

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

« *Opinio iuris*, su regla de reconocimiento, identificación y  
prueba *a posteriori* en la comprensión de *consuetudo*.  
Reflexiones a 50 años del párrafo 77 de la sentencia *Affaires du  
Plateau Continental de la Mer du Nord* »

T E S I S

Que para obtener el Título de

L I C E N C I A D O   E N   D E R E C H O

P R E S E N T A

*Leonardo Nazzer Adolfo Chávez Pérez*

D I R E C T O R   D E   T E S I S

*Dr. Juan de Dios Gutiérrez Baylón*

Ciudad Universitaria, Cd. de México, 2019



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



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

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

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE  
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO INTERNACIONAL

**LIC. IVONNE RAMÍREZ WENCE**  
**DIRECTORA GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN**  
**ESCOLAR DE LA UNAM**  
**PRESENTE**

El alumno **LEONARDO NAZZER ADOLFO CHÁVEZ PÉREZ** con número de cuenta **310546665** inscrito en el Seminario de Derecho Internacional bajo mi dirección, elaboró su tesis profesional titulada **“OPINIO IURIS, SU REGLA DE RECONOCIMIENTO, IDENTIFICACIÓN Y PRUEBA A POSTERIORI EN LA COMPRESIÓN DE CONSUETUDO. REFLEXIONES A 50 AÑOS DEL PARRAFO 77 DE LA SENTENCIA AFFAIRES DU PLATEAU CONTINENTAL DE LA MER DU NORD”**, dirigida por el **DR. JUAN DE DIOS GUTIÉRREZ BAYLÓN** investigación que, una vez revisada por quien suscribe, se aprobó por cumplir con los requisitos reglamentarios, en la inteligencia de que el contenido y las ideas expuestas en la investigación, así como su defensa en el examen oral, son de la absoluta responsabilidad de su autor, esto con fundamento en el artículo 21 del Reglamento General de Exámenes y la fracción II del artículo 2º de la Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México.

De acuerdo con lo anterior y con fundamento en los artículos 18, 19, 20 y 28 del vigente Reglamento General de Exámenes Profesionales, solicito de usted ordene la realización de los trámites tendientes a la celebración del examen profesional del alumno mencionado.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes, contados de día a día, a partir de aquél en que le sea entregado el presente oficio, con la aclaración de que, transcurrido dicho plazo sin haber llevado a efecto el examen, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que sólo podrá otorgarse nuevamente, si el trabajo recepcional conserve su actualidad y en caso contrario hasta que haya sido actualizado, todo lo cual será calificado por la Secretaría General de la Facultad.

**ATENTAMENTE**  
**“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”**  
Cd. Universitaria, a 10 de marzo del 2020

**MTRA. LOURDES MARLECK RÍOS NAVA**  
**ENCARGADA DEL SEMINARIO**



**FACULTAD DE DERECHO**  
**SEMINARIO**  
**DE**  
**DERECHO INTERNACIONAL**

FACULTAD DE DERECHO



Número de Folio: T/36/20  
Número de Cuenta: 310546665

## Constancia de Examen Profesional

Que sustentó

**LEONARDO NAZZER ADOLFO CHÁVEZ PÉREZ**  
el día de hoy para obtener el título de

**Licenciado en Derecho**

y a quien el jurado le otorgó la calificación de:

Aprobado con Mención Honorífica

Ciudad Universitaria, Cd. Mx., a 14 de junio de 2020  
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"

Dra. Elva Leonor Cárdenas Miranda  
Secretaria del Jurado

*« El Dios Eterno, sin principio ni fin, es el principio y fin de todas las cosas. Él es el Alfa y la Omega (según la frase de los Griegos). Él es el Aleph y la Tau, como dicen los Hebreos. Todo procede de Él, sin que Él proceda de ninguna cosa. Toda dádiva óptima y todo don perfecto descienden de Él, que es el Padre de las Luces.*

*A Él deben dirigirse todas nuestras obras ».*

*Veni, Creator Spiritus, mentes tuorum visita,  
imple superna gratia, quae tu creasti pectora.*

*« Y habiéndole avisado la Reina del Cielo vino en seguimiento del camino real que viene derecho hacia México, vino contento porque se persuadió que había de salir con bien, vino cuidando con esmero lo que en su manta traía; vino gloriándose con la fragancia de las hermosas flores [...] ».*

## *Dedico*

*A mi padre, el Sr. Adolfo Chávez Ochoa.  
Hombre ejemplar que me enseñó a trabajar con amor y  
a combatir con espíritu.*

*Por ser la persona más sabia y generosa que existe.  
Por heredarme el derecho de inventar mi vida.*

*A mi madre, Sra. Patricia Pérez Rodríguez.*

*A la mujer que da, siempre da...  
Por ser la luz de mis ojos y la bendición de mis días.  
Por ser amor perenne y bondad sin medida.*

*A la profesora Enedina Ochoa de Chávez (†), mi mami,  
« porque sueña, tal vez, que mi destino me señala el camino por el que  
volveré pronto a su lado ».*

*A mis amados hermanos Jesús Antonio e Isaac José Agustín:  
aprendices de hombre, brillantes abogados,  
incondicionales en bondad y apoyo.*

*A Miroslava Enedina, nuestra hermanita,  
cuya luz ilumina.*

*Agradezco*

*A la Patria « impecable y diamantina »*

*A la Universidad Nacional Autónoma de México,  
cuya vocación pervive: « [el] país ha menester de vosotros ».*

*A todos mis profesores, y muy especialmente al*

*Lic. Rafael Rocher Gómez, mi familia;*

*Mtro. Jorge Islas López, con amistoso recuerdo de días inolvidables;*

*Emb. Mtro. Enrique Loeza y Tovar (†), por abrirme las puertas de su hogar y llevarme de la mano por la deliciosa aventura del saber. Feliz viaje y vientos sosegados querido Maestro, nos vemos pronto;*

*Dr. Rolando Tamayo y Salmorán, con agradecimiento perenne;*

*Dr. Enrique Ochoa Reza, por darme un consejo que lo cambiaría todo; y*

*Al Dr. Juan de Dios Gutiérrez Baylón, fino amigo y distinguido director de esta tesis, « tu se' lo mio maestro, e' l mio autore : tu se' solo colui, da cui io tolsi [l]o bello stile [...] ».*

*L'Inferno, c.I, 85-87*

*A mi familia, a mis amigos; presentes y futuros...*

Pace non trovo, et non ò da far guerra; e temo, et spero; et ardo, et son un  
ghiaccio; et volo sopra 'l cielo, et giaccio in terra; et nulla stringo, et tutto 'l  
mondo abbraccio.

Tal m' à in pregon, che non m' apre né serra, né per suo mi riten né scioglie il  
laccio; et non m' ancide Amore, et non mi sferra, né mi vuol vivo, né mi trae  
d' impaccio.

Veggio senza occhi, et non ò lingua et grido; et bramo di perir, et cheggio aita;  
et ò in odio me stesso, et amo altrui.

Pascomi di dolor, piangendo rido; egualmente mi spiace morte et vita: in  
questo stato son, donna, per voi.

«*Canzoniere*», CXXXIV, Petrarca

«¡[O]h hijo! atento a este tu Catón, que quiere aconsejarte y ser norte y guía  
que te encamine y saque a seguro puerto deste mar proceloso donde vas a  
engolfarte; que los oficios y grandes cargos no son otra cosa sino un golfo  
profundo de confusiones.

Primeramente ¡oh hijo!, has de temer a Dios; porque en el temerle esta la  
sabiduría, y siendo sabio no podrás errar en nada.

Lo segundo, has de poner los ojos en quien eres, procurando conocerte a ti  
mismo, que es el más difícil conocimiento que puede imaginarse. Del  
conocerte saldrá el no hincharte como la rana que quiso igualarse con el buey  
[...].».

«*El Ingenioso Hidalgo [...]*», c. XLII, II libro, Miguel de Cervantes

Para Enrique Loaeza, una tarde en su biblioteca. *In memoriam.*

Three passions, simple but overwhelmingly strong, have governed my life: the longing for love, the search for knowledge, and unbearable pity for the suffering of mankind. These passions, like great winds, have blown me hither and thither, in a wayward course, over a great ocean of anguish, reaching to the very verge of despair.

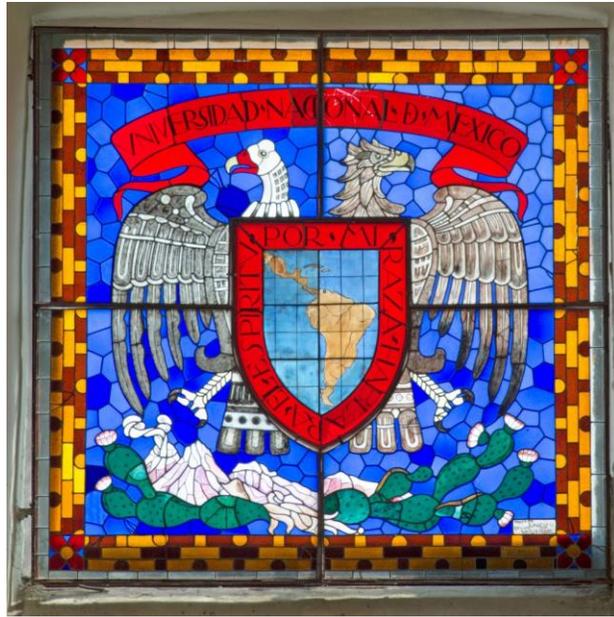
I have sought love, first, because it brings ecstasy -ecstasy so great that I would often have sacrificed all the rest of life for a few hours of this joy. I have sought it, next, because it relieves loneliness -that terrible loneliness in which one shivering consciousness looks over the rim of the world into the cold unfathomable lifeless abyss. I have sought it finally, because in the union of love I have seen, in a mystic miniature, the prefiguring vision of the heaven that saints and poets have imagined. This is what I sought, and though it might seem too good for human life, this is what -at last- I have found.

With equal passion I have sought knowledge. I have wished to understand the hearts of men. I have wished to know why the stars shine. And I have tried to apprehend the Pythagorean power by which number holds sway above the flux. A little of this, but not much, I have achieved.

Love and knowledge, so far as they were possible, led upward toward the heavens. But always pity brought me back to earth. Echoes of cries of pain reverberate in my heart. Children in famine, victims tortured by oppressors, helpless old people a burden to their sons, and the whole world of loneliness, poverty, and pain make a mockery of what human life should be. I long to alleviate this evil, but I cannot, and I too suffer.

This has been my life. I have found it worth living, and would gladly live it again if the chance were offered me.

What I Have Lived For, *Autobiography*, Russell (1872-1970)



*Cuando nacemos, nos regalas notas,  
después, un paraíso de compotas,  
y luego te regalas toda entera  
suave Patria, alacena y pajarera.*

*«Suave Patria», López Velarde*

# ÍNDICE

CARÁTULA.....	I
OFICIO DE APROBACIÓN DE TESIS .....	II
CONSTANCIA DE EXAMEN PROFESIONAL .....	III
DEDICATORIA y AGRADECIMIENTOS .....	IV
ÍNDICE.....	X

EXORDIUM.....	1
OBJETIVO DE LA INVESTIGACIÓN .....	8

## CAPÍTULO PRIMERO

### *QUID SIT CONSUETUDO?*

1.1 <i>Consuetudo est lus</i> .....	10
1.2 Un Ramillete: Práctica y <i>Opinio Iuris</i> .....	14
1.3 Su Recepción en el Derecho de Gentes: Teoría de los Dos Elementos .....	16
1.4 Su Primitivo Observable: la Práctica .....	21
1.5 <i>Νόμοι ἄγγραφοι</i> .....	24
1.6 Su Codificación: Caballo de Madera o el Paso de Eneas.....	25

## CAPÍTULO SEGUNDO

### *NARRATIO OPINIONIS IURIS*

2.1 La Esfinge Sonríe.....	28
2.2 <i>Paradoxon Opinionis Iuris</i> .....	34
2.3 <i>Opinio Iuris Legati</i> .....	38
2.4 <i>Opinio Iuris Democratiae</i> .....	41
2.5 Carl Gustav Jung: Antípoda del “Tip” .....	48
2.6 <i>Opinio Iuris</i> Encerrada: lo Metajurídico y el ‘Recipiente Vacío’ .....	53

## CAPÍTULO TERCERO

### LIBERACIÓN DE LA *OPINIO IURIS*, UN DISCURSO *SUPER PETRAM*

3.1 Planteamiento .....	58
3.2 <i>Der Objektive Sinn und der Subjektive Sinn</i> .....	60
3.2.1 La Autoatribución de Significado .....	62
3.2.2 La Norma como Esquema de Explicitación Conceptual .....	64
3.3 Jurisprudencia Analítica .....	68
3.3.1 Advertencia Metodológica: W. N. Hohfeld y H.L.A. Hart .....	69
3.3.2 <i>Social Rule</i> .....	74
3.3.2.1 Primitivos del Operador Deóntico Permitir: Crítica y Legitimación .....	76
3.3.3 <i>Internal Point of View</i> .....	79
3.3.4 Reacción Hostil .....	82
3.4 Dimensión Normativa .....	83
3.5 Enunciados Disposicionales .....	87
3.6 Regla de Reconocimiento .....	100
3.7 Sanción de la Norma Consuetudinaria .....	105
3.7.1 Revista a los Enunciados Disposicionales.....	109
3.8 Algunas Coordinadas de la Responsabilidad Internacional .....	110
3.9 Revista a la Dimensión Normativa: <i>Opinio Iuris</i> Liberada .....	118

### *PERORATIO*

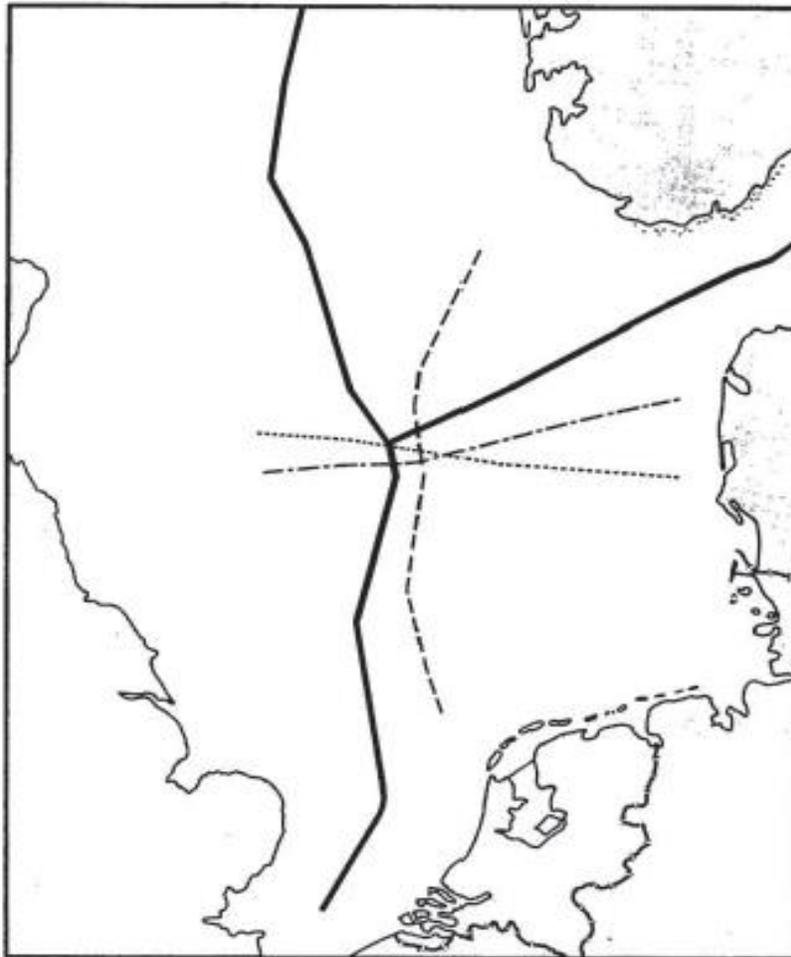
¿Por qué Mar del Norte? .....	125
-------------------------------	-----

CONCLUSIONES .....	131
--------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA .....	132
--------------------	-----

# TESIS DE LICENCIATURA

« *Opinio iuris*, su regla de reconocimiento, identificación y prueba *a posteriori* en la comprensión de *consuetudo*. Reflexiones a 50 años del párrafo 77 de la sentencia *Affaires du Plateau Continental de la Mer du Nord* »



Map 2  
(See paragraph 4)

Carte 2  
(Voir paragraphe 4)

United Kingdom/Norway-  
Denmark-Netherlands  
and Norway/Denmark  
United Kingdom/Federal  
Republic  
Norway/Federal Republic  
Norway/Netherlands



Royaume-Uni/Norvège-  
Danemark-Pays-Bas  
et Norvège/Danemark  
Royaume-Uni/République  
fédérale  
Norvège/République fédérale  
Norvège/Pays-Bas

## EXORDIUM<sup>1</sup>

Así como todo aquello que no puede ser visto, aprehendido o inmediatamente probado, la comprensión de las normas consuetudinarias parece ser la inmovible Esfinge del derecho internacional general.<sup>2</sup> Al decir algo de *consuetudo*,<sup>3</sup> el jurista suele tomar un papel perentorio respecto de otros científicos sociales. Seguro de conocer la naturaleza del asunto a tratar, hace señoría de su verdad; mas cuando se propone explicar por medio de enunciados científicos el asunto, y hace el esfuerzo intelectual de describir racionalmente un fenómeno consistente en hacer que un elemento material y un sedicente 'elemento psicológico o espiritual' se conviertan en una norma jurídica internacional, no pocas veces a falta de algo mejor (*faute de mieux*), debe invocar la alquimia por la cual « *s'opère la transmutation du fait en droit* »;<sup>4</sup> o, en consabidas palabras de la jurisprudencia

---

<sup>1</sup> Véase *Ad C. Herennium* I, 3, de Cicerón: « *Exordium est principium orationis, per quod animus auditoris constituitur ad audiendum* ». Traduzco al castellano ayudado del texto del profesor Harry Caplan: "La introducción es el principio del discurso, por la cual, la mente del oidor se dispone a la atención". CICERÓN, Marco Tulio, *Ad C. Herennium de Ratione Dicendi*, 1ª ed., Heinemann Ltd. & Harvard University Press, Londres, Reino Unido, 1964, pág. 9.

<sup>2</sup> «El sentido primario de este término, "derecho internacional general", nos parece ser por demás obvio. "General" mienta no una mayoría cualquiera, sino una mayoría que se aproxima bastante a la universalidad [...]. La norma de derecho internacional general, en conclusión, es la norma que recibe una aplicación general en el seno de la comunidad internacional». GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *El Ius Cogens Internacional. Estudio histórico-crítico*, 1ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, págs. 77 y 78.

<sup>3</sup> *Consuetudo* se puede intercambiar con « norma de derecho consuetudinario » o « *jus moribus constitutum* ». Cfr. DU PASQUIER, Claude, *Introduction à la Théorie générale et à la philosophie du droit*, 1ª ed., Sirey, París, Francia, 1937, pág. 36.

<sup>4</sup> « Se opera la transmutación que va del hecho al derecho ». Véase *mutatis mutandis* ARNAUD, André Jean, *et. al.*, *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, 2ª ed., Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, Paris, Francia, 1993, págs. 118 y 119. « Face à la coutume, le juriste adopte volontiers un comportement péremptoire par rapport à d'autres spécialistes des sciences sociales [...]. Sûr de lui et dominateur, le juriste s'approprie de la coutume [...]. Mais lorsqu'on lui demande d'expliquer comment un élément matériel - une pratique sociale réitéré - associée à un élément psychologique - *l'opinio necessitatis* - peut acquérir un caractère juridiquement contraignant, un trouble le saisit et il n'est pas loin d'invoquer la mystérieuse alchimie par laquelle « *s'opère la transmutation du fait en droit* ».

internacional: [c]e qui « est » devient ce qui « doit être ». <sup>5</sup> En un drama de vena prosopopéyica, se han atribuido a la *opinio iuris* características multiformes, que superan el objeto de estudio de la ciencia del derecho y, que a veces, van más allá incluso de lo racional. <sup>6</sup>

En el estado actual de la sociedad internacional, con sus características inherentes, el derecho internacional general sigue siendo fundamentalmente consuetudinario. <sup>7</sup> ¿Cómo comprender, pues, una norma cuya identificación reside tradicionalmente en dos elementos, donde uno de ellos es denominado 'elemento psicológico' o 'espiritual'? Suponiendo que es factible escrutar la *ψυχή* (alma o espíritu) de la sociedad internacional en lo general, o de un ente con subjetividad jurídica

---

<sup>5</sup> « Lo que “es” deviene o resulta en lo que “debe ser” ». CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, « *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)* », Opinión disidente del Señor Juez Armand-Ugon, La Haya, Países Bajos, 12 del mes de abril del año, 1960, pág. 82.

<sup>6</sup> Como decía Jung: „Wenn hier im Punkt a etwas geschieht, welches das kollektive Unbewußte berührt oder in Mitleidenschaft zieht, so ist es überall geschehen“. (Si algo acaece en el punto a, que incumbe o afecta al subconsciente colectivo, lo acaecido ha sucedido en todas partes). Cfr. JUNG, Carl, *Archetypes of the Collective Unconscious*, 2ª ed., Collected Works, Routledge, Londres, Reino Unido, 2014. Véase el punto 2.5 de esta tesis.

<sup>7</sup> «Mucha de la fuerza de diversas disposiciones de la Carta [de las Naciones Unidas] proviene del hecho de que en rigor lo que hacen es recoger normas de derecho internacional que por su propia naturaleza rebasan en fuerza vinculatoria a las normas de cariz convencional”. “La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, produce en ocasiones una visión equivocada sobre la fuerza de los principios ahí contenidos. En los círculos escolares se desea siempre encontrar en la Convención todas las respuestas en materia de tratados, lo que es material y lógicamente imposible, dado que la presencia del derecho consuetudinario internacional sigue incólume». GUTIÉRREZ BAYLÓN, *Derecho de los Tratados*, 1ª ed., Editorial Porrúa, Ciudad de México, México, 2015, págs. 7, 8 y 22. (Corchetes añadidos).

« En premier lieu, il revient à la Cour en l'espèce d'interpréter les termes d'un traité. Elle le fera en se référant au droit international coutumier en la matière, tel qu'il est **reflété** aux articles 31 et 32 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités [...]. En conséquence, ni la circonstance que le Nicaragua n'est pas partie à la convention de Vienne sur le droit des traités, ni le fait que le traité qu'il s'agit ici d'interpréter est bien antérieur à l'élaboration de ladite convention, n'ont pour effet d'empêcher la Cour de se référer aux principes d'interprétation énoncés aux articles 31 et 32 de la convention de Vienne ». CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, « *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)* », sentencia, La Haya, Países Bajos, 13 del mes de julio del año 2009, párr. 47, pág. 237. (Énfasis añadido).

internacional en lo particular, ¿ésta puede ser analizada científicamente por el jurista? ¿La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia o la dogmática jurídica han proveído las herramientas para identificar de antemano la existencia de *consuetudo* apriorísticamente o sólo existen pautas para saber cuándo es inexistente? El presente trabajo busca poner de relieve estas preguntas y, en la medida de lo posible, avanzar ciertas respuestas.

Demás de lo dicho, la investigación que propongo aporta, a partir de ciertas categorías de la Jurisprudencia Analítica, un discurso teórico que permita identificar científicamente a la *opinio iuris* de la costumbre jurídica internacional; no mediante elementos metajurídicos o concepciones apriorísticas, sino por medio de la observación de los hechos sensibles *a posteriori*.

Merced al funcionamiento de lo que el profesor H.L.A. Hart denominó *social rule*; así como de otras categorías que los teóricos analíticos denominaron 'enunciados disposicionales', 'reacciones de identidad', 'dimensión normativa', y 'autoatribución de significado', propongo en la presente tesis esbozar los primitivos de una solución que, hasta donde llegó el rigor de la presente investigación, no ha sido intentada en el ámbito de la teoría del derecho internacional general. La simpleza y claridad que ofrecen estas categorías, contrasta con la problemática obscuridad y veleidosa conceptualización atribuida al llamado «elemento psicológico o espiritual»: unas veces doctrinariamente, y otras, jurisprudencialmente.

En este linaje de ideas y una vez puesta de relieve la utilidad teórica de estas categorías para la identificación de la *opinio iuris*, propondré, a la llana, las siguientes hipótesis generales:

Dada la naturaleza de *consuetudo* en el derecho internacional general: (1) la única manera de predicarlo científicamente es por medio de enunciados disposicionales; (2) la probanza científica de su existencia y formación es epistemológicamente factible tan sólo *a posteriori*, constatando su plena eficacia en el mundo jurídico al haberse observado sus reacciones de identidad, *i.e.*, la dimensión normativa adscrita a una práctica eficaz de derecho consuetudinario internacional; y (3) de predicación multiforme, el segundo elemento ha hecho las veces de un “recipiente vacío” forzado a soportar cualquier tipo de contenido: de la consciencia de un deber, al sentimiento de conformarse con lo que equivale a una obligación jurídica; de un (in)consciente colectivo universal a la ideología dominante del alma o espíritu del pueblo (*Volksgeist*); pasando por la idea de lo necesario, de lo solidario (*solidarité sociale*), de lo democrático y hasta de lo justo, la incomprensión de la dimensión normativa que los Estados dan a una conducta de derecho consuetudinario internacional pervive a 50 años de la sentencia *Affaires du Plateau Continental de la Mer du Nord* de la Corte Internacional de Justicia.

Puesta de relieve *in brevis* la estructura argumentativa que el presente trabajo seguirá en los capítulos posteriores, me permito reproducir algunos fragmentos de una epopeya, la más bella de todas: *La Ilíada*.<sup>8</sup> Mi intención es que la fuerza de las palabras de Homero (o como dice Borges, de los griegos que la Historia ha llamado ‘homeros’) sean introductorias de un discurso capaz de elucidar la comprensión de la *opinio iuris* en la identificación de *consuetudo*.

---

<sup>8</sup> Seleccioné tres fragmentos de los capítulos „*Der Raub der Helena*“, „*Die Griechen*“ y „*Botschaft der Griechen an Priamos*“ de la clásica obra del profesor Schwab. Estos permiten focalizar de manera señalada el argumento central de la presente investigación. SCHWAB, Gustav, Die schönsten Sagen des klassischen Altertums, S.N.E., Fischer Taschenbuch Verlag, Köln, Alemania, 2008, págs. 323-334. (Los corchetes y énfasis fueron añadidos).

«En su lugar, se apareció el propio Paris en Esparta encaminándose al palacio del Rey con una selecta comitiva y su embajada, a pesar de que éste [Menelao] se hallaba ausente. La esposa del príncipe le recibió con la hospitalidad debida a un extranjero y la distinción propia de un príncipe real. De modo tal que el talento musical, la sugerente conversación y el arrebatador brío del joven transformaron el indefenso corazón de la reina. Cuando Paris vio flaquear su fidelidad, olvidándose de la misión que le confiara su padre y su pueblo, se entregó por completo al pensamiento de la promesa de la diosa del amor. Habiendo reunido a sus más devotos compañeros, venidos con él a Esparta y bien armados, les incitó con la promesa de rico botín a colaborar en el crimen que con su ayuda pensaba perpetuar. Luego asaltó el Palacio y, después de apoderarse de los tesoros del príncipe griego, se llevó a la bella Helena (que le siguió a disgusto, aunque no completamente desganada) a la isla donde tenía anclada la flota».

«La **infracción** contra el derecho de gentes (Völkerrecht)<sup>9</sup> y las normas de hospitalidad (Gastrecht) cometida por Paris en Esparta en su carácter de embajador, dio frutos en un abrir y cerrar de ojos; **sublevando contra él** [reacción hostil] **a todas las dinastías de príncipes de aquel pueblo de héroes, que era Grecia**».

«Mientras que los griegos se organizaban para la guerra, Agamenón, habiéndose aconsejado con sus íntimos y los jefes del pueblo, decidieron, con el objeto de **agotar todos los medios pacíficos**, que una legación debía ser enviada al rey Príamo de Troya para **protestar de la violación al derecho de**

---

<sup>9</sup> De consuno vale decir que no igualo, al citar este texto, las inherentes diferencias entre aquellos pueblos antiguos y los actuales Estados modernos. «Armado de todas armas aparece por primera vez el derecho internacional en Francisco Vitoria. Su “*ius gentium*” es ya “*ius inter gentes*”; ya no es posible entender sólo bajo aquella voz, como los romanos, la coincidencia de instituciones de derecho interno en los distintos pueblos, sino un derecho específico y autónomo entre los Estados». GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, El Fundamento del Derecho Internacional, 1ª ed., El Colegio Nacional, Ciudad de México, México, 2001, pág. 3.

En análoga inteligencia, el profesor Quoc Dinh señala atinentemente: « S'il y a eu une réelle compétition entre le termes « droit international » et « droit des gens », elle est *aujourd'hui* entièrement réglée. Bien que le premier soit plus souvent employé, désormais, ils sont considérés unanimement comme des termes synonymes et interchangeable ». (Énfasis añadido). NGUYEN, Quoc Dinh, Droit International Public, 8ª ed., Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, Paris, Francia, 2009, pág. 44.

**gentes**, así como del rapto de la princesa griega, con el objeto de reclamar la entrega de la esposa arrebatada al príncipe Menelao, así como la reivindicación de todos sus tesoros robados».

A guisa de introducción, la selección de dicho pasaje se justifica por su asombrosa vigencia explicativa, ya que contiene ciertos elementos que considero cardinales para la presente tesis, a saber:

**1)** *Consuetudo* (en adelante C) es eficaz aun antes de que el ser humano libre sus primeras reflexiones (científicas) en cuanto a su existencia o conceptualización; **2)** *C est ius* y, en cuanto tal, dispone de ciertos operadores deónticos (obligar, prohibir o facultar) que limitan la conducta, *ex hypothesi*, de los Estados; **3)** dado que C es *νόμοι ἄγγραφοι* (derecho no escrito), su identificación tiene una jerarquía empírica inferior respecto de los predicados observables; **4)** la identificación apriorística de C es imposible en virtud de que necesita estar bajo ciertas circunstancias para poner de manifiesto sus reacciones de identidad; **5)** el operador deóntico 'facultar' habilita a ciertos miembros de una comunidad que observan a C desde su aspecto interno a reaccionar ante una infracción; **6)** la infracción de una conducta obligatoria considerada C acarrea necesariamente una sanción, que se pone de manifiesto a través de una reacción hostil por parte de los miembros que observan esta conducta desde su punto de vista interno; **7)** la dimensión normativa que estos miembros dan a la infracción de C es lo que desde el punto de la Jurisprudencia Analítica, se entiende por

*opinio iuris*; y **8)** si se toma en cuenta que todo sistema jurídico es un sistema momentáneo<sup>10</sup> (que es válido en un tiempo preciso), es muy difícil generar una teoría apriorística de la *opinio iuris* naciente en virtud del carácter dinámico de C.

Los anteriores elementos serán discernidos en los capítulos que a continuación se presentan.

**Para la realización de esta tesis gocé de la ayuda de dos distinguidos juristas. Antes de comenzar, quisiera agradecerles cumplidamente...**

**Al Dr. Rolando Tamayo y Salmorán** lo conocí en el verano del 2015 en las aulas de la Universidad. Desde entonces, fue el gentil oído de muchas dudas que tuve durante mi formación académica; su voz pausada me introdujo desde entonces a la Escuela Analítica que fundara su otrora profesor: H.L.A. Hart. Este Nudo Gordiano no se hubiera resuelto sin él.

**Al Dr. Juan de Dios Gutiérrez Baylón**, fino amigo y distinguido director de esta investigación, *tu se' lo mio maestro, e 'l mio autore : tu se' solo colui, da cu' io tolsi [l]o bello stile [...]*.

*L'Inferno, c. I, 85-87.*

---

<sup>10</sup> ALCHOURRÓN, Carlos, *et al.*, Normative Systems en Library of Exact Philosophy, Springer-Verlag, Nueva York y Viena, 1971, XVIII, no. 5, págs. 72-77.

## OBJETIVO DE LA INVESTIGACIÓN

Todo el esfuerzo contenido en el presente trabajo gira en torno de lo que llamo la liberación de la *opinio iuris* en la teoría del derecho internacional general. Dicha emancipación se realiza primordialmente mediante el uso de una propiedad de los lenguajes naturales: su predicación en clave disposicional. Los teóricos del derecho internacional, pasando por alto esta cualidad, han oscurecido su objeto de estudio al recurrir a tan obvios sincretismos: transmutaciones filosóficas, elementos psicológicos, conciencia de lo justo o el subconsciente colectivo internacional, son sólo algunas manifestaciones de la misma predicación metafísica.<sup>11</sup> Explicar la naturaleza de la *opinio iuris* se volvió una ocupación que oscila entre la lírica y la poesía. Son teorías que mezclaron su objeto de conocimiento con elementos extraños a ella, tales como la psicología, la ética o la política.<sup>12</sup>

Como se verá en el desarrollo del presente, la cenagosa comprensión que se le ha atribuido a la *opinio iuris* explica el origen de la inmerecida imprecisión técnica y veleidosa conceptualización que a más de 50 años de la aparición de la prestigiosa

---

<sup>11</sup> «Queda, por fin, un cierto repertorio de predicados no empíricos ni lógicos, que cabría denominar, con bastante precisión terminológica, predicados metafísicos, entre los cuales figurarían no sólo muchos de los así llamados tradicionalmente, sino también ciertos predicados sobre cuya extensión e intensidad carecemos de reglas semánticas en el terreno de los lenguajes científicos. Por ejemplo, la propiedad, "justicia"». VERNENGO, Roberto, Investigación sobre la Naturaleza del Conocimiento Jurídico, SNE, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, Argentina, 1973, págs. 101-102. «»

<sup>12</sup> Con clásica autoridad, las palabras del jefe de la Escuela de Viena rezan como sigue: „Sie will die Rechtswissenschaft von allen ihr fremden Elementen befreien. [...] In völlig kritikloser Weise hat sich die Jurisprudenz mit Psychologie und Biologie, mit Ethik und Theologie vermengt“. KELSEN, Hans, Reine Rechtslehre, 1ª ed., Scientia Verlag, Aalen, Alemania, 1985, pág. 1.

sentencia *Affaires du Plateau Continental de la Mer du Nord* de la Corte Internacional de Justicia se le ha dado a la identificación de *consuetudo*.

En este linaje de ideas argumento que la determinación apriorística de una *opinio iuris* naciente es, a nivel epistemológico,<sup>13</sup> una pregunta que no puede ser respondida. Es argumento se esgrime así: (1) si se acepta que la única manera de predicar científicamente a la *opinio iuris* es a través de enunciados disposicionales, por carecer *prima facie* de toda extensión sensorial determinable; (2) si se acepta que todo enunciado disposicional tiene una cualidad empírica inferior al requerir de ciertas circunstancias para su observación (no son predicados fácticos pues se carece de la experiencia directa respecto del sentido normativo de los actos); y finalmente (3) aceptando que *consuetudo est ius*, se llega a la conclusión que la única manera de identificar a la *opinio iuris* de una *consuetudo X* es a través de la observación de las reacciones de identidad del acto que condiciona la existencia de una dimensión normativa, es decir, la sanción jurídica.

Si a través de los razonamientos arriba descritos y desprovisto de toda idea preconcebida con tendencia metajurídica de la *opinio iuris*, se pueden aportar ciertas coordenadas teóricas para la mejor identificación científica de *consuetudo internationalis*, se habrá podido *arrancar a la epopeya un gajo*.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> «De ahí, quizás, la permanente ambigüedad en la consideración de la costumbre como un hecho, o como una norma. Claramente cabe descartar la posibilidad de considerarla una propiedad sensible de ciertos objetos denominados hechos, pues carecemos de información sensorial, directa o indirecta, sobre el carácter de consuetudinario de ciertos actos». Cfr. VERNENGO, Roberto, Investigación sobre la Naturaleza del Conocimiento Jurídico, Op. Cit., pág. 98-104.

<sup>14</sup> « Le concept l'opinio juris est incontestablement l'un de ceux qui ont suscité le plus de polémiques dans la doctrine et sur lequel d'innombrables théories ont été échafaudées ». BARBERIS, Julio, « Réflexions sur la Coutume International », en Annuaire Française de Droit

## CAPÍTULO PRIMERO

### QUID SIT CONSUETUDO?<sup>15</sup>

#### 1.1 CONSUETUDO EST IUS

Huelga decir que *consuetudo* sea en el discurso jurídico una categoría que goce de unicidad doctrinaria; muy por el contrario, se trata de un concepto de alto estándar técnico cuya reflexión ha entretenido la mente de los juristas desde los prolegómenos de la ciencia del derecho.<sup>16</sup>

*A fortiori*, se puede afirmar categóricamente que *consuetudo* es un fenómeno que existía ya en la sociedad humana cuando el hombre apenas aventuraba sus primeras reflexiones en torno al derecho. Así pues, el jurista encontró una situación eficaz, perfectamente funcional en el mundo jurídico, y con mayor o menor talento intentó describir.<sup>17</sup>

---

International, Centre National de la Recherche Scientifique, Paris, Francia, 1990, vol. 36, pág. 28.

<sup>15</sup> Se lee: “¿Qué es *consuetudo*?”. «Bártolo se pregunta: ‘*quid sit consuetudo*?’ [y] al respecto declara: “*Et ne in equivocum procedamus, sciendum est secundum doctores quod consuetudo sumitur tribus modis*”. Los dos primeros usos de *consuetudo* se refieren a hechos [...]. El tercer significado de ‘*consuetudo*’ es ‘derecho’. (Éste es el único significado del que se ocupan los juristas)». TAMAYO Y SALMORÁN, Introducción al Estudio de la Constitución, 1ª ed., Fontamara, Ciudad de México, México, 2006, pág. 270. (Corchetes añadidos).

<sup>16</sup> Cicerón (*De invent* 2.22.67) la definía como «el derecho que había sido aprobado por la voluntad de todos, observada por largo tiempo. Los juristas clásicos del derecho romano hablan de un consentimiento silencioso del pueblo (*tacitus consensus populi, tacita civium conventio*, D. 1.3.32.1; 35)». BERGER, Adolf, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, 1ª ed., The American Philosophical Society Independence Square, Estados Unidos de América, Filadelfia, 1991, vol 42, parte 2, pág. 411.

