias Generales de Codificación, los tratados y la formulación de la costumbre internacional	26
b) Los Actos de las instituciones internacionales	26
c) Las decisiones de órganos jurisdiccionales y la costumbre. Papel de la jurisprudencia en la formación, prueba y formulación de la costumbre	28
VI. Fundamento de la Costumbre Internacional	33
VII. Valor Jurídico Comparado: Costumbre y Tratado	34
VIII. Prueba de la Costumbre	40
IX. Codificación de las Normas Consuetudinarias	43
	46

A. LAS FUENTES DE DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

1. Concepto y clasificación

En un sentido amplio, las fuentes están constituidas por los elementos de los cuales emanan los principios y normas de Derecho Internacional Público.

Se puede dividir en dos grandes grupos:

1. Fuentes materiales

Están constituidas por un conjunto de elementos históricos, económicos, sociales e ideológicos y de otro orden que han ido determinando el contenido de las normas de Derecho Internacional Público. Así, por ejemplo, no se entiende el nuevo Derecho del Mar sin analizar esos elementos, entre los cuales: el avance de las técnicas de prospección y explotación de fondos marinos; sistemas más modernos de pesca; protección del medio ambiente; necesidad de contemplar los puntos de vista de las grandes potencias y de las medianas y, al mismo tiempo, favorecer a los países en vías de desarrollo y a los sin litoral, etc. Ultimamente, a raíz del desastre de la planta nuclear de Chernobyl, en la Unión Soviética y la contaminación que se produjo en países vecinos, se aprobaron dos Convenciones (1986), que ya se encuentran en vigor, destinadas a establecer la cooperación internacional y la pronta notificación de accidentes nucleares.

Su estudio se considera que pertenece más bien a la Sociología de las Relaciones Internacionales, que al Derecho Internacional.

2. Fuentes formales

Están constituidas por los procedimientos, medios o actos a través de los cuales se crean, modifican o extin-

güen las normas de Derecho Internacional Público (1). A través de estas fuentes, una regla pasa a ser derecho positivo.

II. Las fuentes formales

Son solamente las fuentes formales las que analizaremos en estos apuntes.

Estas fuentes formales se encuentran en todos los sistemas jurídicos, pero tienen distinta importancia relativa según sea el grado de desarrollo y organización de cada comunidad. En el ámbito interno, el concepto de fuente formal está vinculado al sistema constitucional de creación de normas jurídicas. En cambio, la Comunidad Internacional es descentralizada y no ha llegado al grado de organización de los Estados nacionales. Esta diferencia se refleja en las fuentes de cada uno de esos ordenamientos jurídicos.

Estas Fuentes Formales, se pueden clasificar atendiendo a diversos criterios:

a) Las fuentes convencionales.- que derivan de acuerdos de los sujetos del ordenamiento jurídico. En el Derecho Internacional Público están representadas por los tratados.

b) Las fuentes espontáneas.- que son el resultado de la simple interacción de los sujetos, que dan lugar a normas de conducta de carácter jurídico. En esta disciplina jurídica internacional están constituidas por la Costumbre y los Principios Generales del Derecho; y

c) Las fuentes autoritarias.- que son muy importantes en los derechos nacionales que provienen de sociedades centralizadas con poder constituyente y legislativo, con capacidad para dictar las normas constitucionales y de carácter simplemente legal, complementada con la potestad reglamentaria del Ejecutivo.

(1) Debe distinguirse entre Fuente que es el procedimiento por el medio del cual se crea la norma; y la norma misma que es la substancia de la regla creada por ese procedimiento. Decimos así, que son fuentes las convenciones o tratados y la costumbre, los que dan origen a normas convencionales y consuetudinarias, respectivamente.

Ya hemos dicho que la sociedad internacional es descentralizada e inorgánica; carece de un Poder Legislativo central, de manera que las normas provenientes de fuentes autoritarias son excepcionales. Se pueden citar determinados actos de las organizaciones internacionales, actos unilaterales de los Estados con alcance Internacional, y las sentencias de los Tribunales Internacionales, para el caso decidido y entre las partes en litigio.

El análisis de las fuentes formales tiene interés teórico y práctico. Como dice Jiménez de Aréchaga, siguiendo a Sorensen, "el método más acertado para el estudio científico del Derecho Internacional es el empírico" y agrega, citando al mismo autor: este método "considera como normas de Derecho Internacional únicamente aquellas que serían aplicadas por un Tribunal Internacional en un caso dado en el supuesto de que tuviera competencia para resolver el litigio". De manera que es importante analizar la práctica de los Tribunales Internacionales y ver cuáles son las fuentes que ellos consideran. "De hecho este es el enfoque que adoptan los asesores de los Ministros de Relaciones Exteriores y los internacionalistas dedicados a la práctica internacional cuando asesoran respecto a algún problema de Derecho Internacional" (Jiménez de Aréchaga).

En cuanto al contenido de las normas de Derecho Internacional, debemos señalar que en algunos casos son de carácter general, abstracto y permanente (2), como en las normas consuetudinarias generales, los principios generales de derecho y algunas normas convencionales; en otros, son de carácter particular (3), sólo afectan a determinados sujetos de Derecho Internacional, como es el caso de las decisiones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, los fallos de los Tribunales Internacionales y determinadas normas convencionales.

(2) Las de carácter general están destinadas a regir todas las situaciones concretas que pueden presentarse en el futuro.

(3) Las de carácter particular están destinadas a regir situaciones determinadas.

güen las normas de Derecho Internacional Público⁽¹⁾. A través de estas fuentes, una regla pasa a ser derecho positivo.

II. Las fuentes formales

Son solamente las fuentes formales las que analizaremos en estos apuntes.

Estas fuentes formales se encuentran en todos los sistemas jurídicos, pero tienen distinta importancia relativa según sea el grado de desarrollo y organización de cada comunidad. En el ámbito interno, el concepto de fuente formal está vinculado al sistema constitucional de creación de normas jurídicas. En cambio, la Comunidad Internacional es descentralizada y no ha llegado al grado de organización de los Estados nacionales. Esta diferencia se refleja en las fuentes de cada uno de esos ordenamientos jurídicos.

Estas Fuentes Formales, se pueden clasificar atendiendo a diversos criterios:

a) Las fuentes convencionales.- que derivan de acuerdos de los sujetos del ordenamiento jurídico. En el Derecho Internacional Público están representadas por los tratados.

b) Las fuentes espontáneas.- que son el resultado de la simple interacción de los sujetos, que dan lugar a normas de conducta de carácter jurídico. En esta disciplina jurídica internacional están constituidas por la Costumbre y los Principios Generales del Derecho; y

c) Las fuentes autoritarias.- que son muy importantes en los derechos nacionales que provienen de sociedades centralizadas con poder constituyente y legislativo, con capacidad para dictar las normas constitucionales y de carácter simplemente legal, complementada con la potestad reglamentaria del Ejecutivo.

(1) Debe distinguirse entre Fuente que es el procedimiento por el medio del cual se crea la norma misma que es la substancia de la regla creada.

Ya hemos dicho que la sociedad internacional es descentralizada e inorgánica; carece de un Poder Legislativo central, de manera que las normas provenientes de fuentes autoritarias son excepcionales. Se pueden citar determinados actos de las organizaciones internacionales, actos unilaterales de los Estados con alcance Internacional, y las sentencias de los Tribunales Internacionales, para el caso decidido y entre las partes en litigio.

El análisis de las fuentes formales tiene interés teórico y práctico. Como dice Jiménez de Aréchaga, siguiendo a Sorensen, "el método más acertado para el estudio científico del Derecho Internacional es el empírico" y agrega, citando al mismo autor: este método "considera como normas de Derecho Internacional únicamente aquellas que serían aplicadas por un Tribunal Internacional en un caso dado en el supuesto de que tuviera competencia para resolver el litigio". De manera que es importante analizar la práctica de los Tribunales Internacionales y ver cuáles son las fuentes que ellos consideran. "De hecho este es el enfoque que adoptan los asesores de los Ministros de Relaciones Exteriores y los internacionalistas dedicados a la práctica internacional cuando asesoran respecto a algún problema de Derecho Internacional" (Jiménez de Aréchaga).

En cuanto al contenido de las normas de Derecho Internacional, debemos señalar que en algunos casos son de carácter general, abstracto y permanente⁽²⁾, como en las normas consuetudinarias generales, los principios generales de derecho y algunas normas convencionales; en otros, son de carácter particular⁽³⁾, sólo afectan a determinados sujetos de Derecho Internacional, como es el caso de las decisiones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, los fallos de los Tribunales Internacionales y determinadas normas convencionales.

(2) Las de carácter general están destinadas a regir todas las situaciones concretas que pueden presentarse en el futuro.

(3) Las de carácter particular están destinadas a regir situaciones determinadas.

III. Análisis del Artículo 38 del Estatuto de la C.I.J.

Este artículo 38 es el único texto vigente, de alcance general, que, aunque no lo dice expresamente, se refiere a las fuentes formales del Derecho Internacional Público.

El Texto del Artículo 38 es el 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 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 en el art. 59. (4)
2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo conviniereñ.

Su origen se encuentra en el art. 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (de 1920).

(4) Artículo 59: "La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido".

antecesora de la actual Corte Internacional de Justicia (CIJ) de 1945 que es idéntico al actual, salvo en su encabezamiento. En efecto, el texto anterior decía:

"La Corte aplica:"; y en la actual redacción expresa:

"La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:" Esta modificación, según Díez de Velasco, "nos hace ver claramente cómo, a través de la referencia al derecho internacional, se ha llegado a un reconocimiento palpable de que las fuentes enumeradas en el art. 38 son las fuentes de Derecho Internacional"⁽⁵⁾, y agrega "la doctrina internacionalista lo afirma también de forma prácticamente general".

Es interesante señalar el alcance prácticamente universal de esta norma que, en la actualidad rige para los 159 miembros de las Naciones Unidas y para tres Estados no miembros, pero que son parte del Estatuto⁽⁶⁾ (Suiza, Liechtenstein y San Marino); además para los pocos Estados que no son miembros de la ONU ni partes en el Estatuto, está abierto a la adhesión de ellos (art. 93, Nº 2 de la Carta).

La importancia del art. 38 se encuentra en que es la única norma vigente de carácter general que se refiere a las fuentes, y que ha ejercido influencia en la doctrina y la práctica, y en numerosos tratados sobre solución de controversias. En la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, se acude a él, en los arts. 74 y 83, al referirse a la delimitación de la Zona Económica Exclusiva y de la Plataforma Continental entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente y dicen que se efectuarán por acuerdo entre los Estados "sobre la base del derecho internacional, a que se

(5) Este agregado, en el encabezamiento del art. 38 párrafo 1º, tuvo efectivamente la importancia que le atribuye Díez de Velasco; pero es objeto de crítica porque se está refiriendo sólo a la jurisdicción contenciosa de la CIJ, en circunstancias de que ella tiene también jurisdicción consultiva, en que no hay controversia entre partes y no hay propiamente una decisión de la Corte, pero en que también se aplica el Derecho Internacional Público.

(6) Hasta Marzo de 1989.

hace referencia en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, a fin de llegar a una solución equitativa".

Hay varios aspectos del artículo 38 que han sido objeto de crítica.

1). Se dice que no contempla una jerarquía de fuentes; pero para nosotros este no es un defecto sino más bien un aspecto positivo, ya que da flexibilidad al Tribunal Internacional para aplicar la fuente más apropiada al caso sometido a él.

