



Asamblea General

Distr. general
17 de mayo de 2013
Español
Original: inglés

Comisión de Derecho Internacional

65° período de sesiones

Ginebra, 6 de mayo a 7 de junio y 8 de julio
a 9 de agosto de 2013

Primer informe sobre formación y documentación del derecho internacional consuetudinario

Michael Wood, Relator Especial*

Índice

	<i>Página</i>
Primera parte: Introducción	3
I. Preámbulo	3
II. Labor anterior de la Comisión	4
Segunda parte: alcance y resultados	8
III. Alcance y resultados del tema	8
IV. Inclusión o no del <i>jus cogens</i>	11
Tercera parte: El derecho internacional consuetudinario como fuente del derecho internacional	14
V. El derecho internacional consuetudinario y su relación con otras fuentes mencionadas en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia	14
VI. Terminología	20
Cuarta parte: material de consulta	23
VII. Enfoque de los Estados y otras entidades intergubernamentales	23
VIII. Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia	25
IX. Jurisprudencia de otros tribunales y cortes internacionales	32
X. Labor de otros organismos	48

* El Relator Especial desea agradecer al Sr. Omri Sender por su invaluable colaboración en la preparación del presente informe.



XI. Doctrina	51
Quinta parte	65
XII. Programa de trabajo futuro	65

Primera parte: Introducción

I. Preámbulo

1. En su 64° período de sesiones, celebrado en 2012, la Comisión de Derecho Internacional decidió incluir el tema “Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario” en su programa de trabajo actual, y nombró al Sr. Michael Wood Relator Especial¹. El Relator Especial preparó una nota en la que expuso sus primeras consideraciones sobre el tema, en particular en lo que respecta al alcance y el programa de trabajo provisional², que más avanzado el período de sesiones constituyó el punto de partida de un primer debate³.

2. En el transcurso de las deliberaciones que más adelante ese mismo año tuvieron lugar en la Sexta Comisión, las delegaciones destacaron la importancia y la utilidad del tema, así como el papel fundamental que desempeña el derecho internacional consuetudinario en el plano nacional e internacional. También se hizo hincapié en las dificultades inherentes al tema, en particular lo complejo que resulta determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario. Las delegaciones destacaron asimismo la necesidad de mantener la flexibilidad del proceso consuetudinario. Otros puntos que se señalaron fueron la importancia de estudiar el significado y las manifestaciones de la práctica de los Estados y de la *opinio juris* como elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario; el interés que reviste la relación entre los tratados y el derecho internacional consuetudinario; la necesidad de examinar el papel que desempeñan las organizaciones internacionales en la formación y documentación de las normas del derecho internacional consuetudinario, y la conveniencia de llegar a un resultado práctico⁴.

3. En su resolución 67/92, la Asamblea General observó con aprecio la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo, y señaló a la atención de los gobiernos la importancia de que comunicasen sus observaciones sobre las cuestiones concretas mencionadas en el capítulo III del informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 64° período de sesiones⁵.

4. En su 64° período de sesiones, la Comisión solicitó a los Estados “información sobre su práctica relativa a la formación del derecho internacional consuetudinario y los tipos de elementos que pueden servir de prueba de ese derecho en una situación dada, tal como se manifiestan en: a) las declaraciones oficiales ante las cámaras legislativas, los tribunales y las organizaciones internacionales; y b) las resoluciones de los tribunales nacionales, regionales y subregionales”⁶. El Relator Especial sugiere que la Comisión pida en este momento que las respuestas se envíen a más tardar el 31 de enero de 2014.

¹ A/CN.4/SR.3132, pág. 16.

² A/CN.4/653.

³ A/CN.4/SR.3148, 3150, 3151, 3152 (24, 26, 27 y 30 de julio de 2012); A/67/10, págs. 108 a 115.

⁴ A/C.6/67/SR.18 a 25; Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 63° y 64°: Resumen por temas, preparado por la Secretaría, de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo séptimo período de sesiones (A/CN.4/657), párrs. 47 a 52.

⁵ Resolución 67/92 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 2012, párrs. 4 y 7.

⁶ A/67/10, pág. 8.

5. La Comisión también pidió a la Secretaría que preparase un memorando en el que se distinguieran elementos de la labor realizada anteriormente por la Comisión que pudieran ser de particular interés para el tema⁷. Como se describe en la sección II *infra*, el memorando de la Secretaría contiene información detallada sobre la labor anterior de la Comisión que reviste interés para el tema⁸, y será un recurso valioso para la labor futura de la Comisión.

6. El presente informe es de carácter introductorio. Su objetivo es ofrecer un punto de partida para la labor y los debates futuros sobre el tema. A esos efectos, después de describir la labor anterior de la Comisión que reviste interés en este ámbito, en la segunda parte se analiza el alcance del tema (en particular si el *jus cogens* debería estar comprendido) y los posibles resultados. En la tercera parte se examinan algunas cuestiones relacionadas con el derecho internacional consuetudinario como fuente de derecho, entre ellas el Artículo 38, párrafo 1 b), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y la terminología. En la cuarta parte se describen las principales categorías de material relativo a los procesos de formación y documentación del derecho internacional consuetudinario (la práctica de los Estados y otras entidades intergubernamentales, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y de otros tribunales y cortes, la labor de otros órganos, y la doctrina). Al mismo tiempo, se examinan diversos enfoques que se han sugerido en relación con la formación y documentación de las normas de derecho internacional consuetudinario y la experiencia acumulada al respecto.

7. En primer lugar cabe mencionar especialmente la labor realizada por la Asociación de Derecho Internacional, que se describe en mayor detalle en la sección X *infra*. La *London Statement of Principles* del año 2000 de la Asociación fue la culminación de una tarea importantísima realizada a lo largo de 15 años, que concluyó hace unos 13 años y consistió en examinar el proceso de formación del derecho internacional consuetudinario⁹. La labor de la Comisión se diferenciará de la Asociación en algunos aspectos, entre otras cosas debido a la singularidad de la Comisión, por su condición de órgano subsidiario de la Asamblea General, y a la relación que por consiguiente existe entre la Comisión y los Estados¹⁰.

II. Labor anterior de la Comisión

8. Es útil recordar la labor realizada por la Comisión en esferas conexas, incluida la tarea que le encomendó inicialmente el artículo 24 de su Estatuto, y su labor sobre el derecho de los tratados y el tema “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”. Gran parte de la labor de la Comisión ha tenido que ver con la determinación de las normas que constituyen el derecho internacional consuetudinario, aunque a veces ha

⁷ A/67/10, pág. 108.

⁸ A /CN.4/659.

⁹ *London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, con comentarios: resolución 16/2000 (Formation of General Customary International Law), aprobada en Londres el 29 de julio de 2000 en la 69ª Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional.

¹⁰ G. M. Danilenko, *Law-Making in the International Community* (Martinus Nijhoff Publishers, 1993), págs.128 y 129 (“... la mejor manera de aclarar, con fuerza legal, los criterios de la costumbre, sería preparar cuidadosamente una nueva definición, redactada por ejemplo por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas”).

tenido cuidado en distinguir claramente entre la codificación del derecho internacional y su desarrollo progresivo¹¹.

9. De conformidad con el artículo 24 de su Estatuto¹², la Comisión examinó el tema “Medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario” en sus períodos de sesiones primero y segundo, celebrados en 1949 y 1950. Sobre la base de un memorando de la Secretaría¹³ y un documento de trabajo preparado por Manley O. Hudson¹⁴, la Comisión formuló una serie de recomendaciones, en particular la de que la Asamblea General señalase a la atención de los Estados la conveniencia de que publicaran extractos de su correspondencia diplomática y de otros documentos relativos al derecho internacional, para facilitar el acceso a la documentación sobre su práctica¹⁵. A raíz de este informe influyente surgieron varias publicaciones importantes en materia de derecho internacional, a nivel nacional e internacional, entre ellas la *Serie Legislativa de las Naciones Unidas* y los *Informes de laudos arbitrales internacionales de las Naciones Unidas*, así como recopilaciones de la práctica nacional¹⁶.

10. Se prepararon dos estudios importantes sobre el derecho internacional, uno en 1948¹⁷ y otro en 1971¹⁸, para ayudar a la Comisión a elegir sus temas. Es

¹¹ D. McRae, “The Interrelationship of Codification and Progressive Development in the Work of the International Law Commission”, *Journal of International Law and Diplomacy (Kokusaiho Gaiko Zasshi)*, 111 (2013), págs. 75 a 94.

¹² El artículo 24 del Estatuto de la Comisión establece que “[l]a Comisión examinará los medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario, tales como la compilación y publicación de documentos relativos a la práctica de los Estados y a las decisiones de los tribunales nacionales e internacionales en materias de derecho internacional, y presentará un informe sobre este asunto a la Asamblea General”.

¹³ A/CN.4/6 y Corr.1.

¹⁴ A/CN.4/16 y Add.1. Con referencia al alcance del derecho internacional consuetudinario, Hudson sugirió, entre otras cosas, que “la determinación de la existencia de un principio o regla de derecho internacional consuetudinario parece exigir la concurrencia de los siguientes elementos: a) práctica concordante de cierto número de Estados respecto a un tipo de situación que entre en el dominio de las relaciones internacionales; b) continuación o repetición de tal práctica por un considerable período de tiempo; c) comprobación de que el derecho internacional existente requiere tal práctica o de que ésta es congruente con aquél; y d) aquiescencia general de otros Estados respecto a tal práctica” (párr. 11). En el documento de trabajo se hizo un análisis más detallado de la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario.

¹⁵ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1950*, vol. II, págs. 367 a 374 (Informe de la Comisión de Derecho Internacional de 1950, documento A/1316, párrs. 24 a 94, especialmente los párrs. 90 a 94); C. Parry, *The Sources and Evidences of International Law* (Manchester University Press, 1965), págs. 70 a 82, reproducido en A. Parry (ed.), *Collected Papers of Professor Clive Parry* (Wildy, Simmonds and Hill Publishing, 2012), vol. II, págs. 1 a 105.

¹⁶ A/CN.4/659, párrs. 9 a 11. En 1968, el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó un plan modelo para la clasificación de documentos relacionados con la práctica de los Estados en el ámbito del derecho internacional público (CM/Res (68) 17), que ha servido de marco para varias publicaciones nacionales; el plan modelo fue objeto de profundas modificaciones en 1997 (CM/Rec (97) 11).

¹⁷ *Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission: Preparatory work within the purview of article 18, paragraph 1, of the Statute of the International Law Commission - Memorandum submitted by the Secretary-General* [Examen del derecho internacional en relación con los trabajos de codificación de la Comisión de Derecho Internacional: labor preparatoria en el marco del artículo 18, párrafo 1, del Estatuto de

interesante recordar lo que decía el estudio de 1948 bajo el título “Fuentes del derecho internacional”:

“La codificación de este aspecto del derecho internacional se ha logrado con éxito al definir las fuentes del derecho internacional como aquellas que se mencionan en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Esa definición ha sido considerada, en reiteradas ocasiones, una norma con fuerza legal por tribunales arbitrales internacionales. Es dudoso que pudiera derivarse alguna utilidad de un intento de especificar aún más esa norma, por ejemplo definiendo las condiciones aplicables a la creación de la costumbre internacional o a la continuidad de su validez, o enumerando, a vía de ejemplo, algunos de los principios generales del derecho que el Artículo 38 del Estatuto reconoce como una de las tres fuentes de derecho principales que la Corte deberá aplicar. La inclusión de una definición de las fuentes del derecho internacional en cualquier plan de codificación tendría por objeto llenar un requisito de simetría sistemática, y no satisfacer una necesidad práctica imperiosa, que es algo diferente. Sin embargo, podría ser muy útil adjuntar a la definición un comentario que resuma la experiencia de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales internacionales en la aplicación de las diversas fuentes del derecho internacional”¹⁹.

En el estudio de 1971 no se volvió a mencionar esta cuestión. No obstante, en un estudio oficioso de 1998, bajo el título “Temas que no deberían incluirse en el programa de la Comisión de Derecho Internacional”, decía lo siguiente:

“La Comisión de Derecho Internacional no debería incluir en su programa el tema ‘Fuentes’ (con excepción de los tratados). Es contraproducente, y puede ser imposible, codificar los procesos relativamente flexibles en virtud de los cuales se forman las normas del derecho internacional consuetudinario. Además, las preguntas relativas a las fuentes son fundamentales (por ej., ¿qué es la costumbre? ¿cómo se forma?) y no secundarias (por ej., ¿cuáles son las normas aplicables a la interpretación de los tratados?), y esas preguntas fundamentales parecen depender excepcionalmente de la teoría”²⁰.

Cuando decidió ocuparse del presente tema, la Comisión estaba al tanto de esas opiniones anteriores. Pero también sabía que, como decía en la sinopsis de 2011:

“entender este proceso de formación e identificación [del derecho internacional consuetudinario] es esencial para todos aquellos que han de aplicar las normas del derecho internacional. Llegar a una interpretación

la Comisión de Derecho Internacional – Memorando presentado por el Secretario General] (A/CN.4/1/Rev.1, 10 de febrero de 1949) (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta 1948.V.1(1)). El Secretario de la Comisión reconoció ante ésta, en 1960, que el memorando de 1948 había sido obra de Sir Hersch Lauterpacht: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1960*, vol. I, pág. 51.

¹⁸ Examen de conjunto del derecho internacional: documento de trabajo preparado por el Secretario General: A/CN.4/245, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1971* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.72.V.6 (Segunda parte), vol. II, Segunda parte, pág. 1.

¹⁹ *Supra*, nota 17, pág. 22.

²⁰ *Report of the Study Group on the Future Work of the International Law Commission*, párr. 104, en M. R. Anderson y otros (eds.), *The International Law Commission and the future of international law* (Instituto Británico de Derecho Internacional y Comparado, 1998), pág. 42.

común del proceso podría ser de gran importancia práctica, máxime teniendo en cuenta que quienes se ven enfrentados a las cuestiones del derecho internacional consuetudinario son, de modo creciente, personas que quizás no sean especialistas en derecho internacional, como el personal de los tribunales nacionales de muchos países, los funcionarios de ministerios distintos del de relaciones exteriores o los funcionarios de organizaciones no gubernamentales”²¹.

11. Como se explica en el memorando de la Secretaría (A/CN.4/659), la Comisión se ha ocupado del tema de la formación y la identificación del derecho internacional consuetudinario en numerosas ocasiones. Habida cuenta de la labor realizada por la Comisión desde 1949 en relación con este tema (en particular los proyectos definitivos aprobados por la Comisión en el transcurso de los años sobre los diversos temas que ha examinado), en el memorando “se pretenden distinguir elementos de la labor realizada anteriormente por la Comisión que podrían ser de particular interés para el tema titulado ‘Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario’”. En su parte principal, el memorando se refiere “al enfoque de la Comisión a los efectos de la delimitación del derecho internacional consuetudinario y el proceso de su formación, para lo cual se concentra en: a) el enfoque general de la Comisión; b) la práctica de los Estados; c) el denominado elemento subjetivo (*opinio juris sive necessitatis*); d) la pertinencia de la práctica de las organizaciones internacionales; y e) la pertinencia de los pronunciamientos judiciales y de los escritos de los publicistas”. También alude a “ciertos aspectos del funcionamiento del derecho consuetudinario dentro del ordenamiento jurídico internacional”, relacionados con el “carácter vinculante y [...] las características de las normas del derecho internacional consuetudinario —incluidas las normas regionales, las normas por las que se establecen obligaciones *erga omnes* y las normas de *jus cogens*—, así como a la relación del derecho internacional consuetudinario con los tratados y con el ‘derecho internacional general’”²².

12. En el memorando de la Secretaría se sugiere, entre otras cosas, que la Comisión ha considerado sistemáticamente que la uniformidad y la generalidad de la práctica de los Estados son los factores clave en la formación y la documentación de las normas de derecho internacional consuetudinario. Se señala asimismo que, además de a la práctica de los Estados, la Comisión se ha “remitido frecuentemente” en este contexto – aunque con diferentes formulaciones – “a lo que a menudo se define como el elemento subjetivo del derecho internacional consuetudinario”²³. En el memorando se observa que la Comisión ha utilizado “diverso material” para evaluar tanto la práctica de los Estados como el “elemento subjetivo” asociado a ella, y que las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas, así como la práctica de las organizaciones internacionales, han demostrado en no pocas ocasiones ser de interés para dicha labor.

²¹ Anexo A del informe de la Comisión de 2011, A/66/10, párr.3.

²² *Memorando de la Secretaría de 2013*, Resumen.

²³ *Ibid.*, párr. 26.

Segunda parte: alcance y resultados

III. Alcance y resultados del tema

13. El alcance del presente tema y los posibles resultados de la labor de la Comisión se examinaron durante el debate de la Comisión en 2012²⁴ y en curso de las deliberaciones que tuvieron lugar en la Sexta Comisión en el sexagésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General²⁵. Se planteó la pregunta de si el título del tema, que hace referencia tanto a la “formación” como a la “documentación” del derecho internacional consuetudinario, abarcaba exactamente la materia que se pretendía examinar; también se señaló que había algunas incongruencias en las versiones de esas referencias en los distintos idiomas²⁶. Además, se sugirió que la cuestión central era la “identificación” del derecho internacional consuetudinario, y que al emplear el término “formación” se corría el riesgo de que el tema se convirtiera en algo demasiado amplio o demasiado teórico.

14. En opinión del Relator Especial, cualquiera sea el título exacto que se le asigne, el objetivo del tema es ofrecer algunas directrices a aquellos a quienes incumbe aplicar las normas del derecho internacional consuetudinario en cuanto a la forma de identificar esas normas en casos concretos. Entre ellos están, aunque no exclusivamente, los jueces de los tribunales nacionales y los jueces y árbitros de los tribunales y cortes internacionales especializados.

15. En la versión del título en inglés, los términos “formation” y “evidence” apuntan a indicar que, para determinar si existe una norma de derecho internacional consuetudinario, es necesario tener en cuenta tanto los requisitos exigidos para la formación de una norma de derecho internacional consuetudinario, como los tipos de documentación que demuestran que se han cumplido esos requisitos. De todos modos, puede ser útil asegurarse, desde un comienzo, que el título refleje con exactitud el alcance que se le quiere dar al tema en los diversos idiomas (incluido del inglés) y que tenga el mismo significado en todos ellos.

16. Se observan muchos enfoques del derecho internacional consuetudinario entre los juristas internacionales, sobre todo entre los que escriben; algunos lo encaran principalmente como una fuente de derecho internacional, mientras que otros se preocupan más por su funcionamiento dentro de un ordenamiento jurídico nacional. Algunos tratan de describir y aclarar la posición actual en lo que respecta a los métodos de formación e identificación del derecho internacional consuetudinario, en tanto otros miran explícitamente hacia el futuro²⁷. El Relator Especial cree que el objetivo de la Comisión debería ser describir la situación actual del derecho internacional en lo relativo a la formación y documentación de las normas del derecho internacional consuetudinario, sin perjuicio de lo que pueda ocurrir en el futuro.

17. Los debates celebrados en la Comisión y en la Sexta Comisión en 2012 permiten concluir que, a fin de evitar duplicaciones innecesarias, es preciso

²⁴ Véase la nota 3 *supra*.

²⁵ Véase la nota 4 *supra*.

²⁶ Las versiones actuales son: en árabe “ثباته...نشأة الق”; en chino “形成与证据”; en español “formación y documentación”; en francés “formación et identification”; y en ruso “формирование и доказательство существования”.

²⁷ Véase la sección XI *infra*.

delimitar claramente el alcance del tema y distinguirlo de otros que han formado o forman parte del programa de la Comisión, como la “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”²⁸ y “Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados”²⁹. Esto no debería ser difícil en la práctica, ya que la distinción es razonablemente clara³⁰.

18. No se debería esperar que la Comisión, como resultado de su labor, enuncie una serie de reglas claras e inamovibles para identificar las normas del derecho internacional consuetudinario. La finalidad debe ser, en cambio, arrojar luz sobre los procesos generales de formación y documentación de las normas de derecho internacional consuetudinario: hasta el momento parece haber un acuerdo general en los debates en cuanto a que el resultado de la labor de la Comisión debería ser una serie de “conclusiones” con comentarios³¹.

19. Una cuestión que tendrá que abordar la Comisión es si existen enfoques diferentes respecto de la formación y la documentación del derecho internacional consuetudinario en las distintas ramas del derecho internacional, como el derecho internacional de los derechos humanos³², el derecho penal internacional³³ y el derecho internacional humanitario³⁴. La formación y documentación de normas de derecho internacional consuetudinario en distintas esferas puede plantear problemas

²⁸ En cuanto a las conclusiones a las que llegó la Comisión sobre ese tema, véase el Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 58º período de sesiones, A/61/10, párr. 251, así como el documento A/CN.4/L.682 y Add.1 y Corr.1.

²⁹ El título anterior del tema era “Los tratados en el tiempo”.

³⁰ *Primer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados*, de Georg Nolte, Relator Especial (A/CN.4/660), párr. 7.

³¹ De manera similar, la *London Statement of Principles* contiene “una enunciación de las normas y los principios pertinentes, tal como los entiende el Comité ... ciertas directrices prácticas para aquellos a quienes incumbe aplicar el derecho o asesorar sobre él, así como para los académicos y los estudiantes. Muchos necesitan contar con directrices relativamente concisas y claras sobre una cuestión que a menudo genera considerable perplejidad ...” (págs. 3 y 4, párr. 4).

³² Véase, por ejemplo, E. Klein (ed.), *Menschenrechtsschutz durch Gewohnheitsrecht, Kolloquium 26-28 September 2002 Potsdam* (Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003); R. B. Lillich, “The Growing Importance of Customary International Human Rights Law”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 25 (1995/6), págs. 1 a 30; y H.G. Cohen, “Symposium: The Global Impact and Implementation of Human Rights Norms: From Fragmentation to Constitutionalization”, *Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal*, 25 (2012), págs. 381 a 394.

³³ Véase, por ejemplo, W. Schabas, “Customary Law or ‘Judge-Made’ Law: Judicial Creativity at the UN Criminal Tribunals”, en J. Doria y otros (eds.), *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko* (Martinus Nijhoff Publishers, 2009), pág. 77.

³⁴ Véase, por ejemplo, J. d’Aspremont, “An autonomous regime of identification of customary international humanitarian law: do not say what you do or do not do what you say?”, en R. van Steenberghe (ed.), *Droit international humanitaire: un régime spécial de droit international?* (Bruylant, 2013), págs. 67 a 95; y T. Meron, “The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law”, *American Journal of International Law*, 90 (1996), págs. 238 a 249. Meron ha sugerido también que “es difícil encontrar una práctica de los Estados que sea positiva y concreta en relación con las normas que son en su mayor parte prohibitivas – como lo son generalmente las normas de derecho humanitario – porque el respeto de esas normas se logra sobre todo absteniéndose de infringirlas, y no a través de una práctica afirmativa”: T. Meron, *The Making of International Criminal Justice: A View from the Bench: Selected Speeches* (Oxford University Press, 2011), pág. 32.

particulares y, por lo tanto, puede ser necesario considerar si es posible asignar, y en caso afirmativo en qué medida, un peso diferente a distintas clases de material, dependiendo del ámbito de que se trate³⁵. Al mismo tiempo, cabe recordar que, en palabras del Magistrado Greenwood, “[e]l derecho internacional no es una serie de ordenamientos jurídicos especializados y autónomos fragmentados, cada uno de los cuales funciona en forma separada de los demás; es un ordenamiento jurídico único y unificado”³⁶.