<sup>17</sup> « La coutume est un phénomène qui existait déjà dans la société humaine lorsque l'homme se livra à sa première réflexion sur le Droit. Le juriste s'est donc trouvé confronté à une situation

El derecho consuetudinario aplicable a la sociedad internacional no escapa naturalmente de esta lógica. El profesor Bobbio, una vez esclarecido el mínimo papel que juega la costumbre jurídica en los órdenes nacionales, da con una reflexión a la cual me uno: *lo studio del diritto consuetudinario oggi è affidato quasi esclusivamente alla dottrina del diritto internazionale*.<sup>18</sup>

En el desarrollo del presente me alejaré de la palabra ‘costumbre’ para utilizar *consuetudo* (‘costumbre jurídica’ es su término intercambiable). La razón es muy simple: cuando se emplea el término ‘costumbre’, a secas, se corre el riesgo de dar a entender un uso que el *lenguaje cotidiano* confiere a la palabra ‘costumbre’. Este uso se aleja del lenguaje-objeto de la presente investigación en la inteligencia que, dependiendo del contexto social, dicha palabra puede evocar: hábitos, tradiciones, modos, usanzas, prácticas, ritos, cultos, entre otros; a pesar de que su frecuencia y repetición invariable sea la regla.<sup>19</sup>

La razón es clara, estas palabras hacen referencia tan sólo a conductas (positivas o negativas) a las cuales las ciencias sociales en general y, la jurídica en particular, denominan eventualmente ‘elemento material o práctica’, necesario para la formación de *consuetudo*, mas no suficiente; para usar idóneamente *consuetudo*

---

déjà installée qu'il a essayée d'analyser, de comprendre, dont il a voulu connaître la raison ou le fondement ». BARBERIS, Julio, « Réflexions sur la Coutume International », Op. Cit., pág 10.

<sup>18</sup> «El estudio del derecho consuetudinario se confía, hoy en día, casi de manera exclusiva a la doctrina del derecho internacional». BOBBIO, Norberto, Enciclopedia del Diritto, S.N.E, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1961-IX, pág. 426.

<sup>19</sup> « Ni la fréquence ni même le caractère habituel des actes ne suffisent. Il existe nombre d'actes internationaux [...] qui sont accomplis presque invariablement ». CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Plateau continental de la mer du Nord*, sentencia, La Haya, Países Bajos, 20 del mes febrero del año 1969, pág. 44.

hánse de tener presente un segundo elemento, mismo que es el verdaderamente relevante para los juristas:<sup>20</sup> *opinio iuris*.

Dicha categoría hace alusión a la dimensión normativa<sup>21</sup> (y su correspondiente *reacción* eventual y *a posteriori*) que le es dada a ciertas conductas repetidas por sujetos particularmente interesados que tienden a realizarlas de modo concurrente.<sup>22</sup> En otras palabras y pese a lo que doctrinariamente se ha llegado a afirmar,<sup>23</sup> la presencia de la *opinio iuris* aunada al elemento material, es la *conditio per quam* para la existencia de *consuetudo*, *i.e.*, son coyuntos (con mucho sentido la *opinio iuris* se predica por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia como 'tenida por derecho (*ius*)').<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> Don Eduardo García Máynez, comentando un pasaje de los «Hauptprobleme» sostenía lo siguiente: «El error de estos juristas es comparable con el error en que incurriría un geómetra al definir la esfera diciendo que es de bronce, de madera o de cartón». TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, Costumbre o Eficacia. Condición Necesaria y Suficiente de Existencia del Derecho, 1ª ed., Editorial Fontamara, Ciudad de México, México, 2015, pág. 73.

<sup>21</sup> «Sentido normativo adscrito al comportamiento repetido», siguiendo el discurso de la Jurisprudencia Analítica del profesor H.L.A. Hart. Véase el capítulo tercero del presente trabajo.

<sup>22</sup> Vale decir que sigo ortodoxamente la noción y alcance jurídico de este párrafo de la Corte Internacional de Justicia. En efecto y como se verá en capítulos posteriores, la correcta comprensión de la categoría *consuetudo* pasa por la convergencia de conductas de los *États particulièrement intéressés* en el terreno del ámbito del derecho internacional general; noción que alude a una *condicionante* de existencia. «En ce qui concerne les autres éléments généralement tenus pour nécessaires afin qu'une règle conventionnelle soit considérée comme étant devenue une règle générale de droit international, il se peut que [...] une participation très large et représentative à la convention suffise, à condition toutefois qu'elle comprenne les *États particulièrement intéressés*». (Énfasis añadido). CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Plateau continental de la mer du Nord*, Op. Cit., pág. 42.

<sup>23</sup> En sentido contrario: « Sans admettre que la répétition en soi est suffisante, la juridiction internationale considèrera volontiers qu'une fois solidement établie, l'élément matériel peut entraîner aussi la preuve de l'*opinio iuris* (CIJ, 21 mars 1959, Interhandel, Rec. 1959, p.27 ; 12 avril 1960, Droit de passage en territoire indien, Rec. 1060, p. 40) » NGUYEN, Quoc Dinh, Droit International Public, Op. Cit., pág. 366.

<sup>24</sup> STATUT DE LA COUR INTERNACIONAL DE JUSTICE, Chapitre II, Compétence de la Cour, « 1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique : « b la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit » ». (Énfasis añadido).

En este temprano estadio se pueden decir dos enunciados científicos que harán las veces de hilo conductor en el presente: (1) *consuetudo* ('costumbre jurídica') es el resultado del 'procedimiento consuetudinario de creación de normas'; y aún más importante: (2) *consuetudo est ius*<sup>25</sup> *ossia* prescribe conducta,<sup>26</sup> *inter alia*, a los sujetos de la sociedad internacional. Esto revela una importancia cardinal en la capacidad que se tenga de examinarla a la luz de su funcionamiento en tanto norma jurídico-positiva: de consuno con la legislación se trata de los dos modos típicos de producción de derecho positivo.<sup>27</sup>

Quiero terminar con la muy atingente reflexión del profesor Planiol cuando comenta la naturaleza de *consuetudo*:

---

<sup>25</sup> Existe la errónea opinión de negar el carácter jurídico a *consuetudo* pensándolo simplemente como repetición de hechos (necesarios, importantes, vitales o moralmente justos, como se les quiera adjetivar), dejando a un lado la nota que implica la noción de *opinio iuris, id est*, la dimensión normativa que se le dan a estos actos. Esto pudiera ser expresado en latín de la manera siguiente: ***consuetudo non est ius sed factum***; aceptar esto llevaría a negar la naturaleza del derecho y el fundamento de los sistemas jurídicos.

<sup>26</sup> Por prescribir conducta entiendo en el presente tres calificativos deónticos: obligar, permitir o prohibir. En éste sentido, véase la nota preliminar de Genaro Carrió al célebre trabajo del profesor Hohfeld en su versión española: «La existencia de un orden jurídico en una determinada comunidad humana se traduce en la paralela existencia de situaciones de tipo muy diverso en la que pueden hallarse los miembros de esa comunidad. Por lo pronto, ello posibilita afirmar que hay acciones u omisiones jurídicamente prohibidas, obligatorias o permitidas. Estos calificativos deónticos no agotan, por cierto, el arsenal de términos de los juristas [...] Los mencionados son los predicados deónticos más generales y, en ese sentido, los de más alto nivel». HOHFELD, Wesley Newcomb, Conceptos Jurídicos Fundamentales, 1ª ed., Fontamara, Ciudad de México, México, 2009, pág., 7.

<sup>27</sup> «Tutta la nostra tradizione giuridica è dominata dalla distinzione tra due modi tipici di produzione del diritto: la consuetudine e la legge.» “[M]olto spesso la differenza tra diritto legislativo e consuetudinario consiste nel fatto che [n]el secondo, prima la consuetudine, che viene poi fissata in una regola astratta. In questa prospettiva legge e consuetudine appaiono, piu che due diversi canali di formazioni del diritto, i due momenti dialettici del fenomeno complesso della produzione giuridica». BOBBIO, Norberto, Enciclopedia del Diritto, Op. Cit., págs. 426 y 442.

Le droit coutumier et celui qui n'a jamais fait l'objet d'une promulgation législative. Il se compose de réglés *traditionnels* ; établies petit à petit avec le temps, et le plus souvent difficiles à connaître. Avant la rédaction officielle des coutumes en France, le droit n'était constaté par aucun texte officiel ; il ne pouvait être connu que par la pratique judiciaire, par l'expérience acquise dans une longue carrière des praticiens, et il ne pouvait être étudié que dans les ouvrages purement privés, sans valeur légale.<sup>28</sup>

## 1.2 UN RAMILLETE: PRÁCTICA Y *OPINIO IURIS*

Para fines del presente trabajo mantengo la consabida teoría de los dos elementos. De modo tal que *consuetudo* se integra de dos partes interrelacionadas y conyugadas, a saber: la práctica y la *opinio iuris* (dimensión normativa).

Como se ha observado de manera acuciosa<sup>29</sup> estos dos elementos se identifican merced a una regla técnica; que no es otra cosa sino aquella de la cual se sirve el ser humano, a través de métodos, instrucciones o procedimientos, para hacer inteligible un fenómeno específico con la finalidad de obtener un resultado cierto. En la ciencia jurídica, dicha regla no ha sido establecida por norma o legislación alguna: ella es ante todo un producto de la razón.

---

<sup>28</sup> « El derecho consuetudinario es aquel que nunca ha sido objeto de una promulgación legislativa. Se compone de reglas *tradicionales*; establecidas con el tiempo poco a poco, resultando por lo más difíciles de conocer. Antes de la redacción oficial de las costumbres de la Francia, el derecho no era constatado por texto oficial alguno; él no podía conocerse sino por la práctica judicial, por la experiencia adquirida merced a una larga carrera de práctica judicial, y no podía ser estudiado sino en obras puramente privadas, sin valor legal ». (Énfasis del autor). PLANIOL, Marcel, Traité Élémentaire de Droit Civil, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, Francia, T. I., 1950, pág. 50.

<sup>29</sup> BARBERIS, Julio, « Réflexions sur la Coutume International » Op. Cit., pág. 19 y 20.

Aun cuando la “teoría de los dos elementos” haya servido a jueces,<sup>30</sup> árbitros u órganos estatales para precisar si, en un momento dado, se está de cara a una *consuetudo*, su empleo, si bien referencial, no es mandatorio a la luz del derecho internacional general.<sup>31</sup> De modo tal que se puede sostener que uno emplea la regla técnica de los dos elementos para la identificación de *consuetudo* tal como el químico se sirve de un reactivo para saber si se está o no en presencia de cierta sustancia.<sup>32</sup> Ninguna regla de derecho internacional general obliga a recurrir a esta regla técnica. Lo relevante en la presente tesis es, sin duda alguna,

---

<sup>30</sup> Es consabido que la Jurisprudencia Internacional ve en esta regla técnica el método idóneo de naturaleza *axiomática* para la comprensión e identificación de la *substancia* del derecho consuetudinario: « Il est bien évident que la *substance* du droit international coutumier doit être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'*opinio iuris* des Etats [...] ». « It is of course *axiomatic* that the material of customary international law is to be looked for primarily in the actual practice and *opinio juris* of States, even though multilateral conventions may have an important role to play in recording and defining rules deriving from custom, or indeed in developing them” CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, « *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)* », sentencia, La Haya, Países Bajos, 3 de junio de 1985, pág. 29. (Las palabras ‘axiomático’ y ‘substancia’ son énfasis añadidos).

Asimismo « [T]he Court may not disregard the essential role played by general practice. Where two States agree to incorporate a particular rule in a treaty, their agreement suffices to make that rule a legal one, binding upon them; but in the field of customary international law, the shared view of the Parties as to the content of what they regard as the rule is not enough. The Court must satisfy itself that *the existence of the rule in the opinio juris of States is confirmed by practice*”. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*”, La Haya, Países Bajos, 7 de junio de 1986, págs. 97-98. (Énfasis añadido).

<sup>31</sup> Dado el arraigo en la jurisprudencia internacional de la teoría de los dos elementos, pudiera darse toda una argumentación en sentido contrario: “Le choix de la Cour doit être opéré d’une manière conforme à sa fonction judiciaire. [...] En premier lieu, elle doit s’assurer de la cohérence de la solution retenue avec sa propre jurisprudence afin de garantir la sécurité juridique. La cohérence est l’essence même des motivations judiciaires et cela est spécialement vrai dans les différentes phases de la procédure d’une même affaire ou s’agissant d’affaires connexes. En deuxième lieu, la recherche d’une solution fermement assurée doit conduire la Cour à choisir le terrain qui est le mieux fondé en droit et à éviter des terrains moins sûrs, voire des terrains douteux [...] ». Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, « *Licéité de l’emploi de la force (Serbie-et-Montenegro c. Belgique)* », Declaración Común del Señor Juez Ranjeva, Vicepresidente, del Señor Juez Guillaume, de la Señora Jueza Higgins y de los señores jueces Kooijmans, Al-Khasawneh, Buergenthal y Elaraby, La Haya, Países Bajos, 15 de diciembre del 2004, pág. 330, párr. 3.

<sup>32</sup> BARBERIS, Julio, « *Réflexions sur la Coutume International* », Op. Cit., pág. 20.

plantear la correcta utilización del antemencionado reactivo a la luz de la identificación de la *opinio iuris*.

### 1.3 SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO DE GENTES: TEORÍA DE LOS DOS ELEMENTOS

Procedo ahora a referirme a la introducción de la teoría llamada de los dos elementos al derecho internacional general, misma que en el presente trabajo entiendo como paradigma de la identificación de *consuetudo*.<sup>33</sup> Bien vale ahora preguntar, ¿cómo introdujose esta teoría en el derecho internacional general? ¿Los problemas postulados por estas teorías o sus resabios quizás están al origen de las confusiones actuales? La respuesta es afirmativa pues, como se verá más adelante, ideas del *Volkgeist* alemán o el *droit objective* y la *solidarité sociale*<sup>34</sup> franceses están al origen de estas confusiones, infortunadamente heredadas, subrepticamente, por los juristas sucesivos. No sólo por su eminente carácter

---

<sup>33</sup> Es importante hacer notar que doctrinariamente se incurre en el error de confundir el elemento material con *consuetudo*; y peor aún, que el llamado elemento psicológico i.e. *opinio iuris*, como existente en solitario, autónomamente, fuera del coyunto que implica *consuetudo*. Me percato que este error es vigente desde antiguo, hasta nuestros días. « *Mais les deux écoles sont en général d'accord pour admettre que le caractère obligatoire de la coutume suppose la réalisation de deux éléments: l'élément matériel, consuetudo, consistant en la répétition prolongée et constante des mêmes actes extérieurs [...]* » en GUGGENHEIM, Paul, L'origine de la notion de l' « *opinio juris sive necessitatis* » comme deuxième élément de la coutume dans histoire du droit de gens », en *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, París, Francia, 1960; y por otro lado « *Un premier élément consiste dans l'accomplissement répété d'actes dénommés « précédents » : c'est l'élément matériel ou consuetudo, qui peut n'être au départ du processus qu'un simple usage* ». NGUYEN, Quoc Dinh, *Droit International Public*, Op. Cit., pág. 353.

<sup>34</sup> “Neither the existence of the *Volkgeist* nor that of the *solidarité sociale* can be proved in a scientific way. Both are no more than assumptions of social theorist, who are attempting to present moral-political postulates as objectively valid principles when, in fact, they are neither verified nor verifiable.” KELSEN, Hans, *Principles of International Law*, 2<sup>a</sup> ed., Holt, Rinehart, and Winston Inc., Estados Unidos de América, 1966, pág. .

inverificable, sino por su fértil aplicación a retóricas demagógicas. Baste recordar, por ejemplo, que para juristas como Puchta y Savigny, *l'opinio iuris sive necessitatis* era la expresión inmanente de *l'âme du peuple*, lo que sea que entiendan por alma y por pueblo.<sup>35</sup>

En lo que concierne a la doctrina del derecho de gentes la primera definición que se aventura es la de Alphonse Rivier en 1896: «*La costumbre o el uso de las naciones es la manifestación de la conciencia jurídica internacional, misma que se logra a través de hechos continuamente repetidos junto con la conciencia de su necesidad*». <sup>36</sup>

El problema a mi modo de ver fue no la regla técnica de los dos elementos en sí, sino el profundo desconocimiento de lo que *consuetudo* en realidad hace *i.e.* prescribe conducta;<sup>37</sup> y no, como se ha sostenido, de lo que les gustaría que debiera hacer por útil, justo o provechoso que esto fuera.

De hecho en los *prolegomena* de la 'Justicia' Internacional a principios del siglo pasado, se cayó en el error de relegar la comprensión de la costumbre internacional,

---

<sup>35</sup> „Die Lehre der historischen Rechtsschule ist zunächst und vor allem Lehre von Entstehung des objektiven Rechts, Rechtsbildungslehre. Als Schöpfer des gesamten Rechts aber betrachtet die Theorie, wie wir sie insbesondere bei Puchta und bei Savigny ausgebildet finden, den Volksgeist“. Cfr. BRIE, Siegfried, Der Volksgeist bei Hegel und in der historischen Rechtsschule, en *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 2, núm. 1, pág. 1.

<sup>36</sup> Cfr. GUGGENHEIM, Paul, « *L'origine de la notion de l' « opinio juris sive necessitatis » comme deuxième élément de la coutume dans histoire du droit de gens* », Op. Cit.

<sup>37</sup> Es desde mi punto de vista equivocado sostener, como lo hace el profesor Guggenheim, que el “siglo XIX introdujo un nuevo elemento a fin de distinguir la costumbre (obligatoria) del simple uso (facultativo), es decir la opinio iuris”. Lo anterior no sólo por el error lingüístico jurídico en el que incurre el profesor al emplear el operador deóntico jurídico “facultar” con un “simple uso”, sino que históricamente hay argumentos convincentes en las Digesta que permiten concluir que: 1) muchos elementos que se ocupan en la ciencia jurídica del derecho internacional general se derivan *mutatis mutandis* directamente de reflexiones clásicas; y 2) se incurre en el error de querer forzar la naturaleza de consuetudo, y lo que ella hace en realidad sin intervención de ningún observador.

a un carácter meramente declarativo; pasando por alto lo verdaderamente relevante, a saber, su carácter constitutivo (*law-creating fact*).

El profesor Kelsen plantea el problema de la siguiente manera, *in verbis*:

*“Sometimes it is maintained that custom is not a constitutive, that is to say, a law-creating fact, but has only a declaratory character: it merely indicates the preexistence of a rule of law. This rule of law is, according to the natural law doctrine, created by God or by nature; according to the German historic School (at the beginning of the 19<sup>th</sup> century), it is created by the “spirit of people” (Volksgeist). The most important representative of this school, F.C. von Savigny, advocated the view that the law cannot be “made” but exist within and is born with the People since begotten in a mysterious way by the Volksgeist.”<sup>38</sup>*

Se ha de observar que la posición del Comité Consultativo de Juristas, encargado de redactar el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional,<sup>39</sup> estuvo fuertemente anclado a las teorías del derecho natural que campeaban en la época;

---

<sup>38</sup> «Llegóse a sostener por ocasiones que la costumbre no es constitutiva, lo que quiere decir no creadora de derecho, sino que sólo tiene carácter declaratorio: se limita a indicar la mera preexistencia de una regla de derecho. Esta regla de derecho es, de conformidad con la doctrina del derecho natural, creada ora por Dios, ora por la naturaleza; de acuerdo con la Escuela Histórica Alemana (a principios del siglo XIX), esta regla de derecho es creada por el espíritu del pueblo (*Volksgeist*). El representante señero de esta Escuela, F.C. von Savigny, abogó por la visión de que el derecho no podría ser “hecho”, sino que existe y nace en el interior, con el PUEBLO, en virtud de que ha sido producido o procreado en una manera misteriosa por él (*Volksgeist*)». (Traducción propia). KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*, 1<sup>a</sup> ed., Harvard University Press, Massachusetts, Estados Unidos de América, 1945, pág. 126.

<sup>39</sup> “This doctrine has influenced the formulation of article 38 of the Statute of the Permanent Court of International Justice, by which the Court is authorized to apply customary international law: The Court shall apply ... international custom as evidence of a general practice accepted as law.” *Ibidem*, pág. 127.

impronta que se extendió hasta San Francisco, donde los pueblos de todas las naciones<sup>40</sup> convergían como auténticos legisladores una *Carta ecuménica*.<sup>41</sup>

Así, cuando el texto hace referencia a la *evidencia* de una práctica general aceptada como derecho, este se refiere a una mera declaración de existencia; lo quiere decir que el espíritu o alma del pueblo internacional –lo que quiera decir esto- ya es. En esta tesitura tergiversase el funcionamiento de *consuetudo* a un simple medio de verificar normas jurídicas.

En este tenor, la declaración del Barón Deschamps, Presidente del Comité Consultativo de Juristas, durante la elaboración del Estatuto de la Corte: “*la coutume internationale, comme attestation d’une pratique commune des nations, acceptée par elles comme loi,*” fue aceptada en lo sucesivo con pocas modificaciones.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> La noción de “pueblo” es técnicamente incorrecta y fuertemente arraigada en las teorías del derecho natural en su esfuerzo por llenar un discurso político de liberación democratizante y de justicia. Hago mías las atingentes reflexiones del profesor mexicano Gutiérrez Baylón: “*La frase en el inicio del preámbulo es de suyo delatadora: «Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas...», que se lee al inicio de la Constitución de los Estados Unidos de América. [...] Agreguemos a nuestra crítica la inordinación conceptual que implica que sean los “pueblos” quienes acudan a firmar una convención internacional [...] que la Ley Fundamental norteamericana haga alusión a la noción de “pueblo” que se otorga la Constitución es una tesis ya pobremente sostenida [en] un tratado internacional como lo es la Carta de la ONU en su afán de copiar extralógicamente un instrumento de derecho interno de uno de los Estados signatarios, aluda a la fórmula de “pueblos” en aras de un enardecido espíritu democrático es técnicamente un error»*. Es muy recomendable consultar a este respecto el capítulo primero “El carácter constitucional de la Carta de las Naciones Unidas y sus propósitos y principios” en GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, *Sistema Jurídico de las Naciones Unidas*, 1ª ed., Porrúa, Ciudad de México, México, 2007, págs. 1-44.

<sup>41</sup> Me refiero a la afortunada expresión acuñada por Don Antonio Gómez Robledo en su libro *Las Naciones Unidas y el Sistema Interamericano*. *Ibidem*, pág. 7.

<sup>42</sup> “La costumbre internacional como atestación de una práctica común de las naciones, aceptadas como tal por ellas”, LIGA DE LAS NACIONES, “*Comité Consultatif des Juristes, Procés-verbaux des seances de Comité 16 juin-24 juillet, 1920*”, Van Langenhuisen Frères, La Haya, Países Bajos, 1920, págs. 293-331.

Hoy en día, la situación es muy diversa y esta Escuela de pensamiento no ejerce mayor influencia en el pensamiento jurídico internacional,<sup>43</sup> i.e. los doctrinarios del derecho internacional actual no ven en *consuetudo* un *carácter declaratorio*. No obstante lo anterior, ¿por qué me interesa involucrar en la presente tesis la recepción de la teoría de los dos elementos al derecho internacional a cual he llamado ramillete en el apartado anterior?

Pienso que en este punto la impronta de estas teorías metafísicas quedaron de alguna manera en el tintero intelectual de sus juristas partidarios y, al no encontrar mayor apoyo en esta manera de entender la *consuetudo*, enviáronse intelectualmente a falta de algo mejor todas las propiedades del espíritu o alma del pueblo<sup>44</sup> a la *opinio iuris*. Desde ese momento este concepto sufrió una metástasis de la cual hoy en día no se recupera, siendo su estado grave y desolador. Pongo de relieve la descripción del asunto merced a las reflexiones del profesor Kolb:

*“It is a field replete with uncertainties and paradoxes, reflecting the chaotic state of human destiny outside the ordered realm of legislative processes. With customary law, one is not only at the apex of the system of sources, but also at the boundaries of the shadowy world that lies beyond ours, that world which the Greeks called anoikouméné.”*<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> BARBERIS, Julio, « Réflexions sur la Coutume Internationale », Op. Cit., pág. 12.

<sup>44</sup> “La frase en el inicio del preámbulo es de suyo delatadora: “Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas...” de evidente conexión con el aforismo “*We, the people of the United States*”. GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, Sistema Jurídico de las Naciones Unidas, Op. Cit., pág. 8.

<sup>45</sup> “Es un área repleta de incertidumbres y paradojas, mismas que reflejan el caótico estado del destino humano fuera de los terrenos del orden, propio de los procedimientos legislativos. Con el derecho consuetudinario, uno no se encuentra en vértice del sistema de fuentes, sino también en las fronteras de un mundo sombrío, que está más allá del nuestro; ese mundo que los griegos tuvieron a bien llamar *anoikouméné*” (Traducción propia). KOLB, Robert « Selected Problems in the Theory of Customary International Law», en Netherlands International Law Review, pág. 150.

Así pues, puédese ver cómo la identificación de la *opinio iuris* fue introducida al derecho internacional en los escollos de un *mundo sombrío, que en apariencia está más allá del nuestro*; y que **no parece, desde mi diagnóstico, que haya una clara tendencia teórica tendiente a revertir la confusión. El objeto del presente trabajo es aportar teóricamente herramientas diferentes a preguntas añejas, intentando nuevas respuestas para desafiar de nueva cuenta a la Esfinge.**<sup>46</sup>

#### 1.4 SU PRIMITIVO OBSERVABLE: LA PRÁCTICA

Ahora bien como ya lo mencioné, los cielos seguros<sup>47</sup> de la teoría de los dos elementos se ciernen en torno al coyunto (1) práctica y (2) *opinio iuris*. Aquél se refiere a las conductas, del ámbito interno<sup>48</sup> y, por definición, del externo,<sup>49</sup> emanadas de los sujetos del derecho internacional (comportamientos ya sean positivos o negativos).<sup>50</sup> Todo análisis científico que intente identificar a *consuetudo*,

---

<sup>46</sup> El profesor Tamayo y Salmorán alguna vez me dijo su profesor H.L.A. Hart decía que «la investigación analítica y la investigación histórica del derecho dan nuevas respuestas a diferentes cuestiones y no diferentes respuestas a las mismas cuestiones».

<sup>47</sup> « It might be expected that such a diversification of a phenomenon might have produced an equivalent broadening in its legal construction. However, the dominant view still constructs custom around *the safe heavens of the two elements*, being ready only to modulate somewhat their relations to one another [...] in order to fit better the new phenomena». KOLB, Robert « Selected Problems in the Theory of Customary International Law», Op. Cit., págs. 122-123. (Énfasis añadido).

<sup>48</sup> En el caso de Lotus la Corte no se posicionó sobre la imposibilidad de analizar la conducta de los tribunales internos de un Estado. CORTE PERMANENTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Affaire du « Lotus »*, 7 de septiembre de 1927, serie A, núm. 10, pág. 28.

<sup>49</sup> Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Interhandel (Suisse c. États-Unis d’Amérique)”, sentencia, La Haya, Países Bajos, 21 de marzo de 1959, pág. 27.

<sup>50</sup> Estos actos de tipo negativo han sido denominados por la ciencia del derecho internacional general como “práctica negativa”. En el particular, resultan interesantes los ejemplos contenidos en la jurisprudencia internacional, dentro de los cuales destacan: la abstención de perseguir penalmente a funcionarios extranjeros (*Lotus*), la no protección de ciertas personas naturalizadas en razón de alguna razón de conveniencia personal (*Caso Friedrich Nottebohm*) o bien, el abstenerse de recurrir a la fuerza. CORTE PERMANENTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Affaire Du « Lotus » Idem*; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, « *Affaire*

debe pasar en primer lugar por el estudio de la práctica (convergencia de conductas) y, posteriormente, por el de la *opinio iuris*. El profesor Gutiérrez Baylón da un punto de partida sumamente oportuno para hablar de la práctica, a saber: “[a] expresarse la voluntad de los Estados estamos frente al derecho de los tratados, mientras que cuando se analiza la mera *convergencia* de las conductas de los sujetos de derecho internacional, el fenómeno en estudio es el derecho consuetudinario internacional”.<sup>51</sup> A diferencia de la *opinio iuris* entendida como ‘elemento psicológico o espiritual’, la bondad de la práctica es que esta arroja datos objetivos que pueden ser recogidos por la experiencia. A este respecto, la Comisión de Derecho Internacional ha realizado considerables esfuerzos por delimitar el primer elemento. Así, su conclusión número 6ª cuyo título es “Formas de Práctica” refiere lo siguiente:

*Les formes de pratiques étatiques comprennent,<sup>52</sup> sans y être limitées : les actes et la correspondance diplomatiques ; la conduite relative aux*

---

*Nottebohm* (segunda fase) », La Haya, Países Bajos, 6 de abril 1955, sentencia, párr. 4, pág. 22; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, « *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))* », sentencia, La Haya, Países Bajos, 3 de febrero del año 2012, párr. 99, págs. 134 y 135.

<sup>51</sup> GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, Derecho de los Tratados, Op. Cit., pág. 12.

<sup>52</sup> Con ánimo clarificador, y tomando en consideración la gran variedad de actos por virtud de los cuales los Estados proceden, dicho proyecto se permite una prolija explicación de los alcances de cada explicación: *Ainsi, l'expression « conduite exécutive » vise de manière générale toute forme d'acte de l'exécutif, qu'il s'agisse d'ordonnances, de décrets ou d'autres mesures, les déclarations officielles faites sur le plan international ou devant un organe législatif, et les demandes soumises à des juridictions nationales ou internationales. L'expression « les actes législatifs et administratifs » englobe de même les diverses formes de réglementation émanant d'une autorité publique. Par le terme conduite opérationnelle « sur le terrain », on entend les mesures de police et la saisie de biens, ainsi que les opérations sur le champ de bataille ou toute autre activité militaire, comme le mouvement de troupes ou de navires, ou le déploiement de certaines armes. Les mots « la conduite relative aux traités » vise les actes liés à la négociation et la conclusion des traités, ainsi que leur application ; en concluant un traité, un État peut participer à une pratique dans le domaine auquel se rapporte le traité, par exemple dans le domaine des accords de délimitation maritime ou des accords avec le pays hôte. Le membre de phrase « la conduite relative aux résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale » recouvre de même les actes des États liés à la négociation, l'adoption et l'application de résolutions, décisions ou autres actes adoptés dans le cadre d'organisations internationales ou lors de conférences*

*résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale ; la conduite relative aux traités ; la conduite exécutive, [...] ; les actes législatifs et administratifs ; et les décisions des juridictions internes.*<sup>53</sup>

Brevemente, otras características del elemento material son la repetición (*l'affermissement* es su corolario);<sup>54</sup> que esté arraigada en el tiempo (sin necesidad que tenga como característica el ser *inveterata*),<sup>55</sup> en una sociedad internacional donde sean desarrollados por una pluralidad de Estados (*pro facto plurium personarum*),<sup>56</sup> mismos que son llevados a cabo por los sujetos particularmente

---

*intergouvernementales, quel que soit leur intitulé et indépendamment de leur caractère juridiquement contraignant ou non [...]. « Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs », en Annuaire de la Commission du Droit International, Publicaciones de las Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, vol. II (2), 2018.*

<sup>53</sup> Las formas [a través las cuales se manifiesta] la práctica estatal comprenden, sin limitarse a ellas, los actos y la correspondencia diplomática; la conducta que se refiere a las resoluciones adoptadas por una organización internacional o durante una conferencia intergubernamental; la conducta relativa a los tratados; la conducta ejecutiva (comprendida la conducta operacional "en el campo"; los actos legislativos y administrativos; y las decisiones de jurisdicciones internas). Ídem. (Corchetes añadidos).

<sup>54</sup> « *La répétition est la condition de l'affermissement de la pratique sans lequel il serait impossible parler d'« usage ». L'exigence de la répétition se traduit par des formules classiques utilisées par la jurisprudence internationale qui vise une « pratique internationale constante » (CPIJ, Wimbledon, série A n°1, p. 25) ou une « pratique constante et uniforme » (CIJ, Droit d'asile et Droit de passage en territoire indien, Rec. 1950, p. 277 et Rec. 1960, p.40) ».* NGUYEN, Quoc Dihn, Droit International Public, Op. Cit., pág. 358.

<sup>55</sup> Es valioso hacer notar que la doctrina clásica de *consuetudo* consideraba (tengo en mente a la *société interétatique* de los siglos XVI al XIX, e.g.) que los comportamientos deberían ser inveterados (ancestrales o muy antiguos, al estilo de la *mos maiorum* romana) para ser tomados en cuenta a efectos del procedimiento de formación de la costumbre jurídica. No obstante lo anterior y dado el carácter internacionalista del presente trabajo, debo hacer notar que suscribo el razonamiento según la cual « *le fait qu'il ne se soit écoulé qu'un bref laps de temps ne constitue pas en soi, un empêchement à la formation d'une règle nouvelle de droit international coutumière* ». A la luz del vigor con el que se ha desarrollado la sociedad internacional en el siglo pasado, lo anterior me resulta su consecuencia lógica. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Plateau continental de la mer du Nord, Op. Cit., pág. 43.

<sup>56</sup> El Profesor Emérito hace alusión a este elemento a partir de los escritos en latín de Bártolo de Sassoferrato, mismo que ha trascendido como uno *dei punti più alti* del pensamiento jurídico universal. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, Costumbre o Eficacia. Condición Necesaria y Suficiente de Existencia del Derecho, Op. Cit., pág. 60.

interesados que miran a la práctica de derecho internacional consuetudinario desde el aspecto interno en el sentido hartiano.

### 1.5 Νόμοι ἄγγραφοι

En ese sentido, una característica fundamental es que *consuetudo* prescribe aun cuando sea *νόμοι ἄγγραφοι*,<sup>57</sup> es decir, ley o norma no escrita, obra de la razón,<sup>58</sup> ya que está íntimamente ligada a prácticas sociales convergentes. Atingentemente los latinos sentenciaban “*quod en tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere*”.<sup>59</sup>

La naturaleza de esta idea fue puesta de relieve por el jurista Juliano en los siguientes términos:

*De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est [...] Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur [...] nan cum ipase leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine*

---

<sup>57</sup> Es célebre la separación del jurista Ulpiano a este respecto: “Hoc igitur jus nostrum constat aut ex scriptu aut sine scriptu ut apud Graecos τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγγραφοι ». ARNAUD, *et. al.*, Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit, Op. Cit., págs. 118 y 119.

<sup>58</sup> « Rappelons encore l'importance du droit non-écrit ou coutumier, qui tend à [...] un attachement [...] aux pratiques sociales de fait. Le droit ne s'y présente pas comme ordre rationnel, mais comme amas de faits dans les régularités contingentes desquels la règle essaie de se frayer un chemin ». KOLB, Robert. « Le Droit International est-il un Droit Primitif ? », en Zeitschrift für Öffentliches Recht, Springen Wien-New York, Viena, Austria, vol. 55, núm. 01, 2000, pág. 108.

<sup>59</sup> La frase completa es traducida del Digesto reza del siguiente modo: D. 1, 3,36 « Este derecho [consuetudinario] es tenido por gran autoridad, [y] tan probado es que no fue necesario contenerlo por escrito” TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, Costumbre o Eficacia. Condición Necesaria y Suficiente de Existencia del Derecho, Op. Cit., pág. 75.

*nullo scripto populus probavit tenebunt omnes : nam quid interest sufragio populus voluntatem suam declare tan rebus ipsis et factis ?<sup>60</sup>*

## **1.6 SU CODIFICACIÓN: CABALLO DE MADERA O EL PASO DE ENEAS**

El problema que supone la codificación como receptor del derecho consuetudinario es un asunto antiguo y siempre apasionante, cuya discusión se encuentra lejos de terminar.<sup>61</sup><sup>62</sup> Pretéritamente, “[e]l esfuerzo de los internacionalistas anterior a la apertura a firma de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados era enorme en la medida de que cada regla debía ser deducida del derecho internacional consuetudinario”.<sup>63</sup> Por su complejidad técnica, trascendencia en la ciencia jurídica<sup>64</sup> y brevedad del espacio, vale decir por ahora que por una

---

<sup>60</sup> “D.1, 32, pr. & 1. «En aquellos casos en que no usamos leyes escritas, preciso es aplicarlo introducido por los usos [mores] y las consuetudes [consuetudines]... La costumbre inveterada no sin mérito es tenida como ley... [Y] así como las leyes mismas nos obligan, por ninguna otra causa, que por haber sido aceptadas por el juicio del pueblo, [así] también obligará a todos, lo que aprobó el pueblo sin ningún escrito. ¿Qué importa si el pueblo declara su voluntad mediante el sufragio o por [el estado] de cosas y los mismos hechos?» Ídem.

<sup>61</sup> « Bien sûr, le dernier mot est loin d’être dit, et il faut patiemment attendre les développements qui interviendront certainement, pour savoir si oui ou non le nouveau texte conventionnel est celui qui régira à l’avenir l’ensemble des rapports interétatiques dans cet important domaine ». AGO, Roberto, « Nouvelles Réflexions sur la Codification Du Droit International », en Revue Générale de Droit International Public, A. Pedone, Paris, Francia, 1988, tomo 92, núm. 3 págs. 561-562.

<sup>62</sup> Consúltese en el capítulo *The relationships between custom and treaties* las paradojas que propone el profesor de Ginebra. KOLB, Robert « Selected Problems in the Theory of Customary International Law », Op. Cit., págs. 145-150.

<sup>63</sup> GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, Derecho de los Tratados, Op. Cit., pág. 11.

<sup>64</sup> « Et même, si grâce à la Convention de Vienne, le droit des traités est devenu largement conventionnel, la coutume continue à y occuper une place importante, soit pour régir les matières non traitées par la convention ou les États qui n’y sont pas partie, soit pour assurer l’interprétation de dispositions conventionnelles. En un mot, comme les auteurs se sont plu à le souligner, la coutume est « la source de sources » (P. Reuter), la « clé des voûtes » (M. Virally) du système, la « grammaire du droit international » (S. Sur) ». Cfr. WEIL, Prosper, « Cours Général de Droit International Public », en Recueil des Cours de l’Académie de Droit International, Editions Brill, La Haya, Holanda, 1992, pág., 179.

pretendida incertidumbre<sup>65</sup> en la prueba de *consuetudo*, el artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas,<sup>66</sup> al estimular la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional, pareciera que ingresó a las robustas murallas de Ilión un caballo que hace las veces de ariete contra-factual<sup>67</sup> y seguro imbricador de un sistema internacional armado de prisa en varios talleres.<sup>68</sup>

Aprovecho la ocasión para aludir que el pudor con el que se usan los verbos ‘codificar’ y ‘desarrollar’ es tan sólo un prurito técnico; al final del día en un sentido teleológico codificar el derecho internacional es una y la misma cosa: desarrollar.<sup>69</sup> Así, ni la Comisión de Derecho Internacional ni los versos de *lex ferenda* contenidos en un tratado firmado (que no ratificado), sustituyen la fuerza jurídica de una costumbre jurídica de derecho internacional, cuyas disposiciones llegan por su

---

<sup>65</sup> « *Face à ces difficultés et a ces incertitudes, les sujets de droit cherchent dans la “codification” du droit coutumier une plus grande sécurité juridique* ». NGUYEN, Quoc Dinh, Droit International Public, Op. Cit., pág. 366.

