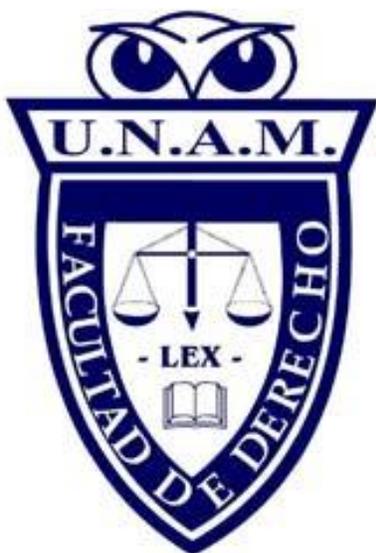


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO



“LA PALINODIA DEL DERECHO
INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO”

TESIS PARA CONSEGUIR EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO



**TRABAJO QUE PRESENTA: GUILLERMO BRYAN
ELKJAER ANZURES DE LA ROSA**

DIRECTOR DE TESIS: GUILLERMO ENRIQUE ESTRADA ADÁN

**SOBRE LOS LÍMITES: “... YO QUIERO LLEGAR LO MÁS CERCA POSIBLE
DE LOS DIOS, QUIERO IR MÁS ALLÁ DE LOS LÍMITES DEL TIEMPO,
SUPERAR A TODOS AQUELLOS QUE ME HAN PRECEDIDO.
NO QUIERO CAER EN EL OLVIDO CUANDO HAYA
BAJADO AL HADES”.**

**ALEXANDROS: LAS ARENAS DE AMÓN, VALERIO MASSIMO
MANFREDI**



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

AGRADECIMIENTOS:

A MI MADRE, MARÍA DEL CARMEN DE LA ROSA,
POR SU AMOR, CARIÑO, EJEMPLO Y AYUDA INCONDICIONAL.

A MI HERMANO Y SU ESPOSA,
GUILLERMO HAZAEL ANZURES Y ANGELES DE LA ROSA,
POR SU INCONMENSURABLE APOYO Y AYUDA.

A MI HERMANA, ABIGAIL ANZURES,
POR SU CARIÑO Y AYUDA.

A MI PADRE, GUILLERMO ANZURES LOPÉZ (Q.P.D.),
POR DARME LAS BASES, DE LO QUE HOY ES MI DISCIPLINA DE VIDA.

A TODOS MIS AMIGOS,
POR SU AMISTAD, LEALTAD, AYUDA Y APRECIO INCONDICIONALES.

A MI ASESOR DE TESIS, GUILLERMO ESTRADA,
POR SER QUIEN ME INCULCÓ EL AMOR AL DERECHO INTERNACIONAL
Y SER SIEMPRE UN GRAN APOYO EN MI VIDA COMO JURISTA

A MI AMADA UNIVERSIDAD Y FACULTAD DE DERECHO,
POR MI FORMACIÓN PROFESIONAL, ÉTICA, CRÍTICA Y COMPROMETIDA
CON LA SOCIEDAD A LA QUE NOS DEBEMOS LOS UNIVERSITARIOS.

¡UN GOYA!

Índice

Introducción.....	V
-------------------	---

“LA PALINODIA DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO”

CAPÍTULO 1. El derecho internacional consuetudinario en la Corte Internacional de justicia	1
---------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------

1.1 Antecedentes del artículo 38.1 inciso b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia	3
1.2 La costumbre en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia	7
1.3 Costumbres generales y costumbres locales	16
1.4 Aproximación a la metodología de la Corte	20

CAPÍTULO 2. La doctrina dominante y la influencia del derecho objetivo.....	31
------------------------------------------------------------------------------------	-----------

2.1 Dos elementos constitutivos: “Una práctica general aceptada como derecho”	33
2.2 La práctica general	35
2.2.1 Función de la práctica.....	36
2.2.2 Atribución de la conducta.....	39
2.2.3 Manifestación de la práctica.....	41

2.2.4	Jerarquía en las pruebas de la práctica.....	45
2.2.5	Generalidad y uniformidad.....	47
2.3	Aceptada como derecho.....	52
2.3.1	Función.....	54
2.3.2	La prueba.....	62
2.4	Derecho consuetudinario como derecho convencional.....	66
2.4.1	Doctrina de la cristalización.....	69
2.4.2	Doctrina de la codificación.....	75
 CAPÍTULO 3. La palinodia del derecho internacional consuetudinario.....		78
3.1	La necesidad de una reconceptualización del derecho internacional consuetudinario.....	79
3.2	Derecho internacional consuetudinario: un acto legislativo.....	83
3.3	La norma consuetudinaria como producto de la costumbre.....	85
3.4	Sujetos creadores del derecho internacional consuetudinario contemporáneo.....	87
3.4.1	Órganos del Estado y comunidades de Estados.....	89
3.5	Reflexiones en una nueva conceptualización.....	92
3.5.1	Los jueces internacionales y la costumbre internacional.....	99
3.5.2	La función de la jurisprudencia internacional ¿aplicación o creación de derecho internacional consuetudinario?.....	99
3.5.3	La función de los jueces con la costumbre internacional: ¿la <i>opinio juris</i> es un elemento constitutivo del derecho internacional consuetudinario?.....	106
3.4.4	La función de la jurisprudencia internacional en casos posteriores.....	108

3.4.5 El derecho positivo como referente constitutivo de la norma consuetudinaria de derecho internacional.....112

Consideraciones finales.....125

Conclusiones.....127

Bibliografía.....128

INTRODUCCIÓN

Dentro de la disciplina jurídica, existen dos grandes perspectivas para su estudio: por un lado, el derecho positivo y, por otro el derecho natural; los cuales pertenecen a una filosofía objetiva o positiva y a una filosofía subjetivista respectivamente. Por un lado, lo “objetivo” encuentra un sustento en los hechos y en la lógica, y por el otro, una cuestión subjetiva encuentra su sustento en los “sentimientos”.

El derecho como un conjunto de normas jurídicas heterónomas creadas por órganos facultados y competentes para su creación pertenece a la esfera de la objetividad y abstracción hecha al postulado jurídico que enuncia: “el desconocimiento del derecho no excusa de su cumplimiento”. Por lo tanto, el motivo primario de esta investigación se sustenta en tales asertos.

De tal forma, la idea central de este trabajo parte de responder la cuestión de saber si el derecho internacional consuetudinario puede ser aplicado, explicado y, especialmente, probado en un sentido objetivo y subjetivo simultáneamente; ya que el artículo 38.1, inciso b) del “Estatuto de la Corte Internacional de Justicia”, prescribe que: “... *La Corte aplicará: (...) B) La costumbre internacional como evidencia de una práctica general, que se acepta como derecho...*”

Por otra parte, la frase aceptada como derecho encuentra sus orígenes en una época remota, según Isidoro de Sevilla (circa 540 a 636 D.C.), quien en su *Etymologiae, Liber V: De Legibus et Temporibus* entiende que la costumbre surge de hábitos morales, los cuales se aceptan como derecho en ausencia de una norma jurídica escrita. Así pues, la razón se atiene al derecho y en ese sentido la costumbre es un uso común.¹

Por su parte, la Corte en su jurisprudencia «... *ha empleado distintas expresiones para referirse al elemento subjetivo que se deriva de las palabras “aceptada como derecho” recogidas en su Estatuto. Entre esas expresiones figuran el “sentimiento de obligación jurídica”, la “creencia de que [la] práctica es obligatoria debido a la existencia de una norma de derecho que la impone [...] [un] sentimiento de deber jurídico”, el “reconocimiento de la necesidad”, la “convicción de la necesidad”, la “creencia de que se debe respetar esta práctica de larga data”, la “intención deliberada [...] una conciencia común que refleja la convicción [...] en cuanto a [un] derecho”, el “sentimiento general [...] respecto del carácter obligatorio de [la práctica]”, la “plena conciencia de estar cumpliendo una obligación jurídica” o la “conciencia de la naturaleza vinculante de la norma”, la “convicción de que [las partes] están aplicando el derecho” y la “convicción, una convicción de derecho, por parte de los [Estados] en el sentido de que han*

¹ CRAWFORD, JAMES, “ *Brownlie’s Principles of Public International Law*”, 8a ed., Ed. Oxford University Press, Oxford, 2012 p. 26

[...]aceptado la práctica como una norma de derecho, cuya aplicación no podrán eludir con posterioridad”. »²

Dentro de la jurisprudencia internacional, *verbigracia*: el juez Chagla señaló la necesidad de probar tal elemento, ya que no basta con probar la manifestación externa de una costumbre (práctica), es igual de necesario probar el elemento psicológico. Tal elemento distingue entre la práctica y el solo uso de una costumbre. En las acciones u omisiones de los Estados debe predominar un “sentimiento de coacción jurídica”.³

La idea de “sentimiento de coacción jurídica” es objeto desde diversas perspectivas, ya que es una clara referencia de un elemento subjetivo. De ahí que, desde alguna perspectiva, se afirme que la costumbre es esencialmente un hecho de origen sociológico, de nacimiento espontáneo, imprevisible y donde la calificación o ingreso al mundo jurídico es posterior a la actuación.⁴

Tal idea puede ser explicada, también por las ideas de la filosofía de la justicia, la soberanía estatal, por el principio *injuria jus non oritur*, por la sociología jurídica, por la psicología social (...) En fin, la pluralidad de estudios de la frase “aceptada como derecho” se convierte en objeto de diversas disciplinas, lo cual da

² Comisión de Derecho Internacional, “Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario”, Michael Wood, Relator Especial, 66° período de sesiones Ginebra, 22 de mayo de 2014 (A/CN.4/672), pp. 59 y 60.

³ Cfr. International Court of Justice, *Case concerning Right of Passage over Indian Territory*, judgment 12 April 1960, dissenting opinion of judge Chagla, p. 120

⁴ DE VISSCHER, CHARLES, “*Problèmes d’interprétation judiciaire en Droit international public*”, Primera Ed., S.N.E., Ed. Pedone, París, 1963, pp. 219 y 220.

apertura a una multidisciplinariedad, pero desafortunadamente tales estudios se intentan trasladar a la teoría jurídica y así crear una “interdisciplinariedad”.

Tal cuestión, provoca que el objeto del derecho se extienda más allá del de norma jurídica, lo cual sólo puede ser deseable para los representantes del derecho que creen que su tarea consiste en justificar o cuestionar la validez del derecho positivo desde el punto de vista de tales disciplinas. Así, bajo la consigna del “conocimiento objetivo” del derecho proceden a una “valoración” sumamente subjetiva y arbitraria del derecho.

En última instancia, la idea del “sentimiento de coacción jurídica” es una concepción metafísica que afirma la existencia del objeto inmanente a la experiencia, al duplicar ese objeto y situarlo en un dominio inaccesible a la experiencia. Se conoce como prototipo y la causa de existencia del objeto conocido por la experiencia. La teoría platónica de las ideas con su dualismo de idea y realidad, es el modelo de esta disciplina conocida como “derecho natural”.⁵

En tal sentido, el presente trabajo parte del derecho positivo, se acepta la multidisciplinariedad y se niega la “necesidad” de una “interdisciplinariedad” al entender al derecho como una disciplina autónoma capaz de explicar el fenómeno consuetudinario a partir de sus propios elementos teóricos y empíricos.

⁵ KELSEN, HANS, “*Teoría del Derecho Internacional Consuetudinario*”, Primera edición, Ed. Coyoacán, México, 2012, pp. 23 y 24

En esa medida el presente trabajo encuentra su justificación en cuanto a planteamientos se refiere, así como su contraste con los demás pensamientos relacionados y la necesidad de encontrar un equilibrio entre argumentos constituidos por conocimientos teóricos y empíricos.

Por consiguiente, este estudio evitará juicios de valor subjetivos, un uso excesivo de metáforas (que si bien pueden ser pedagógicas, son peligrosas cuando alejan al lector de la realidad) y se centrará en ofrecer argumentos obtenidos mediante las deducciones obtenidas del contenido del material empíricamente dado por el derecho positivo y sus explicaciones teóricas.

De tal suerte, los replanteamientos que se lleguen a realizar de la “teoría del derecho internacional consuetudinario” serán conforme a una teoría jurídica y con base en los hechos y la lógica.

Conforme a las posturas mencionadas y para alcanzar los objetivos de este trabajo se iniciará con el análisis del derecho internacional consuetudinario dentro de la Corte Internacional de Justicia, en el cual se intentará conocer como lo entiende la Corte y como lo aplica. También, a través del análisis de jurisprudencia se hará una aproximación a la metodología que utiliza la Corte para determinar la existencia o inexistencia del mismo.

En el segundo capítulo se hará referencia a las influencias de la doctrina del derecho objetivo y algunas otras disciplinas en el actual derecho internacional

consuetudinario; así como un análisis de la estructura de éste para su identificación, creación, formación y aplicación. Se hará, también un análisis objetivo y detallado de la existencia teórica y empírica del elemento subjetivo y las doctrinas (codificación, cristalización y costumbre emergente) que de él surgen.

Por último, a partir de reflexiones lógicas, empíricamente dadas y propuestas epistemológicas se formulará la posibilidad de replantear el derecho internacional consuetudinario como un derecho positivo con la intención de llegar a la “palinodia del derecho internacional consuetudinario”.

CAPÍTULO I. EL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO EN LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

En este capítulo el tema del derecho internacional consuetudinario se estudiará a partir de los criterios jurisprudenciales de la Corte Internacional de Justicia. Dichos criterios encuentran su sustento en una metodología jurídica. En este sentido, el presente capítulo pretende explicar la racionalidad de los dos elementos constitutivos de la costumbre que se han presentado en la jurisprudencia de la Corte internacional de justicia. Por lo tanto, el capítulo es una aproximación a las funciones jurisdiccionales de la Corte Internacional de Justicia, en cuanto a derecho internacional consuetudinario y su metodología se refiere.

Hablar de derecho internacional consuetudinario y costumbre refiere un método de creación de derecho; en segundo lugar, refiere a las normas y reglas jurídicas¹ creadas a través de la costumbre; y por último, refiere a la costumbre como una práctica ejecutada por los sujetos de derecho internacional en ejercicio de una obligación o de un derecho, es decir, “cumplimiento” de la norma.

Cuando hablamos de derecho internacional consuetudinario dentro de la Corte Internacional de Justicia es necesario dirigirse al artículo 38.1, inciso b) del

¹ “... Es tarea de la ciencia jurídica presentar el derecho(...) en la forma de juicios que establezcan que ‘si tales o cuales condiciones se cumplen, entonces tal o cual sanción habrá de aplicarse’(...) Es preferible no dar a estos juicios el nombre de normas, sino de reglas jurídicas. Las normas jurídicas (...) son prescriptivas; las reglas del derecho que la ciencia jurídica establece son puramente descriptivas,” KELSEN, HANS, “Teoría general del derecho y del Estado”, Traducción: Eduardo García Máynez, Segunda edición, Ed. UNAM, México, 2008, p.53.

“Estatuto de la Corte Internacional de Justicia”, el cual entiende a la costumbre en los siguientes términos: “... *La Corte aplicará: (...) B) La costumbre internacional como evidencia de una práctica general, que se acepta como derecho...*”

En ese sentido, de los términos del Artículo 38. 1, Inciso b) [...] indican claramente que hay dos elementos esenciales de la costumbre, a saber, la práctica y la *opinio juris sive necessitatis*.²

Hay un elemento material u objetivo que es aquella conducta desplegada por los Estados, la cual debe probar una práctica general y uniforme, y un elemento subjetivo o psicológico conocido como *opinio juris sive necessitatis* (opinio juris, también, en lo sucesivo), consiste en ejecutar dicha práctica con la convicción de ser una obligación o un derecho jurídicamente relevante.³

Por otra parte, existen autores, lo cuales manifiestan que la fuente normativa más importante del derecho internacional son los tratados internacionales.⁴

Respecto de la cuestión jerárquica, el maestro Antonio Gómez Robledo expresa, a pesar de que “...*esté perdiendo cada día más terreno frente al derecho*

² Cfr. JENNINGS Y WATTS, eds., *Oppenheim’s International Law*, 9a ed., vol. I, Peace Londres, Longmans, 1991, p. 25-31 (SIC)

³ Cfr. CLAPHAM, *Brierly’s Law of Nations: “An Introduction to the Role of Law in International Relations”*, 7a ed. Ed. Oxford University Press, Oxford, 2012), p. 57

⁴ JIMÉNEZ DE ARECHEGA, E. “*Curso de derecho internacional público*”, S.N.E., S.E., Tomo 1, Montevideo, 1979. P. 55

escrito, más fácil de verificar, más inequívoco (...) conserva todavía su antiguo rango".⁵

Por último, para aclarar quienes son los sujetos de derecho de quienes se trata en este capítulo, es necesario dirigirse al artículo 34.1 del "Estatuto de la Corte Internacional de Justicia", el cual delimita su competencia *ratione personae* en los siguientes términos: "... *Artículo 34 1. Sólo los Estados podrán ser partes en casos ante la Corte*".

1.1 ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 38.1 INCISO B) DEL ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

La *opinio juris sive necessitatis* como elemento subjetivo o psicológico, el cual forma parte del derecho consuetudinario⁶, se remonta a la época del derecho romano.⁷ En 1896 por primera vez, el tratadista Rivier es quien le atribuye al derecho internacional consuetudinario la "manifestación de la *conscience juridique internationale*".⁸

⁵ GOMEZ ROBLEDO, ANTONIO, "El *ius cogens* internacional (estudio histórico-crítico), S.N.E., Ed.UNAM, México, 1982, p.98

⁶ "En los arbitrajes ocurridos en el siglo XIX no existe referencia a tal elemento. En sus remotos orígenes, la norma consuetudinaria fue analizada a través del estudio de los precedentes, tanto por el lado doctrinal, como por el lado de la praxis jurisdiccional. A finales del siglo XVIII, la escuela histórica alemana hace un nuevo aporte al derecho cuando diseña un elemento subjetivo o psicológico a la formación del derecho consuetudinario". GUGGENHEIM, "L' Origine de l'opinio juris sive necessitatis comme deuxième élément de la coutume dans l'histoire du droit de gens", S.N.E., Melanges Basdevant, París, 1990, pp. 258 y ss.

⁷ SORENSEN, MAX, "Manual de derecho internacional público", S.N.E., Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1985, p. 163

⁸ *Idem*.

Posteriormente, en 1922 surge la Corte Permanente de Justicia Internacional, la cual es la antecesora de la actual Corte Internacional de Justicia (la Corte en lo sucesivo), órgano jurisdiccional de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la cual entró en funciones en el año de 1946.⁹

Al analizar la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional, se recurrió a la idea de que “para ser generadora de costumbre, la práctica debe contener la convicción de ejecutar una obligación o ejercer un derecho”.¹⁰ Esta idea fue plasmada en el artículo 38.1, inciso b), del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional.

Para el 7 de septiembre de 1927 la Corte Permanente de Justicia Internacional emitiría su sentencia del caso Lotus (Francia vs Turquía), en la cual deja plasmada la necesidad de la *opinio juris sive necessitatis* como un elemento que debe de acompañar a la práctica estatal, esto es, que la práctica sea acompañada de la convicción de aplicar una norma imperativa de derecho. La Corte manifestó:

“... In the Court's opinion (...) for only if such abstention were based on their being conscious of having a duty to abstain would it be possible to speak of an international custom. The alleged fact does not allow one to infer that States have

⁹ ESTRADA, GUILLERMO, “*Interpretación judicial internacional*”, 1era Edición, Ed. Fontamara, México, 2016, p. 23.

¹⁰ ROSSEAU, CHARLES, “*Droit international public*, S.N.E., Tomo 1. Ed. Sirez, París 1970, p.324.

*been conscious of having such a duty (...)The conclusion at which the Court has therefore arrived is that (...) "These two elements are, legally, entirely inseparable, so much so that their separation renders the offence non-existent".*¹¹

A través de estas líneas la Corte define la idea de dos elementos inseparables que forman a la costumbre internacional. En consecuencia, dicha manifestación de ideas sustenta la regla del artículo 38.1, inciso b) del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional. De esta manera la jurisprudencia internacional racionaliza y asume necesarios dos elementos para la existencia de una costumbre internacional.

Del estudio de esta jurisprudencia y del estudio del pensamiento de la escuela histórica alemana se desarrollo la teoría dual consuetudinaria¹², misma que rápidamente ganó terreno de manera desmesurada en el estudio del derecho internacional consuetudinario. Su desarrollo en el pensamiento teórico se dio de hito en hito, en tanto que en la Corte Permanente se aplicó abruptamente en cuanto las condiciones de hecho existieron.

De la construcción epistemológica de la teoría dual se desprende no poder entender a la costumbre sin una práctica, aunque exista una conducta de convicción imperativa, así como también es inconcebible entender una norma

¹¹ Publications of the Permanent Court of International Justice, Serie A N° 10, "*The case of the S.S. Lotus*" (France/Turkey), Judgment 7 September 1927, p.28 y 30.

¹² GUGGENHEIM, "*L' Origine de l'opinio juris sive necessitatis comme deuxième élément de la coutume dans l'histoire du droit de gens*", Op. Cit., pp. 265 y ss

consuetudinaria de derecho internacional carente de una práctica, pese a que ésta repose en consideraciones subjetivas fundadas en el orden jurídico de los Estados participantes en dicha regla jurídica.

La teoría dual descompone a la unidad mayor (norma consuetudinaria de derecho internacional), en dos unidades menores: unidad menor A (práctica reiterada y uniforme) y unidad menor B (*opinio juris sive necessitatis*). Se entiende a una norma compuesta de dos fases, la fase objetiva o material la cual consiste en la práctica reiterada y uniforme, y la fase subjetiva o psicológica inmersa en el pensamiento del sujeto ejecutor de una conducta.

La sistemática exposición de la teoría dual dentro de la jurisprudencia internacional tuvo como consecuencia que penetrara en la realidad del derecho internacional consuetudinario, al punto de hacerla casi incontrovertible.

Al colapso de la Corte Permanente de Justicia Internacional¹³ y la entrada en vigencia de la Corte Internacional de Justicia, la teoría dual gozaba de una enorme aceptación tanto por el lado del pensamiento doctrinal como por el lado de la realidad jurídica internacional. Es así entonces, que el estatuto de la Corte

¹³ *Report of the informal Inter-Allied Committee on the Future of the Permanent Court of International Justice*, 10 de febrero de 1944, *American Journal of International Law*, Official Documents, vol. 39, no. 1, Enero, 1945, pp. 3 y 4.

adoptó una transcripción del artículo 38 del Estatuto de su antecesora, el cual ubicó en el mismo numeral y sin hacer modificación gramatical alguna.¹⁴

1.2 LA COSTUMBRE EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Tal apartado se desarrolla a partir de responder la cuestión de, ¿cómo, la Corte, entiende “una práctica general, que se acepta como derecho”, en especial el elemento subjetivo que introdujo su antecesora la Corte Permanente de Justicia Internacional? Para responder dicha cuestión es necesario examinar la estructura y racionalidad de los “argumentos”¹⁵ que la Corte manifiesta en su jurisprudencia en los casos en que se invoca el derecho internacional consuetudinario.

La formación jurisprudencial de la Corte y su valor hermenéutico constituyen un sistema de precedentes adoptados por ella, esto es en cierta consideración a las referencias de los casos resueltos tanto por la Corte Permanente de Justicia Internacional y los resueltos por la misma Corte Internacional de Justicia.¹⁶

¹⁴ International Court of Justice, *Legality of Use of Force*, Preliminary Objections (Serbia and Montenegro v. Belgium), Judgment 2004, parágrafo 112.

¹⁵ “... if legal argument is understood capable of rendering any justification needed, then we seem to have renounced altogether the view of law as a structured discourse. But such conclusion would seem strongly counter-intuitive. It would fail to address the fact that legal arguments do tend to form patterns and that there is a limited set of arguments which can acceptably be invoked to justify a solution”. KOSKENNIEMI, MARTTI, “From apology to utopia”, S.N.E. , Ed. Cambridge, Reino Unido, 2007, p. 67

¹⁶ Cfr. GUTIERREZ BAYLON, JUAN DE DIOS, “Sistema Jurídico de las Naciones Unidas”, Primera edición, ed. Porrúa, México, 2007, p. 223.

En ese sentido, el “Estatuto de la Corte Internacional de Justicia” en su artículo 38.1, inciso d) manifiesta en los siguientes términos “...*La Corte aplicará: (...) d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas, de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59...*”

Así también el término “decisiones” hace referencia a los fallos y las opiniones consultivas, así como las providencias sobre cuestiones de procedimiento y cuestiones interlocutorias. En el caso de las opiniones disidentes e individuales pueden ser de gran ayuda para allegarse de claridad en un tema, pero son peligrosas cuando solo expresan pensamientos personales o aspectos que no acepta la Corte.¹⁷

En la compilación de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia se encuentran diversos casos que analizan el derecho internacional consuetudinario como probable norma aplicable al fondo de un asunto tramitado ante ella. Dentro de esta compilación de decisiones judiciales se aprecia como en algunas, la Corte desarrolló interpretaciones que primariamente se aprecian en su jurisprudencia, mientras que en otras se limita a citar sus frases dichas con anterioridad.

¹⁷ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 68º período de sesiones (2 de mayo a 10 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2016), Suplemento núm. 10 (A/71/10), p. 121.

Dentro de esa misma perspectiva y enfoque, este trabajo busca resaltar ese tipo de argumentos primarios, por lo cual sólo se tiene presente la jurisprudencia en la cual se manifiesta esta clase de discurso legal.

