

CAPÍTULO XVI
LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

1. GENERALIDADES

Si necesitamos saber el lugar que ocupa en el derecho Internacional debemos señalar que se encuentra catalogada como de segunda en el artículo 38 del estatuto de la Corte internacional de justicia, sin que se deba eso si entenderse con esto que la misma tiene valor jerárquico secundario.

Ya se dijo que, el Derecho Internacional deriva de la costumbre, es decir, de la práctica de los Estados y que solamente por razones de conveniencia y, por el gran desarrollo de los tratados, la costumbre ha sido ubicada después de las convenciones internacionales.

2. CONCEPTO

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, se entiende por “costumbre”, el “hábito adquirido por la repetición de actos de la misma especie. Lo que por genio o propensión se hace más comúnmente. Conjunto de cualidades o inclinaciones y usos que forman el carácter distintivo de una nación o persona”.

En sentido jurídico, se caracteriza como “una práctica que ha adquirido fuerza normativa y que, en consecuencia, obliga a las partes que la siguen o han seguido en el pasado, teniendo como característica especial no constar por escrito, sino ser un uso, cuyos alcances y existencia misma deben ser probados por la parte que la alegue”.

También se puede definir como la repetición de un acto o su abstención por parte de una comunidad internacional con convencimiento de su obligatoriedad.

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. en su artículo 38 define la costumbre como “La prueba de una práctica generalmente

aceptada como derecho”, definición ésta muy criticada por Verdross, por cuanto, “no es la prueba (“*evidence*” en inglés) de una práctica generalmente aceptada como derecho, sino que, por el contrario, es esta práctica la prueba de que existe una costumbre internacional”. Considero que lo que la Corte Internacional de Justicia. lo que intentó fue dejar claro que la costumbre debe ser probada por la parte que la alegue (Verdross & Truyol y Serra., 1980).

No deben confundirse la costumbre y la cortesía internacional. La cortesía, o *comitas gentium*, ha tenido y tiene, aunque pase por momentos de regresión, cierta importancia en el ámbito de las relaciones internacionales. Los usos sociales internacionales pueden llegar a transformarse en normas jurídicas cuando al elemento material de repetición de actos se une la *opinio iuris*, o convencimiento de que ellos obligan jurídicamente, El referido mecanismo no es otra cosa que la transformación de usos sociales en costumbres jurídicas (International Association of Legal Science., 1971).

Una buena parte de las instituciones del Derecho diplomático -inmunidades y privilegios- nacieron por esa vía. Lo que verdaderamente nos interesa es diferenciar ambos fenómenos; mientras que la violación de las normas de cortesía no engendra responsabilidad internacional, la infracción de una norma jurídica, por el contrario, si da origen a la misma.

La importancia de la costumbre en Derecho Internacional sigue siendo enorme. En primer término, se puede afirmar que prácticamente todo el Derecho Internacional general que rige la S.I. está formado por normas consuetudinarias y principios Generales del Derecho. El Derecho Internacional convencional no ha tenido hasta ahora carácter universal, o, dicho en otras palabras, no existe ningún tratado internacional -excepto la Carta de la Organización de las Naciones Unidas- que haya sido aceptado por la gran mayoría de Estados de la S.I. Las normas de carácter universal contenidas en los tratados son precisamente costumbres que han sido codificadas o recogidas en los mismos.

3. FORMACIÓN DE LA COSTUMBRE

Este proceso de transición enigmático de fuente a norma la explica Manley Hudson en su estudio sometido a la Comisión de Derecho Internacional en 1950, quiso puntualizar los requerimientos que habría de seguir la costumbre y/o “la práctica”, para configurarse como instituida (Hudson, 1931):

- a. Práctica concordante, realizada por un número regular de estados con referencia a un tipo de relaciones que caen bajo el dominio del derecho Internacional;
- b. Continuación o repetición de una práctica por un considerable período de tiempo;
- c. La concepción de que la práctica está requerida o es consistente con el Derecho Internacional prevaleciente, y
- d. Aquiescencia de esa práctica por otros Estados: Pero esto que se presenta como muy fácil y sistemático, como una presentación atractiva y segura, dista mucho de resolver la cuestión, pese a que la fórmula ha sido recibida con beneplácito por varios juristas.

Primero se requiere una documentación plena, para establecer cada una de esas condiciones. Falta aún mucho para contar con los testimonios de cada país relativos a cada una de las etapas descritas por Hudson.