<sup>66</sup> CARTA DE LAS NACIONAS UNIDAS 1.- L'Assemblée générale provoque [...]: a) [...] encourager le développement progressif du droit international et sa codification ».

<sup>67</sup> Sobre un estudio *hors-norme* en lengua española, véase GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, «Codificación Contrafactual de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Conmemoración Crítica a 40 de su Adopción)», en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciudad de México, México, 2009, págs. 133-147.

<sup>68</sup> « On ne peut espérer que la Charte soit un modèle de précision et de technique, issue comme elle l'est d'un ajustement hâtif des pièces fabriquées dans plusieurs chantiers ». CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, « *Compétence de l'Assemblée pour l'admission aux Nations Unies* », Opinión Consultiva, Opinión disidente del Juez Azevedo, La Haya, Países Bajos, 3 de marzo del año, 1950, pág. 27.

<sup>69</sup> Merced a un circunloquio, el profesor Ago confiesa la teleología dupla e imbricación manifiesta del artículo 13 de la Carta. “Dans mon esprit, la *codification* est avant tout une opération qui se fait par rapport à des domaines dans lesquels le droit à déjà fait son apparition, et souvent depuis très longtemps déjà. Ce qu'elle se propose est alors essentiellement de mieux définir ce droit, de le clarifier, de le systématiser, de le *développer* et de l'adapter autant que nécessaire dans son contenu et son rayon d'action [...]. (Énfasis añadido). Cfr. AGO, Roberto, « *Nouvelles Réflexions sur la Codification du Droit International* », Op. Cit., pág 566.

propio pie; en el más feliz de los casos, la Comisión se limita a constatar la fuerza vinculatoria de *consuetudo*.<sup>70</sup>

Tengo en mente el carácter dinámico del derecho<sup>71</sup> cuando reconozco que en el avenir, estas precisiones pudieran carecer de actualidad, y que la acción creadora del derecho internacional codificado sea ese Eneas que logró trazarse un camino hacia el Lacio, por entre los escollos de la refracción implícita.<sup>72</sup> Es viva, por ejemplo, la urgencia que tiene el derecho humanitario internacional o el derecho medioambiental<sup>73</sup> por codificar y hacer eficaces sus postulados, ante una incertidumbre de normas consuetudinarias, pienso, de suyo evidente.

Sobre la naturaleza de la costumbre jurídica, el profesor Planiol lo pone de relieve en mejores palabras:

[L]es coutumes [juridiques] ont été *rédigées*, mais cette rédaction n'a pas changé le caractère de cette source de droit. L'autorité publique n'est pas intervenue que pour fixer la coutume [juridique] par un texte écrit, elle n'a pas transformé la coutume en loi. Elle a constaté la force de la coutume [juridique], mais n'a pas prétendu l'imposer.<sup>74</sup>

---

<sup>70</sup> GUTIÉRREZ BAYLÓN, Derecho de los Tratados, Op. Cit., pág. 8.

<sup>71</sup> Cfr. ALCHOURRÓN, *et al.*, Normative Systems, Op. Cit. 72-77.

<sup>72</sup> « *Il est en général caractéristique d'une règle ou d'une obligation purement conventionnelle que la faculté d'y apporter des réserves unilatérales soit admise [...] mais il ne saurait en être ainsi dans le cas de règles et d'obligations de droit général ou coutumier qui par nature doivent s'appliquer dans des conditions égales à tous les membres de la communauté internationale et ne peuvent donc être subordonnées à un droit d'exclusion exercé unilatéralement et à volonté par l'un quelconque des membres de la communauté* ». CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Plateau continental de la mer du Nord, Op. Cit., págs. 38 y 39.

<sup>73</sup> « Il n'est pas douteux que la plupart des principes énoncés par la Déclaration de Stockholm n'avaient aucun caractère obligatoire au moment de son adoption, en 1972. Nombre d'entre eux se sont progressivement cristallisés en de véritables règles de nature coutumière sous l'effet conjugué de la prise de conscience de l'urgence de leur mise en œuvre (opinio iuris) et de la pratique des États en ce sens ». Cfr. NGUYEN, Droit International Public, Op. Cit., pág. 1421.

<sup>74</sup> «Las costumbres [jurídicas] han sido redactadas, mas esta redacción no ha cambiado el carácter de esta fuente de derecho. La autoridad pública no intervino sino para fijar la costumbre

## CAPÍTULO SEGUNDO

### NARRATIO<sup>75</sup> OPINIONIS IURIS

#### 2.1 LA ESFINGE SONRÍE

Cada vez que los teóricos del derecho internacional general se han servido de la alquimia para explicar el *ἀρχή*<sup>76</sup> de la *consuetudo*, es la Esfinge<sup>77</sup> la que termina sonriendo.<sup>78</sup> Es consabida la seductora salida pseudocientífica, tan concurrida por juristas como por otros científicos sociales. Habiendo escapando de los límites de su objeto de conocimiento, una *opinio iuris* así entendida y predicada, es blanco fácil para el mejor discurso jurídico del siglo pasado.<sup>79</sup> Como lo plantearé en el siguiente

---

[jurídica] en un texto escrito, ella no cambió la costumbre en ley. Ella [se limitó a] constatar la fuerza de la costumbre, mas no pretendió imponerla». PLANIOL, Traité Élémentaire de Droit Civil, Op. Cit., 50.

<sup>75</sup> El autor del discurso *Ad Catilinam* refiere lo siguiente: « Narratio est rerum gestarum aut proinde ut gestatur expositio ». Traduzco al castellano ayudado del texto del profesor Harry Caplan: La *narratio* o exposición de hechos pone de relieve los eventos que han ocurrido o que pudieron haber ocurrido. CICERÓN, Ad C. Herennium de Ratione Dicendi, Op. Cit., págs. 8 y 9.

<sup>76</sup> En griego antiguo la palabra '*ἀρχή*' significa 'comienzo o principio'. En este linaje, el Evangelio místico reza: '*Ἐν ἀρχῇ ἦν ὁ λόγος, καὶ ὁ λόγος ἦν πρὸς τὸν θεόν, καὶ θεὸς ἦν ὁ λόγος.*' (En el comienzo era la palabra, y la palabra estaba con Dios, y Dios era la palabra). Evangelio de San Juan I., 1.

<sup>77</sup> "Esfinge, monstruo con cuerpo de león y rostro de mujer que asaltaba a los transeúntes poniéndoles enigmas y devorando a quien no podía contestar. [...] La Esfinge vencida se arroja a un abismo; y Edipo, en premio de esta hazaña, recibe de la ciudad la mano de la reina viuda Yocasta" SÓFOCLES, El Teatro de Sófocles. Edipo Rey, 1ª ed., Editorial Jus, México, Ciudad de México, 1960, págs. 41 y 42.

<sup>78</sup> "More precisely, it seems that the vast majority of doctrinal writings have not resisted the temptation of effecting a mutation of the explanation of the feeling of obligation into a justification of its obligatory character. It should be noted that this type of explanation, which tends more or less to mask the brutality of the passage of fact into law **by justifying it through reference to an extra-legal datum, has been adopted by the vast majority of doctrinal writings**". Cfr. STERN, Brigitte, « La Coutume au Cœur de Droit International », en Mélanges offerts à Paul Reuter, A. Pedone, Paris, Francia, 1981, págs. 479-499. (Énfasis añadido).

<sup>79</sup> „Wenn sie sich als eine "reine" Lehre vom Recht bezeichnet, so darum, weil sie eine nur auf das Recht gerichtete Erkenntnis sicherstellen und weil sie aus dieser Erkenntnis alles ausscheiden möchte, was nicht zu dem exakt als Recht bestimmen Gegenstände gehört". Cfr. KELSEN, Hans, Reine Rechtslehre, Op. Cit., pág. 1.

capítulo, es epistemológicamente imposible determinar el alcance de una propiedad que no puede ser predicada apriorísticamente.

**De manera concreta me quiero referir a la identificación de una ‘consciencia de deber [jurídico]’,<sup>80</sup> o bien, si se quiere, al sentimiento de conformarse a lo que *equivale* a una obligación jurídica.<sup>81</sup> Se ha aceptado sin reparar lo suficiente en el hecho de que sea posible escrutar los ‘sentimientos’<sup>82</sup> y la ‘conciencia’<sup>83</sup>, no sólo de un Estado en lo individual (que no es sino un concepto, una criatura de la mente surgida de conformidad con sus teóricos en un momento específico de la historia)<sup>84</sup> sino hasta de la comunidad internacional en lo general.**

En esta materia vale recordar, por ejemplo, la sentencia del navío *Lotus* en donde la Corte Permanente de Justicia, luego de responder a la tesis del agente del gobierno francés que invocaba un hecho de abstención, resuelve no considerarlo

---

<sup>80</sup> « [L]es États se sont souvent abstenus, en fait, d'exercer des poursuites pénales, et non qu'ils se reconnaissent obligés de ce faire ; or, c'est seulement si l'abstention était motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir que l'on pourrait parler de coutume internationale. CORTE PERMANENTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Affaire Du « Lotus »*, Op. Cit., pág. 28.

<sup>81</sup> « Les Etats intéressés doivent donc avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique ». CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Plateau continental de la mer du Nord*, Op. Cit., pág. 44.

<sup>82</sup> «Feeling: An elementary mental process which differs from sensation and which has the dimension of pleasantness and unpleasantness. Others writers identify it with a vague pattern of sensations, principally organic, which furnish the hedonic tone”. Cfr. HARRIMAN, PHILIP, The Dictionary of Psychology, 1ª ed., Philosophical Library, Nueva York, Estados Unidos de América, 1947, págs. 137.

<sup>83</sup> “Conscience: the organized system of habits which are evaluated by reference to an ethical code. The code sets arbitrary standards whereby actions are adjudged either right or wrong. According to psychoanalysis, it is the same as the super-ego”. Ídem, pág. 83.

<sup>84</sup> « Nés de l'éclatement des Empires, ils se sont affirmés en refusant de se soumettre à l'autorité d'autres entités politiques : « Le roi de France est Empereur en son Royaume », selon l'adage des légistes français. [...] Les États modernes sont apparus dans des conditions politiques difficiles, contre le gré des entités politiques les plus puissantes de leur époque ». Cfr. NGUYEN, Droit International Public, Op. Cit., págs. 449 y 450.

como precedente pertinente en la medida que éste no estaba motivado, en la especie, por la « *conscience d'un devoir de s'abstenir* »; o bien, la sentencia de *Mar del Norte*, central en el siguiente trabajo, cuyas noción de 'sentimientos' sigue siendo a 50 años de su aparición un paradigma errático.

Es posible encontrar conceptualizaciones que van de su completa negación<sup>85</sup> hasta una innecesaria tergiversación.<sup>86</sup> Son consabidos los postulados que diversos académicos del derecho internacional a la sazón de los sentidos dados a la identificación de *consuetudo*. El profesor Kolb los contextualiza de este modo:

*"[For example] customary law is the result of tacit agreement,<sup>87</sup> that it emerges only through regularities of practice without there being a need of opinio iuris (or that the opinio iuris is in some way implicit in practice), that it*

---

<sup>85</sup> Comentando esta postura teórica, el Juez Fitzmaurice siguiendo al profesor Guggenheim, hace relevantes observaciones, mismas que suscribo, en el sentido que al final del día sus teóricos dejan para después –quizás sin notarlo- la existencia del elemento subjetivo; esto es así ya que sus partidarios han llegado a decir que, *somehow*, se debe poder diferenciar una regla de derecho consuetudinario de una simple cortesía. "There is one theory which professes to deny altogether any element of subjectivity in the formation of customary rules of law. A new customary rule, it is said, comes into existence by de facto of a consistent practice ("une pratique constante"). Given that this exists objectively, then there is a rule of law, and there is no need to import subjective considerations as to whether the States are consenting parties, or have recognised the practice as binding [...] On examination however, it seems that this theory does not do away with the subjective element". *Cfr.* FITZMAURICE, Sir Gerald, "The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law", en Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Haya, Países Bajos, 1957, pág. 103.

<sup>86</sup> Me refiero a la popular doctrina del siglo pasado propuesta por el profesor R.-J. Dupuy en su libro « *Coutume sage et coutume sauvage* » (1974), según la cual al estar acostumbrados a teorizar una sucesión cronológica donde la costumbre jurídica "sabia" (*sage*), que tradicionalmente consiste en una práctica convergente de los Estados verificando *in fine* la *opinio iuris*, la doctrina propuesta procede a invertir el orden de los factores, haciendo notar cómo *l'expression catégorique de l'opinio iuris* puede preceder toda puesta en marcha del procedimiento de creación de normas consuetudinarias, donde los comportamientos estatales –así como de otros actores de la sociedad internacional- pueden servir como expresiones de *opinio iuris* antes de ser, si se quiere, precedentes en el alcance técnico de la palabra.

<sup>87</sup> La llamada doctrina del acuerdo tácito está íntimamente relacionada con los pensadores de la corriente voluntarista del derecho internacional. Esta tesis, cuyo representante señero fue Triepel, y en Francia Ch. Chaumont, tuvo una gran impronta para el pensamiento jurídico de la doctrina soviética. Un aspecto interesante consiste en recordar el rol capital que esta escuela de pensamiento da el 'elemento psicológico', mismo que en la presente investigación es rechazado como principio metodológico de base.

*emerges in a sociological process which is either spontaneous and irreducible to description or is based upon an interaction creating legitimate expectations, or even other views than those mentioned here*".<sup>88</sup>

De manera general se admite apriorísticamente que existe un "algo jurídico" que debe ser satisfecho; un "coto jurídico-objetivo" revelador de algún tipo de material que vincula de antemano a los Estados. Así pues, una manera de intentar atajar alguna solución de autoridad que permitiera salir a los Estados de las dudas que implican encontrar este material normativo pre-existente, sería consultar lo que ha dicho la Corte Internacional de Justicia: buscar aquí sería un primer paso de sentido común.

Una de las preguntas más relevantes que podrían hacerse en este temprano estadio sería la siguiente: a la luz de las nociones psicológicas o espirituales ¿la Corte ha desarrollado alguna suerte de teoría de la psicología judicial<sup>89</sup> o, si se quiere, de 'télescopage'<sup>90</sup> que permita penetrar el llamado elemento psicológico?

---

<sup>88</sup> «[Por ejemplo] el derecho consuetudinario es el resultado del acuerdo tácito, que solamente emerge a través de la regularidad de la práctica sin que haya necesidad de la *opinio iuris* (o que la *opinio iuris* esté en alguna medida implícita en la práctica) que emerge en un proceso psicológico que es tanto espontáneo como irreducible en su descripción; o que está basado en una interacción creando legítimas expectativas; o incluso en otras perspectivas que las aquí mencionadas». KOLB, « Selected Problems in the Theory of Customary International Law », en Netherlands International Law Review, Op. Cit., págs. 121-122.

<sup>89</sup> « Née au début de siècle au contact direct de la psychologie expérimentale naissante [...] elle est préoccupée de fournir aux professionnels du droit les fondements d'une psychologie du témoignage [...] et du jugement. [...] Telle qu'elle est conçue [il s'agit de] la somme des connaissances psychologiques dont le magistrat peut avoir besoin dans l'exercice de la fonction (Carbonnier, 1978), de permettre « un meilleur exercice du droit. » ARNAUD, André Jean, *et. al.*, Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit, Op. Cit. pág. 493.

<sup>90</sup> Respecto a la administración de la prueba en el derecho consuetudinario internacional, no deja de resultarme obscuro e inasible que a este propósito que parte de la doctrina sostenga que: « Il faut cependant reconnaître que, dans l'administration de la preuve de l'*opinio iuris* par le juge ou l'arbitre, il y a fréquemment un certain « télescopage » des démonstrations relatives aux éléments matériels et psychologiques ». NGUYEN, Droit International Public, Op. Cit., pág. 365. Ignoro la existencia de una palabra sinónima en castellano de la voz francesa *télescopage*,

A este respecto, el profesor Kelsen respondería a estas pueriles cuestiones de la siguiente forma: la Corte se halla imposibilitada [a] “probar la existencia del elemento psíquico, a saber, la existencia de sentimientos o de pensamientos de individuos cuyos actos constituyen la costumbre en el pasado. Por eso los tribunales internacionales, si aplican una norma comprendida como regla de Derecho consuetudinario, no examinan –pues es imposible de examinar- la existencia de un elemento psíquico”.<sup>91</sup> Personalmente no tendría más que agregar a este respecto.

Como se verá detalladamente más adelante, **la obstinación en los círculos académicos por querer desentrañar el íntimo sentido de esta cuestión obedece a un incorrecto planeamiento de *consuetudo***. Esta concepción obedece fundamentalmente a **la idea según la cual existe un orden jurídico que existe de manera objetiva (*droit objective*), para seguir la explicación de Duguit, y que se confirma simplemente por los sentimientos de los Estados o por una apreciación que súbitamente ‘despierta’; lo que es lo mismo, existe independientemente de lo que ellos decidan ‘poner’ (*ponere, positus*)**.<sup>92</sup>

Sostener tal tesis lleva a negar una de las características esenciales de todo sistema

---

misma que a su vez proviene del verbo *télescopier* y significa: percutir, golpear con violencia, entrar en colisión con. Empero, ¿cómo esperar que a través de un *télescopage* se puedan entender los procesos cognitivos y representaciones mentales de una entidad abstracta como lo es un Estado? ¿Un juez de la Haya o un árbitro deben estar en grado de dominar la psicología experimental, la psicología diferencial, la psicometría o la psicopatología orientadas a los procesos cognitivos del Estado para poder resolver sobre la identificación y prueba de *consuetudo*? Desde luego que no; pero ironizo el argumento sólo para ilustrar que aventurar respuestas ejemplifica el embrollo al que uno se enfrenta.

<sup>91</sup> Cfr. HANS, Kelsen, Teoría del Derecho Internacional Consuetudinario, 1ª ed., Ediciones Coyoacán, Ciudad de México, México, 2012, pág. 32.

<sup>92</sup> « On appelle droit positif les règles juridiques en vigueur dans un état, quel que soit d'ailleurs leur caractère particulier, constitutions, lois, décrets, ordonnances, coutumes, jurisprudence ». PLANIOL, Traité Élémentaire de Droit Civil, pág. 2.

jurídico: el acto de voluntad libremente realizado por los sujetos creadores de un sistema normativo específico.

Desde el punto de vista jurídico, es decir, desde el punto de vista del derecho positivo, los actos constituyentes de la consuetudo son, objetivamente, efectuados en plena libertad, tanto como lo son la conclusión de un tratado generador de Derecho o la realización de un acto legislativo del orden jurídico nacional.<sup>93</sup>

Sólo oyendo el engañoso canto de mitológicas sirenas se entiende cómo el científico del derecho falseó su navegación al tratar de *dar sentido* a términos tales como **[la] nouvelle conscience internationale universelle;**<sup>94</sup> o bien: **[la] conciencia colectiva de la comunidad internacional como un todo,**<sup>95</sup> lo que sea que quiera **decir esto.**<sup>96</sup> La Esfinge seguirá sonriendo hasta en tanto la obscuridad del tema y la metafísica de su predicación sigan siendo ecos insuperables para el marinero de buena fe.

---

<sup>93</sup> Cfr. KELSEN, Teoría del Derecho Internacional Consuetudinario, Op. Cit., págs. 21-52.

<sup>94</sup> «La nueva conciencia internacional universal». El Juez Azevedo llegó a sostener lo siguiente: « La psychologie des peuples a subi de grandes modifications ; une nouvelle conscience internationale universelle se fait jour ». Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Compétence de l'Assemblée pour l'admission aux Nations Unies*, Opinión Consultiva, Opinión disidente del Juez Azevedo, Op. Cit., pág., 12.

<sup>95</sup> Cfr. PIZA ESCALANTE, *La 'Opinio Juris' como Fuente Autónoma del Derecho Internacional ('Opinio Juris' y 'Jus Cogens')*, en Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, Instituto Hispano-Luso-Americano, Zaragoza, España, 1987, pág. 171.

<sup>96</sup> « Les idées des juristes sur le caractère de la coutume n'ont atteint ni à l'unité ni à la clarté ». Cfr. BASDEVANT, « Règles Générales de Droit de la Paix », en Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, Editions Brill, La Haya, Holanda, 1936, pág. 508.

## 2.2 PARADOXON OPINIONIS IURIS<sup>97</sup>

Es un *κοινός τόπος* (lugar común) en la teoría del derecho internacional plantear una paradoja en torno al tema. Su *carattere de inafferrabilità*,<sup>98</sup> como lo describe el profesor Bobbio, pone en el conocimiento de todo aquel que se aproxima a sus nebulosas una advertencia: se trata de uno de esos temas capitales de la ciencia jurídica que no atina repuestas unánimes; siempre, al final, la mitológica Esfinge se termina deleitando.

De manera muy clara y sin aportar respuesta concluyente, el profesor Bobbio la describió del modo siguiente:<sup>99</sup>

*Si può osservare, anzitutto, che la sua ammissione implica un circolo vizioso: da un lato, si afferma che la norma giuridica consuetudinaria non si costituisce se non esiste l'opinio; ma, dall'altro lato, l'opinio presuppone che la norma giuridica sia già costituita. In altre parole, essa presuppone proprio quel diritto, che dovrebbe contribuire a costituire. Da questa difficoltà si può uscire con due possibili soluzioni che non sono esse stesse scree di inconvenienti: o si riconosce che l'opinio è fondata sopra un errore, nel senso che la credenza nel obbligatorietà di un comportamento è derivata dalla falsa credenza che esistesse una norma giuridica che in realtà non*

---

<sup>97</sup> 'Paradoxon' es un vocablo latino que significa: 'paradoja'. Aquí se encuentra en el caso nominativo del tiempo indicativo. El subtítulo se lee: "La Paradoja de la *opinio iuris*".

<sup>98</sup> Traduzco como "carácter no asible"; en razón de la palabra 'inaferrabilidad' no existe en el castellano, aun cuando su noción es clara para un hispanohablante por la existencia de la palabra 'aferrar' y el prefijo latino 'in' que significa negación. BOBBIO, Norberto, Enciclopedia del Diritto, Op. Cit., pág. 432.

<sup>99</sup> La paradoja del profesor Sørensen reza como sigue: « *Si l'on définit l'élément subjectif de telle sorte que l'agent de l'État doit avoir la conviction de se conformer ou d'obéir à ce qui est déjà le droit, on présuppose l'existence intérieur des règles juridiques, et la coutume, par conséquent, ne peut pas être les processus par lesquels le droit est créé. Si, d'autre part, on rejette la conception d'un droit exigeant que la pratique, dès le début, soit basée sur la conviction d'une obligation au d'une autorisation d'agir, on exige en effet, comme base de la coutume, que l'agent se trouve en erreur* ». SØRENSEN, Max, "Principes de droit international public", en Collected Courses of the Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law, La Haya, Holanda, pág. 50.

*esiste; oppure se amente che l'opinio non abbia valore costitutivo del diritto consuetudinario, perché la credenza nella obbligatorietà di un comportamento presuppone che già esista una regola giuridica valida, ma soltanto probativo, e pertanto appartenga non già al momento della formazione della consuetudine, ma quello della sua efficacia dopo che è stata formata.*<sup>100</sup>

Procederé a reflexionar en torno a la sedicente paradoja con el objeto de desmentirla a la luz de la metodología propuesta en el presente trabajo:

1. Ante todo, el planteamiento del problema parte de una falacia reduccionista.

En efecto, ante un problema complejo como la naturaleza de la *opinio iuris* sus laberínticas relaciones de esta con *consuetudo*, no es acertado reducir a dos –y sólo a dos- las posibles soluciones del problema; en otras palabras comprimir los causes cognitivos sosteniendo que *[d]a questa difficoltà si può uscire con due possibili soluzioni* es lógicamente falaz, y poco útil para la verdadera solución de un problema, cualquiera que este sea. Todo problema que parte de un planteamiento incorrecto es propenso a llevar a errores en su solución.

---

<sup>100</sup> “Puedese observar, ante todo, que su admisión [*de la opinio iuris como elemento psicológico*] implica un círculo vicioso: por una parte se afirma que la norma jurídica consuetudinaria no se constituye si no existe la *opinio iuris*; sin embargo, por otra parte, la *opinio* presupone que la norma jurídica háyase constituida. En otras palabras, ella presupone exactamente el derecho que debería contribuir a constituir. Puedese salir de esta dificultad con dos posibles soluciones que no están ellas mismas exentas de inconvenientes: o se reconoce que la *opinio* está fundada en un error, en el sentido que la creencia en la obligatoriedad de un comportamiento que se deriva de la falsa creencia que existiese una norma jurídica que en realidad no existe; o bien, se admite que la *opinio* no tenga valor constitutivo en el derecho consuetudinario, porque la creencia en la obligatoriedad de un comportamiento presupone que ya exista una regla jurídica válida, mas sólo probativamente, por lo cual pertenezca, digamos, ya no al momento de la formación de la costumbre, mas a su eficacia, después de que ha sido formada”. BOBBIO, Enciclopedia del Diritto, Op. Cit. pág. idem. (Los corchetes son propios).

2. El pretendido círculo vicioso que refiere el profesor turinés es tan sólo aparente. Lo anterior obedece a una incorrecta comprensión de *consuetudo* y, por consiguiente, de la *opinio iuris* (esta idea no es nueva).<sup>101</sup> **La dificultad de responder esta “paradoja” reside ante todo en que mezcla asertos verdaderos con planteamientos incorrectos.**

Me explico: cuando se dice que *la norma giuridica consuetudinaria non si constituisce se non se non esiste l’opinio* se dice un enunciado verdadero, ya que como se vio *consuetudo* es un coyunto formado por la práctica y la *opinio iuris*, cuya concurrencia es necesaria para la existencia de *consuetudo*.

Y por otro lado se sostiene que *l’opinio presupone che la norma giuridica sia già costituita* es, desde la lectura del herramientas teóricas de la Jurisprudencia Analítica que este trabajo postula, también verdadera, pues como se explicó *consuetudo est ius*; de manera tal que coincido completamente en que se presupone la existencia de la *opinio iuris* para la existencia de *consuetudo*. Por ende se colige que es perfectamente verdadero decir que la *opinio iuris* presupone que la norma jurídica ya está constituida y perfectamente eficaz entre los sujetos particularmente interesados.

Ahora bien, ¿de dónde viene la paradoja que permanentemente inquieta a los juristas? A mis ojos la respuesta reside en el forzoso carácter psicológico-

---

<sup>101</sup> En efecto, el profesor Kolb el capítulo “*The paradox of opinio iuris*” señala ya que la respuesta que se le dé a la célebre ‘paradoja’, dependerá del significado específico de *opinio iuris*. Cfr. KOLB, « Selected Problems in the Theory of Customary International Law », Op. Cit., 138.

apriorístico que quiere atribuirse a la *opinio iuris*, al argumentar una *falsa credenza che esistesse una norma giuridica*. **De modo tal que se intenta dar a entender que los Estados, cuando actúan siguiendo una costumbre en derecho internacional, lo hacen guiados por una conciencia previa que tiende a un resultado cierto;** y, peor aún, que este actuar se hace en cognición plena, *a priori*, con la intención de satisfacer una obligación jurídica de carácter consuetudinario. De ahí la palabra presuponer (*l'opinio presupone*), que utiliza el profesor. No se logra entender que hablar de derecho consuetudinario tiene que ver con la observación de comportamientos convergentes de cuyos móviles internos muy poco se puede inteligir apriorísticamente.

Vale en este punto recordar que científicamente no se puede hablar de intenciones que se seguirán dando en el futuro, pues lógicamente 'la *opinio iuris* existe' es un predicado complejo que opera de manera muy distinta merced a enunciados disposicionales y reacciones de identidad.<sup>102</sup> Necesita verificarse un hecho infractor de *consuetudo* para poder afirmar su eficacia y pleno vigor en el mundo jurídico, así como la correlativa vigencia de la *opinio iuris* de los Estados respecto de ese comportamiento en específico. Sustentar que hay *un errore nella credenza [dell'] obbligatorietà di un comportamento* es tan sólo una trampa verbal pues, si se admite este error respecto de un derecho que no existe, lo único que se hace es forzar un argumento innecesariamente, pues se hace suponer que una convicción de lo moral, de

---

<sup>102</sup> Véase el capítulo III y de manera señalada el apartado 3.4.

lo justo o de lo que es necesario, es requisito para el perfeccionamiento de una *consuetudo x*, que al tiempo mismo y de modo presumible aún no existe. *Consuetudo* no obedece *necesariamente* a estos fines; *consuetudo* tiene un contenido multiforme que puede ser predicado *a posteriori* una vez satisfechas las reacciones de identidad que permiten su observación.

Tal como lo ha señalado el profesor Kolb,<sup>103</sup> esta clásica paradoja ha sido replanteada (Sorensen, Mendelson) y refutada (Verdross, Simma) incontables veces; y tal como perfectamente lo refiere, todo depende del enfoque que se le dé a la categoría *opinio iuris*.<sup>104</sup>

### **2.3 OPINIO IURIS LEGATI<sup>105</sup>**

Ahora bien, buena parte de la doctrina reconoce –y pienso acertadamente- que los ‘comportamientos’ en el terreno de las relaciones diplomáticas tienen una relevancia particular a efectos de identificar el elemento material de *consuetudo*. Esta es la opinión de la Corte en el asunto *Interhandel* de 1959.<sup>106</sup> Sin embargo ¿podríase

---

<sup>103</sup> Por razones de espacio y para dar un panorama completo véase el capítulo 2.5 “*The paradox of opinio iuris*” en KOLB, « Selected Problems in the Theory of Customary International Law », Op. Cit., págs. 137-141.

<sup>104</sup> “This element can be understood in many different ways, which in turn have profoundly different implications for the paradox”. Ídem

<sup>105</sup> *Legatus* es un vocablo latino que significa: ‘embajador’, ‘diplomático’ o ‘diputado’. Aquí lo he declinado con el caso genitivo singular de la voz activa del indicativo.

<sup>106</sup> Cfr. NGUYEN, *Droit International Public*, Op. Cit., pág. 356.

« La Cour n'estime pas nécessaire de s'arrêter à l'affirmation du Gouvernement suisse d'après laquelle « les Etats-Unis eux-mêmes ont admis que l'Interhandel avait épuisé les recours devant les tribunaux américains ». Il est vrai que les représentants du Gouvernement des Etats-Unis avaient émis cette opinion à plusieurs reprises et notamment dans l'aide-mémoire annexé à la

derivar de la labor de los agentes diplomáticos (declaraciones, correspondencias diplomáticas o instrucciones enviadas desde las cancillerías) una *opinio iuris*? ¿No se vislumbraría acaso el riesgo de encontrar en estas opiniones vaivenes claros a la sazón de la coyuntura política actual? ¿Existe el caso en el cual un diplomático, *motu proprio*, desoiga las indicaciones de su cancillería alterando con ello una tradición inveterada?<sup>107</sup> Se ha llegado a afirmar que existen normas de derecho consuetudinario que protegen al medio ambiente, ¿cómo podría entenderse el valor referencial de declaraciones diplomáticas en la consolidación de la *opinio iuris* a la luz de un cambio político de régimen de una potencia mundial altamente industrializada que vaya, de un firme discurso pro ambiental, a un discurso que niegue la amenaza de cambio climático?

La manera en la que entiendo a *consuetudo* y, por añadidura a la *opinio iuris*, me obliga a responder que la posición de un agente diplomático en el ejercicio de sus funciones *puede eventualmente* coincidir con la existencia de una *consuetudo internationalis*. Como ejemplo de lo anterior, el Canciller venezolano Arreaza dijo ante el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a principios del 2019: “-Ya veníamos nosotros, e incluso el Presidente Maduro, pensando en llamar a esta instancia para debatir no tanto el caso de Venezuela sino la grosera intervención y

---

note du secrétaire d'Etat du 11 janvier 1957. » CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, « Interhandel (Suisse c. États-Unis d'Amérique) », Op. Cit., pág. 27.

<sup>107</sup> Véase por ejemplo las acciones y declaraciones del diplomático mexicano y representante de México ante el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas Adolfo Aguilar Zinser a la sazón de la determinación norteamericana de invadir Iraq. Cfr. MELISSEN, Jan, The New Public Diplomacy Soft Power in International Relations, 1ª ed., *Studies in Diplomacy and International Relations*, Londres, Reino Unido de la Gran Bretaña, 2005.

los groseros mecanismos de injerencia de Estados Unidos (de América) en nuestro país”.

Sin embargo, tomando en cuenta el estadio del derecho internacional general, el argumento apriorístico presenta incerteza al momento de identificar una *opinio iuris* en formación cuya urgencia o necesidad, si bien deseadas, no tiene porqué llegar al rango de *consuetudo*.

En otras palabras, desear empatar el alto estándar técnico de la *opinio iuris internationalis* con una ocurrencia, un punto de vista o una postura de un diplomático es altamente riesgoso. Más que nunca, en esta época de abigarrada globalidad en donde uno se ahoga en una marea de verosimilitudes inverificables, aceptar tal florilegio de opiniones y comportamientos como pauta de lo que la *opinio iuris* es, haría inaccesible su intelección.<sup>108</sup> Si se acepta que la uniformidad<sup>109</sup> en el elemento material es un componente cardinal para la comprensión de *consuetudo*, ¿cuánto más sería exigible una *opinio iuris* consistente y unívoca? Así, la Corte en 1950 indicó correctamente que:

« Les faits soumis à la Cour révèlent tant d'incertitude et de contradictions, tant de fluctuations et de discordances dans l'exercice de l'asile

---

<sup>108</sup> « Quelque difficile qu'il ait été de tout temps d'extraire une *opinio juris* cohérente d'un florilège d'opinions et des comportements contradictoires, du moins procédait-on à cette identification à partir des prises de positions concrètes et précises : note diplomatiques, attitudes adoptées au cours d'une négociation, déclarations devant un tribunal ou au cours d'une conférence internationale, etc. Or petit à petit les « véhicules » (R. Jennings) de l'*opinio juris* se sont diversifiés à l'extrême, **au point d'en perdre toute crédibilité** ». Cfr. WEIL, Prosper, Op. Cit., pág. 175. (Énfasis añadido).

<sup>109</sup> De manera similar en la sentencia arbitral del 17 de julio de 1965 se lee: “It has been put forward as an objection that the all-cargo operations in question lacked continuity. It is correct that only a constant practice, observed in fact and without change can constitute a rule of customary international law”. REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS, “Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and Italy”, 17 de julio del año 1965, vol. XVI, pág. 100.

diplomatique et dans les vues officiellement exprimées à diverses occasions ; [...] et la pratique a été influencée à tel point par des considérations d'opportunité politique dans les divers cas, qu'il n'est pas possible de dégager de tout cela une coutume constante et uniforme acceptée comme étant le droit [...] ».<sup>110</sup>

Vienen a mi espíritu las variopintas posiciones que, al momento en que escribo esta tesis, han tomado los Estados a lo largo del planeta en sinnúmero de foros e instancias internacionales respecto de la situación de la República Bolivariana de Venezuela: un asunto que lejos de pintar unánime, parece reverdecer los antiguos discursos de la segunda mitad del siglo pasado. En esta vena argumentativa, me parece valioso poner de relieve que uno de los temas capitales que vive el país latinoamericano interesa sobremanera al derecho internacional general, pues tiene que ver precisamente con el principio de no-intervención, de cuño esencialmente consuetudinario y cultivado esmeradamente en esta región del mundo.

## **2.4 OPINIO IURIS DEMOCRATIAE**

El presente trabajo propone un modelo teórico aplicable al *derecho* internacional general; y no uno cuyo lenguaje-objeto sea el *deber ser* de las relaciones internacionales. Ecos consistentes en *cómo debería de ser hecho* el derecho

---

<sup>110</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, « Affaire du Droit d'Asile (Colombie / Pérou), sentencia, La Haya, Países Bajos, 20 de noviembre de 1950, pág. 227.

internacional general más allá del objeto de estudio del presente trabajo.<sup>111</sup> Preguntas relativas a la 'dimensión democrática' de los actos estatales comprendidos como un *deber ser* pertenecen a otros ámbitos de la Teoría del Conocimiento: hacer bien claro este contraste, para efectos de este trabajo, resulta un *methodisches Grundprinzip*.<sup>112</sup>

«Existe la apariencia de que los Estados comparten los mismos valores en sus políticas internas e internacionales y que al ser contestes éstas en sus principios de base, irremediablemente deben converger en los mismos estándares internacionales y tener por reflejo en lo interno, legislaciones muy similares sino es que idénticas e incluso trasplantadas de algún Estado líder. Esta doctrina llamada de la *mundialización del derecho*, tiene como sustrato la creencia de que la humanidad ha llegado a una fase de civilización tal que resulta incomprensible y reprobable que algún Estado cualquiera que sea su latitud, grado de desarrollo, perfil cultural o encrucijada geopolítica, sea refractario»<sup>113</sup> a dichas aspiraciones universales.

Pues bien, existe una extraña tendencia que cobra cada vez mayor fuerza en foros mundiales<sup>114</sup> de derecho internacional: me refiero al evocar un supuesto *carácter*

---

<sup>111</sup> „Als Theorie [...] sie versucht, die Frage zu beantworten, was und wie das Recht ist, nicht aber die Frage, wie es sein oder gemacht werden soll. Sie ist Rechtswissenschaft, nicht aber Rechtspolitik“. KELSEN, Reine Rechtslehre, Op. Cit., pág. 1.

<sup>112</sup> “Principio metodológico esencial” Cfr. KELSEN, Reine Rechtslehre, Op. Cit., pág.1.