El punto de partida es la sentencia sobre “La plataforma continental del Mar del Norte” del 20 de febrero de 1969 (República Federal de Alemania, Dinamarca y Países Bajos).

El párrafo 77 de esta sentencia de Mar del Norte responde a la pregunta que le da sentido a esta parte de la exposición, es decir, a la pregunta, ¿qué se debe entender por “una práctica general, que se acepta como derecho?”.

Así pues, la Corte sostuvo que las conductas estatales en cuestión no sólo deben constituir una práctica establecida, sino que también deben ser tales, o llevarse a cabo de tal manera, como prueba de la “creencia” de que esta práctica se hace obligatoria por la existencia de una norma de derecho que exige determinada conducta de los Estados.¹⁸

La necesidad de tal creencia, implica la existencia de un elemento subjetivo, implícito en la noción misma de la *opinio juris sive necessitatis*. Por lo tanto, los

¹⁸ Cfr. International Court of Justice, *North Sea Continental Shelf Cases* (federal republic of Germany /Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands) judgment of 20 February 1969, p. 44.

Estados deben sentir que se conducen conforme a una obligación jurídica. La frecuencia, o incluso el carácter habitual de las conductas, son insuficientes.¹⁹

Por ejemplo, existen muchos actos internacionales en el ámbito ceremonial y el protocolario, que se realizan casi invariablemente, pero que están motivados sólo por consideraciones de cortesía, conveniencia o tradición, y no por algún sentido de deber jurídico.²⁰

Por tanto, primeramente, una práctica por sí misma no constituye una norma consuetudinaria de derecho internacional en la medida que debe de ser ejecutada con el “sentimiento” de aplicar una obligación jurídica. La Corte entiende que debe existir *a priori* una norma imperativa de derecho, la cual sea el motivo de ejercicio de una práctica, esto es, que el examen que se haga a la valoración de la práctica debe arrojar como resultado la existencia previa de una norma de derecho internacional.

Seguidamente, la *opinio juris sive necessitatis* funciona como un criterio que hace una distinción tajante entre conductas exteriorizadas cuya naturaleza esconde convicciones de cortesía, oportunidad y tradición (*committas gentium*), y una norma jurídica. De ahí que, el elemento subjetivo es crucial para darle una

¹⁹ *Idem.*

²⁰ *Idem.*

expresión jurídica a las conductas manifestadas por el Estado y así, distinguir entre una práctica imperativa de derecho y un simple uso.²¹

La argumentación tendiente a dotar de racionalidad a la *opinio juris sive necessitatis* adquirió gran relevancia, misma que motivó a los jueces a profundizar en tal elemento dentro de sus opiniones individuales en concordancia o no con los términos empleados por la Corte.

Por su parte, el juez De Castro en su opinión individual del caso de “competencia en materia de pesquerías” de 25 de julio de 1974, expresó que el derecho internacional consuetudinario no necesita ser probado; ya que es de carácter general y se basa en una convicción general de su validez (*opinio iuris*). La Corte puede aplicarlo de oficio; es su deber conocerlo como *quaestio iuris: iura novit curia*. Sólo deben probarse las costumbres o prácticas regionales, así como las costumbres especiales.²²

En tal sentido, el juez De Castro citó el *obiter dictum* de la sentencia de “plataforma continental de Mar del Norte” de 1969, para señalar a la *opinio juris sive necessitatis* como el punto de partida del derecho positivo en relación de una práctica en la cual subyace una distinción entre costumbre jurídica y un uso.

²¹ Es necesario hacer hincapié en que los asuntos del derecho de asilo “Haya de la Torre” de 20 de noviembre de 1950 y “Los derechos de los ciudadanos de Estados Unidos de América en Marruecos” de fecha 27 de agosto de 1952, la Corte ya había dotado de racionalidad el elemento *opinio juris sive necessitatis* a partir de la distinción entre los términos “uso” y “costumbre”.

²² Cfr. International Court of Justice, *Fisheries jurisdiction case* (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland), 25 July 1974, Separate opinion of judge De Castro, p.100.

Además, precisó la relación estrecha entre la *opinio communis* y la *opinio juris sive necessitatis*.²³

En este sentido y por otra parte, el juez Dillard se allegó al elemento *opinio juris sive necessitatis* con la intención de esclarecer las dudas relativas al efecto de las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, en la inteligencia de que dichas resoluciones podrían ser una manifestación de tal elemento psicológico.

El juez resaltó, en su opinión individual de Sahara Occidental, dos posturas contrarias entre sí, en la primer postura señaló que las resoluciones de la Asamblea General, pese a no ser obligatorias *per se*, cuando estas satisfacen: primeramente, un contenido parecido; seguido, una votación por una mayoría abrumadora y por último, una frecuencia de repetición durante un espacio temporal se produce una *opinio juris sive necessitatis* y así, dan origen a una norma consuetudinaria de derecho internacional.²⁴

La segunda óptica que se presentó como contraria a la primera. Asume la existencia de opositores a la facultad de la Asamblea General para crear normas jurídicas, y que en ningún momento se pueden crear derechos ni obligaciones

²³*Idem.*

²⁴ International Court of Justice, *Western Sahara Advisory Opinion* Of 16 October 1975, Separate opinion of judge Dillard, p. 121.

relativas a la descolonización, sino más bien, su motivación reposa en una conveniencia política.²⁵

En continuidad a tales ideas, el 3 de junio de 1985 la Corte Internacional de Justicia emitió el fallo relativo al “caso de delimitación de la plataforma continental” entre la República Árabe Libia y Malta. En el párrafo 27, la corte refirió la idea de que normas consuetudinarias pudieran ser parte del contenido de un tratado internacional multilateral, de tal suerte que el tratado pudiese definir las. Incluso, si las Partes no la invocan, corresponde a la Corte examinar cuántas de sus disposiciones pertinentes obligan a las partes como norma de derecho internacional consuetudinario.²⁶

En consecuencia de la sentencia recaída a este asunto y de la argumentación de la Corte, el juez Sette- Camara emitió una opinión individual en la que expresó que, sí bien se puede derivar una práctica amplia de una convención, esto apenas sería la *opinio juris sive necessitatis* si no existe jurisprudencia internacional que haya interpretado y suscrito esa regla.²⁷

En continuidad, se estudiará el fallo emitido por la Corte en el año de 1896 relativo a la sentencia de las “actividades militares y paramilitares en y en contra

²⁵ *Idem.*

²⁶ Cfr. Coue Internationale de Justice, *Affaire du Plateau Continental* (Jamahiriya Arabe Libyenne/Malte) Arrêt du 3 Juin 1985, pp. 29 y 30.

²⁷ Cfr. International Court of Justice, *Case Concerning the Continental Shelf* (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment of 3 June 1985, Separate Opinion of judge Sette-Camara, p. 69

de Nicaragua”. En la cual se examinó el contenido de una norma consuetudinaria a partir de una norma convencional.

En este caso resulta relevante que Estados Unidos formuló una reserva, la cual excluía la aplicación de tratados multilaterales, al momento de aceptar la competencia contenciosa de la Corte.

En tal sentido, si bien la Corte no tuvo jurisdicción para determinar si la conducta de los Estados Unidos constituyó una violación a la “Carta de las Naciones Unidas” y a la de la “Organización de los Estados Americanos”, las tuvo en cuenta al determinar el contenido del derecho internacional consuetudinario que, según se alegó, Estados Unidos infringió.²⁸

En el párrafo 183, la Corte señaló la necesidad de examinar las reglas de derecho internacional consuetudinario aplicables a la presente disputa, por lo que citó el párrafo 27 del Caso de Plataforma Continental de 1985 (República Árabe Libia/Malta) en aras de allegarse a la idea que en las convenciones multilaterales puede existir registro o pueden definir reglas derivadas de la costumbre, así como ayudar al desarrollo de las mismas.²⁹

²⁸ International Court Of Justice, “*Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua*” (Nicaragua v. United States of America), Judgment of 27 June 1986 p. 97.

²⁹ *Idem*.

La Corte observó que, hubo pruebas, que se examinaron, de un grado considerable por acuerdo entre las Partes sobre el contenido del derecho internacional consuetudinario relacionado con el no uso de la fuerza y la no intervención.

Sin embargo, este acuerdo de sus puntos de vista no exime a la Corte de tener que verificar cuales normas de derecho internacional consuetudinario son aplicables. El hecho de que los Estados declaren su reconocimiento de ciertas reglas no es suficiente para que la Corte considere que forman parte del derecho internacional consuetudinario y que sea aplicable como tal a esos Estados.

Conforme al artículo 38 de su Estatuto, la Corte, tiene la obligación de aplicar, entre otras cosas, la costumbre internacional "como prueba de una práctica general, que se acepta como derecho", la Corte no puede ignorar el papel esencial que desempeña la práctica general cuando dos Estados acuerdan incorporar una norma particular en un tratado.

El acuerdo es suficiente para hacer que esa regla sea obligatoria para ellos; pero en el campo del derecho internacional consuetudinario, la opinión compartida de las partes en cuanto al contenido de lo que consideran como norma no es suficiente. La Corte debe asegurarse de que la existencia de la norma en *la opinio juris* de los Estados esté confirmada por la práctica.³⁰

³⁰ *Ibidem*, p. 98

Tal sentencia resulta relevante en la medida que la Corte confirmó el tratamiento que ha hecho a la norma consuetudinaria de derecho internacional, así como a sus elementos constitutivos (en especial la *opinio juris sive necessitatis*). La importancia de dicha sentencia radica, también, en que hasta su emisión la Corte elaboró los argumentos más relevantes respecto del derecho internacional consuetudinario.

Sin importar que los asuntos sometidos ante la Corte se traten materias distintas, el derecho internacional consuetudinario muestra cierta uniformidad respecto de su base teórica.

Por último; en resumen: el estudio cronológico hecho a la jurisprudencia de la Corte demuestra que para la existencia de una norma consuetudinaria de derecho internacional se debe aplicar una práctica que se ejecute con la convicción de cumplir con una obligación y/o ejercer un derecho.

1.3 COSTUMBRES GENERALES Y COSTUMBRES LOCALES

La distinción, quizá, más clara entre costumbres locales y generales, fue formulada por el juez De Castro en su opinión individual relativa al caso “Competencia en materia de Pesquerías” del 25 de julio de 1974, y las distingue en relación a la prueba de la *opinio juris* en los siguientes términos:

“...*International customary law does not need to be proved; it is of a general nature and is based on a general conviction of its validity (opinio iuris). The Court must apply it ex officio; it is duty to know it as quaestio iuris: iura novit curia . Only regional customs or practices, as well as special customs, have to be proved.*”³¹

Así pues, las costumbres locales deben ser probadas, esto es, en razón de que su existencia no resulta obvia como una costumbre seguida por una mayoría abrumadora.

Aunque, dentro de su jurisprudencia la Corte afirmó que en el campo del derecho internacional consuetudinario, la opinión compartida de las partes en cuanto al contenido de lo que consideran como norma no es suficiente. La Corte debe asegurarse de que la existencia de la norma en *la opinio juris* de los Estados esté confirmada por la práctica.³²

Son los ejemplos de conductas lo que conforman la práctica, lo cual se entiende también, desde distintas opiniones que se crea una “evidencia de precedentes”³³ a través de la cual se analiza el alcance y límite de obligatoriedad de una conducta.

³¹ Cfr. International Court of Justice, *Fisheries jurisdiction case*, Separate opinion of judge De Castro, Op. Cit., p.100.

³² Cfr. International Court Of Justice, *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua*, Op. Cit., p. 98.

³³ Cfr. International Court of Justice, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, 1970, Separate Opinion of Judge Ammoun p. 329 ; véanse también: International Court of Justice *Corfu Channel case*, Judgment of 9 April 1949, p. 83; International Court of Justice, *North Sea Continental Shelf*, Judgment 1969, Dissenting Opinion of Judge Tanaka, p 175

Véase pues, en ese sentido, el 20 de Noviembre de 1950, la Corte Internacional de Justicia tuvo la oportunidad de analizar el tema respectivo a la costumbre local en el “caso del asilo” (Colombia/Perú), en donde se pretendía la existencia de una costumbre local referente al asilo diplomático entre ambos Estados.

El jurista Georges Scelle quien elaboró los argumentos de Perú, recurrió a rebatir la obligatoriedad de tal costumbre local en función del elemento subjetivo *opinio juris sive necessitatis* al hacer énfasis en el génesis de la norma consuetudinaria de derecho internacional en los siguientes términos:

“... Nous soulignons seulement que, pour prouver l'existence de la règle, il faut établir la coexistence des deux éléments formateurs que l'article 38 b synthétise en ces termes, comme pour mieux souligner la nécessité de leur conjonction: B “pratique générale acceptée comme étant le droit”. Traditionnellement, on s'est toujours accordé à reconnaître, en les distinguant, ces deux éléments formateurs sous les termes de : a) consuetudo ou répétition de comportements concordants par les divers sujets du droit international, notamment les gouvernements et organes de l'État; b) l'opinio juris sive necessitatis, c'est-à-dire la conscience qu'ont les sujets de droit agissants d'obéir à la nécessité

*sociale, autrement dit au droit qui, dans tout système juridique, en est l'expression.*³⁴

Tal argumento revela que más allá del elemento material o práctica, se requiere de manera necesaria el elemento subjetivo, el cual ayuda a la distinción entre una simple conducta ejecutada en pluralidad de ocasiones dentro de cierto espectro temporal (*usus*) y una obligación jurídica. En este mismo sentido, la Corte ofreció un argumento esencial para la identificación de una costumbre local.

Por principio, la Corte señaló que la parte que argumenta una costumbre de esta clase debe probar que esta costumbre se encuentra establecida de forma tal en que se haya convertido en obligatoria para la otra parte.³⁵ La Corte hace notar que la carga de la prueba recae en la parte que invoca una costumbre de esta clase, ya que de cierta manera, la naturaleza de este tipo de costumbre, la Corte la entiende como *in fieri*.

Por consiguiente, un Estado debe probar que la regla invocada concuerda con un uso constante y uniforme practicado por los Estados en cuestión³⁶, de forma en que este uso sea la expresión de un derecho perteneciente al Estado que otorga asilo y un deber que incumbe al Estado territorial.³⁷

³⁴International Court of Justice, *Asylum Case (Colombia/Peru)*, Counter-Memorial submitted by the Government of the Republic of Peru, 21 March 1950, pp. 108 y 109

³⁵ International Court of Justice, *Asylum Case (Colombia/Peru)* Judgment of 20 November 1950, p. 276

³⁶ *Idem.*

³⁷ *Idem.*

De tal suerte, la Corte señaló que aquello se desprende del artículo 38 del “Estatuto de la Corte”, que se refiere a la costumbre internacional como prueba de una práctica general, que se acepta como derecho.³⁸ Ya que, la variación que existente es referente a la cantidad de sujetos que constituyen la práctica y por tanto, equivalente al rigor probatorio de la misma, por lo que la definición de costumbre no se ve afectada.

Al tratarse de costumbres locales, la Corte hace especial énfasis en los derechos y obligaciones de los Estados implicados. De tal manera, que la Corte sostiene que para generar derechos y obligaciones legales, se les debe dar expresión jurídica y encontrarse dentro de una forma legal”.³⁹

Por lo tanto, en el tema de costumbres locales, la Corte no encuentra razón alguna por la cual la práctica prolongada entre dos Estados aceptada por ellos como regulación de sus relaciones no debe constituir la base de los derechos y obligaciones mutuos entre ambos Estados.⁴⁰

1.5 APROXIMACIÓN A LA METODOLOGÍA DE LA CORTE

Derivado del tratamiento que la Corte ha establecido al derecho internacional consuetudinario, esta parte del presente estudio describirá la metodología jurídica

³⁸ *Ibidem*, pp. 276 y 277.

³⁹ Cfr. International Court of Justice, *South West Africa Cases* (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Second Phase, Judgment of 18 July 1966, p. 34.

⁴⁰ Cfr. International Court of Justice, *Case Concerning Right of Passage Over Indian Territory* (Portugal v. India) Judgment of 12 April 1960, P. 39.

empleada por la Corte en el caso de “Inmunidades Jurisdiccionales del Estado (Alemania vs. Italia, Grecia interviene)” del 3 de febrero de 2012, ya que es indispensable que la sentencia en cuestión haya sido resuelta conforme al derecho internacional consuetudinario, esto es, que la hipótesis científica (decisión final) no se puede inferir por procesos deductivos, sino que solo se puede justificar por medio de los enunciados del sistema legal⁴¹.

Para ofrecer una conclusión precisa que devenga de lo que se expondrá en el desarrollo de este apartado, habrá que definir, primeramente, las nociones de “metodología” y “metodología jurídica” con las que se desarrollará esta parte del estudio.

Así pues, la metodología es el lado técnico de la “epistemología”⁴², la cual se conforma de reglas generales procedentes de la descripción general respecto de una actividad científica. La metodología no es un manual rígido cuyo contenido este conformado por reglas rígidas necesarias para la producción del conocimiento, pero uno de sus objetivos e intereses es el estudio del método científico.⁴³

⁴¹ POPPER, KARL, *“La lógica de la investigación científica”*, S.N.E., Trad. de Víctor Sánchez de Zavala, Ed. Tecnos, Madrid, 2004, p.105

⁴² La epistemología se puede denominar con diversas expresiones: teoría del conocimiento, filosofía de la ciencia, y antiguamente gnoseología. Cfr. BUNGE, MARIO, *“Una filosofía realista para el nuevo milenio”*, S.N.E., Ed. Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, Perú, 2003, p. 57

⁴³ «... *Coexisten varias metodologías en la filosofía de la ciencia contemporánea, pero todas ellas son algo muy diferente de lo que solía entenderse por “metodología” en el siglo XVII e incluso en el XVIII. Entonces se confiaba en que la metodología suministraría a los científicos un libro de reglas mecánicas para la solución de sus problemas. En la actualidad, las metodologías modernas o “lógicas de la investigación” sólo consisten de un conjunto de reglas (posiblemente no bien articuladas y, desde luego, no mecánicas) para la evaluación de teorías ya propuestas y articuladas. A menudo esas reglas o sistemas de evaluación sirven*

Resulta pertinente cuestionar ¿Cuál sería una manera de entender la noción de metodología jurídica?, a lo que Larenz afirma: ... *"La metodología jurídica describe no sólo cómo se ha de proceder de hecho, sino que plantea también la cuestión sobre el valor, sobre el posible éxito de ciertos métodos. No procede en esto tan solo 'descriptivamente', sino también 'normativamente' "*⁴⁴

Respecto de la metodología jurídica existen dos tipos: metodología académica y dogmática, y metodología judicial.⁴⁵ Tal división presenta las dos dimensiones en que se realiza la actividad jurídica, la metodología judicial es la pertinente en el desarrollo del presente apartado, ya que este tipo de metodología se enfoca en el conocimiento empírico, el producido en las cortes y tribunales.

La metodología judicial tiene como enfoque de estudio a la sentencia, de la cual para su estudio se va a fragmentar en: los criterios de argumentación jurídica, el razonamiento proporcionado por los jueces y la interpretación de la norma en el caso concreto para la resolución de la controversia.

también como teorías acerca de la "racionalidad científica", como "criterios de demarcación" o como "definiciones de ciencia".» LAKATOS, IMRE, *La metodología de los programas de investigación científica*, Escritos filosóficos 1, S.N.E., Trad. de Diego Ribes Nicolás, Alianza Editorial, Madrid, 2002, P. 135

⁴⁴ LARENZ, KARL, *"Metodología de la ciencia del derecho"*, S.N.E., Ed. Ariel Derecho, Barcelona, España, 2010, p. 236

⁴⁵ SALAS, MINOR, *"Debate sobre la utilidad de la metodología jurídica: una reconstrucción crítica de las actuales corrientes metodológicas en la teoría del derecho"* Revista Telemática de Filosofía del Derecho 12, 2009, p. 208

Así pues, la Corte inició su razonamiento al destacar (en el párrafo 52) que las acciones presentadas ante las jurisdicciones italianas tienen como origen los actos perpetrados por las fuerzas armadas y otros órganos del Reich alemán.⁴⁶

En esencia la Corte inició su argumentación en el párrafo 53, es decir, se allegó a la delimitación de su labor jurisdiccional, cuando expresó que la cuestión que le corresponde solucionar es aquella de saber si la jurisdicción italiana estaba obligada a acordar la inmunidad a Alemania.⁴⁷

La Corte (en el párrafo 54) decide que en las relaciones entre Alemania e Italia es solamente el derecho internacional consuetudinario el que fundamenta el derecho a la inmunidad y no las disposiciones convencionales, ya que ni Alemania ni Italia son partes en alguna convención relativa al tema.⁴⁸

En el párrafo 55 la Corte, primeramente se refiere al artículo 38,1, inciso b) de su Estatuto que determina a la costumbre como “evidencia de una práctica general que se acepta como derecho”, seguidamente, refiere la necesidad de interpretar la inmunidad jurisdiccional a través de los criterios que tantas veces ha enunciado y que permiten la identificación de una regla de derecho internacional consuetudinario.⁴⁹

⁴⁶Cfr. International Court of Justice, *Jurisdictional immunities of the state* Case (Germany v. Italy : Greece intervening) Judgment of 3 February 2012, p. 100

⁴⁷ *Ibidem*, p. 122.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ *Idem*.

La Corte en su estudio utilizó un sistema de precedentes, “citó” su propia jurisprudencia” (Plataforma continental del mar del Norte 1969, p. 44, par. 77, y Plataforma continental (Jamahiriya árabe libia/ Malta), 1985, p. 29-30, par. 27) para comprender el alcance y la extensión del derecho internacional consuetudinario⁵⁰, es decir, la Corte se sirve del conocimiento generado *a priori* en sentencias anteriores (jurisprudencia).

El ejercicio de citar sus propias sentencias revela un método inductivo, ya que las sentencias en su carácter de norma individual y *res iudicata*, son reglas jurídicas de un caso particular como lo señala el artículo 59 del Estatuto, pero se abstraen a una generalidad de conocimiento que servirá de “guía” o criterio orientador como lo revela el artículo 38.1, inciso d) del mismo Estatuto.

La Corte determinó, como premisa menor (por verlo como un silogismo teórico), el enunciado relativo a la costumbre internacional, ya que lo utilizó como parámetro para determinar las pruebas de los elementos de la costumbre internacional en razón de los hechos del contexto concreto.⁵¹

⁵⁰ *Ibidem*, p. 122 y 123

⁵¹... “*In the present context, State practice of particular significance is to be found in the judgments of national courts faced with the question whether a foreign State is immune, the legislation of those States which have enacted statutes dealing with immunity, the claims to immunity advanced by States before foreign courts and the statements made by States, first in the course of the extensive study of the subject by the International Law Commission and then in the context of the adoption of the United Nations Convention. Opinio juris in this context is reflected in particular in the assertion by States claiming immunity that international law accords them a right to such immunity from the jurisdiction of other States ; in the acknowledgment, by States granting immunity, that international law imposes upon them an obligation to do so ; and, conversely, in the assertion by States in other cases of a right to exercise jurisdiction over foreign States. While it may be true that States sometimes decide to accord an immunity more extensive than that required by international law, for present purposes, the point is that the grant of immunity in such a case is*

La Corte en el párrafo 56 afirma que la norma de inmunidad jurisdiccional es una norma en vigor, ya que refirió a los asertos de la Comisión de derecho internacional, así como las pruebas que la misma argumenta respecto de dicha norma.⁵²

En tal sentido, si es cierto que una regla de derecho internacional consuetudinario requiere una práctica y una *opinio juris*, la regla de inmunidad jurisdiccional requiere una práctica y una *opinio juris* para ser una regla de derecho internacional consuetudinario. Por lo que la Corte, examinó ambos elementos para determinar su existencia, e inicio por la práctica.

La Corte dividió en 3 enfoques de estudio a la práctica, el primero muestra que la Corte analizó la práctica de los Estados tal y como se refleja en las legislaciones nacionales y reveló que nueve de diez Estados a los que las Partes se refirieron, se pronunciaron específicamente sobre la materia.⁵³

not accompanied by the requisite opinio juris and therefore sheds no light upon the issue currently under consideration by the Court". Ibidem, p. 123

⁵² "... 56. Although there has been much debate regarding the origins of State immunity and the identification of the principles underlying that immunity in the past, the International Law Commission concluded in 1980 that the rule of State immunity had been "adopted as a general rule of customary international law solidly rooted in the current practice of States" (*Yearbook of the International Law Commission, 1980, Vol. II (2), p 147, para. 26*). That conclusion was based upon an extensive survey of State practice and, in the opinion of the Court, is confirmed by the record of national legislation, judicial decisions, assertions of a right to immunity and the comments of States on what became the United Nations Convention. That practice shows that, whether in claiming immunity for themselves or according it to others, States generally proceed on the basis that there is a right to immunity under international law, together with a corresponding obligation on the part of other States to respect and give effect to that immunity. *Ibidem, p. 123*

⁵³ *Ibidem, párrafo 70, p. 130.*

Con un procedimiento idéntico al primero, el segundo enfoque respecto de la práctica revela que la Corte analizó la práctica de los Estados, tal como se refleja en las decisiones de las jurisdicciones nacionales, relativas a la inmunidad del Estado en lo que concierne a los actos de fuerzas armadas.⁵⁴

En el último enfoque se reveló que, la Corte consideró, sin embargo, que, para los fines del presente caso, la práctica más pertinente reside en las decisiones emitidas por las jurisdicciones internas que debieron resolver la cuestión de saber si un Estado podía pretender gozar de inmunidad en las instancias relativas a los actos que sus fuerzas armadas habrían cometido en el marco de un conflicto armado.⁵⁵

La Corte dentro de su investigación epistemológica, en el párrafo 77 Señaló que la práctica estatal surgida de las decisiones judiciales certifica que un Estado sigue en gozo, en el marco de instancias civiles, de inmunidad. Es decir, existe el “deber” de otorgar la inmunidad jurisdiccional por parte de un Estado a otro.⁵⁶

Se entiende que es una práctica general, ya que la Corte comprobó y afirmó que “lo certifican las posiciones de diversos Estados y la jurisprudencia de un cierto número de jurisdicciones nacionales”; se entiende que la práctica es

⁵⁴ *Ibidem*, párrafo 72, pp. 131 y 132.