20. Otra pregunta que se planteó en el debate inicial que tuvo lugar en la Comisión fue si el enfoque que debía adoptarse dependería del público al que se apuntaba³⁷. Se recordará que al comienzo de la labor de la Asociación de Derecho Internacional también se tuvo en cuenta el “*observational standpoint*” [punto de vista del observador]³⁸. En opinión del Relator Especial, el enfoque aceptado para identificar una norma jurídica debería ser el mismo para todos; lo que la Comisión puede aspirar a lograr es precisamente un entendimiento común a nivel general.

21. En el transcurso de la labor de la Comisión será necesario abordar cuestiones generales de metodología aplicables a la identificación de las normas del derecho internacional consuetudinario, tales como el peso relativo que se otorgará a las investigaciones empíricas sobre la práctica de los Estados, en comparación con los razonamientos deductivos. Asimismo, es posible que ciertas consideraciones prácticas incidan en la metodología, especialmente si se tiene en cuenta que en el mundo hay casi 200 Estados (así como otras entidades internacionales), aunque esto

³⁵ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, fallo de 3 de febrero de 2012, párr. 73 (“a los fines de la presente causa, la práctica de los Estados que resulta más pertinente es la que surge de [las] decisiones de los tribunales nacionales ...”); *Prosecutor v. Tadić*, Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, causa núm. IT-94-1, *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction* [Decisión sobre el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la decisión interlocutoria relativa a la competencia] (Sala de Apelaciones), 2 de octubre de 1995, párr. 99 (“Antes de señalar algunos principios y normas de derecho consuetudinario que han surgido en la comunidad internacional a los efectos de reglamentar las situaciones de disturbio, es necesario expresar una nota de cautela con respecto al proceso legislativo en el ámbito del derecho de los conflictos armados. Cuando se trata de determinar la práctica de los Estados para comprobar la existencia de una norma consuetudinaria o de un principio general, es difícil, si no imposible, establecer cuál fue exactamente el comportamiento del personal de los contingentes en el terreno para determinar si efectivamente respetaron o infringieron ciertas normas de conducta. Este examen resulta sumamente difícil por el hecho de que generalmente no se permite el acceso de observadores independientes (a menudo ni siquiera del Comité Internacional de la Cruz Roja) al teatro de operaciones militares, y las partes en el conflicto no revelan información sobre el real desarrollo de las hostilidades; peor aún, con frecuencia se divulga información errónea para engañar al enemigo, a la opinión pública y a los gobiernos de países extranjeros. Por lo tanto, al evaluar la formación de normas consuetudinarias o principios generales, se debe tener presente que, debido a la naturaleza intrínseca de este tema, se debe recurrir en primer lugar a elementos tales como las declaraciones oficiales de los Estados, los manuales militares y las decisiones judiciales”).

³⁶ *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo) (Indemnisation due par la République démocratique du Congo à la République de Guinée)*, fallo de 19 de junio de 2012, declaración del Magistrado Greenwood, párr. 8. Véase también A/61/10, párr. 251, y el estudio analítico elaborado por el Presidente del Grupo de Estudio (A/CN.4/L.682 y Corr.1 y Add.1), párrs. 33 y 34.

³⁷ A/CN.4/SR.3148, pág. 6 (Murase).

³⁸ *London Statement of Principles*, párr. 7; apéndice titulado “Formation of International Law and the Observational Standpoint”, del primer informe del Relator: Asociación de Derecho Internacional, Informe de la sexagésima tercera conferencia, 1986, pág. 936.

no constituye un problema nuevo. Cabe también destacar las dificultades inherentes al tema, principalmente por las propias características del derecho internacional consuetudinario como derecho no escrito, y las controversias ideológicas y teóricas a menudo vinculadas a él³⁹.

22. El presente tema se refiere a los procesos que intervienen en la formación de normas de derecho internacional consuetudinario y a la documentación necesaria para determinar su existencia. No se trata de establecer los aspectos de fondo de determinadas normas⁴⁰. El objetivo es proporcionar directrices en cuanto a la forma de identificar una norma de derecho internacional consuetudinario en un momento dado, y no dilucidar qué normas en particular han adquirido tal condición⁴¹. Tampoco se pretende analizar el lugar que ocupa el derecho internacional consuetudinario dentro del derecho que habrán de aplicar los diversos tribunales y cortes, o los procedimientos y disposiciones especiales que puedan existir en los diferentes ordenamientos jurídicos para identificar normas de derecho internacional consuetudinario (aunque ello deba tenerse en cuenta al evaluar las decisiones de los tribunales nacionales).

23. De lo anterior se desprende (con sujeción a los cambios que la Comisión pueda introducir en el título del tema⁴²) que se podría formular una primera conclusión sobre el alcance del proyecto de conclusiones, en los siguientes términos:

1. Alcance. El presente proyecto de conclusiones se refiere a la formación y documentación de normas de derecho internacional consuetudinario.

IV. Inclusión o no del *jus cogens*

24. Durante los debates celebrados en la Comisión y en la Sexta Comisión en 2012 se planteó la pregunta de si el presente tema debía abarcar la formación y documentación de normas imperativas de derecho internacional general (*jus cogens*)⁴³.

25. Una norma de *jus cogens* es una norma jurídica “aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto” como norma “que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de

³⁹ Véase también *London Statement of Principles*, párr. 2.

⁴⁰ Re. la distinción entre normas primarias y secundarias que fue tan importante en la labor de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

⁴¹ En todo caso es importante tener presente que “el proceso de formación del derecho consuetudinario es un proceso continuo: no se detiene cuando ha surgido una norma”: M. H. Mendelson, “The Formation of Customary International Law”, 272 *Recueil des Cours* (1998), págs. 155 y 188; véase también K. Wolfke, “Some Persistent Controversies Regarding Customary International Law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, 24 (1993), págs. 1 y 15 (“la determinación de la costumbre internacional y la formulación de las normas jurídicas respectivas pueden llevarse a cabo una y otra vez en diversas ocasiones. Esa identificación nunca es definitiva ...”).

⁴² *Supra*, notas 3 y 4.

⁴³ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, artículos 53 y 64. La definición de la Convención de Viena es de aplicación general: véase el párr. 5 del comentario al artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad de los Estados, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 2001*, vol. II, pág. 85, citado en el párr. 2 del comentario sobre el artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional de 2011*, pág. 128.

derecho internacional general que tenga el mismo carácter”⁴⁴. Si bien la existencia de esta categoría de derecho internacional “superior” ya no está seriamente en discusión⁴⁵, en la doctrina sigue habiendo numerosas controversias en cuanto a su contenido de fondo y los elementos de prueba vinculados a él⁴⁶. En este contexto resulta en particular pertinente señalar que sigue habiendo un “aura de misterio”⁴⁷ en torno a la fuente de las normas del *jus cogens*: algunos juristas internacionales opinan que constituyen una categoría especial de derecho internacional consuetudinario⁴⁸,

⁴⁴ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 53; véase también P. Dailler, M. Forteau y A. Pellet, *Droit international public*, 8ª edición (Librairie générale de droit et de jurisprudence (L.G.D.J.) 2009), págs. 220 a 229; y J. Frowein, “Ius Cogens”, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012).

⁴⁵ Véase, por ejemplo, las conclusiones derivadas de los estudios y deliberaciones del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre “La fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, presidido por Martti Koskenniemi: Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 58º período de sesiones, 1 de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006 (A/CN.4/L.702); y las referencias al *jus cogens* que figuran en los fallos de la Corte Internacional de Justicia, por ej. en *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, fallo sobre competencia y admisibilidad, *I.C.J. Reports 2006*, págs. 6 y 52; *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, fallo de 3 de febrero de 2012, párrs. 92 a 97; *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, fallo de 20 de julio de 2012, párr. 99. Véase también Frowein, nota 44 *supra*, párrs. 3 a 5 (“Puede decirse entonces que la existencia del *ius cogens* en el derecho internacional público está reconocida actualmente por la práctica de los Estados, el derecho codificado de los tratados y la teoría del derecho”).

⁴⁶ Véase, por ejemplo, A. D’Amato, “It’s a Bird, It’s a Plane, It’s Jus Cogens”, *Connecticut Journal of International Law*, 6 (1990), págs. 1 a 6; K. Kawasaki, “A Brief Note on the Legal Effects of *Jus Cogens* in International Law”, *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, 34 (2006), págs. 27 a 43; H. Charlesworth, “Law-Making and Sources”, en J. Crawford y M. Koskenniemi (eds.), *The Cambridge Companion to International Law* (Cambridge University Press, 2012), págs. 187 y 191; P. Tavernier, “L’identification des règles fondamentales, un problème résolu?”, en C. Tomuschat y J. M. Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes* (Martinus Nijhoff Publishers, 2006), págs. 1 y 19; S. Kadelbach, “*Jus Cogens*, Obligations *Erga Omnes* and other Rules – The Identification of Fundamental Norms”, en C. Tomuschat y J.M. Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes* (Martinus Nijhoff Publishers, 2006), págs. 21 y 28; y M.E. Villiger, *Customary International Law and Treaties: A Manual of the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, 2ª edición (Kluwer Law International, 1997), pág. 7.

⁴⁷ A. Bianchi, “Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*”, *European Journal of International Law*, 19 (2008), págs. 491 y 493.

⁴⁸ Véase, por ejemplo, A. de Hoogh, *Obligations Erga Omnes and International Crimes* (Kluwer Law International, 1996) págs. 45 a 48; P. Reuter, *Introduction au droit des traités* (Librairie Armond Colin, 1972), págs. 139 y 140; M. H. Mendelson, nota 41 *supra*, pág. 181; A. Kaczorowska, *Public International Law*, 4ª edición (Routledge, 2010), pág. 28; R. Jennings y A. Watts (eds.), *Oppenheim’s International Law*, 9ª edición (Oxford University Press, 1992), págs. 7 y 8; R. B. Baker, “Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates”, *European Journal of International Law*, 21 (2010), págs. 173 y 177; A. D’Amato, *The Concept of Custom in International Law* (Cornell University Press, 1971), pág. 132; A. Cassese, “For an Enhanced Role of *Jus Cogens*”, en A. Cassese (ed.), *Realizing Utopia* (Oxford University Press, 2012), págs. 158 y 164; T. Meron, “On a Hierarchy of International Human Rights”, *American Journal of International Law*, 80 (1986), págs. 1 y 13 a 21; A. McNair, *Law of Treaties* (Clarendon Press, 1961), págs. 213 a 215; J. Paust, “The Reality of *Jus Cogens*”, *Connecticut Journal of International Law*, 7 (1991), págs. 81 y 82; J. Crawford, *Brownlie’s*

otros niegan que puedan derivarse de la costumbre⁴⁹, mientras que otros opinan que el derecho internacional consuetudinario es apenas una de las posibles fuentes del *jus cogens*⁵⁰. Se ha sugerido que la opinión que tiene cada cual sobre la relación entre el *jus cogens* y el derecho internacional consuetudinario depende, fundamentalmente, de la concepción que se tenga de este último⁵¹.

26. Hay argumentos a favor y en contra de incluir el *jus cogens* en el presente tema. Para algunos, existe la posibilidad de concluir que las normas del derecho internacional consuetudinario son – o pueden llegar a ser – normas de *jus cogens*, y

Principles of Public International Law, 8ª edición (Oxford University Press, 2012), pág. 594; N. G. Onuf y R. K. Birney, “Peremptory Norms of International Law: Their Source, Function and Future”, *Denver Journal of International Law and Policy*, 4 (1974), págs. 187 y 191; F. Orrego Vicuña, “Customary International Law in a Global Community: Tailor Made?”, *Estudios Internacionales*, 148 (2005), págs. 21, 36 y 37; y B. D. Leppard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications* (Cambridge University Press, 2010), págs. 243 a 260; el Sr. Forteau también dijo, durante el 64º período de sesiones de la Comisión, que “las normas del *jus cogens* son, por definición, parte del derecho consuetudinario” (A/CN.4/SR.3150, pág. 11).

⁴⁹ Véase, por ejemplo, M.E. O’Connell, “*Jus Cogens*: International Law’s Higher Ethical Norms”, en D. E. Childress III (ed.), *The Role of Ethics in International Law* (Cambridge University Press, 2012), págs. 78 y 83; M. W. Janis, “The Nature of *Jus Cogens*”, *Connecticut Journal of International Law*, 3 (1988), págs. 359, 360 y 361; G. J. H. van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law* (Kluwer Law and Taxation Publishers, 1983), pág. 164; J. Vidmar, “Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System?”, en E. de Wet y J. Vidmar (eds.), *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights* (Oxford University Press, 2012), págs. 13 y 26; y F. Domb, “*Jus Cogens* and Human Rights”, *Israel Yearbook of International Law*, 6 (1992), pág. 106. El Sr. Murphy dijo, durante el 64º período de sesiones de la Comisión, con referencia al *jus cogens*, que “no era una creación de alguna fuente de derecho internacional sino más bien una limitación para esas fuentes”; el Sr. Tladi también sugirió que “el derecho internacional consuetudinario y el derecho de los tratados se basaban en una teoría del consentimiento de los Estados, mientras que el *jus cogens* ... se basaba en algo diferente” (A/CN.4/SR.3148, págs. 8 y 10).

⁵⁰ Véase, por ejemplo, M. Akehurst, “The Hierarchy of the Sources of International Law”, *British Yearbook of International Law*, 47 (1976), págs. 273 y 282 a 284; G. I. Tunkin, “*Jus Cogens* in Contemporary International Law”, *University of Toledo Law Review*, 3 (1971), págs. 107 y 116; M. N. Shaw, *International Law*, 6ª edición (Cambridge University Press, 2008), pág. 127; C. A. Bradley y M. Gulati, “Withdrawing from International Custom”, *Yale Law Journal*, 120 (2010), págs. 202 y 212; R. Nieto-Navia, *International Peremptory Norms (Jus Cogens) and International Humanitarian Law* (2001), publicado en www.iccnw.org/documents/WritingColombiaEng.pdf, págs. 11 y 12; P. Malanczuk, *Akehurst’s Modern Introduction to International Law*, 7ª edición revisada (Routledge, 1997), pág. 58; y A. Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law* (Oxford University Press, 2006), pág. 126.

⁵¹ G. J. H. van Hoof, nota 49 *supra*, págs. 163 y 164 (“la respuesta a la pregunta de si el derecho internacional consuetudinario puede o no desempeñar un papel importante en la determinación del *jus cogens* también depende del concepto de esta fuente que uno tome como punto de partida. Aquellos que se adhieren a una concepción flexible de la costumbre serán los más inclinados a considerar que el derecho internacional consuetudinario es una fuente perfecta del *jus cogens*, ya que, en su opinión, produce normas de derecho internacional general vinculantes para todos los Estados del mundo... Aquellos que, por el contrario, parten de una concepción más rígida de la costumbre, probablemente llegarán a la conclusión opuesta; los defensores de esta opinión aducen que, como consecuencia de los cambios que se han producido en el proceso de elaboración del derecho internacional a causa de la estructura de la actual sociedad internacional, ya no quedan muchas normas de derecho internacional consuetudinario que sean vinculantes para toda la comunidad internacional de Estados y, además, no cabe esperar que esas normas sean muy numerosas en el futuro”).

que ambas pueden estar vinculadas por elementos constitutivos comunes. Para otros, el *jus cogens* plantea sus propias dificultades en lo que respecta a la prueba, la formación y la clasificación, que están fuera del alcance del presente tema⁵². La mayoría de los miembros de la Comisión y de los representantes en la Sexta Comisión que examinaron la cuestión en 2012 consideraron que sería mejor no incluir el *jus cogens* en el presente tema.

27. Por motivos principalmente pragmáticos, y a fin de no complicar más un tema ya de por sí complejo⁵³, el Relator Especial considera que sería preferible no abordar la cuestión como parte del presente tema. Sin embargo, como observaron algunos miembros de la Comisión, ello no impide que de vez en cuando se haga referencia a las normas del *jus cogens* en algún contexto en particular.

Tercera parte: El derecho internacional consuetudinario como fuente del derecho internacional

V. El derecho internacional consuetudinario y su relación con otras fuentes mencionadas en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

28. El derecho internacional público forma parte del derecho⁵⁴, y el derecho internacional consuetudinario es una de las principales fuentes de ese derecho⁵⁵. Por

⁵² A/CN.4/SR.3148, págs. 8 y 9 (Murphy).

⁵³ El Sr. Tladi, por ejemplo, expresó dudas en cuanto a que la Comisión pudiera llegar a un acuerdo sobre diversos aspectos del *jus cogens*; el Sr. Park sugirió que abordar el *jus cogens* en este momento podría ser como abrir la caja de Pandora (véase, respectivamente, A/CN.4/SR.3148, pág. 10, y A/CN.4/SR.3150, pág. 9). Véase también la propuesta de A. Jacovides de 1993, de que la Comisión se ocupara del tema: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1993*, vol. II, Primera parte, págs. 238 a 245.

⁵⁴ Véase un examen reciente en F. Mégret, “International law as law”, en J. Crawford y M. Koskeniemi (eds.), *The Cambridge Companion to International Law* (Cambridge University Press, 2012), págs. 64 a 92.

⁵⁵ Es importante, para el imperio del derecho internacional, que se haga siempre una distinción clara entre el derecho y lo que no es derecho, entre las normas jurídicas y los principios y normas no jurídicos. El “soft law” [derecho en gestación o incipiente], un término sin un significado claro que se ha descrito más bien como un “eslogan” y que se refiere principalmente a normas que carecen deliberadamente de fuerza vinculante, no es derecho (véase, por ej., D. Thürer, “Soft Law”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012); V. Lowe, *International Law* (Oxford University Press, 2007), págs. 95 a 97; M. N. Shaw, nota 50 *supra*, págs. 117 a 119; y S. D. Murphy, *Principles of International Law*, 2ª edición (Best Publishing Compañía, 2012), págs. 111 a 123. Sin embargo, el derecho en gestación puede contribuir a la formación del derecho internacional consuetudinario; esto se analizará en futuros informes.

“fuente” en este contexto se entiende una fuente formal⁵⁶, “la que otorga carácter de ley al contenido de las normas de derecho internacional”⁵⁷.

29. El Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que es ampliamente considerado una enunciación con fuerza de ley de las fuentes del derecho internacional⁵⁸, dice lo siguiente:

“1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.”

30. El Artículo 38, párrafo 1 b), es idéntico al artículo 38 b) del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, que fue preparado para el Consejo de la Sociedad de las Naciones por una Comisión Consultiva de Juristas en 1920⁵⁹. El Presidente de la Comisión Consultiva de Juristas, el Barón Descamps, había propuesto inicialmente lo siguiente:

“2. la costumbre internacional, que es la práctica entre las naciones aceptada por ellas como derecho”⁶⁰.

⁵⁶ Las fuentes formales de derecho internacional son “los procesos en virtud de los cuales las normas de derecho internacional adquieren pertinencia jurídica”, mientras que las fuentes materiales “pueden definirse como los orígenes políticos, sociológicos, económicos, morales o religiosos de las normas jurídicas”: A. Pellet, “Article 38”, en A. Zimmermann y otros, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2ª edición (Oxford University Press, 2012), nota marginal (MN) 111.

⁵⁷ I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2ª edición (Manchester University Press, 1984), pág. 2.

⁵⁸ A. Pellet, nota 56 *supra*, págs. 812 a 832, MN 209 a 249. No es necesario, a estos efectos, entablar un debate acerca de si la enumeración que figura en el Artículo 38, párrafo 1, redactado en 1920, sigue siendo una lista completa: véase R. Wolfrum, “Sources of International Law”, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012), párr. 10.

⁵⁹ Ha habido intentos anteriores de abordar la cuestión. En particular, conforme al artículo 7 del Convenio (XII) (no ratificado) relativo al establecimiento de un Tribunal Internacional de Presas, de 18 de octubre de 1907, ese Tribunal debía aplicar, a falta de un tratado en vigor, “normas de derecho internacional”, siempre que fuesen “generalmente reconocidas”: véase A. Pellet, nota 56 *supra*, MN 11 a 13. Con respecto a la labor de la Comisión Consultiva, véase O. Spiermann, “‘Who attempts too much does nothing well’: the 1920 Advisory Committee of Jurists and the Statute of the Permanent Court of International Justice”, *British Yearbook of International Law*, 73 (2002), págs. 187 a 260; y O. Spiermann, “Historical Introduction”, en A. Zimmermann y otros, *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2ª edición (Oxford University Press, 2012), MN 6 a 22.

⁶⁰ Actas de las deliberaciones de la Comisión Consultiva de Juristas (1920), pág. 306, anexo núm. 3. El representante de los Estados Unidos en la Comisión Consultiva, el Sr. Root, propuso un texto

Han quedado registrados muy pocos debates sobre esta disposición en la Comisión Consultiva, o en el Consejo o la Asamblea de la Sociedad de las Naciones. En el plan de Root y Phillimore, esta disposición estaba redactada de la siguiente manera: “La costumbre internacional, como prueba de una práctica común en uso entre las naciones y aceptada por ellas como derecho”⁶¹. Sin embargo, en última instancia surgió el texto siguiente del Comité de Redacción: “la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”⁶². Este texto fue presentado a la Sociedad de las Naciones y aprobado con cambios de redacción únicamente⁶³. No parece que se haya discutido durante la preparación y aprobación del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en 1944-1945⁶⁴.

31. Con frecuencia se dice que el Artículo 38, párrafo 1 b), está “mal redactado”⁶⁵. Por otra parte, se ha dicho que existen dos elementos clave en la formación de una norma de derecho internacional consuetudinario, que están expresados, de manera elegante y sucinta, en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁶⁶; y que el Artículo 38 del Estatuto de la Corte no puede considerarse una simple guía, destinada a cumplir únicamente una función técnica en la Corte, sino la enunciación – a pesar de sus imperfecciones – de las modalidades de formación del derecho”⁶⁷.

que era idéntico salvo en que añadía el término “reconocida” después de “práctica”: pág. 344, anexo núm. 1. Descamps se refirió al derecho internacional consuetudinario como “un método muy natural y sumamente fiable de desarrollo [del derecho internacional], ya que dimana en su totalidad de la expresión constante de las convicciones jurídicas y las necesidades de las naciones en sus relaciones recíprocas”: pág. 322.

⁶¹ *Ibid.*, pág. 548.

⁶² *Ibid.*, pág. 567.