<sup>113</sup> GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, “Sistema Policéntrico de Creación del Derecho Internacional y la Determinación regional de las reglas de ius Cogens, en Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm 249., 2008, pág 166.

<sup>114</sup> “International law increasingly asserts a right to determine the normative situation of citizens of democratic states, without, it would seem, any meaningful connection to the idea of democratic legitimacy”. Cfr. WHEATLEY, Steven, A Democratic Rule of International Law, en The European Journal of International Law, Vol. 22, num. 2, 2011, págs. 525 y 526.

*democrático* de ciertas prácticas internacionales ligadas a una *opinio iuris*, mismas que operan como condición suficiente en la identificación normas de derecho internacional general. A sedicientes 'prácticas democráticas' adscribeseles un valor de regla de reconocimiento hartiana; esto es, se les ve como un parámetro identificador de derecho válido, o bien, como cedazo de legitimidad.<sup>115</sup> Así en esta extraña hipótesis, un *baremo democrático* no sólo determina lo que está bien y está mal, sino inclusive lo que es jurídico de lo que no.

En otras palabras: aquellos Estados que no guarden un pretendido 'ropaje democrático' dejan de gozar *ex hypothesi e ipso facto* de ciertas cualidades inherentes a su subjetividad jurídico-internacional. A este respecto, basta simplemente recordar que la noción de soberanía en el derecho internacional, añejo principio de derecho consuetudinario, responde con señalada contundencia que no hay nada más falso que lo anterior.<sup>116</sup>

---

<sup>115</sup> « Le grand projet de l'objectivisme, mais aussi sa grande faiblesse, est d'avoir voulu dissocier la théorie du droit des théories de la légitimité. C'est de toute évidence sur cette dissociation qu'il est nécessaire de revenir [...] ». DE FROUVILLE, Olivier, Une conception démocratique du droit international, en Revue Européenne de Sciences Sociales, vol. XXXIX, núm.120, 2001, pág. 61.

<sup>116</sup> Es firme la Corte a este respecto: « De l'avis de la Cour, aucune règle de droit international n'exige que l'Etat ait une structure déterminée, comme le prouve la diversité des structures étatiques qui existent actuellement dans le monde » CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, « Sahara occidental », Opinión Consultiva, 1975, págs. 43 y 44 ; sería muy interesante en el contexto latinoamericano actual recordar el perfectamente razonado *dictum* : « Le Congrès des Etats-Unis a aussi, dans sa conclusion exprimé l'opinion que le Gouvernement du Nicaragua avait pris des « mesures révélant l'intention d'établir *une dictature communiste totalitaire* ». Quelque définition qu'on donne du régime du Nicaragua, l'adhésion d'un Etat à une doctrine particulière ne constitue pas une violation du droit international coutumier ; conclure autrement reviendrait à priver de son sens *le principe fondamental de la souveraineté des Etats* sur lequel repose tout le droit international, et la liberté qu'un Etat a de choisir son système politique, social, économique et culturel ». CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Activités militaires et

Resúltame difícil abarcar un tema tan complejo como la definición del concepto 'democracia' por el espacio y el objeto de estudio del cual me ocupo. Me limitaré a poner en contexto algunas consideraciones necesarias para la reflexión de un problema que es hijo de la susodicha noción psicológica de la *opinio iuris*.

Primeramente resulta focal poner en claro que no existe doctrinalmente *unanimidad* alguna respecto de lo que se podría entender por la palabra "democracia". ¿Cómo plantear *a priori* una desviación a un comportamiento democrático si se habla de antemano de un concepto escurridizo? La democracia se encuentra entre las palabras más ambiguas, complejas y eugenésicas que pudiera haber. El sentido etimológico de la palabra es consabido: *δήμος*, *démos*, «pueblo» y *κράτος*, *krátos*, «poder», el "gobierno o poder del pueblo"; y para algunos teóricos de la democracia esta etimología es incluso errónea.<sup>117</sup>

Por un lado el profesor Sartori en un análisis lingüístico de la ciencia política, identifica al menos seis usos de la palabra 'democracia': *todo el mundo; gran número de individuos; clase baja; totalidad orgánica; mayoría absoluta; mayoría limitada. Cada uno de ellos implica una definición distinta de la democracia como sistema de gobierno.*<sup>118</sup> Por otro lado el profesor Bobbio parte de la siguiente 'definición mínima': "*l'unico modo di intendersi quando si parla di democrazia, in quanto contrapposta a tutte le forme di governo autocratico, è di considerarla*

---

paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), Op. Cit., pág. 133. (Énfasis añadidos).

<sup>117</sup> Y es que la palabra 'democracia' guarda un sentido en tanto deliberación de representantes en una asamblea que tenía todo menos popular. Ver la reforma de la polis de Clístenes de Atenas en el siglo VI antes de Cristo.

<sup>118</sup> PRUD'HOMME, Jean-François, Consulta Popular y Democracia Directa, en Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática, Instituto Federal Electoral, 1997, núm.15, pág. 17.

*caratterizzata da un insieme di regole, primarie o fondamentali, che stabiliscono chi è autorizzato a prendere le decisioni collettive e con quali procedure*".<sup>119</sup> Según el profesor, para que estas decisiones tengan un sentido democrático es necesario que (1) todos participen en las decisiones directa o indirectamente; y (2) que dicha decisión haya sido tomada luego de una libre discusión tomada en mayoría. Sería un ejercicio muy interesante analizar los usos que el lenguaje político ha adscrito a la palabra democracia sobre todo después de la segunda guerra mundial<sup>120</sup> mas creo que es ya de suyo evidente el primer escollo que encuentra la *opinio iuris* democrática,<sup>121</sup> a saber: su errática conceptualización.

En segundo lugar y más importante que lo anterior es que no existe una "teoría general de derecho democrático internacional". Ni siquiera el más optimista estudioso podría aventurar una norma de derecho internacional general con carácter democrático a la luz de una *práctica* efectiva, repetida en el tiempo (*affermississement*), constante y uniforme que sirva a la vez como parámetro universal. Suponiendo que se cuente con una práctica que reúna la tecnicidad del primer elemento (práctica), habría que esperar que la dimensión normativa que la

---

<sup>119</sup> "El único modo de darse a entender cuando se habla de democracia, en tanto contrapuesta a todas las formas de gobierno autocrático, es el considerar que se caracteriza por un conjunto de reglas, primarias o fundamentales, que establecen quién se encuentra autorizado a tomar las decisiones colectivas y con qué procedimientos". BOBBIO, Norberto, Il Futuro della Democrazia, Einaudi, Florencia, Italia, 2005, pág. 4.

<sup>120</sup> Après la Seconde Guerre mondiale, la doctrine de la " coexistence pacifique ", fondée sur l'acceptation mutuelle de régimes politiques et sociaux contradictoires, a constitué un obstacle à la concrétisation du principe de légitimité démocratique » NGUYEN, Droit International Public, Op. Cit., pág. 476.

<sup>121</sup> En el ámbito latinoamericano, una prueba histórica de este fracaso se encuentra en la llamada "Doctrina Tobar" que consiste en la propuesta de un Ministro ecuatoriano de relaciones exteriores consistente en que ningún gobierno podría ser reconocido antes de que se confirmare que éste había sido elegido por medio de elecciones democráticas. Como corolario, se puede ver el destino de los posteriores esfuerzos codificatorios y su respectivo fracaso. *Cfr.* Ídem

comunidad internacional dé al particular sea unívoca. Tratar de ver así las cosas sería forzar un oxímoron en virtud de la composición varia que tiene la comunidad internacional. Ironizando, propongo mirar la “unicidad” de regímenes dichos ‘democráticos’ en el seno del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas respecto de sus miembros permanentes. Lo martilleo una vez más, como lo refiere la Opinión Consultiva del Sahara Occidental: *aucune règle de droit international n'exige que l'Etat ait une structure déterminée*.<sup>122</sup> Existen ejemplos paradigmáticos, como la conquista del espacio exterior, en donde muy pobremente se podría argumentar un tamiz democrático. En efecto, durante el siglo pasado un par de naciones configuraron, por vías de su poderío tecnológico y legítimo interés, todo un régimen jurídico, sin requerir del concierto de Estados terceros, mismos que se limitaron a mirar, literalmente, desde abajo.<sup>123</sup>

Como se ha podido advertir, la autoatribución de significado<sup>124</sup> que se le pueda dar a una conducta es independiente del sentido objetivo de *consuetudo internationalis*; lo anterior sin detrimento de un deseo con miras a satisfacer el *pedrigree* contenido en el concepto ‘democracia’, por más valioso o estimado que este sea o pueda llegar a ser. De modo tal que el sincretismo metódico consistente en identificar a la *opinio iuris* como un ‘recipiente vacío’ capaz de ser llenado con cualquier contenido (y de

---

<sup>122</sup> “Ninguna regla de derecho internacional exige que [un] Estado tenga una estructura determinada”. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Sahara occidental, Op. Cit. págs. 43 y 44.

<sup>123</sup> « La formation du droit de l'espace présente des caractères originaux qui tiennent à la fois à la « virginité » juridique du domaine qu'il concerne, à l'intérêt universel qui s'y attache et au rôle prédominant que joue en la matière un petit groupe d'Etats [*i.e.*] les États-Unis et l'URSS ». NGUYEN, *Droit International Public*, Op. Cit., pág. 1399. (Énfasis añadido).

<sup>124</sup> Véase el capítulo III y de manera señalada el apartado 3.1 („*Der Subjektive Sinn*“).

manera apriorística) se verifica una vez más con la irrupción violenta de los ropajes democráticos en la teoría del derecho internacional general. Lo anterior no sólo escapa técnicamente del lenguaje-objeto del jurista, sino que ha sido una de las razones por las cuales su extraña conceptualización sigue siendo tan compleja entre sus doctrinarios.

A modo de conclusión, me uno al voto disidente del profesor Lachs en la sentencia de *Mar del Norte* a este propósito:

« Dans le monde d'aujourd'hui, en effet, il faut tenir compte d'un facteur essentiel dans la formation d'une nouvelle règle de droit international général, à savoir le fait que des Etats ayant des systèmes politiques, économiques et juridiques différents, des Etats de tous les continents, participent à ce processus. Le temps est révolu où une règle générale de droit international pouvait être établie par la volonté d'un seul ou de quelques-uns, ou encore – comme on l'a prétendu à un moment donné – par le consensus des seuls Etats d'Europe ». <sup>125</sup>

---

<sup>125</sup> “El mundo actual, en efecto, débese tener en cuenta el factor esencial en la formación de una nueva regla de derecho internacional general, a saber, el hecho que teniendo los Estados sistemas políticos, económicos y jurídicos diferentes, los Estados de todos los continentes, participan en este procedimiento. Ha terminado el tiempo en el cual una regla general de derecho podía ser establecida por la sola voluntad de uno o de algunos, o inclusive –como se ha pretendido en un momento dado- por el único consenso de los Estados de Europa”. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Plateau continental de la mer du Nord*, Opinión Disidente del Señor Juez LACHS, Op. Cit., pág. 227.

## 2.5 CARL GUSTAV JUNG: ANTÍPODA DEL “TIP”<sup>126</sup>

Durante la presente investigación he focalizado las baterías en aspectos estrictamente jurídicos de la teoría del conocimiento, en abierta oposición a nociones extrañas a la Ciencia del Derecho. Resultan paradigmáticas, a este respecto, las referencias a *[la] nouvelle conscience internationale universelle*;<sup>127</sup> o bien: *[la] conciencia colectiva de la comunidad internacional como un todo*.<sup>128</sup> Teniendo en mente el liberar teóricamente a la *opinio iuris* de todo sincretismo ideológico, retuve con igual energía que uno de los riesgos de predicarla apriorísticamente implica que el llamado ‘elemento psicológico/espiritual/subjetivo’ puede hacer las veces de ‘recipiente vacío’, continente de tantas ocurrencias como sujetos que las prediquen.

En el presente apartado pongo de relieve un atrayente subgénero de lo anterior. Se trata de una manifestación más de tipo psicológico que en lo futuro merecerá, pienso, un estudio más detallado, no sólo por su impronta en la epistemología del derecho internacional general, sino por los albueros a los que puede llevar el argumento en sí.

Me refiero desde luego a las teorizaciones propias del psicoanalista y erudito suizo C.G. Jung. Sus ideas, de las cuales no puedo hacer aquí sino una escueta alusión,

---

<sup>126</sup> Uso el sustantivo inglés *tip* en dos sentidos: (1) alegóricamente y en primer lugar, para referirme a lo que está contrapuesto a ‘la punta del iceberg’ del problema (*tip of the iceberg*); y (2) al mismo tiempo me sirve para evocar, a manera de consejo o información (*tip as a piece of advice*), lo que considero una de las raíces que explican la metafísica comprensión de la *opinio iuris*.

<sup>127</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Compétence de l'Assemblée pour l'admission aux Nations Unies*, Opinión Consultiva, Opinión disidente del Juez Azevedo, Op. Cit., pág., 12.

<sup>128</sup> PIZA ESCALANTE, *La ‘Opinio Juris’ como Fuente Autónoma del Derecho Internacional* (‘Opinio Iuris’ y ‘Jus Cogens’), Op. Cit., pág. 171.

campean al día de hoy, cual metástasis, en la teoría del derecho consuetudinario internacional. Argumento que la crema de ciertas hipótesis del helvético se encuentran en íntima conexión con algunos postulados del Tercer Reich<sup>129</sup> en lo que toca, sobretodo, a la superioridad del inconsciente ario respecto del judío;<sup>130</sup> de modo análogo enlazo sus teorías con ciertas manifestaciones colectivas de una psiqué adormilada que despierta súbitamente,<sup>131</sup> no sólo en los individuos, sino también en los Estado modernos del siglo XX cuando actúan de conformidad con una costumbre de derecho internacional general.

**En efecto, a la luz de la ingente rapsodia de interpretaciones y atributos que se le han dado al segundo elemento (*opinio iuris*), uno de los que mayor perplejidad provoca –si no el que más- es el de la ‘conciencia universal’ como segundo elemento en la identificación de *consuetudo*.**

Y es que si se mira de cerca el argumento, todo estudioso que esté familiarizado, más o menos, con la forma mediante la cual se ha predicado a la *opinio iuris* en la

---

<sup>129</sup> “Nazi philosophy resonated with some ideas that could generically be called ‘Jungian’ (for instance, the racial stratum of the collective unconscious) [...] Features of the Nazi scene such as its ‘Führer-fixation’, its mobilization of mass energy, its use of myth, its engrossment in spectacle and its rhetoric of striving and national fulfilment were all congruent with Jungian perspectives and made Germany and ideal testing-ground for Jungian theory and practice. FROSH, Stephen, Hate and the ‘Jewish Science’, SNE, Palgrave, Londres, Reino Unido, 2005, pág. 261.

<sup>130</sup> “The ‘Aryan’ unconscious has a higher potential than the Jewish; that is both the advantage and the disadvantage of a youthfulness not yet fully weaned from barbarism. In my opinion it has been a grave error in medical psychology up to now to apply Jewish categories –which are not even binding on all Jews- indiscriminately to German and Slavic Christendom. Because of this the most precious secret of the Germanic peoples –their creative and intuitive depth of soul- has been explained as a mass of banal infantilism [...]”. JUNG, Carl, *The State of psychotherapy today*, en Collected Works, SNE, Routledge, Londres, Reino Unido, 1970, vol. 10, págs. 165 y 166.

<sup>131</sup> “The Hitler movement literally brought the whole of Germany to its feet, from 5-years-old to veterans, and produced a spectacle of a nation migrating from one place to another. Wotan the wanderer was on the move.” JUNG, Carl, *Wotan*, en Collected Works, SNE, Routledge, Londres, Reino Unido, 1970, vol. 10, pág. 180.

teoría del derecho internacional, podrá coincidir conmigo cuando digo que al segundo elemento se le describe, aproximativamente, como una ‘consciencia’ concebida en la **pluralidad**, que no en la individualidad; que el comportarse de cierto modo le es **innato** a los Estados por venirles de su intangible natural en las relaciones internacionales; que la conformidad de su conducta se desarrolla de modo **inconsciente e irreflexivo**; que dicho actuar es **idéntico**, de modo tal que su observancia guarda un patrón específico; y, finalmente de manera muy señalada, que se trata de un sentimiento cuasi-**universal**.<sup>132</sup>

Casi se podría decir, con Jung, que al comportarse así, un Estado confirma sus formas arquetípicas<sup>133</sup> de manera inconsciente en un plano mundial y sensible.<sup>134</sup>

¿Parece forzado el argumento? Permítaseme citar las palabras del suizo:

My thesis, then, is as follows: In addition to our immediate consciousness, which is of a thoroughly personal nature and which we believe to be the only empirical psyche [...] there exists a second psychic system of a collective, universal, and impersonal nature which is identical in all individuals. This collective unconscious does not develop individually but is inherited.<sup>135</sup>

---

<sup>132</sup> “I have chosen the term “collective” because this part of the unconscious is not individual but universal; in contrast to the personal psyche, it has contents and modes of behaviour that are more or less the same everywhere and in all individuals”. Cfr. JUNG, Carl, Archetypes of the Collective Unconscious, 2ª ed., Collected Works, Routledge, Londres, Reino Unido, 2014.

<sup>133</sup> “The concept of the archetype, which is an indispensable correlate of the idea of the collective unconscious, indicates the existence of definite forms in the psyche which seem to be present always and everywhere”. Cfr. JUNG, Carl, Archetypes of the Collective Unconscious, Op. Cit., pág. 89.

<sup>134</sup> “L’importanza dei concetti di “archetipo” e di “inconscio collettivo” nell’opera di Jung è a tutti nota. Di fatto si può dire che, elaborando essi nel contesto delle scoperte della psicologia dinamica l’ipotesi di un fondamento psichico da considerarsi [...] comune all’intera umanità, costituiscono propriamente il nucleo centrale della concezione junghiana della realtà psichica”. JUNG, Carl, Gli Archetipi e l’Inconscio Collettivo, 1º ed., Boringhieri, 1980, vol 9, tit 1, VII.

<sup>135</sup> “Mi tesis, pues, reza de este modo: en adición a nuestra conciencia inmediata, que es de una naturaleza personal extensiva y de la cual creemos es la única psique constatable [...] existe un

Sea de todo ello lo que fuere, uno no podría pasar por alto lo íntimamente relacionado del concepto 'inconsciente colectivo' visto por los ojos de Jung, con las teorías de identificación del derecho consuetudinario internacional. Su proximidad deja tantas dudas irresueltas como preguntas por hacer.

Teorizar sobre la naturaleza del inconsciente colectivo implica al menos dos escollos para el jurista: (1) alejarse cual antípoda de su objeto de estudio, cayendo en inveterado sincretismo metódico; y (2) ajeno y teóricamente incapaz de sondar un tema tan complejo, vasto y oscuro como el inconsciente colectivo, la prudencia aconseja mejor guardar silencio.

Es consabido que los círculos cultos europeos (y americanos, en menor medida) de mediados del siglo pasado, estuvieran familiarizados no sólo con las teorías del C.G. Jung, sino con teorías psicológicas análogas.<sup>136</sup> Que grupos ilustrados estuvieran al tanto de las novedades de otros campos del saber es algo inopinado, que ha sucedido y sucede hasta nuestros días. En esta vena, supongo que nombres esclarecidos de la teoría del derecho internacional fueran al propio tiempo letrados en las teorías psicoanalíticas en boga.

Pienso que en un deseo legítimo de allegarse a una sociedad internacional participe de valores compartidos, tales como la coexistencia y la cooperación en el llamado

---

segundo sistema psíquico de naturaleza colectiva, universal e impersonal que es idéntico a todos los individuos. Este inconsciente colectivo no se desarrolla individualmente, sino que viene heredado." Cfr. JUNG, Carl, *Archetypes of the Collective Unconscious*, Op. Cit. pág. 90.

<sup>136</sup> « Avec les matériaux mis au jour par la publication du *Livre Rouge*, le temps est venu de reconsidérer les apports de l'œuvre de Jung à la réflexion sur la culture européenne, sur l'art contemporain, sur le dialogue des cultures et des religions, ou encore à la compréhension des courants marginaux de l'histoire de la pensée européenne » MAILLARD, Christine, *et. al.*, Réévaluer l'œuvre de Jung ?, en *Recherches Germaniques*, Estrasburgo, Francia, 2014, núm. 9, págs. 1-6.

derecho internacional moderno (común a todos y superior a todos),<sup>137</sup> estas teorías psicoanalíticas del siglo XX, con fuerte arraigo nazi,<sup>138</sup> pervivieron irreflexivamente en estos altos círculos. Es la tradición de saberes una de las razones que explican el embrollo que deseo desatar en la presente investigación.

De ninguna manera quisiera sugerir que alguno de los tantos autores que predicán a la *opinio iuris* como un psicológico sentir colectivo, irreflexivo y espontáneo en el plano internacional, sean ni junguianos ni adeptos al *Führer*. Esa es una investigación que tendría otro objeto de estudio y en cuya tela no me puedo detener.

Por el momento vale decir simplemente algunas conjeturas: toda *teoría jurídica* que intente resolver el problema de subconscientes, inconscientes o conscientes colectivos de la sociedad internacional corre el riesgo, no sólo de ser rebasada, sino ennegrecida por una incomprensión perenne que rodea un susodicho objeto de estudio: es absurda como el investigador criminal que, en vez de hacer las diligencias propias de su oficio, contrata adivinas para encontrar anheladas osamentas. La palabra de un entendido, Jean Paul, uno de los primeros hombres

---

<sup>137</sup> “Modern international law did not limit itself to providing States with devices for them to do as they wished, but wanted to limit and orchestrate the powers of each State in light of a superior aim, common to all. KOLB, Robert, An Introduction to the Law of the United Nations, Hart & Portland, Óregon, Estados Unidos de América, 2010, págs. 36 y 37.

<sup>138</sup> Considero que de alguna manera, el psicoanálisis de Jung fue, a sus ojos y de manera simbólica, el triunfo coyuntural sobre el ‘psicoanálisis judío’ de su maestro Froid durante el abigarrado y convulso siglo pasado. Vale la pena agregar las observaciones del profesor Frosh: “As has been noted already, Jung gradually distanced himself from de Nazis; by 1939 has was in any case more or less an irrelevance to them. He also defended some individual Jews and created organizational structures that might have had the effect of allowing Jewish psychotherapist to retain international links. He never, however, accepted any form of culpability for trading on anti-Semitic stereotypes or for offering support to the Nazi phenomenon [...] After the war, ha was inclined to re-write his own pre-war position as one in which he had warned of the potential effects of Nazi power, and also to reinterpret Nazism not as true expression of the Germanic unconscious [...]” FROSH, Stephen, Hate and the ‘Jewish Science’, Op. Cit., págs. 267 y 268.

en dar un sentido psicológico al inconsciente, advierte y dimensiona el mar proceloso de perplejidades al cual uno se enfrentaría:

„Wenn man die Kühnheit hat über das Unbewußte und Unergründliche zu sprechen: so kann man nur dessen Dasein, nicht dessen Tiefe bestimmen wollen“. <sup>139</sup>

## 2.6 OPINIO IURIS ENCERRADA: LO METAJURÍDICO Y EL ‘RECIPIENTE VACÍO’

El objeto del presente capítulo no fue, desde luego, presentar una dilatada rapsodia de saberes en torno a la *opinio iuris*; ni mucho menos generar a través de un prurito enciclopédico referencias exhaustivas entorno a la *consuetudo internationalis*. Muy por el contrario, mi objetivo fue poner a disposición del lector un útil panorama de la siempre viva problemática que rodea el objeto del presente estudio y, de alguna manera, mover su ánimo a la misma incertidumbre teórica a la que yo me enfrenté.

¿Los juristas han querido, como lo escribió Plauto, *in scirpo nodum quaerere*? ¿O se ha resignado a la luz de los derrotes sufridos a *in aere aedificare*?<sup>140</sup> A la luz de lo anterior ¿podría sostenerse que la discusión en torno a la identificación y prueba de la *opinio iuris* se ha agotado?

---

<sup>139</sup> “Si uno tiene la astucia (temeridad, intrepidez) de hablar del inconsciente y de lo ininteligible, uno tendrá que limitarse a determinar su existencia que no su profundidad.” Citado por ALLERT, Beate, J.W. Goethe and C.G. Carus: on the representation of nature in Science and Art, en *Goethe Yearbook*, 2016, Estados Unidos de América, pág. 214.

<sup>140</sup> Expresiones latinas que significan, respectivamente: “*buscar un nudo en un junco*”; y “*construir (castillos) en el aire*”.

Pienso vehementemente que la discusión está lejos de terminarse y, que contrario a lo que opinaba el profesor De Visscher,<sup>141</sup> la costumbre en derecho internacional se encuentra más vigente que nunca, pues, pese a los seguros cielos del derecho escrito, los sinsentidos de algunas codificaciones<sup>142</sup> empujan al científico del derecho a replantear preguntas que pudieran parecer ociosas. Esta es la fuerza motiva el presente.

Así pues, luego de reflexionar parcamente durante dos capítulos entorno a *l'État de l'Art* (grado de conocimientos que se tienen de una ciencia o un arte en un momento dado) de la *opinio iuris* y de *consuetudo internationalis*, procederé a mostrar sintéticamente y a guisa de conclusión, dos problemas capitales observados:

1. La doctrina tradicional del derecho internacional general ha hecho navegar a la *opinio iuris* en mares metajurídicos merced a nociones heredadas en el siglo XIX por la Escuela Histórica Alemana. En esa vena, nociones como 'el alma o espíritu del pueblo' (*Volksgeist*) o la 'solidaridad social' (*solidarité sociale*) nublaron sobremanera los ingentes esfuerzos intelectivos

---

<sup>141</sup> « [Le] déclin relatif du droit international coutumière [et la] moindre productivité de la coutume dans les rapports internationaux contemporains » DE VISSCHER, Charles, Les Effectivités du Droit International Public, SNE, Pedone, París, Francia, 1967, p.70.

<sup>142</sup> "Al momento que se elaboró la Convención de Viena de 1969, se creyó instaurar una codificación simple de prácticas contractuales internacionales fácilmente identificables y bien definidas. La verdad es otra: algunas de sus definiciones son *petitio principii* que cuando más sólo describen prácticas aisladas del fenómeno convencional, y las soluciones propuestas no se respaldan con rigor en la práctica internacional". Al respecto, véanse los comentarios del autor a las instituciones de extraña etiología: La pretendida obligación de no privar un tratado de su objeto y fin antes de su entrada en vigor, la aplicación provisional del tratado, las declaraciones interpretativas, cláusula *rebus sic stantibus*, la norma *ius cogens* y la violación de una norma fundamental del derecho interno y la lógica de la ratificación. GUTIÉRREZ BAYLÓN, «Codificación Contrafactual de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Conmemoración Crítica a 40 de su Adopción)», Op. Cit., págs. 136-147.

destinados a asir su significado. Se ha llegado a hablar de las propiedades de la alquimia para explicar ‘científicamente’ sus postulados (con místicas palabras Hugh Thirlway, por ejemplo, definió el rol de la *opinio iuris* como el de la *philosopher’s stone which transmutes the inert mass of accumulated usage into the gold of binding legal rule*).<sup>143</sup> Pienso que, discursivamente, estas definiciones mitológicas aseméjense a construir en arena asuntos graves. El presente trabajo huye apriorísticamente de todas estas explicaciones, que aunque atractivas, no dejan de ser falsas. *L’État de l’Art* de la comprensión de la *opinio iuris* se confirma por las proféticas palabras del Presidente Basdevant en el sentido que sigue: “*Les idées des juristes sur le caractère de la coutume n’ont atteint ni à l’unité ni à la clarté*”.<sup>144</sup>

Ese es el primer problema que observo: **la preocupante impronta de nociones metajurídicas en la comprensión de *opinio iuris*.**

2. Retomo algunas palabras del profesor García Máynez para poner de relieve el segundo problema que observo:

*De acuerdo con la definición ofrecida [...] el derecho es un orden concreto [...] cuyas normas –integrantes de un sistema que regula la conducta de manera bilateral, externa y coercible- son normalmente cumplidas [y] en caso de inobservancia, aplicadas o impuestas [...]. Esta definición enumera los elementos que deben concurrir en un orden para que merezca el nombre de derecho, pero nada dice [...] sobre el valor*

---

<sup>143</sup> «[Es la] piedra filosofal que transmuta una materia inerte de uso acumulado, en aurea regla de derecho vinculatoria». WEIL, « Cours Général de Droit International Public », Op. Cit., pág. 169.

<sup>144</sup> “Las ideas de los juristas respecto del carácter de la costumbre [jurídica] no han llegado ni a la claridad ni a la unidad”

*intrínseco de sus normas ni, por ende, sobre el grado y medida en que realizan los fines a que se hallan orientados.*<sup>145</sup>

Siguiendo el enfoque que da el profesor mexicano a la definición de derecho, deseo hacer notar que cuando escribe “pero nada dice [...] sobre el *valor intrínseco*”, en verdad ofrece a sus lectores una llave de valor científico inestimable para entender lo que *consuetudo* hace, *i.e.*, obliga, prohíbe y faculta; y no lo que intrínsecamente debería hacer: ese es otro problema, en extremo capital; pero que escapa del objeto del presente por pertenecer a la filosofía del derecho y la teoría de los valores.

Pienso que los juristas del derecho internacional han tratado, a fuerza de tinta,<sup>146</sup> moldear a voluntad los móviles del segundo elemento de la costumbre jurídico-internacional, ignorando que ésta simplemente es; y que obedece a una policromía de comportamientos convergentes en cuya teleología no me puedo detener: intereses económicos y exclusivos de los Estados, ánimo de justicia –en el supuesto que compartan la misma aproximación del valor-, pretensiones de supremacía nuclear, deseo de hacer perdurar un orden jurídico internacional de paz y solidaridad, sentimientos de satisfacer lo que equivale a una obligación jurídica

---

<sup>145</sup> GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, 65ª ed., Introducción al Estudio del Derecho, Porrúa, Ciudad de México, México, 2014, pág. 413. (Énfasis original).

<sup>146</sup> « Au cours de ces dernières décennies on a assisté à une évolution qui, sans infirmer cette approche bipolaire [se refiere el autor a la tradicional teoría de los dos elementos], a néanmoins conduit à un bouleversement de processus coutumière. [...] L'avenir dira si ces bouleversements de la source coutumière sont appelés à durer ». Cfr. WEIL, « Cours Général de Droit International Public », Op. Cit., pág. 163.

-concediendo que un Estado en el más alto estándar técnico de la palabra pueda ser capaz de 'sentir'<sup>147</sup>-, ambición de conquista el espacio exterior o, finalmente, unidos por una conciencia jurídico colectiva internacional.<sup>148</sup>

El segundo problema lo relaciono, pues, a los contenidos multiformes con los que se pretende dotar a *consuetudo* por vías de la *opinio iuris*; en otras palabras, pasando por alto que *consuetudo est ius*, **la polisemia atribuida a la *opinio iuris* la pudiera convertir**, bajo esta errática óptica, **en el blanco ideal para satisfacer todo tipo de contenido, i.e., se constata la existencia de un incomprensible 'recipiente vacío'**.

---

<sup>147</sup> Social feeling [...] is the true and inevitable compensation for the weakness of individuals". HARRIMAN, PHILIP, The Dictionary of Psychology, Op. Cit., pág. 78.

<sup>148</sup> De manera brillante, el profesor Hart ilustra el error en el que se incurre al no comprender lo que *hace* una norma, que es tangencial al *valor intrínseco* que efectivamente tiene o puede tener: "[T]he dichotomy of 'law based merely on power' and 'law which is accepted as morally binding' is not exhaustive. Not only may vast numbers be coerced by laws which they do not regard as morally binding, but it is not even true that those who do accept the system voluntarily, must conceive of themselves as morally bound to do so, though the system will be most stable when they do so. In fact, their allegiance to the system may be based on many different considerations: calculations of long- term interest; disinterested interest in others; an unreflecting inherited or traditional attitude; or the mere wish to do as others do". HART, The Concept of Law, Op. Cit., pág. 203.

## CAPÍTULO TERCERO

### LIBERACIÓN DE LA *OPINIO IURIS*, UN DISCURSO *SUPER PETRAM*<sup>149</sup>

#### 3.1 PLANTEAMIENTO

A la luz del abigarrado maremágnum precedentemente narrado, procedo a introducir el discurso con el cual planteo liberar, paso por paso, a la *opinio iuris*. Al hacer esto, se podrá identificar adyacentemente su regla de reconocimiento, su prueba *a posteriori* y, sobretodo, su predicación en clave disposicional. Si a través del planteamiento arriba descrito y desprovisto de toda idea preconcebida de la *opinio iuris*, puedo aportar ciertas coordenadas teóricas para una verdadera identificación científica de la *consuetudo internationalis*, se podrá comenzar a vislumbrar una teoría construida *sobre la roca*.

Jurídicamente quisiera hacer algunas preguntas que sería recomendable hacer a guisa de partida e hilo conductor: ¿cuándo la práctica internacional es *ius*? ¿Cuándo una pauta de conducta, cuya repetición (*l'affermissement*) se verifica en el tiempo, en un sistema jurídico específico y es desarrollada por una pluralidad de personas (*pro facto plurium personarum*) es *ius*? En un sentido analítico, ¿puedese verificar

---

<sup>149</sup> *Verbigratia* en *Mat.*, VII, 25: « [...] *fundata* [...] *super petram* ». Traduzco al castellano como « fundada [...] sobre la piedra ». Esta *liberación* hace alusión también a un estado de ánimo que adopté antes de concebir las modestas hipótesis del presente trabajo. En efecto, luego de haber anegado mis investigaciones preliminares en el proceloso mar de conocimiento que implica la *consuetudo internationalis*, decidí renovar mi voluntad de aprendizaje despojado de toda idea previa o juicio antecedente. En mejores palabras y con tono trascendente, el erudito japonés Dr. Daisetz T. Suzuki dos días antes de su muerte escribió: *El zen nos enseña que, para entender que una montaña es una montaña [...] primero hay que negar la experiencia –una montaña no es una montaña- y sólo cuando se entiende esta negación se [puede hacer] realidad la afirmación “una montaña es una montaña”*. MARCARÓ, Juan, *Dhammapada*, 1ª ed., Penguin Random House, Barcelona, España, 2019, págs. 21 y 22.

algún principio de imputación (*Zurechnung*) ante la infracción de la norma consuetudinaria de derecho internacional general? ¿*Consuetudo* tiene alguna suerte de consecuencia ante la infracción (*Unrechtsfolge*), cualquiera que esta sea?

En efecto, si se sostiene que *consuetudo est ius* tal como lo hago, necesariamente debe seguirse que ante una ocurrencia (infracción), la consecuencia que resulta es la aplicación del calificativo deóntico *facultar*; en otras palabras, *se faculta a un sujeto 'x' a aplicar una sanción (ποινή)*<sup>150</sup> 'y' ante la infracción de 'consuetudo'.

En ese tenor respondo afirmativamente: al hablar de *consuetudo* existe en efecto el “principio de imputación”; y en segundo término, ante el caso de una ocurrencia (infracción) por parte de uno o varios de los sujetos particularmente interesados, se procede a aplicar las *Unrechtsfolgen* correspondientes. Hasta aquí nada nuevo bajo el sol. Ante este planteamiento la pregunta que se impone como la más importante y total a efectos del presente trabajo es, a saber: ¿cómo se puede explicar, prescindiendo de elementos metajurídicos que esta suma de regularidades llegue a ser *ius*?<sup>151</sup>

En el primer estadio del tercer capítulo, la objetividad jurídica, en oposición a la representación subjetiva (el desear jurídico), entraña un primer paso para explicar, no sólo el error de base que ha obscurecido a la *opinio iuris internationalis*, sino también para *sustentar* las hipótesis de lo que he llamado su *liberación*. El error consistente en la predicación apriorística de una *consuetudo* naciente se le

---

<sup>150</sup>  $(\exists \eta) \eta [\sim \phi \Rightarrow \pi]$  “Existe una norma tal que... impone una conducta prohibida y en caso de infracción procede (faculta) una sanción”. TAMAYO Y SALMORÁN, Costumbre o Eficacia. Condición Necesaria y Suficiente de Existencia del Derecho, Op. Cit. pág. 38.

<sup>151</sup> « Comment passe-t-on de la régularité à la règle ? ». SUR, Serge, Jurisclasseur de Droit International, « La Coutume », Editions Techniques, Paris, Francia, 1989, pág. 5.

denomina técnicamente 'autoatribución de significado'. Con este concepto en mente procedo a analizar el primer subtema de este tercer capítulo.

### 3.2 DER OBJEKTIVE SINN UND DER SUBJEKTIVE SINN<sup>152</sup>

Una de las contribuciones más luminosas del profesor Kelsen para la *iurisprudentia* fue el introducir la *objetividad jurídica* como el 'hilo conductor'<sup>153</sup> propicio para la comprensión del derecho positivo. En efecto, en el capítulo llamado „*Natürlicher Tatbestand (Akt) und Bedeutung*“ (“Lo que acontece y su significado”, traducido así por Vernengo) el profesor vienés comienza a analizar ciertos acontecimientos fácticos a los que una sociedad en lo general (o una persona en lo particular) atribuye un sentido jurídico. Me permito proponer ciertos ejemplos: una votación del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas; una decisión ejecutiva del Estado X consistente en expulsar a la misión diplomática de un Estado Y de su territorio; y *la sentencia de un juez de la Corte Internacional de Justicia*.

Procedo mi exposición en el mismo orden que otrora hiciera el jefe de la Escuela de Viena tomando el último ejemplo:

---

<sup>152</sup> El título se lee: “El sentido objetivo y el sentido subjetivo”. En ese talante y de manera muy concreta el profesor Albart refiere que „Der subjektive Sinn bezieht sich auf das, was das wollende Individuum als Sollen subjektiv meint, der objektive Sinn darauf, was das Sollen als Sinn eines Willensaktes objektiv bedeutet. Der Begriff der Norm knüpft an das Sollen als Sinn eines Willensaktes objektivem Sinngehalt an“. ALBART, Heiner, Recht und Handlung, 1ª ed., J.C.B Mohr, Tübingen, Alemania, 1987, pág. 53.

<sup>153</sup> El trabajo que desarrolla el profesor en el apartado “*El hilo conductor para comprender la Teoría Pura del Derecho*” del capítulo segundo de su tesis doctoral resultó de invaluable ayuda para el desarrollo de este subtema. RODRÍGUEZ MANZANERA, Carlos, Los Postulados de la Teoría Pura del Derecho, SNE, UNAM, México, Ciudad de México, 2005.