⁵⁵ Cfr. *Ibidem*, párrafo 73, p. 132.

⁵⁶ *Ibidem*, párrafo 77, pp. 134 y 135.

uniforme cuando la Corte afirmó que “la ausencia casi total de toda jurisprudencia contraria es igualmente significativa”.⁵⁷

Para determinar el elemento material u objetivo, la Corte, se allegó de un cúmulo de conocimientos manifestados en diversos instrumentos jurídicos (legislación, jurisprudencia...) de los miembros de la comunidad internacional que tuvieron oportunidad de colaborar en el desarrollo de la regla, es decir, una “generalidad” de información se analizó hasta formar un conocimiento “particular” y pertinente para desarrollar el conocimiento del caso presente.

Una vez satisfecha la práctica, y si una regla de derecho internacional consuetudinario requiere una práctica y una *opinio juris*, la regla de inmunidad jurisdiccional requiere una práctica y una *opinio juris* para ser una regla de derecho internacional consuetudinario. Por lo que Corte procedió a “valorar” la existencia de la *opinio juris*.

La Corte determinó el elemento *opinio juris sive necessitatis* cuando afirmó que, tal práctica está relacionada con la *opinio juris*, al igual que lo certifican las posiciones de diversos Estados y la jurisprudencia de un cierto número de jurisdicciones nacionales, que indicaron de manera clara que consideraban que el derecho internacional consuetudinario exigía el reconocimiento de la inmunidad.⁵⁸

⁵⁷ *Ibidem*, p. 135.

⁵⁸ *Ibidem*, párrafo 77, p.135.

La Corte comprobó el elemento *opinio juris* a partir de la práctica general, es decir, su método de comprobación se encuentra paralelamente dentro del de la práctica estatal. En tal sentido, la *opinio juris* fue probada de manera objetiva mediante las pruebas que acreditan la existencia del elemento objetivo y no subjetiva, a partir de las creencias reales de un Estado.

Si la *opinio juris sive necessitatis* reposa en consideraciones psicológicas, no es susceptible de ser entendida, ni mucho menos probada por las posiciones de diversos Estados y la jurisprudencia de un cierto número de jurisdicciones nacionales. Así pues, la Corte no insistió en la prueba de un elemento psicológico, ni si quiera incorporo en sus funciones la de la “volición”, ni existió alguna prueba psíquica tendiente a demostrar sentimientos, pensamientos o convicciones.

De tal suerte, probar la *opinio juris* de manera objetiva incompatibiliza (desde la *praxis* de la Corte) cualquier definición de la misma como “sentimiento”, “convicción”... Ya que, es cierto, hay que aceptar que es una conducta estatal, pero no una conducta interna, sino externa u objetiva. El problema radica en que esa conducta externa es en sí la “práctica general”, por lo que la *opinio juris* es superflua.

Es superflua, ya que su dependencia del elemento objetivo es equiparable a una tautología, esto es, sería equivalente a decir que la “verdad es verdad porque

no puede ser mentira”, o en otro sentido se puede señalar que es una contingencia, es decir, no es necesaria ni imposible.

De lo demostrado por la Corte, se dice que: una regla de derecho internacional consuetudinario requiere una práctica, la regla de inmunidad jurisdiccional requiere una práctica para ser una regla de derecho internacional consuetudinario. Ambas premisas son verdaderas, puesto que a través de ellas la Corte llegó a su hipótesis científica, es decir, sus puntos resolutivos.⁵⁹

Por su parte, la Corte se sirve de la norma consuetudinaria (elemento particular) como parámetro que resuelva, si existe un acto antijurídico de las interrogantes que plantean las situaciones descritas⁶⁰.

La actividad de resolver las cuestiones planteadas a través de hechos jurídicamente relevantes y “particulares” del presente asunto con la utilización como parámetro de una norma consuetudinaria de derecho internacional, perteneciente al derecho internacional “general”, revela la aplicación de un método inductivo, esto es, ir de lo particular a lo general.

Por último y a manera de conclusiones, la metodología de la Corte (al menos en este asunto) es deductiva, tanto como la metodología jurídica y la metodología de la investigación científica. Esto es así, en la medida que el estudio

⁵⁹ Véase, *Ibidem*, pp 154-156.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 136-145

se realiza a partir de reglas generales, el estudio de los métodos que utiliza, y que de esa generalidad se sustrae el conocimiento y el método científico.

En lo que se refiere al nivel de actividad epistemológica, se ciñe a un estudio analítico respecto de la teoría dual consuetudinaria, esto es, descomponer la norma consuetudinaria de derecho internacional en dos elementos: práctica general y uniforme, y *opinio juris sive necessitatis* (aunque se comprueba objetivamente).

Respecto de sus razonamientos y argumentación jurídica se utiliza un método deductivo, esto es el estudio de jurisprudencia, legislación, convenciones internacionales, trabajos de la Comisión de Derecho Internacional y los comentarios que realizan a los Estados para definir las circunstancias a resolver y justificar.

La metodología supone como método idóneo el deductivo en virtud de su eficacia sostenida en la jurisprudencia de la Corte, respecto de la epistemología los antes descritos. No obstante, pese a ser posible e innecesaria la *opinio juris*, se considera aún el método analítico, ya que es necesario para conocer la relación entre la norma derecho internacional general y la norma subjetivizada que resuelve las circunstancias particulares.

CAPÍTULO 2. LA DOCTRINA DOMINANTE Y LA INFLUENCIA DEL DERECHO OBJETIVO

En el capítulo anterior fue estudiada la costumbre internacional como evidencia de una práctica general que se acepta como derecho, en tanto es la definición que ofrece el Estatuto de la Corte y en tanto que el estudio fue realizado a la jurisprudencia de ésta. Dicho estudio refiere a dos elementos constitutivos de la costumbre internacional, a saber, una práctica general y uniforme (elemento objetivo), y *opinio juris* (elemento subjetivo).

Dentro de tal estudio fue demostrado a través de la metodología de la Corte, que la costumbre consta únicamente de un elemento, el elemento objetivo o práctica general, ya que el elemento subjetivo no es posible de demostrar debido a su naturaleza abstracta, por lo que consecuentemente, la Corte carece de algún método o forma de probar su existencia.

Por otra parte, en relación al interés primario de este trabajo, dentro de este capítulo se describe a la costumbre internacional de manera objetiva, es decir, a partir de un solo elemento, la práctica general o elemento objetivo conforme a una teoría jurídica. Se muestra al derecho como un sistema de normas válidas. Su objeto son las normas generales e individuales. A los hechos los considera en tanto se determinen en alguna forma por los preceptos jurídicos. Los enunciados

por medio de los cuales el derecho positivo describe su objeto son enunciados acerca de lo que “debe ser”.⁶¹

Así pues, el primer problema a resolver será la influencia de la doctrina francesa del derecho objetivo en dentro de la Corte Internacional de Justicia que incluye al elemento subjetivo. El hecho de referirnos a tal doctrina se debe a la pretensión de refutar que el derecho objetivo se manifiesta en el derecho positivo, debido a que el primero descansa en “la conciencia de la solidaridad”, que existe entre los miembros de cualquier agrupación humana.⁶²

El segundo problema a resolver será la inadecuada inclusión de explicaciones sociológicas, políticas, económicas o de cualquier índole ajenas a la teoría jurídica, cuya intención es explicar y describir una “teoría del derecho internacional consuetudinario”; mismas que merman la heurística de ésta.

Por tanto, esta parte del estudio iniciará con una breve descripción de la “doctrina dominante” y la influencia del derecho objetivo en ella; seguirá con una descripción analítica de los elementos de la costumbre internacional, elaborada desde una teoría jurídica. Por último se demostraran las contradicciones lógicas contenidas en las hipótesis de “costumbre emergente”, “cristalización” y “codificación”.

⁶¹ KELSEN, HANS, “*Teoría general del Derecho y del Estado*”, Op. Cit., p. 192.

⁶² KELSEN, HANS, “*Teoría del Derecho Internacional Consuetudinario*”, Op. Cit., p. 22.

2.1 DOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS: “UNA PRÁCTICA GENERAL ACEPTADA COMO DERECHO”

Tal doctrina podría visualizarse como catalítica al encontrarse en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, por lo cual, permite formular una interrogante respecto a esta situación, ¿Cómo ha alcanzado tal soporte y respaldo dicha postura?

Por lo que, tal respuesta se puede obtener al observar la influencia que la Corte Permanente de Justicia Internacional ejerció, la Corte Internacional de Justicia⁶³ y la Comisión de Derecho Internacional ejercen sobre diversos tribunales⁶⁴, cortes⁶⁵, las opiniones de diversos autores⁶⁶, los instrumentos jurídicos de algunos Estados⁶⁷, la Unión Europea⁶⁸...

⁶³ “... El carácter dual del fenómeno consuetudinario se refleja directamente en la representación que de él hacen las diversas corrientes de la doctrina, tanto objetivista como voluntarista. Tanto para unas como para otras, respaldadas por el citado texto del Artículo 38. b del Estatuto de la Corte de La Haya (Corte Permanente de Justicia Internacional y, posteriormente, Corte Internacional de Justicia), es preciso que concurren dos elementos para que se origine la costumbre como norma de derecho.” DUPUY PIERRE Y. KERBRAT, “*Droit international public*”, 10ª ed., Ed. Dalloz, París 2010, p. 364

⁶⁴ El Tribunal Supremo de Singapur declaró: “... una práctica generalizada y prácticamente uniforme de todos los Estados [...] junto con la *opinio juris*, es lo que se necesita para que la norma en cuestión pase a ser una norma de derecho internacional consuetudinario.” Yong Vui Kong v. Public Prosecutor, [2010] 3 S.L.R. 489 [2010] SGCA 20 (Tribunal Supremo de Singapur – Tribunal de Apelaciones, 14 de mayo de 2010), párrs. 96- 98; En Eslovenia, el Tribunal Constitucional manifestó: esas normas “...*pueden pasar a ser obligatorias como derecho internacional consuetudinario cuando las aplican un gran número de Estados con la intención de respetar una norma de derecho internacional.*” Decisión núm. U-I-146/07, de fecha 13 de noviembre de 2008, véase también causa núm. Up-13/99, decisión de 8 de marzo de 2001, párr. 14.

⁶⁵ Comisión de Derecho Internacional, Primer informe sobre: “*formación y documentación del derecho internacional consuetudinario*”, Michael Wood, Relator Especial, 65º período de sesiones Ginebra, 6 de mayo a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2013 (A/CN.4/663), pp. 32-42 y ss.

⁶⁶ Véanse, por ejemplo, “... *los elementos fundamentales constitutivos de la costumbre son: la práctica de los Estados (usus o diuturnitas) y las correspondientes opiniones de los Estados (opinio juris u opinio juris sive necessitatis)*”; CASSESE, ANTONIO, “*International Law*”, 2a ed., Ed. Oxford University Press, Oxford 2005, pp. 153 - 169; “...pueden detectarse dos elementos básicos en la configuración de una costumbre. Se trata de los hechos materiales, esto es, el comportamiento efectivo de los Estados, y la creencia psicológica o

Por otra parte, cuando tuvieron lugar los debates correspondientes a 2012 y 2013 de la Sexta Comisión sobre los informes de la Comisión de Derecho Internacional, algunos Estados, en sus argumentos han aceptado y reconocido dicha postura.⁶⁹ Además, en tiempo reciente, ningún Estado ha formulado argumentos tendientes a entender de manera distinta al derecho internacional consuetudinario frente a la Corte Internacional de Justicia.

La aceptación abrumadora al enfoque basado en dos elementos constitutivos que conforman la esencia del derecho internacional consuetudinario, también, resultan ser las pruebas de una norma consuetudinaria de derecho internacional. Se ha vuelto un enfoque casi incontrovertible en la *praxis* jurídica internacional y con ello se consolida como “la doctrina dominante”.⁷⁰

subjetiva de que ese comportamiento es derecho”, SHAW, MALCOLM, “*International Law*”, 6a ed., Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 72 – 93.

⁶⁷ “... *confirman su común entendimiento acerca de que ‘derecho internacional consuetudinario’ generalmente y como refiere específicamente el artículo 5 y el anexo B resulta de una práctica general y constante seguida por los Estados a la que se asigna carácter legal y obligatorio*”. Anexo A del Tratado entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República de Rwanda relativo a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (2008) y anexo A del Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Oriental del Uruguay relativo a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (2005); Escrito de los Gobiernos del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Reino de los Países Bajos en calidad de amici curiae en apoyo de los demandados en la causa Esther Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co et al. (3 de febrero de 2012) ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, pág. 8.

⁶⁸ Esa posición recibió el apoyo del conjunto de los Estados miembros de la Unión Europea en las Directrices de la Unión Europea para fomentar la observancia del derecho internacional humanitario, que definen el derecho internacional consuetudinario como una fuente del derecho internacional que “...*procede de los usos y costumbres de los Estados, considerados de obligado cumplimiento.*” Directrices actualizadas de la Unión Europea para fomentar la observancia del derecho internacional humanitario (Diario Oficial de la Unión Europea, C 303, 15 de diciembre de 2009), párr. 7.

⁶⁹ Austria, la Federación de Rusia, la India, Israel, la República Islámica del Irán, Malasia, los países nórdicos, Portugal, Sudáfrica y Viet Nam, entre otros. www.un.org/en/ga/sixth/.

⁷⁰ “... *el enfoque basado en dos elementos [...] ha facilitado la formación e identificación de normas de derecho internacional que, en su mayor parte, han obtenido aceptación general, al tiempo que ha permitido al derecho internacional consuetudinario mantener su flexibilidad característica. Ha demostrado ser útil, además de estable, y mantiene su posición de autoridad a través del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que es vinculante para 193 Estados. Otras teorías sobre el modo en que surgen las normas de derecho internacional consuetudinario reflejan, en esencia, prácticas políticas; como tales pueden ser*

2.2 LA PRÁCTICA GENERAL

Es el estado de hecho creador de la costumbre internacional; es la conducta decretada por la “norma básica” que hace de la costumbre un hecho creador de derecho; es la realización, por parte de los Estados⁷¹ de manera aislada, de una conducta reiterada. De ahí que la práctica general pueda llegar a ser una norma general que se adquiera con la realización continuada de una conducta concreta atribuible al Estado.

Una práctica general es “potencialmente” una norma general de derecho internacional consuetudinario⁷², ya que la suma de las conductas aisladas, que realizan los Estados, conforman una práctica general, lógicamente significa que se subsume un fenómeno concreto bajo un concepto abstracto.

El carácter jurídico de tal aserto reside en que la razón de validez de la práctica general es la norma básica del derecho internacional consuetudinario, que a su vez, es la razón de validez de la creación consuetudinaria, es decir, la práctica general deriva de la norma que considera a la costumbre como un hecho

instructivas, pero no dejan de ser política y no derecho.” OMRI SENDER Y MICHAEL WOOD, “*The emergence of customary international law: between theory and practice*”, en *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law Making* (Y. Radi y C. Brölmann eds., de próxima publicación) Citado en Comisión de Derecho Internacional, Primer informe sobre: “*formación y documentación del derecho internacional consuetudinario*”, Op. Cit., p. 12.

⁷¹ En cuanto al número mínimo de Estados “... *The Court sees no reason why long continued practice between two States accepted by them as regulating their relations should not form the basis of mutual rights and obligations between the two States*”. International Court of Justice, *Case Concerning Right of Passage Over Indian Territory* (Portugal v. India) Op. Cit., p. 39.

⁷² Ya que la Corte ha establecido la existencia de costumbres locales. *Idem*.

creador de derecho y la cual se podría expresar en la siguiente forma: “los Estados deben conducirse en la forma en que han solido hacerlo”⁷³

2.2.1 FUNCIÓN DE LA PRÁCTICA

Es establecer los elementos esenciales de la norma consuetudinaria de derecho internacional⁷⁴, y que conforman a cualquier norma jurídica positiva: positividad, vigencia (también llamada “vigor” o “validez”), eficacia, deber jurídico y acto antijurídico. También, tiene como función específica crear derecho no escrito, es decir, derecho consuetudinario, ya que es el método particular de la creación consuetudinaria.

La diferencia entre derecho escrito y derecho no escrito reside únicamente en dos sentidos: la primera diferencia es que el primero es establecido por un acto volitivo dirigido deliberadamente a su creación y el segundo es creado por la vía de la costumbre; la segunda es que el derecho escrito se encuentra formulado de manera literal o escrita (valga la tautología), y el no escrito se deduce de los hechos empíricos de las conductas provenientes de los sujetos que conforman una práctica general.

⁷³ KELSEN, HANS, “*Teoría general del Derecho y del Estado*”, Op. Cit., p. 440.

⁷⁴ Cfr. International Court of Justice, *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits)*, Judgment of 12 April 1960, Dissenting Opinion of Judge Sir Percy Spender pp. 99;

Consecuentemente se ha de señalar brevemente en qué consisten los elementos mencionados, para comprender la importancia de la práctica general y, para esclarecer (en lo consecutivo de este trabajo) como éstos se desarrollan en el proceso de creación de una norma consuetudinaria de derecho internacional:

La positividad de una norma deviene por quienes establecen tal norma.⁷⁵ En el caso de la creación consuetudinaria internacional los sujetos facultados por la norma básica son los Estados, por lo que sus conductas caracterizadas como hechos empíricos que conforman la práctica general son objeto de esa norma, lo que los convierte en los sujetos creadores de tal derecho y por tanto, la norma es positiva, ya que quienes la establecen son los Estados caracterizados como los órganos facultados para ello.⁷⁶

La eficacia de una norma consuetudinaria de derecho internacional consiste en que ésta se cumple “efectivamente” y en gran medida, y cuando no se cumple, se aplica en gran medida.⁷⁷ Su vigencia consiste en que “debe ser” cumplida y cuando no se cumple, “debe ser” aplicada.⁷⁸

⁷⁵ KELSEN, “*Teoría general de las normas*”, Primera edición, Ed. Trillas, México, 2003, p. 144.

⁷⁶ Cfr. KELSEN, HANS, “*Teoría general del derecho y del Estado*”, Op. Cit., p. 421.

⁷⁷ “... la eficacia de una norma, implica que excepcionalmente será incumplida e inaplicada, es decir, es cumplida y aplicada en “gran medida”. Debe de existir la posibilidad de ser incumplida o inaplicada. Ya que si lo que debe suceder, siempre sucede necesariamente, sin excepción, se hace superflua una norma que disponga el suceso como debido, viceversa, es vano establecer una norma que disponga como debido algo que es imposible de suceder.” KELSEN, “*Teoría general de las normas*”, Op. Cit., pp. 144 y 145.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 145.

El sentido de una norma jurídica positiva es el de un “deber ser” que, a su vez, se divide en dos “condiciones”, la norma debe ser: 1) obedecida o 2) aplicada por el órgano jurisdiccional. Una práctica general en sentido estricto solamente es obedecida, es decir, aún no ha sido aplicada por un órgano jurisdiccional. Esto se debe en gran medida a que apenas es un conjunto de conductas cuya razón de validez es la norma básica.

Si la prescripción de la norma consuetudinaria ordena que algo “debe ser”, consecuentemente, este “deber ser” refiere a la obediencia por los Estados obligados y en caso de ser desobedecida el órgano jurisdiccional debe aplicar la sanción. Esto significa que el órgano jurisdiccional al establecer la sanción constata el deber y la vigencia de la norma, pues impone un acto coercitivo.⁷⁹

El órgano jurisdiccional tiene que aplicar el derecho precisamente cuando el Estado desobedece, éste es el caso para el cual la sanción se establece. La sanción sólo puede ser establecida por un órgano jurisdiccional si existe un acto antijurídico, es decir, la conducta que es la condición específica de la sanción.⁸⁰

En este sentido si se dice que existe una práctica general es debido a que el conjunto de conductas que la conforman han establecido una cierta conducta

⁷⁹ *Ibidem*, p. 41.

⁸⁰ “... *Una conducta es antijurídica porque tiene como consecuencia una sanción. Desde el punto de vista de la teoría jurídica, no hay más criterio del acto antijurídico que el hecho de que la conducta sea condición de la sanción. No hay acto antijurídico en sí mismo.*” KELSEN, HANS, “*Teoría general del derecho y del Estado*”, Op. Cit., p. 63.

obedecida por los Estados, de tal suerte que la conducta contraria a ésta es la condición de la sanción, es decir el “acto antijurídico”.

Por tanto, el conjunto de conductas de los Estados que conforman una práctica general tienen como función establecer un “deber jurídico” o la vigencia de la norma, de tal suerte, también se establece el “acto antijurídico” al ser entendido como la contrapartida del “deber jurídico”.

2.2.2 ATRIBUCIÓN DE LA CONDUCTA

A un Estado se le atribuye una práctica estatal cuando alguno de sus órganos estatales expresa una conducta que sea objeto de una práctica general; cuando una norma consuetudinaria de derecho internacional está vigente sólo se observa si el Estado ajusta o no su conducta a la norma, sin importar sus facultades constitucionales ó si se trata de una autoridad del gobierno central o de una división territorial.

La práctica estatal emana de las conductas de órganos del Estado. En tal sentido se dice que al momento de identificar a los órganos estatales, el estudio de la “responsabilidad internacional de los Estados” resulta análogo. Pese a que

no en todos los casos, los requisitos sean los mismos que se necesitan para establecer la responsabilidad internacional del Estado.⁸¹

En atención a tal idea, el artículo 4 de la resolución 56/83 de la Asamblea General expresa en los siguientes términos: “...se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole”.

De ahí que, para determinar la conducta que constituye la práctica estatal o que regula una norma consuetudinaria se debe observar el comportamiento de los órganos de autoridad estatal en relación con un “deber jurídico”. No basta con los actos del jefe de Estado, ya que es necesario observar al parlamento y los tribunales cuando sus conductas sean relevantes al derecho internacional consuetudinario.⁸²

Por tanto, “todo órgano del Estado” resulta relevante para atribuirle una práctica al Estado, ya que las facultades constitucionales de dichos órganos son irrelevantes para atribuir una conducta al Estado, la cual contribuye a la formación de una norma consuetudinaria de derecho internacional.⁸³

⁸¹ Cfr. THIRLWAY, HUGH, " *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence* ", S.N.E. vol. II, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 1190

⁸² Cfr. Tribunal Constitucional Federal de Alemania , 2BvR 1506/03, Orden de la Sala Segunda de 5 de noviembre de 2003, párrafo. 51; International Court of Justice, “*Armed Activities on the Territory of the Congo*” (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment 2005, p 242.

⁸³ Cfr. ZEMANEK, KARL, “*What is ‘State practice’ and who makes it?*”, en “*Festschrift für Rudolf Bernhardt*”, U. Beyerlin y otros, S.N.E. , Ed. Berlín, Springer, Berlin 1995, p. 305.

2.2.3 MANIFESTACIÓN DE LA PRÁCTICA ESTATAL

La práctica estatal se manifiesta a través de las conductas de los órganos estatales consistentes en acciones u omisiones expresadas de diversas formas, éstas son imposibles de enlistar debido a la multiplicidad de expresiones que pueden existir. Las organizaciones internacionales pueden contribuir al desarrollo de una práctica general, únicamente cuando su conducta represente de manera clara e inequívoca una conducta concreta de uno o varios de sus Estados miembros, que pudiera ser objeto de una práctica general.

Por ejemplo, son relevantes los actos de los Estados en relación de una persona, o un buque en particular o, una zona geográfica del territorio, con lo cual se constituye la afirmación o negación de una reclamación respecto de una situación concreta, objeto de una controversia jurídica.⁸⁴

Al pensar en el valor de una reclamación en abstracto como manifestación de la práctica estatal, se puede, claramente, apreciar que un Estado nada ha realizado con formular una reclamación, sino hasta que adopta una medida concreta. La reclamación tiene poco valor como predicción de lo que el Estado hará realmente.⁸⁵

⁸⁴ Cfr. THIRLWAY, HUGH *“International Customary Law and Codification”*, S.N.E., Ed. Sijthoff, Leiden, 1972, p. 58

⁸⁵ Cfr. D’AMATO, ANTHONY, *“The Concept of Custom in International Law”*, S.N.E., Ed. Cornell University Press, Ithaca, 1971, p. 88

El magistrado Read en el Caso de Pesquerías de 1951 a través de su opinión disidente sostuvo que la única prueba convincente de la práctica de los Estados radica en la conducta, por ejemplo, cuando el Estado ribereño reafirma su soberanía sobre las aguas y detiene a un buque extranjero y mantiene su posición dentro de la negociación diplomática y el arbitraje internacional.⁸⁶

En tal sentido se afirma que el derecho internacional consuetudinario surge de la práctica estatal y no de las promesas de la práctica estatal. Considerar a las promesas como manifestaciones de la práctica estatal es asumir a actos verbales como la conducta de un Estado, lo que implicaría que los Estados y los tribunales consideren que los comentarios hechos en conferencias internacionales constituyan una práctica de los Estados.⁸⁷

Asumir los actos verbales como práctica estatal es innecesario, pues al hacerlo la práctica estatal tendría que renunciar a su función de establecer el contenido de las normas jurídicas a través de actos de los Estados. Empero, tal idea asume que la costumbre se equipare a un tratado verbal, o un contrato *verbis* del derecho romano. Tal idea sólo podría aceptarse si se asume a la costumbre como un tratado tácitamente concluido (se explicara tal tema más adelante).