2). Que contempla en un mismo párrafo, verdaderas fuentes de derecho y medios auxiliares para determinarlo;

3). Que establece una especie de equilibrio entre doctrina y jurisprudencia, en circunstancias de que esta última tiene una importancia muy grande como medio de determinar las normas de Derecho Internacional, como veremos más adelante;

4). Que al hablar de los principios generales de derecho, agrega "reconocidos por las naciones civilizadas", lo que constituye un reflejo del colonialismo existente cuando se redactó, poco después del término de la primera guerra mundial el artículo 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (C.P.J.I.), que fue reproducido en el artículo 38 del Estatuto de la nueva Corte. Hoy se considera que todos los miembros de la ONU y los Estados partes en el Estatuto, son naciones civilizadas; y

5). Que por último, se estima que este artículo no es taxativo, es decir, no contempla, algunas fuentes formales, como determinados actos unilaterales de las organizaciones internacionales. Efectivamente algunas Organizaciones Internacionales tienen facultad para dictar normas obligatorias, generales o particulares, que tienen valor vinculante para los Estados miembros, independientemente de su aceptación por ellos. Son todavía excepciones calificadas en el Derecho Internacional Contemporáneo y hay que tener presente que, en todo caso, esas

normas son obligatorias en cuanto así está establecido en el Tratado Constitutivo de la Organización, y tienen un valor jerárquico inferior al tratado mismo. En definitiva, sería la fuente formal "Tratado o Convención", según nuestra opinión, la que serviría de fundamento al valor de un acto unilateral de una organización internacional; sería, en consecuencia, una fuente formal no autónoma.

Son también fuentes formales, no contempladas en el art. 38, determinados actos unilaterales de los Estados, que tienen alcance jurídico de significación internacional, como la promesa, la protesta, la renuncia y el reconocimiento.

Por último, se dice que el fallo o sentencia de un tribunal internacional debe considerarse como fuente particular, en cuanto es obligatorio para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido (art. 59 del Estatuto de CIJ).

La "equidad" contemplada en el N° 2 del art. 38 del Estatuto, a la cual puede recurrir la Corte para dictar su fallo sólo si las partes le han dado esa facultad, será materia de estudio en su oportunidad.

No existiendo un Poder Legislativo Universal, el artículo 38 no podía contener en su enunciado de fuentes a la ley universal. Por las características descentralizadas de la sociedad internacional no existe ese Poder Legislativo ni esa Ley Universal, con características de generalidad, abstracción y permanencia, a diferencia de lo que ocurre en los Estados Nacionales.

El análisis del artículo 38 en su párrafo 1º nos permite distinguir, como lo hemos dicho, claramente entre las verdaderas fuentes formales (convenciones, costumbre y principios generales; (letras a), b) y c) y los medios auxiliares para la determinación del derecho, jurisprudencia y doctrina, (letra d)).

Las tres primeras son consideradas como fuentes "principales; sin embargo, respecto de los principios generales de derecho, aunque se la estima como "principal", tiene, en los hechos, el carácter de "subsidiaria", ya que, por lo general se acudirá a esos Principios en caso de insuficiencia de las normas convencionales o consuetudinarias que rijan entre las partes en litigio."

IV. Jerarquía de las Fuentes

El artículo 7 de la Convención XII de la Haya, de 18 de octubre de 1907, que creaba un Tribunal Internacional de Presas (para resolver problemas de capturas efectuadas en tiempo de guerra, de naves que transportaban mercaderías destinadas al enemigo) contemplaba fuentes de derecho. Esta norma no tiene sino un valor teórico. Debido a un desacuerdo entre las potencias sobre el contenido exacto del derecho Consuetudinario de la guerra marítima, esta convención quedó como letra muerta; se ha entendido que esa convención establecía un orden jerárquico de fuentes.

En su artículo 7 se refiere a la situación en que la cuestión de Derecho está prevista en una Convención vigente entre los litigantes, en cuyo caso se aplica ésta y que a falta de tales estipulaciones se aplicarán reglas de derecho internacional (o sea, la costumbre general).

Si no existían reglas generales reconocidas, la Corte fallaba de acuerdo con los principios generales del derecho y de la equidad.

En cambio el art. 38 del Estatuto, según nuestra opinión, se abstuvo de establecer una jerarquía entre las diversas fuentes formales que él reconoce. Se han dado diversos argumentos para hacer esta afirmación. Entre los principales están los siguientes:

En el proyecto del artículo 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (C.P.J.I.), se establecía que la aplicación había

de hacerse "por orden sucesivo". "La Asamblea General de la Sociedad de las Naciones decidió suprimir este inciso por considerarlo innecesario" (Diez de Velasco).

Por otra parte se hace una relación de ellas con letras (a, b, etc.), no se utilizan las ordinales, que como dice Diez de Velasco, "hubieren supuesto un criterio claramente jerárquico" (p. 80.).

Por último, como dice Quoc Dihn (p.109) "a la ausencia de jerarquía orgánica de la sociedad internacional corresponde la ausencia de toda jerarquía entre las fuentes".

No obstante no establecerse en el art. 38, jerarquía, hay un "orden sucesivo de consideración" (Quoc Dihn).

Es natural que el juez o árbitro examina primero lo que las partes han convenido sobre la materia; y que si no hay normas expresas y especiales, busque en el derecho consuetudinario la solución del conflicto, y a falta de éstas, en los principios generales de derecho.

Pero este es un método operativo que no indica jerarquía, y el Tribunal puede aplicar varias fuentes en un caso determinado.

Puede ocurrir que ante un Tribunal Internacional las partes o una de ellas establezcan en qué fuentes deberá basarse ese Tribunal. En ese caso, este último deberá respetar esa voluntad. Así en el caso "Actividades Militares y Para Militares en Nicaragua y contra este país (Nicaragua-EEUU), se incluyó en la reserva que hizo Estados Unidos, al reconocer la jurisdicción de la Corte, una cláusula que no permite la aplicación de los instrumentos multilaterales, por lo cual el fallo hubo de basarse, fundamentalmente, en la costumbre internacional.

Jerarquía entre Normas Jurídicas Internacionales.

Hemos visto que se hace una distinción entre las fuentes de Derecho Internacional y las normas que esas fuentes producen. Respecto de las fuentes principales, especialmente tratados y costumbre, la conclusión generalmente aceptada que no hay jerarquía entre ellas.

Pero examinado el problema desde el punto de vista de las normas jurídicas a que esas fuentes dan lugar, encontramos con algunos principios que deben aplicarse:

En primer lugar, las normas imperativas de Derecho Internacional General (Jus Cogens)⁽⁷⁾, sean de origen convencional o consuetudinario, predominan sobre todas las demás, cualquiera que sea la fuente de que provengan.

No tratándose de normas de Jus Cogens, se aplican los siguientes principios jurídicos:

Lex Specialia Derogat Generali, según el cual las normas especiales priman sobre las generales.

Lex Posterior Priori Derogat, según el cual la norma posterior, que puede ser consuetudinaria o convencional, prima sobre la anterior. Este punto se verá con más claridad al tratar las relaciones entre la costumbre internacional y los tratados.

Ahora bien, dentro de cada fuente hay reglas que regulan los casos en que hay normas jurídicas internacionales incompatibles o difícilmente conciliables.

(7) Según el artículo 53 de la Convención de Viena sobre "El Derecho de los Tratados": "Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

En materia de tratados, la Convención de Viena contiene normas al respecto. Entre ellas, su artículo 30 se refiere especialmente a lo dispuesto por el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas que expresa: "En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta" (Para muchos autores esto significa el reconocimiento del carácter constitucional de la Carta de las Naciones Unidas).

En el caso de las Organizaciones Internacionales hay una jerarquía entre las normas originarias (tratados), que predominan, y las normas derivadas (Resoluciones de los Organos), que deben encuadrarse en las anteriores para su validez.

B. LA COSTUMBRE INTERNACIONAL (8)

I. Concepto

El artículo 38, párrafo 1º, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, dice que la función de esta "es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas", y agrega que "deberá aplicar:

"b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho" (9).

Basándose en esa disposición, dice Díez de Ulasco: "Entendemos por costumbre internacional la expresión de una práctica seguida por los sujetos internacionales y generalmente aceptada por éstos como derecho".

De la disposición anteriormente citada se deducen dos elementos básicos para la existencia de la costumbre, como fuente de derecho internacional: el material u objetivo (práctica), y el psicológico o subjetivo (convicción de su obligatoriedad jurídica -opinio juris-), los que serán examinados más adelante.

(8) Al comenzar el análisis de la costumbre internacional, es importante considerar que esta fuente no es sólo relevante en el ámbito internacional, sino que también es utilizada en los órdenes jurídicos internos, aunque sin desconocer que hoy, en un grado bastante menor que en el plano internacional. La ley, en el orden interno, ha superado largamente en importancia como fuente formal a la costumbre. Sin embargo, a pesar de este hecho se debe considerar a la costumbre como un fenómeno natural de dicho sistema jurídico variando sólo su importancia frente a otras fuentes.

Así en el Código Civil en el art. 2 hay una referencia a la costumbre. Esta norma dice que "la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella". Lo mismo en el art. 4 del Código de Comercio, que establece: "las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley cuando los hechos que les constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o una determinada localidad, y reiterados por un largo espacio de tiempo, que se apreciará prudencialmente por los juzgados de comercio". No es pues, un fenómeno exclusivo de la sociedad internacional, aunque es en ésta donde adquiere una importancia trascendental debido, como hemos dicho, a la falta de un órgano legislativo centralizado.

(9) La redacción de esta disposición es criticada por diversos tratadistas señalando que no es "la prueba de una práctica", sino por el contrario "es esta práctica la que prueba que existe una costumbre internacional" (en Ma-

Esta fuente de derecho internacional, a diferencia del tratado, es extraconvencional y de carácter espontáneo, (10), (11), (12), ya que no resulta de la manifestación de voluntad de crear normas jurídicas, sino de un conjunto de comportamientos de los sujetos de derecho, comportamientos cuyo objeto no es el de crear una regla jurídica (Quoc Dinh), pero que conducen, en definitiva, a su creación.

La costumbre es una fuente formal y es autónoma, respecto de las demás fuentes de derecho internacional. Las normas que ella origina se denominan normas consuetudinarias (conviene recordar que las normas provenientes de los tratados se denominan normas convencionales).

II. Importancia de la Costumbre

Antes de estudiar los elementos que constituyen la costumbre, examinaremos la importancia de esta fuente de derecho internacional, sus ventajas e inconvenientes.

En primer lugar, desde el punto de vista histórico, debe señalarse que el Derecho Internacional nace como ordenamiento jurídico basado en la costumbre, fuente que conserva hasta hoy su importancia, dado el carácter descentralizado de la sociedad internacional, que carece de legislador.

Sólo en épocas muy recientes se ha procedido a codificar algunos aspectos regulados por el derecho consuetudinario, pero aun así se puede afirmar que el derecho internacional general está hoy regido fundamentalmente por la costumbre.

(10) Los principios generales de derecho (artículo 38, párrafo 1, letra c) del Estatuto) constituyen también una fuente extraconvencional espontánea.

(11) Aunque en estos apuntes nos referiremos principalmente a la costumbre derivada de la práctica y la opinio juris de los Estados, se concibe también que la práctica de las organizaciones internacionales -con su correspondiente opinio juris- puede dar lugar a una costumbre internacional. Este punto lo trataremos más adelante.