⁶³ *Ibid.*, pág. 680. El apartado fue aprobado por la Comisión Consultiva en primera lectura, con el cambio de redacción siguiente: “La costumbre internacional, que es el reconocimiento de una práctica general aceptada como derecho”. La modificación no se mantuvo en el texto remitido a la Sociedad de las Naciones.

⁶⁴ Con respecto a los antecedentes del proceso de negociación del Artículo 38, párrafo 1 b), véase P. Hagggenmacher, “La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale”, *Revue générale de droit international public (RGDIP)*, 90 (1986), págs. 5 y 19 a 32; A. Pellet, nota 56 *supra*, MN 17 a 48; y R. D. Kearney, “Sources of Law and the International Court of Justice”, en L. Gross (ed.), *The Future of the International Court of Justice*, vol. II (Oceana Publications, 1976), págs. 610 a 723. En una mirada retrospectiva de las negociaciones de 1950, Manley O. Hudson señaló que los redactores del Estatuto “no tenían una idea muy clara de lo que constituía la costumbre internacional”: *Anuario de 1950*, vol. I, pág. 6, párr. 45.

⁶⁵ Véase por ej. J. L. Kunz, “The Nature of Customary International Law”, *American Journal of International Law*, 47 (1953), págs. 662 y 664; y K. Wolfke, nota 41 *supra*, pág. 3. Villiger escribió: “Es evidente que esta disposición tiene carencias ... Dado que la Corte no puede aplicar una costumbre, sino solamente el *derecho* consuetudinario; y el párrafo 1 b) invierte el orden lógico de los hechos, ya que una práctica generalmente aceptada como derecho es lo que constituye la prueba de la existencia de una norma consuetudinaria”: M.E. Villiger, nota 46 *supra*, pág. 15.

⁶⁶ D. J. Bederman, *The Spirit of International Law* (University of Georgia Press, 2006), págs. 9 y 33; véase también A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium* (Martinus Nijhoff Publishers, 2010), pág. 116 (“El propio Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia califica la costumbre internacional al referirse a ella como la ‘prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho’”).

⁶⁷ S. Sur, *International Law, Power, Security and Justice: Essays on International Law and Relations* (Hart Publishing, 2010), pág. 166; véase también R. Y. Jennings, “The Identification of

32. El Artículo 38, párrafo 1, ha sido mencionado o reproducido con frecuencia en instrumentos posteriores⁶⁸. Aunque en términos estrictos se aplica únicamente a la Corte Internacional de Justicia⁶⁹, generalmente se considera que las fuentes definidas en el Artículo 38, párrafo 1, son válidas también para otros tribunales y cortes internacionales, con sujeción a lo que puedan establecer las disposiciones concretas de sus respectivos Estatutos⁷⁰.

33. Resulta necesario, a los efectos del presente tema, examinar la relación que existe entre el derecho internacional consuetudinario y las demás fuentes del derecho internacional enumeradas en el Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte, aunque el presente tema no se propone abarcar también esas otras fuentes como tales.

34. La relación que existe entre el derecho internacional consuetudinario y los tratados es un aspecto importante del tema⁷¹, que habrá de examinarse en informes posteriores. En síntesis, la interacción entre estas dos fuentes “enredadas” del derecho internacional puede revestir enorme interés a los efectos del presente tema, ya que en general se reconoce que los tratados pueden reflejar normas del derecho internacional consuetudinario preexistentes; generar nuevas normas y constituir prueba de su existencia; o, a través de sus procesos de negociación, surtir un efecto

International Law”, en B. Cheng (ed.), *International Law: Teaching and Practice* (Stevens & Sons, 1982), págs. 3 y 9.

⁶⁸ A. Pellet, nota 56 *supra*, MN 49 a 54. Artículo 28 del Acta General para el arreglo pacífico de las controversias internacionales, de 1928 (y el artículo 28 del Acta General revisada de 1948); artículo 33 del Reglamento facultativo de arbitraje para controversias entre dos Estados de la Corte Permanente de Arbitraje. A veces encontramos una remisión al Artículo 38 del Estatuto: por ejemplo, en los artículos 74 y 83 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982. Otros instrumentos emplean términos diferentes: por ejemplo, el artículo 21, párr. 1 b), del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (“los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados”); el artículo 20, párr. 1, del Protocolo de la Corte de Justicia de la Unión Africana que incluye - aunque amplía - la redacción empleada por la Corte Internacional de Justicia: el artículo 20, párr. 1 c), es idéntico al Artículo 38, párrafo 1 b). Con respecto al uso del Artículo 38, párrafo 1, en la labor de la Comisión de Derecho Internacional, véase el artículo 12 del proyecto de convención sobre procedimiento arbitral de 1953 (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1953*, vol. II, pág. 210), y el artículo 10 del proyecto de 1958 (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1958*, vol. II, pág. 84) (ambos comenzaban estableciendo, como salvedad importante: “A falta de acuerdo entre las partes acerca del derecho aplicable”).

⁶⁹ M. Forteau, “The Diversity of Applicable Law before International Tribunals as a Source of Forum Shopping and Fragmentation of International Law: An Assessment”, en R. Wolfrum e I. Gätzmann (eds.), *International Dispute Settlement: Room for Innovations?* (Springer, 2012), págs. 417, 420 y 421.

⁷⁰ Sección IX *infra*. Thirlway escribió que generalmente se acepta que las fuentes definidas en el Artículo 38 son válidas también respecto de otros tribunales internacionales: R. Wolfrum e I. Gätzmann (eds.), *International Dispute Settlement: Room for Innovations?* (Springer, 2012), pág. 313. En cuanto a la referencia a “las demás normas de derecho internacional que no sean incompatibles con [esta Convención]” que se hace en el artículo 293 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Thirlway dice que no se ofrece ninguna otra definición, lo que equivale a aceptar lo dispuesto en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia como criterio reconocido” (*Ibid.*, pág 314, nota de pie de página 9).

⁷¹ *Memorando de la Secretaría de 2013*, sección III B.

cristalizador en las normas incipientes del derecho internacional consuetudinario⁷². Tal relación resulta particularmente interesante a la luz del hecho de que “el derecho internacional consuetudinario contemporáneo, a pesar de que no está escrito, se caracteriza cada vez más por la relación estricta que guarda con los textos escritos”⁷³. También debería tenerse presente que el derecho internacional consuetudinario tiene “existencia propia” aunque haya una norma idéntica en un tratado⁷⁴.

35. A veces se sugiere que los tratados son, en la actualidad, una fuente de derecho internacional más importante que el derecho internacional consuetudinario⁷⁵. Este tipo de generalizaciones no son particularmente esclarecedoras ni necesariamente exactas. Incluso en ámbitos en los que existen convenios de “codificación” ampliamente aceptados, las normas de derecho internacional consuetudinario continúan rigiendo las cuestiones no previstas en los convenios⁷⁶ y se siguen aplicando a las relaciones con Estados que no son partes o entre estos últimos⁷⁷. Las normas del derecho internacional consuetudinario también pueden llenar posibles

⁷² Véase en general O. Schachter, “Entangled Treaty and Custom”, en Y. Dinstein (ed.), *International Law in a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne* (Martinus Nijhoff Publishers, 1989), págs. 717 a 738; B. B. Jia, “The Relations between Treaties and Custom”, *Chinese Journal of International Law*, 9 (2010), págs. 81 a 109; G. Boas, *Public International Law: Contemporary Principles and Perspectives* (Edward Elgar Publishing, 2012), pág. 84; J. K. Gamble, Jr., “The Treaty/Custom Dichotomy: An Overview”, *Texas International Law Journal*, 16 (1981), págs. 305 a 319; K. Wolfke, “Treaties and Custom: Aspects of Interrelation”, en J. Klabbers y R. Lefeber (eds.), *Essays on the Law of Treaties: A collection of Essays in Honour of Bert Vierdag* (Martinus Nijhoff Publishers, 1998), págs. 31 a 39; G. L. Scott y C. L. Carr, “Multilateral Treaties and the Formation of Customary International Law”, *Denver Journal of International Law and Policy*, 25 (1996), págs. 71 a 94; M.E. Villiger, nota 46 *supra*; y R. R. Baxter, “Treaties and Custom”, 129 *Recueil des Cours* (1970), págs. 25 a 105.

⁷³ T. Treves, “Customary International Law”, en R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012), párr. 2.

⁷⁴ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Fallo sobre el fondo. *I.C.J. Reports 1986*, págs. 14 y 94 a 96, párrs. 177 y 178.

⁷⁵ “En las últimas décadas, los tratados se han convertido en la fuente más importante del derecho internacional, desplazando al derecho internacional consuetudinario...”: O. Dörr y K. Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (Springer, 2012), pág. 11.

⁷⁶ Véase, por ejemplo, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, último párrafo del preámbulo y artículo 4 (irretroactividad). La cláusula de Martens fue uno de los primeros ejemplos de que el derecho internacional consuetudinario seguía siendo importante a pesar de la existencia de los tratados: J. von Bernstorff, “Martens Clause”, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012). En el Protocolo 1 de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra, la expresión “los usos establecidos entre las naciones civilizadas” se sustituyó por “los usos establecidos”, término empleado también en convenciones posteriores: la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados, aprobada el 10 de octubre de 1980, quinto párrafo del preámbulo; y la Convención sobre Municiones en Racimo, aprobada el 30 de mayo de 2008, undécimo párrafo del preámbulo.

⁷⁷ Por ejemplo, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados sólo se aplica directamente a las relaciones entre los Estados partes en la Convención. Las normas de derecho internacional consuetudinario sobre el derecho de los tratados se aplican a las relaciones entre los Estados que no son partes en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y a las relaciones entre un Estado que es parte y otro que no lo es: véase E. W. Vierdag, “The Law Governing Treaty Relations between Parties to the Vienna Convention on the Law of Treaties and States not Party to the Convention”, *American Journal of International Law*, 76 (1982), págs. 779 a 801.

lagunas en los tratados y ayudar a interpretarlos⁷⁸. Un tribunal internacional también puede decidir que está habilitado para aplicar el derecho internacional consuetudinario cuando no es posible aplicar un determinado tratado porque excedería los límites de su competencia⁷⁹.

36. La distinción entre derecho internacional consuetudinario y “principios generales de derecho”⁸⁰ también es importante, pero no siempre se establece con claridad en la jurisprudencia o la bibliografía⁸¹. En el Artículo 38, párrafo 1 c), se enumeran “los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas” como fuente del derecho internacional separada del derecho internacional consuetudinario. En la jurisprudencia y la doctrina se considera a veces que esta norma no se refiere únicamente a los principios generales comunes a los diversos ordenamientos jurídicos nacionales, sino también a los principios generales de derecho internacional. La propia Corte Internacional de Justicia puede recurrir a los principios generales de derecho internacional cuando no están presentes los criterios de aplicación del derecho internacional consuetudinario. Como ha explicado un autor:

“La referencia que hace la Corte Internacional de Justicia, con relativa frecuencia, a principios que no forman parte de la legislación municipal se explica, al menos en parte, por la definición restringida de derecho internacional consuetudinario que figura en el Artículo 38, párrafo 1 b), de su Estatuto. Si la costumbre se considerara, como se establece en esa disposición,

⁷⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 31, párr. 3 c); conclusiones de la labor del Grupo de Estudio sobre “La fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, conclusiones 17 a 20, (A/61/10), párr. 251. Véase también *Amoco International Finance Corporation v. Iran* (1987-II), pág. 15, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, pág. 222, párr. 112; Baxter, nota 72 *supra*, pág. 103 (“Los tratados seguirán ejerciendo una influencia sumamente importante en el contenido del derecho internacional general. Aun cuando todos los Estados asumieran expresamente las obligaciones de los tratados de codificación, se deberá seguir teniendo en cuenta el derecho internacional consuetudinario al interpretar esos instrumentos, y los tratados generarán a su vez nuevas normas de derecho internacional consuetudinario dimanadas de la aplicación de los convenios”).

⁷⁹ Como en la causa *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*), nota 74 *supra*, págs. 92 a 97, párrs. 172 a 182. En la pág. 97, párr. 182, la Corte llegó a la conclusión de que debía ejercer la jurisdicción que le confería la declaración de aceptación formulada por los Estados Unidos de América de conformidad con el Artículo 36, párrafo 2, del Estatuto, para entender en la demanda de Nicaragua sobre la base del derecho internacional consuetudinario, a pesar de que estaban fuera de su competencia las controversias suscitadas en relación con la Carta de las Naciones Unidas y la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

⁸⁰ G. Gaja, “General Principles of Law”, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012); A. Pellet, *supra* nota 56, MN 250 a 269.

⁸¹ Con respecto a los diferentes significados de “principios generales del derecho”, véase, por ej., O. Schachter, *International Law in Theory and Practice* (Martinus Nijhoff Publishers, 1991), págs. 50 a 55; véase también B. Schlütter, *Developments in Customary International Law: Theory and the Practice of the International Court of Justice and the International ad hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia* (Martinus Nijhoff Publishers, 2010), págs. 71 a 86. Para mayor claridad en este aspecto, véase B. Simma y P. Alston, “The Sources of Human Rights Law: Custom, *Jus Cogens*, and General Principles”, *Australian Yearbook of International Law*, 12 (1988-1989), págs. 82 a 108; N. Petersen, “Customary Law without Custom? Rules, Principles, and the Role of State Practice in International Law Creation”, *American University International Law Review*, 23 (2008), págs. 275 a 310.

‘prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho’, dada la insuficiencia de la práctica, varias normas del derecho internacional que no se basan en tratados no encajarían en la definición de la costumbre. De ahí que se haga referencia a los principios o a los principios generales”⁸².

Si bien puede ser difícil distinguir entre el derecho internacional consuetudinario y los principios generales en un plano abstracto, siempre es importante determinar, con independencia del alcance de los principios generales, cuáles son las normas que, por su propia naturaleza, tienen que basarse en la práctica efectiva de los Estados⁸³.

37. El derecho internacional consuetudinario debe distinguirse también de la conducta de las entidades internacionales, que no genera derechos ni obligaciones jurídicas ni entraña esas consecuencias de carácter jurídico. No todos los actos internacionales tienen relevancia jurídica: los actos de cortesía y gentileza, o los usos puros y simples, aunque se lleven a cabo por tradición, quedan fuera del ámbito del derecho internacional consuetudinario y del alcance del presente tema⁸⁴.

38. Es quizás innecesario, por lo menos en esta etapa, abordar la cuestión de la naturaleza de las normas que rigen la formación e identificación de las normas del derecho internacional consuetudinario y preguntarse, por ejemplo, si esas mismas normas forman parte del derecho internacional consuetudinario⁸⁵. Sin embargo, como en cualquier ordenamiento jurídico, debe haber normas de derecho internacional público que permitan establecer cuáles son las fuentes del derecho. A los efectos del presente tema, esas normas pueden encontrarse examinando, en particular, la forma en que los Estados y los tribunales acometen la tarea de identificar el derecho.

VI. Terminología

39. La terminología es importante. “Derecho internacional consuetudinario” o “normas de derecho internacional consuetudinario”⁸⁶ parecen ser las expresiones

⁸² G. Gaja, nota 80 *supra*, párr. 18.

⁸³ J. Crawford (ed.), nota 48 *supra*, pág. 37.

⁸⁴ G. I. Tunkin, “Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law”, *California Law Review*, 49 (1961), págs. 419 y 422; J. Crawford, *supra* nota 48, págs. 23 y 24.

⁸⁵ Re. el debate sobre la naturaleza de algunas normas del derecho de los tratados, en particular el *pacta sunt servanda*. Sinclair hace referencia, en este sentido, a “argumentos de la doctrina” cuyo examen “nos conduce necesariamente a esferas un tanto metafísicas”: I. Sinclair, nota 57 *supra*, págs. 2 y 3. Véase también J. Kammerhofer, “Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems”, *European Journal of International Law*, 15 (2004), págs. 523 y 538 a 542.

⁸⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, octavo párrafo del preámbulo. El artículo 38 de la Convención de Viena habla de “norma consuetudinaria de derecho internacional”. El uso de la palabra “normas” en este informe abarca también los “principios”. Como dijo una Sala de la Corte Internacional de Justicia (en el contexto de la delimitación marítima), “[l]a asociación de los términos ‘normas’ y ‘principios’ no es más que el uso de una expresión dual para transmitir una misma y única idea, ya que en este contexto ‘principios’ significa claramente principios del derecho, de manera que comprende también las normas de derecho internacional, en cuyo caso puede justificarse el uso del término ‘principios’ debido a su carácter más general y más fundamental” (*ICJ Reports 1984*, págs. 246 y 288 a 290, párr. 79); Gaja escribió: “Si bien la distinción entre principios y normas no se ha examinado en detalle en

utilizadas más comúnmente para distinguir la fuente de derecho internacional a la que se refiere el presente tema⁸⁷. A veces se usa la expresión “derecho internacional consuetudinario general”, normalmente para distinguirlo del derecho internacional consuetudinario “especial” o “regional”⁸⁸. El término “derecho internacional consuetudinario universal” puede tener un significado similar.

40. También se usa la expresión “derecho consuetudinario internacional”, pero podría sugerir la existencia de una subcategoría de “derecho consuetudinario” y, por ende, de una relación confusa entre el derecho internacional consuetudinario y el derecho consuetudinario que se observa en algunos ordenamientos jurídicos nacionales.

41. El derecho internacional consuetudinario es lo que comúnmente se llama “la costumbre internacional” o “la costumbre”, pero esto también puede interpretarse de manera errónea, dependiendo del contexto⁸⁹. Estos términos pueden confundirse con el elemento objetivo de la formación del derecho internacional consuetudinario (la práctica), mientras que otros términos conexos que a menudo se usan indistintamente son “el uso” y “la práctica”⁹⁰.

decisiones judiciales o arbitrales, el uso del término principios denota la naturaleza general de la norma en cuestión” (G. Gaja, nota 80 *supra*, párr. 31).

⁸⁷ Un término más antiguo para hacer referencia al “derecho internacional” es “el derecho de gentes”, que en modo alguno ha caído en desuso: M. W. Janis, “International Law?”, *Harvard Journal of International Law*, 32 (1991), págs. 363 a 372; M. W. Janis, *America and the Law of Nations 1776-1939* (Oxford University Press, 2010), cap. 1 (“Blackstone and Bentham: The Law of Nations and International Law”); A. Clapham, *Brierly’s Law of Nations*, 7ª edición (Oxford University Press, 2012), págs. xiii y xiv. A veces se sugiere que “derecho de gentes” es el término más apropiado en vista del mayor número de sujetos comprendidos en este ámbito, por ejemplo, en P. Daillier, M. Forteau y A. Pellet, nota 44 *supra*, págs. 43 a 50. En *Commentaries on the Laws of England* (1765–1769), Blackstone usa la expresión “derecho de gentes” para referirse en términos amplios al ámbito que hoy se conoce con el nombre de derecho internacional, y que se extiende tanto a los tratados como al derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, a veces se ha empleado el término “derecho de gentes” para hacer referencia al derecho internacional con exclusión de los tratados. Así por ejemplo, en la primera Ley del Poder Judicial de 1789, cap. 20, art. 9, 1 Stat. 73 (1789), el Congreso de los Estados Unidos aprobó una disposición relativa a la violación “del derecho de gentes o de un tratado de los Estados Unidos”. En ese sentido, el término “derecho de gentes” es sinónimo de lo que actualmente se denomina derecho internacional consuetudinario, y no de derecho internacional en general. Como reza en la (tercera) Reformulación de la Ley de Relaciones Exteriores de los EE.UU., núm. 111, Nota introductoria (1987): “El término ‘derecho de gentes’ se usaba para describir las normas y obligaciones consuetudinarias que regían la conducta entre los Estados y ciertos aspectos de la conducta de los Estados en relación con las personas”.

⁸⁸ Los términos empleados en el derecho interno de diversos Estados para hacer referencia al derecho internacional consuetudinario varían considerablemente.

⁸⁹ Sin embargo, cabe recordar que el término “la costumbre internacional” aparece en el Artículo 38, párrafo 1 b), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

⁹⁰ Véase también G. I. Tunkin, nota 84 *supra*, pág. 422 (distingue los “usos” y “costumbres”, por una parte, de las “normas consuetudinarias de derecho internacional”, por la otra); K. Wolfke, nota 41 *supra*, 2 (se refiere a la “falta notoria de uniformidad en la terminología empleada en relación con el derecho internacional consuetudinario” y exhorta a establecer una distinción entre “la costumbre internacional”, por una parte, y “la práctica”, “el hábito” o “el uso”, por la otra); y C. Ochoa, “The Individual and Customary International Law Formation”, *Virginia Journal of International Law*, 48 (2007), págs. 119 y 125 a 129.

42. Un término que se emplea comúnmente es “derecho internacional general”⁹¹, pero requiere cierta explicación⁹². La Corte Internacional, y la propia Comisión, han usado este término en diversos contextos y con distintos significados⁹³. Su uso para hacer referencia únicamente al derecho internacional consuetudinario puede ser confuso. A veces el término se emplea con un significado más amplio que el de derecho internacional consuetudinario general, por ejemplo en un sentido que abarca el derecho internacional consuetudinario y, además, los principios generales de derecho o los convenios internacionales más aceptados, o todo ello. Lo ideal sería que se aclare el sentido exacto que se quiere dar al término cuando el contexto deja dudas sobre su significado.

43. La precisión y la uniformidad de la terminología empleada tanto por los profesionales como por los académicos podría aportar mayor claridad al tratamiento del derecho internacional consuetudinario como fuente del derecho. El Relator Especial propone que se empleen los términos “derecho internacional consuetudinario” y “normas de derecho internacional consuetudinario”.

44. Un obstáculo para lograr la uniformidad en los términos empleados es la existencia de usos diferentes en los distintos idiomas. A medida que avance la labor sobre el tema, podría ser útil preparar un breve glosario de los términos pertinentes en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas. Además de la expresión “derecho internacional consuetudinario”, el glosario podría incluir los términos “práctica de los Estados”, “práctica”, “uso” y “*opinio juris sive necessitatis*”.

45. Se propone la siguiente conclusión con respecto a los términos empleados, que podrá ampliarse a medida que avance la labor sobre el tema:

2. Términos empleados. A los efectos de estas conclusiones provisionales:

a) Por “derecho internacional consuetudinario” o “normas de derecho internacional consuetudinario” se entiende las normas de derecho internacional mencionadas en el Artículo 38, párrafo 1 b), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia;

b) [“práctica de los Estados” o “práctica” ...;]

c) [“*opinio juris*” o “*opinio juris sive necessitatis*” ...;]

d) ...

⁹¹ Véase, por ejemplo, los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (*Jus cogens*).

⁹² G. P. Buzzini, “La ‘généralité’ du droit international général: Réflexions sur la polysémie d’un concept”, *RGDIP*, 108 (2004), págs. 381 a 406; G. P. Buzzini, *Le droit international général au travers et au-delà de la coutume*, tesis, Universidad de Ginebra (2007); C. Tomuschat, “What is ‘general international law’”, en *Guerra y Paz: 1945-2009, Obra homenaje al Dr. Santiago Torres Bernardez* (Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 2010), págs. 329 a 348; y R. Wolfrum, “General International Law (Principles, Rules, and Standards)”, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012).