⁸⁶ Cfr. International Court of Justice, "*Fisheries case*", judgment, 18 December 1951, Dissenting Opinion of judge Read p. 191.

⁸⁷ Cfr. VILLIGER, MARK, "*Customary International Law and Treaties: a Manual of the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*", 2a ed., Ed. Kluwer Law International, La Haya, 1997, pp. 19 y 20.

La utilidad de pruebas verbales se encuentra justificada “arbitrariamente” sobre la base de las restricciones que impone el derecho internacional, así como la Carta de las Naciones Unidas respecto a ciertas conductas de los Estados.⁸⁸ Aunque en este sentido, los Estados deben conducirse sobre la base de lo regulable por el derecho internacional consuetudinario.⁸⁹

Sin dejar de observar el enfoque descriptivo del estudio de la influencia del “derecho objetivo” y la “doctrina dominante” dentro de este apartado, se hace una mención descriptiva de las formas que puede adoptar la práctica estatal según esta corriente de pensamiento. En este sentido se puede mencionar que la manifestación de la práctica estatal se expresa por medio de:

Correspondencia diplomática, declaraciones de política, comunicados de prensa, opiniones de asesores jurídicos de los gobiernos, manuales oficiales sobre cuestiones jurídicas (por ejemplo, manuales de derecho militar), decisiones y prácticas ejecutivas, órdenes de fuerzas militares (por ejemplo, reglas de enfrentamiento), comentarios de los gobiernos sobre proyectos de la Comisión de Derecho Internacional y sus comentarios correspondientes, legislación, resoluciones judiciales internacionales y nacionales, preámbulos de tratados y otros instrumentos internacionales (en particular cuando se utilice una forma para “todos los Estados”), una serie extensa de tratados que utilicen los mismos

⁸⁸ ZEMANEK, KARL, “What is ‘State practice’ and who makes it?”. Op. Cit, p. 306

⁸⁹ La Corte tuvo oportunidad de enfrentarse ante tal situación con anterioridad, en tal sentido el argumento de la Corte fue: “... 54. *As between Germany and Italy, any entitlement to immunity can be derived only from customary international law(...)Neither Germany nor Italy has signed the Convention.*” International Court of Justice, “*Jurisdictional immunities of the state*”, Op. Cit., p. 122.

términos, la práctica de los órganos internacionales y las resoluciones relativas a cuestiones jurídicas en los órganos de las Naciones Unidas, en particular la Asamblea General.⁹⁰

Es necesario dejar en claro que es imposible que se puedan enumerar “exhaustivamente” todas las formas de manifestación de la práctica estatal, debido a que los cambios políticos y el desarrollo tecnológico constante pueden dar lugar a nuevos sucesos o simplemente mostrar nuevas formas de comunicación o evidencias. La Comisión de Derecho Internacional realizó tal labor, únicamente, en 1950.⁹¹

Por otro lado, la Corte señaló en la opinión consultiva sobre “Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares”, que puede existir una práctica uniforme de no utilización de armas nucleares por parte de los Estados.⁹² Así como en otras oportunidades lo ha manifestado.⁹³

Por el lado de las organizaciones internacionales, éstas pueden aportar una práctica estatal al derecho internacional consuetudinario. Se puede apreciar tal posibilidad al observar el siguiente razonamiento:

⁹⁰ Cfr. CRAWFORD, JAMES, “*Brownlie’s Principles of Public International Law*”, Op. Cit., p. 24

⁹¹ NACIONES UNIDAS, “*Yearbook of the International Law Commission*”, vol. II, núm. de venta: 1957.V.3, vol. II, 1950, p. 368.

⁹² Cfr. International Court of Justice, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*: Advisory Opinion, 1996, p. 253, parágrafo, 65.

⁹³ Publications of the Permanent Court of International Justice, “*The case of the S.S. Lotus*” (*France/Turkey*), Op. Cit., pp. 28 y 29; International Court Of Justice, *Nottebohm Case* , Judgment 1955, p. 22; International Court of Justice, *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua*, Op. Cit., p.99 y ss; International Court of Justice, “*Jurisdictional immunities of the state*” , , Op. Cit., p. 135

“...La Unión actúa en el plano internacional sobre la base de competencias que le otorgan sus tratados constitutivos. Junto a los Estados, es parte contratante en un número considerable de acuerdos internacionales. Además, tiene competencias exclusivas en varios ámbitos abarcados por el derecho internacional. Esas características especiales le otorgan un papel particular en la formación del derecho internacional consuetudinario, a la cual puede contribuir directamente con sus acciones y prácticas”.⁹⁴

Si una organización internacional representa a un Estado se debe observar que un Estado ha conferido una de sus facultades *jure imperii*, sin la intención de reducir su capacidad (aparentemente) de contribuir al derecho internacional consuetudinario, en tal postura, la representación de la Unión Europea o de cualquier otra organización internacional cobra relevancia para este tema.

2.2.4 JERARQUÍA EN LAS PRUEBAS DE LA PRÁCTICA ESTATAL

Dentro de la “doctrina dominante” se aceptan dos formas de manifestación de las conductas: los actos materiales de los Estados y los actos verbales. En este pensamiento no tendría sentido hacer una distinción jerárquica entre uno y otro, ya que los actos verbales pueden constituir la *opinio juris sive necessitatis*, elemento que resulta igual de trascendente que el primero. Únicamente existe una

⁹⁴ Asamblea General (Naciones Unidas), Tema 81 del programa: Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 63º y 65º (continuación) (A/66/10 y Add.1 y A/68/10), Celebrada en la Sede, Nueva York, el lunes 7 de octubre de 2013, a las 10.00 horas, p. 10, párrafo 37.

valoración y estudio, coherentes y conjuntos de las pruebas cuando los órganos estatales mantengan diversas posturas respecto de la práctica estatal.

En tal orden de ideas, se señala la ausencia de cualquier regla dentro del Estatuto de la Corte que haga una discriminación entre las pruebas y en concordancia con la libertad que goza la Corte para elegir y evaluar las pruebas, se justifica la inexistencia de una jerarquía en las pruebas.⁹⁵

En el mismo sentido Müllerson afirma que los distintos tipos de práctica de los Estados pueden tener distinto valor en la formación de la costumbre. Generalmente importa más lo que los Estados hagan que lo que digan, pero, en las relaciones oficiales entre los Estados, decir también es hacer. La práctica diplomática transmite la posición jurídica internacional de los Estados.⁹⁶

Respecto de intentar encontrar *opinio juris sive necessitatis* en la práctica estatal, es un error privilegiar al jefe de Estado por encima de otros poderes, en la inteligencia de que una resolución de un órgano jurisdiccional nacional es atribuible al Estado por el derecho internacional y proporciona una prueba contundente de la *opinio juris sive necessitatis*.⁹⁷

⁹⁵ Cfr. WOLFKE, KAROL “*Custom in Present International Law*”, 2a ed. Ed. Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993, p. 157

⁹⁶ Cfr. MÜLLERSON, “*On the nature and scope of customary international law*”, Austrian Review of International and European Law, vol. 2, 1997, p. 344.

⁹⁷ Cfr. WUERTH, “*International law in domestic courts and the Jurisdictional Immunities of the State case*”, Melbourne Journal of International Law, vol. 13, núm. 2, 2012, p. 1 y 9

La reflexión anterior trae consigo una clara advertencia de las discrepancias que pueden surgir en torno a las posiciones adoptadas dentro de los órganos estatales, en este mismo sentido la Corte valora toda evidencia en conjunto⁹⁸ con la intención de que resulte coherente y capaz de contribuir al derecho internacional consuetudinario.⁹⁹

2.2.5 GENERALIDAD Y UNIFORMIDAD

La generalidad es el conjunto de conductas efectivas que incluye a la mayoría o a la totalidad de Estados que cumplen u obedecen un mismo deber ser, efectivamente. La uniformidad es la similitud y continuidad en las conductas de los Estados que constituyen una práctica general o en el desarrollo y duración de la creación de una norma consuetudinaria de derecho internacional.

La conducta efectiva de los Estados significa que los Estados se han conducido en la forma en que han solido hacerlo, esto implica (posteriormente) que los Estados “deben” conducirse en la forma en la que han solido hacerlo. De tal forma que el deber ser se repite en cada situación concerniente a este tema.¹⁰⁰

⁹⁸ International Court of Justice, “*Jurisdictional immunities of the state*”, Op. Cit. p. 136, parágrafo 83

⁹⁹ Cfr. Tribunal Supremo de Singapur, *Yong Vui Kong v. Public Prosecutor*, 3 S.L.R. 489 [2010] SGCA 20, Sala de Apelaciones, 14 de mayo de 2010, parágrafo. 96.

¹⁰⁰ véase el párr. 11 del comentario del artículo 5 del proyecto de artículos sobre los usos de los cursos de agua internacionales con fines distintos de la navegación, donde se indica que, aunque los términos y planteamientos de los acuerdos internacionales que se hacen eco de la doctrina de utilización equitativa — considerados por la comisión como “norma general de derecho”— “... son muy diversos, todos tienen como característica común el reconocimiento de los derechos de las partes al uso y disfrute del curso o cursos de agua internacionales de que se trata, que son iguales en principio y correlativos en su aplicación.”, NACIONES UNIDAS, “*anuario de la comisión de derecho Internacional*”, vol. II, segunda parte, 1994, p. 105

Esto quiere decir que la eficacia del ser es la condición de la vigencia del deber, pero no en el sentido de que una norma, para ser vigente, tiene que ser eficaz. La norma entra en vigor antes de ser eficaz, y solo puede ser eficaz cuando ya entró en vigor.¹⁰¹

La cuestión relativa a la uniformidad de la práctica se debe entender como el conjunto de conductas “concordantes” manifestadas por los Estados en carácter de órganos creadores del derecho internacional consuetudinario.

En tal sentido, las conductas de los órganos del derecho internacional son “similares” y “continuas”. De ahí que la uniformidad funcione como “medida de certidumbre” existente ante un conjunto de conductas, de las cuales se constituye una práctica general.

Consecuentemente, una práctica general, sólo puede estar constituida por un conjunto de conductas similares y continuas; esto es, una costumbre existe por qué es uniforme. Un conjunto de conductas contradictorias entre sí, no pueden constituir una práctica general¹⁰², ya que jamás encontrarían un deber en común y por tanto, no podrían ser un conjunto uniforme.

¹⁰¹ KELSEN, HANS, “*Teoría general de las normas*”, Op. Cit., p. 145.

¹⁰² Cfr. International Court of Justice, *Fisheries Jurisdiction* (United Kingdom v. Iceland), judgment 1974, separate and joint opinion of the judges Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh and Ruda, p. 50

La forma específica en que los órganos creadores del derecho internacional consuetudinario constituyen la costumbre es a través de un conjunto de conductas similares y continuas, las cuales conforman una práctica general que, a su vez esta última, establece la vigencia y eficacia de la norma consuetudinaria de derecho internacional, así como su contenido (deber jurídico y acto antijurídico).

Así pues nótese algunas reflexiones acerca de lo expuesto:

La generalidad de una práctica no depende de cualquier tipo de aceptación para considerarse derecho consuetudinario.¹⁰³ No todos los Estados tienen la oportunidad de contribuir con su conducta a una norma determinada, por lo que debe de buscarse pruebas de la conducta en la mayoría de ellos.¹⁰⁴

La contribución a la eficacia de una práctica general del orden jurídico internacional no significa que todos o cada uno de los miembros tengan que contribuir a dicha práctica, mucho menos, es un requisito para el establecimiento del derecho internacional consuetudinario.¹⁰⁵

¹⁰³ Cfr. International Court of Justice, *Nuclear Tests* (Australia v. France), judgment 1974, Dissenting opinion of judge Sir Garfield Barwick, p. 435.

¹⁰⁴ Cfr. International Court of Justice, *North Sea Continental Shelf Cases* (federal republic of Germany /Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands) judgment of 20 February 1969, Dissenting opinion of judge Lanch, p. 229.

¹⁰⁵ Cfr. International Court of Justice, *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungary/Slovakia), judgment 1974, Separate opinion of judge Weeramantry, p. 95.

De esta manera, una norma consuetudinaria de derecho internacional en relación con su vigencia debe recibir una práctica “amplia” o “general”, sin ser necesario que sea “universal”.¹⁰⁶

Una participación “representativa” y “amplia” que tiene en cuenta a Estados de los distintos continentes y con diferentes sistemas políticos, económicos y jurídicos en el proceso¹⁰⁷ es un planteamiento propio de la “doctrina dominante” poco probable y revela una referencia a la “conciencia jurídica internacional”.

La naturaleza general de una norma es referente a su cumplimiento por parte de los Estados y no a su contenido, por lo que no requiere la participación universal de los Estados. Incluso, es innecesario que un Estado en particular contribuya a tal generalidad.¹⁰⁸

Por otro lado, un planteamiento de la doctrina dominante es que para que se genere una norma consuetudinaria de derecho internacional, es necesaria su aceptación por los Estados cuyos intereses se ven especialmente afectados.¹⁰⁹ Desafortunadamente, tal idea es poco precisa e inaccesible a la experiencia.

¹⁰⁶ Cfr. DUGARD, JOHN, ” *International Law: A South African Perspective*”, 4ª ed., Ed. Juta, Ciudad del Cabo, 2011, p. 28.

¹⁰⁷ Cfr. International Court of Justice, “*North Sea Continental Shelf Cases*”, Dissenting opinion of judge Lachs. Op Cit., p. 42.

¹⁰⁸ Cfr. Tribunal Federal de Alemania, BVerfGE 15, 25, orden de la Sala Segunda de 8 de mayo de 2007, párrafo.34

¹⁰⁹ International Court of Justice, “*Fisheries Jurisdiction*” (United Kingdom v. Iceland) , judgment 1974, separate opinion of judge Petrán, p. 161.

En 1996 a través de la opinión consultiva acerca de la “Legalidad de la Amenaza o el Empleo de Armas Nucleares”, el magistrado Shahabuddeen señaló la dificultad que sería precisar a los Estados afectados respecto de la legalidad de un arma que pudiera aniquilar a todos los Estados, de esta manera la legalidad no es respecto de la posesión, sino mas bien, de la utilización del arma.¹¹⁰

La continuidad y similitud de conductas es esencial para el derecho internacional consuetudinario. Los hechos cambian, los asuntos pueden ser distintos, las circunstancias diversas, pero existe un “deber ser”. En este sentido, el “deber ser” se cumple en las demás situaciones, se repite en cada precedente y establece el contenido de lo aplicado como norma jurídica por los Estados interesados.¹¹¹

Por su parte, la Corte Internacional de Justicia manifestó desde 1969 en “Mar del Norte”, su postura acerca de la influencia de la temporalidad en la creación de una norma consuetudinaria de derecho internacional.

Conforme a la Corte se entiende que el nacimiento de una norma puede ser variado (en relación al tiempo); en relación del contexto específico de la práctica en que se ha desarrollado, lo importante es que sea suficientemente general y

¹¹⁰ Cfr. International Court of Justice, “*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*”, Advisory Opinion, 1996, p. 414

¹¹¹ BARBOZA, JULIO, “*The customary rule: from chrysalis to butterfly*”, en *Liber Amicorum ‘In Memoriam’ of Judge José María Ruda*, C. A. Armas Barea y otros, Ed., Kluwer Law International, La Haya, 2000, p.7.

uniforme. De esa manera, los Estados, quienes no se encuentren de acuerdo con la norma en potencia deben protestar contra su surgimiento. .¹¹²

2.3 ACEPTADA COMO DERECHO

Conforme a la “doctrina dominante”, la frase “aceptada como derecho” significa la convicción de que los Estados no actúan libremente, sino obligados por una norma supuestamente válida. La mecánica de dicho elemento subjetivo (aceptada como derecho), resulta ser que los Estados al constituir una costumbre, están convencidos de ejecutar una norma vigente, es decir, cumplen una obligación o ejercen un derecho.¹¹³

La expresión *opinio juris sive necessitatis* que generalmente se abrevia como *opinio juris*; según Mendelson, refleja cierta incoherencia del razonamiento en que se sustenta y es una expresión de dudosa procedencia y significado incierto¹¹⁴.

¹¹² International Court of Justice, “*North Sea Continental Shelf Cases*”, parágrafo 74, Op. Cit., p. 43; Cfr. MEIJERS, “*How is international law made? – The stages of growth of international law and the use of its customary rules*”, Netherlands Yearbook of International Law, vol. 9, 1978, pp. 23 y 24.

¹¹³ KELSEN, HANS, “*Teoría del Derecho Internacional Consuetudinario*”, Op. Cit., pp. 27 y 28

¹¹⁴ MENDELSON, MAURICE, “*The subjective element in customary international law*” en British Yearbook of International Law, vol. 66, núm. 1 (1995), pp. 194 y 207.

Tal elemento distingue entre la práctica y el sólo uso de una costumbre. En las acciones u omisiones de los Estados debe predominar un sentimiento de coacción jurídica.¹¹⁵

La Corte interpreta al elemento *opinio juris*, para afirmar que en su ejercicio, los Estados tienen que “creer” que aplican una norma obligatoria de derecho internacional consuetudinario o que éstos deben “sentirse” legalmente obligados a realizar determinada conducta en la medida que existe una norma consuetudinaria de derecho internacional que los constriñe.¹¹⁶

Según la “doctrina dominante”, en la intención subjetiva se pone en movimiento la aplicación de las normas del derecho internacional. Pensar que efectuar tales hechos tiene como base un derecho positivo, es erróneo, ya que aun se encuentra en etapa de creación.¹¹⁷

Dentro de tal forma de pensamiento, la “aceptación como derecho” vendría a afirmar que la costumbre declara exclusivamente una norma ya existente en la conciencia social.¹¹⁸

En ese mismo sentido que el juez Fouad Ammoun en el caso de “Plataforma de Mar del Norte” de 1969 a través de su opinión separada manifestó

¹¹⁵ Cfr. International Court of Justice, *Case concerning Right of Passage over Indian Territory*, dissident opinion of judge Chagla, p. 120

¹¹⁶ Cfr. International Court of Justice, “*North Sea Continental Shelf Cases*”, Op. Cit., pp. 44 y 45.

¹¹⁷ KELSEN, HANS, “*Teoría del Derecho Internacional Consuetudinario*”, Op. Cit., pp. 28 y 29.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 30.

en los siguientes términos: “... *does not indicate any opinio juris based on the awareness of States of the obligatory nature of the practice employed*” (énfasis añadido).¹¹⁹

El “derecho objetivo” como influencia en la “doctrina dominante” encuentra su confirmación en el derecho internacional consuetudinario, a través de actos que constituyen la costumbre, los cuales deben ser cumplidos con la intención de obedecer una norma que reposa en la conciencia social.¹²⁰

2.3.1. FUNCIÓN

Establecer la “obligatoriedad” de una conducta reiterada (convertida en costumbre) como norma consuetudinaria de derecho internacional. A su vez, es la razón de la positividad de la norma jurídica, ya que quienes sienten la convicción al actuar son los sujetos obligados, en ese sentido, la conjunción de pensamiento (*a priori*) y acción (*a posteriori*) establecen la vigencia de la norma. También, incorpora “aparentemente” al derecho la función de la *psiquis* o las voliciones y da apertura a un estudio “interdisciplinario” del derecho.

Según la doctrina dominante influida por el derecho objetivo: la *opinio juris* tiene inmersa como idea central que los Estados deben de ir más allá y establecer

¹¹⁹ International Court of Justice, *North Sea Continental Shelf*, judgment 1969, separate opinion of judge Fouad Ammoun, párrafo 27. p. 127,

¹²⁰ KELSEN, HANS, “*Teoría del Derecho Internacional Consuetudinario*”, Op. Cit., P. 30.

que una práctica se realiza como una cuestión jurídica y no como una gracia o concesión.¹²¹ Las conductas manifestadas como omisiones deben estar alejadas de consideraciones políticas o económicas y encontrar su fundamento en una prohibición derivada del derecho internacional consuetudinario.¹²²

La *opinio juris* en su carácter psicológico pretende que un Estado actúe bajo el sentimiento de obligación jurídica y que el Estado que experimenta dicha práctica la considere como la expresión de una obligación jurídica ineludible para ambos Estados.¹²³ Es necesario que el otro Estado, también, sea consciente de la existencia de la obligación jurídica.¹²⁴

No obstante, al considerar una postura objetiva y considerar al derecho como una disciplina independiente de otras, es difícil aceptar tal postura, ya que el elemento subjetivo no está en la condición de establecer actos formativos del derecho, debido a que estos son actos “psicológicos”, y la función del derecho positivo y de la teoría jurídica es la del “conocimiento”, no la de la *psiquis* o la volición.

¹²¹ Cfr. International Court of Justice, “*Case Concerning Right of Passage Over Indian Territory*”, dissident opinion of judge Chagla, Op. Cit., p. 177

¹²² Cfr. International Court of Justice, “*Fisheries jurisdiction case*”, separate opinion of judge Petrán, Op. Cit. p. 305

¹²³ Cfr. International Court of Justice, *Barcelona Traction, Light and Power Company*, Separate Opinion of Judge Ammoun Op. Cit., p.315.

¹²⁴ ¹²⁴ Cfr. International Court of Justice, “*Case Concerning Right of Passage Over Indian Territory*”, dissident opinion of judge Chagla, Op. Cit., p. 121.

Tales ideas que asumen como necesario a un elemento psicológico en la formación e identificación de la costumbre internacional; consecuentemente, también, asumen necesaria, la antropomorfización del Estado y la atribución de conciencia, para situar “ficticiamente” al Estado en la condición de aceptar como derecho a una práctica general a partir de juicios de valor subjetivo.

Nótese, que son ideas de la “sociología”, ya que parten de entender a la norma en un sentido secundario (lo que es), y no en el sentido primario del “derecho positivo” (lo que debe ser). Las normas objeto de la sociología y la psicología, se ocupan de estudiar las ideas o creencias reales que las personas tienen en relación a las normas y deberes en sentido secundario.¹²⁵

Un sociólogo o un psicólogo observan como algunos individuos se sienten obligados, en tanto que otros no, y otros oscilan entre los dos puntos de vista opuestos. El sociólogo y el psicólogo estudian solamente el aspecto real y no el normativo del derecho. Conciben al derecho como un conjunto de hechos y no como un sistema de normas validas que se relacionan entre sí.¹²⁶

En tal sentido, la sociología jurídica es la encargada de “estudiar” al derecho y su objeto no se encuentra constituido por las normas validas que representan el objeto de estudio de la teoría jurídica, sino por las conductas estatales (de individuos caracterizados como órganos estatales). La pregunta

¹²⁵ KELSEN, HANS, “*Teoría general del derecho y del Estado*”, Op. Cit., p. 447.

¹²⁶ *Idem.*

obligatoria que se ha de formular es, ¿Qué clase de conducta?, y se ha de responder: solamente la que se encuentra referida al derecho.

De tal suerte, Max Weber ofrece una definición sobre el objeto de la sociología jurídica: “... Al referirnos al ‘derecho’, al ‘orden jurídico’, a la ‘regla de derecho’, tenemos que observar estrictamente la distinción entre el punto de vista jurídico y el sociológico. La jurisprudencia se refiere a normas jurídicas idealmente validas. Es decir (...) investiga la significación normativa que deba atribuirse a un enunciado que pretende representar una norma jurídica. La sociología investiga lo que realmente acontece en una sociedad, por cuanto existe cierta probabilidad de que sus miembros creen en la validez de un determinado orden y orienten su conducta hacia ese orden.”¹²⁷

De esta manera, el objeto de la sociología jurídica es la conducta humana que el individuo actuante orienta hacia un orden que considera válido, aprecia ese orden en la misma forma que la teoría jurídica lo hace con el derecho. La conducta humana para ser objeto de la sociología jurídica tiene que encontrarse determinada y orientada por la idea de un orden jurídico válido.

De tal forma, para que la sociología jurídica pueda entender la formación consuetudinaria del derecho internacional necesita conocer los “pensamientos” (convicciones, ideas, creencias...) de los Estados, es decir, de los sujetos

¹²⁷ *Ibidem*, p. 209.

caracterizados como órganos estatales. Pero si el Estado carece de conciencia, la única solución es antropomorfizar al Estado para que ficticiamente se le atribuya tal facultad.

De tal forma, decir que la costumbre se crea por los sujetos caracterizados como órganos estatales en turno, traería varios problemas (ajenos a los jurídicos), especialmente de una índole de política internacional. Es decir, señalar que la formación del orden consuetudinario se crea por la conciencia de algunos representantes estatales en turno, y que además es un orden obligatorio para los demás Estados, lastimaría seriamente la concepción política de la soberanía estatal.

Entonces, resulta quedar evidenciado, que la única solución a tal problema es trasladar dichas consideraciones subjetivas a otra metáfora llamada “conciencia social o conciencia jurídica internacional”, la cual crea un “orden trascendente” formado por esos pensamientos individuales. Consecuentemente, se consolide un elemento subjetivo “inseparable” en la formación del derecho internacional consuetudinario, *opinio juris sive necessitatis*.

Por otra parte, la conciencia social o conciencia jurídica internacional es la propuesta principal del derecho objetivo, éste al influir en la “doctrina dominante”, también es la razón de que existan dos elementos en la costumbre internacional, es decir, incluye a un elemento subjetivo.