(12) Dice Quoc Dinh "La historia del Derecho Internacional revela que este Derecho nació en el momento en que aparecieron las primeras normas consuetudinarias en el campo de las relaciones internacionales".

Pero aún en aquellas materias en que existen normas convencionales, la costumbre desempeña un importante papel: rige materias no contempladas o no suficientemente desarrolladas en la Convención, y rige para los Estados que no son partes en el tratado (en este último caso puede ser el mismo texto de la norma convencional, si el tratado no hizo otra cosa que codificarla, o si esa norma convencional llegó a ser, posteriormente, derecho consuetudinario) (13).

Por otra parte, todo el derecho de los tratados se basa en una norma consuetudinaria, como es el principio "Pacta Sunt Servanda".

En un sistema descentralizado, como es el internacional, la costumbre tiene la ventaja de que se va adaptando a las transformaciones que experimentan las relaciones internacionales, lo que la constituye en una fuente más flexible que los tratados (14). Las convenciones generales, como las de Ginebra de 1958, sobre diversos aspectos del Derecho del Mar, quedaron, en parte, obsoletas al poco tiempo, y su modificación y ampliación por la nueva Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar -Montego Bay 1982-, demoró más de diez años en gestarse y aún no entra en vigencia; en cambio se encuentran en vigor, a través de la costumbre, muchos de los nuevos conceptos de esta última, como la zona económica exclusiva, entre otros. Este es un ejemplo interesante del valor modificatorio de la costumbre, en relación con el derecho convencional, que ha dejado de corresponder a las exigencias de la sociedad internacional.

Hasta hace poco tiempo se creía que la costumbre había tendido a ceder el paso a los Tratados, debido al de-

(13) Los artículos 3, letra b), 38 y 43, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, confirman lo anteriormente expresado.

(14) Dice Rousseau que "esta plasticidad de la costumbre constituye a la vez una ventaja (en cuanto significa la adaptación de la costumbre a las situaciones concretas y un inconveniente en cuanto favorece la transformación o abrogación de la norma jurídica por procedimiento ocultos e "insensibles", engendrando por ello una "fastidiosa" incertidumbre sobre el contenido del derecho)".

sarrollo de las convenciones multilaterales, especialmente de codificación.

Pero, como dice Prosper Weil (15), lejos de conocer la declinación y la menor productividad profetizada por algunos, la costumbre se ha beneficiado con un nuevo impulso, de una segunda juventud. En lugar de constituir, como antes, el punto de término de un lento proceso consuetudinario, las convenciones multilaterales sirven hoy de expresión, de cristizador o de punto de partida de reglas consuetudinarias cuya fuerza jurídica es independiente de los textos que las contienen.

Paralelamente, dice P. Weil, la costumbre se forma más rápida y fácilmente. Ya no es necesaria una lenta maduración que se extendía por un largo tiempo; una negociación basta, o aún el voto de una resolución. A tal punto que se habla a veces, paradójicamente, de una "costumbre instantánea".

Agrega el Prof. Weil que esta evolución es tanto más notable en cuanto la costumbre cubre hoy campos cada vez más vastos; así, en el Caso de Nicaragua, la Corte englobó en el Derecho Consuetudinario principios como los de no intervención, no recurso a la fuerza, solución pacífica de las controversias. La Corte habla aún del "concepto jurídico fundamental de la soberanía de los Estados en Derecho Consuetudinario".

Pero no todas son ventajas de la costumbre, como veremos más adelante al tratar el tema de la codificación y la costumbre, en numerosos casos presenta ciertos inconvenientes como son la incertidumbre, la imprecisión, y la posible existencia de diversas costumbres sobre la misma materia.

(15) Conferencia dada en la Academia Diplomática de Chile, Santiago, Diciembre de 1988.

III. Elementos de la Costumbre Internacional

Como hemos dicho anteriormente, dos son los elementos necesarios para que se constituya esta fuente de Derecho Internacional.

A). Elemento material u objetivo (llamado también histórico)

Este elemento está constituido fundamentalmente por la práctica de los Estados y de otros sujetos de derecho internacional, formada por la repetición constante y uniforme de actos o abstenciones; son los denominados precedentes. Estudiaremos principalmente los precedentes creados por los Estados.

Las expresiones referentes al uso "constante y uniforme" como elementos esenciales de carácter objetivo han sido empleadas en numerosas oportunidades por la Corte Internacional de Justicia. Así en el caso del Asilo y en el del Derecho de Paso en Territorio de la India. En un dictamen de un fallo arbitral sobre acuerdo aéreo entre Italia y los EE.UU. se dijo que debe ser "constante, efectivamente seguida, y sin cambio".

En cuanto a la omisión o abstención, no hay dudas en cuanto a que puede contribuir, tanto como la acción a constituir el elemento material de la costumbre. Así, en el caso del LOTUS, la Corte Permanente de Justicia Internacional estableció que la abstención repetida podría constituir costumbre internacional, siempre que existiera la opinión juris.

Los términos empleados por la Corte Permanente de Justicia Internacional son: "sólo se podría hablar de costumbre internacional si la abstención estuviera motivada por la

conciencia del deber de abstenerse" (16).

La práctica debe ser constante y uniforme, pero, para algunos autores surge la duda si debe ser también unánime, tratándose de costumbres de alcance universal. Esta opinión no es aceptada por la jurisprudencia ni la doctrina. Como dice Quoc Dinh, "exigir práctica unánime sería irrealizable y no realista".

La Corte Internacional de Justicia ha rechazado la exigencia de la unanimidad. Así, en el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte, ha dicho: "Respecto a los otros elementos generalmente estimados necesarios para que una norma convencional se considere que ha llegado a ser norma general de Derecho internacional puede que sea suficiente, incluso sin que haya transcurrido un largo período de tiempo, una participación muy amplia y representativa en el convenio siempre y cuando incluya los Estados especialmente interesados" (17).

De manera que no es necesaria la unanimidad, solamente se requiere la participación generalizada de la comunidad.

(16) Caso del Lotus: "A consecuencia de la colisión ocurrida en alta mar el día 2 de Agosto de 1926, entre el vapor francés LOTUS y el turco BOZ-KOURT, y a raíz de la llegada del buque francés a Estambul, las autoridades turcas ejercieron acciones penales contra el oficial del Lotus, Demons, en razón de la pérdida del vapor turco que originó la muerte de ocho marineros y pasaje a un tribunal turco, sino ante los tribunales del Estado del pabellón (Francia en este caso), basado en que raramente se otorga jurisdicción a los tribunales penales del Estado afectado, lo que probaría un consentimiento tácito de los Estados y, por tanto sería la expresión del derecho internacional en materia de abordaje". La Corte Permanente de Justicia Internacional no aceptó esta tesis y se pronunció en el sentido de "que la circunstancia de que los Estados se han abstenido frecuentemente, de hecho, de ejercer diligencias penales, y no que ellos se reconociesen obligados a obrar así; ahora bien, sólo se podría hablar de costumbre internacional si la abstención estuviese motivada por la conciencia de un deber de abstenerse". (De Oriol Casanova y La Rosa).

(17) En Casanova y La Rosa (lo subrayado es nuestro).

nidad internacional en su conjunto. Tampoco es necesario que los Estados hayan manifestado expresamente su reconocimiento o conformidad con una práctica determinada. Más adelante, al tratar los fundamentos de la costumbre, veremos la situación que se presenta respecto del Estado "objeto persistente" o "recastrante" (el que durante el período de formación de la costumbre se negó a aceptarla y continuó en su actitud de rechazo), y de los "nuevos Estados".

Los actos (o abstenciones) del Estado que contribuyen a la formación de la costumbre son aquellos "llevados a cabo por sus órganos y que tienen incidencia en las relaciones internacionales". Se trata principalmente de las autoridades que tienen a su cargo las relaciones exteriores del Estado, pero también puede tratarse de resoluciones del Poder Judicial, actos del Poder Legislativo y actuaciones de los servicios administrativos del país, todos los cuales pueden servir de precedentes. (Quoc Dinh).

Hasta hace algún tiempo se partía de la base que el elemento objetivo -la práctica- antecedía a la "opinión juris". En la actualidad se reconoce que el consenso sobre un punto de derecho, puede dar lugar, a través de una práctica posterior, a la formación de la costumbre internacional. Sin embargo, la mayoría de los autores niega la posibilidad de lo que se ha llamado la "costumbre instantánea" o "inmediata", en la que la práctica y la opinión juris concurrirían simultáneamente. Esto en razón de que la costumbre es un proceso que toma necesariamente como base la práctica (precedentes) de los distintos sujetos del Derecho Internacional.

La duración de la práctica

La Jurisprudencia internacional no exige un tiempo determinado de duración de la práctica para que se cumpla este elemento de la costumbre. En Derecho Internacional clásico se hablaba de "una práctica continuada desde tiempo inmemorial".

En la actualidad, el requisito de duración de la práctica se entiende en forma más racional, y se aceptan períodos de tiempos breves, siempre que dicha práctica haya efectivamente existido y se haya producido un reconocimiento general de que ha cristalizado una norma de Derecho Consuetudinario. Ese reconocimiento general -elemento esencial- puede haberse logrado en breve, mediano o largo plazo.

Así, en ámbitos específicos en que se desarrolla una intensa actividad internacional, una costumbre puede surgir en breves períodos de tiempo. En cambio en ámbitos en que el nivel de interrelación es escaso y por lo tanto las prácticas son menos frecuentes, se requiere un mayor tiempo para comprobar el surgimiento efectivo y real de una costumbre internacional.

En su fallo, en el Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte, ya citado en parte, la Corte Internacional de Justicia, ha dicho: "aunque el hecho de que no haya transcurrido más que un breve período de tiempo no constituye en sí mismo un impedimento para la formación de una nueva norma de Derecho Internacional consuetudinario surgida de una norma de origen puramente convencional, continúa siendo indispensable que, por breve que haya sido dicho período de tiempo, la práctica de los Estados incluidos aquellos que están especialmente interesados, haya sido frecuente y prácticamente uniforme en el sentido de la disposición que se invoca y que se haya manifestado de forma que permita establecer un reconocimiento general de que nos hallamos en presencia de una norma y obligación jurídicas".

De lo expresado por la Corte se desprende en forma clara que lo que importa no es tanto el tiempo, sino la circunstancia de que la práctica haya sido frecuente y uniforme y que haya tenido un reconocimiento general.

Como dice Jiménez de Aréchaga, "en la actualidad, la aparición simultánea de problemas parecidos en distintos Estados, el conocimiento inmediato de las actitudes adop-

tadas por otros gobiernos, la convergencia de información en las conferencias diplomáticas y en el proceso de codificación, son factores que explican la aceleración del desarrollo del Derecho consuetudinario" (18), (19)

En todo caso, por corto que sea el plazo, debe haber repetición de precedentes en el tiempo, razón por la cual el concepto de "costumbre instantánea o inmediata", es rechazado por la mayoría de los autores; aunque algunos autores que siguen la tesis "voluntarista" creen en esa posibilidad, que se daría especialmente en el caso de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas que establecen principios y normas generales, y que han sido aprobadas por unanimidad, consenso o una alta mayoría de Estados.

B). El elemento psicológico o subjetivo (o espiritual, según algunos autores)

Es un elemento esencial para la formación de la costumbre; la jurisprudencia y la generalidad de la doctrina están contestes en que no basta la repetición de precedentes aunque se trate de actos o abstenciones constantes y uniformes.