⁹³ A/CN.4/659, sección III C. Como se señaló en el estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, “no existe un acuerdo bien definido o uniforme sobre lo que ... significa [el derecho internacional general]. El término ‘derecho internacional general’ se refiere claramente al derecho consuetudinario general, así como a los ‘principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas’, con arreglo al apartado c) del párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Pero también puede referirse a los principios de derecho internacional propiamente dichos y a las analogías derivadas de los derechos internos, en especial los principios del procedimiento jurídico (*audiatur et altera pars, in dubio mitius, reclusión y otros*)” (A/CN.4/L.682 y Corr.1 y Add.1), pág. 292.

Cuarta parte: material de consulta

46. En la cuarta parte se describe el material que deberá consultarse durante la labor de la Comisión sobre el presente tema, es decir, para arribar a conclusiones sobre el proceso de formación y documentación de las normas de derecho internacional consuetudinario. El objetivo no es proponer las conclusiones en esta etapa. Eso se hará más adelante.

47. A continuación se describe el siguiente material: el que demuestra las actitudes de los Estados y otras entidades intergubernamentales; la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales y cortes; la labor de otros órganos, como la Asociación de Derecho Internacional, y las opiniones de los publicistas, en particular sobre el enfoque general respecto de la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario.

VII. Enfoque de los Estados y otras entidades intergubernamentales

48. Aparte de las causas tramitadas ante tribunales nacionales (párrs. 83 a 85 *infra*), parece haber poco material de acceso público que se refiera directamente a la actitud de los Estados frente a la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario. Pese a ello, el enfoque de los Estados puede deducirse a veces de sus declaraciones sobre cuestiones concretas, así como de las alegaciones formuladas ante cortes y tribunales.

49. El Relator Especial continúa buscando material sobre el enfoque de los Estados. Hasta el momento ha habido una escasa respuesta a la solicitud que la Comisión formulara a los Estados en su informe de 2012, como se mencionó en el párrafo 4 *supra*⁹⁴.

50. La actitud de los Estados con respecto a la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario puede verse en las alegaciones que formulan ante los tribunales y cortes internacionales, aunque hay que recordar que en esos casos actúan en defensa de sus intereses⁹⁵. En dichas alegaciones, los Estados suelen adoptar un enfoque compuesto de dos elementos, y fundan sus argumentos tanto en la práctica de los Estados como en la *opinio juris*, aunque a veces adoptan un criterio diferente⁹⁶. Con frecuencia presentan mucha documentación sobre la práctica de los Estados.

⁹⁴ A/67/10, párr. 29.

⁹⁵ P.-M. Dupuy, “La pratique de l’article 38 du Statut de la Cour internationale de justice dans le cadre des plaidoiries écrites et orales”, en *Collection of Essays by Legal Advisers of States, Legal Advisers of International Organizations and Practitioners in the Field of International Law* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta E/F/S/99.V.13), págs. 377 a 394.

⁹⁶ Véase, como ejemplo reciente, las alegaciones de Bélgica en la causa *Belgium v. Senegal*, incluida su respuesta complementaria al Magistrado Greenwood, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, “Questions put to the Parties by Members of the Court at the close of the public hearing held on 16 March 2012: compilation of the oral and written replies and the written comments on those replies” [Preguntas formuladas a las partes por los miembros de la Corte al final de la audiencia pública celebrada el 16 de marzo de 2012: compilación de las respuestas orales y escritas y de las observaciones escritas sobre esas respuestas], 16 de marzo a 4 de abril de 2012, págs. 24 y 25, párrs. 6 y 8.

51. Los Estados también intercambian opiniones entre ellos acerca de las normas de derecho internacional consuetudinario, a menudo de manera confidencial, y al hacerlo seguramente reflexionan también sobre la forma en que surgen y se identifican esas normas⁹⁷. Esto puede ocurrir en las reuniones ordinarias de los Asesores Jurídicos dentro de las organizaciones internacionales, como las Naciones Unidas y las organizaciones regionales, en grupos más pequeños, o a nivel bilateral.

52. En las reacciones de los gobiernos a los esfuerzos de codificación (no solamente de la Comisión) pueden encontrarse indicios reveladores del enfoque de los Estados. Por ejemplo, el debate que suscitó el estudio de 2005 del Comité Internacional de la Cruz Roja, titulado *Customary International Humanitarian Law Study* (párr. 82 *infra*), esclareció de un modo inusual la actitud de algunos Estados frente al proceso de formación y documentación de las normas del derecho internacional consuetudinario, en la esfera particular del derecho de la guerra. Los Estados Unidos de América, en una primera respuesta oficial al estudio, formulada a nivel gubernamental, declararon que en general se convenía en que el derecho internacional consuetudinario deriva de una práctica general y reiterada de los Estados, que estos siguen por estar convencidos de su obligatoriedad jurídica, u *opinio juris*, y subrayaron que la prueba de la existencia de ese derecho debía vincularse en todos los casos a la práctica de los Estados⁹⁸. A su vez, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte dijo que, para la formación del derecho internacional consuetudinario, lo que se requería era una práctica general aceptada como derecho por los Estados y que, en general, la identificación de una norma de derecho internacional consuetudinario era un proceso riguroso⁹⁹.

53. También puede ser muy útil conocer el enfoque de otras entidades intergubernamentales, en particular de organizaciones internacionales como las Naciones Unidas, para el estudio de la práctica existente en materia de formación e identificación del derecho internacional consuetudinario¹⁰⁰. Cabe mencionar dos ejemplos recientes, uno de ellos documentado en el informe del Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria del Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/22/44), que hace referencia a “una práctica casi universal de los Estados” acompañada de la *opinio juris* como prueba de “la naturaleza consuetudinaria de la prohibición de la

⁹⁷ Véase *London Statement of Principles*, párr. 8: “Gran parte de esta actividad [las medidas que toman los Estados para identificar el derecho] se lleva a cabo en condiciones de reserva y secreto oficial, por lo que no siempre es posible citar capítulos y párrafos”; D. Bethlehem, “The Secret Life of International Law”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 23 (2012), pág. 34 (donde se refiere a “todo un conjunto de prácticas especializadas, en su mayor parte absolutamente invisible para el mundo exterior”).

⁹⁸ J. B. Bellinger y W. J. Haynes, “A US government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary International Humanitarian Law*”, *International Review of the Red Cross*, 89 (2007), págs. 443 y 444.

⁹⁹ Asesor Jurídico de la Oficina de Relaciones Exteriores y del Commonwealth, declaración formulada en la Reunión de comités nacionales sobre derecho internacional humanitario de los Estados del Commonwealth, Nairobi, 20 de julio de 2005: *British Yearbook of International Law*, 76 (2005), págs. 694 y 695. Véase también las *Directrices actualizadas de la Unión Europea para fomentar la observancia del Derecho internacional humanitario* (2009/C 303/06), sección 7, que define el derecho internacional consuetudinario como una fuente de derecho internacional que “procede de los usos y costumbres de los Estados, considerados de obligado cumplimiento”.

¹⁰⁰ G. Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales* (Pedone, 2001); y J. Vanhamme, “Formation and enhancement of customary international law: the European Union’s contribution”, 39 (2008) *Netherlands Yearbook of International Law (NYIL)*, págs. 127 a 154.

privación arbitraria de la libertad”¹⁰¹; y el otro en el informe del Grupo de Investigación establecido por el Secretario General sobre el incidente con una flotilla ocurrido el 31 de mayo de 2010, en el que se afirma, en una sección titulada “Los principios jurídicos internacionales aplicables”, que “la costumbre tiene fuerza de ley y es vinculante para los Estados cuando refleja la práctica general de los Estados y el reconocimiento por los Estados de que esa práctica general se ha convertido en una norma jurídica (conocido como el requisito de la *opinio juris*)”¹⁰².

VIII. Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia

54. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y su antecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional, será de gran importancia para la labor de la Comisión sobre el presente tema. La función primordial de la Corte en lo que respecta al derecho internacional consuetudinario consiste en identificar y aplicar normas consuetudinarias en la medida en que ello sea necesario para decidir las causas que le son sometidas¹⁰³. Sus fallos (incluidas las opiniones disidentes y discrepantes) han sido muy esclarecedores en cuanto al enfoque general de la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario (cuando lo que “es” se convierte en lo que “debe ser”)¹⁰⁴, y han arrojado luz incluso sobre aspectos concretos de esos procesos.

55. Si se examina la aplicación frecuente que hace la Corte del Artículo 38, párrafo 1 b), de su Estatuto, en el desempeño de su “función perfectamente normal de analizar los diversos elementos de la práctica de los Estados y las opiniones jurídicas aducidas ... como indicadores del desarrollo de una norma de derecho consuetudinario”¹⁰⁵, se obtiene un panorama general del enfoque de la Corte respecto de esta cuestión. Como se desprende de los fallos que se mencionan a continuación, la Corte ha sostenido clara y reiteradamente – como lo hizo su antecesora – que el derecho internacional consuetudinario se forma mediante la práctica de los Estados, acompañada de la *opinio juris*.

56. En la causa *Lotus*, la Corte Permanente de Justicia Internacional declaró que el derecho internacional emanaba de la libre voluntad de los Estados, manifestada en convenciones o en “usos generalmente aceptados que expresan principios de

¹⁰¹ A/HRC/22/44, págs. 17 y 18, párr. 43.

¹⁰² Informe del Grupo de Investigación establecido por el Secretario General sobre el incidente con una flotilla ocurrido el 31 de mayo de 2010, apéndice I, septiembre de 2011, pág. 76, párr. 3 (se omiten las referencias).

¹⁰³ No es función de la Corte desarrollar el derecho, aunque a veces puede tener que hacerlo para evitar declarar un *non liquet*. El papel de los tribunales y cortes internacionales en la formación del derecho internacional consuetudinario es una cuestión separada que se examinará en un informe posterior. Hay un artículo reciente de H. Thirlway sobre esta cuestión, titulado “Unacknowledged Legislators: Some Preliminary Reflections on the Limits of Judicial Lawmaking”, en R. Wolfrum, I. Gätzschmann (eds.), *International Dispute Settlement: Room for Innovations?* (Springer, 2012), págs. 311 a 324.

¹⁰⁴ *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)* (Fondo), fallo de 12 de abril de 1960, *I.C.J. Reports 1960*, págs. 6 y 82 (opinión disidente del Magistrado Armand-Ugon).

¹⁰⁵ *Nuclear Tests (Australia v. France)*, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, págs. 253 y 367, párr. 112 (opinión disidente conjunta de los magistrados Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga y Waldock).

derecho”¹⁰⁶. Puso énfasis en la distinción entre los dos elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario, subrayando la necesidad de que ambos estuvieran presentes como fundamento de una conclusión basada en ese derecho:

“Aunque las escasas decisiones judiciales dictadas en las causas mencionadas fueran suficientes para probar efectivamente las circunstancias ello demostraría solamente que, en la práctica, los Estados con frecuencia se abstendían de entablar acciones penales, y no que reconocían que estaban obligados a hacerlo; ya que solo en el caso de que esas abstenciones se hubieran basado en la convicción de esos Estados de que tenían el deber de abstenerse, sería posible hablar de una costumbre internacional”¹⁰⁷.

57. La expresión clásica de la opinión de la Corte Internacional de Justicia sobre los procesos de formación y documentación de las normas del derecho internacional consuetudinario puede verse en las causas relativas a la plataforma continental del Mar del Norte:

“Si bien el paso durante apenas un corto período de tiempo no constituye necesariamente, o por sí solo, un impedimento para la formación de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario sobre la base de lo que al comienzo fue una norma puramente convencional, sería un requisito indispensable que, durante el período en cuestión, por breve que haya sido, la práctica de los Estados, incluida la de los Estados cuyos intereses se ven especialmente afectados, haya sido tanto intensa como casi uniforme en el sentido de la disposición invocada; y que además se haya ejercido de un modo que indique un reconocimiento general de que está en juego una norma jurídica o una obligación legal.

... El punto fundamental en este aspecto – y parece necesario subrayarlo – es que aun cuando los actos realizados por Estados que no son partes en la Convención hubiesen sido mucho más numerosos de lo que en realidad fueron, no serían suficientes por sí solos, ni siquiera tomados en conjunto, para constituir la *opinio juris*; ya que para lograr ese resultado deben cumplirse dos condiciones. Los actos en cuestión no solo deben representar una práctica establecida [*une pratique constante*, en el texto en francés], sino que además deben ser tales, o llevarse a cabo de un modo tal, que demuestren la convicción de que dicha práctica es obligatoria en virtud de la existencia de una norma de derecho que la impone. La necesidad de la presencia de esa convicción, es decir, de la existencia de un elemento subjetivo, está implícita en la propia noción de la *opinio juris sive necessitatis*. Los Estados en cuestión deben por ende creer que están ajustando su conducta a lo que constituye una obligación legal. La frecuencia, o incluso el carácter habitual de los actos, no es suficiente por sí solo. Hay muchos actos internacionales, por ejemplo en lo relativo a las ceremonias y el protocolo, que se llevan a cabo casi invariablemente, pero solo por razones de cortesía, conveniencia o tradición, y no porque se considere que existe un deber jurídico”¹⁰⁸.

¹⁰⁶ *The Case of the SS 'Lotus' (France v. Turkey)*, 1927, Corte Permanente de Justicia Internacional (serie A), núm. 10, pág. 18.

¹⁰⁷ *Ibid.*, pág. 28.

¹⁰⁸ *North Sea Continental Shelf cases (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, págs. 3, 43 y 44, párrs. 74 y 77.

58. La Corte reiteró esta opinión en la causa relativa a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua, en la que expresó que para poder determinar qué normas de derecho internacional consuetudinario eran aplicables, tenía que “dirigir su atención a la práctica y la *opinio juris* de los Estados”¹⁰⁹, y que:

“...como ya se señaló en las causas relativas a la plataforma continental del Mar del Norte, para que se forme una nueva norma consuetudinaria los actos en cuestión no solo deben ‘representar una práctica establecida’, sino que además deben ir acompañados de la *opinio juris sive necessitatis*. Los Estados que realizan esos actos, o bien otros Estados que están en condiciones de reaccionar frente a ellos, deben haber actuado de manera tal que su conducta ‘demuestre la convicción de que dicha práctica es obligatoria en virtud de la existencia de una norma de derecho que la impone. La necesidad de la presencia de esa convicción, es decir, de la existencia de un elemento subjetivo, está implícita en la propia noción de la *opinio juris sive necessitatis*’”¹¹⁰.

59. En su fallo sobre la causa relativa a la plataforma continental (Túnez/Jamahiriyá Árabe Libia), la Corte se refirió a la práctica real de los Estados como un modo de expresión, o creación, de normas consuetudinarias¹¹¹. En la causa relativa al Golfo de Maine, una Sala de la Corte señaló que el derecho internacional consuetudinario abarca un conjunto limitado de normas que garantizan la coexistencia y la vital cooperación entre los miembros de la comunidad internacional, así como un conjunto de normas consuetudinarias cuya presencia en 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”¹¹².

60. Al pasar al examen del derecho internacional consuetudinario en su Opinión consultiva sobre la Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, la Corte comenzó diciendo que, como ya lo había expresado, el fondo de ese derecho debía buscarse en la práctica real y la *opinio juris* de los Estados (*Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, fallo, *I.C.J. Reports 1985*, págs. 29 y 30, párr. 27)¹¹³. Más adelante, en la misma Opinión, la Corte señaló la existencia de normas consuetudinarias que habían surgido de la práctica de los Estados¹¹⁴.

¹⁰⁹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, fallo sobre el fondo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 14 y 97, párr. 183.

¹¹⁰ *Ibid.*, párr. 207.

¹¹¹ *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, fallo, *I.C.J. Reports 1982*, págs. 18 y 46, párr. 43.

¹¹² *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 1984*, págs. 246 y 299, párr. 111; en su jurisprudencia más reciente, la Corte no se ha referido a estas categorías tan discernibles del derecho internacional consuetudinario. Treves ha sugerido que, al hacer esta declaración, “la Corte parecería estar distinguiendo las normas ordinarias del derecho consuetudinario, de una categoría de normas de ese derecho respecto de las cuales no sería necesario buscar los elementos objetivos y subjetivos”; véase T. Treves, nota 73 *supra*, párr. 19.

¹¹³ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 226 y 253, párr. 64.

¹¹⁴ *Ibid.*, pág. 256, párr. 75.

61. El pronunciamiento extenso más reciente de la Corte sobre su enfoque básico de la cuestión se emitió en la causa de Alemania c. Italia, en la que dijo:

“De lo anterior se infiere que la Corte debe determinar, conforme a lo dispuesto en el Artículo 38, párrafo 1 b), de su Estatuto, la existencia de ‘la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho’... Para ello, debe aplicar los criterios que ha establecido reiteradamente para identificar una norma de derecho internacional consuetudinario. En particular, como lo indicó claramente la Corte en las causas relativas a la plataforma continental del Mar del Norte, la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario exige la presencia de una ‘práctica establecida’, acompañada de la *opinio juris*... Además, como también ha observado la Corte,

“Es ciertamente axiomático que el material del derecho internacional consuetudinario debe buscarse en primer lugar en la práctica efectiva y la *opinio juris* de los Estados, aunque los convenios multilaterales puedan desempeñar un papel importante en lo que respecta a registrar y definir las normas derivadas de la costumbre, o incluso en el desarrollo de esas normas”. (*Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, fallo, *I.C.J. Reports 1985*, págs. 29 y 30, párr. 27).¹¹⁵.

62. A riesgo de simplificar en exceso, puede decirse que en la jurisprudencia de la Corte se aplican dos enfoques principales para identificar normas concretas del derecho internacional consuetudinario. En algunos casos la Corte concluye que existe (o no existe) una norma de derecho internacional consuetudinario, sin realizar un análisis detallado¹¹⁶. Ello puede deberse a que la cuestión se considera obvia (por ejemplo, porque se basa en una decisión anterior de la Corte¹¹⁷ o en lo que la Corte considera normas jurídicas incuestionadas). Pueden verse algunos ejemplos de este enfoque en el fallo de la Corte de 19 de noviembre de 2012, dictado en la causa de Nicaragua c. Colombia¹¹⁸. En otros casos, la Corte realiza un análisis detallado

¹¹⁵ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, fallo de 3 de febrero de 2012, párr. 55.

¹¹⁶ Meron describe este enfoque como “un enfoque más flexible del derecho internacional consuetudinario” en comparación con el “enfoque tradicional”, que hacía un examen detallado de la prueba. T. Meron, nota 34 *supra*, pág. 31.

¹¹⁷ Véase, por ejemplo, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, pág. 245, párr. 41; *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1997*, págs. 7 y 38, párr. 46; Meron, *Ibid.* (“la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales internacionales se están basando cada vez más en la jurisprudencia, en lugar de embarcarse una y otra vez en un análisis detallado del carácter consuetudinario de los mismos principios en cada una de las causas”); G. Boas, nota 72 *supra*, págs. 84 a 86 y 91 a 93. Cabe preguntarse (interrogante que podría plantearse incluso la Comisión en el contexto del presente tema) hasta qué punto el hecho de que un tribunal haya establecido, en un determinado momento (en algunos casos varias décadas antes), la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario, significa que ese tribunal u otros tribunales pueden simplemente basarse en esa conclusión en el futuro; véase también la nota 41 *supra*. Con respecto a la opinión de que “se produce una violación indirecta de la costumbre cuando un tribunal internacional invoca y aplica el derecho internacional consuetudinario en la forma establecida en una decisión anterior de otro tribunal, sin analizar los fundamentos de esa decisión”, véase B. Chigara, “International Tribunal for the Law of the Sea and Customary International Law”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 22 (2000), págs. 433 y 450.

¹¹⁸ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, fallo de 19 de noviembre de 2012, párr. 37 (“el argumento de Nicaragua de que QS 32 no puede considerarse una isla conforme a la

de la práctica de los Estados y de la *opinio juris* a fin de determinar la existencia – o la ausencia – de una norma de derecho internacional consuetudinario. Este enfoque quedó de manifiesto en el fallo dictado por la Corte el 3 de febrero de 2012, en la causa de Alemania c. Italia¹¹⁹. Las causas mencionadas en último término resultan particularmente útiles para mostrar el enfoque que aplica la Corte con respecto a la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario¹²⁰.

63. Hay un número considerable de causas en las que la Corte ha abordado aspectos concretos del proceso de formación e identificación de normas del derecho internacional consuetudinario, refiriéndose a muchas de las cuestiones que se plantean en relación con el presente tema; entre ellas cabe destacar la naturaleza de los elementos “práctica de los Estados” y “*opinio juris*”, y la relación entre los tratados y el derecho internacional consuetudinario. Si bien esas causas no proporcionan una respuesta completa, ofrecen una orientación valiosa. La jurisprudencia se examinará en detalle en informes posteriores, cuando se aborden aspectos concretos del tema.

64. En la bibliografía se reconoce ampliamente que la Corte Internacional de Justicia, en su jurisprudencia, ha realizado el papel del derecho internacional

definición establecida en el derecho internacional consuetudinario, porque está compuesta de desechos de coral, carece de fundamento ... El hecho de que QS 32 sea muy pequeña es indiferente, ya que el derecho internacional no exige que una formación tenga unas dimensiones mínimas para considerarla una isla”); párr. 118 (“La Corte considera que la definición de plataforma continental que figura en el artículo 76, párrafo 1, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM) forma parte del derecho internacional consuetudinario.”); párr. 138 (“Las Partes concuerdan ... en que varias de las disposiciones más importantes de la CNUDM reflejan el derecho internacional consuetudinario. Conviene, en particular, en que las disposiciones de los artículos 74 y 83, sobre delimitación de la zona económica exclusiva y la plataforma continental, y el artículo 121, sobre el régimen de las islas, deben considerarse declarativas del derecho internacional consuetudinario.”); párr. 139 (“La Corte considera por lo tanto que el régimen jurídico de las islas establecido en el artículo 121 de la CNUDM constituye un régimen indivisible, que forma parte en su totalidad (como lo reconocen Colombia y Nicaragua) del derecho internacional consuetudinario.”); párr. 177 (“el derecho internacional establece actualmente la anchura del mar territorial, que todo Estado ribereño tiene derecho a fijar en 12 millas marinas. El artículo 3 de la CNUDM refleja el estado actual del derecho internacional consuetudinario en este punto.”); párr. 182 (“La Corte ha sostenido que esta disposición [el artículo 13 de la CNUDM – Elevaciones en bajamar] refleja el derecho internacional consuetudinario (*Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*), fallo, *I.C.J. Reports 2001*, pág. 100, párr. 201”).

¹¹⁹ *Supra*, nota 115.