Esta doctrina encuentra un sustento en el “derecho natural”, ya que éste crea un dualismo entre él y el derecho positivo. Tal dualismo normativo parte del dualismo metafísico de la realidad y de la idea platónica. Dicha doctrina divide al mundo en dos esferas: la de la realidad objetiva perceptible por los sentidos y la de las ideas.¹²⁸

Cada objeto del mundo visible tiene su patrón ideal o arquetipo en el invisible. Las cosas en el orden sensible son copias imperfectas de las ideas que existen en el mundo invisible. El dualismo entre realidad e idea, entre el mundo imperfecto de los sentidos y otro mundo perfecto, inaccesible a la experiencia sensorial; esta replicación del universo es el sustento típico de toda interpretación metafísica.¹²⁹

El propósito de semejante metafísica no es explicar racionalmente la realidad, sino más bien, aceptarla o rechazarla en actitud emocional, es decir, subjetiva, por lo tanto, el conocimiento objetivo de estas últimas no es posible, a causa del carácter trascendente implicado en su misma definición.

Si el hombre estuviera en condiciones de la comprensión total de este mundo perfecto, no existiría un mundo real empírico diferente al mundo ideal

¹²⁸ *Ibidem*, p. 14.

¹²⁹ *Idem*,

trascendente. Si se pudiera conocer el orden trascendente y “justo”, el derecho positivo resultaría superfluo, es más, no tendría sentido alguno.¹³⁰

De tal manera que el orden trascendente y perfecto, busca como “condición” psicológica el discernimiento entre ambos ordenes jurídicos, sobre la base de la idea central de “justicia”. Si existiera una justicia objetivamente cognoscible, no habría derecho positivo y, por lo tanto, no existiría el Estado.

Imperiosamente, la doctrina del “derecho objetivo” debe dejar de identificarse con el derecho positivo, pues, no tienen relación alguna en el mejor de los casos; en el peor, la afirmación de “que hay un derecho natural absolutamente justo, pero trascendente”, sólo es una frase eufemística para expresar la lamentable situación de que la justicia es un ideal inaccesible al conocimiento humano.

De tal suerte, la existencia del elemento psicológico obedece a explicar a la costumbre internacional a través de la sociología jurídica y, a su vez, que el derecho objetivo pueda estudiar dicho fenómeno. Sin duda la volición es un elemento fundamental para la sociología, pero irrelevante para la teoría jurídica, por lo tanto, tal elemento es ajeno a la teoría jurídica, y no existe motivo para que siquiera se considere dentro de la misma.

¹³⁰ *Ibidem*, pp. 14 y 15.

Incluso, si se llega a dudar de tal aserto, uno de los principios efectivos generadores de normas jurídicas, un postulado jurídico establece “el desconocimiento del derecho no excusa su cumplimiento”, si tal principio se ha de transformar en un acto coactivo a través del principio de “fuerza de ley”, resulta ser, púes que para el derecho las consideraciones subjetivas son irrelevantes.

La consecuencia lógica de rechazar la doctrina del “derecho objetivo” implica rechazar la frase “aceptada como derecho” de la definición de costumbre internacional, y este rechazo, a su vez, implica rechazar al elemento *opinio juris*, lo que significa, también, rechazar la sociología jurídica, consecuentemente, que estas doctrinas no tengan cabida en el derecho positivo.

No obstante, en relación a la “aceptación como derecho”, la Corte manifestó: “...and should moreover have occurred in such a way as to show a general recognition that a rule of law or legal obligation is involved”.¹³¹

En un contexto similar Briggs señala que a menudo suele ponerse más atención a los problemas teóricos de dicha noción, que al hecho de que a los tribunales no les resulta tan complejo determinar la existencia o inexistencia de una norma consuetudinaria de derecho internacional. Entonces, las dificultades se producen a nivel teórico y no empírico.¹³²

¹³¹ Cfr. International Court of Justice, “*North Sea Continental Shelf Cases*”, párrafo 74, Op. Cit., P. 43.

¹³² Cfr. BRIGGS, “*The Colombian-Peruvian Asylum Case and proof of customary international law*”, American Journal of International Law, vol. 45 (1951), pp. 729 y 730.

2.3.2 LA PRUEBA

Es imposible demostrar la existencia de un elemento subjetivo o psicológico, esto es, la existencia de pensamientos o sentimientos de un Estado. Aquí reside la principal razón de que la Corte al aplicar una norma consuetudinaria de derecho internacional no examina el elemento subjetivo, pues es imposible de examinar.¹³³

Sería infructuoso buscar en las decisiones de la Corte un verdadero análisis psíquico de una costumbre creadora de una regla de derecho aplicada por la Corte. Renunciar a la prueba del elemento subjetivo es renunciar a la existencia de tal elemento, y se renuncia a ese elemento porque su prueba es imposible.¹³⁴

Es evidente que nada puede ser deducido automáticamente acerca de la voluntad o creencia estatal. El derecho internacional consuetudinario resulta entonces, indeterminado al ser circular, esto es, que la conducta es prueba de la *opinio juris* y ésta es la prueba de una conducta pertinente como costumbre.¹³⁵

Si el elemento subjetivo *opinio juris sive necessitatis* o “aceptada como derecho” se ha de entender como la necesidad de que la práctica (elemento objetivo) se produjo de manera tal en que se muestre un reconocimiento general de una norma consuetudinaria de derecho internacional o de una obligación

¹³³ KELSEN, HANS, “*Teoría del Derecho Internacional Consuetudinario*”, Op. Cit., p. 33

¹³⁴ *Ibidem*, pp. 33 y 34.

¹³⁵ KOSKENNIEMI, MARTTI, “*From apology to utopia*” Op. Cit. P. 388.

jurídica. Resulta, entonces, únicamente transformar al elemento subjetivo a uno objetivo para que la *opinio juris* pueda tener efectos prácticos para así diferenciar la costumbre jurídica del uso o cortesía¹³⁶.

Entonces la prueba y el estudio de las manifestaciones del elemento subjetivo tienen que realizarse como si se tratase de un elemento objetivo y no subjetivo como en principio se sostiene. Es decir, se tienen que abandonar las dificultades que se plantean por el lado teórico.

El elemento subjetivo al no poder ser probado como tal, subjetivo, su desempeño es inexistente al aplicar una norma consuetudinaria de derecho internacional.

Incluso, si se dice que es posible determinar y resulta fácil en el marco del proceso “moderno” de redacción. Por ejemplo la declaración expresa de un Estado que reconozca una norma (consuetudinaria o codificadora) es la prueba más clara sobre la convicción jurídica del Estado.¹³⁷

Esta es una postura claramente errónea. Por un lado, la Corte mencionó en el caso de “África del sudoeste”, que es notorio que los Estados tienen un interés,

¹³⁶ Cfr. MACGIBBON, “*Customary international law and acquiescence*”, *British Yearbook of International Law*, vol. 33, 1957, p. 129

¹³⁷ VILLIGER, MARK, “*Customary International Law and Treaties: a Manual of the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*”, *Op. Cit.*, P. 50

pero el hecho de que exista cierto interés no significa que sea jurídico per se. ¹³⁸

Por otro, los discursos pertenecen al campo objetivo como manifestación externa de conducta y no al campo subjetivo de los procesos psicológicos internos.

Por tanto, el discurso puede “efectivamente” ser acerca del derecho internacional consuetudinario, pero con ello no se demuestra la “convicción” ni tampoco, en palabras de la Corte, que el interés real que motivo tal discurso sea “efectivamente” jurídico. Es posible, arbitrariamente, suponer que el discurso al ser jurídico reposa en convicciones jurídicas, pero aquello es incierto.

Por ello, la Corte únicamente examina el elemento objetivo, *verbigracia*: “... *This practice having continued over a period extending beyond a century and a quarter unaffected by the change of regime in respect of the intervening territory which occurred when India became independent, the Court is, in view of all the circumstances of the case, satisfied that that practice was accepted as law by the Parties and has given rise to a right and a correlative obligation*”. ¹³⁹

El análisis y la conclusión se encuentran basados en “una práctica que se mantuvo por más de un siglo y cuarto sin verse afectada”, misma que produce un “derecho y una obligación”; pero que a través de un comentario (innecesario) se dice que ha sido aceptada como derecho por las partes, lo cual es visiblemente la

¹³⁸ Cfr. International Court of Justice, *South West Africa Cases*, Op. Cit., p. 34

¹³⁹ International Court of Justice, “*Case Concerning Right of Passage Over Indian Territory*”, Op. cit., P. 40

idea de incluir al elemento subjetivo sin ser sometido a un método epistemológico respecto a su existencia.

Incluso, la Comisión de Derecho Internacional reafirma tal aserto al hacer la conversión de “subjetivo” a “objetivo”, prueba de ella se encuentra en informe A/CN.4/672 con Michael Woods como relator especial en el que las pruebas al elemento subjetivo son idénticas (o las mismas) que las sugeridas para el elemento objetivo.¹⁴⁰

La Corte, en el párrafo 55 de la Sentencia de “inmunidades jurisdiccionales (Alemania vs Italia), sólo examina una conducta externa, es decir, objetiva respecto de la *opinio juris*: “... *Opinio juris in this context is reflected in particular in the assertion by States claiming immunity that international law accords them a right to such immunity from the jurisdiction of other States...*”¹⁴¹

El inopinado aserto relativo a la prueba de la *opinio juris* a partir de comentarios, discursos... que tiene como idea de que tal conducta externa es la manifestación de las convicciones, no es sino una injustificada y arbitraria presunción de una cuestión incierta; por consiguiente, la prueba del elemento psicológico sería únicamente una arbitraria e injustificada presunción de una cuestión altamente ignorada, al realizarse objetivamente y no subjetivamente.

¹⁴⁰ Comisión de Derecho Internacional, “*formación y documentación del derecho internacional consuetudinario*”, párrafos 41 y 76. Op. Cit., pp. 25-31 Y 66-73.

¹⁴¹ International Court of Justice, “*Jurisdictional immunities of the state Case*”, Op. Cit., p. 123.

Incluso, si se considera que la *opinio juris*, es un elemento objetivo de la costumbre, la Corte en el párrafo 56 de esa misma sentencia, considera los discursos estatales como prueba de la práctica y no como una consideración subjetiva: “...*That conclusion was based upon an extensive survey of State practice and, in the opinion of the Court, is confirmed by the record of national legislation, judicial decisions, **assertions of a right to immunity and the comments of States on what became the United Nations Convention.***”¹⁴² (énfasis añadido)

Al no haber una demostración del elemento psicológico resulta, entonces, que la inexistencia de tal elemento depende del arbitrio del órgano jurisdiccional competente para aplicar tal norma consuetudinaria de derecho internacional.¹⁴³

2.4 DERECHO CONSUECUDINARIO COMO DERECHO CONVENCIONAL

En este apartado, lo que se intenta evidenciar, en palabras del jurista Gutiérrez Baylón, es que “... *Al expresar 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.*”¹⁴⁴

¹⁴² *Idem.*

¹⁴³ KELSEN, HANS, “Teoría del Derecho Internacional Consuetudinario”, Op. Cit., P.35

¹⁴⁴ GUTIERREZ BAYLÓN, JUAN DE DIOS, “*Derecho de los tratados*”, Primera edición, Ed. Porrúa, México, 2010, p. 12.

Por una parte el derecho convencional es un derecho consensual creado por el acuerdo de las voluntades estatales, esto es, una expresión con la que quiere decirse que las voluntades de las partes contratantes, en relación con su misma conducta, coinciden.

Por otra, la *opinio juris* como la necesidad de que la práctica (elemento objetivo) se produjo de manera tal en que se muestre un “reconocimiento” general de una obligación jurídica, ha provocado que “... cuando un Estado afirma que no se está ante una norma de derecho internacional consuetudinario, ello demuestra la inexistencia de una *opinio juris*”.¹⁴⁵

Por ello, surgen estertores de la metodología del derecho internacional consuetudinario y surge, también, la doctrina denominada del “refractor consuetudinario” u “objeto persistente”¹⁴⁶; ya que para la doctrina dominante, no basta con la práctica general para constituir una costumbre internacional, se debe agregar un elemento psicológico, que si bien se dice que no es consensual termina por serlo, ya que se debe aceptar práctica general como derecho.

Esto sólo puede significar que un Estado no se encuentra obligado, sino por medio de su propia voluntad tal y como lo plantea el derecho convencional, máxime abstracción, pero al ser discrecional se acepta de manera tácita y no por medio de una firma y ratificación.

¹⁴⁵ *Idem.*

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 11.

Esta ficción significa únicamente que todo el derecho internacional está supeditado a la “libre voluntad” del Estado; supone que un Estado es “soberano”, es decir, que no existe un orden superior a él capaz de restringir su libertad.¹⁴⁷

Si los tratados fueran las únicas normas del derecho internacional, ningún Estado podría estar jurídicamente obligado en contra de su voluntad a cierta conducta. No obstante una norma consuetudinaria general obliga a Estados que no participaron en su creación.

Tal ficción deja de observar con precisión que, si las reglas del derecho internacional general valen para todos los actos de la comunidad internacional, resulta imposible probar que todos los Estados participan en la formación de todas las normas consuetudinarias de derecho internacional general.¹⁴⁸

Una norma consuetudinaria de derecho internacional pertenece al derecho internacional general si el sentido de tal regla es obligar a toda la comunidad internacional. La existencia de una norma consuetudinaria de derecho internacional general, no exige la prueba de que todos los Estados hayan participado en la formación de dicha regla.¹⁴⁹

¹⁴⁷ KELSEN, HANS, “*Teoría general del Derecho y del Estado*”, Op. Cit., p. 418.

¹⁴⁸ KELSEN, HANS, “*Teoría del Derecho Internacional Consuetudinario*”, Op. Cit., P. 42.

¹⁴⁹ *Idem*.

Lamentablemente, la “doctrina dominante” pretende mostrar a las normas consuetudinarias de derecho internacional como un tratado tácitamente concluido entre los miembros de la comunidad internacional, ya que tal idea se puede explicar a partir del principio *ex injuria jus non oritur*, lo cual es una contradicción respecto de la realidad del derecho internacional positivo.¹⁵⁰

El derecho internacional consuetudinario se puede formar sin la participación de los Estados obligados a tales normas. De tal manera, siempre resulta erróneo hablar de voluntad o aceptación respecto de una norma consuetudinaria de derecho internacional, ya que esta no debe ser aceptada, sino únicamente obedecida.

2.4.1 DOCTRINA DE LA CRISTALIZACIÓN

Supone la interacción entre tratados internacionales y/o resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y la práctica estatal. Por un lado, el perfeccionamiento de una costumbre *in fieri* concentrada en una práctica (elemento objetivo), la cual llega a su consolidación y cohesión a través del surgimiento de alguno de estos instrumentos escritos (elemento subjetivo).¹⁵¹

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 48; “... *From the standpoint of the creation of international custom, the practice and policies of five States out of 185 seem to be an insufficient basis on which to assert the creation of custom, whatever be the global influence of those five*”. International Court of Justice, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1996, Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, p. 533

¹⁵¹ Cfr. International Court of Justice, “*Western Sahara*”, Separate opinion of judge Dillard, Op. cit., p. 121.

Por otra parte, también, supone la idea de que algunos Estados puedan generar una práctica general a partir de un tratado internacional en el cual sean ajenos su formación, es decir, que no sea obligatorio para ellos según el derecho de los tratados o también, alguno de los instrumentos jurídicos escritos, ya mencionados. Impolutamente este segundo supuesto se conoce mejor como “costumbre emergente”.¹⁵²

En cualquiera de los dos casos, se refiere a la existencia aislada de uno de los dos elementos del derecho internacional consuetudinario, según la doctrina dominante, el cual se va a conjugar con la aparición del otro elemento, y así, perfeccionar una norma consuetudinaria de derecho internacional.

Dicha interacción entre tratado y costumbre, es el mejor ejemplo de la influencia del derecho objetivo en la doctrina dominante, *“...el cual se manifiesta en el derecho positivo, esto es, en el Derecho Consuetudinario, las leyes estatales, los tratados internacionales, etc.”*¹⁵³

Por su parte, la Corte Internacional de Justicia determinó si una regla puede llegar a cristalizarse al analizar la práctica estatal y los instrumentos internacionales escritos en el asunto de “Mar del Norte”, en los siguientes términos:

¹⁵² Cfr. International Court of Justice, “*North Sea Continental Shelf Cases*”, Op. Cit. pp. 37-46

¹⁵³ KELSEN, HANS, “*Teoría del Derecho Internacional Consuetudinario*”, Op. Cit., p.22.

“...Their contention was, rather, that although prior to the Conference, continental shelf law was only in the formative stage, and State practice lacked uniformity, yet "the process of the definition and consolidation of the emerging customary law took place through the work of the International Law Commission, the reaction of governments to that work and the proceedings of the Geneva Conference"; and this emerging customary law became "crystallized in the adoption of the Continental Shelf Convention by the Conference".¹⁵⁴

Notoriamente, la Corte siempre justifica la aplicación de algunas normas frente a otras con extrema pulcritud.¹⁵⁵ Infortunadamente para este ejemplo de cristalización, el derecho se manifiesta hasta que se encuentra en los puntos resolutivos de una sentencia y que de ahí deriven sus consecuencias jurídicas¹⁵⁶. La mención o desarrollo teórico, incluso de la Corte, nada ha producido en el conocimiento empírico.

También, es cierto que una costumbre puede encontrar sus motivaciones en las normas de un tratado internacional cuando los sujetos que la constituyen no son partes de éste; lo mismo un tratado internacional puede encontrar su motivación en una práctica general.

¹⁵⁴ International Court of Justice, “North Sea Continental Shelf Cases”, Op. Cit., p. 38.

¹⁵⁵ “... 66. (...)Hence the right of reservation under Article 6 could only be exercised in a manner consistent with the preservation of at least the basic principle of equidistance. In this connection it was pointed out that, of the no more than four reservations so far entered in respect of Article 6, one at least of which was somewhat far-reaching, none has purported to effect such a total exclusion or denial.” Ibidem, p. 40.

¹⁵⁶ Cfr. KELSEN HANS, “Teoría general del derecho y del Estado”, Op. Cit.,p. 72.

En tal sentido, lo único relevante es que en ninguna se requieren saber cuáles son las motivaciones, incluso si tales son expresadas. Para la costumbre, basta con que la práctica haya sido suficientemente amplia y uniforme, y para el tratado internacional basta con que se haya firmado y ratificado (expresión de voluntad).

El hecho de constituir una práctica general o concluir un tratado internacional cuyas motivaciones reposan en normas creados por otros métodos, no implica que las convicciones hayan sido jurídicas. En las relaciones internacionales no sólo hay derecho, por ello, que los Estados deseen cierta normatividad para regular conductas tiene como fin algún interés de índole no jurídica.

Por otra parte, en el sentido mencionado por la Corte anteriormente, una “práctica” en sentido embrionario (primer elemento) se perfeccionaría a partir de debates, conferencias, tratado(s) internacional(es), también por resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas (segundo elemento, psicológico), es decir, a partir de algún instrumento jurídico internacional por escrito.¹⁵⁷

¹⁵⁷ “No obstante, ... *cannot dismiss the claims of Nicaragua under principles of customary and general international law, simply because such principles have been enshrined in the texts of the conventions relied upon by Nicaragua. The fact that the above-mentioned principles, recognized as such, have been codified or embodied in multilateral conventions does not mean that they cease to exist and to apply as principles of customary law, even as regards countries that are parties to such conventions. Principles such as those of the non-use of force, nonintervention, respect for the independence and territorial integrity of States, and the freedom of navigation, continue to be binding as part of customary international law, despite the operation of provisions of conventional law in which they have been incorporated.*” International Court of Justice, “*Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua*”, parágrafo. 73, Op. Cit., p. 424.

Si un tratado internacional u otro instrumento escrito establece “el sentimiento de obligación jurídica”, realmente, lo que significa es que impone un deber jurídico, es decir, la obligación de conducirse de la manera ordenada por una norma jurídica, por consiguiente, significa que la práctica no es uniforme (no impondría deber jurídico), por lo que, no tendría relación alguna con ese tratado o la norma de un tratado.

Si aún así, existiera una práctica cuasi-uniforme, y la convención subsanara la falta de uniformidad, el verdadero deber jurídico se encontraría en la convención y no en la práctica, ésta resultaría superflua. El tratado rebasaría su naturaleza *inter partes* al obligar a sujetos que no manifestaron su voluntad de obligarse a dicho tratado.

Si este argumento fuera verdadero, se debería asumir que la Asamblea General es un órgano centralizado que a través de sus resoluciones actúa como un legislador que establece un verdadero “deber jurídico”, ya que la práctica es superflua. La misma calidad tendría que otorgársele a los sujetos que participan en debates y conferencias.

Por el lado de la “costumbre emergente”, si un tratado internacional es motivo de una práctica, se deberá entender que el tratado impone un deber jurídico a Estados que no son parte de él, y que posiblemente pudieron ser refractarios ante tal cuestión. Si un tratado impone un deber jurídico, es decir,

impone la obligación de observar determinada conducta, es obvio que la conducta contraria es sancionada.

Si el deber que imponen no es un deber jurídico y por lo tanto la conducta contraria a tal deber no constituye una sanción, no es una norma jurídica obligatoria o vigente para ciertos sujetos. Si de cualquier forma el Estado conoce tal situación y el motivo de su conducta es el tratado, lo único relevante es su propia conducta. Si la intención del derecho fuera conocer los motivos de una práctica, entonces, no sería derecho, sino sociología jurídica o psicología social.

Si se acepta tan forzada hipótesis se diría que un tratado internacional es la prueba de la *opinio juris*, o que un tratado internacional contiene normas consuetudinarias de derecho internacional. De tal suerte, es un sin sentido.

Por su parte, la Corte dejó en claro la fuerza obligatoria de los tratados internacionales desde 1969 en su sentencia de “Mar del Norte”, cuando en el párrafo 28 manifestó: “...*In principle, when a number of States, including the one whose conduct is invoked, and those invoking it, have drawn up a convention specifically providing for a particular method by which the intention to become bound by the régime of the convention is to be manifested-namely by the carrying out of certain prescribed formalities (ratification, accession), it is not lightly to be presumed that a State which has not carried out these formalities, though at all times fully able and entitled to do so, has nevertheless somehow become bound in*

*another way. Indeed if it were a question not of obligation but of rights, -if, that is to say, a State which, though entitled to do so, had not ratified or acceded, attempted to claim rights under the convention, on the basis of a declared willingness to be bound by it, or of conduct evincing acceptance of the conventional régime, it would simply be told that, not having become a party to the convention it could not claim any rights under it until the professed willingness and acceptance had been manifested in the prescribed form".*¹⁵⁸

Resulta que, tanto un tratado internacional, como una práctica general (costumbre) por sí mismos son una norma jurídica con validez y eficacia propia, ni necesitan ser complementadas ni son complemento de otra. De tal suerte, una práctica general concomitante a un tratado internacional y viceversa, significa que una de ambas normas es indiferente o superflua a la otra.

2.4.2 DOCTRINA DE LA CODIFICACIÓN

La codificación es una operación de conversión de normas jurídicas consuetudinarias en un cuerpo de normas por escrito las cuales se encuentran sistemáticamente agrupadas¹⁵⁹, Esto es, el deber jurídico de una o varias normas consuetudinarias en vigor es reproducido en el contenido de una o varias normas convencionales.

¹⁵⁸ International Court of Justice, "*North Sea Continental Shelf Cases*", Op. Cit., pp. 25 y 26.

¹⁵⁹ Cfr. NGUYEN QUOC DINH, PATRICK DAILLIER, ALAIN PELLET, "*Droit international public*", Ed., LGDJ, 7e edition, Paris, 2008, p. 336.

Dentro de la doctrina de la codificación se encuentran dos ideas¹⁶⁰ con amplia aceptación: una es la idea de la “certeza jurídica”, producto de expectativas alcanzadas a través del acuerdo estatal característico del derecho convencional; la otra idea, parte de intentar ver a la codificación como un método de revisión del derecho en una sociedad en crecimiento con valores poco uniformes.

Si se tiene que hacer valer la idea de “codificación”, como conversión de derecho no escrito en derecho escrito, primeramente se dirá que la segunda idea, nada tiene que ver con el derecho, se presenta como una necesidad social, y ésta no es relevante a la teoría jurídica, ya que es objeto de la política jurídica.

Desde el punto de vista de los métodos de creación del derecho, la doctrina de la codificación crea normas formadas por la voluntad estatal, las cuales encuentran su inspiración en normas ya constituidas por las conductas estatales.

En tal sentido, *verbigracia*, la Carta de las Naciones Unidas fue concluida conforme a un derecho de los tratados puramente consuetudinario. Muchas de las disposiciones de la Carta fueron inspiradas del derecho internacional general que *per se* rebasan en fuerza vinculante a las normas creadas en el ámbito convencional.¹⁶¹

¹⁶⁰ Cfr. ZEMANEK, KARL, “*The Legal Foundations of the International System: General Course on Public International Law*”, The Hague Academy of International Law, Vol. 266, La Haya, 1997, p. 215.

¹⁶¹ “... De tal guisa, la proscripción del uso de la fuerza(...)llegan a la Carta por su propio pie, incorporándose a ella con todo y su fuerza vinculatoria que les es propia merced a un largo proceso evolutivo en el derecho internacional. Su parámetro de validez sigue rebasando a la propia Carta de la ONU, dada la contextura convencional de la Carta.”, GUTIERREZ BAYLÓN, JUAN DE DIOS, “*Derecho de los tratados*”, Op. Cit., p. 8.