Este elemento psicológico está constituido por la convicción, de parte de los Estados o de otros sujetos de Derecho Internacional en cuanto a que los actos o abstenciones los realizan como ejercicio de un derecho o como cumplimiento de una obligación. Esto es lo que se denomina "opinio juris" y distingue la costumbre de los meros usos o de la cortesía internacional, y también de los actos realizados por razones de conveniencia.

(18) La aceleración de la historia permite que la costumbre se genere en espacios de tiempo mucho más breves. Ejemplo de lo anterior son las normas sobre el espacio ultraterrestre, sobre plataforma continental y sobre zona económica exclusiva.

(19) Jean J.A. Salmon, dice que "como costumbre que se elaboró de manera casi instantánea, se cita la libertad de exploración del espacio". Pero debemos insistir en que siempre se trata de un proceso, aunque sea extraordinariamente breve.

Numerosas sentencias han reconocido la necesidad de este elemento subjetivo. Hemos visto el caso del LOTUS (en que se había alegado la abstención, pero fue rechazada esta alegación al no haberse podido probar la "opinio juris"), también en el caso del Derecho de Asilo, la ausencia de este elemento sirvió para descartar la existencia de una costumbre regional.

Pero es en el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte donde se ve con mayor claridad (20). En efecto, la Corte Internacional de Justicia dice que los actos "no solamente deben suponer una práctica constante, sino también deben tener tal carácter, o realizarse de tal forma, que demuestren la creencia de que dicha práctica se estima obligatoria en virtud de una norma jurídica que la prescriba. La necesidad de tal creencia, es decir, la existencia de un elemento subjetivo, se halla implícita en el propio concepto de OPINIO JURIS SIVE NECESSITATIS. Los Estados interesados por lo tanto, deben sentir que cumplen lo que supone una obligación jurídica. Ni la frecuencia ni el carácter habitual de los actos es bastante. Hay numerosos actos internacionales, en el terreno protocolario, por ejemplo, que se realizan invariablemente pero obedecen a simples consideraciones de cortesía, de conveniencia o de tradición y no a un sentimiento de deber jurídico".

(20) Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte. Los gobiernos de Dinamarca y los Países Bajos, junto con la República Federal de Alemania (R.F.A.) acordaron someter a la C.I.J. sus diferencias sobre los criterios que deberían presidir la delimitación de la Plataforma Continental del Mar del Norte. Dinamarca y los Países Bajos alegaron la existencia de una norma obligatoria llamada "equidistancia-circunstancias especiales" inspirada en el art. 6º de la Convención de Ginebra de 1958 sobre la Plataforma Continental. La R.F.A. rechazó la aplicación de ese criterio respecto de los países que no eran parte del Convenio de Ginebra. (caso de la R.F.A., en esa época). Dinamarca y los Países Bajos sostuvieron, entre otros argumentos, que la norma establecida en el Convenio de Ginebra era aplicable a la R.F.A. porque dicha norma consagraba una regla consuetudinaria ya existente. En todo caso si dicha norma no existía en el momento de la redacción de la Convención adquirió posteriormente el rango de norma consuetudinaria en virtud de la influencia ejercida por el propio Convenio y por la práctica posterior de los Estados. La Corte aceptó el criterio de que los artículos 1º a 3º de la Convención de Ginebra sí poseían el carácter de normas que habían cristalizado como tales a partir de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional y a partir de los debates originados en la Conferencia de Ginebra de 1958. En cambio la C.I.J. estimó que el art. 6º...

No obstante que, como hemos dicho, la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina consideran como elemento indispensable e independiente la "opinio juris", hay autores que niegan esta circunstancia.

Otros autores, estiman que la existencia de la "opinio juris" se presume, de manera que basta con demostrar la repetición de precedentes.

Sin admitir que la repetición por sí misma sea suficiente, la jurisprudencia internacional ha considerado "que una vez establecido sólidamente el elemento material puede acarrear también la prueba de la opinio juris". Quoc Dinh cita los casos INTERHANDEL y el Derecho de Paso en Territorio de la India.

En varios casos, la jurisprudencia ha considerado el elemento psicológico sólo negativamente, con el objeto de demostrar la no existencia de una presunta norma consuetudinaria si el precedente aducido es sólo el producto de oportunismo o conveniencia (caso del Asilo).

IV. Clasificación

El texto de la letra b) del artículo 38 del Estatuto, ya transcrito, parece referirse sólo a las costumbres generales, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia reconocen la existencia de costumbres regionales y locales o bilaterales. Así, podemos clasificar la costumbre, atendiendo al ámbito geográfico espacial, en tres grupos:

a) Costumbres Universales

Son aquellas aceptadas por la Comunidad Internacional de Estados en su conjunto especialmente por los Estados interesados por ella.

Ya hemos visto el alcance que tienen las ex-

presiones generalidad y universalidad.

Son ellas las que constituyen el campo principal del Derecho Internacional. A ellas pertenecen las normas generales aplicables al conjunto de la Comunidad internacional.

En ellas, como dice Rousseau, el precedente debe revestir dos características: a) continuidad de aplicación en el tiempo (repetición constante y uniforme) y b) generalidad en el espacio (práctica común).

b) Costumbres Regionales

Son aquellas que rigen para un conjunto de Estados contiguos o no- que tienen determinadas características comunes.

Se cita el caso de los países latinoamericanos y como ejemplo de costumbre regional el Derecho de Asilo Diplomático. (21)

c) Costumbres Locales o Bilaterales

Son aquellas que se establecen entre dos Estados. Aunque discutida por algunos autores, su existencia ha sido confirmada en sentencia de la Corte Internacional de Justicia, que ha dicho que "no ve razón para que una práctica prolongada y continua entre dos Estados, práctica aceptada por ellos, como reguladora de sus relaciones, no constituya la base

(21) En el caso del Asilo (Haya de la Torre), Colombia había hecho entre otras alegaciones, la de existir una costumbre regional al respecto. La Corte Internacional de Justicia no negó la posibilidad de la existencia de tal costumbre, pero estimó que no podía aplicarse a ese caso debido a que, como dice el fallo, la Corte "no puede admitir que el Gobierno colombiano haya probado la existencia de tal costumbre". De manera que para la Corte "aún suponiendo que esta costumbre existiese sólo entre ciertos Estados de América Latina, no podría oponerse al Perú..."

de derechos y obligaciones recíprocas entre esos dos Estados".
Es el caso del "Derecho de paso por territorio de la India". (22)

V. Proceso de formación de la Costumbre Internacional

Veremos en esta parte, cómo se forman los precedentes que constituyen el elemento objetivo de la costumbre y cómo se manifiesta la convicción de parte del sujeto de Derecho Internacional en cuanto a su obligatoriedad (opinio juris).

Estos elementos se encuentran en:

1. Los Actos de los Estados (23), sean a) del Poder Ejecutivo y los órganos de la administración; b) del Poder Legislativo; y c) del Poder Judicial. y
2. Los Actos Interestatales y de órganos internacionales, estos actos, que contribuyen a la formación de la costumbre pueden ser emanados a) de varios Estados, de Conferencias Internacionales de Codificación o de tratados celebrados entre Estados; b) de actos de organizaciones internacionales; y c) de decisiones de órganos jurisdiccionales internacionales.

1. Actos Estatales

Actos del Estado son aquellos llevados a cabo por sus órganos y que tienen una incidencia sobre las relaciones internacionales. (Quoc Dinh).

(22) Se trataba del derecho, que alegaba Portugal, para pasar desde el puerto de Damão a los enclaves de Dadra y Nagar-Aveli y entre estos últimos. (todas ellas posesiones portuguesas, en la época de la controversia). La Corte reconoció que la costumbre se había establecido, en la época de la dominación británica, respecto de tránsito de personas civiles y abastecimiento; pero no de material bélico. India había alegado que "ninguna costumbre local puede constituirse únicamente entre dos Estados".

(23) Más amplia que "actos" es el término "comportamientos" que comprende las acciones y abstenciones y toda expresión de una opinión sobre la oportunidad o legalidad de los comportamientos de los otros sujetos de Derecho Internacional (Quoc Dinh).

Pueden constituir precedentes para la formación de la costumbre:

a) Los actos del Poder Ejecutivo, especialmente de las autoridades encargadas de la relaciones internacionales (Presidente de la República, Ministro de Relaciones Exteriores y otros funcionarios), y que se realizan en el ejercicio de sus funciones.

Se encuentran especialmente en las Declaraciones de dichas autoridades, en la correspondencia diplomática; en las instrucciones dirigidas a los agentes diplomáticos y consulares; en las intervenciones de los representantes del país en Conferencia u organizaciones internacionales; en la posición de los agentes gubernamentales en procedimientos arbitrales o de jurisdicción internacional; en las respuestas que da el Gobierno a los cuestionarios que le envían los órganos internacionales, especialmente cuando se trata de trabajos de codificación; etc.

b) Los actos de los órganos legislativos, una costumbre puede formarse por la dictación -en numerosos Estados- de leyes concordantes sobre un aspecto de Derecho Internacional. Hoy se considera que la Zona Económica Exclusiva y las reglas fundamentales que la rigen han cristalizado como normas de Derecho consuetudinario, basado especialmente en la promulgación de leyes similares en países de diferentes sistemas jurídicos y situación económica y política.

c) Los actos judiciales internos, también es posible que puedan constituir precedentes para la formación de la costumbre los actos judiciales internos cuando aplican o interpretan, en un mismo sentido, normas de Derecho Internacional.

2. Actos Interestatales, de organizaciones internacionales y de órganos jurisdiccionales internacionales

Contribuyen también a la formación de la costumbre los actos emanados de varios Estados, las conferencias generales de codificación, los tratados, las resoluciones de organizaciones internacionales y los fallos de jurisdicciones internacionales.

Veremos así:

a) Las Conferencias generales de codificación y los tratados en la formación de la costumbre internacional.

b) Los actos de las organizaciones internacionales en la formación de la costumbre internacional. y

c) Las decisiones de órganos jurisdiccionales internacionales y la costumbre (Papel de la Jurisprudencia internacional en la formación, prueba y formulación de la costumbre).

a) Las Conferencias Generales de Codificación, los tratados y la formulación de la costumbre internacional ⁽²⁴⁾

En los últimos años, especialmente por la influencia de la Jurisprudencia de la CIJ, se ha ido haciendo menos rígida la contraposición o diferencias entre Derecho Convencional y Derecho Consuetudinario. Como dice el Profesor Jiménez de Aréchaga "desde hace mucho tiempo se ha admitido que las normas jurídicas formuladas en el texto de un tratado podrían ser, o llegar a ser, normas de Derecho Internacional Consuetudinario".

(24) En este punto, como en el siguiente, se ha seguido especialmente el planteamiento del Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga, expresado en su obra "El Derecho Internacional Contemporáneo", Tecnos, Madrid, España, 1980.

Este principio quedó consagrado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969); cuyo artículo 38 (que se refiere a los artículos 34 a 37 sobre efecto de los tratados respecto de terceros Estados) dice que lo dispuesto en esos artículos "no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal".