¹²⁰ Véase también el uso que se hace de la jurisprudencia para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario, por ejemplo, la referencia que hizo recientemente la Corte Internacional de Justicia al “derecho internacional consuetudinario reflejado en la jurisprudencia de esta Corte, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar y los tribunales y cortes arbitrales internacionales”: *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, fallo de 19 de noviembre de 2012, párr. 114 (y nota 117 *supra*). Un autor ha sugerido que existe además otro método utilizado por la Corte para declarar la existencia del derecho internacional consuetudinario: el reconocimiento implícito mediante el cual la Corte considera consuetudinaria una práctica de los Estados o una disposición de un tratado pero sin pronunciarse expresamente sobre su carácter (véase A. Alvarez-Jiménez, “Methods for the Identification of Customary International Law in the International Court of Justice’s Jurisprudence: 2000-2009”, *International and Comparative Law Quarterly*, 60 (2011), págs. 681 y 698 a 703).

consuetudinario y ha aclarado algunos de sus aspectos¹²¹. Al mismo tiempo, algunos comentaristas han sugerido que, hasta el momento, la Corte ha proporcionado solamente una orientación limitada en cuanto al proceso de formación de las normas del derecho internacional consuetudinario y la manera de determinar su existencia, mostrando “una marcada tendencia a afirmar la existencia de una norma consuetudinaria, más que a demostrarla”¹²², y en definitiva aplicando un criterio bastante flexible¹²³. Se ha observado además que la Corte no ha aplicado

¹²¹ Véase, por ejemplo, Danilenko, nota 10 *supra*, pág. 80; A. Cassese, “General Round-Up”, en A. Cassese y J. H. H. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law-Making* (Walter de Gruyter, 1988), pág. 166.

¹²² A. Pellet, “Shaping the Future of International Law: The Role of the World Court in Law-Making”, en M. H. Arsanjani y otros (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman* (Martinus Nijhoff Publishers, 2011), págs. 1065 y 1076 (donde hace referencia a una “alquimia misteriosa y empírica que lleva a la Corte a ‘descubrir’ una norma antes de aplicarla en un caso concreto”). Véase también J. I. Charney, “Universal International Law”, *American Journal of International Law*, 87 (1993), págs. 529, 537 y 538; J. P. Kelly, “The Twilight of Customary International Law”, *Virginia Journal of International Law*, 40 (2000), págs. 449 y 469; K. Skubiszewski, “Elements of Custom and the Hague Court”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, 31 (1971), págs. 810 y 853; T. Treves, nota 73 *supra*, párr. 21; R. H. Geiger, “Customary International Law in the Jurisprudence of the International Court of Justice: A Critical Appraisal”, en U. Fastenrath y otros (eds.), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma* (Oxford University Press, 2011), págs. 673 y 692; W. W. Bishop, 147 *Recueil des Cours* (1965), págs. 147 y 220; A. D’Amato, “Trashing Customary International Law”, *American Journal of International Law*, 81 (1987), pág. 101; G. L. Scott y C. L. Carr, “The International Court of Justice and the Treaty/Custom Dichotomy”, *Texas International Law Journal*, 16 (1981), págs. 347 y 353; T. Meron, nota 34 *supra*, pág. 30; J. Ferrer Lloret, “La insoportable levedad del Derecho internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia: El caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado”, publicado (en español) en la *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (www.reei.org); M. Hagemann, “Die Gewohnheit als Völkerrechtsquelle in der Rechtsprechung des internationalen Gerichtshofes”, *Annuaire Suisse de Droit International*, 10 (1953), págs. 61 a 88.

¹²³ E. Jiménez de Aréchaga, “Custom”, en A. Cassese y J.H.H. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law-Making* (Walter de Gruyter, 1988), págs. 2 y 3 (“Personalmente creo que la contribución más importante que ha hecho la Corte al desarrollo progresivo del derecho internacional radica ... en la flexibilidad de las concepciones jurisprudenciales que ha adoptado sobre este tema de las fuentes, particularmente con respecto al derecho internacional consuetudinario”); E. Benvenisti, “Customary International Law as a Judicial Tool for Promoting Efficiency”, en E. Benvenisti y M. Hirsch (eds.), *The Impact of International Law on International Cooperation: Theoretical Perspectives* (Cambridge University Press, 2004), págs. 85 a 116 (donde sugiere que los magistrados de la Corte, “como los oráculos de la mística ‘costumbre’”, inventan a veces el derecho internacional consuetudinario cuando “esos saltos producen normas más eficientes”); F. Orrego Vicuña, nota 48 *supra*, págs. 25 y 26 (“la Corte Internacional de Justicia no ha aplicado siempre el mismo enfoque en lo que respecta al derecho consuetudinario ... En épocas más recientes ... parecería que, lejos de adherirse a una determinada teoría, la Corte ha encontrado una norma consuetudinaria cada vez que ha estimado necesario o conveniente identificar esa norma o ir más allá de las normas establecidas en los tratados”); I. MacGibbon, “Means for the Identification of International Law: General Assembly Resolutions: Custom, Practice and Mistaken Identity”, en B. Cheng (ed.) *International Law: Teaching and Practice* (Stevens, 1982), pág. 21 (“Es difícil evitar tener la impresión de que ... la Corte, en la esfera de la costumbre internacional, ha estado pintando con un pincel bastante ancho y liberal”.); R. H. Geiger, nota 122 *supra*, págs. 673 y 674 (“las normas que la Corte ha proclamado abiertamente para establecer normas consuetudinarias concretas difieren bastante del proceder efectivo de la Corte”); R. B. Baker, nota 48 *supra*, págs. 178 y 179 (donde dice que fue la Corte la que, a fines de los años sesenta y principios de los setenta, “en una serie de

siempre un criterio uniforme en la terminología empleada en relación con el derecho internacional consuetudinario, o al distinguir este último de los principios generales del derecho¹²⁴.

65. El Presidente de la Corte Internacional de Justicia, refiriéndose a la cuestión del enfoque de la Corte respecto del derecho internacional consuetudinario, explicó recientemente:

“... los autores están en lo correcto cuando señalan que en la práctica moderna de la Corte son frecuentes las afirmaciones generales sobre la existencia de normas, pero llevan el asunto demasiado lejos cuando insisten en teorizar sobre este hecho. En realidad, la Corte nunca ha abandonado su opinión, firmemente arraigada en la letra del Estatuto, de que el derecho internacional consuetudinario es ‘una práctica generalmente aceptada como derecho’— es decir, al tenor de lo expresado en una causa reciente, que ‘la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario exige que haya una ‘práctica establecida’, acompañada de la *opinio juris*’”. Sin embargo, en la práctica, la Corte nunca ha considerado necesario realizar una investigación respecto de cada norma invocada como consuetudinaria en un caso en particular, sino que ha recurrido a la mejor y más conveniente prueba disponible para determinar si

opiniones novedosas, incluso revolucionarias” estableció el fundamento doctrinal de “un replanteo de las fuentes tradicionales del derecho internacional consuetudinario: la práctica de los Estados y la *opinio juris*”; R. Müllerson, “On the Nature and Scope of Customary International Law”, *Austrian Review of International and European Law*, 2 (1997), págs. 341 y 353 (donde observa que es la pretensión normativa que a menudo se encuentra detrás de la decisión de la Corte de reconocer el derecho internacional consuetudinario); O. Yasuaki, “Is the International Court of Justice an Emperor Without Clothes?”, *International Legal Theory*, 81 (2002), págs. 1 y 16 (“la Corte Internacional de Justicia ha empleado la noción de derecho internacional consuetudinario de una manera sumamente flexible... ha desdibujado la distinción entre práctica de los Estados y *opinio juris*”); F. L. Kirgis, Jr., “Custom on a Sliding Scale”, *American Journal of International Law*, 81 (1987), págs. 146 a 151 (donde sugiere que la importancia de la norma o del tema reviste interés para la Corte cuando busca normas consuetudinarias; cuando tiene un efecto desestabilizador, o es moralmente desagradable, se proclama en efecto la existencia de una costumbre que la restringe); B. Schlütter, nota 81 *supra*, págs. 122 y 168 (“la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en lo que atañe a la costumbre no es siempre uniforme y no siempre parece adherirse a un concepto general, como proponen las diferentes teorías del derecho internacional consuetudinario... la Corte no aplica un único enfoque con respecto a la formación del derecho internacional consuetudinario”).

¹²⁴ Véase, por ej., K. Wolfke, *Custom in Present International Law*, 2ª edición (Martinus Nijhoff Publishers, 1993), págs. xv a xvii y 8; H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, edición revisada (Grotius Publications, 1982), pág. 393; K. Skubiszewski, nota 122 *supra*, pág. 812; M. Mendelson, “The International Court of Justice and the sources of international law”, en V. Lowe y M. Fitzmaurice (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings* (Cambridge University Press, 1996), págs. 63 y 64 (donde dice que la Corte “con bastante frecuencia, omite especificar qué fuente está aplicando... [a menos que la norma en cuestión derive su validez directamente de un tratado], a menudo la Corte se limita a aseverar que tal o cual cosa es una ‘norma [o principio] bien reconocido de derecho internacional’ o emplea alguna otra frase ambigua, sin aclarar si la norma se deriva de la costumbre, de ‘principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas’, de alguna otra fuente, o de una combinación de fuentes”); D. Bodansky, “Prologue to a Theory of Non-Treaty Norms”, en M.H. Arsanjani y otros (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman* (Martinus Nijhoff Publishers, 2011), págs. 119 y 122 (“hasta la Corte Internacional de Justicia, cuyo Estatuto distingue los principios generales de la costumbre, no siempre hace esa distinción en sus decisiones”).

existe o no una norma consuetudinaria de esa índole. Esto a veces exige realizar un examen directo de los elementos materiales de la costumbre por sí solos, pero normalmente basta con leer las opiniones ponderadas expresadas por los Estados, y por órganos como la Comisión de Derecho Internacional, sobre la existencia y el contenido de una norma de derecho consuetudinario, o al menos con aplicar normas que están claramente formuladas por escrito, como marco de referencia y guía para un estudio de los elementos materiales de la costumbre”¹²⁵.

IX. Jurisprudencia de otros tribunales y cortes internacionales

A. Otros tribunales y cortes internacionales

66. Entre los tribunales y las cortes internacionales cuya jurisprudencia podría resultar valiosa respecto del tema que nos ocupa cabe mencionar el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, los tribunales penales internacionales e internacionalizados, los órganos de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio, los tribunales arbitrales interestatales y otros tribunales especiales. En informes futuros se hará referencia a la jurisprudencia del caso, cuando se aborden aspectos particulares de la formación y prueba del derecho internacional consuetudinario. Por el momento, se brindan algunos ejemplos para ilustrar los distintos tipos de tribunales y cortes, el criterio general que han adoptado y la gran cantidad de material que se puede encontrar en la jurisprudencia¹²⁶. Cabe destacar lo siguiente: cualquiera sea el contexto en que operan esos tribunales y cortes, la tendencia general es apoyarse sustancialmente en los criterios y la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, en particular la función constitutiva que se atribuye a los dos elementos de la práctica de los Estados y la *opinio juris*.

67. El Tribunal Internacional del Derecho del Mar que, aparte de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, puede aplicar “las demás normas de derecho internacional que no sean incompatibles con ella”¹²⁷, ha recurrido al derecho consuetudinario en muy pocas ocasiones. Para determinar si una norma ha adquirido la condición de derecho internacional consuetudinario, esencialmente el

¹²⁵ P. Tomka, en “The Judge and International Custom, CAHDI, Council of Europe – 19-20 September 2012”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 12 (2013) (de próxima publicación).

¹²⁶ Las causas se citan por la luz que aportan respecto de la formación y prueba del derecho consuetudinario y no deben considerarse que se ofrecen para respaldar ningún pronunciamiento de fondo en particular.

¹²⁷ Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, art. 293 1). El Tribunal también concluyó que en varios artículos de la Convención se hace referencia implícita a normas de derecho consuetudinario; véase, por ejemplo, *Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, fallo, *International Tribunal for the Law of the Sea reports for 2012*, párr. 183

Tribunal se ha basado en los fallos de la Corte Internacional de Justicia¹²⁸. También ha hecho referencia a las conclusiones de otros tribunales y cortes internacionales¹²⁹ y a la labor de la Comisión de Derecho Internacional¹³⁰. En una causa, el Tribunal se basó en “un número cada vez mayor de tratados internacionales y otros instrumentos” para determinar que se “había iniciado ... una tendencia en pro de hacer del criterio [de precaución] parte del derecho internacional”¹³¹. El Tribunal también señaló la importancia de la práctica de los Estados y de la jurisprudencia en la tentativa por demostrar la existencia de una “norma general” aplicable o la interpretación de un concepto jurídico o de una norma de derecho¹³².

68. Los tribunales penales internacionales especiales (para la ex Yugoslavia y para Rwanda) a menudo han recurrido al derecho consuetudinario para establecer su jurisdicción¹³³. Para ello han sostenido, como se muestra más abajo, que la formulación de una norma de derecho internacional consuetudinario exige tanto la práctica de los Estados como la *opinio juris*, y que para identificar una norma de ese tipo generalmente es necesario investigar los dos elementos. Se consideró que se criterio estaba exigido por la obligación de los tribunales de atender debidamente al principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*), que establece que “el derecho internacional consuetudinario puede constituir un fundamento sólido para la condena, pero únicamente si se presta una atención genuina para determinar que el principio jurídico está firmemente establecido como costumbre al momento de la comisión del delito, a fin de que el autor pueda haber identificado la norma que se

¹²⁸ *M/V “SAIGA” (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, fallo, *International Tribunal for the Law of the Sea reports for 1999*, pág. 10, párrs. 133 y 134; *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*, opinión consultiva (de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos), 1 de febrero de 2011, *International Tribunal for the Law of the Sea, reports for 2011*, pág. 10, párrs. 57, 147 y 148, 169 y 178.

¹²⁹ *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*, opinión consultiva (de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos), 1 de febrero de 2011, *International Tribunal for the Law of the Sea reports for 2011*, pág. 10, párrs. 57 (en referencia al Tribunal Arbitral para la delimitación de la frontera marítima entre Guinea y Guinea-Bissau y el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio), 178 (en referencia al Tribunal Arbitral del *Rainbow Warrior*) y 194 (en referencia a la Corte Permanente de Justicia Internacional).

¹³⁰ *Ibid.*, en los párrs. 169, 178, 182, 194 y 210; *M/V “SAIGA” (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, fallos, *International Tribunal for the Law of the Sea reports for 1999*, pág. 10, párr. 171.

¹³¹ *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*, opinión consultiva (de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos), 1 de febrero de 2011, *International Tribunal for the Law of the Sea reports for 2011*, pág. 10, párr. 135.

¹³² Véase *Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, fallo, *International Tribunal for the Law of the Sea reports for 2012*, párrs. 147 y 150; *M/V “SAIGA” (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), Prompt Release*, fallo, *International Tribunal for the Law of the Sea reports for 1997*, pág. 16, párr. 57.

¹³³ Respecto del derecho internacional consuetudinario como fuente de derecho en procedimientos penales internacionales en general, véase, por ejemplo, D. Akande, “Sources of International Criminal Law”, en A. Cassese (ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice* (Oxford University Press, 2009), págs. 41 y 49 a 51; y R. Cryer y otros, *An Introduction to Criminal Law and Procedure*, 2a. edición (Cambridge University Press, 2010), pág. 11. Al examinar la jurisprudencia de los tribunales y las cortes internacionales, tanto de la Corte Penal Internacional como los tribunales especiales, debe tenerse presente que rara vez los Estados participan directamente en condición de parte.

espera debe obedecer”¹³⁴. Sin embargo, hay quienes han sugerido que “el derecho internacional consuetudinario en el contexto del derecho penal internacional tiene un significado algo distinto al del derecho internacional consuetudinario en el contexto del derecho internacional tradicional”¹³⁵, y que a menudo la jurisprudencia de los tribunales se desvía “de una costumbre más bien orientada a la práctica hacia una interpretación específicamente *humanitaria* del proceso consuetudinario”¹³⁶. Por el contrario, hay quienes sugieren que “el argumento de que la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales ha creado una nueva forma de costumbre, según la cual la práctica de los Estados y la *opinio juris* ya no son indispensables para la formación de la costumbre, es completamente erróneo”¹³⁷.

69. El Tribunal Internacional de las Naciones Unidas para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991 (Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia) se ha valido frecuentemente del derecho internacional consuetudinario para determinar el derecho internacional relativo a los crímenes y procedimientos que tiene ante sí. En tales casos, ha indicado en varias ocasiones que se debe establecer tanto la práctica de los Estados como la *opinio juris* a fin de determinar que un principio jurídico en particular goza de la condición de norma de derecho internacional consuetudinario. Por ejemplo, en *El Fiscal c. Hadžihasanović*, la Sala de Apelaciones señaló que “para sostener que el principio es parte del derecho internacional consuetudinario, se debe satisfacer que la práctica de los Estados reconoce dicho principio con fundamento en la *opinio juris* concurrente”¹³⁸; similarmente, en *El Fiscal c. Dedalić*, la Sala de Primera Instancia se remitió expresamente a la “prueba de la existencia de dicho derecho consuetudinario: la práctica de los Estados y la *opinio juris*”¹³⁹. En consecuencia,

¹³⁴ T. Meron, “Revival of Customary Humanitarian Law”, *American Journal of International Law*, 99 (2005), págs. 817 y 821.

¹³⁵ W. Schabas, *supra*, nota 33, 101; véase también R.B. Baker, *supra*, nota 48, págs. 175 y 184 a 186; L. van den Herik, “Using Custom to Reconceptualize Crimes Against Humanity”, en S. Darcy y J. Powderly (editores), *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals* (Oxford University Press, 2010), págs. 80 a 105; C. Stahn y L. van den Herik, “Fragmentation”, Diversification and ‘3D’ Legal Pluralism: International Criminal Law as the Jack-in-the-Box?”, en L. van den Herik y C. Stahn (editores), *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 2012), págs. 21 y 63; B. Van Schaack, “Crimen Sine Lege: Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and Morals”, *Georgetown Law Journal*, 97 (2008), págs. 119 y 165; e I. Bantekas, “Reflections on Some Sources and Methods of International Criminal and Humanitarian Law”, *International Criminal Law Review*, 6 (2006), págs. 121 a 136.

¹³⁶ G. Mettraux, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals* (Oxford University Press, 2006), pág. 18.

¹³⁷ G. Boas, *supra*, nota 72, 90.

¹³⁸ Causa No. IT-01-47-AR72, Decisión en la apelación interlocutoria en que se impugnaba la competencia respecto de la responsabilidad de mando, 16 de julio de 2003, párr. 12.

¹³⁹ Véase también la declaración del Magistrado Shahabudeen en el fallo de la Sala de Apelaciones en *El Fiscal c. Furundžija*, en donde se dijo que “si la cuestión es si en el derecho consuetudinario ha surgido una norma nueva ... será necesario examinar la evolución del derecho internacional consuetudinario respecto de ese tema y, por supuesto, la investigación deberá hacerse de conformidad con los principios que rigen dicha evolución”; en ese contexto, Shahabudeen se refirió a “un examen comparativo ideado para demostrar si ha nacido una nueva norma consuetudinaria con fundamento en la concordancia general de la práctica de los Estados”, y más tarde indicó que el examen debe ser “sistemático” (Causa No. IT-95-17/1-A, 21 de julio de 2000, párrs. 257, 258 y 262). También se puede mencionar el ejemplo de la opinión

por ejemplo, en *El Fiscal c. Aleksovski*, la Sala de Apelaciones sostuvo que sin “prueba de la práctica de los Estados que indique el desarrollo en el derecho internacional consuetudinario” de la exigencia de que las violaciones de las leyes o costumbres de la guerra requiere la demostración de una intención discriminatoria, no se puede determinar la existencia de dicha norma¹⁴⁰. En *El Fiscal c. Tadić*, la Sala de Apelaciones hizo referencia a una “cuidadosa búsqueda de la práctica pertinente” para determinar que “el derecho internacional consuetudinario no exige intención discriminatoria respecto de todos los crímenes de lesa humanidad”¹⁴¹.

70. Sin embargo, en algunas ocasiones las Salas del Tribunal han mostrado su disposición a reconocer que ha surgido una norma de derecho internacional consuetudinario aun cuando los dos elementos (en particular la práctica de los Estados) no están firmemente establecidos. En *El Fiscal c. Kupreškić*, la Sala de Primera instancia afirmó explícitamente que “los principios de derecho internacional humanitario pueden surgir por conducto de un proceso consuetudinario bajo la presión de las exigencias de la humanidad o los dictados de la conciencia pública, aun cuando la práctica de los Estados sea escasa o incoherente. El otro elemento, en la forma de *opinio necessitatis*, cristalizado resultas de los imperativos de humanidad o la conciencia pública, puede convertirse en el elemento decisivo que indique el surgimiento de una norma o un principio general del derecho humanitario”¹⁴². En otras causas, las Salas no siempre realizaron un análisis amplio de la práctica de los Estados y la *opinio juris* (ni tampoco establecieron una diferencia entre ambas)¹⁴³, o simplemente citaron decisiones anteriores del Tribunal¹⁴⁴.

71. El Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y de los ciudadanos rwandeses presuntamente responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza

separada de los Magistrados MacDonald y Vohrah en *El Fiscal c. Erdemović*: “Para que una norma pase a ser de derecho internacional, la Corte Internacional de Justicia ha vuelto a decidir con autoridad que debe existir una práctica de los Estados amplia y uniforme, con el respaldo de una *opinio juris sive necessitatis*” Causa No. IT-96-22-A), fallo de la Sala de Apelaciones, 7 de octubre de 1997, párr. 49).

¹⁴⁰ Causa No. IT-95-14/1-A, fallo, 24 de marzo de 2000, párr. 23.

¹⁴¹ Causa No. IT-94-1-A, fallo, 15 de Julio de 1999, párrs. 287 a 292. Véase también *El Fiscal c. Naletilić y Martinović*, Causa No. IT-98-34-A, fallo, 3 de mayo de 2006, opinión separada y parcialmente en disidencia del Magistrado Schomburg, párr. 15; *El Fiscal c. Kordić y Čerkez*, Causa No. IT-95-14/2-A, fallo, 17 de diciembre de 2004, párr. 66; *El Fiscal c. Kunarac y otros*, Causas Nos. IT-96-23 e IT-96-23/1-A, fallo, 12 de junio de 2002, párr. 98 (nota 114); *El Fiscal c. Galić*, Causa No. IT-98-29-A, fallo, 30 de noviembre de 2006, párrs. 86 a 98, y la opinión separada y parcialmente en disidencia del Magistrado Schomburg, párrs. 7 a 21.

¹⁴² Causa No. IT-95-16-T, 14 de enero de 2000, párr. 527. Véase también A. Zahar, “Civilizing Civil War: Writing Morality as Law at the ICTY”, en B. Swart, A. Zahar y G. Sluiter, *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (Oxford University Press, 2011), págs. 469 a 505.

¹⁴³ Véase, por ejemplo., *Tadić*, *supra*, nota 141, en los párrs paras. 109 (nota. 129) y 303; *Delalić*, *supra*, nota 139, en los párrs. 452 a 454; *El Fiscal c. Kordić y Čerkez*, *supra*, nota 141, párrs. 52 a 54; véase también *El Fiscal c. Galić*, *supra*, nota 141, opinión separada del Magistrado Shahabuddeen, párr. 5.