**1) Un acto sensiblemente perceptible que acaece en la naturaleza en un tiempo y lugar (externo y observable).**

*E.g.: Quince hombres togados pronuncian en francés desde el Palais de la Paix en la Haya ciertas palabras a los representantes de los Estados a propósito de una controversia.*

**2) La significación jurídica *objetiva* que este acto adquiere a la luz del derecho.**

*E.g.: Para el jurista este acto implica, inter alia, que se ha pronunciado una sentencia judicial de fondo de la Corte Internacional de Justicia aplicando el derecho internacional general al caso en concreto.*

Para el acontecimiento fáctico externo (1) la aprehensión del fenómeno jurídico se efectúa a través de los sentidos, tal como se hace para percibir las propiedades naturales de los objetos (peso, dureza, olor entre otros). Estos acontecimientos (1) son aquellos constatables a partir de la experiencia. A la luz de los eventos de tipo (1), es importante distinguir de entre estos, aquellos en los que el hombre interviene activamente con la finalidad de atribuirles cierta significación jurídica o, para predicarlo en términos del profesor Kelsen, realiza una “autoatribución racional de significado jurídico”.<sup>154</sup>

---

<sup>154</sup> “[E]s decir: contener enunciación sobre lo que significa jurídicamente. Los hombres reunidos en un congreso pueden expresamente explicar que han dictado una ley; un hombre puede describir literalmente sus disposiciones de última voluntad como testamento [...] El conocimiento conceptual del derecho encuentra a veces ya una autocaracterización jurídica del material, que se anticipa a la explicitación que cumplirá el conocimiento jurídico”. KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, 2ª Ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Trad. Roberto Vernengo, México, Ciudad de México, p. 17.

### 3.2.1 LA AUTOATRIBUCIÓN DE SIGNIFICADO

La autoatribución racional de significado implica un acto volitivo: se caracteriza porque el acto de un sujeto X “desea ser jurídico”<sup>155</sup> y, en ese sentido, se adscribe a una “representación subjetiva”<sup>156</sup> *que se anticipa a la explicitación que cumplirá en el conocimiento jurídico.*<sup>157</sup>

Técnicamente, el celeberrimo problema intelectual que circunda la comprensión de la *opinio iuris* se debe a la ‘autoatribución de significado’ que los Estados dan a sus actos, con ideas preconcebidas, dando ocasión a que ‘el recipiente vacío’ del llamado elemento subjetivo/psicológico/espiritual’ *pueda*<sup>158</sup> ser llenado con un contenido *eventualmente*<sup>159</sup> irrelevante en términos jurídico-objetivos. Considero que en la jurisprudencia internacional, la referencia de mayor autoridad y mejor cualidad explicativa es la siguiente:

Ce droit comprend [l’international] en réalité un ensemble restreint de normes [...] ensemble auquel s’ajoute une série de règles coutumières dont la présence dans l’*opinio juris* des États se prouve par voie d’induction en partant de

---

<sup>155</sup> RODRÍGUEZ MANZANERA, Los Postulados de la Teoría Pura del Derecho, Op. Cit., pág. 107.

<sup>156</sup> “Por cierto que el hombre que actúa racionalmente, que produce el acto, enlaza a su acto un determinado sentido que, de alguna manera, es expresando y será comprendido por otros” KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, Op. Cit., pág. 16.

<sup>157</sup> Ibidem, pág. 17.

<sup>158</sup> Respecto de la predicción del futuro en las ciencias sociales, vale recordar el apartado de la presente tesis donde planteo el modelo de estudio según el cual: “Hasta ahora, cuando en el tiempo  $t_1, 2, 3, \dots, n$ , ‘la *opinio iuris* de la *consuetudo X*’ se encontró en las circunstancias (C), tuvo la tendencia (disposición) a reaccionar con  $R_1$ ; pero ello no significa que en el tiempo  $t_{n+1}$  habrá de tener la tendencia (disposición) a reaccionar en ciertas C con las mismas  $R_1$ .” Apartado 3.5 *in fine* de este trabajo.

<sup>159</sup> “Este sentido subjetivo puede coincidir con la significación objetiva que el acontecimiento puede tener por el lado del derecho, pero no es necesario que coincidan” (Cursiva añadida). Ibidem, pág. 17.

l'analyse d'une pratique suffisamment étoffée et convaincante, et non pas par voie de déduction en partant d'idées préconstituées à priori.<sup>160</sup>

De manera tangencial deseo hacer mención que ésta es la única razón que explica la incomprensión de la sedicente paradoja<sup>161</sup> que encierra la compleja identificación de *consuetudo*.

Un claro ejemplo de la apriorística autoatribución de significado lo encuentro en la Opinión Consultiva de 1996 « *Licéité de la menace ou emploi d'armes nucléaires* ». En el particular y a solicitud de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Corte estimó **no poder abstraer** ni de la política de disuasión nuclear, ni de la prohibición del uso de armas nucleares, **una conclusión** que la llevaré a reconocer la existencia de una *opinio iuris*<sup>162</sup> (aquí la Corte cae en el error que he venido mentando a lo largo del presente trabajo).

« [L]a Cour observera que l'adoption chaque année par l'Assemblée générale, à une large majorité, de résolutions rappelant le contenu de la résolution 1653 (XVI) et priant les Etats Membres de conclure une convention interdisant l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance *est révélatrice du désir* d'une très grande partie de la communauté internationale [...]»<sup>163</sup>.

---

<sup>160</sup> "En realidad, este derecho [el internacional] comprende un conjunto restringido de normas [...] conjunto al cual se agregan una serie de reglas consuetudinarias, respecto de las cuales, la presencia de la *opinio iuris* de los Estados se prueba por vía inductiva, partiendo del análisis de una práctica lo suficientemente diseminada y convincente, y no por vía deductiva, partiendo de ideas preconstituídas *a priori*" CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, sentencia, La Haya, Países Bajos, 12 de octubre del año 1984, pág. 222.

<sup>161</sup> Véase el apartado 2.2 *Paradoxon Opinionis Iuris* del presente trabajo.

<sup>162</sup> NGUYEN, *Droit International Public*, Op. Cit., pág. 362.

<sup>163</sup> "[L]a Corte observará que la adopción anual por parte de la Asamblea General, a mayoría de votos, de resoluciones recordando el contenido de la Resolución 1653 (XVI) y rogando a los

De este ejemplo, dejo en el tintero como mero corolario una pregunta: de los cinco guardianes permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, ¿cuántos de ellos detentan la mayoría de las armas nucleares existentes en el orbe?

### **3.2.2 LA NORMA COMO ESQUEMA DE EXPLICITACIÓN CONCEPTUAL**

El sentido objetivo de un acontecimiento fáctico *X logra su sentido específicamente jurídico, su significación propia en derecho, a través de una norma que se refiere a él con su contenido, que le otorga significación en derecho, de suerte que el acto puede ser explicitado según esta norma.*<sup>164</sup> “La norma jurídica y su sentido “objetivo” pueden ser considerados desde un enfoque didáctico como “un par de lentes” que permiten ver la realidad y calificarla de jurídica. [...] Puede afirmarse que es la norma jurídica la que proporciona la significación objetiva a un acto humano”<sup>165</sup> o, en el caso de esta investigación, a un acto estatal en el plano internacional.

Un Estado o una persona pueden dar un sentido subjetivo a un acto *X deseando* que su conducta conlleve ciertas consecuencias jurídicas (esta es la mentada *opinio iuris* criticada en el presente); no obstante lo anterior, **la *conditio sine qua non* es que esta conducta se desarrolle en el esquema objetivo de explicitación conceptual cuyo reconocimiento por una norma de derecho es, en el último**

---

Estados Miembros concluir una convención que prohíba el empleo de armas nucleares en toda circunstancia, *es reveladora del deseo* de una grandísima parte de la comunidad internacional [...]”. (Énfasis añadido). CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, « Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires », Opinión Consultiva, La Haya, Países Bajos, 8 de julio del año 1996, párr. 73, pág 255.

<sup>164</sup> KELSEN, Teoría Pura del Derecho, Op. Cit., pág. 18.

<sup>165</sup> RODRÍGUEZ MANZANERA, Los Postulados de la Teoría Pura del Derecho, Op. Cit., pág. 110.

**de los rigores, lo único que lleva al científico del Derecho a reconocer derecho positivo válido.**

El sentido subjetivo que una persona desea dar a su conducta puede perfectamente coincidir con el sentido objetivo, mas no es necesario que así pase. Un “matrimonio o un testamento celebrados subjetivamente”, puede que a la luz del derecho civil o canónico no lo sean objetivamente y, por ende, se trate de un acto inválido. Un ejemplo de baja incidencia, mas ilustrativo a la luz del derecho de los tratados, se encuentra en “el *error de hecho* que constituye una falsa apreciación sobre el objeto *indirecto* del tratado, [que] conlleva a la nulidad de éste como vicio intelectual”.<sup>166</sup>

**Un Estado puede *subjetivamente* ‘sentir’,<sup>167</sup> ‘tender’<sup>168</sup> o ‘creer’ en un comportamiento que a *su juicio* conlleve la satisfacción de lo que apriorísticamente sea una norma consuetudinaria internacional (en la especie, satisfaciendo una sedicente *opinio iuris*) y, sin embargo, puede que su conducta no coincida con el sentido objetivo de la norma jurídico-internacional.**

---

<sup>166</sup> “[A] condición de que al momento de pactarse el convenio, las vías para advertir el error se hayan cerrado al Estado afectado, sin que sea la falta de diligencia de éste la que permitió una insuficiencia en la apreciación de la realidad” GUTIÉRREZ BAYLÓN, Derecho de los Tratados, Op. Cit., pág. 151. (Corchetes añadidos).

<sup>167</sup> “The States concerned must therefore *feel* that they are conforming to what amounts to a legal obligation”. (Cursivas añadidas). CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “North Sea Continental Shelf Cases”, pág. 44, párrafo 77.

<sup>168</sup> « Le moment est venu d'examiner si des principes et règles de droit international applicables à la délimitation peuvent être dérivés des « nouvelles *tendances* acceptées » qui se sont dégagées à la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer [...] ». (Cursivas añadidas). CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne), sentencia, 24 de febrero 1982, párr. 45, pág. 47.

Dos casos paradigmáticos en el derecho internacional general en los cuales los Estados hacen coincidir generalmente el ‘sentido subjetivo’ de su conducta con el ‘sentido objetivo’ de *consuetudo internationalis* son los siguientes:

1. Los Estados, en ejercicio de su *soberanía*, ejercen funciones (legislativas, administrativas y jurisdiccionales) en su propio territorio a través de sus órganos. Es clásico referente de lo anterior el arbitraje del profesor Max Huber en el diferendo de Isla Palmas de 1929:

Sovereignty in the relations between States signifies independence. Independence in regard to a portion of the globe is the right to exercise therein, to the exclusion of any other State, the functions of a State. [...]. [A]s a corollary, the development of international law, have established this principle of the exclusive competence of the State in regard to its own territory in such a way as to make it the point of departure in settling most questions that concern international relations.<sup>169</sup>

2. Actúan bajo la égida de la regla consuetudinaria de *pacta sunt servanda*, «*principio histórico por el cual los Estados se hallan persuadidos de que: α tradicionalmente a ellos les ha incumbido celebrar acuerdos con todos aquellos sujetos del derecho internacional que sucesivamente han*

---

<sup>169</sup> “La soberanía en las relaciones de los Estados significa independencia. La independencia respecto a una porción del globo es el derecho de ejercer en ese sitio, con exclusión de cualquier otro Estado, las funciones estatales. [C]omo corolario, el desarrollo del derecho internacional ha establecido el principio de competencia exclusiva del Estado en lo concerniente de su propio territorio, a guisa de punto de partida para la reglamentación de la mayoría de las cuestiones que tocan a las relaciones internacionales”. “REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS, Island of Palmas case (Netherlands, USA), 4 de abril del año 1928, vol. II pág. 838. En este mismo sentido, « *Entre Etats indépendants, le respect de la souveraineté territoriale est l'une des bases essentielles des rapports internationaux* ». CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, « *Affaire du Déroit de Corfou* », sentencia, La Haya, Países Bajos, 9 de abril del año 1949, pág. 35.

*aparecido como su altera ego; β que tales acuerdos para cumplir sus plenos efectos deben ser cumplidos por los signatarios; y γ que el incumplimiento de tales convenciones acarrea la imputación de la responsabilidad del infractor».*<sup>170</sup>

En conclusión, podríase decir que el presente apartado de la tesis provee dos guías teóricas para la comprensión e identificación técnica de la *opinio iuris internationalis* en virtud de lo siguiente:

- 1.- Describe el común error mediante el cual, en veces doctrinariamente en otras jurisprudencialmente, se pretende atribuir a la *opinio iuris* un sentido estrictamente subjetivo, mismo que se identifica con nociones metafísicas o psicológicas, tal como ya se explicitó en el capítulo *Narratio Opinionis Iuris* del presente; y
- 2.- Focaliza el argumento central de la presente tesis al denunciar **técnicamente la autoatribución apriorística de significado** de todas aquellas concepciones de la *opinio iuris* que no coincidan con su propio esquema de explicitación del derecho objetivo. Por derecho objetivo entiendo en la especie, a las normas de derecho consuetudinario vigentes que regulan las relaciones recíprocas de los Estados y otros sujetos con subjetividad en el sistema jurídico-internacional.

---

<sup>170</sup> En la especie, el profesor se refiere a la regla *pacta sunt servanda* como basamento teórico de validez del derecho de los tratados. GUTIÉRREZ BAYLÓN, Derecho de los Tratados, Op. Cit., pág. 6.

### 3.3 JURISPRUDENCIA ANALÍTICA

El profesor H.L.A. Hart funda esta Escuela del pensamiento en la Universidad de Oxford al término de la Segunda Guerra Mundial. Luego de haber ejercido la abogacía durante nueve años y la enseñanza de la filosofía durante siete, el profesor británico se dio cuenta que los estudios analíticos habían llegado a un *impasse* en lo concerniente a la comprensión del derecho. En efecto, la vagueación del discurso jurídico ocasionó que muchos juristas tomaran en esa época una postura escéptica ("*rule-sceptics*"), consistente incluso en sostener la incapacidad de describir científicamente a los sistemas jurídicos a través de las normas.<sup>171</sup>

“Los filósofos, según esta corriente, deberían estar alerta de la manera en que el lenguaje y, especialmente el lenguaje filosófico tradicional, puede ser la fuente misma de los problemas sobre la naturaleza del mundo. [...] Por lo tanto una tarea central para la filosofía [analítica] es llevar a cabo un conocimiento interpretativo del lenguaje cotidiano en contextos sociales habituales”.<sup>172</sup>

Se puede decir que el vértice teórico de la Jurisprudencia Analítica se da con la aparición en 1961 de la obra *The Concept of Law*<sup>173</sup> cuya interpretación de las *reglas*

---

<sup>171</sup> Cfr. “[O]thers had been stimulated to make perhaps more fruitful inquiries as to the criteria which courts should use if reasonable decisions were to be given in various situations when they were faced with what in a sense are "gaps" in the legal system”. Cfr. HART, H.L.A, *Analytical Jurisprudence in Midtwentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer*, en University of Pennsylvania Law Review, vol. 105, 1957, pág. 957 y ss.

<sup>172</sup> TAMAYO VALENZUELA, José Alberto, “La Teoría del Derecho en HLA Hart”, en IJJ UNAM, págs. 219 y 220, 2012.

<sup>173</sup> En lo sucesivo me referiré a uno de los clásicos de la *science of jurisprudence*, aparecido en por vez primera en 1961. Se trata de una de las obras más citadas en el mundo anglosajón; misma que sigue estando en un inmerecido olvido por parte de los teóricos del derecho internacional. Para efectos del presente trabajo y siempre que me refiera obra, seguiré la presente edición: HART, Herbert Lionel Adolphus, The Concept of Law, 2ª ed., Clarendon Press, Oxford, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 1994.

*sociales*, a partir de la crítica de los postulados de John Austin, es su punto de partida.<sup>174</sup>

Esta investigación se muestra particularmente deudora de estas categorías del pensamiento jurídico. De su rica cantera, abrevé sobremanera de las siguientes: *social rule*, regla de reconocimiento, reacción hostil, dimensión normativa, y el principio metodológico de separar las relaciones eminentemente jurídicas de las no jurídicas, a través del uso del lenguaje en contextos naturales. Sin más que agregar, procedo este camino con una advertencia metodológica preliminar.

### **3.3.1 ADVERTENCIA METODOLÓGICA: W. N. HOHFELD Y H.L.A. HART**

Como punto de partida deseo advertir desde ahora una convicción teórica que, en la medida de mi capacidad, trataré de mantener a lo largo del presente capítulo: *consuetudo* puede ser predicado en un trabajo como este, *i.e.* procediendo científicamente, si y sólo si, **se diferencian las relaciones eminentemente jurídicas de los hechos físicos o mentales que intervienen de manera**

---

<sup>174</sup> Baste referir brevemente las atingentes palabras del profesor Shapiro de la Universidad de Yale a este propósito: “[B]efore [*aquí hace alusión sobretodo al dictum de John Austin según el cual las sanciones eran “the key of the science of jurisprudence”*] the *Concept of Law* was published in 1961, the concept of sanctions was central to every other positivistic theory of law as well [;] in the *Concept of Law*, H.L.A. Hart showed that sanction-centered accounts of every stripe ignore the essential feature of law. This feature he termed “the internal point of view.” Seen from the internal point of view, the law is not simply sanction-threatening, -directing, or -predicting, but rather obligation-imposing. [T]he internal point of view is perhaps Hart’s greatest contribution to the jurisprudential theory.” SHAPIRO, Scott, “*What is the Internal Point of View?*”, en Fordham Law Review, Nueva York, Estados Unidos de América, 2006, vol. LXXV, n. 3, pág. 1157. (Los corchetes y la nota son míos).

**necesaria en el fenómeno jurídico.** En mejores palabras, el profesor Hohfeld da luz a este respecto:

*“At the very outset it seems necessary to emphasize the importance of differentiating purely legal relations from the physical and mental facts that call such relations into being. [T]he arguments that one may hear in court almost any day and likewise a considerable number of judicial opinions afford ample evidence of the inveterate and unfortunate tendency to confuse and blend the legal and the nonlegal quantities in a given problem”.*<sup>175</sup>

Aunado al vigor de este aserto, el profesor H.L.A Hart, al desarrollar su teoría del derecho (*jurisprudential theory*), fue claro en cuanto a sus intenciones: al introducir al discurso jurídico las categorías de la Jurisprudencia Analítica no quiso, ni por asomo, dar cuenta de la *reason-giving nature of legal practice*<sup>176</sup> del derecho; tampoco quiso referirse a la moralidad o utilidad que había en ello. Asumir una dicotomía, a diferencia de sus antecesores, como la única solución a un problema no sólo era falaz sino reduccionista.<sup>177</sup>

---

<sup>175</sup> “Pareciere necesario enfatizar, desde este preciso momento, la importancia que hay en diferenciar las relaciones eminentemente jurídicas, por una parte, y los hechos físicos o mentales que las hacen posible, por el otro. Los argumentos [con pretensión jurídica] que uno puede oír en la Corte casi a diario, así como un número considerable de fallos, proveen una amplia evidencia de la infortunada e inveterada tendencia que existe en confundir y abigarrar elementos jurídicos y no jurídicos a la luz de un problema dado”. (Los corchetes son míos). HOHFELD, Wesley Newcomb, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, en *Yale Law Journal*, Connecticut, Estados Unidos de América, 1913.

<sup>176</sup> En este sentido le empleo el alcance que Habermas le da a la expresión *reason-giving*, queriendo aludir a las justificaciones que a nivel discursivo una persona da a enunciados jurídicos falsificables. En ese tenor traduzco el difícil concepto de *reason-giving nature of legal practice* como “la naturaleza de las justificaciones del quehacer jurídico”. “At its most abstract level, reason-giving means that speakers provide some explanation or justification for why they hold a particular opinion with statements that are falsifiable”. HABERMAS, Jürgen, *The Theory of Communicative Action*, 1a ed., Beacon Press, Boston, Estados Unidos de América, 1984.

<sup>177</sup> “In this sense it is true that the coercive power of law presupposes its accepted authority. But the dichotomy of ‘law based merely on power’ and ‘law which is accepted as morally binding’ is

El profesor señala claramente la polisemia y no-exhaustividad que hay detrás de la **voluntad de obedecer a la autoridad del poder coactivo derecho**, ya que ésta se alimenta de situaciones variopintas, tales como el deseo de estabilidad del sistema político, la moralidad intrínseca, los meros intereses personales, el desinterés total o la aversión al castigo; o bien, como un producto de la herencia ancestral o, incluso, de actos irreflexivos que se dan contingentemente. Permítaseme reproducir una clásica observación, luz de su metodología:

*In fact, their allegiance to the system may be based on many different considerations: calculations of long-term interest; disinterested interest in others; an unreflecting inherited or traditional attitude; or the mere wish to do as others do. There is indeed no reason why those who accept the authority of the system should not examine their conscience and decide that, morally, they ought not to accept it, yet for a variety of reasons continue to do so.*<sup>178</sup>

Sin hacer circunloquios, se puede avizorar un discurso diferente que prevenga en lo sucesivo de dimensiones psicológicas, de los sentimientos frente a una obligación jurídica, de las representaciones de la voluntad colectiva, de las conciencias

---

not exhaustive. *Not only may vast numbers be coerced by laws which they do not regard as morally binding, but it is not even true that those who do accept the system voluntarily, must conceive of themselves as morally bound to do so, though the system will be most stable when they do so* HART, The Concept of Law, Op. Cit., pág. 203. (Énfasis añadido).

<sup>178</sup> Ídem

sociales<sup>179</sup> o aspiraciones éticas, morales o económicas de grupo, cualesquiera que estas sean,<sup>180</sup> mismas que ya consideré en el capítulo anterior.

Demás de lo dicho, me uno ortodoxamente a la opinión de los profesores Hart y Hohfeld en el sentido de aceptar que todos estos factores existan y que muchos de ellos cuenten con un gran valor intrínseco y deseable; simplemente, **uno se coloca en una posición privilegiada de análisis científico** para discernir lo objetivamente jurídico de lo subjetivamente irrelevante.

Los autores que han confundido estas nociones con la adecuada identificación de la *opinio iuris* no han tenido en cuenta, quizás, la naturaleza del carácter instrumental del derecho como mecanismo de explicitación de conducta humana.<sup>181</sup>

Para la Ciencia del Derecho, lo que importa es el análisis de categorías convergentes que permitan identificar, mediante enunciados verdaderos o falsos,

---

<sup>179</sup> « Pour la philosophie idéaliste, la conscience est la manifestation de l'esprit « surnaturel », le fondement du monde ». ARNAUD, André Jean, *et. al.*, Dictionnaire Encyclopédique [...], Op. Cit., pág. 99.

<sup>180</sup> Desde el punto de vista de varios autores, tenemos que la conciencia jurídica podría ser entendida en la siguiente clave: conjunto de representaciones, concepciones, ideas, conceptos (ideología jurídica) o sentimientos (psicología jurídica), resultando de un abigarrado conjunto de elementos racionales, volitivos y emocionales: es una amalgama de ciencias y meta-ciencias. Ídem.

<sup>181</sup> Con una magnífica traducción del profesor García Máynez, el genio de Viena dice: "Si limitamos nuestra investigación al derecho positivo y comparamos todos los ordenamientos sociales, pasados y presentes, a los que generalmente se da el nombre de "derecho" descubriremos que tienen una característica en común, que los órdenes sociales de otra clase nunca presentan. [...] Es función de todo orden social, de toda sociedad -ya que la sociedad no es sin un orden social- provocar cierta conducta recíproca de los seres humanos: hacer que se abstengan de determinados actos que por alguna razón se consideran perjudiciales a la sociedad, y que realicen otros que por alguna razón repútanse útiles la misma. [...] El derecho es un medio, un medio social específico, no un fin. Tanto el derecho como la moral y la religión prohíben el asesinato. Pero el derecho lo hace estableciendo que si un hombre comete el delito de homicidio, entonces otro hombre, designado por el orden jurídico, deberá aplicar en contra del homicida una cierta medida de coacción prescrita por el mismo orden." KELSEN, Hans, Teoría General del Estado y del Derecho, 2ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, pág. 17, 18 y 23.

su objeto de estudio. Y no las intermitentes nociones que pertenecen necesariamente a otros campos del saber.

El carácter instrumental del derecho como mecanismo de explicitación de conducta humana se desarrolla, desde luego, por los encargados de aplicar las reglas de adjudicación<sup>182</sup> y de cambio,<sup>183</sup> mismas que pueden tener múltiples teleologías<sup>184</sup> (contingentes, históricas y sociales); pero que nada tienen que ver con su identificación y observación científica, pues en el caso de *consuetudo*, esta es *a posteriori*, una vez que se haya verificado el fenómeno-condición.

A mis ojos, el aventurar una predicción de cómo se comportará una norma deseada de derecho consuetudinario internacional, se asemeja más el oficio de un charlatán que la profesión de un científico. Quisiera decir, porque lo vale, que no creo que estos autores hayan embrollando la comprensión de *consuetudo* deliberadamente con enunciados tales como *[la] nouvelle conscience internationale universelle, e.g.*; muy por el contrario, pienso que lo han hecho por no tener a la mano la ayuda de la categorías de la Jurisprudencia Analítica.

---

<sup>182</sup> “The minimal form of adjudication consists in such determinations, and we shall call the secondary rules which confer the power to make them 'rules of adjudication'. Besides identifying the individuals who are to adjudicate, such rules will also define the procedure to be followed. [...] Again these rules, like the other secondary rules, define a group of important legal concepts: in this case the concepts of judge or court, jurisdiction and judgment. [...] *These secondary rules provide the centralized official 'sanctions' of the system*”. Cfr. HART, The Concept of Law, Op. Cit., págs. 97 y 98. (Énfasis añadido).

<sup>183</sup> “The fact that morals and traditions cannot be directly changed, as laws may be, by legislative enactment must not be mistaken for immunity from other forms of change. Indeed though a moral rule or tradition cannot be repealed or changed by deliberate choice or enactment [...]”. Ibidem, pág. 176.

<sup>184</sup> Cfr. Ibidem, pág. 203.

### 3.3.2 SOCIAL RULE

Procedo ahora a introducir una categoría de la Jurisprudencia Analítica que el profesor Hart denominó regla social (*social rule*). El profesor de Oxford desarrolla teóricamente el concepto regla social comparándolo con los hábitos sociales.<sup>185</sup> Para él, los hábitos sociales y las reglas sociales convergen en lo siguiente: ambos contienen un núcleo de regularidad, ambos tienen una práctica general e invariable, en ambos se verifica un comportamiento igual cuando se da la ocasión.<sup>186</sup>

Es importante poner el ejemplo de un hábito social que, aun guardando un núcleo idéntico de regularidad constante, *carece de ciertas características* que lo hacen distinguirse de las reglas sociales; **siendo la primera de ellas la crítica, la segunda es la legitimación de la misma; y la tercera y más importante: que dichas pautas repetidas no son vistas desde un punto de vista interno.** El ejemplo es el siguiente:

Supóngase que J. Borges vive cerca de la Alameda Central, ha entrado en el retiro y dispone de mucho tiempo libre. Su gran afición por el ajedrez dejola de cultivar por años y, ahora que dispone de tiempo libre, lo puede dedicar a lo que siempre quiso: jugar con otros viejos el tiempo que le queda.

---

<sup>185</sup> "What is this more complex practice? What is the acceptance of a rule? [...] How does a habit differ from a rule? What is the difference between saying of a group that they have the habit, e.g. of going to the cinema on Saturday nights, and saying that it is the rule with them that the male head is to be bared on entering a church?" Cfr. HART, The Concept of Law, Op. Cit., pág. 55.

<sup>186</sup> "There is certainly one point of similarity between social rules and habits: in both cases the behaviour in question (e.g. baring the head in church) must be general though not necessarily invariable; this means that it is repeated when occasion arises by most of the group: so much is, as we have said, implied in the phrase, 'They do it as a rule.'" Cfr. HART, The Concept of Law, Op. Cit., pág. 55.

Así, Borges acude a la Alameda de lunes a sábado –pues es de iglesia-, de 11 de la mañana a 4 de la tarde, sin falla lleva sus puros y los termina mientras convive alegre y tranquilo con otros (se cuentan por docenas los jugadores, unos son esporádicos, otros permanentes) que ahí *convergen*. De hecho, ante la pérdida de materiales como piezas y tableros, Borges en su magnanimidad y afición, da dinero de su bolsillo –junto con otros usuarios- para comprar más tableros y más piezas con el objeto de conservar su pasión e incentivar esta culta práctica entre los jóvenes de escasos recursos y situación precaria que viven por ahí y, eventualmente, pasan a jugar o simplemente a mirar.

¿Alguien podría negar a la conducta de Borges su carácter periódico? ¿Se pondría en duda lo sistemático de su actuar? Varios años han pasado y su conducta es la misma. Borges no hizo aportaciones de su bolsillo para sí, sino para los demás, ¿alguien pondría en duda la moralidad de sus intenciones? Pienso que no.

Ahora bien, un día Borges tiene un terrible momento con un jugador tramposo y agresivo, una cosa lleva a la otra, y vienen a las manos. Por ser el jugador tramposo más viejo en la Alameda, unos toman partido por él, otros por Borges; nadie salvo éste y aquél supo exactamente qué pasó. Fue en realidad un episodio irrelevante para la comunidad, pero para nuestro hombre no.

Es así como Borges *motu proprio* deja de converger a la Alameda, muy resuelto y resentido. Decide en este sentido acudir a un club de pintura que está a una cuadra de distancia. Camina a un lado de los ajedrecistas mas pasa de ellos; muchos son afectos a él, pero no más. **Nadie lo critica por dejar de realizar esta conducta sistemática, periódica, donde incluso hacía actos moralmente relevantes para la comunidad.** Su desviación de conducta fue notoria, mas no criticada. **Nadie se siente en grado de criticarlo, nadie está legitimado.** Sigue siendo bienvenido, pero él no desea volver. Para todos la vida sigue.

### **3.3.2.1 PRIMITIVOS DEL OPERADOR DEÓNTICO PERMITIR: CRÍTICA Y LEGITIMACIÓN**

Las nociones que quisiera mencionar a continuación representan los orígenes de uno de los operadores deónticos más importantes de los cuales se sirve la Ciencia del Derecho para describir a las normas jurídicas. Me refiero a operador: facultar.

Es momento de introducir la primera diferencia que reside entre un mero 'uso' o 'hábito' y una regla social: la crítica.<sup>187</sup> Para sintetizar cómo funcionan aquéllos sugiero la siguiente premisa:

*Si se considera un grupo social 'x' que tiene un hábito de conducta 'y', basta que su conducta de hecho converja con el hábito 'y', siendo esta convergencia condición suficiente para su existencia.*

Como se vio en el ejemplo de Borges, la conducta puede converger de hecho una y otra vez *ad vomitum*, de manera periódica, sistemática y además perseguir un fin moralmente atractivo. Resultando de esta convergencia la condición suficiente para la existencia del hábito en sí mismo.

---

<sup>187</sup> "First, for the group to have a habit it is enough that their behaviour in fact converges. Deviation from the regular course need not be a matter for any form of criticism. But such general convergence or even identity of behaviour is not enough to constitute the existence of a rule requiring that behaviour: where there is such a rule deviations are generally regarded as lapses or faults open to criticism, and threatened deviations meet with pressure for conformity, though the forms of criticism and pressure differ with different types of rule". HART, The Concept of Law, Op. Cit., pág. 55.

Ahora bien, ¿cómo desatar el embrollo lingüístico de las complejas relaciones que guardan la palabra hábito respecto de la *regla social*? Una primera aproximación según el profesor Hart tiene que ver con la reacción crítica de los miembros del grupo social ante la desviación. Si no hay ninguna pauta escrita, ¿cómo podríase predicar apriorísticamente una reacción crítica en tal o cual sentido? La crítica en la regla social responde a una multiplicidad de factores internos; **mas como es imposible penetrar en la psique de ese grupo siendo un observador externo, uno debe conformarse con registrar lo sensiblemente observable. Este es el oficio del científico.**

A la luz de la hipótesis planteada en esta investigación, una **crítica inmediata** por parte de aquellos que miran la regla social desde su aspecto interno es un enunciado intercambiable, *mutatis mutandis*, con **el primer elemento teórico de la identificación** de una norma de derecho consuetudinario de derecho internacional: **una reacción crítica e inequívoca.**

La segunda diferencia tiene que ver con la justificación o legitimación de esta crítica ante la desviación.<sup>188</sup> ¿Qué quiere decir esto? **En términos muy simples quiere significar que ante la desviación de conducta (convergente, sistemática, periódica o incluso moralmente aceptable) la crítica no sólo se hace, sino que la mayoría de los miembros del grupo la tienen por justificada por haber una**

---

<sup>188</sup> "Secondly, where there are such rules, not only is such criticism in fact made but deviation from the standard is generally accepted as a good reason for making it. Criticism for deviation is regarded as legitimate or justified in this sense, as are demands for compliance with the standard when deviation is threatened. Moreover, except by a minority of hardened offenders, such criticism and demands are generally regarded as legitimate, or made with good reason, both by those who make them and those to whom they are made". HART, The Concept of Law, Op. Cit., pág. 55.

**buena razón (good reason) para hacerla.** Así pues, pensando en el caso de Borges, sería inimaginable que alguien le reclamara airadamente por su inasistencia (desviación). No sería, a la luz de los hechos descritos, normal que ante su desvío de conducta, la mayoría de los ajedrecistas de la Alameda tuvieran como una buena razón el criticarle. Ni Borges por su lado aceptaría estas críticas, si se dieran, como justificadas por cualquier motivo. Hay algo que les impide sentirse legitimados para criticarlo y no saben qué: una vez más, se habla de la presencia de reglas inasibles, que se aceptan en su generalidad y que de alguna manera son eficaces.

La **legitimación para reaccionar críticamente** se erige como la **segunda pista teórica** que va a permitir, según la hipótesis de este trabajo, la **identificación de una norma de derecho consuetudinario internacional**. Es tan íntima esta relación, que casi sin notarse, he empleado ya una palabra (legitimación) que los juristas tienen por capital al momento de plantear una demanda o una denuncia en la reivindicación de un derecho subjetivo transgredido por un tercero, cuya responsabilidad está comprometida por serle jurídicamente imputable.

**Como martilleo vale decir que la legitimación para reaccionar, que se atesta en el mundo de los hechos mediante una acción u omisión es, *mutatis mutandis*, una característica análoga de la cual participa tanto la *social rule* hartiana como la *consuetudo internationalis*.**

### 3.3.3 INTERNAL POINT OF VIEW

La mayoría de los eruditos en Hart atribuyen la mayor de las atenciones y esmeros al aspecto interno de las reglas (*internal point of view*). El propio profesor se refiere a este concepto como uno que merece todo su cuidado al ser “*so important and so frequently disregarded or misrepresented in jurisprudence that we shall elaborate it here.*”<sup>189</sup>

A guisa de recordatorio se puede afirmar que cuando un simple hábito social existe cada uno se comporta en la forma en que los otros también lo hacen.<sup>190191</sup> Muy distinto sucede cuando se habla de reglas sociales, pues, para ser comprensibles, requieren del entendimiento de lo que Hart denomina el punto de vista interno y el punto de vista externo, respectivamente.

El profesor introduce esta noción refiriendo que dentro de un grupo social que tiene reglas de conducta “*it is possible to be concerned with the rules, either merely as an observer who does not himself accept them, or as a member of the group which accepts and uses them as guides to conduct,*”<sup>192</sup> siendo estos últimos los que han

---

<sup>189</sup> “[T]an importante y tan frecuentemente desdeñada o malinterpretada en la Ciencia Jurídica, que debe elaborarse aquí”. HART, The Concept of Law, Op. Cit., pág. 56.

<sup>190</sup> Es muy relevante para mí el dar el correcto sentido a este fragmento, por ello he consultado la espléndida traducción del profesor argentino Genaro Carrió. HART, Herbert Lionel Adolphus, El Concepto de Derecho, 3a ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2012, pág. 71.

<sup>191</sup> El profesor Hart en este punto desarrolla toda una argumentación en cuanto a la insuficiencia de la obediencia habitual para explicar e.g. la continuidad que se da en cada sistema legal cuando un legislador sucede a otro. A este respecto el profesor argumenta muy persuasivamente que: “If there is to be this right and this presumption at the moment of succession there must, during the reign of the earlier legislator, have been somewhere in the society a general social practice more complex than any that can be described in terms of habit of obedience: there must have been the acceptance of the rule under which the new legislator is entitled to succeed. HART, The Concept of Law, Op. Cit., pág. 55.

<sup>192</sup> “[E]s posible ocuparnos de las reglas, se meramente como un observador que no las acepta para sí, o bien, como un miembro del grupo que además de las acepta y usa como guías de su conducta.” Ibidem

adoptado el punto de vista interno respecto de la regla social. En mejores palabras, es oportuna la reflexión que hace el profesor Stephen Perry:

***To use the rule is to conform one's own conduct to the relevant pattern, and to accept the rule is to adopt the attitude that the pattern is a required standard both for oneself and for everyone else in the group.***<sup>193</sup>

Lo anterior quiere decir que la existencia de las reglas sociales consiste ante todo en hechos de *aceptación* y de *uso*, si y sólo si, son ejecutados como estándares requeridos de conducta para uno mismo y para los demás. Esto quiere decir que una regla social *existe* cuando *in a group G [...] members of the group engage a certain practice from the internal point of view.*<sup>194</sup>

Para referirme adecuadamente al punto de vista interno, manteniendo inalterado el discurso del profesor Hart, diré que este se refiere a la actitud práctica de aceptación de conducta (*practical attitude of rule acceptance*). De modo tal que el *internal point of view* se refiere a cierto tipo de actitud normativa llevada a cabo por todos los

---

<sup>193</sup> “**El uso de una regla** [social] se refiere a conformar la conducta de uno, a un patrón relevante; por otro lado, **aceptar la regla** [social] es adoptar una actitud en el sentido de que el patrón es un estándar requerido, ora para uno mismo, ora para todo aquel miembro del grupo. (Corchetes y énfasis añadidos). Ibidem.