En los últimos tiempos el proceso ha tomado mayor importancia especialmente por la acción de las Naciones Unidas, cuya Asamblea General tiene, entre sus funciones, la de promover el desarrollo progresivo del Derecho Internacional y su codificación, para lo cual ha creado un órgano técnico que es la Comisión de Derecho Internacional. Más adelante veremos las conferencias diplomáticas convocadas por la ONU, en que, con la concurrencia de la casi totalidad de las naciones, se han adoptado convenciones multilaterales sobre importantes materias de Derecho Internacional. Todas esas naciones participan en las diversas etapas del proceso de elaboración de esas convenciones, lo que les confiere una autoridad propia incluso con anterioridad a su entrada en vigor formal. "Los debates desarrollados en una conferencia diplomática, seguidos de una práctica efectiva, pueden, ciertamente, incluso con anterioridad y con independencia de la adopción de un convenio, producir la aparición de un consenso de los Estados que cristalice en una norma consuetudinaria". "Así las posiciones manifestadas por los Estados en sucesivas reuniones de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, y la práctica que han seguido de conformidad con dichas posiciones, han originado ya ciertas normas consuetudinarias que han modificado radicalmente el Derecho del Mar pre-existente a la Conferencia". (Jiménez de Aréchaga, pág. 19):

El mismo autor ha dicho que "recientes decisiones de la Corte Internacional de Justicia han reconocido o atribuido a los Convenios Generales adoptados en Conferencias de codificación importantes efectos en relación con la formación del Derecho Internacional Consuetudinario".

Las tres modalidades que pueden adoptar estos efectos son:

1. Efecto declarativo, si la norma convencional es "nada mas que la expresión formal y por escrito, de una norma de Derecho Consuetudinario ya vigente";

2. Efecto cristalizador, en caso que, "la disposición del tratado constituya la primera formulación en un texto de una costumbre que no había alcanzado su madurez plena pero que se hallaba, como ha dicho la Corte, en vías de formación, una norma "in status nascendi". "Como consecuencia de su incorporación a un tratado adoptado por una conferencia que tenga el carácter ya mencionado, dicha norma in status nascendi o dicha norma en vías de formación cristaliza en una norma jurídica de carácter Consuetudinario".

3. Efecto constitutivo o generador, se presenta cuando la disposición de un tratado da origen a una práctica seguida por un número creciente de Estados, particularmente ajenos al tratado mismo, generándose los elementos de una nueva costumbre general.

b) Los Actos de las instituciones internacionales

Entre ellos se encuentran los actos de jurisdicción judiciales (CPJI-CIJ) y de tribunales arbitrales, a ellos nos referiremos más adelante.

Los actos de los organismos internacionales pueden dividirse en:

1. Prácticas internas;
2. Resoluciones cuyos destinatarios son los Estados; y
3. Relaciones con otros sujetos de Derecho Internacional Público.

1. Prácticas internas

Estas prácticas internas, desarrolladas en el seno de los órganos, pueden conducir a verdaderas normas consuetudinarias que ligan a la organización.

El caso más típico es el que se contempla en el dictamen de la Corte Internacional de Justicia sobre Namibia, de 21 de junio de 1971, en el cual, respecto del valor de la abstención en el Consejo de Seguridad, dijo:

"Pero los debates que se desarrollan en el Consejo de Seguridad desde hace muchos años prueban abundantemente que la práctica de la abstención voluntaria de un miembro permanente ha sido interpretada siempre y de manera uniforme, a juzgar por las decisiones de la presidencia y la posición de los miembros del Consejo, en particular de los miembros permanentes, en el sentido de que no constituya obstáculo a la adopción de resoluciones". (agrega que sólo un "voto negativo de un miembro permanente impide la adopción de una resolución que no sea de procedimiento"). La conclusión es que "el procedimiento seguido por el Consejo de Seguridad... ha sido generalmente aceptado por los miembros de las Naciones Unidas y constituye la prueba de una práctica de la Organización". (Pastor Ridruejo).

2. Resoluciones de organizaciones internacionales cuyos destinatarios son los Estados (25)

Como es sabido, las organizaciones internacionales expresan su voluntad a través de "resoluciones" que pueden ser "decisiones" con valor vinculante y por lo tanto fuentes de derecho, por lo general de carácter particular y sólo por muy calificada excepción pueden dictar normas generales y abstractas

(25) Ver Jiménez de Aréchaga "El Derecho Internacional Contemporáneo" y artículo de Alberto Rioseco. "Las Declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y su valor jurídico en relación a la Organización".

(caso de las Comunidades Europeas), y "recomendaciones", sin carácter obligatorio y que no constituyen fuentes de Derecho Internacional, aunque en determinados casos, pueden contribuir a su formación.

Para este estudio de la costumbre nos interesan especialmente las recomendaciones que se han definido como resoluciones de un órgano internacional, dirigida a uno o a varios destinatarios, por lo que se les invita o exhorta a adoptar un comportamiento determinado, sea una acción o una abstención. Este tipo de resoluciones tiene un impacto político y moral, sobre todo cuando son adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Dentro de las recomendaciones están las llamadas "Declaraciones Solemnes" de la Asamblea General de la ONU en que se formulan principios y normas jurídicas de carácter general y abstracto y destinadas a regir la conducta de los Estados; y que tienen especial importancia en relación con la costumbre, cuando han sido aprobadas por unanimidad, consenso o una abrumadora mayoría, y si ha habido reiteración, en declaraciones sucesivas. Siguen la regla general, en el sentido de que no son vinculantes; pero según los autores, tienen un valor permisivo y deben ser examinadas por los miembros de la organización de buena fe. Además, podrían tener efecto derogatorio respecto de costumbre que, la Resolución, demuestre que han perdido la opinio juris. Pero, no obstante lo expresado anteriormente, estas Declaraciones tienen una importancia tal vez cada día mayor en la formación de la costumbre internacional.

Para estudiar esta relación, hay que examinar varias situaciones, que se asemejan a las que vimos respecto de los tratados y de las conferencias generales de Codificación.

Efecto-Declarativo

En el caso de que la "Recomendación" se limita a "declarar" una norma jurídica vinculante preexistente (que puede ser consuetudinaria o principio general de derecho, o nor-

ma convencional), se produce un efecto declarativo, que, aunque precise la norma preexistente, no constituye una nueva fuente de Derecho Internacional.

Como ejemplo, cita Jiménez de Aréchaga la Resolución N° 2625 (XXV), llamada Declaración sobre Principios de Derecho referente a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados, que fue aprobada sin voto negativo y que clarificó y dedujo corolarios de los principios jurídicos ya existentes, especialmente los del artículo 2 de la Carta de la ONU.

Efecto cristalizador

En este caso la Recomendación puede tener por efecto cristalizar una norma que se encontraba en formación ("in status nascendi"). Este efecto se produciría en el caso que la resolución traduzca una "opinio juris" que no se había logrado antes; pero siempre que haya habido una práctica anterior. Jiménez de Aréchaga cita el caso de la Resolución sobre explotación y utilización del espacio ultraterrestre, que cristalizó normas de Derecho Internacional Público, en formación; respecto de los cuales ya se había manifestado un consenso en cuanto al principio de la libertad de exploración del espacio ultraterrestre.

Efecto generador o constitutivo

Este efecto se produce cuando la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas constituye un punto de partida que, seguida de una práctica uniforme y constante, se transforma en una norma consuetudinaria. Jiménez de Aréchaga cita la Resolución N° 1514 (XV) "Declaración sobre concesión de Independencia a los pueblos coloniales", que fue seguida de práctica uniforme, con lo que se transformó en Derecho Consuetudinario. Aquí la "opinio juris" antecedió a la práctica uniforme.

En dos dictámenes consultivos, el de Namibia y de Sahara Occidental la Corte Internacional de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse coincidiendo con estos puntos de vista.

Algunos autores creen que en la Resolución N° 3281 (XXIX) (1974) "Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados", se producen respecto de algunos artículos el efecto declarativo, en relación con otros el cristalizador y por último -en la mayoría de ellos- el generador o constitutivo.

Aún cuando en este capítulo se revisaron las resoluciones que contribuyen a la formación de la costumbre, creo que sería de interés (y para completar el panorama) señalar que también puede darse el caso contrario, como se indicó en la página 30, es decir, que la resolución derogue una costumbre. Como ejemplo podrá citarse la Resolución N° 3281 (XXIX) Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, que sustituyó el concepto de "indemnización justa, pronta y oportuna (en caso de nacionalizaciones), por el de "compensación adecuada".

En estos casos, las resoluciones derogan la norma consuetudinaria (la cual deja de tener opinio juris) si que necesariamente surja una nueva norma. (26)

3. Relaciones de las organizaciones internacionales con otros sujetos de Derecho Internacional

Los actos de las organizaciones internacionales en sus relaciones con los Estados y los sujetos de Derecho Internacional pueden dar también lugar a la formación de normas de Derecho Internacional Público.

Se cita como ejemplo el caso de las "operaciones para el mantenimiento de la paz". La repetición de estas operaciones de las Naciones Unidas ha permitido deducir un verdadero cuerpo de normas consuetudinarias aplicables a esas operaciones.

(26) Aunque no corresponda propiamente al Derecho Internacional Público, se ha afirmado que en el Derecho Internacional de los Contratos, se forman normas consuetudinarias cuando aparecen de manera frecuente ciertas estipulaciones en la mayor parte de los Contratos de un determinado tipo. (P. Weill). En el caso *Amipoll* el Tribunal Arbitral...

raciones, normas que resultan a la vez de las resoluciones del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General y de los acuerdos suscritos con los Estados concernidos y de las prácticas seguidas en el terreno según las directivas del Secretario General. En este ejemplo, la ONU está directamente implicada por las normas que ella ha contribuido a crear. (Quoc Dinh).

De manera que por este sistema se han creado normas consuetudinarias que rigen a la ONU y a los Estados, por lo menos a aquellos ligados por las operaciones para el mantenimiento de la paz.

c) Las decisiones de órganos jurisdiccionales y la costumbre. Papel de la jurisprudencia en la formación, prueba y formulación de la costumbre

La jurisprudencia, aunque no es propiamente fuente de Derecho Internacional General, tiene una importancia muy grande la que se ejerce principalmente a través de sus relaciones con la costumbre.

En primer lugar, en la prueba de los elementos -material y psicológico- que constituyen la costumbre, el papel del juez internacional es de extraordinaria relevancia, ya que a través de la apreciación de esos elementos y de los razonamientos que debe realizar, llega a formular de manera abstracta la norma consuetudinaria.

Por otra parte, el juez internacional tiene influencia importante en la formación de la costumbre, en cuanto a que lo expresado en el fallo constituye un verdadero precedente. Así, la Corte Permanente de Justicia Internacional, primero, y la Corte de Justicia Internacional después, no han vacilado en citar su propia jurisprudencia como precedentes útiles (Quoc Dinh).

nen un efecto generador de la costumbre.

Pueden citarse como casos en que una formulación abstracta de la costumbre, realizada por la Corte, ha llegado a ser generalmente aceptada y posteriormente consagrada en una convención codificadora; los siguientes:

En el caso de las Pesquerías anglo-noruegas, la Corte formuló una definición de mar territorial, así como reglas relativas a la delimitación en ciertos casos particulares como es el caso de las líneas de base recta -que tuvieron general aceptación- y que fueron retomadas por la Convención de Ginebra sobre mar territorial (1958) (Thierry, p. 116).

La opinión consultiva sobre las Reservas a la Convención sobre prevención y represión del crimen de genocidio (1951) - estableció principios que fueron la base de las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (art. 19 c).