¹⁴⁴ Véase, por ejemplo, *El Fiscal c. Naletilić y Martinović*, Causa No. IT-98-34-T, fallo, 31 de marzo de 2003, párrs. 228, 250 y 336; *El Fiscal c. Blaskić*, Causa No. IT-95-14-A, fallo, 29 de Julio de 2004, párrs. 145 a 148, 157; *El Fiscal. Kunarac y otros*, Causas Nos. IT-96-23-T e IT-96-23/1-T, fallo, 22 de febrero de 2001, párrs. 466 a 486.

cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994 (Tribunal Penal Internacional para Rwanda) también ha recurrido al derecho internacional consuetudinario en varias ocasiones, de lo que aparentemente resulta que tanto el Tribunal como las partes que litigan ante él han reconocido que, en las palabras de la Sala de Apelaciones en *Rwamakuba c. El Fiscal*, “las normas de derecho internacional consuetudinario se caracterizan por los dos componentes familiares de la práctica de los Estados y la *opinio juris*”¹⁴⁵. En otra referencia explícita, el Magistrado Shahabuddeen sugirió que, al hacer referencia al concepto de coautoría en su opinión separada en *Gacumbitsi c. El Fiscal* (Sala de Apelaciones), “como varios Estados se adhieren a una de las teorías mientras que otros se adhieren a la otra, es posible que la práctica el Estado requerido y la *opinio juris* necesarias no existan de modo que alguna de ellas sea parte del derecho internacional consuetudinario”¹⁴⁶. El Magistrado Menon, en su opinión parcialmente en disidencia en *Nahimana y otros c. El Fiscal*¹⁴⁷ (Sala de Apelaciones), sugirió que “cuando entre los Estados no se ha cristalizado el consenso, es claro que no existe una norma de derecho internacional consuetudinario”. Al hacer referencia a las pruebas para determinar la existencia o no de una norma de derecho internacional consuetudinario, en general el Tribunal no ha especificado si dicho material era prueba de la práctica de los Estados o de la *opinio juris* (o ambas)¹⁴⁸.

72. En algunos casos, al decidir si ha surgido una norma de derecho internacional consuetudinario, el Tribunal ha evitado hacer un análisis amplio y, en cambio, se ha basado en las investigaciones y los pronunciamientos de otras instituciones judiciales. Por ejemplo, en *Nahimana y otros c. El Fiscal*, la Sala de Apelaciones simplemente se remitió a una declaración explicativa del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de la Comisión de Derecho Internacional para determinar que la posición según la cual la instigación directa y pública a cometer genocidio solamente es sancionable si el acto ocurre en los

¹⁴⁵ Causa No. ICTR-98-44-AR72.4, decisión respecto de la apelación interlocutoria relativa a la aplicación de la empresa criminal conjunta al crimen de genocidio, 22 de octubre de 2004, párr. 14.

¹⁴⁶ Causa No. ICTR-2001-64-A, 7 de julio de 2006, opinión separada del Magistrado Shahabuddeen, párr. 51.

¹⁴⁷ Causa No. ICTR-99-52-A, 28 de noviembre de 2007, opinión parcialmente en disidencia del Magistrado Meron, párrs. 5 a 8. Al hacer referencia a que el “número y cantidad de las reservas [a las disposiciones pertinentes en que se había basado la Sala] revela que en la comunidad internacional persiste un desacuerdo profundo sobre si se debe prohibir o no la expresión del odio”, el Magistrado Meron concluyó que en dichas disposiciones no se reflejaba ningún “principio arraigado” y encontró apoyo a esa posición en la historia de la redacción de la Convención contra el Genocidio, así como en el fallo de la Sala de Primera Instancia del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en la causa *Kordić*.

¹⁴⁸ Véase, por ejemplo, *El Fiscal c. Bikindi*, Causa No. ICTR-01-72-T, 2 de diciembre de 2008, párr. 379; *El Fiscal c. Ntakirutimana y Ntakirutimana*, Causas No. ICTR-96-10-A e ICTR-96-17-A, 13 de diciembre de 2004, párrs. 518 y 519; *Rwamakuba*, *supra*, nota 145, en el párr. 14. Otro ejemplo de esa naturaleza se puede encontrar en *El Fiscal c. Nahimana y otros* (Sala de Primera Instancia), en donde la Sala hizo referencia a “principios bien establecidos de derecho internacional e interno, a la jurisprudencia de la causa Streicher en 1946 y a muchas causas de los tribunales europeos y nacionales a partir de entonces” a fin de determinar que “las expresiones de odio que entrañan discriminación étnica o de otro tipo infringen la norma de derecho internacional consuetudinario que prohíbe la discriminación” (Causa No. ICTR-99-52-T, 3 de diciembre de 2003, párrs. 1073 a 1076). Véase también W. Schabas, *supra*, nota 33, en págs. 84 y 85.

hechos “no es un reflejo del derecho internacional consuetudinario sobre el tema”¹⁴⁹ y, en *El Fiscal c. Akayesa*, la Sala de Primera Instancia sostuvo que “la Convención contra el Genocidio es indudablemente considerada parte del derecho internacional consuetudinario, como se puede observar en la opinión de la Corte Internacional de Justicia respecto de las disposiciones de la Convención contra el Genocidio, y como recordó el Secretario General de Naciones Unidas en su informe sobre la creación del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia”¹⁵⁰.

73. Pasando a los tribunales internacionalizados, el Tribunal Especial para Sierra Leona, en *El Fiscal c. Norman* estableció que “la formación de la costumbre exige tanto la práctica de los Estados como una sensación de obligación preexistente (*opinio juris*)” y añadió que “una sensación articulada de obligación, si no se aplica, no es más que retórica. Por el contrario, la práctica de los Estados sin *opinio juris* es solamente hábito”¹⁵¹. Para decir que la prohibición del reclutamiento de niños en las fuerzas armadas se había cristalizado en el derecho internacional consuetudinario, el Tribunal se remitió al número de Estados con legislación que prohíbe el reclutamiento de niños (“casi todos los Estados ... (desde hace mucho tiempo)"); y manifestó que, del importante número de Estados que son partes de los Convenios de Ginebra (185) o que ratificaron el Protocolo Adicional II (133) y la Convención sobre los Derechos del Niño (“casi todos los Estados, excepto seis”), se desprende que las disposiciones de esos instrumentos son aceptadas ampliamente como derecho internacional consuetudinario (para esta última, “casi al momento de su entrada en vigor”)¹⁵². El Tribunal consideró que “al examinar la formación del derecho internacional consuetudinario, el número de Estados que participan de una práctica en particular es un criterio más importante ... que la duración de la

¹⁴⁹ *Supra*, nota 147, en la nota de pie de página 1614 (párr. 678); véase también la opinión parcialmente en disidencia del magistrado Shahabuddeen en esa causa, en que hizo referencia a la definición del delito de persecución en el fallo del Tribunal Militar de los Estados Unidos, al mencionar que: “Ello sucedió inmediatamente después de terminada la Segunda Guerra Mundial. Así que, de la manera usual, se puede aceptar que dicha causa es un reflejo del derecho internacional consuetudinario” (en el párr. 13).

¹⁵⁰ Causa No. ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998, párr. 495; véase también *El Fiscal c. Kajelijeli*, en donde se citó el fallo en la causa *Tadić* para un “examen de la práctica internacional respecto del tema” de la situación en el derecho internacional consuetudinario de la propuesta de que el estándar aplicable al ataque debe ser “amplio y sistemático” (Causa No. ICTR-98-44A-T, 1 de diciembre de 2003, párr. 869 y nota 1076); y las palabras del Magistrado Güney en su opinión parcialmente en disidencia en *Gacumbitsi c. El Fiscal (supra, nota 146)*: “Me preocupa que en la presente causa la mayoría no debata en absoluto la manera en que esas formas de comisión del delito se reconocen en el derecho internacional. De hecho, no se aporta ningún análisis del derecho internacional consuetudinario que demuestre que la ‘comisión’ va más allá de la perpetración física del crimen o la participación en una empresa criminal conjunta (párr. 6). Véase también el fallo (Fundamentos) en *El Fiscal c. Kayishema and Ruzindana* (Causa No. ICTR-95-1-A), 1 de junio de 2001, en donde la Sala de Apelaciones recordó “que el principio del derecho a un juicio justo es parte del derecho internacional consuetudinario” y se remitió a la manera en que dicho principio se había encarnado “en varios instrumentos internacionales, entre ellos el Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra”, y citó el fallo de la apelación en la causa *Čelebeći* (párr. 51).

¹⁵¹ SCSL-2004-14-AR72(E) (31 de mayo de 2004), pág. 13 en el párr. 17; se indica que la cita se tomó de E. T. Swaine, “Rational Custom”, *Duke Law Journal*, 52 (2002), págs. 559, 567 y 568.

¹⁵² *Ibid.*, en los párrs. 18 y 19.

práctica”¹⁵³. Añadió además que “el derecho consuetudinario, como su nombre indica, deriva de la costumbre. El desarrollo de la costumbre lleva tiempo”¹⁵⁴.

74. En *El Fiscal c. Fofana y Kondewa*¹⁵⁵, al decidir que la prohibición del saqueo, según se refleja en el derecho internacional consuetudinario, no incluye la prohibición contra la destrucción injustificada por una necesidad militar, la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona se remitió al pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia en las causas de la *Plataforma continental del Mar del Norte*, en que se determinó que la práctica de los Estados debe ser “tanto amplia como virtualmente uniforme” y ser una expresión de la *opinio juris*¹⁵⁶. A continuación realizó un análisis de los distintos materiales, aunque no aclaró cuáles de los materiales mencionados por el Tribunal era considerado “práctica de los Estados”. Al manifestar inicialmente que la prohibición contra el saqueo y la destrucción injustificada por necesidad militar existe tanto “en el derecho internacional consuetudinario aplicable al conflicto armado no internacional al momento pertinente para la causa”, el Tribunal citó en su apoyo la decisión de la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en la causa *Hadžihasanović*¹⁵⁷.

75. En una decisión de 2010 en que se examinó la situación de la empresa delictiva conjunta con arreglo al derecho internacional consuetudinario, la Sala de Cuestiones Preliminares de las Sala Extraordinarias de los Tribunales para Camboya se remitió primero al Artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y a las causas sobre *Pesquerías* y la *Plataforma continental del Mar del Norte*, y a continuación dijo que “la Sala de Cuestiones Preliminares recuerda que, al determinar la situación del derecho internacional consuetudinario respecto de la existencia de un delito o una forma de responsabilidad individual, deberá evaluar la existencia de una práctica de los Estados común, uniforme y concordante, o de una *opinio juris*, en el sentido de que lo que Estados hacen y dicen es una manifestación del derecho. Una gran cantidad de práctica de los Estados normalmente no entraña la presunción de existencia de la *opinio juris*; no solo los actos examinados deben considerarse una práctica aceptada, sino que también cada uno de ellos se debe realizar de manera tal de que demuestre la creencia de que la práctica se ha vuelto obligatoria por la existencia de una norma jurídica que así lo exige”¹⁵⁸. A continuación, la Sala se basó en instrumentos internacionales, causas internacionales y “pronunciamientos autorizados” para determinar que ciertas formas de empresa

¹⁵³ *Ibid.*, en pág. 25, párr. 49; citando a M. Akehurst, “Custom as a Source of International Law”, *British Year Book of International Law*, 47 (1975), 1 y 16, (y añade una frase, del mismo autor: “el número de Estados necesario para crear una norma de derecho consuetudinario varía según la cantidad de práctica que contradiga dicha norma; [incluso] una práctica seguida por un muy reducido número de Estados puede crear una norma de derecho consuetudinario si no existe una práctica que contradiga la norma” (pág. 18)).

¹⁵⁴ *Ibid.*, en el párr. 50. Véase también la opinión disidente del Magistrado Robertson, págs. 14 a 19.

¹⁵⁵ Causa No. SCSL-04-14-A, 28 de mayo de 2008.

¹⁵⁶ *Ibid.*, párr. 405.

¹⁵⁷ *Ibid.*, párr. 390, haciendo referencia a *El Fiscal c. Hadžihasanović y Kubura*, IT-01-47-AR73.3, Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, decisión respecto de la apelación interlocutoria conjunta de la defensa contra la decisión de la Sala de Primera Instancia relativa a la moción de absolución basada en la regla 98 bis, 11 de marzo de 2005, párrs. 30 y 38.

¹⁵⁸ Causa Penal No. 002/19-09-2007-EEEC/OICJ (PTC38), decisión respecto de la apelación contra la orden de los jueces de instrucción relativa a la empresa criminal conjunta, 20 de mayo de 2010, párr. 53.

delictiva conjunta “son una forma reconocida responsabilidad en el derecho internacional consuetudinario al momento pertinente para la Causa 002”. En cuanto a la empresa criminal conjunta III, la Sala de Cuestiones Preliminares señaló que “no hay pruebas suficientes de práctica de los Estados u *opinio juris* uniformes [para concluir que estaba reconocida en virtud del derecho internacional consuetudinario] al momento pertinente para la Causa 002”¹⁵⁹. La Sala de Primera Instancia convino “con el fondo” de esas conclusiones¹⁶⁰ y, al realizar por su propia cuenta un análisis de las causas internacionales, concluyó que los fiscales no habían llegado a establecer que la empresa delictiva conjunta III formaba parte del derecho internacional consuetudinario entre 1975 y 1979”¹⁶¹.

76. El Tribunal Especial para el Líbano, al concluir que una norma de derecho internacional consuetudinario “ha evolucionado en la comunidad internacional respecto del terrorismo”, aclaró que para determinar la existencia de esa norma se deben “demostrar la práctica necesaria y la *opinio juris seu necessitatis*, es decir, la opinión jurídica de que es necesario y ciertamente obligatorio hacer comparecer a juicio y sancionar a los autores de ataques terroristas”¹⁶². Valiéndose de la “noción de costumbre internacional establecida por la Corte Internacional de Justicia en la causa de la *Plataforma continental*”¹⁶³, el Tribunal comenzó su análisis de los materiales pertinentes declarando que “como se verá, varios tratados, resoluciones de las Naciones Unidas y la práctica legislativa y judicial de los Estados demuestran la formación de una *opinio juris* general de la comunidad internacional, acompañada por una práctica consecuente con dicha *opinio*, en el sentido de que ciertamente ha surgido una norma consuetudinaria derecho internacional respecto del crimen internacional del terrorismo, por lo menos *en épocas de paz*”¹⁶⁴. Añadió que, “para establecer más allá de toda duda si se ha cristalizado una norma consuetudinaria derecho internacional”, en particular hay que “observar la conducta de los Estados, a medida que se forma mediante acuerdos en tratados internacionales que tienen una importancia mayor que su alcance convencional o la adopción de resoluciones por organismos intergubernamentales importantes, como las Naciones Unidas, así como la promulgación por los Estados de leyes internas específicas o por decisiones de los tribunales nacionales”¹⁶⁵. Después de considerar en detalle dichos “elementos”, el Tribunal concluyó que “se puede decir que hay una práctica arraigada relativa a la sanción de los actos de terrorismo, según se los define comúnmente, al menos cuando se los comete en época de paz; además, esa práctica es prueba de la creencia de los Estados de que la sanción del terrorismo responde a una necesidad social

¹⁵⁹ *Ibid.*, párrs. 75 a 83; aquí la Sala de Cuestiones Preliminares examinó “las autoridades en que [el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia] se había basado en *Tadić*” y concluyó que aquellas “no aportaban pruebas suficientes de una práctica u *opinio juris* uniforme al momento pertinente para la Causa 002”.

¹⁶⁰ Causa No. 002/19-09-2007/EEEC/TC, decisión sobre la aplicabilidad de la empresa criminal conjunta, 12 de septiembre de 2011, párr. 29.

¹⁶¹ *Ibid.*, párr. 38.

¹⁶² Causa No. STL-11-01/I, decisión interlocutoria sobre el derecho aplicable: terrorismo, asociación ilícita, homicidio, autoría, acumulación de cargos (Sala de Apelaciones), 16 de febrero de 2011, párr. 104.

¹⁶³ *Ibid.*, párr. 102.

¹⁶⁴ *Ibid.*, párr. 85.

¹⁶⁵ *Ibid.*, párr. 87.

(*opinio necessitatis*) y, en consecuencia, se vuelve obligatoria por la existencia de una norma que así lo exige (*opinio juris*)”¹⁶⁶.

77. Los órganos de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) también han abordado, aunque con poca frecuencia, la determinación de la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario¹⁶⁷. De esas causas aparentemente resulta que, para determinar si ha surgido o no una norma determinada de derecho consuetudinario internacional, los grupos especiales y el Órgano de Apelación han considerado esenciales los elementos tradicionales de la práctica de los Estados y la *opinio juris*, aunque hasta el momento en general han evitado realizar un examen independiente de esos elementos.

i) En *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, al establecer que la “regla general de interpretación” enumerada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados “se ha elevado a la condición de norma del derecho internacional”, el Órgano de Apelación hizo referencia a fallos de la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a la doctrina del derecho internacional público¹⁶⁸. En *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, el Órgano de Apelación se limitó a decir que “no cabe duda de que el artículo 32 de la Convención de Viena, en el que se aborda el papel de los medios de interpretación complementarios, se ha elevado también a la misma condición [de ‘norma de derecho consuetudinario o derecho internacional general’]” y, en una nota de pie de página se remitió esencialmente a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia¹⁶⁹.

¹⁶⁶ *Ibid.*, párr. 102.

¹⁶⁷ En el contexto actual, no es necesario examinar la medida en que los órganos de solución de controversias de la OMC aplican el derecho internacional consuetudinario, para lo cual, por ejemplo, véase *Corea – Medidas que afectan a la contratación pública* (Informe del Grupo Especial), WT/DS163/R, aprobado el 19 de junio de 2000, párr. 7.96 (en que el grupo Especial dijo: “Para decirlo de otra forma, siempre que no exista conflicto o incompatibilidad, o una expresión en un Acuerdo de la OMC abarcado que implique otra cosa, opinamos que las normas consuetudinarias del derecho internacional son aplicables a los Tratados de la OMC y al proceso de elaboración de tratados en el marco de la OMC”). Véase también I. Van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body* (Oxford University Press, 2009), págs. 13 a 21; J. Pauwelyn, “The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?”, *American Journal of International Law*, 95 (2001), 535, 542 y 543; S. Mohd Zin y A.H. Sarah Kazi, “The Role of Customary International Law in the World Trade Organisation (WTO) Disputes Settlement Mechanism”, *International Journal of Public Law and Policy*, 2 (2012), págs. 229 y 245 a 248; A. Lindroos y M. Mehling, “Dispelling the Chimera of ‘Self-Contained Regimes’: International Law and the WTO”, *European Journal of International Law*, 16 (2006), págs. 857 y 869 a 873; D. Palmeter y P.C. Mavroidis, “The WTO Legal System: Sources of Law”, *American Journal of International Law*, 92 (1998), 398 a 413; y J. Trachtman, “The Jurisdiction of the World Trade Organization”, *American Society of International Law (ASIL) Proceedings*, 98 (2004), págs. 139 a 142.

¹⁶⁸ OMC, Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS2/AB/R, aprobado el 20 de mayo de 1996, pág. 19.

¹⁶⁹ OMC, Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, aprobado el 1 de noviembre de 1996, pág. 13.

ii) En *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, al hacer referencia a si el criterio o principio de precaución se había cristalizado o no en un principio de derecho internacional general o consuetudinario (y, en definitiva, decidir no asumir posición alguna al respecto), el Órgano de Apelación señaló que la situación del principio de precaución en el derecho internacional seguía siendo tema de debate entre académicos, especialistas, reguladores y magistrados y, en una nota de pie de página, se remitió a publicaciones según las cuales había o no una práctica suficiente de los Estados que pudiera dar origen a una norma de derecho internacional consuetudinario. Señaló además que la Corte Internacional de Justicia no había reconocido al principio como norma que debía tenerse en cuenta¹⁷⁰.

iii) En *Corea – Medidas que afectan a la contratación pública* (Informe del Grupo Especial, que no fue apelado), respecto del art. 48 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados, el Grupo dijo que el concepto inicial de error “se ha desarrollado, en el marco del derecho internacional consuetudinario, sobre la base de la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia” y posteriormente se incorporó a la Convención. Concluyó que, como “este artículo es en gran medida consecuencia de la jurisprudencia en la jurisdicción pertinente, la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia, no puede realmente dudarse de que actualmente represente una norma de derecho internacional consuetudinario”¹⁷¹. Además, en una nota de pie de página, el Grupo dijo que el art. 65 de la Convención de Viena “no parece ser parte de las disposiciones de la Convención de Viena que pueden considerarse normas consuetudinarias del derecho internacional”, pero no aportó fundamento alguno, aparte de remitirse a una causa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en que se hace una declaración igualmente sucinta¹⁷².

78. En otras causas tramitadas ante la OMC, se han dictado pronunciamientos sobre las normas de derecho internacional consuetudinario sin un análisis o referencias que los acompañaran; por ejemplo, en *Comunidades Europeas – Régimen para la Importación, Venta y Distribución de Bananos (CE – Bananos III)*, en donde el órgano de Apelación dijo que “... no hay ninguna disposición ... de derecho internacional consuetudinario o regla de la práctica de los tribunales internacionales que impida a un Miembro de la OMC decidir cuál debe ser la composición de su delegación en los procedimientos del Órgano de Apelación”¹⁷³.

79. A medida que se avance en el análisis del tema, habrá que examinar la jurisprudencia de los tribunales arbitrales interestatales, como los establecidos con arreglo al anexo VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del

¹⁷⁰ OMC, Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, aprobado el 16 de enero de 1998, párr. 123.

¹⁷¹ *Corea – Medidas que afectan a la contratación pública*, WT/DS163/R, aprobado el 19 de junio de 2000, párrs. 7.123 y 7.126.

¹⁷² *Ibid.*, párr. 7.126, nota 769 (que hace referencia a la causa C-162/69, *Racke v. Hauptzollamt Mainz*, 1998 ECR, I-3655, párr. 59).

¹⁷³ *Comunidades Europeas – Régimen para la Importación, Venta y Distribución de Bananos*, WT/DS27/AB/R, aprobado el 25 de septiembre de 1997, párr. 10 (que remite a una decisión anterior de 15 de julio de 1997).

Mar, así como de otros tribunales especiales, como el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía y los tribunales en la esfera de la protección de las inversiones¹⁷⁴.

B. Tribunales regionales

80. De la misma manera, los tribunales regionales han determinado con cierta frecuencia la existencia o no de normas de derecho internacional consuetudinario, normalmente en el contexto particular de la interpretación y aplicación de sus propios tratados concretos.