El profesor de Pennsylvania puntualiza en ese sentido que “The existence of such “social” rules, as Hart calls them, thus consist of these very facts of acceptance and use”. PERRY, Stephen, *Hart on social rules and the foundations of law: Liberating the Internal Point of View*, en Fordham Law Review, Nueva York, Estados Unidos de América, 2006, vol. LXXV, n. 3, pág. 1171.

<sup>194</sup> “Una regla social existe en un grupo G [se puede predicar cualquier grupo] sólo en caso de que sus miembros [realicen cierta práctica] desde el punto de vista interno. SHAPIRO, “What is the Internal Point of View?”, Op. Cit., pág. 1165. (Corchetes míos).

miembros internos (*insiders*)<sup>195</sup> quienes aceptan la legitimidad de la regla<sup>196</sup>. En este sentido:

*When a social group has certain rules of conduct, this fact affords an opportunity for many closely related yet different kinds of assertion; for it is possible to be concerned with the rules, either merely **as an observer** who does not himself accept them, or **as a member** of the group which accepts and uses them as guides to conduct. We may call these respectively the 'external' and the 'internal points of view'<sup>197</sup>.*

Como corolario de este apartado y en la inteligencia del funcionamiento del punto de vista interno hartiano, mantengo inalterada la perspectiva del profesor en el sentido de adscribir a las normas de derecho consuetudinario internacional las cualidades teóricas antes descriptas. **En otras palabras: todo Estado que desarrolle una conducta en el esquema objetivo de explicitación de consuetudo lo hace, teóricamente, desde el punto de vista interno tal como lo concibió Hart.**

Por otro lado, alguien que **observa externamente** una conducta del tipo hartiano, **se encuentra impedido hermenéuticamente, prima facie**, para generar enunciados de verdad o falsedad por resultarle la costumbre del todo ajena.

---

<sup>195</sup> La palabra *insider* es difícil de traducir al español. Su polisemia abarca significados diversos, tales como: 'quien está dentro de algo (sociedad, grupo, partido)'; 'iniciado'; 'informante'; o 'quien está al abrigo de un secreto'.

<sup>196</sup> SHAPIRO, "What is the Internal Point of View?", Op. Cit., pág. 1159.

<sup>197</sup> "Cuando un grupo social tiene ciertas reglas de conducta, este hecho nos provee de una oportunidad para muchos tipos de estrechas aseveraciones; pues es posible ocuparse de las reglas, ora como un mero observador que para sí no las acepta, ora como un miembro del grupo que las acepta y usa como guías de su conducta. Podemos llamarlas, respectivamente, 'puntos de vista internos' y 'externos'." HART, The Concept of Law, Op. Cit., pág. 89.

### 3.3.4 REACCIÓN HOSTIL

Para el caso de que se registre la desviación de conducta de una regla social, la consecuencia será, en palabras de Hart, una reacción hostil (*hostile reaction*) que se dirige a los quebrantadores y es efectuada por la mayoría del grupo. La conjunción de los tres elementos antemencionados (crítica, legitimación y aspecto interno) permiten aceptar el argumento que una reacción hostil esté justificada; y que las sanciones aplicadas ante el desvío no se vean como una vejación a este sistema normativo.

“[...] where rules exist, deviations from them are not merely grounds for a prediction that *hostile reactions* will follow or that a court will apply sanctions to those who break them, but are also a reason or justification *for such reaction* and for applying the sanctions”.<sup>198</sup>

Una útil y didáctica manera de ver el ejemplo anterior consiste en tener en mente las reglas de un juego de ajedrez.<sup>199</sup> En efecto, entre dos jugadores la reacción

---

<sup>198</sup> “[...] donde una regla existe, sus desviaciones no son meros fundamentos para la predicción que se seguirán *reacciones hostiles* o que algún tribunal aplicará sanciones a quienes la infrinjan, sino son también una razón o justificación para tal reacción y para sus sanciones consiguientes”. HART, The Concept of Law, Op. Cit., pág. 84. (Énfasis añadido).

<sup>199</sup> Púedese recurrir al célebre ejemplo del juego de ajedrez del profesor Hart: “*This internal aspect of rules may be simply illustrated from the rules of any game. Chess players do not merely have similar habits of moving the Queen in the same way which an external observer, who knew nothing about their attitude to the moves which they make, could record. In addition, they have a reflective critical attitude to this pattern of behaviour: they regard it as a standard for all who play the game. Each not only moves the Queen in a certain way himself but 'has views' about the propriety of all moving the Queen in that way. These views are manifested in the criticism of others and demands for conformity made upon others when deviation is actual or threatened, and in the acknowledgement of the legitimacy of such criticism and demands when received from others. For the expression of such criticisms, demands, and acknowledgements a wide range of 'normative' language is used. 'I (You) ought not to have moved the Queen like that', 'I (You) must do that', 'That is right', 'That is wrong'*”. HART, The Concept of Law, Op. Cit., pág. 57.

hostil se pone de manifiesto cada vez que uno de los dos pretende realizar un movimiento equivocado (si desea enrocar cuando existen piezas entre la reina y la torre, por ejemplo); en la ocurrencia, el otro usará un lenguaje normativo para reprender su conducta. “-No puedes mover así. La reina puede enrocar sólo cuando...”. El uno reprende porque está legitimado para ello; y el otro corrige, porque sabe que la legitimación de su contrincante está justificada. De nuevo: **actúan como si** hubiera una norma **porque efectivamente hay** una norma.

### **3.4 DIMENSIÓN NORMATIVA**

La *dimensión normativa* tal como la entiende Hart es un concepto de alto estándar técnico. El cuidado y precisión con el que se usa en su teoría son unívocos. Para entender este concepto fue preciso hacer referencia –aunque sea escuetamente- a todo el andamiaje anterior para proceder a su explicación. Así, **la dimensión normativa es el comportamiento unívoco e inmediato que los miembros (*insiders*) de un grupo social realizan ante la desviación de conducta acostumbrada, al haber de antemano un esquema de explicitación normativa objetivo que ante dicha infracción tiende a mantener su identidad. En otras palabras, la dimensión normativa es la reacción ante la infracción de una norma (regla social o *consuetudo*) vista desde un punto interno.**

En esta vena explicativa, se requiere de un desvío de conducta por parte de un *insider* para que se ponga de relieve una evaluación crítica de su comportamiento

por parte de los otros miembros (*others insiders*); mismos que aceptan la regla y que además la tienen como estándar de conducta. Se puede decir, incluso, que los que ejercen la crítica anticipan –quizás sin razonarlo-, que lo que hacen está legitimado por el simple hecho de que su crítica no es criticada a su vez por los demás;<sup>200</sup> o sea, lo pueden hacer independientemente de que sea derecho escrito o no, lo hacen *motu proprio*, porque no podrían hacerlo de otro modo: *[the] members of the group act as a rule because they accept that there is a rule.*<sup>201</sup>

**Esto es y no otra cosa la dimensión normativa de Hart, cuya observancia está ligada a los hechos constatables en la naturaleza que pueden ser predicados a la luz de la experiencia sensible; y no a motivaciones, sentimientos o psicologías que los miembros del grupo resienten en primera persona. Hart no trató de escrutar los *grounds*, los móviles internos, que llevaban a cierta comunidad a responder con cierta actitud crítica: le bastó poner en evidencia lo observable en la naturaleza; le bastó mirar la dimensión normativa y sólo a ella.**

En esta suma de ideas procedo a responder a una pregunta que sirve para sintetizar y ejemplificar la explicación que hasta el momento he dado:

---

<sup>200</sup> “Presumably, the acknowledgment of the criticism's legitimacy is signaled, at least in part, by the fact that the critics are not themselves criticized for engaging in the criticism”. SHAPIRO, “*What is the Internal Point of View?*”, Op. Cit., 1162.

<sup>201</sup> “Los miembros del grupo actúan [como si estuvieran de frente a] una regla porque ellos aceptan que hay una regla.” SHAPIRO, “*What is the Internal Point of View?*”, Ibidem, pág. 1165.

1. ¿Puede un observador que no pertenezca a la intimidad de la regla explicarse *a priori* lo que sucederá ante el desvío de una conducta en particular?

Procederé a responder ordenadamente:

1. La respuesta que se impone en este sentido es negativa. En efecto, los únicos que se encuentran en grado de dimensionar normativamente la desviación son las personas que están dentro del grupo social, aquellos que son *insiders i.e.* se comportan en clave de *rule-acceptance*.

Propongo un ejemplo sencillo de una práctica social compleja para evidenciar el aspecto interno de las normas. Como muestra usaré la corrida de toros: La tauromaquia es una práctica antigua como la destreza del hombre, presente en los albores de la humanidad cuyo desarrollo se ha dado de manera paulatina, decantada centenariamente, hasta llegar a la técnica específica que se practica al día de hoy. Pues bien, la tauromaquia supera ideologías, religiones y clases sociales; tiene un lenguaje común que le es propio a todos sus iniciados (aquí uno de los predicados que se le dan a la palabra *insider* del inglés es muy afortunado). Ciertamente existen reglamentaciones de la fiesta que difieren de plaza en plaza, de país en país; pero en lo general son pocos los aficionados que se han apropiado intelectivamente de ellas.

¿Entonces cómo puede ser posible que se logre una uniformidad de conductas de manera que, a aquel que no esté familiarizado con la fiesta, le parezca todo extranjero? ¿Cómo pudiera explicarse el fenómeno

observable mediante el cual y casi unánimemente el público grita olé ante ciertas suertes realizadas por el torero o rejoneador; y guarde silencio ante otras cuando pareciere no haber diferencia a primera vista? Quien desvía su conducta de la generalidad culta, ¿es criticado o no? La respuesta a esto último es afirmativa y su explicación muy simple: la tauromaquia es una práctica compleja que descansa eminentemente en reglas sociales, en donde se registra una crítica en el sentido hartiano ante el evento de una desviación de conducta: *los miembros actúan como si hubiese una regla porque efectivamente hay una regla.*<sup>202</sup>

Este fenómeno se manifiesta así porque los involucrados son los únicos capaces adoptar una conducta-patrón tanto para ellos como para los demás. Los presentes se sirven de un lenguaje específico para reprender las desviaciones de conducta y entenderse a sí mismos: son ellos y sólo ellos los que dimensionan el asunto normativamente. Las motivaciones sentimentales, morales, de apreciación artística o de consciencia colectiva, *aún existiendo*, no interesan en este análisis hartiano; lo relevante es dar cuenta de la conducta física constatable a través de la actitud que toman los miembros de la plaza en su conjunto, ante determinados actos infractores (*i.e.* actos condición).

---

<sup>202</sup> “Pues bien, Filomeno, para que no padezca usted un desconcierto semejante, ya que en su tierra no se conocen los Toros, voy a darle unas explicaciones indispensables al buen entendimiento de lo que “se ha de seguir”. [...] 4. Cuando el matador mata bien su toro, recibe, en premio de su destreza y arte, los siguientes testimonios de complacencia del público, que pongo aquí por orden creciente de importancia, y de menor a mayor: [...]” REYES, Alfonso, Obras Completas, 1ª Ed., Fondo de Cultura Económica, México, Ciudad de México, 1990, pág. 79 y 80.

Luego de haber caminado por este elenco de conceptos de la Jurisprudencia Analítica, estoy en grado de poner a su consideración, en este maduro estadio de la investigación, una hipótesis importante que justifica la utilización de ciertas categorías de esta Escuela del pensamiento:

**A la luz del funcionamiento de las categorías *social rule*, crítica y legitimación, punto de vista interno, reacción hostil y, finalmente, dimensión normativa, se está en la capacidad de sostener que el discurso aplicable a la regla social en sentido hartiano, le es aplicable también, *mutatis mutandis*, a *consuetudo*. Con lo cual se puede afirmar que se trata de dos predicados intercambiables en el sentido descrito en este capítulo tercero.**

### **3.5 ENUNCIADOS DISPOSICIONALES**

Me referiré a continuación al funcionamiento específico de una categoría de los lenguajes naturales. Las ideas que a continuación presentaré son hijas de la Filosofía Analítica<sup>203</sup> y resultan imprescindibles para la predicación de *consuetudo* y consecuente liberación de la *opinio iuris*.

---

<sup>203</sup> Predominantemente escrita en el idioma inglés, la Filosofía Analítica es un tipo de filosofía muy en boga a partir de la primera mitad del siglo XX. "Analytic philosophy is not uniform, but it usually aspires to a very high degree of clarity and precision of formulation and argument, and it often seeks to be informed by, and consistent with, current natural science. In an earlier era, analytic philosophy aimed at agreement with ordinary linguistic intuitions or common-sense beliefs, or both". SORELL, Tom, et al., *Analytic Philosophy and History of Philosophy*, 1ª ed., Clarendon Press, Oxford, Reino Unido de la Gran Bretaña, 2005, pág. 1.

**Decir que una persona conoce algo, o bien que aspira a algo, no quiere decir por ello que se encuentre en ese preciso momento en proceso de ejecución o realización de algo; sino que es apta o capaz de hacer ciertas cosas, cuando le es preciso o cuando está en disposición de actuar en situaciones de suerte diversa.**<sup>204</sup> Esto no quiere decir que la persona haga uso siempre y en todo momento de sus capacidades; ni tampoco que cuando no las realiza las ha perdido o dejado de tener.

Esta precisión, que el profesor Gilbert Ryle pone de relieve, es una propiedad perentoria uso del lenguaje que muchas veces se pasan por alto los juristas: me refiero a los enunciados disposicionales. A efecto del presente trabajo me resulta importante llamar la atención sobre este particular, pues el correcto alcance que le pueda dar a esta propiedad del lenguaje será útil en grado sumo para determinar dos cosas: la identificación de *opinio iuris* y su prueba *a posteriori*.

En este talante explicativo, vale recordar que muchos de los conceptos cardinales merced a los cuales describimos a la naturaleza, a los hombres o a los Estados, se hacen en clave disposicional. Durante el siglo pasado introdujose en los círculos científicos la errónea comprensión de diversos conceptos: una supuesta leyenda para-mecánica (*para-mechanical legend*) que consistía en pasar por alto las propiedades de los enunciados disposicionales, atribuyendo a estos enunciados rasgos de obscuridad, inaccesibles a la inteligencia humana, e.g. las características

---

<sup>204</sup> "To say that person knows something, or aspires to be something, it is not to say that he is a the particular moment in process of doing or undergoing anything, but that he's able to do certain things, when they need arises or the t is prom to do [...] certain things in situations of certain sorts". RYLE, Gilbert, *The Concept of Mind*, 1ª ed., Hutchinson of London, Londres, Reino Unido de la Gran Bretaña, 1949, pág. 116.

veladas de la 'fuerza'. En breve, tratábase de conceptos con características que entraban en un ámbito de lo no comprobable, en el ámbito de lo *unwitnessable*.<sup>205</sup>

Partiendo de una falacia, se aceptaba la infalibilidad de dichas teorías hasta en tanto no se probara su falsedad: “-*Existe la Atlántida hasta que no demuestres lo contrario*”.

De manera tal que decir “Borges es bohemio”, “El quetzal *vuela*” o “Francia es una República *estable*”,<sup>206</sup> no quiere decir que Borges se comporte como bohemio en este momento, que el quetzal vuele en los cielos de la selva en este momento o que Francia sea estable en este momento. Puédese tratar de un Borges enfermo sentado en una sala de hospital o un quetzal en una jaula diminuta, y no por ello Borges deja de ser bohemio o el quetzal deja de volar. Muy por el contrario, ‘ser un bohemio’ quiere decir que *tiende* a comportarse con bonhomía, y ‘ser volador’ quiere decir que es *capaz* de volar. La capacidad de volar o la tendencia a comportarse con bonhomía podrían no existir, salvo que se constatasen ciertos procesos o episodios tales como el comportamiento de Borges o el vuelo de un ave en un momento dado. Decir ‘Borges es bohemio justo ahora’ no quiere decir ‘Él es

---

<sup>205</sup> “Sentences embodying these dispositional words have been interpreted as being categorical reports of particular but unwitnessable matters of fact instead of being testable, open hypothetical and what I shall call ‘semi-hypothetical’ statements. [...] The old error of treating ‘Force’ as denoting an occult force-exerting agency has been given up in the physical sciences”. RYLE, *The Concept of Mind*, Op. Cit., pág. 117.

<sup>206</sup> Me sirvo de una hipótesis contenida en un trabajo del profesor Garzón Valdés publicado en México en el año 1992 cuyo propósito originario fue realizar “una propuesta de definición del concepto estabilidad de los sistemas políticos y procurar demostrar su plausibilidad a través de su aplicación a casos tomados de la historia de América Latina”. Fueron de inestimable ayuda sus ideas para la correcta comprensión de los enunciados disposicionales, mismos que son capitales en este trabajo. GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *El Concepto de Estabilidad de los Sistemas Políticos*, 1ª ed., Fontamara, Ciudad de México, México, 1992.

bohemio siempre', pero salvo que enunciados como el primero fuesen a veces verdaderos, enunciados como los segundos no podrían serlo.<sup>207</sup>

Palabras tales como 'saber', 'creer' o 'aspirar' son verbos que llevan a enunciados disposicionales y que significan 'habilidades', 'intenciones', "tendencias' o 'disposición'.<sup>208</sup> Doy la palabra al profesor Carnap que expresa así, de manera general, cómo funciona el concepto de intensión en el lenguaje: [...] *leaving subtleties aside*:

*The intension of a predicate 'Q' for a speaker 'X' is the general condition which an object y must fulfil in order for X to be willing to ascribe the predicate 'Q' to y.*<sup>209</sup>

Vale ahora preguntar, ¿qué quiere decir que un enunciado es disposicional?

**Un enunciado disposicional es aquel que está expresado de tal forma que es imposible aprehender *directamente* su propiedad.** En palabras del profesor Ryle  
*"[d]ispositional statements are neither reports of observed or observable states of*

---

<sup>207</sup> "[T]he tendency to ruminate and the habits of cigarette-smoking could not exist, unless there were such process or episodes as ruminating or smoking cigarettes. 'He is smoking a cigarette now' does not say the same sort of thing as 'he is a cigarette-smoker', but unless statements like the first were sometimes true, statements like II could not be true." RYLE, The Concept of Mind, Op. Cit., pág. 117.

<sup>208</sup> "Dispositional words like 'know', 'believe', 'aspire' [...] signify abilities, tendencies or pronenesses to do, not things of one unique kind, but things of lots of different kinds. Ibidem, 118.

<sup>209</sup> "[D]ejando a un lado las sutilezas: la intensión de un predicado 'Q' para un hablante X es la condición general que un objeto y deba satisfacer para que X tenga el deseo de adscribir el predicado 'Q' a y." CARNAP, Rudolf, Meaning and Necessity. A Study in Semantics and Modal Logic, S.E., The University of Chicago, Estados Unidos de América, 1975, pág. 242.

*affairs. They narrate no incidents. But their jobs are intimately connected with narratives of incidents, for, if they are true, they are satisfied by narrated accidents*".<sup>210</sup> En esta vena argumentativa, si digo 'Borges acaba de comportarse con bonhomía en la fiesta' satisfago el aserto 'Borges es bohemio'; o bien si digo 'he visto volar al quetzal atravesando la selva de Chiapas', verifico el predicado 'el quetzal vuela'.

Si se acepta el juicio según el cual para la existencia de *consuetudo* se necesita del coyunto práctica y *opinio iuris*, y que en ese sentido, este juicio tiene una naturaleza descriptiva, habrá que indicar cuáles son los datos empíricos que permiten concebir este enunciado como verdadero o falso. Baste decir que una de las tesis que planteo en el presente es que *consuetudo* implica un coyunto que por un lado está compuesto por medio de **un predicado observable** (práctica) y, por el otro lado, de **un predicado disposicional** (*opinio iuris*).

¿Qué es lo que en mi opinión ha causado tantos problemas y dificultades a los juristas para entender la naturaleza jurídica de *consuetudo*? ¿Por qué a través de enunciados meta-jurídicos se ha intentado describir a la *opinio iuris* como producto de una transmutación maravillosa? ¿Opera subrepticia tras el telón del escenario jurídico?<sup>211</sup> ¿Es merecida la obscuridad y veleidosa conceptualización que ha tenido la *opinio iuris* en la jurisprudencia y dogmática internacional?

---

<sup>210</sup> "Los enunciados disposicionales no son ni registros del estado de cosas observado u observable, ni registros del estado de las cosas inobservado o inobservable. No narran incidentes. Su trabajo está íntimamente ligado con la narrativa de incidentes, pues, en caso de que sean verdaderos [se actualicen], satisfacen los incidentes narrados". RYLE, The Concept of Mind, Op. Cit., pág. 125.

<sup>211</sup> "How could the statements be true unless there where something now going on, even though going on, unfortunately, behind the scenes?" RYLE, The Concept of Mind, Op. Cit., pág. 124.

**La razón es muy sencilla y tiene que ver con la infructuosa empresa consistente en tratar de identificar, apriorísticamente, la *opinio iuris*; o bien observarla *in se*, sin esperar ciertas reacciones reveladoras de su identidad.**

En otras palabras, por la manera en la que se enuncia *opinio iuris* (i.e. mediante predicados disposicionales) resultaría falaz pronosticar su existencia o inexistencia antes de que bajo ciertas circunstancias reaccione. Partiré pues del siguiente predicado, suponiendo que unido a él existen ciertas pautas de comportamiento que la jurisprudencia y la dogmática internacional consideran constitutivos de un elemento material probado.

El predicado es de naturaleza disposicional, y está redactado como sigue:

**‘La *opinio iuris* existe (aunada a la práctica)’**

**Por lo tanto, hay *consuetudo*.**

**La imposibilidad de aprehender de manera *directa* el predicado ‘*opinio iuris* existe’, no implica que *opinio iuris* no exista; sólo quiere decir que tiene una jerarquía empírica inferior a los predicados observables y que necesita estar bajo ciertas circunstancias para poner de manifiesto sus reacciones de identidad.<sup>212</sup>**

---

<sup>212</sup> En este punto sigo ortodoxamente los razonamientos que hace el profesor argentino, *mutatis mutandis*, en cuanto a la expresión lógica de los enunciados disposicionales. GARZÓN VALDÉS, Ernesto, El Concepto de Estabilidad de los Sistemas Políticos, Op. Cit., págs. 22 y 23.

En este punto es necesario recordar que la ciencia no tiene un *mi-chemin* respecto de la verdad o falsedad de sus proposiciones, ya que esta no busca imponer por fuerza o violencia sus enunciados, pues estos son, *prima facie* falsificables. En ese tenor no es dable afirmar que la *opinio iuris* existe a medias, que se comprueba inciertamente, o bien, que no forma parte de un coyunto, *ossia*, de *consuetudo*.<sup>213</sup> *Consuetudo* existe o no existe en un momento dado, y por tanto es *ius* o no lo es; *opinio iuris* existe o no existe, por tanto forma parte del coyunto o no.

Así las cosas vuelvo al predicado 'la *opinio iuris* existe'; si se acepta que el juicio de su existencia es científicamente descriptivo, ¿cuáles son los datos empíricos que permiten concebir el enunciado como verdadero o falso? Momentáneamente, es claro que la existencia de la *opinio iuris* no es una característica observable directamente (salvo que se recurra a la hechicería de invocar transmutaciones, sentimientos, la necesidad de cumplir con lo que equivale a una obligación, la recta razón, la justicia de una comunidad internacional o a una conciencia jurídico colectiva).

Propongo algunos ejemplos de predicados observables: si pregunto cuáles son los órganos principales de las Naciones Unidas, cuál es órgano judicial que ostenta la *primauté* en el sistema onusiano, o bien cuál es la dirección postal de la Corte Internacional de Justicia, las respuestas serían de índole diversa. Éstos últimos son, sin excepción, enunciados observacionales y no dependen de la existencia de un

---

<sup>213</sup> "But an attribute either does, or does not, characterise something. [...] a significant affirmative indicative sentence must be either true or false. Is it true, it asserts that something has, or some things have, a certain character; if it is false, so then its subject lacks that character. *But there is no halfway house between a statement's being true and its being false*". RYLE, The Concept of Mind, Op. Cit., pág. 119. (Énfasis añadido).

acontecimiento para que en ciertas circunstancias se pongan de relieve su verdad. Siendo breve bastaría referir en el primer caso el contenido del Capítulo III, artículo 7°; en el segundo hacer una lectura armónica del antemencionado, junto con el Capítulo XIV, artículo 92 y Capítulo XVI, artículo 103, todos de la Carta de las Naciones Unidas; y finalmente para el tercero bastaría responder: *Palais de la Paix, Carnegieplein 2, 2517 KJ La Haye, Pays-Bas*, así de simple.

Ahora bien, ¿a qué me refiero cuando digo que un enunciado disposicional debe tener ciertas 'reacciones de identidad'? Con esto quiero significar simplemente que una 'reacción de identidad' se refiere a la respuesta del enunciado disposicional X en el sentido que tiende a mantener sus características esenciales o inherentes cuando ante ciertas circunstancias **responde de modo autorreferencial**.

Lo ilustro con otro ejemplo: la conductividad del diamante. Es consabido para el grueso de la población lo que es un diamante y cómo luce; de modo tal que se podría predicar en clave observacional más o menos de igual modo (describiendo sus características observables).

Pues bien, dentro de su gama de aplicaciones materiales inherentes pido que se piense al **diamante** como un mero conductor de calor. En efecto, en la naturaleza se cuenta entre los materiales que mejor conducen el calor: **predicar su conductividad es referirse a su clave disposicional, pues necesita de ciertas circunstancias para reaccionar de conformidad con su identidad**; o en otras palabras, predicado así, **tiene un grado empírico inferior cuya observación condicional es compleja al no ser una la característica predicada una**

**propiedad aprehensible de manera directa;** como sí sería su brillo o transparencia.

**Predicado disposicional: “El diamante X es conductor de calor”**

**Ante el evento, el diamante X reacciona de conformidad con su identidad si y sólo si, ante la aplicación de calor tiene la ‘reacción de identidad’ consistente en conducir el calor aplicado.**

De manera tal que cuando digo el predicado ‘*opinio iuris* existe’ (aunado a la existencia del elemento material, bien entendido), no me estoy refiriendo a ciertas características metafísicas de *consuetudo*, ni estoy reservando su constatación a la intuición de ciertos elegidos de la ciencia jurídica internacional.

¿Cómo expresar, pues, la identificación de la *opinio iuris*? Tomando en cuenta todo lo anterior, la expresión lógica que propongo en mi **definición 1** reza como sigue:

***D<sub>1</sub>: La opinio iuris existe, si sólo si, en determinadas circunstancias merced a un acto condición (C), tiene la tendencia (disposición) a reaccionar en forma tal que logra mantener su identidad (R<sub>1</sub>).***

Bien vale ahora preguntar ¿a qué *determinadas circunstancias* me refiero? Mi hipótesis líneas arriba consiste *grosso modo* en que ciertas categorías de la **social rule** eran aplicables a *consuetudo*. En la *D<sub>1</sub>*, infracción se refiere a la **circunstancia** siguiente:

**Condición (C) es igual al quebrantamiento (infracción) de consuetudo y su correspondiente reacción crítica por parte de quienes observan esta regla (grupo que guía su comportamiento por consuetudo) desde su aspecto interno como ius.**

Así pues y a reserva de la explicación que daré en el apartado 3.7.1 de este trabajo, quiero dar a entender en la hipótesis contenida en mi D<sub>1</sub> lo siguiente:

- 1) *Consuetudo* es *ius* en todos los casos antes de que pueda ser identificada;
- 2) La única manera de constatar su existencia es a través de la 'prueba de ácido' consistente en su infracción y correlativa reacción justificada por parte de los sujetos (*insiders*) que asumen *consuetudo* desde su aspecto interno;
- 3) La *opinio iuris* como elemento de *consuetudo* puede identificarse con hechos observables y verificables desprendidos del comportamiento de los miembros del grupo, o sea, a través de la experiencia; y nunca a través de sentimientos, conciencias colectivas o emociones de la *ψυχή* de uno o varios miembros del grupo; y
- 4) Cuando sostengo que la *opinio iuris* tiende a mantener su identidad, me refiero únicamente a que si es verdad que existe (junto con el elemento material o práctica), su consecuencia es que *tienda* a comportarse conforme a su naturaleza al momento de ser predicada. En otras palabras tiende a ser autorreferencial.

Es paradigmático a este respecto el contenido del párrafo 186 de la sentencia *Affaire des Activités Militaires et Paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* de 1986. A

continuación reproduzco un claro ejemplo de como la Corte concibe debidamente la reacción de identidad que se manifiesta autorreferencialmente respecto de la norma consuetudinaria x. Para parafrasear el lenguaje de la Corte, los Estados concernidos (*insiders* en el sentido hartiano) tratan a la ocurrencia como una violación a la regla consuetudinaria internacional el clave disposicional: reaccionan hostilmente ante el evento de un quebrantamiento a la paz jurídica.

« La Cour ne pense pas que, pour qu'une règle soit coutumièrement établie, la pratique correspondante doive être rigoureusement conforme à cette règle. Il lui paraît suffisant, pour déduire l'existence de règles coutumières, que les Etats y conforment leur conduite d'une manière " générale et **qu'ils traitent eux-mêmes les comportements non conformes à la règle en question comme des violations de celle-ci** [...] »<sup>214</sup>.

Finalmente me queda referir una característica que no he mencionado y que sin embargo me parece fundamental. Tal como lo advierte correctamente el profesor Garzón Valdés, la D<sub>1</sub> en los términos en la que la he propuesto “se refiere siempre al pasado”. La determinación del futuro en las ciencias sociales a partir de circunstancias históricas es ciertamente un tópico apasionante; no obstante lo anterior, ello supera con mucho el objeto del presente trabajo. Baste por ahora referir siguiendo el trabajo del profesor argentino que el predicado ‘*opinio iuris existe*’

---

<sup>214</sup> « La Corte no piensa que para que se establezca una regla consuetudinariamente, la práctica correspondiente deba estar en rigurosa consonancia con aquella. A la Corte le parece suficiente, para deducir la existencia de reglas consuetudinarias, que los Estados conformen su conducta de manera general y **que ellos mismos [reaccionen ante los] comportamientos que no se conforman a la regla en cuestión como violaciones de ésta [...]**. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIAL, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, Op. Cit., párr. 186, pág. 98. (Énfasis y corchetes son propios).

efectivamente se refiere siempre al pasado, y que bien podría expresarse en los siguientes términos:

**“Hasta ahora, cuando en el tiempo  $t_1, 2, 3...n$ , ‘la *opinio iuris* de la *consuetudo X*’ se encontró en las circunstancias (C), tuvo la tendencia (disposición) a reaccionar con  $R_i$ ; pero ello no significa que en el tiempo  $t_{n+1}$  habrá de tener la tendencia (disposición) a reaccionar en ciertas C con las mismas  $R_i$ .”**

Propongo un ejemplo: Pienso en los tiempos del desarrollo del derecho de la guerra anterior a la reglamentación de la neutralidad perpetua (Suiza 1815; Bélgica 1831) y el de la guerra marítima, configurado por el Tratado de París de 1856. Incluso tengo en mente la primera tentativa de humanización del derecho de la guerra, es decir, la Convención de la Cruz Roja de 1864<sup>215</sup>. Todo este intento de racionalización convencional por parte de las potencias europeas tenía por intención modificar el *ius in bello*, derecho centenario<sup>216</sup> y eminentemente consuetudinario que hasta entonces había regido las relaciones recíprocas de los Estados. Pues bien, las normas del *ius in bello* que aplicaron a las potencias marítimas conquistadoras que campearon durante el siglo XVIII, no son ni por asomo las mismas normas consuetudinarias que aplicaron en los albores del siglo XX en el contexto de las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907, respectivamente; o bien,

---

<sup>215</sup> NGUYEN, *Droit International Public*, Op. Cit., pág. 84.

<sup>216</sup> “The simple, but impressive design of international customary law is the result of an evolution which has extended over nearly a millennium” SCWARZENBERGER, Georg, *The Inductive Approach to International Law*, SNE, The London Institute of World Affairs, Londres, Reino Unido de la Gran Bretaña, 1965, pág. 104.

las que *ex hypothesi* podrían regir el año 2019, a más de 70 años de la creación de las Naciones Unidas. A la luz de lo anterior, propongo la siguiente definición 2 (D<sub>2</sub>):

“Cuando en el S.XVIII, ‘la *opinio iuris* de las *consuetudines* empleadas en el *ius in bello*’ se encontró en ciertas circunstancias (C), tuvo la tendencia (disposición) a reaccionar con R<sub>i</sub>; pero ello no significa que en el S.XXI a la luz del sistema onusiano, el derecho consuetudinario internacional que alguna vez rigió las relaciones recíprocas de ciertos Estados beligerantes, tendrá la tendencia (disposición) a reaccionar en las mismas C con R<sub>1</sub>.”

El análisis que el científico del derecho hace respecto de la constatación *a posteriori* de la *consuetudo x*, implica en todos los casos que los elementos que la componen, *ossia* el coyunto práctica y *opinio iuris*, serán analizados atendiendo al caso en concreto en un largo contexto de análisis de los hechos y normas de derecho que lo rodean.

Como se puso de relieve, aun cuando una *consuetudo x* haya reaccionado en el tiempo t<sub>1, 2, 3...n</sub> en un sentido (disposición), ello no quiere decir que para su futura observación se deba o pueda prescindir de un estudio esmerado cuando se desee identificar a esa *consuetudo x*. En breves palabras: una *consuetudo x* no se identifica al vacío;<sup>217</sup> ni mucho menos a través de ideas preconcebidas o criterios matemáticos de repetición y uniformidad.<sup>218</sup> La apreciación científica de *consuetudo*

---

<sup>217</sup> « [U]ne règle du droit international, coutumier ou conventionnel, *ne s'applique pas dans le vide* ; elle s'applique par *rapport à des faits* et dans le cadre d'un ensemble plus large de règles juridiques dont elle n'est qu'une partie » CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, « Interpretation de l'Accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte », Opinión Consultiva, La Haya, Países Bajos, 20 de diciembre de 1980, párr. 10, pág. 76. (Énfasis añadido).

<sup>218</sup> « On ne peut pas mesurer selon des critères mathématiques et uniformes la répétition, le nombre d'exemples de la pratique des États ou la durée nécessaires à la formation d'un droit coutumier. Chaque fait doit être apprécié en fonction des circonstances particulières. » CORTE

implica una puntillosa observación de los hechos particulares observados (reacciones de identidad), y su identificación se realiza caso por caso.<sup>219</sup>

### **3.6 REGLA DE RECONOCIMIENTO**

La regla de reconocimiento es introducida por el profesor Hart en el capítulo quinto de su obra *The Concept of Law* y la pone de relieve cuando explica la noción primitiva de sistema jurídico (“*the union of primary and secondary rules*”).<sup>220</sup> En este sentido, la regla de reconocimiento es una regla de tipo secundaria que da validez a las reglas primarias (dentro de las cuales se tiene e.g. a las normas de tipo consuetudinario), se expresa en un metalenguaje y su existencia depende meramente de su aceptación compartida.<sup>221</sup> Para Hart, la regla de reconocimiento asegura la existencia de todas las reglas primarias y suministra al tiempo todos los criterios de identificación del derecho válido.<sup>222</sup>

---

INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Plateau continental de la mer du Nord*, Op. Cit., Opinión Disidente del Señor Juez Tanaka, pág. 175.

<sup>219</sup> What is immediately apparent, as the appellants indeed submit, is that the ascertainment of customary international law involves an exhaustive and careful scrutiny of a wide range of evidence. Moreover, a finding that there is a rule of customary international law may have wide implications [...]. COURT OF APPEAL, R. ex rel. Freedom & Justice Party v. Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs, 2018, EWCACiv, párr. 19.

<sup>220</sup> “The union of primary and secondary rules is at the centre of a legal system” HART, *The Concept of Law*, Op. Cit., pág. 99.

<sup>221</sup> “Su existencia [de la regla de reconocimiento] depende meramente su aceptación compartida, no es un enunciado jurídico como los demás; incluso, si se restringen los enunciados jurídicos a los producidos de acuerdo con el sistema, no es siquiera un enunciado jurídico: la regla de reconocimiento sólo puede expresarse en un metalenguaje y no puede formar parte del lenguaje objeto, esto es, del Derecho positivo. ATIENZA, Manuel, *et. al.*, “La Regla de Reconocimiento y el Valor Normativo de la Constitución. (Una aproximación desde la teoría del derecho), en Revista Española de Derecho Constitucional, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, Número 47, 1996, pág. 34. (Los corchetes son propios).

<sup>222</sup> BULYGIN, Eugenio, “Sobre la Regla de Reconocimiento”, en Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1976.

En tanto una regla participe de las características de validez contenidas en la regla de reconocimiento, ella existe y es jurídicamente válida; en otras palabras, la regla de reconocimiento determina la membresía de sistemas jurídicos específicos.<sup>223</sup> De modo tal que lo anterior se puede expresar en los siguientes términos:

**“The rule of recognition of S determines all and only the laws of S”<sup>224</sup>**

En esta vena explicativa, llama la atención la importancia que reside no sólo en determinar la existencia de una norma de derecho x; sino que es propicio también determinar al mismo tiempo el sistema al cual pertenecen y el cuadro en el que esta norma opera.<sup>225</sup>

De acuerdo a la teoría de Hart, todo sistema jurídico contiene necesariamente una -y sólo una- regla de reconocimiento que hace las veces de cedazo o, si se quiere, de examen de validez para un sistema jurídico en particular (*identifying criteria*).<sup>226</sup>

Siguiendo este razonamiento, podría decirse perfectamente que el sistema jurídico de la sociedad internacional tiene una regla de reconocimiento en el sentido

---

<sup>223</sup> SHAPIRO, Scott, “What Is The Rule Of Recognition (And Does It Exist)?”, en Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Yale Law School, New Haven, Estados Unidos de América, núm. 181, pág. 10.

<sup>224</sup> “La regla de reconocimiento del sistema x determina todo el derecho válido del sistema x”. SHAPIRO, “What Is The Rule Of Recognition (And Does It Exist)?”, Op. Cit., pág. 11.

<sup>225</sup> “È importante rivelare ciò, perché dal fatto, ora constatato, che le norme giuridiche si manifestano esclusivamente come facenti parte di ordinamenti giuridici, è lecito, solo dedurre che, nel determinare l'esistenza di una norma di diritto, non ci si può limitare ad accettare che essa abbia in sé i caratteri che si sono visti i propri delle norme giuridiche, ma occorre determinare in pari tempo il sistema cui essa appartiene, e nel quadro del quale essa opera [...]”. AGO, Roberto, Scienza Giuridica e Diritto Internazionale, Giuffrè Ed., Milán, Italia, 1950, pág. 77.