VI. Fundamento de la Costumbre Internacional

El fundamento obligatorio de la costumbre está íntimamente ligado al problema general del fundamento de Derecho Internacional⁽²⁷⁾ y ha sido estudiado al tratar ese tema.

Sin embargo, estimamos conveniente dar una idea general de las principales tesis doctrinarias sobre el fundamento del valor obligatorio de la costumbre.

1. Tesis voluntarista, consensualista o del acuerdo tácito

Según esta tesis, el valor obligatorio de la costumbre deriva del acuerdo tácito de los Estados.

(27) Ver: "El fundamento obligatorio del Derecho Internacional a través de la doctrina", de Rodrigo Díaz A., Ed. Universitaria, Stgo., 1979.

Su naturaleza no sería muy distinta a la de los tratados; así, estos últimos estarían basados en el acuerdo expreso de los Estados y la costumbre, en el acuerdo tácito de ellos, que se derivaría de su comportamiento.

La adopción de esta tesis implica reconocer que la norma consuetudinaria sólo se aplicaría a aquellos Estados que han contribuido a formarla o que la han reconocido posteriormente, expresa o tácitamente.

2. Tesis objetivista

Según esta tesis, la norma consuetudinaria tiene un fundamento exterior y superior a la voluntad de los Estados: Como su nombre lo dice, constituye una regla objetiva de la sociedad internacional. Se forma así, como dice Thierry, independientemente del consentimiento de los Estados y su existencia no depende de su actitud.

En otras palabras, la norma consuetudinaria existe en el Derecho Internacional independientemente de la voluntad individual de los Estados; es derecho objetivo de la comunidad internacional de Estados. Su formación sería, antes que nada, un fenómeno de carácter sociológico; la formación espontánea de tales reglas se realiza como consecuencia de una toma de conciencia jurídica colectiva de la necesidad social (Quoc Dinh).

Son partidarios de esta tesis, respecto de la costumbre, diversas escuelas de pensamiento, como la Sociológica y la del Derecho Natural.

La doctrina voluntarista o consensualista ha sido objeto de críticas muy bien fundadas y, aunque prevaleció durante bastante tiempo y hay casos de jurisprudencia que parecen aceptarla (Corte Permanente de Justicia Internacional en el

caso del LOTUS (28), hoy ha sido abandonada por la gran mayoría de los tratadistas (29), y parece serlo también por la jurisprudencia reciente de la Corte Internacional de Justicia. Dice Jiménez de Aréchaga que "la sentencia de los asuntos de la plataforma Continental del Mar del Norte contiene un rechazo implícito, pero terminante, de la doctrina según la cual el Derecho Consuetudinario constituye un pacto tácito, que necesita el consentimiento del Estado contra el cual se alega una norma consuetudinaria".

El Profesor Edmundo Vargas ha dicho que la tesis voluntarista "hoy resulta inaceptable al contradecir la naturaleza misma de la norma consuetudinaria y la realidad internacional. En efecto, si la costumbre es una práctica generalmente aceptada como derecho, su validez no depende del consentimiento particular del Estado contra el cual se invoca, sino meramente de que existe una práctica que responde a una general aceptación por parte de la comunidad internacional, independientemente de la manifestación, expresa o tácita de la voluntad por parte de aquel Estado". Agrega el Profesor Vargas "si la costumbre fuere un acuerdo tácito le bastaría a un Estado aducir que nunca ha consentido en ella para desligarse de toda obligación internacional de origen consuetudinario.

Casos especiales

a) El Estado objetor persistente o recalcitante es el que se ha opuesto sistemáticamente y en forma constante a una costumbre internacional antes que ésta adquiriera su carácter de tal (costumbre "in fieri").

(28) En el caso del LOTUS, la C.P.J.I. (1927) en un "Dictum", expresó que "las normas de derecho vinculan a los Estados proceden de la voluntad de éstos, voluntad manifestada en las convenciones ó en los usos aceptados generalmente como consagradores de los principios de derecho".

(29) No obstante, la Unión Soviética y otros Estados que siguen sus concepciones jurídicas, aún sostienen la doctrina voluntarista; tesis que también es aceptada por algunos Estados recientemente independizados.

No obstante, la aceptación de la tesis objetiva, como dice Jiménez de Aréchaga, "no supone que la actitud adoptada por el Estado demandado carezca en todo caso de importancia. Normalmente, la Corte no se preocupa de averiguar el consentimiento específico del Estado demandado, sino que se centra en la generalidad de la práctica, en el consenso general de los Estados; sin embargo, cuando una norma consuetudinaria, a pesar de su generalidad, ha sido desde sus comienzos rechazada por un determinado Estado de modo inequívoco y continuo, se presenta una situación totalmente diferente". Esto es lo que se llama "Estado objetor persistente" o "Estado recalcitante". Esta tesis realiza un equilibrio entre las exigencias contradictorias de la evolución del Derecho Consuetudinario y del respeto de la soberanía de los Estados minoritarios (Prosper Weil).

Hay dos casos en que la Corte Internacional de Justicia, se ha pronunciado sobre el caso de los objetores persistentes.

En el caso de las Pesquerías Anglo-Noruegas, en 1951, con relación a la anchura de las bahías, la Corte dijo: "..... si la regla de las diez millas ha sido adoptada por ciertos Estados tanto en sus leyes nacionales como en sus tratados y convenciones, y si algunas decisiones arbitrales han hecho aplicación de ella entre esos Estados, otros Estados, en cambio, han adoptado un límite diferente.

"En consecuencia, la regla de las diez millas no ha adquirido la autoridad de una regla general de Derecho Internacional.

"De todas maneras, la regla de las diez millas aparece como inoponible a Noruega, dado que este Estado se ha opuesto siempre a toda tentativa de aplicarla en las costas noruegas".

En el caso del Derecho de Asilo, se presentó una situación similar. La CIJ estimó, sin negar la posible existencia de una costumbre regional, que era inoponible a

Estado que se había opuesto a ella⁽³⁰⁾.

En 1988, el American Law Institute, en su publicación "Restatement of the Foreign Relation Law of the United States" sostiene que la tesis que declara Patrimonio Común de la Humanidad a los Fondos Marinos y oceánicos fuera de las Jurisdicciones nacionales, no es oponible a los Estados Unidos porque la han objetado de manera persistente. Este caso no corresponde a un objetor persistente, en nuestra opinión⁽³¹⁾.

La conclusión para la mayoría de los autores es que "la oposición manifiesta y persistente de un Estado, aunque no puede impedir el nacimiento de una norma consuetudinaria, puede bloquear el nacimiento de una norma respecto de él (Jiménez de Aréchaga).

(30) Caso del derecho de asilo (caso Haya de la Torre). Luego de una rebelión militar ocurrida en el Perú el 3 de octubre de 1948, se acusó al APRA de ser responsable de ella. Víctor Raúl Haya de la Torre uno de sus dirigentes buscó asilo en la Embajada de Colombia en Lima. Concedido el asilo, considerándolo perseguido político, el Embajador colombiano, solicitó a las autoridades peruanas el correspondiente salvoconducto. Perú impugnó el derecho de Colombia a hacer tal calificación, atribuyéndole el carácter de comunes, a los delitos que se imputaban al Sr. Haya de la Torre. Ambos gobiernos decidieron llevar la disputa ante la C.I.J. Colombia alegó que su derecho a efectuar la calificación del delito a los efectos de determinar la procedencia del asilo emanaba de la Convención de La Habana sobre asilo de 1928 y del derecho internacional americano. La C.I.J. negó tal derecho a Colombia señalando que había violado la Convención de la Habana de 1928. Respecto de la invocación del derecho internacional americano la Corte señaló que la parte que invoca una costumbre de esta naturaleza (esto es regional) debe probar que se ha establecido en forma tal que se ha hecho obligatoria para la otra parte. La Corte no consideró que Colombia había probado la existencia de esta costumbre regional. Aún cuando esa costumbre pudiese existir sólo entre ciertos Estados americanos, en caso alguno podría oponerse a Perú que lejos de haber adherido a ella con su comportamiento, la ha repudiado, absteniéndose de ratificar las Convenciones de Montevideo de 1933 y 1939, las primeras en haber incluido una regla concerniente a la calificación del delito en materia de asilo diplomático.

(31) Creemos que no cumplen en este caso las condiciones necesarias para que sea considerado como objetor persistente. Desde luego no se opuso al Principio cuando fue proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, por Resolución N° 2749 (XXV), de 1970; tampoco lo hizo en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, durante la administración del Presidente Carter, y sólo vino a oponerse en esa Conferencia cuando asumieron los representantes del Presidente Ronald Reagan en 1981.

Pero es evidente que esta conclusión no es aplicable cuando la regla consuetudinaria es una norma imperativa de derecho internacional general (jus cogens). Una norma consuetudinaria de jus cogens, rige para todos los Estados, incluso para aquél que la ha objetado durante su formación. Como ejemplo pueden citarse las normas que prohíben toda forma de discriminación racial, objetadas por la República Sud Africana.

b) Caso de los Estados de reciente independencia

Según la doctrina voluntarista, los nuevos Estados no estarían vinculados por normas consuetudinarias cristalizadas antes de su nacimiento como tales salvo que, al establecer relación con otros Estados o al ingresar a la Organización de las Naciones Unidas, lo hayan hecho sin expresar reservas respecto de las normas consuetudinarias existentes, porque en este caso habría asentimiento tácito.

De acuerdo con la doctrina objetivista, los nuevos Estados, al nacer a la vida jurídica se encuentran automáticamente vinculados con el Derecho consuetudinario existente -objetivo- en la Comunidad Internacional, que es Derecho Internacional General.

Los nuevos Estados por lo general han reconocido las normas de derecho consuetudinario vigentes, considerando que ellas están suficientemente establecidas y consolidadas y corresponden a las necesidades de la convivencia entre los Estados. Los nuevos Estados, como hemos dicho, al solicitar su admisión a las Naciones Unidas, aceptan los principios de la Carta. (32)

(32) Sin embargo, Pastor Ridruejo, cree que es altamente improbable, que el Tribunal de la Haya llegará a imponer a un nuevo Estado una norma consuetudinaria del Derecho Internacional clásico que éste rechazara en cuanto contrario a sus intereses. Al estudiar en otras partes de este curso, el Capítulo sobre Sucesión de Estados, veremos algunos problemas que se han presentado, especialmente respecto de las deudas y de los principios sobre expropiaciones y nacionalizaciones.

VII. Valor Jurídico Comparado: Costumbre y Tratado

Históricamente el primer tratado que enumera las fuentes, fue la XII Convención de la Haya, de 1907, que creó el Tribunal de Presas (que nunca entró en funciones). En esa Convención se enumeraban las fuentes en orden jerárquico dando prioridad a la convención sobre la costumbre.

En los estatutos de la Corte Permanente de Justicia Internacional (1920) y en el de la Corte Internacional de Justicia (1945) no se siguió ese precedente, y se indicaron las fuentes con literales, en la letra a) las convenciones, en la b) la costumbre.

Hay consenso entre los autores en el sentido de que estos Estatutos otorgan a los tratados y a la Costumbre el mismo valor jurídico.

No existiendo una jerarquía entre tratados y costumbre, debemos considerar cuál de esas fuentes se debe aplicar frente a una discrepancia entre las normas convencionales y las consuetudinarias.

El problema se presenta, entonces, como *prima* en la aplicación a un caso determinado.

Para resolver esta situación habría que acudir a principios jurídicos.