El mayor vacío del proceso de codificación es debido a “... una inopinada tendencia por parte de la doctrina del derecho de los tratados a desdeñar la teoría general de las obligaciones del derecho privado comparado, proclividad que ignora que dentro de los principios generales del derecho, la mencionada teoría constituye quizás la cantera más proveedora y estable de criterios jurídicos atinentes”.¹⁶²

Por otra parte, la idea, según la cual, el derecho convencional es un sinónimo de certeza jurídica se justifica en la medida, que la expresión del enunciado que contiene la norma jurídica, se expresa a partir de una idea de prohibición o prescripción, las cuales resultan ser estudiadas de manera “analítica”, en tanto, que en el derecho consuetudinario, primero se debe llegar a tales enunciados de manera “deductiva”.

El problema no se presenta, ciertamente, en una metodología de las normas o un método en concreto, sino más bien, resulta ser pues, una “economía gramatical”, esto es, las primeras se encuentran plasmadas sobre un documento jurídico de manera inmutable (salvo por modificaciones jurídicas), en tanto que las segundas, deben ser deducidas de la práctica general y pueden ser formuladas de diversas maneras.

¹⁶² *Ibidem*, p. 3.

La consideración esencial es que tanto una llamada convención de codificación como el derecho internacional consuetudinario se pueden derivar de un principio fundamental común. Las diferencias que pueden existir entre el contenido específico de cada una no son, tales que hagan que una sentencia limitada al campo del derecho internacional consuetudinario sea ineficaz o inapropiada, o una sentencia no susceptible de cumplimiento.¹⁶³

CAPÍTULO 3. LA PALINODIA DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO

A partir de las líneas anteriores dentro de este estudio se pueden extraer por deducción tres ideas principales acerca de la costumbre internacional.

La primera: todo derecho internacional consuetudinario es una práctica general y uniforme; la segunda: el derecho internacional consuetudinario es susceptible de explicarse, formarse, identificarse y aplicarse, efectiva y objetivamente, si se excluye al elemento *opinio juris sive necessitatis*; la tercera: el artículo 38.1, inciso b), del Estatuto de la Corte debe sufrir una reconceptualización para excluir las ideas metafísicas, y tomar como base la “certeza jurídica”.

Derivado de tales ideas, este capítulo se titula “la palinodia del derecho internacional consuetudinario”, es decir, el espacio en donde se objeta la metáfora

¹⁶³ Cfr. International Court of Justice, “*Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua*”, Op. Cit., p. 96, parágrafo 181

antropomórfica del Estado, según la cual, éste puede “pensar”, “sentir” y “creer”, aquella que sometida a un análisis lógico, revelara que oculta una tautología. Se pretende replantear al derecho internacional consuetudinario como un derecho objetivo y objetivable al excluir al “*logos*” (elemento subjetivo), cuya esencia es típicamente metafísica y una variación del derecho natural.

3.1 LA NECESIDAD DE UNA RECONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO

En una reconceptualización del derecho internacional consuetudinario se debe entender a la costumbre internacional como: “una práctica general, cuya validez y eficacia residen en sí misma”. Tal definición encierra un sentido amplio (creación “*secundum legem*”, aplicación “*praeter legem*”, y derogación “*contra legem*” de derecho) como la genuina definición romana de la costumbre: “*Ius quod usus comprobavit*”¹⁶⁴.

Se ha de enfatizar que parte de este ejercicio contiene pensamientos de derecho romano.

Al decir de Justiniano, es aquel que el uso ha hecho válido, “porque la costumbre repetida diariamente y obedecida por los que la siguen, equivale a

¹⁶⁴ “...Llamada también, en contraposición a la ley, *Ius non scriptum*, ha sido la primera y más antigua fuente de derecho.” DA CUNHA LOPES, TERESA M.G. y CHAVIRA VILLAGÓMEZ, RICARDO, “Introducción histórica al derecho romano”, 1era Edición, Ed. Facultad de derecho y ciencias sociales/UMSNH, México, 2009, p. 15.

leyes”: *Ex non scripto jus venit, quod usus comprobavit. Nam diuturni mores, consensu utentium comprobati, legem imitatur.* De ahí que, el derecho consuetudinario se trata de un derecho oral, que suele ser compartido por una colectividad y que no está vinculado al poder estatal.¹⁶⁵

En dicho sentido, la normatividad y reglas de orden consuetudinario fueron en gran parte los elementos primarios del *Ius Gentium*, con base en los cuales la jurisprudencia desplegó la *interpretatio*.¹⁶⁶

Tiene que ser así, toda vez que al considerar la costumbre se presupone que la comunidad internacional debe conducirse en la forma que habitualmente se hace. Aunque tal aserto es vago dentro de la doctrina dominante, ya que cuando incluye al elemento subjetivo, imita a la legislación y supone erradamente que la comunidad internacional debe conducirse en la forma ordenada por las normas creadas por un legislador distinto a los sujetos obligados.

Por otra parte, al incluir al elemento subjetivo se imagina al Estado como el súbdito de un ordenamiento metafísico que lo supera; con un cuerpo sólido que ocupa determinado espacio, que tiene una estructura interna, que sostiene relaciones externas y es capaz de ejecutar funciones psicológicas tendientes a

¹⁶⁵ MORIN, ALEJANDRO, “*Estudios de derecho y teología en la edad media*”, Primera edición, E-BOOK, Buenos Aires: Maglio, 2012, p. 85

¹⁶⁶ Cfr. DA CUNHA LOPES, TERESA M.G. y CHAVIRA VILLAGÓMEZ, RICARDO, “Introducción histórica al derecho romano”, Op. Cit., p. 15.

discernir entre hábitos simples y obligaciones jurídicas impuestas por ese algo o alguien superior.

Al indagar y revelar la metáfora dentro de tal idea y además, reformular tal idea de manera lógica o no metafórica, se puede concluir y advertir lo erróneo de tal forma de pensar. De tal suerte, la definición de la costumbre internacional como “ la evidencia de una práctica general, que se acepta como derecho” es desafortunada, ya que:

“... La costumbre no puede ser la prueba de una práctica general, pues por sí misma es una práctica general, y una práctica no puede ser aceptada como Derecho, porque el Derecho es norma y la práctica es un hecho. Si se quiere expresar correctamente la idea contenida en esta disposición, se dirá: “La corte aplica (...) las normas cuya validez, en tanto reglas de Derecho, es aceptada por una costumbre general”.¹⁶⁷

Al tomar en cuenta que el jurista Hans Kelsen sugiere que *“...Cualquier intento de definición de un concepto debe tomar como punto de partida el uso común de la palabra que designa el concepto en cuestión.”¹⁶⁸* La costumbre se podría entender (no definir) como una forma de conducta generalmente

¹⁶⁷ KELSEN, HANS, “*Teoría del derecho internacional consuetudinario*”, Op. Cit., p. 23.

¹⁶⁸ Cfr. KELSEN HANS, “*Teoría general del derecho y del Estado*”, Op. Cit.,p. 4.

observada, con la cual los sujetos no tienden de manera consciente a crear derechos.¹⁶⁹

De ahí que el concepto de derecho internacional consuetudinario es únicamente la traducción normativa de una regla que describe, por un lado, en qué forma los individuos y los tribunales se conducen efectivamente; por otro, es una norma que prescribe la forma en que los individuos y los tribunales deben ajustar su conducta.¹⁷⁰

Conforme a tales asertos, es que se verifican recíprocamente, también los elementos propuestos dentro de esta “reconceptualización”, así pues, veamos:

La costumbre debe analizarse con base en la “certeza jurídica”, lo cual implica evitar juicios valor, especialmente aquellos baladíes de “justicia”¹⁷¹. Debe ser un estudio impoluto, enfocado en la calidad de pruebas tendientes a demostrar el deber jurídico, el acto antijurídico (en su caso), así como las conductas que hayan sido conformes o no a la prescripción normativa y en observancia de la determinación del asunto en que se inquiera.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 134.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 201.

¹⁷¹ “Lamentablemente no puede existir un orden justo, capaz de procurar felicidad a cada uno, ya que felicidad se define estricta y originariamente de forma individual. Tal cuestión no puede ser resuelta racionalmente, ya que su solución implica un juicio de valor determinado por factores emocionales, y tiene, por ende, carácter subjetivo, válido únicamente para el sujeto que juzga, y por tanto, relativo solo a él”. Cfr. *Ibidem*, p. 7 y ss.

Tiene que ser de esta forma, ya que el elemento subjetivo perteneciente a la doctrina dominante tiene exclusivamente una función esencial, a saber, mantener la conexión ilusoria entre derecho y razón.

Al comprender la naturaleza abstracta del elemento subjetivo y su desempeño como epifenómeno del “deber jurídico” y excluirlo, se entiende por norma consuetudinaria de derecho internacional a la norma jurídica genuina creada por el elemento objetivo, aquella que resulta eficaz, válida y, sobre todo, “coercitiva” si es aplicada por el órgano jurisdiccional, es decir, si éste ejecuta la sanción.

3.2 DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO: UN ACTO LEGISLATIVO

El derecho internacional consuetudinario es por excelencia el método creador del derecho internacional general, así como de su norma básica y su razón última de validez.¹⁷²

La costumbre o práctica general es, como todo acto legislativo, un modo de creación del derecho y no solamente, como la idea del elemento subjetivo o psicológico pretende, un método de comprobación de normas jurídicas ya existentes en la conciencia.

¹⁷² *Ibidem*, p. 419 y 420.

La idea de manifestar una conducta constitutiva de una práctica general para cumplir una obligación o ejercer un derecho es una clara referencia a normas ya constituidas con anterioridad a ese hecho. Sería equivalente decir que un sujeto debe ajustar su conducta conforme a una prescripción normativa existente anterior a la manifestación de su conducta.

Tal doctrina es errónea, ya que la costumbre jurídica esencialmente constituye normas jurídicas y no declara exclusivamente las existentes. La concepción conforme a la cual existe una norma jurídica que regula la conducta que constituye una práctica general, parte de la idea de que al derecho positivo le precede, un segundo orden jurídico que sería la razón de validez del primero.

Tal cuestión es fácilmente refutable, ya que las normas consuetudinarias de derecho internacional son creadas por las conductas generalmente observadas de los sujetos obligados y habilitados por dichas normas. Los órganos creadores y los sujetos obligados a tales normas son idénticos. El legislador coincide al menos en principio. La formación del derecho internacional consuetudinario es una creación descentralizada de normas.¹⁷³

Tal aserto se constata si entendemos que una función del derecho internacional es crearse a sí mismo. Los Estados resultan ser órganos de la comunidad internacional, el representante de un órgano del Estado en primer

¹⁷³ KELSEN, HANS, “*Teoría del derecho internacional consuetudinario*”, Op. Cit., pp. 36 y 37.

término es un representante parcial del derecho internacional, y de manera secundaria de su propio Estado.¹⁷⁴

Innegablemente es la comunidad internacional la que utiliza los Estados individuales como los órganos creadores de derecho internacional, de tal suerte, que el derecho internacional consuetudinario se ha de encontrar formulado con la misma técnica que el derecho internacional general y en general.

3.3 LA NORMA CONSUECUDINARIA COMO PRODUCTO DE LA COSTUMBRE

Por un lado, las normas consuetudinarias son prescripciones normativas constituidas por la vía de la costumbre o, lo que es lo mismo, por una práctica general; así mismo el conjunto de esas normas conforman el orden jurídico consuetudinario. Por otro lado, la costumbre o práctica general es el método específico para crear esas normas. Por lo tanto, se ha de discriminar cuidadosamente entre el acto o procedimiento consuetudinario y la norma o el orden consuetudinario creados por aquel en cuanto acto o procedimiento.

De tal suerte, para este trabajo, la referencia a la costumbre se trata de un método de creación de normas de derecho no escrito, en tanto que la referencia a la norma consuetudinaria se trata del deber jurídico que es producto de tal método.

¹⁷⁴ Cfr. KELSEN, HANS, “*Teoría general del derecho y del Estado*”, Op. Cit., pp. 421 y 422.

El procedimiento consiste en una práctica general de los Estados, cuya consecuencia estriba en el establecimiento de un deber jurídico que debe ser objetivamente considerado obligatorio. Según que por el término “costumbre internacional” se entienda un determinado procedimiento de creación descentralizado de normas o el producto de tal procedimiento.

La costumbre internacional, producto de ese procedimiento, puede ser definida ya sea como la creación de normas por la manifestación de un conjunto de conductas similares y continuas que conforman una práctica general, ya como una norma o un orden creados, en virtud del derecho internacional general, por las exteriorizaciones y convergencias de conductas concordantes de los sujetos que están obligados a una cierta práctica general.

La doctrina dominante toma sólo en cuenta, la norma como aplicación y proyecta la norma en la sentencia que delega el derecho internacional consuetudinario. De este modo tal doctrina descuida intencionalmente el hecho de la delegación (creación de una norma individual llamada sentencia) e introduce el baladí de la *opinio juris sive necessitatis* (convicción de ejercer un derecho o cumplir una obligación preexistente), lo cual otorga al derecho internacional consuetudinario una naturaleza de acto de comprobación de normas y no como acto creador de derecho.

Esta forma de discriminar el derecho internacional consuetudinario, que proviene del hecho de que la oposición entre derecho internacional consuetudinario (creación de derecho) y norma consuetudinaria (deber jurídico) es erigida en oposición absoluta, se explica en parte por la circunstancia del elemento subjetivo, incluido retóricamente en las sentencias internacionales creadas por el derecho internacional consuetudinario que tienen general y típicamente un carácter individual.

La oposición con las normas generales del derecho internacional, que obligan a un número indeterminado de miembros de la comunidad internacional, para un número indeterminado de casos, a una conducta fijada de manera abstracta y sin inquirir en condiciones psicológicas, no es sino duda absoluta, pero sí lo suficientemente impresionante y patente para que con facilidad se la considere como absoluta.

3.4 SUJETOS CREADORES DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO CONTEMPORÁNEO

Si las normas consuetudinarias de derecho internacional son creadas por las conductas de los sujetos obligados y habilitados por tales normas, consecuentemente se ha de concluir que los órganos creadores de esas normas y los sujetos sometidos a las mismas son idénticos.

La base de tal explicación toma como idea principal que la conducta de los sujetos de derecho, en cuanto regulada por normas jurídicas, consta de dos elementos: uno material y otro personal, es decir, aquello que debe ser hecho u omitido y el sujeto que debe hacerlo u omitirlo.¹⁷⁵

Por otra parte, al reflexionar si el derecho internacional consuetudinario es un derecho atávico¹⁷⁶, éste debe tener, también sujetos atávicos, pero sí también, las normas jurídicas suelen ser modificadas y, también algunas otras son creadas, seguramente sería pernicioso y denodado afirmar sin analizar que los mismos sujetos atávicos sean idénticos en el derecho internacional consuetudinario contemporáneo.

Tal es el caso de que una organización represente a un Estado miembro de ella para aprobar la legislación en relación con una cuestión en particular. Por lo que no podría considerarse que esa práctica sea solamente la opinión de la organización acerca del derecho internacional, sino el cumplimiento de una facultad *jure imperii* originaria del Estado.¹⁷⁷

En cualquier sentido, la organización únicamente representa al Estado, es decir, la conducta es atribuible al Estado, por lo que realmente una organización

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 106.

¹⁷⁶ *Ibidem*. P. 404.

¹⁷⁷ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “A/CN.4/SR.3184: *Formation and evidence of customary international law (continued)*”, Provisional summary record of the 3184th meeting, Ginebra, Suiza, Jueves, 10n de septiembre de 2013, pp. 10 y 11

internacional por sí misma aún no contribuye con su conducta a una costumbre internacional.

Por otra parte, los individuos no son, no han sido aún, órganos de creación de derecho internacional consuetudinario.¹⁷⁸

3.4.1 ÓRGANOS DEL ESTADO Y COMUNIDADES DE ESTADOS

El derecho internacional se constituye de normas que fueron producidas en su origen por la vía consuetudinaria y para la regulación de las relaciones inter-estatales, por las conductas estatales, es decir, por los órganos competentes para ello de acuerdo con los órdenes jurídico-estatales singulares.¹⁷⁹

El estado de hecho creador del derecho internacional consuetudinario es constituido por las conductas de los Estados, representados por sus órganos competentes en sus relaciones con los otros Estados. Tales conductas deben ser efectuadas por los órganos del Estado y encontrarse en relación con otro Estado.¹⁸⁰

En otras palabras, es la suficiencia de un número limitado de Estados, en carácter de órganos facultados por el derecho internacional para crear la

¹⁷⁸ KELSEN, HANS, “*Teoría del derecho internacional consuetudinario*”, Op. Cit., p. 40.

¹⁷⁹ KELSEN, HANS, “*La Teoría Pura del Derecho*”, S.N.E, Ed. Época, México, 2008, p.139.

¹⁸⁰ KELSEN, HANS, “*Teoría del derecho internacional consuetudinario*”, Op. Cit., p. 37.

costumbre internacional. Es decir, los “Estados importantes”, los participantes en la formación del derecho internacional consuetudinario.

Tal carácter de órganos creadores de derecho internacional consuetudinario, se deriva de la norma que los faculta a crear tal derecho, por ello que exista un número indeterminado de casos; es decir, no es una identificación específica de sujetos que se encuentre de manera descriptiva en el orden jurídico internacional con carácter de “regla” jurídica.

Se trata de una costumbre de los Estados o por lo menos, de comunidades jurídicas que en el curso del tiempo participan al lado de los Estados en la creación del derecho internacional consuetudinario y, de esa manera, adquieren subjetividad jurídica internacional y el papel de sujetos creadores del derecho internacional consuetudinario.¹⁸¹

Por otra parte, como se mencionó anteriormente, no basta con que ciertos órganos (órganos internacionales) del Estado, se encuentren identificados en derecho nacional como los únicos capaces de contribuir a las relaciones inter-estatales; el derecho internacional, también, se constituye por la actividad específica de los órganos interiores de los Estados.

¹⁸¹ *Idem.*

Obsérvense, *verbigracia*, el mínimo de derechos de los extranjeros que contenidos en normas consuetudinarias, es un derecho constituido en gran medida por la práctica interior de los Estados, es decir, un derecho constituido por los órganos legislativos, judiciales y administrativos. Tales órganos carecen de la obligación de ejecutar una norma ya constituida en el derecho internacional.¹⁸²

Principalmente las cortes internacionales, en tanto órganos de comunidades de Estado, por medio de la práctica de las cortes internacionales se declara y constata el derecho internacional consuetudinario. La actividad de emitir fallos, normas individuales y concretas, que se sirven de reglas generales de derecho internacional consuetudinario, ubica a la jurisprudencia internacional como una de las “pruebas” objetivas más importantes del orden consuetudinario internacional.¹⁸³

En segundo lugar, las normas jurídicas creadas por una costumbre internacional obligan, también, a Estados que notoriamente no participaron en la constitución de la norma consuetudinaria. El derecho internacional general, que obliga a todos los miembros de la comunidad internacional, es derecho consuetudinario.¹⁸⁴

¹⁸² *Ibidem*, pp. 38 y 39.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 39.

¹⁸⁴ KELSEN, HANS, “*Teoría general del derecho y del Estado*”, Op. Cit., p. 419.

Tal aserto se verifica cuando al aplicar una norma consuetudinaria de derecho internacional, las Cortes internacionales no examinan si el Estado participo en la creación de dicha norma, así como tampoco, examinan si ese Estado reconoció tácitamente tal norma consuetudinaria.¹⁸⁵

La existencia de una norma consuetudinaria de derecho internacional no hace depender su validez del reconocimiento de un Estado, ya que su validez presupone la existencia de su norma básica en el derecho internacional general, que encuentra a la costumbre como un hecho creador del derecho.

3.5 REFLEXIONES EN UNA NUEVA CONCEPTUALIZACIÓN

La práctica general como método de creación de derecho internacional se constituye por hechos (formados por conductas estatales) que son objeto de la norma básica, y la norma consuetudinaria de derecho internacional es una norma “no deseada”. El derecho internacional consuetudinario prescinde de una voluntad creadora, por tanto, también prescinde de una *ratio legis*.

Es cierto, tiene que aceptarse el hecho de que los “Estados” al externar una conducta seguramente tienen algún motivo, pero de igual manera debe admitirse que las relaciones internacionales no solamente son derecho internacional; es

¹⁸⁵ KELSEN, HANS, “*Teoría del derecho internacional consuetudinario*”, Op. Cit., p. 44.

decir, existe una diversidad de motivos y factores ajenos a lo jurídico por lo cual los Estados manifiestan cierta práctica.

La existencia de una práctica no significa necesariamente que la motivación haya sido una regla de derecho, incluso es difícil afirmar la probabilidad de la constitución de una regla o de una práctica. El contenido de las normas no lo establece el propio derecho, sino una pluralidad de factores. El derecho a lo sumo regula su forma de creación, aplicación, modificación y derogación.

Tal situación es evidente, ya que la “práctica general” que se deduce de tales hechos, es producto de la experiencia, es decir, es el resultado del hecho de que los Estados realmente suelen comportarse de una manera determinada. Por el lado contrario, el derecho formado por la voluntad es un derecho constituido por un acto volitivo dirigido deliberadamente a su creación.

De tal suerte, el derecho internacional consuetudinario no requiere de una voluntad creadora para su formación, aunque exista determinada voluntad para conducirse, como por ejemplo la voluntad que se requiere de los contratantes de una convención o la “voluntad del legislador” para expedir normas.

Por su parte, la norma consuetudinaria es una norma no deseada. Si se considera que toda norma contiene un acto volitivo, es decir, contiene una prescripción dirigida a la voluntad de los sujetos obligados, ese acto volitivo cuyo

sentido final es la norma, no es, en la norma consuetudinaria, aquel del que se dice figurativamente que la norma es engendrada.

La norma consuetudinaria no es objeto de una voluntad creadora de derecho ni de un mandato, sino que se deduce del “deber ser” establecido por la práctica general y que al arbitrio del órgano jurisdiccional se establece (basado en la presunción de que es la forma en que así se suele proceder en determinadas circunstancias) como obligatorio al imponer una sanción si un Estado manifiesta una conducta contraria (acto antijurídico) a dicho deber ser.

La distinción más evidente resulta ser que una norma constituida por un acto volitivo se formula con la intención de regular conductas en pospretérito, mientras que la norma consuetudinaria ha sido establecida por haber regulado situaciones en pretérito.

Para precisar dicha idea, véase el siguiente patrón: supóngase que en la comunidad internacional se considera válida la regla de que un Estado infractor tiene que reparar a un Estado lesionado.

Supóngase, además, que tal regla ha sido fijada por medio de conductas similares y continuas, y que por determinado espectro temporal los Estados lesionados han exigido tal reparación y los Estados infractores efectivamente han realizado tal reparación.

Imparcial a cualquier teoría de la formación consuetudinaria, es imposible afirmar que existe “voluntad” o “aceptación” de los sujetos cuya conducta real constituye una norma consuetudinaria, esto es, que los Estados infractores en su mayoría o todos reparen a un Estado lesionado, en caso de haber violado una obligación internacional sin existir algún tipo de norma o regla que regule esa situación.

En cualquier situación concreta, ni el Estado lesionado, ni el Estado infractor tienen alguna voluntad o aceptación en relación con la conducta de otros sujetos. Un Estado lesionado espera que el Estado infractor le repare el daño causado, y este Estado infractor repare efectivamente al Estado lesionado el daño causado.

Aquí yace la naturaleza de los hechos particulares que en conjunto constituyen, determinan y fijan la existencia del “derecho internacional consuetudinario”, instituyen la regla general de que bajo ciertas circunstancias el Estado infractor ha de reparar el daño causado al Estado lesionado. La existencia de tal norma consuetudinaria no implica voluntad o aceptación que tenga como contenido la citada regla.

Si en una controversia particular, una Corte de la comunidad internacional condena al Estado infractor a reparar el daño causado, dicha Corte basa su fallo

en la presunción de que en materia de responsabilidad internacional se procede en la forma en que los miembros de la comunidad internacional proceden siempre.

Arbitrariamente en el derecho internacional consuetudinario contemporáneo se dice que los sujetos han procedido de tal forma porque tienen la opinión de que tal daño “debe” ser reparado, *opinioe necessitatis*, como decían los juristas romanos. Los sujetos han de creerse convencidos de que a través de tal opinión que determina sus conductas por medio de una norma jurídica cumplen deberes jurídicos o ejercitan derechos subjetivos.

La doctrina dominante manipula la *opinioe necessitatis* y la transforma en elemento psicológico para que: “... *Estos individuos puedan erróneamente creer que están obligados por una regla jurídica, pero tal error no es necesario para constituir una costumbre creadora de derecho. Basta con que se consideren ligados por una norma cualquiera*”.¹⁸⁶

No obstante, se ha de precisar que se recurre a tal opinión con la idea de constituir un elemento subjetivo o psicológico, el cual pretende dirigirse a los pensamientos de los sujetos que, con sus actos, conforman una práctica general. Estos sujetos se han de sentir en la capacidad de experimentar una convicción jurídica o ajena a lo jurídico.

¹⁸⁶ KELSEN, HANS, “*Teoría general del derecho y del Estado*”, Op. Cit.,p. 135.

La idea de estimular los pensamientos a través de un elemento subjetivo, es aquella que tiene por finalidad producir actos volitivos dirigidos deliberadamente al establecimiento de una norma consuetudinaria. Es evidente que ningún acto volitivo puede producirse sin estimular el pensamiento.