81. En su opinión consultiva de 2009 relativa la interpretación del artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se pidió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se expidiera, entre otras cosas, sobre si el derecho procesal de designar jueces *ad hoc* en las causas contenciosas de la Corte originadas en una petición individual tenía la condición de norma de derecho internacional consuetudinario. Observando en primer lugar la definición de costumbre internacional en el Artículo 38.1.b del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la Corte pasó a citar varias causas de dicho tribunal y doctrina de derecho internacional público y manifestó que “sobre el particular, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, así como la doctrina internacional, han señalado que esta fuente del derecho tiene dos elementos de formación. El primero de ellos, de carácter objetivo, consiste en la existencia de una práctica general creada por los Estados y realizada de manera constante y uniforme (*usus o diuturnitas*). El segundo elemento, de carácter subjetivo, se refiere a la convicción de los Estados de que dicha práctica constituye una norma jurídica (*opinio juris sive necessitatis*)”¹⁷⁵.

82. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también han tenido oportunidad ocasionalmente de aplicar el derecho internacional consuetudinario¹⁷⁶. Por ejemplo, en su decisión sobre la admisibilidad en *Van Anraat v. The Netherlands*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, después de referirse extensamente a las causas *Plataforma continental del Mar del Norte y Nicaragua*¹⁷⁷, dijo que era posible que la disposición de un tratado se convirtiera en norma de derecho internacional consuetudinario. Para ello, es necesario que la disposición del caso, por lo menos potencialmente, tenga un carácter fundamentalmente creador de normas, de manera que pueda considerarse que constituye el fundamento de una norma general de derecho; debe existir una práctica correspondiente de los Estados bien arraigada; y debe haber pruebas de la

¹⁷⁴ Véase también, por ejemplo, C. Congyan, “International investment treaties and the formation, application and transformation of customary international law”, *Chinese Journal of International Law*, 7 (2008), págs. 659 a 679; y E. Milano, “The Investment Arbitration between Italy and Cuba: The Application of Customary International Law under Scrutiny”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 11 (2012), págs. 499 a 524.

¹⁷⁵ Opinión consultiva, OC-2009 (29 de septiembre de 2009), pág. 56, párr. 48.

¹⁷⁶ Véanse las presentaciones del Magistrado Malenovský, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y del Magistrado Ziemele, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en “‘The Judge and International Custom, CAHDI, Council of Europe – 19-20 September 2012’”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 12 (2013) (se publicará próximamente).

¹⁷⁷ Solicitud No. 65389/09, decisión sobre admisibilidad, 6 de julio de 2010, párrs. 35 a 36 y 87 a 92.

creencia de que la práctica se ha vuelto obligatoria a raíz de la existencia de la norma jurídica que así lo exige (*opinio juris sive necessitatis*)”¹⁷⁸.

C. Tribunales nacionales

83. El Relator Especial sigue buscando material relativo al criterio aplicado por los tribunales nacionales para identificar las normas de derecho internacional consuetudinario. Esa información será útil en todas las etapas, en particular antes de la preparación del segundo informe, a comienzos de 2014. Cierta información valiosa se puede encontrar en la amplia doctrina publicada al respecto¹⁷⁹.

84. Si bien tal vez haya mucho que aprender de los criterios seguidos por los tribunales nacionales, debe tenerse presente que cada tribunal nacional funciona dentro los de los límites particulares de su propia situación constitucional interna. La amplitud y manera en que los tribunales nacionales pueden aplicar el derecho internacional depende del derecho interno. Además, no necesariamente los magistrados nacionales son expertos en derecho internacional público o han recibido capacitación al respecto; tal vez los tribunales internos estén influidos por la posición de su propio Estado respecto de si una norma en particular de derecho internacional consuetudinario existe o no y, de todos modos, es probable que, al desarrollar el derecho adopten, como quizás corresponda, un criterio cauteloso¹⁸⁰.

85. En la presente etapa tal vez convenga hacer referencia a varios fallos muy conocidos de los tribunales nacionales que guardan relación con el tema que nos ocupa. De ello se desprende que en general, los tribunales nacionales¹⁸¹ quizás en

¹⁷⁸ *Ibid.*, párr. 88.

¹⁷⁹ Véase, por ejemplo, B. Stirn, Presidente de la Sección Contenciosa del Consejo de Estado (Francia); A. Paulus, Magistrado del Tribunal Constitucional de Alemania, ambos en “The Judge and International Custom, CAHDI, Council of Europe – 19-20 September 2012”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 12 (2013) (se publicará próximamente); y en “Application of customary international law by national courts” (varios autores), *Non-State Actors and International Law*, 4 (2004), págs. 1 a 85; y D. Shelton, *International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion* (Oxford University Press, 2011).

¹⁸⁰ Lord Hoffman, en su exposición ante la Cámara de los Lores en las causas *Jones y Mitchell*, se remitió a la doctrina que sugiere que la Corte Suprema de Italia, en la causa *Ferrini*, había dado “prioridad a los valores encarnados en la prohibición de la tortura por encima de los valores y las políticas de las normas sobre inmunidad de los Estados”, y continuó “de haberse referido a la causa a la legislación interna, se lo podría haber considerado ‘activismo’, pero perfectamente dentro del marco de la función judicial ... Pero no se puede aplicar ese mismo criterio al derecho internacional, que se basa en el consentimiento común de las naciones. No corresponde a un tribunal nacional ‘desarrollar’ el derecho internacional mediante la adopción unilateral de una versión de ese derecho que, no importa cuán deseable, avanzada y reflejo de los valores sea, quizás simplemente no sea aceptada por otros Estados (*Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya; Mitchell and others v. Al-Dali and others and Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya* [2006] UKHL 26, en el párr. 63). Por el contrario, hay quienes han sugerido que los jueces nacionales desempeñan una función importante en el desarrollo del derecho internacional consuetudinario (A. Roberts, “Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, 60 (2011), págs. 57 a 92).

¹⁸¹ L. Wildhaber y S. Breitenmoser, “The relationship between customary international law and municipal law in Western Europe”, *ZaöRV*, 48 (1988), pág. 163.

gran medida tratan de seguir el criterio aplicado por la Corte Internacional de Justicia.

a) Los tribunales ingleses han procurado en muchas ocasiones determinar normas del derecho internacional consuetudinario. Si bien han tendido a seguir el criterio de la Corte Internacional de Justicia, en los fallos la cuestión no siempre se ha examinado a fondo¹⁸². En una causa reciente del Alto Tribunal (High Court), el Magistrado aceptó (al igual que el Gobierno) que la prohibición de la tortura era una norma de *jus cogens* y, en tal sentido, citó la causa *Bélgica c. El Senegal*, pero no pudo encontrar una norma de derecho internacional consuetudinario que prohibiera en el derecho interno la imposición de una norma que limitara las acciones civiles¹⁸³. Para ello, el Magistrado McCombe se remitió a un pasaje de su fallo anterior en la misma causa, en que había declarado que “para establecer una norma de derecho internacional consuetudinario (que es lo que afirma el demandante) se debe demostrar que la práctica pertinente de los Estados es tanto amplia como virtualmente uniforme (causas de la *Plataforma continental del Mar del Norte* (1969) *ICJ Reports*, pág. 3 y 44, párrs. 74 y 77)”¹⁸⁴. En *R. v. Jones (Margaret)*, la Cámara de los Lores determinó que, a fines del siglo XX, el crimen de agresión era un crimen de derecho internacional consuetudinario; para llegar esa conclusión, Lord Bingham tuvo en cuenta una amplia gama de antecedentes (“los hitos principales”), entre ellos proyectos de tratados, resoluciones de organizaciones internacionales, la labor de la Comisión de Derecho Internacional, el fallo de 1986 de la Corte Internacional de Justicia en la causa *Nicaragua* y los escritos de Brownlie¹⁸⁵.

b) La Corte Suprema de Singapur, en la causa *Yong Vui Kong*, decidió en que “no existe una práctica de los Estados amplia y virtualmente uniforme que respalde ... la afirmación de que en la actualidad el derecho internacional consuetudinario prohíbe la pena capital obligatoria por tratarse de una pena inhumana”¹⁸⁶. Haciendo referencia al Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y a varios fallos de dicha Corte sobre el criterio aplicable para determinar si existe una norma de derecho internacional consuetudinario, la Corte Suprema de Singapur

¹⁸² Por ejemplo, en una causa relativa al derecho internacional consuetudinario sobre las misiones especiales, el Tribunal de Distrito (Divisional Court) consideró insuficiente señalar “que se había convenido [entre las partes] que, con arreglo al derecho internacional consuetudinario, el Sr. Khurts Bat tenía derecho a la inviolabilidad de la persona y a inmunidad de juicio si se encontraba viajando en una Misión Especial enviada por Mongolia al Reino Unido con el consentimiento previo del Reino Unido”: [2011] EWHC 2029 (Admin); All ER (D) 293; ILR 147 (2012), párr. 19.

¹⁸³ *Mutua and Others v Foreign and Commonwealth Office*, [2012] EWHC 2678 (QB), párrs. 154 a 159.

¹⁸⁴ *Mutua and Others v Foreign and Commonwealth Office*, [2011] EWHC 1913 (QB), párr. 87.

¹⁸⁵ [2006] UKHL 16; [2007] 1 AC 136, párrs. 13 a 19. Véase también *R (European Roma Rights Centre) v Immigration Officer at Prague Airport* [2004] UKHL 55, párr. 23 (Lord Bingham); *Binyam Mohamed* [2009] 1 W.L.R. 2579, pág. 164 (Lord Bingham).

¹⁸⁶ [2010] 3 S.L.R. 489, [2010] SGCA 20 (Corte Suprema de Singapur – Tribunal de Apelaciones, 14 de mayo de 2010), párrs. 95 a 98; se hace allí una referencia detallada “una investigación de la situación de la pena capital en todo el mundo”, y la Corte explicó que “aunque la mayoría de los Estados de la comunidad internacional no impone la pena capital obligatoria para el tráfico de estupefacientes, ello no significa que la prohibición contra la obligatoriedad de dicha pena sea una norma de derecho internacional consuetudinario. La observancia de una norma en particular por una mayoría de Estados no es equivalente a la práctica amplia y virtualmente uniforme de todos los Estados”.

manifestó que “la práctica amplia y sumamente uniforme por 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”¹⁸⁷. Explicó además que las decisiones judiciales y las opiniones de expertos tal vez sirvan como “medio subsidiario para determinar la existencia o no de normas de derecho internacional consuetudinario”¹⁸⁸.

c) La Corte Suprema de Polonia, en la causa *Winicjusz c. República Federal de Alemania* (2010)¹⁸⁹, al determinar si existía una norma de derecho internacional consuetudinario que estableciera la excepción a la inmunidad de los Estados por actos ilícitos cometidos por fuerzas armadas en el territorio del Estado del foro, manifestó que el contenido del derecho internacional consuetudinario se debe terminar con arreglo al Artículo 38.1.b del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y que, para ello, es necesario establecer dos condiciones: “1) la repetición difundida por los Estados de actos internacionales similares a lo largo del tiempo (práctica de los Estados), y 2) la sensación de que existe una obligación jurídica (*opinio juris*)”. Observó además que “entre los antecedentes jurídicos pertinentes, que se pueden aplicar para la determinación mencionada precedentemente, se incluyen las disposiciones del Convenio Europeo sobre Inmunidad de los Estados (Convenio de Basilea) y las convenciones de las Naciones Unidas, la jurisprudencia de los tribunales internacionales, las decisiones de los tribunales nacionales, el derecho extranjero y la doctrina jurídica”. Sobre la base de una voluminosa información, la Corte concluyó que todavía no había surgido una norma de derecho de derecho consuetudinario que estableciera una excepción a la inmunidad de los Estados en casos de violaciones graves de los derechos humanos (incluso en el curso de conflictos armados) ya que “esa práctica no es de manera alguna universal”; concluyó además, sobre la base de la práctica de algunos Estados, que una nueva excepción de ese tipo estaba posiblemente en proceso de formación¹⁹⁰.

d) En Sudáfrica, la Corte Constitucional, en la causa *Kaunda y otros c. El Presidente de la República de Sudáfrica y otros* (2004), se fundamentó en un informe de la Comisión de Derecho Internacional para concluir que “en la actualidad no es práctica general de los Estados” que la protección diplomática se reconozca como derecho humano, y que no se puede decir que en el derecho internacional consuetudinario exista dicha norma¹⁹¹. El Magistrado Ngcobo añadió, en una opinión separada, que “una de las mayores ironías del derecho internacional consuetudinario es que su reconocimiento depende de la práctica de los Estados que lo ponen en evidencia. Sin embargo, en ocasiones los Estados se niegan a reconocer la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario con fundamento en que la práctica de los Estados es insuficiente para que una práctica en particular madure en norma de derecho internacional consuetudinario. Al actuar de esa manera, los Estados impiden que la práctica madure en una norma derecho internacional consuetudinario. La práctica de imponer la obligación jurídica de ejercer protección diplomática en favor de un nacional lesionado o de un nacional

¹⁸⁷ *Ibid.*, párrs. 96 a 98.

¹⁸⁸ *Ibid.*, párr. 97.

¹⁸⁹ *Winicjusz N. v. Republika Federalna Niemiec – Federalny Urząd Kanclerski w Berlinie*, Corte Suprema (Cámara Civil), causa No. CSK 465/09, 29 de octubre de 2010; véase también *Polish Yearbook of International Law*, 30 (2010), págs. 299 a 303.

¹⁹⁰ *Ibid.*, págs. 28 y 29.

¹⁹¹ Causa CCT 34/04 (4 de agosto de 2004), párrs. 25 a 29.

amenazado por un daño cometido por un Estado extranjero, a solicitud de dicho nacional, es una víctima de esa ironía. A pesar de que muchos países imponen esta obligación jurídica en sus constituciones, todavía existe una cierta renuencia a reconocer esta práctica como norma derecho internacional consuetudinario. Sigue siendo una cuestión de realización del desarrollo progresivo del derecho internacional¹⁹².

e) La causa *Paquete Habana*, de 1900, sigue siendo la causa fundamental de la Corte Suprema los Estados Unidos respecto de los tipos de materiales pertinentes para la realización de un análisis sobre si una norma derecho internacional consuetudinario existe o no¹⁹³. A fin de llegar a la conclusión en esta causa de que “a raíz del uso de larga data entre las naciones civilizadas, que comenzó hace siglos, y que gradualmente maduró en norma de derecho internacional, los buques que pescan en las costas, dedicados a su tarea de capturar y transportar pescado fresco, han sido reconocidos como exentos, con su carga y tripulación, de captura como botín de guerra”, la Corte trató de “trazar la historia de la norma, de las fuentes más antiguas accesibles, mediante su cada de mayor reconocimiento, con ocasionales retrocesos, de manera que podemos considerar ahora que se justifica su establecimiento definitivo”¹⁹⁴. En consecuencia, examinó actos de gobierno (como órdenes, tratados y fallos) así como “la labor de juristas y comentaristas que, tras años de labor, investigaciones y experiencia, están particularmente en conocimiento de los temas que tratan ... como prueba fiable de lo que realmente es la ley”¹⁹⁵, y llegó a su determinación después de ese “examen de los precedentes y autoridades sobre el tema”¹⁹⁶.

f) En El Salvador, la Corte Suprema de Justicia se refirió a la formación del derecho internacional consuetudinario en una causa constitucional de 2007 que se refería a la constitucionalidad de un artículo del Código de Trabajo de ese país, a la luz del derecho a un salario mínimo. Al examinar la importancia jurídica de una declaración internacional, en oposición a un tratado internacional, la Corte observó que “las declaraciones internacionales despliegan una actividad normativa indirecta o exhortativa, en el sentido que proponen una conducta no obligatoria, pero deseable...las declaraciones anticipan una *opinio juris* (conciencia de obligatoriedad), a la que la práctica de los Estados debe adecuarse, con miras a cristalizar, a mediano o largo plazo, una costumbre internacional...las declaraciones internacionales, aunque no sean obligatorias, sí contribuyen significativamente a la formación de fuentes obligatorias del derecho internacional, ya sea, adelantando la convicción de obligatoriedad de una determinada práctica estatal, o bien, incitando la elaboración de un tratado a partir de ciertas recomendaciones [incluidas en esas declaraciones]”¹⁹⁷.

g) La Corte Suprema Especial de Grecia declaró, en la causa *República Federal de Alemania contra Margellos y otros* (2002) que “para determinar la existencia de ese tipo de normas [es decir, normas generalmente aceptadas derecho internacional] es necesario establecer la existencia de una práctica generalizada en

¹⁹² *Ibid.*, págs. 148 y 149.

¹⁹³ *Paquete Habana*, 175 U.S. 677 (1900).

¹⁹⁴ *Ibid.*, en pág. 686.

¹⁹⁵ *Ibid.*, en pág. 700.

¹⁹⁶ *Ibid.*, en pág. 708.

¹⁹⁷ Corte Suprema de Justicia, causa No. 26-2006 (12 de marzo de 2007), págs. 14 y 15 (Parte VI.2.A).

la comunidad internacional [*sic*] que reconozca la aceptación de que la norma ha sido formulada como norma jurídica vinculante”, haciendo referencia en ese contexto al Artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹⁹⁸. Señaló además que “para determinar la existencia de ese tipo de normas, tal vez haya que recurrir a pruebas adecuadas, como convenciones internacionales, los registros y la correspondencia las organizaciones internacionales, fallos de tribunales internacionales y nacionales, textos legislativos de los Estados, correspondencia diplomática, opiniones jurídicas por escrito de los asesores jurídicos de organizaciones internacionales y Estados, así como los textos codificados de las organizaciones internacionales, comités internacionales e institutos de derecho internacional. Esos datos se deben examinar tanto individualmente como en conjunto”¹⁹⁹. Teniendo en cuenta la información presentada por el Instituto Heleno de Derecho Internacional y Extranjero, así como fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Internacional de Justicia, instrumentos internacionales que incluían textos preparados por la Comisión, jurisprudencia y legislación nacionales, y escritos de expertos, la Corte determinó que el estado de desarrollo del derecho internacional en esa época otorgaba al Estado alemán inmunidad en procedimientos relativos a responsabilidad civil dimanada de hechos cometidos por las Fuerzas Armadas alemanas (en el caso, presuntamente cometidos en una aldea griega en 1944)²⁰⁰.

h) La Corte Constitucional de Alemania Federal, al decidir en la causa de los *Bonos argentinos* (2007) sobre la existencia de “una norma general de derecho internacional”²⁰¹ que permita a un Estado negarse temporalmente a recibir reclamaciones de pago de derecho privado debidas a personas privadas invocando el estado de necesidad declarado a raíz de la incapacidad de pago, señaló en primer lugar que “que una norma sea de derecho internacional consuetudinario o un principio de derecho general surge del derecho internacional mismo, que establece los criterios acerca de las fuentes del derecho internacional”²⁰². Declaró a continuación que la “invocación de la necesidad del Estado está reconocida en el derecho internacional consuetudinario en las relaciones jurídicas que están sometidas exclusivamente al derecho internacional; por el contrario, no hay pruebas de una práctica de los Estados basada en la convicción jurídica necesaria (*opinio juris sive necessitatis*) de ampliar la justificación jurídica para la invocación de la necesidad del Estado a relaciones de derecho privado en que participan acreedores privados”, y ambas proposiciones se justificaron con referencias a documentación jurídica nacional e internacional. Entre ellas cabe mencionar la labor de la Comisión sobre la responsabilidad de los Estado (en particular el artículo 25 de los Artículos

¹⁹⁸ Fallo No. 6/2002, 12 de septiembre de 2002 (2007), 129 *ILR*, págs. 525 y 528, párr. 9 (el “término comunidad internacional” no es una traducción exacta del original; la traducción correcta sería “orden jurídico internacional”).

¹⁹⁹ *Ibid.*, párr. 9.

²⁰⁰ *Ibid.*, párrs 12 a 15; según la parte dispositiva del fallo: “En el presente estado de desarrollo del derecho internacional, se sigue aceptando en general que este desempeña una función según la cual no se puede incoar un procedimiento contra un Estado extranjero ante los tribunales de otro Estado para que indemnice los presuntos daños cometidos en el Estado del foro en que presuntamente hayan participado [en el original se añade “de una u otra manera”] las fuerzas armadas del Estado demandado, ya sea en tiempo de guerra o de paz” (pág. 533).

²⁰¹ “Normas generales de derecho internacional” es un término utilizado en el artículo 25 de la Ley Básica de la República Federal de Alemania, que abarca el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho.

²⁰² Orden del Segundo Senado de 8 de mayo de 2007, 2 *BvM* 1-503, 1, 2/06, párr. 34; 138 *ILR* 1.

sobre Responsabilidad de los Estados, al que se describió como “en la actualidad reconocido generalmente en la doctrina jurídica y en la opinión de los tribunales y las cortes internacionales ... como que constituye derecho internacional consuetudinario aplicable”), fallos de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales internacionales, jurisprudencia nacional y doctrina jurídica²⁰³. La Corte también aclaró que se debe determinar la existencia de una práctica de los Estados (uniforme) para establecer que de hecho existe una norma de derecho internacional consuetudinario²⁰⁴.

X. Labor de otros organismos

86. Al igual que la Comisión de Derecho Internacional, el Instituto de Derecho Internacional y la Asociación de Derecho Internacional, ambos fundados en 1887, han abordado la formación del derecho internacional consuetudinario en el curso de su labor sobre distintos temas. Pero al igual que la propia Comisión, habida cuenta de sus funciones respectivas (con la notable excepción de la labor de la Asociación entre 1984 y 1986 y 2000 (véanse los párrafos 89 a 91 *infra*), muy pocas veces han debido abordar frontalmente las cuestiones planteadas por este tema.

87. El propósito del Instituto, según se establece en sus estatutos es “promover el progreso del derecho internacional”²⁰⁵. Uno de los temas recientemente examinados por el Instituto se refiere a los problemas dimanados de una sucesión de convenciones de codificación, que incluyen “cuestiones relativas a la relación entre los tratados y la costumbre”. El texto de la *Conclusión 2 (Efectos de las disposiciones de codificación)* es el siguiente:

“Una convención de codificación tal vez contenga disposiciones (a las que se refiere a continuación como “disposiciones de codificación”) que son declaratorias del derecho consuetudinario, o que sirven para cristalizar las normas del derecho consuetudinario, o que quizás contribuyan a la creación de nuevas normas de derecho consuetudinario de conformidad con los criterios establecidos por la Corte Internacional de Justicia”²⁰⁶.

²⁰³ *Ibid.*, párrs 37 a 65. Para concluir que “el examen de la jurisprudencia nacional sobre la cuestión de la necesidad del Estado también falla debido a la falta de acuerdo para sugerir que el reconocimiento de que la necesidad del Estado tiene efectos en las relaciones de derecho privado está establecido en el derecho internacional”, la Corte se valió de un informe de expertos en que se evaluó la práctica de los tribunales nacionales al respecto, en vez de analizar el tema por su propia cuenta.