En primer lugar, el principio "*Lex posterior derogat*", que indica que habría que aplicar la norma posterior sea esta convencional o consuetudinaria.

En segundo lugar, el principio "*Lex specialis derogat generali*", según el cual la norma especial sea consuetudinaria o convencional (y es más probable que sea esta última) *prima* sobre la norma general.

Estos principios tienen como excepción, como hemos dicho, el caso de que una norma convencional o consuetudinaria tenga el carácter de imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*) en cuyo caso tiene prioridad sobre las demás, cualquiera que sea la época en que entró en vigor o cristalizó, mientras no sea modificada por otra norma convencional o consuetudinaria del mismo carácter.

Partiendo de la base -aceptada generalmente- que los tratados y la costumbre tienen la misma fuerza legal, debe concluirse que pueden derogarse o modificarse recíprocamente.

Así, un tratado puede derogar o modificar una costumbre. Como dice Rousseau, se fueron aboliendo por tratados la trata de esclavos, la práctica del corso y el principio costumbrista que permitía recurrir a la guerra (este último, prohibido desde el Pacto de Paz o Briand-Kellogg, de 28 de abril de 1928).

Por otra parte, una costumbre puede abrogar o modificar un tratado. El caso más reciente es el de las costumbres que han cristalizado, en Derecho del Mar, con relación, por ejemplo a la plataforma continental y a la zona económica exclusiva, claramente modificatorias de convenciones aprobadas en la I Conferencia de las Naciones Unidas para el Derecho del Mar (Ginebra, 1958), que fueron ratificadas y entraron en vigor para numerosos países. Estas normas modificatorias, aunque contempladas en la Convención de Montego Bay (1982), no han entrado en vigor como convencionales, pero sí, de acuerdo con la generalidad de las opiniones por lo menos de en sus aspectos fundamentales, como consuetudinarias (33). Esta idea está consagra-

(33) Es interesante citar la autorizada opinión del American Law Institute, en su publicación *Restatement of the Foreign Relations Law of the United States*, en el sentido de que la Convención de 1982, como tal, no es derecho vigente en los Estados Unidos, y que "muchas de sus disposiciones o son declaración de normas existentes en 1958 o han llegado a ser derecho desde esa época debido a que fueron aceptadas por la Conferencia (de las Naciones Unidas para el Derecho del Mar) por consenso y han influenciado, y en la actualidad reflejan la práctica de los Estados". Esta misma publicación agrega una opinión que antes hemos mencionado, que dice: "pero en todo caso se excluyen los que corresponden a los fondos marinos y oceánicos fuera de las jurisdicciones nacionales".

da por la jurisprudencia, así la Corte Internacional de Justicia en el caso Plataforma Continental (Libia-Malta), en sentencia de 1985, ha dicho que "la práctica de los Estados demuestre que la institución de la Zona Económica Exclusiva... se ha integrado al derecho consuetudinario". En el fallo de una Sala de la Corte, en el Caso del Golfo del Maine (Estados Unidos-Canadá), también se consideró de derecho consuetudinario general las disposiciones sobre la Zona Económica Exclusiva y la Plataforma Continental, lo que no significa, según la SALA, que el consenso abarque todo el contenido de la Convención.

Establecido que un tratado puede ser derogado o modificado por una costumbre, y que, por supuesto, un costumbre puede ser modificada por otra posterior, surge el problema de si una costumbre puede perder su calidad de tal sin que haya un tratado o una costumbre posterior que la reemplace.

Sobre este punto Jiménez de Aréchaga (p. 27) es contrario a la opinión de algunos juristas que consideran que para que pueda modificarse o abrogarse una norma consuetudinaria "es necesario una nueva norma, consuetudinaria o convencional". Según esos juristas "para reemplazar la antigua, no bastan las modificaciones o la retirada del consentimiento sino que es necesario la elaboración de una nueva norma".

De acuerdo con la opinión de Jiménez de Aréchaga, que compartimos "nada impide que quede extinguida una norma ya establecida de Derecho consuetudinario cuando es contradicha por una práctica cada vez más amplia de los Estados. La exigencia de uniformidad de la conducta de los Estados necesaria para la aparición de una norma consuetudinaria también rige para la continuidad de su vigencia". Agrega que "es verdad que la modificación o retirada del asentamiento de un solo Estado o de un grupo de Estados, no puede abrogar una norma vigente de Derecho Consuetudinario. Pero la comprobación de la ausencia o desaparición de un consenso general respecto a determinada norma produce su extinción, incluso antes de que haya madurado la norma consuetudinaria que venga a reemplazarla. Así sucedió, por ejemplo, con el rechazo de la propuesta formulada

por los países industrializados, durante el proceso de elaboración de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, que exigía "una compensación adecuada, rápida y efectiva en caso de nacionalización" (norma que consideraban de derecho consuetudinario). De manera que en la actualidad no hay norma consuetudinaria ni tampoco convencional, por lo que, en caso de controversia internacional, habría que acudir a los principios generales del derecho y entre ellos especialmente al que consagra la no admisión del enriquecimiento sin causa.

Hay un aspecto de la relación entre la Costumbre y los Tratados, sobre la cual la Corte Internacional de Justicia sentó jurisprudencia en el "caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua" (fallo de 26 de Noviembre de 1984.)

La Corte estableció la autonomía de la costumbre en relación con los tratados al afirmar que existen normas de derecho consuetudinario que están constituidas por reglas idénticas a las del derecho convencional; y otras en que el contenido no es exactamente igual.

Expresó que "no existía ninguna razón para pensar que, cuando el derecho internacional consuetudinario está constituido por reglas idénticas a las del derecho convencional, ese derecho consuetudinario se encuentra suplantando o resumido, en el derecho convencional, como lo afirmaba Estados Unidos". En otras palabras, dejó en claro la existencia propia y autónoma del Derecho internacional consuetudinario.

VIII. Prueba de la Costumbre Internacional

Para estudiar este punto debemos distinguir entre las costumbres generales y las regionales o locales.

Las costumbres generales que se encuentran suficientemente establecidas y reconocidas, forman parte del Derecho Internacional general y, como dice Jiménez de Aréchaga, su

"conocimiento por la Corte se presume y respecto del cual el Estado que la alega no tiene la carga de la prueba". Agrega que "no hace falta probar el asentimiento específico del Estado demandado; lo que la Corte tiene que determinar es si, como dice el artículo 38 del Estatuto, cierta práctica es generalmente aceptada como derecho". Así, por ejemplo, si un Estado en su demanda invoca normas de Derecho Internacional consuetudinario, no necesita probar su existencia; sin perjuicio, naturalmente que pruebe los hechos constitutivos de su petición.

Diferente es el caso de la alegación de una costumbre general respecto de la cual hay dudas sobre su existencia y alcance, en cuyo caso la parte que la alega presentará las pruebas que correspondan. Y la prueba consistirá en demostrar la existencia de los dos elementos básicos de la costumbre: la práctica uniforme y constante y la "opinio juris". Aunque en nuestra práctica, la Corte Internacional de Justicia podría llegar, por sí misma, aunque las partes no presentaran pruebas, a la conclusión de la existencia de esos dos elementos (34).

Respecto de las costumbres regionales o locales, la situación es diferente; no puede afirmarse que haya un conocimiento del Tribunal. Como lo dijo la Corte Internacional de Justicia en el caso del Derecho de Asilo, el Estado que la alega tiene que probar "que la norma que se invoca, es conforme a un uso constante y uniforme de los Estados en cuestión y que dicho uso constituye la expresión de un derecho a favor del Estado que concede el asilo y una obligación que incumbe al Estado territorial" y que por lo tanto, ha contado con el asentimiento del Estado específicamente interesado. (35)

(34) La Corte ha reafirmado en el caso de las Actividades Militares y Paramilitares, en y contra Nicaragua, el papel activo que le corresponde en la búsqueda de las normas aplicables. Así, dijo que la Corte no debe apoyarse únicamente sobre la exposición de las Partes relativamente al Derecho Aplicable, y ello porque el Derecho es algo que corresponde al conocimiento judicial de la Corte.

(35) Ya hemos visto el caso del Estado llamado "recalcitrante" que, respecto de normas de Derecho Internacional General Consuetudinario, la ha rechazado de un modo inequívoco y continuo, desde sus comienzos. En estos casos la actitud adoptada por el Estado demandado -debidamente probada- lo excluye de la aplicación de la norma consuetudinaria.

En la prueba de la costumbre se presentan una serie de dificultades.

Un problema que se presentaba, en épocas anteriores era el de la dificultad de acreditar los comportamientos diplomáticos, por la falta de publicidad de ellos. Hoy, es más fácil conocer estos comportamientos y la intención con que se efectúan, debido a que los gobiernos participan en los debates de la 6ª Comisión de la Asamblea General, en las Conferencias Diplomáticas, envían sus observaciones a los proyectos elaborados por la Comisión de Derecho Internacional, entre otros.

Por otra parte, la "opinio juris", que es un elemento psicológico, es muchas veces de difícil prueba, lo que ha hecho decir a diversos autores que ella debe presumirse, basándose en la repetición de precedentes (Sorensen) o que se infiere, en forma indirecta, del comportamiento de los Estados. Este comportamiento revelará si un Estado ha considerado que hace uso de un derecho o que cumple una obligación jurídica. La Corte Internacional de Justicia ha aceptado que la participación de la gran mayoría de los Estados en Resoluciones de la Asamblea General, puede constituir prueba de la "opinio juris".

En relación con principio relativo a la abstención del uso de la fuerza, la Corte dijo que ella (al no poder aplicar las normas de la Carta de las Naciones Unidas, por la reserva hecha por Estados Unidos al aceptar la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria) "debe cerciorarse de que existe en el derecho internacional consuetudinario una opinio juris sobre el carácter obligatorio de dicha abstención". Agrega: "una de las formas, aunque debe hacerse con la debida cautela, es partir de la actitud de las Partes y de los Estados en relación a ciertas resoluciones de la Asamblea General, especialmente de la Resolución 2625 (XXV) titulada "Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas". Esta Resolución,

como se sabe, fue aprobada por consenso y la "actitud adoptada puede presentarse como la manifestación de la opinio juris respecto de la norma..."⁽³⁶⁾⁽³⁷⁾ Señala también otras circunstancias a las que pueden, en lo que se refiere a EE.UU., atribuirse el valor de opinio juris, entre ellas, el apoyo a la Resolución de 6ª Conferencia Interamericana (La Habana, 1928) que condenó la agresión, y la aceptación del principio de la abstención de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza establecido en la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (Helsinki 1975).

Respecto de estas mismas ideas, en su opinión individual en el referido fallo, el juez Roberto Ago que estuvo de acuerdo con las conclusiones fundamentales del fallo, dice que "no puede sino expresar dudas en cuanto a la idea que se transparenta a veces en el fallo, según la cual se puede ver en la aceptación de ciertas resoluciones o de ciertas declaraciones formuladas en el marco de las Naciones Unidas o en la OEA, así como en otro contexto, una prueba concluyente de la existencia, de parte de esos Estados, de una opinio juris concordante que tenga el valor de una verdadera regla consuetudinaria universal".

IX. Codificación de las Normas Consuetudinarias

Anteriormente hemos visto la importancia que, en la actualidad, tiene el Derecho Consuetudinario; pero también hemos señalado los inconvenientes que presenta.