El elemento subjetivo quita la posibilidad a una costumbre de ser jurídica, ya que al intentar conocer la “convicción” (lo cual es imposible) de una conducta, tal convicción puede ser o no “jurídica”, lo que significa que aunque exista una conducta de manera real, ésta sería únicamente objeto de una costumbre jurídica si y sólo si ha sido ejecutada con pensamientos referidos al derecho.

En otras palabras, el elemento subjetivo comprende la naturaleza de la norma consuetudinaria como un “poder ser” y no como un “deber ser”. El “deber ser” prescribe que una conducta debe ser, en tanto que el “poder ser” admite que una conducta se realice o no.

El deber ser jurídico que exige una conducta determinada de los sujetos obligados, sanciona la conducta contraria a la exigida, ya que tal deber es obligatorio. El “poder ser” al comprender que una conducta puede ser o no ser, contempla el deber jurídico como una posibilidad y la posibilidad contraria o la conducta contraria a tal deber se contempla sin sanción alguna.

Seguidamente, si dentro de lo que “puede ser”, esa conducta es realizada puede ser por una diversidad de motivos y razones, dentro de los cuales sólo uno constituye relevancia jurídica, es decir, si la voluntad de quien ejecuta una conducta se encuentra determinada por la convicción de ejercer un derecho o cumplir una obligación existe una norma consuetudinaria, en caso contrario es un simple hábito o *committas gentium*.

A través de tal elemento, la costumbre encuentra su validez o deber jurídico en una convicción y no en la conducta real en que los Estados suelen comportarse. Esta es la forma, dentro de tal doctrina, en la que se estimula el pensamiento para constituir un acto volitivo dirigido deliberadamente a la formación de una norma consuetudinaria y por la cual sea considerada como una norma deseada.

Tal elemento y su doctrina son los responsables de que los sujetos que niegan la concomitancia de dicho elemento a una práctica general intenten deslindarse de la norma que se formó por las conductas reales manifestadas por los Estados.

Antes de adoptar tales doctrinas se debe cuestionar si, ¿es posible conocer las metáforas visuales que representan el contenido abstracto del pensamiento de una persona jurídica colectiva (Estado) actuante o incluso de un ser humano?

3.5.1 LOS JUECES INTERNACIONALES Y LA COSTUMBRE

INTERNACIONAL

Conforme al jurista Hans Kelsen: “... *La práctica de los tribunales suele ser el método más importante en la producción del Derecho internacional consuetudinario.*”¹⁸⁷ Conforme a la Corte Internacional de Justicia: “...*The Court considers, however, that for the purposes of the present case the most pertinent State practice is to be found in those national judicial decisions.*”¹⁸⁸

Kelsen señala que “... *Una sentencia judicial se cree, es la aplicación de una regla de Derecho ya en vigor. Pero, abstracción hecha de lo injustificado de esta opinión, la sentencia judicial no es solamente aplicación sino, igualmente, creación de Derecho, pues se sirve de reglas de Derecho consuetudinario creadas por la práctica de los tribunales sin plantearse la cuestión de saber si los jueces, al aplicar la regla transformada en regla de Derecho consuetudinario, están convencidos de aplicar una norma ya en vigor.*”¹⁸⁹

3.5.2 LA FUNCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL:

¿APLICACIÓN O CREACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO?

¹⁸⁷ KELSEN, HANS, “*Teoría del derecho internacional consuetudinario*”, Op. Cit., p. 33.

¹⁸⁸ International Court of Justice,” *Jurisdictional immunities of the state*”, parágrafo 73. Op. Cit., p.130.

¹⁸⁹ KELSEN, HANS, “*Teoría del derecho internacional consuetudinario*”, Op. Cit., p. 33.

Cuando el órgano jurisdiccional determina una repetición prolongada y reiterada de ciertas conductas exteriores como suficiente para constituir una costumbre creadora de derecho, y decreta una sentencia, la cual al ser ejecutada se convierte en *res iudicata*, cualquier duda queda disipada respecto de la obligatoriedad jurídica acerca de la costumbre.

El sentido objetivo de la *opinio juris* que refiere a la extensión y uniformidad de una práctica, así como a su “reconocimiento” de obligatoriedad jurídica, “... *no es igual a decir que la norma ha sido aceptada por los sujetos de derecho como si se tratara de una norma convencional*”¹⁹⁰ o de un análisis psíquico a los sujetos que con sus conductas constituyen dicha norma.

En tal sentido, es correcta la función ideológica de la *opinio juris*, pero es imposible demostrar de manera subjetiva, ya que sólo puede ser demostrada objetivamente como la misma Corte lo hace y lo reconoce.

Así mismo, es correcto el aserto de que, una práctica general se realiza como una cuestión jurídica y no como una gracia o concesión.¹⁹¹ Las conductas manifestadas como omisiones deben estar alejadas de consideraciones políticas o

¹⁹⁰ ESTRADA, GUILLERMO, “*Interpretación judicial internacional*”, Op. Cit., p. 101.

¹⁹¹ Cfr. International Court of Justice, “*Case Concerning Right of Passage Over Indian Territory*”, dissenting opinion of judge Chagla, Op. Cit., p. 177

económicas y encontrar su fundamento en una prohibición derivada del derecho internacional consuetudinario.¹⁹²

En ese sentido “... el órgano competente para aplicar una regla de Derecho internacional consuetudinario, es absolutamente libre para considerar el hecho de la repetición prolongada y constante de ciertos actos exteriores como suficiente o no para constituir una costumbre creadora de Derecho.”¹⁹³ Por ello la Corte Internacional de Justicia señaló que la práctica debería ser: “... extensive and virtually uniform in the sense of the provision invoked.”¹⁹⁴

Para explicar el proceder normativo de la norma consuetudinaria de derecho internacional, se asume la necesidad primaria de identificar la norma básica del proceso consuetudinario, es decir, aquella que considera a la costumbre como un hecho creador de derecho.

La norma básica es relevante en el proceso de creación consuetudinario cuando se estudia una determinada conducta realizada por un Estado ante un caso concreto y que posteriormente Estados vecinos, limítrofes o incluso lejanos (geográficamente referido) reproducen tal conducta de forma continua y similar.

¹⁹² Cfr. International Court of Justice, “*Fisheries jurisdiction case*”, separate opinion of judge Petré, Op. Cit. p. 305

¹⁹³ KELSEN, HANS, “*Teoría del derecho internacional consuetudinario*”, Op. Cit., p. 34.

¹⁹⁴ International Court of Justice, “*North Sea Continental Shelf Cases*”, parágrafo 74. Op. Cit., p. 43.

Consecuentemente, ese conjunto de conductas uniformes son una práctica general respecto de un objetivo común, debido a que todos o la mayoría de Estados pertenecientes a ese conjunto orientan su conducta en la persecución de tal objetivo. De tal manera, si un Estado llegara a contradecir tal práctica y otro, por su parte, exige tal conducta a dicho Estado, se crearía una controversia relativa al incumplimiento de uno y la exigencia del otro.

Si dicha controversia se hace del conocimiento de una Corte internacional, ésta puede, por un lado, a partir del derecho sustantivo existente, establecer que tales hechos son constituidos por conductas “libres”, es decir, no son objeto de una norma jurídica, por lo cual podría rechazar la demanda o absolver al demandado; por otro lado, en caso contrario (la creación libre del derecho), deberá continuar con su labor jurisdiccional y hermenéutica.¹⁹⁵

En ese último sentido, sin derecho sustantivo preexistente (creación libre del derecho), la Corte se sitúa en la necesidad de comprender que la costumbre jurídica internacional es “una práctica general, cuya validez y eficacia residen en sí misma”; por lo que tendrá que servirse de un método inductivo para comprobar si existe una práctica general, efectiva y válida.

¹⁹⁵ Cfr. KELSEN, HANS, “*Teoría general del derecho y del Estado*”, Op. Cit., p. 147.

Así pues, la Corte deberá examinar si la(s) conducta(s) que constituye(n) los hechos que juzgará son relevantes, esto es, si aquellos son objeto de la prescripción derivada de la norma básica.

La Corte tendría que deducir del conjunto de conductas similares y continuas, a través de la presunción de que tales conductas son la forma en que los Estados suelen conducirse ante tal situación, si la persecución de dicho objetivo es un “deber jurídico” constituido mediante una práctica general.¹⁹⁶

A su vez, la Corte tendría que observar qué la conducta contraria a la prescrita por el deber jurídico constituye un “acto antijurídico”, es decir, la condición de la sanción. De tal manera, que si la Corte comprueba que la conducta exigida es efectivamente la forma en que los Estados han solido conducirse, deberá describir normativamente como tales hechos se relacionan con la norma y los sujetos obligados a ella.¹⁹⁷

Si es demostrado que tales hechos constituyen una reclamación jurídicamente válida del actor, la Corte se encontraría en la posibilidad de atribuir la sanción al demandado y constatar dicha práctica como una norma consuetudinaria de derecho internacional en vigor. Si la Corte establece la sanción, consecuentemente, se instituye un derecho subjetivo con su correlativa obligación jurídica (deber jurídico).

¹⁹⁶ *Supra*, p. 37.

¹⁹⁷ *Supra*, p. 38.

Nótese que si alguien está jurídicamente obligado a determinada conducta significa que un órgano “debe” aplicarle una sanción en el caso de que se comporte de manera contraria.¹⁹⁸

Para la teoría jurídica vale y basta con decir, que si a partir de la investigación científica de la Corte, se establece que A se ha conducido en forma contraria a la ordenada por el derecho internacional consuetudinario, deberá decretar una sanción en contra de A. Así pues, dicha norma (práctica *in fieri*, por así decirlo) se transforma “formalmente” en una norma del orden jurídico consuetudinario internacional.

El fallo de la Corte constata y declara la validez y eficacia de tal norma en razón de su aplicación, ya que era válida y eficaz a través de la obediencia a la práctica, por ello, la práctica fue general.

En tal sentido, la Corte realiza una descripción analítica del derecho positivo, como un conjunto sistemático de normas válidas, esto es, describe su objeto de manera empírica, a pesar de que se encuentre constituido por normas y no por tipos de comportamiento real, a partir de enunciados por medio de los cuales describe las normas en su conexión específica dentro del orden jurídico consuetudinario internacional.¹⁹⁹

¹⁹⁸ KELSEN, HANS, “*Teoría general del derecho y del Estado*”, Op. Cit., p 70.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 194.

Epistemológicamente se ha de observar que la Corte, a partir de una norma general y abstracta de derecho internacional general, la norma básica, declara la validez de un derecho “inexistente” a la controversia, “tiene lugar la validez de una nueva norma general y una norma individual concordante”. Véase el siguiente silogismo que comprende dicha afirmación:

La norma general vigente: “Los Estados deben comportarse en la manera como suelen hacerlo con los otros”; existe una conducta cuyo sentido es: “A debe realizar la delimitación de su mar territorial como los demás han solido hacerlo, respecto de *B*”; por lo tanto, el sentido individual citado como la segunda premisa es una norma, la que concuerda con la norma general citada como primera premisa.

Tal ejercicio es producto, de que la Corte investiga la significación normativa que deba atribuirse a un enunciado que pretende representar una norma jurídica. Consecuentemente la Corte forma un enunciado lógico de la siguiente forma: la regla de derecho que afirma que si un individuo *A* se conduce de cierta manera, entonces otro individuo *B* debe conducirse de otra cierta manera.²⁰⁰

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 195.

“... Este órgano es —especialmente durante el periodo inmediato al nacimiento de la costumbre— un órgano creador de Derecho en una medida mucho más vasta que cualquiera otro órgano de aplicación²⁰¹.”

Aunque, también es posible señalar que la Corte únicamente declara y constata la norma ya constituida por las conductas exteriores de los Estados, que como órganos de creación de derecho internacional consuetudinario ya han constituido.

La elección entre aplicación (exclusivamente) o creación de derecho carece de importancia. Lo único trascendente es el hecho obtenido deductivamente del contenido empírico de que la sentencia con carácter de *res iudicata*, al contener la labor epistemológica y hermenéutica de la Corte demuestra con argumentos jurídicos el alcance, límite y obligatoriedad de una norma consuetudinaria.

3.5.3 LA FUNCIÓN DE LOS JUECES CON LA COSTUMBRE INTERNACIONAL: ¿LA *OPINIO JURIS* ES UN ELEMENTO CONSTITUTIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO?

La *opinio juris*, no puede comprobarse de manera deductiva o tras una valoración de pensamientos o sentimientos, es incluida retoricadamente y de manera inductiva en las sentencias. Únicamente al objetivar el concepto de *opinio juris*

²⁰¹ KELSEN, HANS, “*Teoría del derecho internacional consuetudinario*”, Op. Cit., p. 36.

ésta puede tener efectos prácticos en la difícil tarea de diferenciar la costumbre “jurídica” del “uso” no jurídico.²⁰²

La Corte en el asunto de “Delimitación de la frontera marítima en el área del Golfo de Maine (Canada/Estados Unidos de América) de 1984, fue contundente al afirmar que la “*opinio juris* de los Estados puede comprobarse por inducción, mediante el análisis de una práctica suficientemente amplia y convincente, y no por deducción a partir de ideas preconcebidas.”²⁰³

Es por ello, que en la práctica los jueces identifican la *opinio juris* con las diversas conductas estatales que integran la práctica general, para así del elemento objetivo “deducir” (arbitrariamente) la *opinio juris* e incluirla inductivamente en su argumentación. Así pues, ciertas conductas objetivas, en sí mismas y según la actividad de los jueces (no sus comentarios), son prueba tanto de una práctica general como de la inopinada e infundada *opinio juris*.

Por ello, la Corte afirmó que lo único esencial es que para la costumbre, basta con que la práctica haya sido suficientemente amplia y uniforme. Por consiguiente, si la *opinio juris* sólo tiene efectos prácticos al objetivarla, la norma consuetudinaria de derecho internacional se formula por elementos objetivamente determinables por el estado de hecho de la costumbre internacional.

²⁰² Cfr. SLAMA, “*Opinio juris in customary international law*”, en *Oklahoma City University Law Review*, vol. 15, núm. 2 (1990), p. 48.

²⁰³ Corte Internacional de Justicia “*Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*” (Canada/United States of America), Judgment, 1984, p. 299.

Consecuentemente, los jueces exclusivamente examinan el único elemento esencial que *“... es la repetición prolongada y constante de actos similares, positivos o negativos; o sea el hecho de que la conducta, que debe ser considerada como obligatoria, se manifieste por actos repetidos durante cierto tiempo.”*²⁰⁴

3.5.3 LA FUNCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL EN CASOS POSTERIORES

El efecto de la sentencia es establecer un derecho subjetivo, el cual faculta a un sujeto a iniciar un proceso jurisdiccional. Tal derecho es subjetivo porque subjetiviza un derecho contenido en un orden jurídico general (derecho objetivo). El derecho subjetivo y el derecho objetivo se constituyen simultáneamente. Asimismo la sentencia crea jurisprudencia al respecto, misma que servirá en casos futuros a esa misma Corte u otras si se llegase a presentar la oportunidad.

Tal aserto tiene lógicamente el mismo carácter que aquel por el cual se subsume un fenómeno concreto bajo un concepto abstracto. El orden jurídico general o derecho objetivo no puede estar integrado únicamente por reglas o normas generales.²⁰⁵

²⁰⁴ KELSEN, HANS, *“Teoría del derecho internacional consuetudinario”*, Op. Cit., pp. 35 y 36.

²⁰⁵ KELSEN, HANS, *“Teoría general del derecho y del Estado”*, Op. Cit., p. 102.

El efecto de la sentencia, es quizá, la razón por la cual la doctrina dominante atribuye a la práctica de los tribunales, una de las pruebas más importante de la *opinio juris*, pero si tal elemento se atribuye a la práctica de los tribunales, habrá que decir que cualquier norma contiene ese elemento, salvo que, arbitrariamente, sea imputable exclusivamente al proceso consuetudinario.

Por otra parte, cuando existe derecho sustantivo (una norma consuetudinaria de derecho internacional), basta que los sujetos obligados se conduzcan de la forma prescrita por tal norma. Para el caso de aplicación, la Corte debe examinar la jurisprudencia internacional, es decir, la forma en que las cortes suelen resolver las controversias, lo que implica que una Corte debe fallar como usualmente las demás lo hacen.

Así pues, la norma se estudia como regla de forma descriptiva, contraria a la deducción fáctica de los hechos prescriptivos, como se debe hacer en la creación libre del derecho, en donde la norma aún carece de interpretación descriptiva de su naturaleza; ya que ahora resultan patentes los hechos y pruebas de tal práctica, por ejemplo, legislación, jurisprudencia nacional e internacional...

Este es el motivo por el cual las sentencias con carácter de *res iudicata* se transforman en “materia prima” de fallos posteriores, por ello la práctica de las cortes internacionales es esencial para la formación del derecho internacional consuetudinario.

Por consiguiente, la Corte se sirve en mayor medida de un método deductivo en su labor epistemológica para identificar y aplicar el derecho internacional consuetudinario para decidir sobre su “hipótesis científica”, es decir respecto de sus puntos resolutivos.

En tal sentido, la Corte ya tiene claro el deber jurídico establecido por la norma en vigor, por lo cual deberá allegarse de las pruebas pertinentes que acrediten tal deber jurídico, en especial, la jurisprudencia de esa misma Corte u otras, ya que en ellas reside la coercitividad de la norma (aplicación de la norma).

Seguidamente, tiene que contrastar, de manera inductiva, los hechos particulares y concretos, con la prescripción normativa general y abstracta para determinar si existe o no un acto antijurídico que sea la condición específica de una sanción, y así poder establecer la imputación de tal conducta antijurídica al Estado infractor.²⁰⁶

Ya sea que, al establecer la existencia de un derecho subjetivo o al aplicar una norma consuetudinaria en vigor; la Corte siempre aplica una norma general de derecho internacional consuetudinario. Al mismo tiempo crea una norma individual que establece determinada sanción que habrá de imponerse al infractor.²⁰⁷

²⁰⁶ KELSEN, HANS, “*Teoría general de las normas*”, Op. Cit., p. 41.

²⁰⁷ Cfr. KELSEN, HANS, “*Teoría general del derecho y del Estado*”, Op. Cit., p. 159.

La función jurisdiccional es, simultáneamente, creación y aplicación del derecho. Tal función se encuentra ordinariamente determinada por normas generales, tanto para el procedimiento como para el contenido de la norma que debe crearse.²⁰⁸

Desde un punto de vista dinámico, la norma individual creada por el fallo de una Corte es una etapa de un principio que se origina con el establecimiento de la norma básica, continua con el derecho internacional general y las normas consuetudinarias que lo constituyen, y culmina con las decisiones de los órganos jurisdiccionales. Tal proceso se completa mediante la ejecución de la sanción individual.²⁰⁹

Las normas consuetudinarias de derecho internacional (incluso, cualquier norma general) son únicamente, por así decirlo, productos semi-elaborados, cuya conclusión depende de la decisión de un órgano jurisdiccional y de la ejecución de ésta. El proceso a través del cual el derecho constantemente se crea a sí mismo, va de lo general y abstracto a lo individual y concreto. Es un proceso de individualización y concreción siempre crecientes.²¹⁰

La norma consuetudinaria general que, a ciertos supuestos abstractamente determinados, enlaza ciertas consecuencias determinadas también de manera

²⁰⁸ *Idem.*

²⁰⁹ *idem.*

²¹⁰ *Idem.*

abstracta, tiene que ser individualizada y concretada a fin de quedar en contacto con la vida social y de aplicarse a la realidad.²¹¹

Para tal efecto es necesario determinar en cada caso si las condiciones señaladas en abstracto por la norma consuetudinaria general, se encuentran presentes en concreto, a fin de que la sanción determinada abstractamente por la norma genérica, pueda ser ordenada y ejecutada en concreto. Estos son los dos elementos esenciales de la función jurisdiccional.²¹²

“... solamente el prejuicio, característico de la jurisprudencia de la Europa continental, de que el derecho es, por definición, exclusivamente un conjunto de normas generales, así como la identificación errónea del derecho con los preceptos generales de la ley y la costumbre, han podido obscurecer el hecho de que la decisión judicial continua el proceso de creación jurídica, de la esfera de lo general y abstracto, en la de lo individual y concreto”²¹³.

3.5.5 EL DERECHO POSITIVO COMO REFERENTE CONSTITUTIVO DE LA NORMA CONSUEUDINARIA DE DERECHO INTERNACIONAL

La interpretación del fenómeno jurídico consuetudinario sólo puede ser explicada de manera objetiva, ajena a juicios de valor propios de quien juzga, cuando está

²¹¹ *Ibidem*, p. 160.

²¹² *Idem*.

²¹³ *Idem*.

basada en el contenido material del derecho positivo. Para llegar a tal explicación objetiva se deben tener a la vista las estipulaciones empíricamente dadas del derecho internacional consuetudinario.

La idea de un elemento subjetivo es un subjetivismo epistemológico el cual parte de una filosofía subjetivista. Tal elemento puede ser explicado ya sea por el subjetivismo político de la soberanía estatal, ya sea por la sociología jurídica o ya sea por la metafísica, el derecho natural e incluso, más específicamente, por la doctrina francesa del derecho objetivo.

Todas aquellas disciplinas que intentan explicar el elemento subjetivo solamente son formas distintas de comprensión del fenómeno jurídico consuetudinario; son, es cierto, indebidamente empleadas algunas veces, como fundamento de ciertos asertos acerca del contenido del derecho positivo.

Por ello, el jurista Guillermo Estrada precisa en los siguientes términos: “... *La doctrina internacional se divide a partir de la existencia o inexistencia del elemento consensual para definir que una conducta se vuelva obligatoria. De voluntaristas a objetivistas, desde el primer cuarto del siglo pasado, los doctrinarios han sostenido que la costumbre se basa ya sea en la voluntad de los Estados o fuera de ella; o sea, en una necesidad social.*”²¹⁴

²¹⁴ ESTRADA, GUILLERMO, “*Interpretación judicial internacional*”, Op. Cit., p. 100.

Los grandes retos, producto de esas distintas comprensiones del fenómeno jurídico consuetudinario son: determinar los pensamientos, sentimientos y convicciones de un Estado; determinar la aceptación de una práctica general; determinar si la costumbre es un tratado tácitamente concluido entre los miembros de la comunidad internacional; determinar incluso si el Estado es un substrátum distinto del orden que lo regula y de los individuos que actúan a su nombre.

Todas estas cuestiones no pueden ser resueltas deductivamente debido a su carácter subjetivo, sino sólo en virtud de un análisis del derecho positivo; y el derecho positivo revela que todas las cuestiones mencionadas son inexactas. Por tal motivo, dichas cuestiones pueden ser aceptadas o rechazadas conforme a las estipulaciones empíricas dadas por el derecho positivo, mismas que claramente separan cualquier implicación entre aquellas y el orden material.

Si se realiza un estudio detallado del derecho positivo y la labor hermenéutica de una Corte internacional se puede apreciar claramente, aunque refieran tales cuestiones mencionadas, que la interpretación última se encuentra soportada en el contenido material del derecho positivo.

Verbigracia, en el párrafo 58 de la, ya citada, sentencia de “Inmunidades jurisdiccionales de los Estados” de 2012, la Corte refiere en relación a la *opinio juris*: “...*The Parties are thus in broad agreement regarding the validity and importance of State immunity as a part of customary international law. They differ,*

however...”²¹⁵ la Corte consideró que, para los fines del presente caso, la práctica más pertinente reside en las decisiones emitidas por las jurisdicciones internas.²¹⁶

Así mismo “... *The Court (...) notes that (...) The mere fact that States declare their recognition of certain rules is not sufficient for the Court to consider these as being part of customary international law, and as applicable as such to those States (...) 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.*”²¹⁷

‘Por ello, al final “... *The Court must satisfy itself that the existence of the rule in the opinio juris of States is confirmed by practice*”.²¹⁸ Esto es, examinar únicamente el elemento objetivo y de ahí “presumir” la existencia del elemento metafísico.

Cuando la Corte en el párrafo 77 de la Sentencia de Mar del Norte de 1969 señaló que la práctica de los Estados (que constituye la práctica general) “...*should have been both extensive and virtually uniform in the sense of the provision invoked; and should moreover have occurred in such a way as to show a general recognition that a rule of law or legal obligation is involved*”.²¹⁹

²¹⁵ International Court of Justice, “*Jurisdictional immunities of the state Case*”, Op. Cit., p. 124.

²¹⁶ *Ibidem*, párrafo 73.

²¹⁷ International Court Of Justice, “*Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua*”, Op. Cit., p. 98

²¹⁸ *Idem*,

²¹⁹ Cfr. International Court of Justice, “*North Sea Continental Shelf Cases*”, párrafo 74, Op. Cit., P. 43.

Al expresarse de tal forma la Corte, lo único que, en realidad, refirió fue al elemento objetivo, ya que la forma en que se puede estudiar la extensión y uniformidad de una práctica es a través de las conductas reales en que los Estados suelen conducirse, y en tanto, que tal práctica se trata de una obligación legal, es la labor específica de los jueces, ya que si enlazan una sanción al Estado que se condujo de forma contraria a la establecida por la práctica, se constata una obligación jurídica.

Resulta menester que la Corte hubiera argumentado de tal manera, ya que cuando expresó que “... *Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it.*”²²⁰ Estableció una prueba imposible, que ni si quiera examina, a saber, examinar si la creencia de un Estado en relación de una práctica general se soporta en la existencia de una norma requerida por el derecho es imposible.

Así mismo, cuando manifestó que “... *The States concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation.*”²²¹ Refiere a que existe *a priori* una norma jurídica en la cual los Estados deben orientar sus pensamientos para externar su conducta; pero si esa norma es de derecho

²²⁰ *Ibidem*, p. 44.