En segundo término, no toma en cuenta una distinción de que no es lo mismo invocar una norma consuetudinaria en apoyo de una pretensión, de un derecho, que fundar una obligación del Estado contendiente en una costumbre. En el primer caso la aquiescencia o el consenso representan una función definitiva. En el otro, la opinión juris juega un papel muy predominante.

En tercer lugar, la costumbre la pueden crear individuos aislados, merced a la repetición constante, que puede convertirse en persuasión.

Por último, en la prescripción de Hudson se desestima que la costumbre internacional resulta de una mixtura muy interesante, de una acción conjunta de fuerza, de política y de derecho.

Podemos agregar que en su formación la costumbre no consiste sólo en la repetición de actos únicos cierto, sino en mucha parte, en un comportamiento derivado de la inspiración de los escritos de los juristas clásicos, o por cierta analogía en el derecho interno ejemplo: fronteras, aguas limítrofes, etc.

3.1 ¿Quiénes participan en la formación de la costumbre?

La contestación, en principio, es muy simple: los propios sujetos de la S.I. Ello supone una de las singularidades del Derecho Internacional comparado con el derecho interno, de que sean los propios destinatarios de las normas los que las creen, modifiquen o extingan.

4. ELEMENTOS

La costumbre tiene dos elementos:

4.1 Elemento material

Es la práctica continua y uniforme de un uso, el cual puede ser positivo, como los actos, y negativo, como las abstenciones u omisiones. Consiste, pues, en la repetición de actos que se pueden manifestar en diversa forma, bien por la actuación positiva de los órganos de varios Estados en un determinado sentido, por leyes o sentencia internas de contenido coincidente, por la repetición de usos, por instrucciones coincidentes de los Gobiernos a sus agentes y funcionarios, por determinadas prácticas en el seno de las Organizaciones Internacionales, etc.

4.2 Elemento espiritual u *opinio iuris sive neccesitatis*:

Es el convencimiento de la obligatoriedad del acto u omisión. La falta de este elemento convierte a la práctica generalizada en un simple acto de cortesía internacional. En síntesis, es la convicción de que

los sujetos internacionales se encuentran ante una norma obligatoria jurídicamente.

Para Guggenheim: “según la teoría hoy dominante, la repetición prolongada de ciertos actos no es suficiente para engendrar una norma consuetudinaria; es necesario que el autor de dichos actos tenga la intención, al ejecutarlos, de cumplir con una obligación o de ejercer un derecho (...). Pese a las dificultades para indicar de una manera general en qué condiciones el uso se transforma en una costumbre obligatoria, aparece como imposible hacer abstracción del elemento subjetivo o psicológico”.

Este elemento ha presentado varias dificultades, porque se dice que es bien difícil precisar ya que se trata de una cuestión psicológica, que yace más allá de la investigación jurídica. Razón por la cual autores como Kelsen, De Visscher, Kopelmans y Guggenheim consideran que este requisito subjetivo o mental es superfluo. Y entonces prefieren referirse a otros elementos de la costumbre como la generalidad de ella, la densidad, la consistencia, y desde luego la duración (Kelsen, 1974).

La forma de manifestarse la *opinio iuris*, importante para la prueba de la misma, puede ser muy diversa; pero siempre se manifestará a través de la práctica de los Estados y otros sujetos, bien en las notas diplomáticas dirigidas a otros Estados, en una Conferencia Diplomática por medio de sus delegados o al adoptar una resolución en el seno de una Organización internacional, entre otras posibilidades.

5. CLASES DE COSTUMBRE

La costumbre puede ser: regional o local, general y bilateral.

5.1 Costumbre regional o local

Se produce en el ámbito de una zona determinada, generalmente de países vecinos, como la figura del asilo en Latinoamérica, la Cláusula Calvo y la doctrina Drago en América. Entonces son aquellas costumbres que han nacido dentro de un grupo de Estados con características

propias. Cabe hablar de ellas, por ejemplo, en el ámbito de Iberoamérica o en el de la Unión Europea. Las referidas costumbres, en caso de un litigio internacional, habrán de probarse por la parte que la alega. El Tribunal Internacional de Justicia en el Caso del Derecho de Asilo, dijo al respecto: “La parte que invoca una costumbre de esta naturaleza debe probar que se ha constituido de tal manera que se ha hecho obligatoria para la otra parte”.