En la práctica, salvo respecto de aquellas normas consuetudinarias que están suficientemente establecidas y consagradas por la jurisprudencia y la doctrina, se presentan los siguientes inconvenientes:

a) la incertidumbre, en cuanto a su existencia; dificultad de determinar si la costumbre ha cristalizado o se encuentra en formación;

(36) C.I.J. 1984, Caso Actividades Militares y Para Militares en y contra Nicaragua Nº 188.

(37) Una argumentación similar de la Corte en relación con la opinio juris.

- b) la imprecisión, en cuanto a determinar su exacto contenido;
- c) la falta de sistematización derivada de las circunstancias en que la costumbre es creada;
- d) la existencia de costumbres diversas sobre la misma materia.

Para solucionar estos problemas y convertir las normas consuetudinarias en reglas escritas⁽³⁸⁾, precisas, sistemáticas y armónicas, se ha ideado el procedimiento de codificación, fenómeno reciente en la historia del Derecho Internacional. No todos los autores estiman conveniente codificar las normas consuetudinarias, debido a que esta codificación fijaría el texto de dichas reglas e impediría su evolución y adaptación a las nuevas realidades.

La intensidad de las relaciones internacionales contemporáneas hace indispensable, cada vez más, el contar con normas ciertas y precisas, de manera que la codificación es más necesaria que antes.

Sin embargo, en la actualidad, la codificación presenta más dificultades que las que había tenido en el pasado.

Entre estas dificultades se encuentran la existencia de Estados con sistemas socialistas y la aparición de alrededor de cien Estados nuevos, productos del proceso de descolonización, acentuado en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial. Ellos consideran que muchas normas consuetudinarias que se crearon en el mundo occidental no corresponden ni a sus conceptos jurídicos ni a sus necesidades ni a la justicia.

(38) Algunos autores han afirmado que el Derecho Internacional Convencional se identifica con el Derecho escrito, y que al consuetudinario sería un Derecho no escrito. Dice Jiménez de Aréchaga que "esta antítesis puede ser exacta en el ámbito interno en que la legislación se contrapone correctamente al Derecho Consuetudinario; pero esto no es cierto en el mismo grado y en la misma medida en el ámbito del Derecho Internacional" con más frecuencia en el último tiempo, aunque ya existía antes, se da el caso de que "una norma contenida en un tratado puede ser, o llegar a ser, una norma consuetudinaria". Esto quedó claramente establecido en el fallo de la Corte Internacional de Justicia, en el caso Nicaragua-EE.UU.

Prácticamente todas las convenciones aprobadas en este período han sido el fruto de transacciones entre intereses contrapuestos y han ido más allá de la simple operación de codificación, para alcanzar, en algunos aspectos, el carácter de desarrollo progresivo del Derecho internacional.

Aspectos históricos de la codificación

Desde el siglo pasado datan los esfuerzos de codificación del Derecho Internacional. En algunos casos se trató de acciones de carácter privado, como las del jurista suizo Bluntschli, en 1886, y del italiano Fiori, en 1896, entre otros, fueron esfuerzos, también, privados, aunque de carácter colectivo, los que intentaron este proceso, especialmente desde la fundación en 1873 de la International Law Association y del Institut de Droit International.

Como ejemplo de codificación con auspicios gubernamentales, mediante tratados, están las Convenciones aprobadas en las Conferencias de la Haya de 1899 y 1907, en el campo de derecho de la guerra. (39)

Los esfuerzos realizados en el seno de la Sociedad de las Naciones, especialmente la Conferencia de 1930, no lograron avances en materia de codificación. Más éxito han tenido en el campo regional americano las convenciones codificadoras productos del trabajo de la Comisión Interamericana de Juristas con sede en Río de Janeiro, cuyo antecedente se encuentra en la reunión de juristas americanos, en 1912. Entre estas convenciones podemos citar lo que aprueba el Código de Derecho Internacional Privado, las Convenciones de derecho de Asilo y las referentes a la extradición.

La Carta de las Naciones Unidas, de 1945, dió esa misión a la Asamblea General, en su artículo 13, en que dice que dicho Órgano Principal "promoverá estudios y hará reco-

(39) Aún antes, en 1815, en el Congreso de Viena se habían codificado reglas consuetudinarias sobre las relaciones diplomáticas.

mendaciones, entre otros fines, para impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación".

Para llevar a cabo este mandato, la Asamblea General de la ONU, creó, mediante la Resolución N° 174 (II), de 21 de Noviembre de 1947 como órgano subsidiario de la organización, la Comisión de Derecho Internacional (CDI), compuesta por personas de "reconocida competencia en derecho internacional". Hoy son 34 especialistas que actúan como individuos, pero son elegidos por la Asamblea General en forma tal que asegure "la representación de las formas principales de civilización y de los principales sistemas jurídicos del mundo".

La distinción entre codificación y desarrollo progresivo está contenida en el reglamento de la C.D.I. que dice en su artículo 15: "En los artículos siguientes la expresión "desarrollo progresivo del derecho internacional" es utilizada por comodidad, para designar la elaboración de proyectos de convenciones sobre temas que no hayan sido regulados todavía por el derecho internacional, o respecto de los cuales los Estados no hayan aplicado, en la práctica, normas suficientemente desarrolladas. Del mismo modo, la expresión "codificación del derecho internacional" se emplea, por comodidad, para designar la más precisa formulación y la sistematización de las normas de derecho internacional en materias en las que ya exista amplia práctica de los Estados, así como precedentes y doctrina". En este último caso se trata de norma vigente (Lex Lata), en el caso de desarrollo progresivo, de norma que se estime conveniente crear (Lex Ferenda).

No obstante la aparente claridad de esta distinción, en la práctica es difícil establecer en forma precisa las diferencias entre una y otra.

El efecto jurídico es muy importante. Así, si es auténtica codificación las normas rigen no sólo para los países partes en la Convención (como normas convencionales), sino también para los que no lo son (como normas consuetudinarias). En cambio si se trata de un desarrollo progresivo del

Derecho Internacional, las normas de la convención solo regirán para las partes en éstas. (Salvo que, con posterioridad a la Convención esas normas hayan llegado a ser consuetudinarias).⁽⁴⁰⁾

Principales aspectos de la labor de la ONU en el campo de la codificación y en el desarrollo progresivo del Derecho Internacional

La ONU ha operado fundamentalmente en dos formas: convocando a conferencias de plenipotenciarios y utilizando los órganos e instituciones de su sistema.

A) La Convocatoria a una Conferencia de Plenipotenciarios

Las Conferencias de Plenipotenciarios en la mayoría de los casos trabajan sobre la base de proyectos elaborados por la Comisión de Derecho Internacional (CDI)⁽⁴¹⁾; aunque en casos importantes, como en el de la 3ª Conferencia de las Naciones Unidas para el Derecho del Mar, se siguió un procedimiento diferente, y se creó un Comité Especial para el Derecho del Mar, compuesto por representantes de los Estados.

Principales Conferencias sobre Derecho Internacional

I. Sobre Derecho del Mar

1ª Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (Ginebra). En ella se aprobaron, en 1958, las siguientes convenciones:

(40) En el caso del Nuevo Derecho del Mar, se presenta el problema de saber, con precisión, cuales normas de la Convención de las Naciones Unidas para el Derecho del Mar (Montego Bay, 1982) son declarativas de la costumbre y cuáles corresponden a un desarrollo progresivo.

(41) La CDI ha estado trabajando en otros proyectos que aun no se han tratado en Conferencias Internacionales, como: sobre la cláusula de la nación más favorecida; la responsabilidad internacional de los Estados y la inmunidad de jurisdicción, entre otros.

a) Convención sobre el mar territorial y la zona contigua (vigente desde el 10 de Abril de 1964).

b) Convención sobre el alta mar (vigente desde el 30 de setiembre de 1962).

c) Convención sobre la pesca y la conservación de los recursos vivos de la alta mar (en vigor desde el 20 de Marzo de 1966). y

d) Convención sobre Plataforma Continental (vigente desde el 10 de junio de 1964).

El número de los Estados partes en estas convenciones es variable alrededor de cincuenta Estados (Chile no está entre ellos). Ya hemos visto que pueden considerarse modificadas por el Derecho Consuetudinario surgido con posterioridad a su entrada en vigor.

2ª Conferencia de las Naciones Unidas para el Derecho del Mar (Ginebra, 1960). En ella no se llegó a un acuerdo sobre la extensión del mar territorial. No dio lugar a convenciones.

3ª Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1973-1982), en que se suscribió, en Montego Bay, el 10 de Diciembre de 1982, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que aún no entra en vigor.

II. Sobre Tratados

Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados (Viena 1968-1969), dió lugar a la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, en vigor desde el 27 de Enero de 1980 (vigente en Chile).

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Tratados entre organizaciones internacionales y éstas y los Estados,

suscrita en Viena el 23 de Marzo de 1982. No se encuentra aún en vigor.

III. Sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares

Conferencia de las Naciones Unidas sobre relaciones e inmunidades Diplomáticas, dió lugar a la Convención de Viena, de 1961, sobre relaciones diplomáticas, en vigor desde el 24 de Abril de 1964. Vigente en Chile.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Relaciones Consulares, Viena 1963, dió lugar a la Convención sobre esa materia, en vigor desde el 19 de Marzo de 1967. Vigente en Chile.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Misiones Especiales, (Nueva York) que aprobó el 8 de Diciembre de 1969 una convención al respecto. En vigor desde el 21 de Junio de 1985. Vigente en Chile.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal, en Viena, el 14 de Marzo de 1975, se suscribió la convención respectiva. (ver Diario Oficial de Chile, de 29 de Setiembre de 1976).

IV. Sobre Sucesión de Estados

Conferencia de las Naciones Unidas sobre sucesión de Estados en materia de tratados, la convención a que dió lugar fue suscrita en Viena el 2 de Agosto de 1978. No ha entrado en vigor.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre sucesión de Estados en materia de Bienes del Estado, Archivos y Deudas. En Viena el 21 de Marzo de 1983 se suscribió la convención sobre esta materia y la que no ha entrado en vigor.

V. Sobre Derecho Comercial Internacional

Se han aprobado diversas Convenciones sobre la base de proyectos elaborados por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional -CNUDCI o UNCITRAL- (42)

B) El segundo método es el de la aprobación de un proyecto de Convención en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas, o de otro órgano de la ONU o de sus organizaciones subsidiarias y especializadas.

Como ejemplo de Convención en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas, podemos citar a las Convenciones sobre el Derecho del Espacio Ultraterrestre, y la ya citada Convención sobre Misiones Especiales.

En el seno de la Conferencia General, órgano superior de la UNESCO se han aprobado diversos proyectos de Convención, entre ellas la Convención relativa a la lucha contra la discriminación racial en la esfera de la enseñanza, y la Convención para la protección del Patrimonio Mundial Cultural (ambas vigentes en Chile).

Santiago, Marzo de 1989.

ARV/jmm.

NOTA: Se han tenido a la vista los libros y trabajos de los Profesores: Rousseau, Reuter, Weil, Jiménez de Aréchaga, Díez de Velasco, Quoc Dinh, Pastor Ridruejo, Sorensen, Verdross, Thierry, Llanos, Benadava, Díaz Albornico, Vargas, Orrego, Infante Caffi, Panatt, Gamboa, entre otros.

(42) Sobre Convenciones de Derecho Internacional Privado, consultar el libro del Profesor Avelino León Steffens "Nuevas Normas de Derecho Internacional Privado", Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile. 1986.



CARP
(186)
c.8