²²¹ *Idem*.

positivo, ¿se requiere realmente pensar en ella para obedecerla o desobedecerla, o incluso para establecer una nueva norma?

A su vez, cuando declaró que “...*There are many international acts, e.g., in the field of ceremonial and protocol, which are performed almost invariably, but which are motivated only by considerations of courtesy, convenience or tradition, and not by any sense of legal duty.*”²²² Reiteró una necesidad de razón y discernimiento en los Estados con relación a su conducta como si éstos se asemejaran a seres humanos.

Tales enunciados son ideas imposibles de convertirse en situaciones y conocimientos empíricos. Primeramente, porque el derecho positivo no exige tales cuestiones; seguidamente, porque tales pruebas son imposibles; y finalmente, porque es desconocido el derecho trascendente en el cual los Estados deben basar su conducta para sentirse legalmente obligados.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico el elemento subjetivo es innecesario e imposible de probar, ya que las normas pueden ser cumplidas y aplicadas por diversas motivaciones, y las motivaciones efectivas muchas veces ni siquiera pueden ser descubiertas. De hecho, se considera una norma como

²²² *Idem.*

cumplida o aplicada sin tener en cuenta cuales fueron las motivaciones de la conducta efectiva, que representa el cumplimiento o la aplicación de la norma.²²³

A pesar de ello, como se ha visto a lo largo de este trabajo, la Corte a través de los años reitera dentro de su jurisprudencia la necesidad de tal elemento, aunque jamás haya probado la existencia del mismo; también ha argumentado la posibilidad de que existan métodos de creación consuetudinaria como cristalización, costumbre emergente o la codificación del derecho consuetudinario.

Tales temas han sido estudiados por la Corte dentro de su jurisprudencia, aunque de manera superflua, es decir, tales situaciones no han sido capaces de resolver el fondo de una controversia ni de ser decretados en los puntos resolutive de una fallo de la Corte, son simplemente posibilidades abiertas que ha analizado dentro de un asunto, pero que también ha descartado sin desestimar su existencia.

Lo único observable dentro de tal situación es que la Corte alude a la “razón”, esto es, tanto la costumbre emergente como la cristalización requieren de la *opinio juris* y la asemejan a un instrumento escrito que acompaña a la práctica estatal; también refiere a la creación de convenciones que codifican normas

²²³ KELSEN, HANS, “*Teoría general de las normas*”, Op. Cit., p. 144.

consuetudinarias y las convenciones son formadas necesariamente por la voluntad de quienes las firman y ratifican.

Esto significa únicamente que la validez y positividad de una norma consuetudinaria pertenecen al elemento subjetivo, en tanto, que una práctica general sólo es un indicador de eficacia de la norma, es decir, para que dicha práctica sea establecida o aplicada como norma consuetudinaria, ésta debe ser reconocida o aceptada por la razón como derecho.

Más allá de intentar degenerar la teoría del derecho internacional consuetudinario con un elemento consensual, la Corte intenta conducir disimuladamente la costumbre a un derecho de la razón.

Véase que la razón es la capacidad de pensamiento y reconocimiento, las normas del derecho de la razón se presentan como la finalidad de actos de pensamiento; es decir, son normas no queridas, sino pensadas. Una norma reconocida por el pensamiento es la consecuencia de un acto volitivo ficticio, a diferencia de una norma positiva que existe en la media que fue generada por una autoridad normativa.

Puesto que la razón humana es una capacidad tanto de pensamiento como de reconocimiento, las normas reconocidas o aceptadas por la razón no pueden ser establecidas por la propia razón. Por medio de la razón se pueden reconocer

las normas establecidas a través de los órganos creadores de derecho; se pueden generar conceptos, pero normas no.

La razón como legisladora es el concepto central de la ética kantiana. Pero esta razón es de acuerdo con Kant, la “razón práctica” y ella es (al igual que la razón divina) simultáneamente pensamiento e intención. Una norma consuetudinaria de derecho positivo, no hace depender su observancia y establecimiento (positividad) de un reconocimiento por parte de la razón.

Para que una norma consuetudinaria sea válida deber ser positivizada, es decir, encontrar su origen en las conductas estatales cuando se encuentre en formación; posteriormente debe ser eficaz. La condición de la vigencia de una norma no es la propia vigencia, sino las condiciones de haber sido establecida y de su eficacia.²²⁴

En tal medida, se tiene que separar, con claridad, dentro de la labor jurisdiccional de la Corte, su labor hermenéutica de sus doctrinas filosóficas. Cuando la Corte aplica una norma consuetudinaria únicamente examina el elemento objetivo, su formación, interpretación, vigencia, y coercitividad.

Sus doctrinas filosóficas son incluidas retóricamente sin mayor aporte a la comprobación del elemento subjetivo. La Corte nunca ha insistido en el

²²⁴ *Ibidem*, p. 146.

reconocimiento expreso de la norma consuetudinaria respecto de las partes en la controversia, incluso únicamente presume la existencia del elemento subjetivo al señalar que se encuentra relacionado con los actos legislativos de un Estado.

La Corte al examinar y determinar la existencia del elemento objetivo, únicamente puede, retóricamente, expresar que tal práctica ha sido “aceptada como derecho”, tal cuestión es comprensible, ya que la prueba de tal circunstancia expresada por esa frase es imposible.

Si la Corte para determinar una norma consuetudinaria examina la jurisprudencia nacional e internacional, la legislación de los Estados, y las reclamaciones concretas dentro de los tribunales (accesoriamente: los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional. los discursos de los Estados...),²²⁵ es decir, falla conforme a derecho positivo y sin considerar las creencias reales de los Estados, ¿por qué insistir en la necesidad de un elemento psicológico?

Quizá la respuesta más próxima a satisfacer tal incógnita se deba a que el elemento subjetivo es simplemente un recurso idílico, cuya función es simular que un Estado acepta voluntariamente la sanción enlazada a su conducta antijurídica, ya que, voluntaria y “tácitamente”, se obligo a la norma que incumplió.

²²⁵ *Supra* (Nota56), p. 34..

No obstante, tal doctrina se encuentra lejana a cumplir su propósito, ya que en el caso de que el Estado, conforme a su libre voluntad, niegue su aceptación o reconocimiento ante tal norma “... *podría tolerarse, la objeción, persistente o no de los Estados.*”²²⁶ Pero tal cuestión no sucede, ya que la conducta de un Estado “... *no puede equivaler al consentimiento que produce una norma.*”²²⁷

En tal sentido, el profesor Estrada Adán, puntualmente realiza la siguiente precisión: “... *debe admitirse que el objetor persistente (persistent objector o objecteur persistent) no es sino una tenue puesta en práctica de la doctrina voluntarista de formación de la costumbre, pero que, como se ha visto, no ha sido la más utilizada en el derecho internacional actual. Si el objetor persistente es uno solo, su posición es sumamente frágil y si, en cambio, existen muchos objetores, incluso la mayoría de la colectividad internacional, entonces tendría que replantearse la noción misma de la norma consuetudinaria, pues sería clara la ausencia de la opinión generalizada de que una conducta debe ser vista como derecho.*”²²⁸

En última instancia tiene que admitirse, que con independencia de cualquier doctrina a la que pueda estar relacionado, el elemento subjetivo tiene como función esencial, “aparentemente”, privar a la costumbre de su naturaleza de

²²⁶ ESTRADA, GUILLERMO, “*Interpretación judicial internacional*”, Op. Cit., p. 102.

²²⁷ *Ibidem*, p. 103.

²²⁸ *Idem*.

método creador de normas y hacer “parecer” a la costumbre como un método de comprobación de normas preexistentes.

Tal aserto se ha de verificar, al comprender que la función del elemento subjetivo es la convicción al actuar, es decir, *a priori* a la conducta se debe pensar la norma para que el resultado de tal pensamiento sea la conducta, y que la manifestación de tal conducta sea el acto volitivo por el cual la norma se establezca y ésta además, de ser una norma pensada sea una norma deseada.

Aunque, tal norma no se establece por un solo Estado, sino que, virtualmente, se establece cuando la mayoría de Estados efectúan dicha mecánica. La consecuencia última de esta doctrina es admitir que la norma creada por la conducta real de los Estados, no es más que el producto del patrón original existente en la consciencia de los Estados. Este es el motivo principal por el cual se cree que los Estados constituyen tales normas bajo su propio deseo y anhelo.

Por otra parte, si se adoptara una actitud estricta en relación con la prueba del elemento subjetivo y se exigiera, efectivamente, la prueba de la convicción o aceptación de tal norma²²⁹, el resultado sería la existencia de diversas normas individuales incapaces de concordar con la vigencia de una norma general, ya que tales serían, exclusivamente, un producto particular de las consideraciones subjetivas de las partes en un proceso.

²²⁹ Cfr. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, “*International law in the past third of the century*”, en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 159, Ed. Martinus Nijhoff, Leiden, 1978, p. 11.

Empero, la norma jurídica real, únicamente puede ser conocida a través del derecho positivo, ya que sería la materialización de tan complejo proceso psicológico y metafísico. Jurídicamente no existe razón alguna por la cual supeditar la validez de una norma al pensamiento, incluso eso sería denodado.

Si uno se percata de que el derecho es un orden coercitivo que estipula sanciones, tal opinión deja de ser defendible y se abandonan duplicaciones superfluas de la validez de la norma.²³⁰

Por lo tanto, la elección entre cualquiera de las doctrinas del derecho natural, de la sociología jurídica o de la política no puede hacerla por nosotros la teoría jurídica. Al elegir es obvio que nos guiamos por tendencias y preferencias éticas y políticas.

Desde el punto de vista de la teoría jurídica carece de importancia la elección de cualquiera de esas doctrinas. Pero desde el punto de vista de otras disciplinas la elección es importante, puesto que el elemento subjetivo da apertura a las mismas...

²³⁰ Cfr. KELSEN, HANS, "*Teoría general del derecho y del Estado*", Op. Cit., p. 71.

CONSIDERACIONES FINALES

Primera: La Corte dentro de su jurisprudencia plantea que la costumbre se constituye por una práctica general y la *opinio juris sive necessitatis*, pero demuestra el elemento *opinio juris* a partir de pruebas objetivas, las cuales también son prueba de la práctica general, por ende, la Corte jamás ha probado la *opinio juris* de forma subjetiva, es decir, como una convicción o sentimiento.

Segunda: De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, las normas consuetudinarias pueden ser generales o locales. A partir de esas estipulaciones empíricamente dadas, se puede afirmar que el número mínimo de Estados para establecer una costumbre es de dos (quien ejerce un derecho y quien cumple la correlativa obligación). Así mismo, la generalidad de una costumbre se encuentra estrechamente relacionada a la multiplicidad de hechos existentes en los que un mismo “deber ser” es cumplido con una referencia mínima de dos Estados vinculados por un mismo “deber ser”.

Tercera: La función de la práctica general es establecer que ante determinadas circunstancias, una conducta “debe ser”. Los sujetos que constituyen esa práctica son los Estados (positividad). Si ante determinadas circunstancias los Estados se comportan de manera similar se dice que una conducta es (eficacia), por lo cual posteriormente esa conducta “debe ser” (validez). Así pues, la costumbre es en sí misma una práctica general y ésta sólo puede existir si es eficaz y válida en sí

misma, por lo que de ella se puede deducir una conducta obligatoria y considerada objetivamente como regla de derecho,

Cuarta: Si, por una parte, los tratados internacionales son creados deliberadamente por la “voluntad estatal” expresada mediante una firma y ratificación del mismo, y si, por otra parte, la costumbre carece de una voluntad deliberada para constituir una norma jurídica, ya que ésta se “deduce” objetivamente de la forma en que realmente los Estados suelen comportarse, entonces, un tratado internacional no puede ser prueba de una costumbre.

Quinta: Una norma consuetudinaria puede ser privada de vigencia a través de su eficacia, esto es, si la norma no se obedece y tampoco se aplica por el órgano jurisdiccional pierde su vigencia. Por lo tanto, una práctica general que depende de la obediencia a un “deber ser”, puede encontrar desuetudo cuando el número de Estados que incumplen ese “deber ser” es mayor al que lo obedecen, Pero cuando un órgano jurisdiccional interpreta la costumbre y considera objetivamente ese “deber ser” como obligatorio, se consolida como un “deber jurídico” que es obedecido o aplicado por el órgano jurisdiccional. Si en el fallo de la Corte considerado como *res iudicata* se interpretó y decretó que existe un deber jurídico, entonces esa costumbre no puede encontrar desuetudo por la vía del incumplimiento que pretenda aminorar el número de Estados que obedecen un mismo “deber ser”, pues ya se estaría ante la presencia de un “deber jurídico” y no de un “deber ser” y su incumplimiento constituye un acto antijurídico sancionable.

CONCLUSIONES

Primera: El elemento subjetivo denominado *opinio juris sive necessitatis* es un recurso idílico de la doctrina dominante, se presenta como un epifenómeno del deber jurídico y por tanto, su prueba es imposible. Así pues, el derecho internacional consuetudinario solamente puede ser probado de manera objetiva.

Segunda: El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia debe redefinir la costumbre internacional. La costumbre internacional únicamente puede ser probada como “una práctica general cuya validez y eficacia residen en sí misma”.

Bibliografía

BARBOZA, JULIO, *“The customary rule: from chrysalis to butterfly”*, en Liber Amicorum ‘In Memoriam’ of Judge José María Ruda, C. A. Armas Barea y otros, Ed., Kluwer Law International, La Haya, 2000.

BUNGE, MARIO, *“Una filosofía realista para el nuevo milenio”*, S.N.E., Ed. Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, Perú, 2003.

CASSESE, ANTONIO, *“International Law”*, 2a ed., Ed. Oxford University Press, Oxford 2005.

CLAPHAM, Brierly’s Law of Nations: *“An Introduction to the Role of Law in International Relations”*, 7a ed. Ed. Oxford University Press, Oxford, 2012.

CRAWFORD, JAMES, *“Brownlie’s Principles of Public International Law”*, 8a ed., Ed. Oxford University Press, Oxford, 2012.

D’AMATO, ANTHONY *“The Concept of Custom in International Law”*, S.N.E., Ed. Cornell University Press, Ithaca, 1971.

DA CUNHA LOPES, TERESA M.G. y CHAVIRA VILLAGÓMEZ, RICARDO, *“Introducción histórica al derecho romano”*, 1era Edición, Ed. Facultad de derecho y ciencias sociales/ UMSNH, México, 2009

DE VISSCHER, CHARLES, *“Problèmes d’interprétation judiciaire en Droit international public”*, Primera Ed., S.N.E., Ed. Pedone, París, 1963.

DUGARD, JOHN, *“International Law: A South African Perspective”*, 4ª ed., Ed. Juta, Ciudad del Cabo, 2011.

DUPUY PIERRE Y. KERBRAT, *“Droit international public”*, 10ª ed., Ed. Dalloz, París 2010.

ESTRADA, GUILLERMO, *“Interpretación judicial internacional”*, 1era Edición, Ed. Fontamara, México, 2016.

GOMEZ ROBLEDO, ANTONIO, *“El ius cogens internacional (estudio histórico-crítico)”*, S.N.E., Ed. UNAM, México, 1982.

GUGGENHEIM, *“L’ Origine de l’opinio juris sive necessitatis comme deuxième élément de la coutume dans l’histoire du droit de gens”*, S.N.E., Melanges Basdevant, París, 1990.

- GUTIERREZ BAYLÓN, JUAN DE DIOS, "*Derecho de los tratados*", Primera edición, Ed. Porrúa, México, 2010.
- GUTIERREZ BAYLON, JUAN DE DIOS, "*Sistema Jurídico de las Naciones Unidas*", Primera edición, ed. Porrúa, México, 2007.
- JENNINGS Y WATTS, eds., *Oppenheim's International Law*, 9a ed., vol. I, Peace Londres, Longmans, 1991 (SIC)
- JIMÉNEZ DE ARECHEGA, "Curso de derecho internacional público", S.N.E., S.E., Tomo 1, Montevideo, 1979.
- KELSEN, HANS, "*La Teoría Pura del Derecho*", S.N.E, Ed. Época, México, 2008
- KELSEN, HANS, "*Teoría del Derecho Internacional Consuetudinario*", Primera edición, Ed. Coyoacán, México, 2012.
- KELSEN, HANS, "Teoría general del derecho y del Estado", Traducción: Eduardo García Máynez, Segunda edición, Ed. UNAM, México, 2008.
- KELSEN, "*Teoría general de las normas*", Primera edición, Ed. Trillas, México, 2003.
- KOSKENNIEMI, MARTTI, "*From apology to utopia*", S.N.E., Ed. Cambridge, Reino Unido, 2007.
- LAKATOS, IMRE, *La metodología de los programas de investigación científica*, Escritos filosóficos 1, S.N.E., Trad. de Diego Ribes Nicolás, Alianza Editorial, Madrid, 2002.
- LARENZ, KARL, "*Metodología de la ciencia del derecho*", S.N.E., Ed. Ariel Derecho, Barcelona, España, 2010.
- MORIN, ALEJANDRO, "*Estudios de derecho y teología en la edad media*", Primera edición, E-BOOK, Buenos Aires: Maglio, 2012.
- NGUYEN QUOC DINH, PATRICK DAILLIER, ALAIN PELLET, "*Droit international public*", Ed., LGDJ, 7e edition, Paris, 2008.
- POPPER, KARL, "*La lógica de la investigación científica*", S.N.E., Trad. de Víctor Sánchez de Zavala, Ed. Tecnos, Madrid, 2004.
- ROSSEAU, CHARLES, "*Droit international public*, S.N.E., Tomo 1. Ed. Sirez, París 1970.

SHAW, MALCOLM *"International Law"*, 6a ed., Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

SORENSEN, MAX, "Manual de derecho internacional público", S.N.E., Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1985.

THIRLWAY, HUGH, *"International Customary Law and Codification"*, S.N.E., Ed. Sijthoff, Leiden, 1972.

THIRLWAY, HUGH *"The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence"*, S.N.E. vol. II, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2013.

VILLIGER, MARK, *"Customary International Law and Treaties: a Manual of the Theory and Practice of the Interrelation of Sources"*, 2a ed., Ed. Kluwer Law International, La Haya, 1997.

WOLFKE, KAROL *"Custom in Present International Law"*, 2a ed. Ed. Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993.

ZEMANEK, KARL, *"The Legal Foundations of the International System: General Course on Public International Law"*, The Hague Academy of International Law, Vol. 266, La Haya, 1997.

ZEMANEK, KARL, *"What is 'State practice' and who makes it?"*, en "Festschrift für Rudolf Bernhardt", U. Beyerlin y otros, S.N.E. , Ed. Berlín, Springer, Berlin 1995.

Hemerografía

BRIGGS, *"The Colombian-Peruvian Asylum Case and proof of customary international law"*, American Journal of International Law, vol. 45 (1951),

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *"International law in the past third of the century"*, en Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 159, Ed. Martinus Nijhoff, Leiden, 1978.

MACGIBBON, *"Customary international law and acquiescence"*, British Yearbook of International Law, vol. 33, 1957.

MENDELSON, MAURICE *"The subjective element in customary international law"* en British Yearbook of International Law, vol. 66, núm. 1 (1995)

MÜLLERSON, “*On the nature and scope of customary international law*”, Austrian Review of International and European Law, vol. 2, 1997.

NACIONES UNIDAS, “*anuario de la comisión de derecho Internacional*”, vol. II, segunda parte, 1994

Report of the informal Inter-Allied Committee on the Future of the Permanent Court of International Justice, 10 de febrero de 1944, *American Journal of International Law*, Official Documents, vol. 39, no. 1, Enero, 1945.

SALAS, MINOR, “*Debate sobre la utilidad de la metodología jurídica: una reconstrucción crítica de las actuales corrientes metodológicas en la teoría del derecho*” *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* 12, 2009.

SLAMA, “*Opinio juris in customary international law*”, en *Oklahoma City University Law Review*, vol. 15, núm. 2 (1990).

WUERTH, “*International law in domestic courts and the Jurisdictional Immunities of the State case*”, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 13, núm. 2, 2012.

Anexo A del Tratado entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República de Rwanda relativo a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (2008) y anexo A del Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Oriental del Uruguay relativo a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (2005).

Escrito de los Gobiernos del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Reino de los Países Bajos en calidad de amici curiae en apoyo de los demandados en la causa *Esther Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co et al.* (3 de febrero de 2012) ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

Diario Oficial de la Unión Europea, C 303, 15 de diciembre de 2009

Decisiones Judiciales

Permanent Court of International Justice (PCJI)

Publications of the Permanent Court of International Justice, Serie A N° 10, “*The case of the S.S. Lotus*”(France/ Turkey), Judgment 7 September 1927.

Corte Internacional de Justicia (CIJ)/ International Court of Justice/ Coue Internationale de Justice/

International Court of Justice, *Legality of Use of Force*, Preliminary Objections (Serbia and Montenegro v. Belgium), Judgment 2004.

International Court of Justice, *North Sea Continental Shelf Cases* (federal republic of Germany /Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands) judgment of 20 February 1969.

International Court of Justice, *Fisheries jurisdiction case* (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland), 25 July 1974, Separate opinion of judge De Castro.

International Court of Justice, *Western Sahara Advisory Opinion* Of 16 October 1975, Separate opinion of judge Dillard.

Coue Internationale de Justice, *Affaire du Plateau Continental* (Jamahiriya Arabe Libyenne/Malte) Arrêt du 3 Juin 1985..

International Court of Justice, *Case Concerning the Continental Shelf* (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment of 3 June 1985, Separate Opinion of judge Sette-Camara.

International Court Of Justice, “*Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua*” (Nicaragua v. United States of America), Judgment of 27 June 1986.

International Court of Justice, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, 1970, Separate Opinion of Judge Ammoun.

International Court of Justice *Corfu Channel case*, Judgment of 9 April 1949.

International Court of Justice, *North Sea Continental Shelf*, Judgment 1969, Dissenting Opinion of Judge Tanaka.

International Court of Justice, *Asylum Case* (Colombia/Peru), Counter-Memorial submitted by the Government of the Republic of Peru, 21 March 1950.

International Court of Justice, *Asylum Case* (Colombia/Peru) Judgment of 20 November 1950.

International Court of Justice, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*: Advisory Opinion, 1996.

International Court of Justice, *Fisheries Jurisdiction* (United Kingdom v. Iceland), judgment 1974, separate and joint opinion of the judges Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh and Ruda.

International Court of Justice, *Nuclear Tests* (Australia v. France), judgment 1974, Dissenting opinion of judge Sir Garfield Barwick.

International Court of Justice, *North Sea Continental Shelf Cases* (federal republic of Germany /Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands) judgment of 20 February 1969, Dissenting opinion of judge Lanch.

International Court of Justice, *South West Africa Cases* (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Second Phase, Judgment of 18 July 1966.

International Court of Justice, *Case Concerning Right of Passage Over Indian Territory* (Portugal v. India) Judgment of 12 April 1960.

International Court of Justice, *Jurisdictional immunities of the state Case* (Germany v. Italy : Greece intervening) Judgment of 3 February 2012.

International Court of Justice, *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits)*, Judgment of 12 April 1960, Dissenting Opinion of Judge Sir Percy Spender.

International Court of Justice, *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungary/Slovakia), judgment 1974, Separate opinion of judge Weeramantry.

International Court of Justice, *“Fisheries Jurisdiction”* (United Kingdom v. Iceland) , judgment 1974, separate opinion of judge Petrén.

International Court of Justice, *“Armed Activities on the Territory of the Congo”* (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment 2005.

International Court of Justice, *“Fisheries case”*, judgment, 18 December 1951, Dissenting Opinion of judge Read.

International Court of Justice, *“Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons”*, Advisory Opinion, 1996.

International Court of Justice, *Case concerning Right of Passage over Indian Territory*, judgment 12 April 1960, dissident opinion of judge Chagla.

International Court of Justice, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1996, Dissenting Opinion of Judge Weeramantry.

International Court of Justice, *“Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area”* (Canada/United States of America), Judgment, 1984.

Comisión de Derecho Internacional

Comisión de Derecho Internacional, “*Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario*”, Michael Wood, Relator Especial, 66° período de sesiones Ginebra, 22 de mayo de 2014 (A/CN.4/672),

Comisión de Derecho Internacional, “*A/CN.4/SR.3184: Formation and evidence of customary international law (continued)*,” Provisional summary record of the 3184th meeting, Ginebra, Suiza, Jueves, 10n de septiembre de 2013.

Asamblea General (Naciones Unidas), Tema 81 del programa: Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 63° y 65° (continuación) (A/66/10 y Add.1 y A/68/10), Celebrada en la Sede, Nueva York, el lunes 7 de octubre de 2013, a las 10.00 horas

Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 68° período de sesiones (2 de mayo a 10 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2016), Suplemento núm. 10 (A/71/10), p. 121.

Comisión de Derecho Internacional, Primer informe sobre: “ *formación y documentación del derecho internacional consuetudinario*”, Michael Wood, Relator Especial, 65° período de sesiones Ginebra, 6 de mayo a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2013 (A/CN.4/663).

Tribunal de Alemania

Tribunal Federal de Alemania, BVerfGE 15, 25, orden de la Sala Segunda de 8 de mayo de 2007.

Tribunal Constitucional Federal de Alemania , 2BvR 1506/03, Orden de la Sala Segunda de 5 de noviembre de 2003.

Tribunal de Singapur

Tribunal Supremo de Singapur, *Yong Vui Kong v. Public Prosecutor*, 3 S.L.R. 489 [2010] SGCA 20, Sala de Apelaciones, 14 de mayo de 2010.

Sitios Web

www.un.org/en/ga/sixth/