<sup>226</sup> “To say that a given rule is valid is to recognize it as passing all the tests provided by the rule of recognition and so as a rule of the system. We can indeed simply say that the statement that a particular rule is valid means that it satisfies all the criteria provided by the rule of recognition. RYLE, The Concept of Mind, Op. Cit., pág. 103.

hartiano, es decir, una regla que se expresa en un metalenguaje que permite identificar a sus agentes las normas jurídicas que pertenecen a este sistema de manera exclusiva.<sup>227</sup> Esto equivale a expresar que la regla de reconocimiento del sistema jurídico internacional permite a los jueces de la Corte Internacional de Justicia o a los Estados, *inter alia*, identificar mediante ciertos criterios a una norma de derecho consuetudinario internacional *aplicable*, como lo es la protección diplomática en oposición a un “mandato de la moral internacional”; o bien, la reserva hecha de un tratado internacional respecto de un matrimonio entre particulares. De modo tal que lo anterior se puede expresar así:

$$\exists! Rr \in S_i$$

Que se lee: “*existe sólo una ( $\exists!$ ) regla de reconocimiento ( $Rr$ ) que pertenece al sistema jurídico del derecho internacional general ( $S_i$ )*”.<sup>228</sup>

Ahora bien, considero que un buen punto de partida para discernir la regla de reconocimiento en el derecho internacional general sería considerar, por su importancia, el contenido del artículo 38 del Estatuto de la Corte. En efecto, todos los Estados miembros de las Naciones Unidas –es decir, prácticamente todos los

---

<sup>227</sup> “The core function of the rule of recognition in Hart's concept of law is to identify criteria for the validity of primary rules and to provide criteria for governing relationships between different sources of law. If viewed in this way, there is no reason to deny the existence of a rule of recognition international law”. PAYANDEH, Mehrdad, “The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart”, en The European Journal of International Law, Oxford University Press, Florencia, Italia, vol. 21, núm. 4, 2011, pág. 989.

<sup>228</sup> “El sentido primario de este término, “derecho internacional general”, nos parece ser por demás obvio. “General” mienta no una mayoría cualquiera, sino una mayoría que se aproxima bastante a la universalidad [...]. La norma de derecho internacional general, en conclusión, es la norma que recibe una aplicación general en el seno de la comunidad internacional”. GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, El Ius Cogens Internacional. Estudio histórico-crítico, Op. Cit., págs. 77 y 78.

países del orbe- son *ipso facto* miembros del Estatuto y por ende se encuentran vinculados a él.<sup>229</sup> Naturalmente, el objeto de la presente investigación no consiste en referir las críticas que la doctrina especializada ha hecho al contenido de dicho artículo del Estatuto respecto de su ambigüedad y formulación, o bien, al hecho de que se pasan por silencio importantes procedimientos de creación del derecho<sup>230</sup> tales como los actos unilaterales o las decisiones de las organizaciones internacionales.<sup>231</sup> Muy por el contrario, si la intención de las presentes líneas es ante todo poner de relieve ciertos puntos cardinales para avanzar en la identificación de la *opinio iuris*, me concentraré a continuación en describir cuál es su relación con la regla de reconocimiento del derecho internacional.

Como se verá detalladamente en los sucesivos apartados y en adhesión a la hipótesis planteada, la *opinio iuris* puede ser identificada: una vez que el o los sujetos den una reacción a la infracción de *consuetudo internationalis*. Por lo tanto, **la regla de reconocimiento que los operadores del sistema jurídico internacional aplican debe incluir en su determinación de derecho aplicable a las reacciones de identidad que una infracción a la *consuetudo internationalis* conlleva.**

Tomando en consideración estas breves reflexiones la relación que guarda la identificación de la *opinio iuris*, tal como la entiendo en el presente, con la regla de

---

<sup>229</sup> Ibidem, pág. 126.

<sup>230</sup> The mere fact that international law consists of a variety of sources does not oppose the existence of a rule of recognition. Hart also recognizes that the municipal legal order can consist of multiple sources of law [...] Neither should the recognition of sources other than those listed in Article 38 (1) of the ICJ Statute be considered problematic. PAYANDEH, "The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart, Op. Cit., pág. 990.

<sup>231</sup> NGUYEN, Quoc Dinh, Droit International Public, Op. Cit., pág. 126.

reconocimiento, **tiene que ver ante todo con un aporte discursivo**. Como muestra de lo anterior, vale destacar los siguientes puntos a manera de conclusión:

1. La regla de reconocimiento del sistema jurídico internacional se ha identificado tangencialmente con una teoría de la *opinio iuris* permeada de elementos misteriosos e inasibles. Sus predicados no son falsificables;
2. El único criterio idóneo para identificar científicamente (*identifying criteria*) a la *opinio iuris internationalis* es aquel que la libere de elementos meta-jurídicos como la ‘conciencia jurídica universal’, la ‘psicología de los Estados’ o bien los ‘sentimientos de lo justo *sive necessitatis* (o necesario)’;
3. Una regla de reconocimiento asequible por medio de la razón es aquella capaz de incluir en su discurso las reacciones de identidad ante la infracción de *consuetudo*. Esto se puede comprobar en el mundo de los hechos a través de la experiencia singular observada;
4. La causa suficiente que prueba el enunciado ‘*opinio iuris existe*’ reside en la constatación de su reacción de identidad; misma que es necesariamente *a posteriori* en virtud de que lingüísticamente se predica por medio de un enunciado disposicional cuyo grado probatorio es, si bien inferior, no por ello imposible de evidenciar científicamente; y
5. La hipótesis planteada en el presente trabajo puede aportar un mejor análisis discursivo al entendimiento de la regla de reconocimiento hartiana del sistema jurídico internacional.

### 3.7 SANCIÓN DE LA NORMA CONSUETUDINARIA

Toda teoría general del derecho, independientemente de la escuela de pensamiento a la cual cada estudioso se adscriba,<sup>232</sup> parte de ciertas categorías que pretenden responder, entre otras cosas, a la siguiente pregunta: ¿qué es el derecho? O bien, ¿qué lleva a pensar a un sujeto A que la conducta X se encuentra, por así decirlo, afectada o influida por el derecho?<sup>233</sup>

La más señera particularidad del derecho observable por cualquier persona en todo tiempo y lugar es, que su existencia, implica que ciertos tipos de conducta humana han dejado de ser completamente libres; para ser, de alguna manera, obligatorios.<sup>234</sup> Esto quiere decir que el comportamiento de A ó de un grupo de individuos B, tiene límites,<sup>235</sup> y devino condicionado en función de un *deber ser* (*Soll sein*); en algún sentido su libertad de elección se redujo. A un nivel elemental de análisis, todo acto u omisión que contradiga una norma jurídica debe implicar un castigo: el derecho funciona como un condicionante de conducta. *E.g. un Estado A está constreñido a no transgredir el 'dominio reservado' del Estado B* so pena de

---

<sup>232</sup> « Tout internationaliste se rattache à une école philosophico-juridique qui domine son enseignement ». SCELLE, Georges, Précis de Droit de Gens, SNE, Centre National de Recherche Scientifique, París, Francia, t. I, 1984, pág. VIII.

<sup>233</sup> “El conocimiento jurídico está dirigido, pues, hacia normas que poseen la característica de ser normas jurídicas; que otorgan a ciertos acontecimientos el carácter de actos conforme a derecho (o contrario a derecho). Puesto que el derecho, que constituye el objeto de ese conocimiento, es una ordenación normativa del comportamiento humano; lo que significa: es un sistema de normas que regulan el comportamiento humano”. KELSEN, Teoría Pura del Derecho, Op. Cit., 15-30.

<sup>234</sup> HART, The Concept of Law, Op. Cit., pág. 6.

<sup>235</sup> “Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura”, reza el consabido adagio contenido en las *Institutas* de del Emperador Justiniano (3, 23).

sufrir ciertas consecuencias de derecho.<sup>236</sup> Estas consecuencias jurídicas son las que los juristas llaman objetivamente sanción resultado de un rompimiento de la paz<sup>237</sup> (entendida como infracción al orden jurídico internacional).<sup>238</sup>

De modo tal que la sanción puede ser definida como la consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado.<sup>239</sup> “El ilícito, el acto delictivo, sólo se configura como tal, porque, y en la medida en que se enlaza a dicha conducta, como consecuencia, un acto coactivo a título de sanción. Esta definición permite eliminar cualquier intento de introducir algún supuesto elemento axiológico o connotaciones ético-morales en el concepto jurídico de ilícito, ya que, el acto, la conducta, de un individuo, solamente podrá ser analizada como comportamiento delictivo por razón de ser supuesto condicionante de una sanción”.<sup>240</sup> La sanción funciona mediante el operador deóntico ‘facultar’, en donde:

---

<sup>236</sup> « La Cour conclut en conséquence que l'appui fourni par les Etats-Unis, jusqu'à fin septembre 1984, aux activités militaires et paramilitaires des contras au Nicaragua, sous forme de soutien financier, d'entraînement, de fournitures d'armes, de renseignements et de soutien logistique, constitue une *violation indubitable du principe de non-intervention* ». CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), Op. Cit., párr 242, pág. 124. (Subrayado añadido).

<sup>237</sup> “All rules which are rules of law carry a sanction in the form of liability or responsibility for a breach of peace”. FITZMAURICE, “The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law”, Op. Cit., pág. 105.

<sup>238</sup> Los teóricos del derecho internacional sostienen que regla de derecho internacional se descompone en una obligación mayor, que es la de respetar, y una obligación menor, que consiste en corregir los efectos de la infracción. Cfr. NGUYEN, *Droit International Public*, Op. Cit., pág. 879. Como comentario vale decir que esto es un grave error conceptual en virtud de la arbitraria utilización de los operadores deónticos de los cuales el derecho se sirve.

<sup>239</sup> GARCÍA MAYNEZ, *Introducción al Estudio del Derecho*, Op. Cit., pág. 289.

<sup>240</sup> GOMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, *Concepto de Responsabilidad Internacional del Estado según Hans Kelsen*, en *Derecho Internacional. Temas Selectos*, 1ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, México, 2008, pág. 208.

*“El sujeto A está facultado para sancionar (o recurrir a una instancia X facultada para sancionar)<sup>241</sup> al sujeto B por su infracción a un deber jurídico”.*

Esto es lo que el profesor Hart entendía como regla de adjudicación, y sostuvo atingentemente que dichas *“rules [empower] individuals to make authoritative determinations of the question whether, on a particular occasion, a primary rule has been broken”*.<sup>242</sup>

Lo anterior puede ser clareado merced al siguiente razonamiento:

1. El derecho positivo consuetudinario establece una regla primaria (operador deóntico: *obligar*) según la cual *todos los actos de introyección y aplicación de las normas convencionales son responsabilidad internacional del Estado receptor*.<sup>243</sup>
2. Si dicha norma consuetudinaria se halla implícita *ab initio* en las relaciones recíprocas de los entes con subjetividad jurídico internacional, es de esperarse que en el caso de *infracción* (ocurrencia: no se llevaron a cabo los actos de introyección en el orden jurídico interno) se genere una

---

<sup>241</sup> Verbigracia, la Corte Internacional de Justicia, una vez que ha recibido el compromiso mediante el cual dos Estados consienten someter a su jurisdicción una cuestión litigiosa, la Corte está facultada para *aplicar* el derecho correspondiente y *sancionar* el asunto *inter partes*.

<sup>242</sup> « [N]ormas [facultan] a individuos para realizar determinaciones revestidas de autoridad, si en una ocasión en lo particular una regla primaria ha sido infringida” HART, The Concept of Law, Op. Cit., pág. 96. (Corchetes añadidos).

<sup>243</sup> GUTIÉRREZ BAYLÓN, Derecho de los Tratados, Op. Cit. pág. 13.

responsabilidad internacional como consecuencia de las *deficiencias de la ejecución doméstica de los acuerdos internacionales*.<sup>244</sup>

3. En este orden de ideas es de admitirse que derivado de la infracción a la norma consuetudinaria, se genera un derecho subjetivo para la contraparte, consistente en la *facultad* de presentar una reclamación internacional *imputable* al Estado que, habiendo convenido cumplir sus deberes convencionales (ciertos actos de introyección en el orden jurídico interno: legislativos, ejecutivos o judiciales), no lo hizo, estando obligado a ello.<sup>245</sup>

De manera análoga, todas hipótesis contenidas en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas que se refieren a las medidas coactivas “pueden ser interpretadas válidamente como auténticas sanciones, ya que de conformidad con el derecho internacional general, una medida coactiva sólo se permite como reacción en contra del incumplimiento de una obligación en derecho internacional”.<sup>246</sup>

---

<sup>244</sup> Ídem

<sup>245</sup> « **La qualité pour présenter une réclamation internationale c'est, pour qui en est revêtu, la capacité de recourir aux méthodes habituelles reconnues par le droit international pour l'établissement, la présentation et le règlement de réclamations** ». CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, « Réparation des Dommages Subis au Service des Nations Unies », Opinión Consultiva, La Haya, Países Bajos, 11 de abril del año 1949, pág. 177.

<sup>246</sup> Y sigue explicando el Embajador mexicano: “La anterior explicación tiene como corolario, que se considere a los Estados como sujetos a los cuales la Carta de la ONU impone no solamente obligaciones expresamente enunciadas en dicho instrumento (por ejemplo, artículos 6º y 19), sino que tendrían además la obligación más general de abstenerse de toda conducta que pueda llegar a ser considerada por el Consejo de Seguridad, de acuerdo con el artículo 39: amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión”. GOMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, “Concepto de Responsabilidad Internacional del Estado según Hans Kelsen”, Op. Cit., pág. 234.

### **3.7.1 REVISTA A LOS ENUNCIADOS DISPOSICIONALES**

En el apartado donde referí la naturaleza de los ‘enunciados dispocicionales’ adelanté que su comprensión era capital para la identificación de *consuetudo*; i.e., el desconocimiento de dicha categoría de los lenguajes naturales en la teoría del derecho internacional explica la incomprensión perenne de la *opinio iuris*.

En aquél apartado esboqué la siguiente hipótesis: “¿Cómo expresar, pues, la identificación de la *opinio iuris*? A la sazón, tomé el siguiente punto de partida:

Definición 1 ( $D_1$ ):

*D<sub>1</sub>: La opinio iuris existe, si sólo si, en determinadas circunstancias merced a un acto condición (C), tiene la tendencia (disposición) a reaccionar en forma tal que logra mantener su identidad (R<sub>1</sub>).*

Proseguí preguntando, como es natural, ¿qué debe entenderse por acto condición (C) en determinadas circunstancias? La respuesta a lo anterior fue expresada de este modo:

*Condición (C) es igual al quebrantamiento (infracción) de consuetudo y su correspondiente reacción crítica por parte de quienes observan esta regla (grupo que guía su comportamiento por consuetudo) desde su aspecto interno como ius”.*

Ha llegado el momento de revistar mi análisis agregando el último elemento que falta para liberar a la *opinio iuris internationalis* de todo elemento meta-jurídico: me refiero a la sanción entendida como dimensión normativa. Dicha categoría debe ser

leída en la cita antemencionada en vez de “reacción crítica”: de modo tal que propongo la siguiente “Definición 1.1 ( $D_{1.1}$ )”:

*D<sub>1.1</sub>: La opinio iuris existe, si sólo si, en caso de que sobrevenga la infracción de consuetudo (C), la conducta de quien observa a C desde su aspecto interno, consista en sancionar (permitido para) al infractor, haciendo que la dimensión normativa reaccione manteniendo su identidad (R<sub>I</sub>).*

**Analíticamente, esto es lo que entiendo en el presente trabajo como la condición suficiente para demostrar científicamente la existencia de la *opinio iuris* y, por consiguiente de *consuetudo*.** De lo anterior se colige que *consuetudo* ya era derecho positivo y perfectamente eficaz antes de su identificación mediante la regla técnica propuesta en la presente investigación.

### **3.8 ALGUNAS COORDENADAS DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL**

A guisa de advertencia vale decir que el objeto del apartado no aspira, ni por asomo, el agotar la rica cantera de la responsabilidad en derecho internacional (cuyo origen es señaladamente consuetudinario); muy por el contrario, al constatar las ingentes dificultades que la misma Comisión de Derecho Internacional ha experimentado, así como los trasuntos de la refracción implícita de cada proyecto de codificación,<sup>247</sup> me

---

<sup>247</sup> Las tentativas de codificación lejos de arrojar un consenso final respecto de sus proyectos, refleja la falta de unicidad y acuerdo en la materia. Podríase decir, como lo sugiere el profesor Gutiérrez Baylón, que los Estados al rechazar uno por uno y de manera expresa los proyectos, hacen sobreentender su decidida refracción a cada propuesta. Esta infructuosa empresa fue asumida desde el año 1955 por la Comisión de Derecho Internacional (profesores García-Amador, Ago, Riphagen, Arangio-Ruiz y Crawford) cuyo deseo de ver al fin la luz se fragua de continuo en la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas; luz que con el correr del día se hace más tenue.

limitaré a recordar ciertas coordenadas útiles para la identificación de la *opinio iuris* una vez verificadas sus reacciones de identidad.

Es un lugar común en las discusiones en torno al derecho internacional, hablar de la manera que tiene este sistema para hacer efectivo el cumplimiento de sus normas una vez que estas han sido infringidas. En un contexto de Estados soberanos, una visión consistente *ex hypothesi* en una sociedad que carece de un legislador<sup>248</sup> que establezca las normas jurídicas, de un juez que resuelva los diferendos y de un gendarme que haga cumplir las sanciones, puede hacer pensar que el derecho internacional sea, a falta de esta trinidad, un mito.<sup>249</sup> Comparto la visión según la cual el derecho internacional es largamente más que *un gendarme derrière chaque gendarme*.<sup>250</sup>

Esta argumentación obedece a una razón de fondo: se trata del vértice predilecto de quienes niegan el carácter jurídico al derecho internacional general cuando se le da una connotación que llamaré “internista”. Dicho paradigma se caracteriza por los adjetivos de la rigidez, de una restrictiva comprensión científica,<sup>251</sup> y un deseo obstinado de ver judicializada cada infracción del derecho internacional a guisa de

---

<sup>248</sup> « Il est exact qu'il n'existe pas d'organe spécialisé dans l'édition des normes ; mais, comme dans tout ordre juridique, les normes internationales font l'objet d'un processus formel d'élaboration dans lequel interviennent au premier chef les États, à la fois auteurs et destinataires principaux de ces règles ». Cfr. NGUYEN, Droit International Public, Op. Cit., págs. 102-104.

<sup>249</sup> « A default de cette trinité nécessaire, le droit international ne serait qu'un mythe ». NGUYEN, Droit International Public, Op. Cit., pág. 98,

<sup>250</sup> “Un gendarme detrás de cada gendarme.” En ese sentido : « Le droit est à la vérité, et fort heureusement, autre chose et davantage que la présence d'un gendarme derrière chaque sujet de droit, et d'un gendarme derrière chaque gendarme, et d'un juge derrière tous les gendarmes, et d'un gendarme pour assurer l'application de la décision du juge ». WEIL, Prosper, « Cours Général de Droit International Public », Op. Cit., pág. 54.

<sup>251</sup> « On ne peut évoquer l'absence de législateur dans la société internationale que si l'on a de cette institution une vision « interniste », rigide et restrictive ». Ibidem, 102.

los órdenes nacionales.<sup>252</sup> La Corte Internacional de Justicia no es ajena a lo antes descrito:

*Dans le domaine international l'existence d'obligations dont l'exécution ne peut faire l'objet en dernier ressort d'une procédure juridique a toujours constitué la règle plutôt que l'exception.*<sup>253</sup>

Lo anterior me lleva a deducir que si se concibe al derecho internacional general desde una “visión internista”, esperando que todos los asuntos sean procesados jurisdiccionalmente, la conclusión que se impone sería, *inter alia*, que el derecho internacional no sea *ius*. Nada más alejado de la realidad: para comprender el paradigma de eficacia del derecho internacional se debe observar ante todo que *a una descentralización normativa corresponde la descentralización de la sanción.*<sup>254</sup>

Como muestra de este aserto se imponen en concordancia las palabras de la Corte:

La qualité pour présenter une réclamation internationale c'est, pour qui en est revêtu, la capacité de recourir aux méthodes habituelles reconnues par le droit international pour l'établissement, la présentation et le règlement de réclamations. *Parmi ces méthodes, on peut mentionner la protestation, la*

---

<sup>252</sup> KOLB, Robert, The International Court of Justice, 1ª ed., Hart & Portland, Oxford, Reino Unido de la Gran Bretaña, 2013, págs. 1-20.

<sup>253</sup> En el ámbito [del derecho] internacional, la existencia de obligaciones cuya ejecución no puede ser objeto en última instancia de un proceso judicial, ha constituido siempre la regla más que la excepción. (Los corchetes son míos). CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Sud-Ouest africain, segunda fase, sentencia, La Haya, Países Bajos, 18 de julio de 1966, p. 46.

<sup>254</sup> NGUYEN, Droit International Public, Op. Cit., pág. 103

*demande d'enquête, la négociation et la demande de soumettre l'affaire à un tribunal arbitral ou à la Cour, dans la mesure où son Statut le permet.*<sup>255</sup>

Históricamente, la sociedad internacional tradicional concebía que el respeto a las normas jurídicas estaba garantizado por los mismos Estados en forma de represalias o de guerra.<sup>256</sup> Esta perspectiva se explica como corolario directo de la soberanía de los Estados entendida como una inalienable capacidad subjetiva de cada uno de estos entes para apreciar e imponer desenfrenadamente sus voluntades a conveniencia.<sup>257</sup> Si uno mira los manuales de derecho internacional general del siglo XIX y anteriores, buscando algún capítulo dedicado al arreglo pacífico de controversias, podría con toda probabilidad estar haciendo un esfuerzo baladí.<sup>258</sup> La situación del derecho internacional general respecto del arreglo pacífico de controversias durante el siglo XIX podría ser resumido en breves líneas

---

<sup>255</sup> “La cualidad para presentar una reclamación internacional consiste, para quien tiene esta facultad, en la capacidad de recurrir a los métodos habitualmente reconocidos por el derecho internacional para el establecimiento, presentación y arreglo de reclamaciones. De entre estos los métodos se pueden mencionar la protesta, la demanda de investigación, la negociación, la solicitud de someter la cuestión a un tribunal arbitral o a la Corte en la medida que su Estatuto lo permita”. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, « Réparation des Dommages Subis au Service des Nations Unies », Op. Cit., pág. 177. (Énfasis añadido).

<sup>256</sup> “The state which, authorized by international law, that is, under the conditions determined by International law, resorts to reprisals may be considered to be acting as an organ of the international community constitute by international law. The enforcement action may be interpreted as an action of this community, its reaction against a violation of international law”. KELSEN, Hans, “Collective Security and Collective Self-Defense Under the Charter of the United Nations”, en The American Journal of International Law, vol. 42, núm. 4, 1948, págs. 783-796.

<sup>257</sup> “It thus transcends the interests of individual States and the idolatry of their subjective rights. [...] Is sought free itself from the over-empowering will of States that was not compatible with the new approach towards higher values and those of States taken individually”. KOLB, Robert, An Introduction to the Law of the United Nations, 1ª ed., Hart Publishing, Oregon, 2010, pág. 35.

<sup>258</sup> “Such chapters could not be written, because their contents where simply alien to the contemporary system of international law. [...] It should moreover be remembered that, a century a half ago, the use of force to resolve disputes was not prohibited” KOLB, The International Court of Justice, Op. Cit., pág. 4.

del modo siguiente:<sup>259</sup> 1) los medios disponibles para el arreglo pacífico de controversias consistía en la diplomacia y los acuerdos internacionales (tratados), sin que hubiera obligación alguna de negociar o celebrar tratados. El pivote central del sistema era la soberana voluntad de los Estados para llegar a un arreglo pacífico; 2) tal como hoy, si los intercambios diplomáticos llevaban a la situación donde los Estados no quisieran llegar a algún acuerdo, ya se estilaba la práctica de someter la cuestión a un arbitraje (caso *Alabama* de 1872). Dicha reglamentación, como es natural, no obligaba a los Estados concernidos; y 3) si (1) y (2) fallaban, existía el derecho de usar métodos coactivos (*violence short of war*) o incluso declarar la guerra al contrario, siendo esta una facultad inalienable de los Estados al usufructuar uno de los atributos de su soberanía.

Al día de hoy, la limitación al uso de la fuerza en las relaciones internacionales prohíbe, en principio, la autocomposición. Teóricamente existe un sistema coherente de seguridad colectiva centralizado en torno a las Naciones Unidas, el cual se beneficia, en principio, del cuasi-monopolio<sup>260</sup> de la facultad de recurrir al uso de la fuerza.<sup>261</sup> La razón histórica es clara: todo tiene que ver con la manera en que

---

<sup>259</sup> En los puntos (1) (2) y (3) sigo tal cual la ilustrativa clasificación del profesor Kolb. *Ibidem*, págs. 6 y 7.

<sup>260</sup> Es a este respecto muy atinente la siguiente reflexión: “La legítima defensa y los acuerdos regionales son dos puntos de debilitamiento de la seguridad colectiva universal. Ni los Estados en lo particular deben lucubrar sobre la manera de legitimar su violencia, ni debe haber ententes que se coaliguen a ella. El futuro del uso de la fuerza en el derecho internacional general debe pasar necesariamente por su absoluta monopolización por el Consejo de Seguridad [...]” GUTIÉRREZ BAYLÓN, *Sistema Jurídico de las Naciones Unidas*, Op. Cit., pág. 132.

<sup>261</sup> La tesis contenida en los capítulos VII y VIII de la Carta es *al parecer* impecable: un férreo sistema de seguridad colectiva en donde toda la comunidad internacional es partícipe, dirigida por un Consejo de Seguridad que no es otra cosa que una *mesa redonda de Estados guardianes* a los que en los términos del artículo 24, numeral 1, de la Carta se les ha conferido la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, reconociendo que actúan en nombre de dicha comunidad al desempeñar tales responsabilidades, quien dará cuenta de cualquier Estado “no amante de la paz” que en lo sucesivo pretendiese quebrantar la

se transformó la guerra en el siglo XX, yendo de una mera disputa bilateral o regional, a un doloroso cataclismo de dimensiones inaceptables para supervivencia de la comunidad internacional.<sup>262</sup>

A la luz del principio de igualdad jurídica de los Estados y de la inexistencia de órganos superiores a éstos (vid. la noción de *súper-Estado*),<sup>263</sup> **la regla tradicional de responsabilidad estatal sigue siendo la más contundente, general y pacífica noción de sanción en el derecho internacional general:**<sup>264</sup> tal como lo puso de relieve el profesor De Visscher, el principio de la responsabilidad internacional entre los Estados sigue siendo « *le corollaire obligé de leur égalité* » (“el corolario obligado de su [la de los Estados] igualdad”).<sup>265</sup>

*Grosso modo*, si un “Estado A comete un acto internacionalmente ilícito que causa un perjuicio al Estado B,<sup>266</sup> aquel compromete su responsabilidad ante éste o más

---

armoniosa vida internacional. (Énfasis de las cursivas añadido). KOLB, The International Court of Justice, Op. Cit., pág. 17.

<sup>262</sup> “The international community felt the need to limit recourse to war, rolling back a degree of violence which had taken on the proportions of a collective catastrophe. [...] To sum up, then, it is the dominating fundamental value of ‘peace’ in modern international law which explains, and is responsible for, the pattern of rules, both on non-recourse to the use of force (the direct maintenance of peace ‘negative peace’) and on the peaceful settlement of disputes (the indirect maintenance of peace, ‘positive peace’). [...] International disputes had been, so to speak, ‘collectivised’; they were now subjected to a degree of collective discipline and to the activities of international institutions responsible for overseeing common interests”. Ibidem, págs. 7-10.

<sup>263</sup> « Ceci n'équivaut pas à dire que l'organisation soit un Etat, ce qu'elle n'est certainement pas, ou que sa personnalité juridique, ses droits et ses devoirs soient les mêmes que ceux d'un Etat. Encore moins cela équivaut-il à dire que l'Organisation soit un « super-Etat », quel que soit le sens de cette expression ». CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, « Réparation des Dommages Subis au Service des Nations Unies », Op. Cit., pág. 179.

<sup>264</sup> NGUYEN, Droit International Public, Op. Cit., pág. 821.

<sup>265</sup> Ibidem, 847.

<sup>266</sup> « La responsabilité peut-être définie dans la situation créée par la survenance d'un fait internationalement illicite. Il en résulte une nouvelle relation juridique entre l'état [...] auteur de ce fait et un ou plusieurs autres sujets du droit international ». Ídem.

sujetos del derecho internacional”.<sup>267</sup> El profesor Ago propone dos elementos para estar en presencia de un *délit international*: a) un elemento objetivo, consistente en una acción u omisión; y b) un elemento subjetivo, que se refiere a la imputabilidad.<sup>268</sup>

En el estado actual del derecho internacional general corresponde *par excellence* al Estado ofendido la titularidad del *derecho subjetivo*<sup>269</sup> de invocar la responsabilidad internacional en principio.<sup>270</sup> En contraste con lo anterior, es muy oportuno el razonamiento del profesor Christian Dominicé en el sentido de puntualizar que el término ‘*erga omnes*’, entendido como obligación multilateral, describe una norma jurídica en su perspectiva relacional. En otras palabras: su quebrantamiento implica una respuesta de la comunidad como un todo, y no de manera subjetiva respecto del Estado ofendido.<sup>271</sup>

**El perjuicio (o daño) material o moral es el resultado del hecho internacionalmente ilícito y su existencia es causa suficiente para**

---

<sup>267</sup> « Il est au demeurant bien établi que, dès lors qu'un Etat a commis un acte internationalement illicite, sa responsabilité internationale est susceptible d'être engagée, quelle que soit la nature de l'obligation méconnue ». CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Project Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), sentencia, La Haya, Países Bajos, 25 de septiembre de 1997, párr. 47. pág. 38.

<sup>268</sup> GOMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, “Concepto de Responsabilidad Internacional del Estado según Hans Kelsen”, Op. Cit., pág. 211.

<sup>269</sup> “[B]ut breach of a multilateral agreement confers rights and capacities in principle only on the injured state, whose subjective rights have been affected”. Cfr. DOMINICÉ, Christian, “The International Responsibility of States for Breach of Multilateral Obligations”, en European Journal of International Law, vol. 10, núm. 2, págs. 355.

<sup>270</sup> La *actio popularis* resulta ser una prerrogativa que no tiene suficiente arraigo en el derecho internacional general. Dicha *facultad* difusa se considera teóricamente como un mero ‘interés subjetivo’ para todo tercero. La única salvedad al argumento anterior –se argumenta doctrinalmente- podría darse en tratándose de la obligaciones “*erga omnes*” cuyo respeto compete a la comunidad internacional en su conjunto. (como ejemplo de lo anterior véase: CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Barcelona Traction, pág. 32).

<sup>271</sup> « It may thus be accepted that the term *jus cogens* applies to the same binding norms” Cfr. DOMINICÉ, “The International Responsibility of States for Breach of Multilateral Obligations, Op. Cit., págs. 358-359.

**comprometer su responsabilidad.** La *facultad* misma de excitar este derecho es por antonomasia de origen jurídico-consuetudinario para los Estados (*appartient assurément*).<sup>272</sup> Si se acepta el modelo propuesto en la presente tesis, debe constatarse de consuno que en adviniendo una infracción, existe la obligación de reparar:

« La Cour constate que c'est un principe de droit international, voire une conception générale de droit, que toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer ».<sup>273</sup>

Existe el principio esencial –según palabras de la Corte- mediante el cual la reparación debe ser proporcional y, en la medida de lo posible, borrar toda afectación del acto ilícito, reestableciendo el status que verosímilmente existía antes de la infracción.<sup>274</sup>

---

<sup>272</sup> « Cette qualité [para presentar una reclamación internacional] appartient *assurément* à l'État » CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, « Réparation des Dommages Subis au Service des Nations Unies », Op. Cit., pág. 177. (Énfasis añadido).

<sup>273</sup> “La Corte constata que es un principio de derecho internacional así como una concepción general de derecho que toda violación a un compromiso jurídico conlleva la obligación de reparar”. CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA, “*Affaire Relative à l'Usine De Chorzow*”, sentencia, La Haya, Países Bajos, 13 de septiembre de 1928, pág. 29.

<sup>274</sup> *Ibidem*, pág. 47.

### 3.9 REVISTA A LA DIMENSIÓN NORMATIVA: *OPINIO IURIS* LIBERADA

A pesar de la hipérbole que frecuentemente las rodea, no existe nada dramático o remotamente inusual respecto de la existencia de diferencias o disputas entre los Estados.<sup>275</sup> En esta investigación he adscrito un sitio muy importante a lo que la Jurisprudencia Analítica ha denominado la dimensión normativa derivada de la desviación a una *social rule* (*sive consuetudo*). *Grosso modo* he sostenido de manera continuada que a través del sentido normativo que los Estados dan a ciertas prácticas se puede observar *a posteriori* la presencia de una costumbre jurídico internacional.

La cuestión de saber cómo se manifiesta la reacción hostil en el contexto actual del derecho internacional, a la luz del consabido arreglo pacífico de controversias internacionales y la proscripción del uso de la fuerza,<sup>276</sup> reviste una importancia capital. La palabra ‘hostil’ puede parecer atrevida e incluso imprudente en el estado actual del derecho internacional general; sin embargo me es útil para mantener intocado el discurso hartiano en el presente si se tiene en cuenta que me refiero,

---

<sup>275</sup> “Differences, then, are the necessary corollary of the liberty of a ‘subject-of-law’, and thus of pluralism itself. In any group of individuals, one inevitably finds a range of differences of views, interest and will”. KOLB, The International Court of Justice, Op. Cit., pág. 1.

Por otro lado la jurisprudencia internacional señala atinentemente lo siguiente: « Il ne faut pas s'attendre à ce que l'application des règles en question soit parfaite dans la pratique étatique, en ce sens que les Etats s'abstiendraient, avec une entière constance, de recourir à la force ou à l'intervention dans les affaires intérieures d'autres Etats ». CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIAL, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, Op. Cit., párr. 186, pág. 98

<sup>276</sup> « Especialmente los artículos 2, 33 y 51 de la Carta han sido doctrinariamente considerados como continentes de normas de *ius cogens*, esto es la proscripción del uso de la fuerza, el arreglo pacífico de controversias internacionales e incluso para algunos la habilitación al uso de la legítima defensa, quedando seguramente otras formas por identificar con tal categoría dentro de los renglones de la Carta, lo que cada vez es más complejo por el paso del tiempo y la consecuente evolución del derecho internacional general”. GUTIÉRREZ BAYLÓN, Derecho de los Tratados, Op. Cit., pág. 7.

*stricto sensu*, a la dimensión normativa adscrita a los actos infractores, misma que está encuadrada en el marco legal de actuación del derecho internacional general.

Dos señeras preguntas se imponen a continuación: ¿cómo poner en marcha la sanción en el derecho internacional?; y, lo que resulta aún más importante al estar íntimamente ligado: ¿cómo verificar la prueba *a posteriori* de *consuetudo*?

Haciendo hincapié en la ingente cantera de este maremágnum, partiría recordando que el principio de soberanía estatal mantiene que no hay una autoridad superior o *súper-Estado* de la comunidad internacional. Ante una consabida acentralización, para poner en obra la sanción en derecho internacional “los Estados disponen de un abanico de posibilidades (*éventail de moyens*) según una gradación que parte, tradicionalmente, de los arreglos pacíficos [...]. Los Estados pueden comenzar usando medios que serán eficaces en la medida que sus semejantes demuestren buena fe y voluntad. Las técnicas a emplear van desde procedimientos diplomáticos<sup>277</sup> a políticos; eventualmente se llega al arreglo por vía jurisdiccional o arbitral”.<sup>278</sup>

Muy en orden con lo anterior, la Corte Permanente de Justicia refiere en el caso de *Mavrommatis* de 1924, lo siguiente:

“[E]n prenant fait et cause pour l’un des siens, en mettant en mouvement en sa faveur l’action diplomatique ou l’action judiciaire international, cet État fait, à

---

<sup>277</sup> « L’État peut mettre en œuvre toute la gamme des moyens de règlement pacifique des différends offerts par le droit international, depuis les représentations et les consultations diplomatiques ou consulaires jusqu’aux procédures arbitrales et juridictionnelles » NGUYEN, *Droit International Public*, Op. Cit., pág. 909

<sup>278</sup> *Ibidem.*, pág. 1030.

vrai dire, valoir son propre droit, le droit qu'il a de faire respecter, en la personne de ses ressortissants, le droit international ». <sup>279</sup>

Existe, según un sugerente trabajo del profesor Kolb, un 'triple consentimiento' en los *mecanismos políticos* de solución de controversias y un 'doble consentimiento' en los *mecanismos jurisdiccionales*. Mientras que éste lleva a una decisión vinculatoria, aquél a una no vinculatoria. El primero se llama 'triple', pues hánse de navegar tres pasos para arribar a una (eventual) solución, a saber: concordancia de voluntades para llegar a un arreglo político; elección en común del mecanismo (negociación, mediación, buenos oficios, investigación o conciliación); y, finalmente, aceptación *motu proprio* de las propuestas en concreto (una 'propuesta' no es vinculatoria, por ende las partes son libres de aceptarla o rechazarla). En el segundo caso de 'doble' consentimiento, se requieren dos pasos: concordancia de voluntades para llegar a *algún arreglo jurisdiccional*; y elección entre un procedimiento ante un árbitro o uno ante una Corte. El profesor Kolb refiere perfectamente que en el segundo caso, el tercer paso se omite pues, las partes, "[i]n taking their dispute to the court or tribunal, they are, by definition, asking for a binding solution, and that is what the judges or arbitrators have to provide". <sup>280</sup> En el mismo tenor el artículo 33 numeral 1 de la Carta de las Naciones Unidas en su

---

<sup>279</sup> "En tomando conocimiento de los hechos y causa por los suyos, en poniendo en marcha en su favor la acción diplomática o la acción jurisdiccional internacional, este Estado hace valer su propio derecho, el derecho internacional que él ha de hacer respetar en la persona de sus connacionales". CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA, « Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine », sentencia, La Haya, Países Bajos, 30 de agosto de 1924, serie A, núm 2, pág. 12.

<sup>280</sup> KOLB, Robert, The International Court of Justice, Op. Cit., págs 14-17.