5.2 Costumbre general

Es la que abarca a todos los Estados sin consideración a que hayan o no contribuido a su formación, e incluso obliga a los Estados que nazcan a la vida internacional, como es la obligación de respetar la soberanía de los otros Estados, la autodeterminación de los pueblos, la no agresión, etc.

Entonces éstas tienen ámbito universal y obligan en principio a todos los Estados, salvo que se hayan opuesto a la misma en su período de formación de manera inequívoca y expresa (reglas de la objeción persistente). Por tanto, el litigante que se oponga a que le sea aplicada una costumbre general habrá de probar que la ha rechazado en el período de formación, recayendo sobre él la carga de la prueba.

5.3 Costumbre bilateral

Se origina entre dos Estados o sujetos de Derecho Internacional Público. Es la repetición constante con el espíritu de obligatoriedad de un determinado acto o su abstención u omisión.

6. EL CASO DE VÍCTOR RAÚL HAYA DE LA TORRE

En el caso de asilo de Raúl Haya de la Torre, peruano asilado en la Embajada colombiana, la Corte Internacional de Justicia también aceptó la existencia de la costumbre regional al expresar: “La parte que invoca una costumbre de esta clase debe probar que se ha establecido ésta de tal manera que ha llegado a ser obligatoria para la otra parte. El Gobierno de Colombia debe probar que la norma que alega es conforme

a un uso constante y uniforme, practicado por los Estados en cuestión, y que este uso da lugar a un derecho en favor del Estado que otorga el asilo e impone una obligación al Estado que lo concede” (Alva Castro, 1989).

7. EFECTOS DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN RELACIÓN CON LA COSTUMBRE

De acuerdo al expresidente de la Corte Internacional de Justicia. Eduardo Jiménez de Aréchaga, la costumbre que se manifiesta en los tratados puede operar de tres maneras distintas (Jiménez de Aréchaga, 1975):

1. Efecto declarativo.
2. Efecto cristizador.
3. Efecto constitutivo o generador.

7.1. Efecto declarativo

Consiste en que una norma convencional es declaratoria de una costumbre preexistente vigente con independencia de la convención, como es la codificación en la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, que en su mayoría lo que hace es recoger la costumbre preexistente al respecto.

Como vemos, la interacción declarativa se refiere al supuesto de una costumbre ya existente que es recogida y declarada en un convenio codificador de ámbito multilateral con el efecto general de precisarla y sistematizarla por escrito (Jiménez de Aréchaga, 1975).

7.2. Efecto cristizador

En este caso una norma convencional puede concretar una costumbre en proceso de formación, como la Declaración de 1963 sobre los principios jurídicos del espacio ultraterrestre, que cristalizó las normas que se encontraban en proceso de formación y el concepto de la plataforma continental incorporado a la Convención de Ginebra de

1958 cuando se encontraba en proceso de formación como costumbre internacional a raíz de la Proclama Truman de 1945.

Este efecto se distingue, entonces, por la existencia de una norma consuetudinaria en vías de formación que logra cristalizar formalmente en virtud de un acto suficientemente relevante, ya sea—supuesto habitual—la adopción de un tratado multilateral que recoja el mismo contenido de conducta objeto de la práctica consuetudinaria anterior al tratado, ya incluso cualquier otra prueba o manifestación de su aceptación general por los Estados participantes en un proceso codificador aunque dicha aceptación no tenga rango normativo, siempre que la práctica anterior sea tan constante y uniforme como para facilitar la cristalización de un *consensus* sobre su concreto contenido normativo, ya prefigurado en dicha práctica (Jiménez de Aréchaga, 1975).

7.3 Efecto constitutivo o generador

La costumbre internacional puede surgir, a su vez, de un proyecto de convención o tratado o de una propuesta en una conferencia internacional como ocurrió con la Resolución 1514 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, lo que generó una norma de derecho internacional. Consuetudinario en virtud de la cual ha quedado abolida la legitimidad de los títulos de dominación colonial, tal como lo ha reconocido la Corte.

Luego tenemos que este efecto se caracteriza porque ciertas disposiciones de un tratado se convierten en un modelo de la conducta subsiguiente de los Estados en el plano consuetudinario, dando lugar a una norma de Derecho Internacional consuetudinario si la práctica posterior es suficientemente constante y uniforme. Así lo prevé el art. 38 del Convenio de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, seguido por el mismo artículo del Convenio de Viena de 1986 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales, que dice así:

“Lo dispuesto en los artículos 34 a 37 (sobre Tratados y Terceros Estados u Organizaciones Internacionales) no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un Tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal”.