Capítulo VI, omitiendo mencionar los buenos oficios, pone de relieve un dispositivo que en el último de los rigores, no hace más que recoger algunas prácticas de origen consuetudinario:

Les parties à tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales doivent en rechercher la solution, avant tout, par voie de *négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage*, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accords régionaux, ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix.<sup>281</sup>

El esquema clásico de puesta en obra de la responsabilidad internacional supone, a través de los mecanismos antes descritos, que el Estado que haya sufrido un perjuicio, dirija por ejemplo una reclamación (dentro del *éventail de moyens*, ella es tan sólo un género de la manera en la cual se pone en marcha la reacción hostil) a aquel ente con subjetividad jurídico-internacional al cual, un hecho internacionalmente ilícito de carácter consuetudinario pueda serle atribuido en virtud de la existencia de un vínculo de causalidad (*lien de causalité*) entre el hecho internacionalmente ilícito y el daño.<sup>282</sup>

Así, la mentada reacción de identidad, que tan especial lugar ocupó en la presente investigación se manifiesta, con todo vigor objetivo de verdad científica, en el momento en que se constata una respuesta internacional *a posteriori*, ante el evento

---

<sup>281</sup> “Las partes en todo diferendo cuya porfía sea susceptible de amenazar ora al mantenimiento de la paz ora a la seguridad internacional, deben buscar una solución, ante todo, por vía de negociación, de investigación, de mediación, de conciliación, de arbitraje, de reglamentación jurisdiccional, de recurrir a los organismos y acuerdos regionales, o por los medios pacíficos de su elección”. (Énfasis añadido). Carta de las Naciones Unidas, Op. Cit.

<sup>282</sup> Cfr. NGUYEN, Droit International Public, Op. Cit., pág. 897.

de una infracción de una *consuetudo* eficaz en el mundo jurídico. La noción reacción de identidad y sanción internacional quedan así ‘analíticamente’ hermanadas.

Un caso paradigmático es el contenido en el *Affaire del Pêcheries* de 1951, en donde la Corte fue requerida por la Gran Bretaña para *decir* si el decreto del 12 de julio de 1935 emitido por el gobierno noruego consistente en delimitar la parte septentrional del país (zona de pesca reservada a sus habitantes en el norte del círculo polar) se conformaba con el derecho internacional general. En el particular, barcos británicos dotados de alta tecnología aparecieron en 1906 en una zona que desde tiempos inmemoriales<sup>283</sup> había pertenecido exclusivamente a pescadores noruegos. Medidas **inmediatas** (reacciones de identidad) fueron tomadas por Noruega para precisar que dicha zona le pertenecía de manera exclusiva hasta que, luego de ciertos incidentes, tuvo que emitir el decreto de 1935 (continente de un sistema tradicional de delimitación conforme al derecho internacional que tiene en cuenta la especial configuración geográfica de la región) que consagra el método de líneas rectas de base aunado a una práctica consolidada. La aplicación de este sistema nunca representó reacción hostil ni para la comunidad internacional ni para

---

<sup>283</sup> Es interesante dicho ejemplo para poner de relieve el principio de intertemporalidad del derecho internacional a la luz de la fuerza cobrada por un vetusto título del siglo XVII. La Corte reconoce lo siguiente: « [I]l faut relever que le Gouvernement norvégien a fait valoir ici un titre historique et nettement localisé sur les eaux du LoppHAVET : c'est la concession, datant de la fin du XVII<sup>me</sup> siècle, d'un privilège exclusif de pêche et de chasse aux cétacés accordé au lieutenant de vaisseau Erich Lorch par diverses licences qui démontrent, entre autres, que les eaux situées dans les parages de la roche noyée de Gjesbaaen ou Gjesboene et les lieux de pêche y attenants, étaient considérées comme relevant exclusivement de la souveraineté norvégienne ». CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, AFFAIRE DES PÊCHERIES (ROYAUME-UNI c. NORVÈGE), sentencia, La Haya, Países Bajos, 18 diciembre de 1951, pág. 142.

los británicos, hasta que en el año 1933 hubo una protesta formal y bien definida por parte de este último.<sup>284</sup>

Dicha **tolerancia** muestra que nada en la conducta noruega fuera contraria al derecho internacional general. La Corte dio razón al gobierno noruego y, sin mencionarlo expresamente, desarrolló toda una argumentación capaz de demostrar la impronta del acto condicionante revelador de una costumbre en derecho internacional perfectamente eficaz y, que en la especie, una norma consuetudinaria mantuvo su reacción de identidad ante la infracción cometida por el gobierno británico.

Esto es, y no otra cosa, la revelación de la dimensión normativa de una costumbre de derecho internacional general a la luz una identificación empírica menor, en virtud de su cifrado en clave disposicional. Es esta vena analítica y como se ha demostrado, es falso lo sostenido por el profesor Koskenniemi cuando afirma que, dogmáticamente, la identificación de *consuetudo internationalis* merced a la teoría de los dos elementos permanecerá indeterminada por ser circular, utópica y autodestructiva *per se*.<sup>285</sup> En el último estadio de la presente investigación se puede sostener, por fin, que la *opinio iuris* se encuentra, *ex hypothesi*, liberada.

---

<sup>284</sup> « Le 27 juillet 1933, le Gouvernement du Royaume-Uni adressa un mémorandum au Gouvernement norvégien où il alléguait que dans la délimitation de la mer territoriale par les autorités norvégiennes, il était fait état de lignes de base injustifiables ». CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni C. Norvège)*, Op. Cit., pág.124.

<sup>285</sup> “The *problem* with the two-element theory is that neither element can be identified independently of the other. Hence, they cannot be used to prevent the appearance of Mr Hyde in each other. [...] The very assumptions behind customary international law provide mechanisms for its self-destruction”. Cfr. KOSKENNIEMI, Martti, The Politics of International Law, 1a ed., Hart Publishing, págs. 56 y 57 (Énfasis añadido). Cuando el profesor finés refiere

Guardo silencio para escuchar las meditadas palabras del profesor Kolb, mismas que hacen las veces de catalizador de futuras reflexiones en torno a la dimensión normativa en derecho internacional y su mejor identificación:

The settlement of disputes requires a steady supply of goodwill. One needs faith, courage, patience, discretion, and an understanding of the cultures, the history, and the dispute itself. The results are rarely spectacular, but that does not make them any less important. More than any other part of the Charter, Chapter IV is based, so far as practicable, on the art of the necessary-made-possible.<sup>286</sup>

---

a 'Mr Hyde', pienso que hace una culta alusión al personaje ficticio de la novela "*Strange Case of Dr Jekyll and Mr Hyde*" (1886) de Robert Louis Stevenson.

<sup>286</sup> "El arreglo de controversias requiere de un firme suministro de buena voluntad. Uno requiere de coraje, paciencia, discreción; así como de un conocimiento de las culturas, de la historia y de la disputa en sí misma. Raramente son espectaculares los resultados, mas ello no los hace menos importantes. Más que ninguna otra parte de la Carta [de las Naciones Unidas], el capítulo IV se basa, en tanto ello sea factible, en el arte de lo necesario que se hace realidad". KOLB, *An Introduction to the Law of the United Nations*, Op. Cit., pág. 37. (Corchetes añadidos).

## PERORATIO<sup>287</sup>

### ¿Por qué Mar del Norte?

Es natural que el hombre finque el zócalo de sus opiniones en autoridades luminosas que lo lleven a seguro puerto a través de los procelosos mares del saber. Si es verdad que *la mayor perfección de las acciones está afianzada del señorío con que se ejecutan*<sup>288</sup>, ¡cuán eminente será una sentencia dictada en una de las mejores épocas de la jurisprudencia internacional!

El fallo de la Corte Internacional de Justicia que inspiró y permitió desarrollar gran parte de la presente investigación es, *sine dubio*, una autoridad de este género. Los concedores del derecho internacional general han usufructuado de su inopinada potestad,<sup>289</sup> la Corte ha reconocido su autoridad<sup>290</sup> y es, de hecho, la referencia<sup>291</sup> obligada para abordar el tema derecho consuetudinario internacional.

---

<sup>287</sup> Véase *De Partitione Oratoria* XV, 52: “*Extrema tibi pars restat orationis, quae posita in perorando est, de qua sane velim audire*”. Traduzco al castellano siguiendo el trabajo del profesor Harris Rachman: “Te queda la última parte del discurso, que consiste en recitar la peroración, misma que ciertamente quisiera oír”. CICERÓN, Marco Tulio, *De Oratore*, 1ª ed., Heinemann Ltd. & Harvard University Press, Londres, Reino Unido, 1948, pág. 531.

<sup>288</sup> GRACIÁN, Baltasar, *Oráculo Manual y Arte de Prudencia*, 12ª ed., Cátedra Letras Hispánicas, Madrid, España, pág. 128.

<sup>289</sup> El profesor Nguyen Quoc Dinh da ciertos ejemplos: I. DE AZLARAGA, Rev. Esp. DI 1970, p. 562-593; A. BERNARDINI, Cta. I. 1969, P. 319-324; B. CONFORTI, RDI 1969, P. 509-530; F. EUSTACHE, RGDIP 1970 p. 590-634; W. FRIEDMAN, AJIL 1969 p. 229-240; R. JENNINGS, ICLQ 1969 p. 819-832; J. LANG, *L'affaire du plateau continental de la mer du nord*, LGDJ, 1970, 169 y s.s.; K. MARCK, RBDI 1970, p. 44-78; F. MONCONDUIT, AFDI 1969, p. 213-244; A. RENAUD, *La volonté, la nature et le droit : le différends du plateau continental de la mer du nord*, LGDJ, 1975, p. 263 y s.s., NGUYEN, Quoc Dihn, *Droit International Public*, Op. Cit., pág. 1624.

<sup>290</sup> La Corte Internacional de Justicia reunida en Sala por decreto del 12 de octubre de 1984 en el asunto *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)* sostiene efectivamente que la sentencia en comentario « *représente néanmoins la décision judiciaire qui a le plus contribué à la formation du droit coutumier en la matière. De ce point de vue, ses acquis demeurent incontestés* » ». CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, « *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine* », Op. Cit., pág. 293.

<sup>291</sup> « *Au sujet des comportements qui viennent d'être évoqués, la Cour doit néanmoins souligner que, comme elle l'a rappelé dans les affaires du Plateau continental de la mer du Nord, pour*

Cuando me percaté del quincuagésimo aniversario de su aparición resolví aprovechar la ocasión de este trabajo para rendirle un modesto homenaje. La primera y más importante cuestión fue delimitar el objeto de estudio de una sentencia que tiene la fuerza de un clásico: en la medida que se lee y relee, nuevas observaciones se asoman con renovado vigor en su siempre vivo marmémurum.<sup>292</sup>

Primeramente resolví evitar toda exacerbación festiva de una sentencia que por su propia fuerza no necesita del reconocimiento de quien estas líneas escribe. Consciente de esta verdad me propuse aportar, ayudado de valiosas categorías de la Jurisprudencia Analítica, un modelo crítico de identificación de la *opinio iuris*, que permitiese evitar al jurista del derecho internacional la influencia del fantasmagórico ‘elemento subjetivo/psicológico/espiritual’ contenido en el párrafo 77 de Mar del Norte.

En otras palabras: evitando discernir la difícil pregunta consistente en determinar los móviles internos, sentimientos o conciencia que un Estado *ciertamente pudiera llegar a tener* al momento de realizar una conducta de carácter internacional,<sup>293</sup> me

---

qu'une nouvelle règle coutumière fasse son apparition [...] CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, Op. Cit., pág. 207; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, « *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte) : [d]epuis l'arrêt de la Cour dans les affaires du Plateau continental de la mer du Nord, des années ont passé* ». Op. Cit.

<sup>292</sup> En este sentido hacer un comentario integral y exhaustivo de la sentencia es una empresa imposible. Con mucho tino, un dilecto internacionalista me dijo alguna vez que: “¡ni Gómez Robledo se atrevería a hacerlo!”. En el albor de este trabajo pienso que tenía razón.

<sup>293</sup> « De toute façon postuler que tous les Etats, même ceux qui donnent le départ d'une pratique quelconque, sont convaincus d'agir en vertu d'une obligation juridique, c'est recourir à la fiction [...]. Vu la complexité de ce processus de formation et la multiplicité des mobiles possibles à ses différentes étapes, il serait excessif d'exiger la preuve que tout Etat qui a appliqué une règle donnée l'a fait parce qu'il avait conscience d'une obligation de le faire ». CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Plateau continental de la mer du Nord*, Opinión Disidente del Señor Juez LACHS, Op. Cit., pág. 227.

propuse dar una respuesta novedosa que diera cuenta de lo científicamente observable, liberando a la *opinio iuris* de todo contenido adscrito a ella de modo apriorístico, merced a su identificación por medio de enunciados dispocionales, y su reacción de identidad *a posteriori* que se manifiesta en una sanción.

Esta y no otra fue la motivación del presente trabajo: si algo de esto pude modestamente aportar, habré cumplido la tarea primitiva.

En el comienzo de esta investigación sostuve que *consuetudo internationalis* puede ser identificado merced a la regla técnica de los dos elementos consistente en el coyunto práctica (elemento material) y *opinio iuris* (elemento subjetivo). Pues bien, en el albor, quisiera hacer notar una sutileza que toca el uso del lenguaje. Me refiero al sentido del vocablo latino '*opinio*' y su influencia en la epopeya del derecho consuetudinario internacional.

Dicho vocablo en la lengua de Virgilio tiene una pluralidad de sinónimos que, mirándolos de cerca, tienen una íntima relación con el errático alcance que, *mutatis mutandis*, le ha sido adscrito a la *opinio iuris* por más de 50 años: '*sententia*', '*existimatio*', '*persuasio*', '*iudicium*', '*ratio*', '*voluntas*', '*vox*', '*dogma*', '*praeceptum*', son categorías que abarcan sinónimamente el mismo espectro.<sup>294</sup> Esta suma de pareceres, creencias, quererres o persuasiones de derecho, son los colores del

---

<sup>294</sup> De manera respectiva y en el mismo orden citado las traduzco al castellano de este modo: 'parecer', 'estima que luego de un examen se hace de una persona o cosa', 'persuasión', 'juicio', 'creencia basada en el razonamiento', 'querer expreso', 'opinión expresa', 'δoγμα, punto de vista o proposición' y finalmente 'pensamiento o doctrina particular de un filósofo (latín puro)'. GEORGES, Calonghi, *Dizionario della Lingua Latina*, 6ª ed., Rosenberg & Sellier, Turín, Italia, vol. II, 1941, pág. 860.

mismo problema conceptual que cierne la *opinio iuris* y, pienso, puse de relieve en el capítulo segundo de esta investigación.

Esta observación del uso del lenguaje me resulta oportuna y, sobretodo, necesaria: cuando durante la presente investigación me referí reiteradamente a la *opinio iuris*, siempre lo hice a la luz del concepto 'dimensión normativa' tal y como lo elucidó el profesor H.L.A. Hart. De modo tal que una norma jurídica de derecho internacional consuetudinario, al ser practicada desde su aspecto interno (*internal point of view*), entraña necesariamente una 'dimensión normativa' manifestada merced a un acto condicionante, consistente en una reacción ante la desviación (de conducta positiva o negativa) hecha por los Estados directamente implicados.

Así, me permito sugerir en el último estadio de la presente investigación el siguiente paradigma:

***'opinio iuris sive normative dimension'***

En el mismo linaje lingüístico me percaté de una particularidad en la traducción contenida en el párrafo 77 de Mar del Norte que quisiera compartirle. Correctamente, tanto en la versión oficial inglesa, como en la traducción francesa que da fe, se enuncia similarmente el elenco de 'elementos subjetivos': '*evidence of a belief*', '*need for such a belief*' y '*[t]he States concerned must therefore feel*'; por '*témoigner [...] de la conviction*', '*[!]a nécessité de pareille conviction*' o '*[!]es Etats intéressés doivent donc avoir le sentiment*'. Sin embargo, **cuando *in fine* se refiere el mismo párrafo 77 a la distinción entre *consuetudo internationalis* y los**

**simples usos de cortesía, conveniencia o tradición, un haz profético cobra horizonte, quizás, al ir en consonancia con el discurso propuesto en la presente investigación.**

Nada nuevo con la traducción francesa que, en el tenor ya expuesto, es un simple eco de la noción 'sentimiento' (*et non par le sentiment d'une obligation juridique*).

Lo que resulta verdaderamente interesante es que la versión inglesa utiliza una frase dadora de cause al modelo propuesto *i.e.* pone de relieve, quizás, una nueva y más exacta predicación de *opinio iuris*. Así:

There are many international acts [...] but which are motivated only by considerations of courtesy, convenience or tradition, and not by any **sense of legal duty**.<sup>295</sup>

El '**sentido de una obligación jurídica**' así entendido, se puede interpretar a la luz del adscrito a una norma de derecho que ya es eficaz, que está formada merced a una convergencia de conductas, que no siendo derecho escrito rige las relaciones recíprocas de la Estados y, que en el último de los rigores, se confirma ulteriormente ante la infracción; esto y no otra cosa es lo que entiendo en la presente investigación por 'dimensión normativa'.

**De modo tal que es factible hacer un intercambio válido entre "[the] sense of legal duty"<sup>296</sup> por la categoría '*normative dimension*'.**

---

<sup>295</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Plateau continental de la mer du Nord*, Op. Cit. párr. 77. (Énfasis añadido).

<sup>296</sup> "An obligation is a legal duty, by which a person is bound to do or not to do a certain thing. [...] The binding power [of law] renders a person liable to coercion and punishment for neglecting

Ésta es una sutileza del lenguaje que permanece el tintero de una sentencia clásica que a más de 50 años seguirá dando frutos, no tengo duda...

**Mi conclusión en la *peroratio* de esta investigación reza como sigue:**

(1) Dada la veneración tenida a este *dictum*, entregáronse muchos teóricos del derecho internacional a la tentación de invocar argumentos metajurídicos para explicar la naturaleza de la llamada *opinio iuris* y, por consiguiente, de la *consuetudo internationalis*; (2) desde este momento propongo evitar el poliformo concepto *opinio iuris* por uno más modesto y, sobretodo, más fiel: *dimensión normativa*, por llevar de consuno su cognición en clave disposicional; y (3) de predicación multiforme, el segundo elemento ha hecho las veces de un “recipiente vacío” capaz de alojar cualquier contenido: de la *consciencia* de un deber, al *sentimiento* de conformarse con lo que equivale a una obligación jurídica; de un *(in)consciente* colectivo universal a la *ideología* dominante del alma del pueblo (*Volksgeist*); pasando por la idea de lo *necesario*, de lo *solidario* (*solidarité sociale*), de lo *democrático* y hasta de lo *justo*, la incomprensión de la dimensión normativa que los Estados dan a una norma de derecho consuetudinario internacional pervive a 50 años.

Como dijo un sabio, *[l]as cosas no pasan por lo que son, sino por lo que parecen.*<sup>297</sup>

---

it”. BLACK, Henry, Dictionary of Law, SNE, West Publishing Co., Minesota, Estados Unidos de América, 1891, pág. 840.

<sup>297</sup> GRACIÁN, Op. Cit., pág. 159

## CONCLUSIONES

**PRIMA.-** *Consuetudo internationalis* (en adelante C) es el resultado del procedimiento de creación de normas consuetudinarias de derecho internacional. Científicamente, dicho procedimiento es inteligible gracias a una regla técnica consistente en la observación del *coyunto* práctica y *opinio iuris* (dimensión normativa). Epistemológicamente, C es eficaz en el mundo jurídico antes de cualquier reflexión humana respecto de su existencia o inexistencia;

**SECUNDA.-** Dado que C es *νόμοι ἄγγραφοι* (derecho no escrito), participa de una jerarquía empírica inferior respecto de los predicados observables. C se predica mediante enunciados disposicionales porque racionalmente la propiedad de su segundo elemento (*opinio iuris*) no puede ser aprehendida directamente;

**TERTIA.-** Esta incapacidad de percibir apriorísticamente las propiedades de la *opinio iuris*, ocasionó que teóricamente se le viera como un ‘recipiente vacío’ continente de cualquier predicación metajurídica: de la *consciencia* de un deber, al *sentimiento* de conformarse con lo que equivale a una obligación jurídica; de un (*in*)*consciente* colectivo universal a la *ideología* dominante del alma del pueblo (*Volksgeist*); pasando por la idea de lo *necesario*, de lo *solidario* (*solidarité sociale*), de lo *democrático* y hasta de lo *justo*. Al error consistente en la representación subjetiva que se anticipa a la explicitación que cumplirá en el conocimiento jurídico se le denomina técnicamente ‘autoatribución de significado’;

**QUARTA.-** Esta investigación planteó un modelo de identificación de C que diera cuenta de lo que es observable y verificable *a posteriori*, con base en ciertos elementos que comparte con la ‘regla social’ del profesor H.L.A. Hart. En este linaje: “la *opinio iuris* X existe, si y sólo si, en caso de que sobrevenga la infracción de C, la conducta de quien(es) practica(n) C desde su aspecto interno, consista en sancionar al infractor, haciendo que la dimensión normativa reaccione manteniendo su identidad ( $R_x$ )”; y

**QUINTA.-** Se puede afirmar que a 50 años de la prestigiosa sentencia *Affaires du Plateau Continental de la Mer du Nord* de la Corte Internacional de Justicia, la *opinio iuris* sigue siendo un concepto polimorfo, de exiguo rigor jurídico y etimología vaga. La ‘dimensión normativa’, tal como la concibe la Jurisprudencia Analítica, puede ser el término que le dé unicidad científica a un discurso jurídico de nebuloso horizonte.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGO, Roberto, Scienza Guiridica e Diritto Internazionale, 1ª ed., Giuffrè Ed., Milán, Italia, 1950.
- ARNAUD, André Jean, *et. al.*, Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit, 2ª ed., Libraire Général de Droit et de Jurisprudence, Paris, Francia, 1993.
- BERGER, Adolf, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, 1ª ed., The American Philosophical Society Independence Square, Estados Unidos de América, Filadelfia, 1991, vol 42, parte 2.
- BLACK, Henry, Dictionary of Law, SNE, West Publishing Co., Minesota, Estados Unidos de América, 1891.
- BOBBIO, Norberto, Enciclopedia del Diritto, S.N.E, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1961-IX, pág. 426.
- BOBBIO, Norberto, Il Futuro della Democrazia, 1ª ed., Einaudi, Florencia, Italia, 2005
- CARNAP, Rudolf, Meaning and Necessity. A Study in Semantics and Modal Logic, S.N.E., The University of Chicago, Chicago., Estados Unidos de América, 1975.
- CICERÓN, Marco Tulio, Ad C. Herennium de Ratione Dicendi, 1ª ed., Heinemann Ltd. & Harvard University Press, Londres, Reino Unido, 1964.
- DE VISSCHER, Charles, Les Effectivités du Droit Internarional Public, SNE, Pedone, París, Francia, 1967.
- DU PASQUIER, Claude, Introduction à la Théorie générale et à la philosophie du droit, 1ª ed., Sirey, París, Francia, 1937.
- FROSH, Stephen, Hate and the 'Jewish Science', SNE, Palgrave, Londres, Reino Unido, 2005.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, 65ª ed., Introducción al Estudio del Derecho, Porrúa, Ciudad de México, México, 2014.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, El Concepto de Estabilidad de los Sistemas Políticos, 1ª ed., Fontamara, Ciudad de México, México, 1992.
- GEORGES, Calonghi., Dizionario della Lingua Latina, 6ª ed., Rosenberg & Sellier, Turín, Italia, vol. II, 1941.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, El Fundamento del Derecho Internacional, 1ª ed., El Colegio Nacional, Ciudad de México, México, 2001.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, El lus Cogens Internacional. Estudio histórico-crítico, 1ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- GOMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Concepto de Responsabilidad Internacional del Estado según Hans Kelsen, en Derecho Internacional. Temas Selectos, 1ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, México, 2008.
- GUTIÉRREZ BAYLÓN, Derecho de los Tratados, 1ª ed., Editorial Porrúa, Ciudad de México, México, 2015.
- GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, Sistema Jurídico de las Naciones Unidas, 1ª ed., Porrúa, Ciudad de México, México, 2007.
- HABERMAS, Jürgen, The Theory of Communicative Action, 1ª ed., Beacon Press, Boston, Estados Unidos de América, 1984.
- HANS, Kelsen, Teoría del Derecho Internacional Consuetudinario, 1ª ed., Ediciones Coyoacán, Ciudad de México, México, 2012.
- HARRIMAN, PHILIP, The Dictionary of Psychology, 1ª ed., Philosophical Library, Nueva York, Estados Unidos de América, 1947.

- HART, Herbert Lionel Adolphus, El Concepto de Derecho, 3ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2012.
- HOHFELD, Wesley Newcomb, Conceptos Jurídicos Fundamentales, 1ª ed., Fontamara, Ciudad de México, México, 2009.
- JUNG, Carl, Archetypes of the Collective Unconscious, 2ª ed., Routledge, Londres, Reino Unido, 2014.
- JUNG, Carl, Gli Archetipi e l'Inconscio Collettivo, 1º ed., Boringhieri, Turín, Italia, 1980, vol 9, tit I.
- JUNG, Carl, Wotan, SNE, Routledge, Londres, Reino Unido, 1970, vol. X.
- KELSEN, Hans, General Theory of Law and State, 1ª ed., Harvard University Press, Massachusetts, Estados Unidos de América, 1945.
- KELSEN, Hans, Principles of International Law, 2ª ed., Holt, Rinehart, and Winston Inc., Estados Unidos de América, 1966.
- KELSEN, Hans, Reine Rechtslehre, 1ª ed., Scientia Verlag, Aalen, Alemania, 1985.
- KELSEN, Hans, Teoría General del Estado y del Derecho, 2ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.
- KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, 2ª Ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Trad. Roberto Vernengo, México, Ciudad de México.
- KOLB, Robert, An Introduction to the Law of the United Nations, 1ª ed., Hart Publishing, Oregon, 2010.
- KOLB, Robert, An Introduction to the Law of the United Nations, Hart & Portland, Óregon, Estados Unidos de América, 2010.
- KOLB, Robert, The International Court of Justice, 1ª ed., Hart & Portland, Óregon, Estados Unidos de América, 2013.
- KOSKENNIEMI, Martti, The Politics of International Law, 1ª ed., Hart Publishing, 2011.
- MARCARÓ, Juan, Dharmapada, 1ª ed., Penguin Random House, Barcelona, España, 2019
- MELISSEN, Jan, The New Public Diplomacy Soft Power in International Relations, 1ª ed., Studies in Diplomacy and International Relations, Londres, Reino Unido de la Gran Bretaña, 2005.
- NGUYEN, Quoc Dihn, Droit International Public, 8ª ed., Libraire Général de Droit et de Jurisprudence, Paris, Francia, 2009, pág. 44.
- PLANIOL, Marcel, Traité Elémentaire de Droit Civil, S.N.E., Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, París, Francia, T. I., 1950.
- REYES, Alfonso, Obras Completas, 1ª Ed., Fondo de Cultura Económica, México, Ciudad de México, 1990.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Carlos, Los Postulados de la Teoría Pura del Derecho, SNE, UNAM, México, Ciudad de México, 2005.
- RYLE, Gilbert, The Concept of Mind, 1ª ed., Hutchinson of London, Londres, Reino Unido de la Gran Bretaña, 1949.
- SCELLE, Georges, Précis de Droit de Gens, SNE, Centre National de Recherche Scientifique, París, Francia, t. I, 1984.
- SCHWAB, Gustav, Die schönsten Sagen des klassischen Altertums, S.N.E., Fischer Taschenbuch Verlag, Köln, Alemania, 2008.
- SCWARZENBERGER, Georg, The Inductive Approach to International Law, SNE, The London Institute of World Affairs, Londres, Reino Unido de la Gran Bretaña, 1965.
- SÓFOCLES, El Teatro de Sófocles. Edipo Rey, 1ª ed., Editorial Jus, México, Ciudad de México, 1960.

SORELL, Tom, et al., Analytic Philosophy and History of Philosophy, 1ª ed., Clarendon Press, Oxford, Reino Unido de la Gran Bretaña, 2005.

SUR, Serge, Jurisclasseur de Droit International, S.N.E., Editions Techniques, París, Francia, 1989.

TAMAYO Y SALMORÁN, Introducción al Estudio de la Constitución, 1ª ed., Fontamara, Ciudad de México, México, 2006.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, Costumbre o Eficacia. Condición Necesaria y Suficiente de Existencia del Derecho, 1ª ed., Editorial Fontamara, Ciudad de México, México, 2015.

VERNENGO, Roberto, Investigación sobre la Naturaleza del Conocimiento Jurídico, SNE, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, Argentina, 1973.

## HEMEROGRAFÍA

AGO, Roberto, « Nouvelles Réflexions sur la Codification Du Droit International », en Revue Général de Droit International Public, A. Pedone, Paris, Francia, 1988, tomo 92, núm. 3.

ALCHOURRÓN, Carlos, *et al.*, Normative Systems en Library of Exact Philosophy, Springer-Verlag, Nueva York y Viena, 1971, XVIII, no. 5.

ALLERT, Beate, J.W. Goethe and C.G. Carus: on the representation of nature in Science and Art, en Goethe Yearbook, Estados Unidos de América, 2016.

ATIENZA, Manuel, *et. al.*, “La Regla de Reconocimiento y el Valor Normativo de la Constitución. (Una aproximación desde la teoría del derecho)”, en Revista Española de Derecho Constitucional, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 1996, número 47.

BARBERIS, Julio, « Réflexions sur la Coutume International », en Annuaire Française de Droit International, Centre National de la Recherche Scientifique, Paris, Francia, 1990, vol. 36.

BASDEVANT, « Règles Générales de Droit de la Paix », en Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, Editions Brill, La Haya, Holanda, 1936.

BRIE, Siegfried, Der Volksgeist bei Hegel und in der historischen Rechtsschule, en Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Leipzig, Alemania, 1909, vol. 2, núm. 1.

BULYGIN, Eugenio, “Sobre la Regla de Reconocimiento”, en Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1976.

DE FROUVILLE, Olivier, Une conception démocratique du droit international, en Revue Européenne de Sciences Sociales, 2001, vol. XXXIX, núm.120.

DOMINICÉ, Christian, “The International Responsibility of States for Breach of Multilateral Obligations”, en European Journal of International Law, 1999, vol. 10, núm. 2.

FITZMAURICE, Sir Gerald, “The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law”, en Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Haya, Países Bajos, 1957.

GOMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Concepto de Responsabilidad Internacional del Estado según Hans Kelsen, en Derecho Internacional. Temas Selectos, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, México, 2008.

GUGGENHEIM, Paul, L'origine de la notion de l' « opinio juris sive necessitatis » comme deuxième élément de la coutume dans histoire du droit de gens », en Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant, París, Francia, 1960.

GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, «Codificación Contrafactual de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Conmemoración Crítica a 40 de su Adopción)», en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciudad de México, México, 2009.

GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, "Sistema Policéntrico de Creación del Derecho Internacional y la Determinación regional de las reglas de ius Cogens, en Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm 249., 2008

HART, H.L.A, Analytical Jurisprudence in Midtwentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer, en University of Pennsylvania Law Review, vol. 105, 1957.

HOHFELD, Wesley Newcomb, Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, en Yale Law Journal, Connecticut, Estados Unidos de América, 1913.

JUNG, Carl, The State of psychotherapy today, en Collected Works, SNE, Routledge, Londres, Reino Unido, 1970, vol. 10.

KELSEN, Hans, "Collective Security and Collective Self-Defense Under the Charter of the United Nations", en The American Journal of International Law, vol. 42, núm. 4, 1948.

KOLB, Robert « Selected Problems in the Theory of Customary International Law», en Netherlands International Law Review, Reino Unido de la Gran Bretaña, 2003, vol 50, II.

KOLB, Robert. « Le Droit International est-il un Droit Primitif ? », en Zeitschrift für Öffentliches Recht, Springen Wien-New York, Viena, Austria, 2000, vol. 55, núm. 01.

MAILLARD, Christine, *et. al.*, Réévaluer l'œuvre de Jung ?, en Recherches Germaniques, Estrasburgo, Francia, , 2014.

PAYANDEH, Mehrdad, "The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart", en The European Journal of International Law, Oxford University Press, Florencia, Italia, 2011, vol. 21, núm. 4.

PERRY, Stephen, *Hart on social rules and the foundations of law: Liberating the Internal Point of View*, en Fordham Law Review, Nueva York, Estados Unidos de América, 2006, vol. LXXV, n. 3.

PIZA ESCALANTE, *La 'Opinio Juris' como Fuente Autónoma del Derecho Internacional ('Opinio Iuris' y 'Jus Cogens')*, en Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, Instituto Hispano-Luso-Americano, Zaragoza, España, 1987.

PRUD'HOMME, Jean-François, Consulta Popular y Democracia Directa, en Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática, Instituto Federal Electoral, 1997, núm.15.

SHAPIRO, Scott, "What is the Internal Point of View?", en Fordham Law Review, Nueva York, Estados Unidos de América, 2006, vol. LXXV, n. 3.

SHAPIRO, Scott, "What Is The Rule Of Recognition (And Does It Exist)?", en Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Yale Law School, New Haven, Estados Unidos de América, 2009, núm. 181.

SØRENSEN, Max, "Principes de droit international public", en Collected Courses of the Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law, La Haya, Holanda, 1960.

STERN, Brigitte, « La Coutume au Cœur de Droit International », en Mélanges offerts à Paul Reuter, A. Pedone, Paris, Francia, 1981.

TAMAYO VALENZUELA, José Alberto, “La Teoría del Derecho en HLA Hart”, en IJ UNAM, Ciudad de México, México, 2012.

WEIL, Prosper, « Cours Général de Droit International Public », en Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, Editions Brill, La Haya, Holanda, 1992.

WHEATLEY, Steven, A Democratic Rule of International Law, en The European Journal of International Law, 2011, vol. 22, num. 2.

## JURISPRUDENCIA

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, « *Affaire Nottebohm* (segunda fase) », La Haya, Países Bajos, sentencia, 6 de abril 1955, Reportes de la CIJ.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, « *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Montenegro c. Belgique)* », Declaración Común del Señor Juez Ranjeva, Vicepresidente, del Señor Juez Guillaume, de la Señora Jueza Higgins y de los señores jueces Kooijmans, Al-Khasawneh, Buergenthal y Elaraby, La Haya, Países Bajos, 15 de diciembre del 2004, Reportes de la CIJ.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, « *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)* », sentencia, La Haya, Países Bajos, 3 de junio de 1985, Reportes de la CIJ.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, « *Affaire du Droit d'Asile (Colombie / Pérou)*, sentencia, La Haya, Países Bajos, 20 de noviembre de 1950, Reportes de la CIJ.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, « *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)* », Opinión disidente del Señor Juez Armand-Ugon, La Haya, Países Bajos, 12 del mes de abril del año, 1960, Reportes de la CIJ.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, « *Compétence de l'Assemblée pour l'admission aux Nations Unies* », Opinión Consultiva, Opinión disidente del Juez Azevedo, La Haya, Países Bajos, 3 de marzo del año, 1950, Reportes de la CIJ.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, « *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)* », sentencia, La Haya, Países Bajos, 13 del mes de julio del año 2009, Reportes de la CIJ.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, « *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))* », sentencia, La Haya, Países Bajos, 3 de febrero del año 2012, Reportes de la CIJ.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, « *Interprétation de l'Accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte* », Opinión Consultiva, La Haya, Países Bajos, 20 de diciembre de 1980, Reportes de la CIJ.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, « *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* », Opinión Consultiva, La Haya, Países Bajos, 8 de julio del año 1996, Reportes de la CIJ.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni C. Norvège)*, sentencia, La Haya, Países Bajos, 18 diciembre de 1951, Reportes de la CIJ.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Compétence de l'Assemblée pour l'admission aux Nations Unies*, Opinión Consultiva, Opinión disidente del Juez Azevedo, Reportes de la CIJ.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Plateau continental de la mer du Nord*, Opinión Disidente del Señor Juez LACHS, Reportes de la CIJ.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, sentencia, La Haya, Países Bajos, 12 de octubre del año 1984, Reportes de la CIJ.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Interhandel (Suisse c. États-Unis d'Amérique)*, sentencia, La Haya, Países Bajos, 21 de marzo de 1959, Reportes de la CIJ.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, sentencia, 24 de febrero 1982, Reportes de la CIJ.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Plateau continental de la mer du Nord*, sentencia, La Haya, Países Bajos, 20 del mes febrero del año 1969, Reportes de la CIJ.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Plateau continental de la mer du Nord*, Op. Cit., Opinión Disidente del Señor Juez Tanaka, Reportes de la CIJ.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Sud-Ouest africain*, segunda fase, sentencia, La Haya, Países Bajos, 18 de julio de 1966, Reportes de la CIJ.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Project Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, sentencia, La Haya, Países Bajos, 25 de septiembre de 1997, Reportes de la CIJ.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*", La Haya, Países Bajos, 7 de junio de 1986, Reportes de la CIJ.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, «*Affaire du Détroit de Corfou* », sentencia, La Haya, Países Bajos, 9 de abril del año 1949, Reportes de la CIJ.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, «*Réparation des Dommages Subis au Service des Nations Unies* », Opinión Consultiva, La Haya, Países Bajos, 11 de abril del año 1949, Reportes de la CIJ.

CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA, "*Affaire Relative à l'Usine De Chorzow*", sentencia, La Haya, Países Bajos, 13 de septiembre de 1928, Reportes de la CPJI.

CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA, «*Affaire des Concessions Mavrommatls en Palestine* », sentencia, La Haya, Países Bajos, 30 de agosto de 1924, serie A, núm 2, Reportes de la CPJI.

CORTE PERMANENTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Affaire du « Lotus »*, 7 de septiembre de 1927, serie A, núm. 10, Reportes de la CPJI.

COURT OF APPEAL, R. ex rel. Freedom & Justice Party v. Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs, 2018, EWCACiv.

REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS, "Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and Italy", 17 de julio del año 1965, vol. XVI, pág. 100

REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS, "Island of Palmas case" (Netherlands, USA), 4 de abril del año 1928, vol. II pág. 838.

LIGA DE LAS NACIONES, Comité Consultatif des Juristes, Procès-verbaux des seances de Comité 16 juin-24 juillet, 1920, Van Langenhuisen Frères, La Haya, Países Bajos, 1920.

«*Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs* », en Annuaire de la Commission du Droit International, Publicaciones de las Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, vol. II (2), 2018.