El análisis de esta clase de interacción se sustancia en la aplicación de los requisitos sobre la formación de la costumbre internacional, con los problemas que le son habituales. El elemento clave de este efecto radica en la práctica subsiguiente al tratado de los Estados no parte, cuya conducta será determinante en la formación de la costumbre por no estar obligados en principio a comportarse en el sentido que invocan las disposiciones convencionales ; en el bien entendido que, en este supuesto, el silencio de los terceros Estados no podrá interpretarse nunca como una aquiescencia o aceptación tácita de dichas disposiciones tal como ocurre en el proceso normal de formación de las normas consuetudinarias (Jiménez de Aréchaga, 1975).

8. LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

La Comisión de Derecho Internacional es un órgano codificador que, bajo la autoridad y el control de la Asamblea General. de la Organización de las Naciones Unidas, y en particular de su Sexta Comisión (Asuntos Jurídicos), se dedica a la labor de codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional La creó la Asamblea General. en 1947, que incluía en un anexo su Estatuto, que ha sufrido sucesivas enmiendas en posteriores Resoluciones de la Asamblea General.

El art. 8 de dicho Estatuto advierte que “las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo” deberán estar representados en su composición, lo que hoy se consigue gracias a los distintos grupos regionales presentes en la Organización de las Naciones Unidas y el art. 1,1 fija como función y objetivo de la C. Derecho Internacional “impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación”.

9. LA INTERACCIÓN ENTRE COSTUMBRE Y RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL.

Es cierto que la mayor parte de las Resoluciones de las organizaciones internacionales no crean normas jurídicas obligatorias para los Estados miembros y, por tanto, no constituyen fuentes del Derecho Internacional, sin embargo, pueden encontrarse los tres efectos recién descritos en algunas resoluciones de la Asamblea General. que adoptan la forma solemne de declaraciones y enuncian principios jurídicos de alcance general.

De acuerdo con la Carta, esas resoluciones de la Asamblea General. siguen sin ser obligatorias, pero bajo determinadas condiciones (a saber, su adopción por unanimidad o amplia mayoría y su concordancia con la práctica consuetudinaria) pueden producir efectos en la formación del Derecho Internacional constituyéndose excepcionalmente en una fuente más del mismo, en virtud precisamente de su interacción con el proceso de formación consuetudinario de normas internacionales.

Entendemos que la Resolución 2625 de la Asamblea General. sobre la declaración de los principios del Derecho Internacional relativos a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados, sobre todo ha declarado y desarrollado progresivamente normas de Derecho Internacional ya existentes, como lo sostuvo el Tribunal Internacional de Justicia en su sentencia de 27 de junio de 1986 en el caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua.

La Resolución 1514 de la Asamblea General. de 1960, adoptada sin votos en contra, que contiene la declaración sobre la concesión de independencia a los países y pueblos coloniales, se cita como ejemplo de resolución con efecto constitutivo o generador de normas de Derecho Internacional general, gracias a la práctica internacional posterior que ha confirmado la aceptación general del principio de libre determinación de los pueblos sometidos a dominación colonial, reiterado más tarde en la Res. 2625.

10. LA OPINIO IURIS

El elemento espiritual no es otra cosa que la convicción de que los sujetos internacionales se encuentran ante una norma obligatoria jurídicamente.

Para Guggenheim: “según la teoría hoy dominante la repetición prolongada y constante de ciertos actos no es suficiente para engendrar una norma consuetudinaria; es necesario que el autor de dichos actos tenga la intención, al ejecutarlos, de cumplir con una obligación o de ejercer un derecho (...). Pese a las dificultades para indicar de una manera general en qué condiciones el uso se transforma en una costumbre obligatoria, aparece como imposible hacer abstracción del elemento subjetivo o psicológico”’.

La forma de manifestarse la opinio iuris, importante para la prueba de la misma, puede ser muy diversa; pero siempre se manifestará a través de la práctica de los Estados y otros sujetos, bien en las notas diplomáticas dirigidas a otros Estados, en una Conferencia diplomática por medio de sus delegados o al adoptar una resolución en el seno de una Organización internacional, entre otras posibilidades.