²⁰⁴ *Ibid.*, párrs 51 y 56. También se hace referencia al papel central de la práctica de los Estados en la opinión disidente del Magistrado Lubbe-Wolf (véase el párr. 86: “La prueba de la práctica de los Estados, a partir de la cual surge la validez en el derecho consuetudinario de la necesidad ...”).

²⁰⁵ El artículo 1 del estatuto del Instituto establece, en parte, que el propósito del Instituto es “promover el progreso del derecho internacional: a) Trabajando para formular los principios generales de la disciplina de manera de responder a la conciencia jurídica del mundo civilizado; b) Prestando su concurso a toda tentativa seria de codificación gradual y progresiva del derecho internacional; c) Procurando la consagración oficial de los principios que se reconozcan en armonía con las necesidades de las sociedades modernas; ... ” (traducido del original en francés).

²⁰⁶ *Problems Arising from a Succession of Codification Conventions on a Particular Subject*, resolución aprobada el 1 de septiembre de 1995, período de sesiones de Lisboa, 1995; véanse también las conclusiones 10, 12 y 13, así como los informes de la Primera Comisión, Sir Ian Sinclair, Relator.

88. Otro tema examinado por el Instituto se refiere a la elaboración de convenios multilaterales generales e instrumentos no contractuales²⁰⁷. Las conclusiones tienen un considerable interés respecto del tema que nos ocupa en lo que hace a “la función o el objetivo normativo” de las resoluciones de la Asamblea General.

89. La labor de la Asociación de Derecho Internacional, entre 1984/85 y 2000, culminó en la aprobación en el año 2000 de la *Declaración de Principios de Londres aplicables a la formación del derecho internacional consuetudinario (general)* (con comentarios)²⁰⁸. La labor de la Asociación, que consiste de 33 principios con comentarios, ha recibido tanto apoyo como críticas, incluso el momento de su aprobación en el año 2000²⁰⁹.

90. El Comité de la Asociación tuvo una composición distinguida. Fue presidido sucesivamente por el Profesor Zemanek (Austria) y —a partir de 1993— por el Profesor Mendelson (Reino Unido); este último había sido anteriormente Relator. En el Primer Informe del Relator (1986) se incluyó una lista de temas, que sigue siendo valiosa, en que se sugería un criterio respecto de los “modos de formación de la costumbre” y contenía un apéndice preparado por el Profesor Mendelson sobre “Formación del derecho internacional y la perspectiva de la observación”²¹⁰. El Segundo Informe del Relator (1988) incluyó un apéndice sobre terminología, en que se examinaba la expresión “derecho internacional consuetudinario (general)”²¹¹. Los informes tercer y cuarto se refirieron, respectivamente, a los elementos subjetivos y objetivos del derecho internacional consuetudinario²¹².

91. El Informe Final del Comité comienza mencionando “los graves problemas inherentes al establecimiento de normas respecto de este tema”. A continuación siguen 33 principios (algunos subdivididos) y los comentarios conexos, que forman la *Declaración de Principios de Londres*. La Declaración se dividió en cinco partes, tituladas, respectivamente: I) Definiciones; II) El elemento objetivo (práctica de los Estados); III) El elemento subjetivo; IV) La función de los tratados en la formación del derecho internacional consuetudinario; y V) La función de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y las conferencias internacionales en la formación del derecho internacional consuetudinario. Entre los asuntos abarcados en la Declaración cabe mencionar el uso de términos, qué tipos de actos constituyen práctica de los Estados; el “Estado” a los fines de determinar la práctica de los Estados; la práctica de las organizaciones intergubernamentales; la densidad de la práctica; el elemento subjetivo (*opinio juris*); la función de los tratados; y la función

²⁰⁷ *The Elaboration of General Multilateral Conventions and of Non-contractual Instruments Having a Normative Function or Objective*, resolución aprobada el 17 de septiembre de 1987, período de sesiones de El Cairo; véanse también los informes de la 13ª Comisión, Krzysztof Skubiszewski, Relator.

²⁰⁸ *London Statement of Principles*; véase *Report of the Sixty-ninth Conference, 2000*, págs. 39 y 712 a 777. Para el debate en el plenario, véanse págs. 922 a 926.

²⁰⁹ Véase el período de sesiones de trabajo del Comité de 28 de julio de 2000; *ibid.*, págs. 778 a 790.

²¹⁰ *International Law Association, Report of the Sixty-third Conference (1988)*, pág. 936.

²¹¹ *Ibid.*, en la pág. 950. Véase también el debate en el período de sesiones de trabajo del Comité de 26 de agosto de 1988, en donde muchos oradores se expresaron en contra de incluir el término “general” en el título del tema (pág. 960).

²¹² Tercer informe provisional del Comité, *International Law Association, Report of the Sixty-seventh Conference, 1996*, págs. 623 a 646; Cuarto informe provisional del Comité, *International Law Association, Report of the Sixty-eighth Conference, 1998*, págs. 321 a 335. Los informes provisionales quinto y sexto se incorporaron al Informe Final.

de las resoluciones de la Asamblea General y las resoluciones de las conferencias internacionales. En informes futuros, si procede, el Relator Especial abordará los principios y comentarios pertinentes incluidos en la Declaración de Principios y las reacciones a estos.

92. El proyecto del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) sobre derecho internacional humanitario consuetudinario, que comenzó en 1995, dio lugar a la publicación, casi un decenio más tarde y después de amplias investigaciones y varias consultas, del estudio titulado *El derecho internacional humanitario consuetudinario*²¹³. Uno de sus autores explicó que “el criterio adoptado en el estudio para determinar si existe una norma de derecho internacional humanitario consuetudinario fue el clásico, establecido por la Corte Internacional de Justicia, en particular en las causas de la *Plataforma Continental del Mar del Norte*”, y también se seleccionó y compiló la práctica pertinente de los Estados, a la que se ponderó a la luz de las exigencias de la *opinio juris*²¹⁴. El estudio ha sido muy debatido²¹⁵ y su publicación provocó algunas reacciones muy enérgicas, tanto del sector privado²¹⁶ como del gubernamental²¹⁷, con algunas críticas porque en realidad no se determinó la costumbre de conformidad con la metodología declarada²¹⁸. Fue defendido enérgicamente por los autores²¹⁹. El Comité, por conducto de su asociación con la Cruz Roja británica, sigue actualizando la base de datos de la práctica nacional pertinente de unos 90 Estados.²²⁰

²¹³ J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. I (Rules), Vol. II (Practice) (Cambridge University Press, 2005).

²¹⁴ J. M. Henckaerts, “Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict”, *International Review of the Red Cross*, 87 (2005), págs. 175 y 178; véase también la introducción al estudio, *ibid.*, en págs. xxxi a lvii.

²¹⁵ E. Wilmschurst y S. Breau, *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law* (Cambridge University Press, 2007); L. Maybee y B. Chakka, (editores), *Custom as a Source of International Humanitarian Law: Proceedings of a Conference to Mark the Publication of the ICRC Study, New Delhi*, (CICR, 2006); P. Tavernier y J. M. Henckaerts (editores), *Droit international humanitaire coutumier: enjeux et défis* (Bruylant, 2008).

²¹⁶ Véase, por ejemplo, T. Meron, *supra*, nota 134, en págs. 833 y 834; G. H. Aldrich, “Customary International Humanitarian Law – An Interpretation on behalf of the International Committee of the Red Cross”, *British Yearbook of International Law*, 76 (2005), págs. 503-524; Y. Dinstein, “The ICRC Customary International Humanitarian Law Study”, *Israel Yearbook on Human Rights*, 36 (2006), págs. 1 a 15; M. Bothe, “Customary international humanitarian law”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, 8 (2005), págs. 143 a 178; M. MacLaren y F. Schwendimann, “An Exercise in the Development of International Law: The New ICRC Study on Customary International Humanitarian Law”, *German Law Journal*, 6 (2005), págs. 1217 a 1242; R. Cryer, “Of Custom, Treaties, Scholars and the Gavel: The Influence of the International Criminal Tribunals on the ICRC Customary Law Study”, *Journal of Conflict and Security*, 11 (2006), págs. 239 a 263; y D. Fleck, “Die IKRK-Gewohnheitsrechtsstudie”, *Humanitäres Völkerrecht* 22 (2009), págs. 120 a 124.

²¹⁷ Véase la sección VII *supra*.

²¹⁸ Véase, por ejemplo, *supra*, notas 98 y 99.

²¹⁹ J. M. Henckaerts, “Customary International Humanitarian Law – A Rejoinder to Judge Aldrich”, *British Yearbook of International Law*, 76 (2005), págs. 525 a 532; J. M. Henckaerts, “The ICRC Customary International Humanitarian Law Study – A Rejoinder to Professor Dinstein”, *Israel Yearbook on Human Rights*, 37 (2007), pág. 259; J. M. Henckaerts, “Customary International Humanitarian Law – a response to US comments”, *International Review of the Red Cross*, 89 (2007), págs. 473 a 488.

²²⁰ Véase www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/Home.

93. En el *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States of 1987*²²¹, el American Law Institute distingue entre “Fuentes de derecho internacional” (artículo 102) y “Prueba del derecho internacional” (artículo 103). En el artículo 102.2 se señala que:

“El derecho internacional consuetudinario resulta de la práctica general y uniforme de los Estados, seguida por estos a raíz de la sensación de que existe un obligación jurídica”.

En los comentarios b, c, d y e del artículo 102 figuran elaboraciones concisas de las propuestas básicas pertinentes, al igual que en las notas de los relatores 2 a 5.

XI. Doctrina

94. Hay una amplia literatura sobre la formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario²²², tanto monografías sobre el tema en general como sobre aspectos particulares, y también artículos. Además, los manuales generales de derecho internacional público invariablemente abordan el tema, si bien sucintamente. El objeto de la presente sección del informe es simplemente indicar la variedad y riqueza de la doctrina en esta esfera, sin tomar posición alguna sobre las teorías que se presentan.

95. Es interesante señalar que en la doctrina se han propuesto distintos criterios, desde la época de los autores clásicos como Suárez y Grocio, respecto del modo de creación del derecho internacional consuetudinario y de qué manera se lo identifica. A menudo se los ha denominado criterios “tradicional” y “moderno”, y se ha considerado que ambos son completamente opuestos.

²²¹ Véase D. B. Massey, “How the American Law Institute influences customary law: the reasonableness requirement of the restatement of foreign relations law”, *Yale Journal of International Law*, 22 (1997), págs. 419 a 445.

²²² La Biblioteca de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra ha preparado una útil bibliografía de derecho internacional consuetudinario, que se puede consultar en <http://libraryresources.unog.ch/legal/ILC>. Igualmente, el Relator Especial prevé preparar una bibliografía selecta, basada inicialmente en la que figura en el anexo A del informe de la Comisión de 2011 (A/66/10), a la que se irán añadiendo títulos y actualizando el material a medida que progrese el estudio del tema. Entre los libros de texto generales con una extensa bibliografía cabe mencionar: P. Dailler, M. Forteau and y. Pellet, *supra* nota 44, en págs. 353 a 379; M. Diez de Velasco, *Instituciones de derecho internacional público*, C. Escobar Hernández (ed.), 18ª edición (Tecnos, 2012), págs. 136 a 149; A. Clapham, *supra*, nota 87, en págs 57. a 63; J. Crawford, *supra*, nota 48, en págs. 23 a 30; M.N. Shaw, *supra*, nota 50, en págs. 72 a 92; V.I. Kuznetsov y B.R. Tuzmukhamedov (W.E. Butler, ed.), *International Law – A Russian Introduction* (Eleven International, 2009), págs. 70 a 79; A. Cassese, *International Law*, 2a edición (Oxford University Press, 2005), págs. 153 a 169; G. von Glahn y J. L. Taulbee, *Law Among Nations: An Introduction to Public International Law*, 10a edición (Pearson, 2012), págs. 53 a 61; S. Sur, *supra*, nota 67, en págs. 165 a 177; B. Conforti y A. Labella, *An Introduction to International Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 2012), págs. 31 a 51; S.D. Murphy, *supra*, nota 55, en págs. 92 a 101; J. Verhoeven, *Droit international public* (Larcier, 2000), págs. 318 a 346; D. Alland (ed.), *Droit international public* (Presses Universitaires de France, 2000), págs. 268 a 297; P. M. Dupuy y Y. Kerrat, *Droit international public*, 10ª edición (Daloz, 2010), págs. 360 a 372; D. Carreau y F. Marrella, *Droit international*, 11ª edición (Pedone, 2012), págs. 301 a 324; J. Combacau y S. Sur, *Droit international public*, 10ª edición (Montchrestien, 2012), págs. 54 a 75.

96. El criterio “tradicional”, reflejado en el Artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia ha sido interpretado ampliamente como que exige dos componentes para la formación de una norma de derecho internacional consuetudinario: a) la práctica general de los Estados, y b) la aceptación de dicha práctica como derecho. A menudo se hace referencia a la primera como el elemento “objetivo” (material) que se refiere a la coherencia y uniformidad de la práctica a lo largo del tiempo; se hace referencia a la segunda (también conocida como *opinio juris sive necessitatis*, “creencia de que existe el derecho o la necesidad”) como el elemento “subjetivo” (psicológico), relativa a los motivos por los cuales los Estados adoptan dicha conducta²²³. Este criterio, reconocido como la “posición dominante en las teorías más difundidas del derecho internacional consuetudinario”²²⁴, considera

²²³ Véase, por ejemplo, H. Thirlway, “The Sources of International Law”, en M.D. Evans (ed.), *International Law*, 3ª edición (Oxford University Press, 2010), pág. 102 (“La doctrina tradicional es que el simple hecho de una práctica internacional uniforme en un sentido en particular no basta, por sí misma, para crear una norma en el sentido de la práctica; es necesario un elemento más. En consecuencia, el derecho internacional clásico considera que el derecho consuetudinario dimana de una combinación de dos elementos: una práctica establecida, difundida y uniforme por parte de los Estados; y un elemento psicológico denominado *opinio juris sive necessitatis* (opinión de que se trata de derecho o una necesidad), al que normalmente se abrevia *opinio juris*”); M. O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942: A Treatise* (The Macmillan Company, 1943), pág. 609 (“Los elementos necesarios son la acción concordante y repetida de numerosos Estados en la esfera de las relaciones internacionales; la concepción en cada caso de que la acción era obligada por la ley, y que los demás Estados no hayan impugnado tal concepción en ese momento”); A.T. Guzman, *How International Law Works* (Oxford University Press, 2008), pág. 184 (“La definición tradicional de derecho internacional consuetudinario es estrictamente doctrinaria, en el sentido de que se dice que una norma es consuetudinaria si satisface la prueba doctrinaria bipartita. La versión más frecuentemente citada es la definición que figura en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia”); B. Conforti y A. Labella, *supra*, nota 222, en pág. 31; S. Sur, *supra*, nota 67, en pág. 174; G. von Glahn y J.L. Taulbee, *supra*, nota 222, en págs. 54 y 55; S. Rosenne, *Practice and Methods of International Law* (Oceana Publications, 1984), pág. 55; J. Crawford, *supra*, nota 48, en pág. 23; D. Bederman, “Acquiescence, Objection and the Death of Customary International Law”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, 21 (2010), págs. 31 y 44; B. Stern, “Custom at the Heart of International Law”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 11 (2001), págs. 89 y 91; y A. Boyle y C. Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford University Press, 2007), pág. 41.

²²⁴ E. Voyiakis, “Customary International Law and the Place of Normative Considerations”, *American Journal of Jurisprudence*, 55 (2010), págs. 163 y 169; véase también, por ejemplo, G. M. Danilenko, *supra*, nota 10, en pág. 81 (“aunque muchos aspectos de la formación de la costumbre en el derecho internacional siguen siendo controvertidos, el acuerdo es prácticamente unánime en que el proceso legítimo de formación de la costumbre en el derecho internacional exige la presencia de dos elementos básicos: práctica y aceptación de esa práctica como derecho”); Y. Iwasawa, *International Law, Human Rights, and Japanese Law* (Clarendon Press, 1998), pág. 35 (“De conformidad con la opinión dominante en el derecho internacional, los tribunales japoneses sostienen que tanto la práctica general de los Estados como la *opinio juris* son necesarias para que una norma sea considerada derecho internacional consuetudinario”); R. Bernhardt, “Principles and Characteristics of Customary International Law”, 205 *Recueil des cours* (1987), págs. 247 y 265 (“Algunos doctrinarios han expresado la opinión de que solo la práctica es importante; otros han adoptado ocasionalmente la posición de que es posible crear un ‘derecho instantáneo’ sin una práctica previa. Pero la opinión predominante es que la práctica y la *opinio juris* siguen siendo los dos elementos esenciales del derecho consuetudinario”); C.A. Bradley y M. Gulati, *supra*, nota 50, en pág. 209 (“La definición normal de derecho internacional consuetudinario es que este dimana de la práctica de las naciones, seguido de la sensación de que se trata de una obligación jurídica. En consecuencia, el derecho internacional consuetudinario consta de dos elementos ... Esta es la definición convencional”); B. Simma y

que cada uno de los dos elementos es indispensable; al mismo tiempo, dentro de esa concepción bipartita aparentemente se da prioridad a la práctica de los Estados, en el sentido de que “la costumbre comienza con actos que se convierten en práctica arraigada; posteriormente esa práctica puede dar lugar a la creencia de que ha pasado a ser obligatoria”²²⁵. En otras palabras, “hay que observar lo que los Estados en realidad hacen en sus relaciones mutuas, y tratar de comprender por qué lo hacen y, en particular, si reconocen que existe la obligación de adoptar un cierto curso”²²⁶. De hecho, este criterio sigue siendo leal a la concepción clásica de la formación del derecho consuetudinario como un proceso empírico, descentralizado y de abajo hacia arriba²²⁷; cuando se lo ubica en el plano internacional, el derecho

P. Alston, *supra*, nota 81, en pág. 98 (en donde el criterio tradicional es denominado “el concepto establecido”); T. Treves, *supra*, nota 73, en el párr. 8 (en donde se hace referencia al criterio tradicional como “la opinión prevaleciente”); R. Kolb, “Selected Problems in the Theory of Customary International Law”, *Netherlands International Law Review*, 50 (2003), págs. 119 y 123 (“la opinión predominante todavía construye a la costumbre sobre la base segura de los dos elementos, y solo está dispuesta a modular en un grado reducido sus relaciones mutuas y su modo de funcionamiento”).

²²⁵ O. Schachter, “New Custom: Power, *Opinio Juris* and Contrary Practice”, en J. Makarczyk (ed.) *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century* (Kluwer Law International, 1996), pág. 531 (en donde se describe la “práctica generalmente aceptada de la relación entre la práctica y la *opinio juris*”). Véase también, por ejemplo, B. Simma y P. Alston, *supra*, nota 81, en pág. 88 (“Según el entendimiento tradicional de la costumbre internacional, claramente se hace hincapié en la parte material u objetiva de sus dos elementos, es decir, la práctica de los Estados ... la *práctica* tiene prioridad respecto de la *opinio juris*; son los hechos los que cuentan, no las palabras”); G. Fitzmaurice, “The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-54: General Principles and Sources of Law”, *British Yearbook of International Law*, 30 (1953), págs. 1 y 68 (“se considera un principio racional que, a largo plazo, únicamente son los actos de los Estados los que forman la práctica, al igual que es solo la práctica (‘constante y uniforme’, como ha establecido la Corte Internacional de Justicia) lo que constituye uso o costumbre, y que en definitiva lleva a la creación de una norma de derecho internacional consuetudinario”); M. E. Villiger, *supra*, nota 46, en pág. 16 (“La práctica de los Estados es la materia prima del derecho consuetudinario”); R. Jennings y A. Watts (editores), *Oppenheim’s International Law*, 9^a edición (Oxford University Press, 2008) pág. 25 (“la redacción del Estatuto [de la Corte Internacional de Justicia] sirve para destacar que el fondo de esta fuente de derecho internacional se debe encontrar en la práctica de los Estados”); A. D’Amato, *supra*, nota 122, en pág. 102; K. Wolfke, *supra*, nota 124, en pág. 53; M. Akehurst, *supra*, nota 153, en pág. 53; G.I. Tunkin, *supra*, nota 84, en pág. 421; A. E. Roberts, “Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation”, *American Journal of International Law*, 95 (2001), págs. 757 y 758; G.M. Danilenko, “The Theory of International Customary Law”, *German Yearbook of International Law*, 31 (1988), págs. 9 y 19 a 20; y N. Petersen, *supra*, nota 81, en pág. 278. Pero véase J.L. Kunz, *supra*, nota 65, en pág. 665 (“En consecuencia, la costumbre internacional es un procedimiento de creación de normas de derecho internacional. Es el derecho internacional el que establece las condiciones en virtud de las cuales el procedimiento de la costumbre crea normas válidas de derecho internacional general. Esas condiciones son dos: el uso y la *opinio juris* tienen igual importancia. Ello es admitido abrumadoramente por los doctrinarios y está demostrado por la práctica de los Estados y de los tribunales y las cortes y internacionales”).

²²⁶ A. Clapham, *supra*, nota 87, en pág. 57.

²²⁷ Véase, por ejemplo, L. Henkin, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, 2^a edición (Columbia University Press, 1979), pág. 34 (“el proceso de creación del derecho consuetudinario es informal, azaroso, no deliberado, e incluso parcialmente no intencional y fortuito ... no estructurado y lento”); T. Stein al examinar “Custom and Treaties”, en A. Cassese y J. H. H. Weiler (editores), *Change and Stability in International Law-Making* (Walter de Gruyter, 1988), pág. 12 (en donde se describe el proceso clásico de creación de normas universales de derecho internacional como “no escrito ... inconsciente ... acumulativo, se

internacional consuetudinario debe interpretarse mediante un razonamiento inductivo²²⁸ centrado en el Estado²²⁹ y sin consideraciones normativas independientes. Se dice que solo dar fuerza jurídica a las conductas reales y la expectativa de que goza de un amplio grado de aceptación de la comunidad internacional asegura la estabilidad, fiabilidad y legitimidad del derecho internacional consuetudinario²³⁰.

97. Sin embargo, hay quienes han impugnado el criterio “tradicional”, con el argumento de que es incoherente desde el punto de vista doctrinario y está plagado

genera a lo largo del tiempo mediante la aglomeración de instancias discretas ... siempre se genera mediante intercambios bilaterales ... mediante procesos que no son influidos por los procedimientos de ningún foro establecido”); y J. D’Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law* (Oxford University Press, 2011), pág. 162 (“según la opinión tradicional, las normas de derecho internacional consuetudinario se identifican sobre la base de un proceso de cristalización de abajo hacia arriba en que se necesita la conducta concurrente y constante de un número significativo de Estados, a lo que se suma la su creencia (o intención) de que dicho proceso se debe a una imperativo del derecho internacional”).

²²⁸ Véase, por ejemplo, L. Condorelli, “Customary International Law: The Yesterday, Today, and Tomorrow of General International Law”, en A. Cassese (ed.), *Realizing Utopia: The Future of International Law* (Oxford University Press, 2012), págs. 147 y 148 (“estas fórmulas sabias, si bien aproximadas e indicativas, en esencia tratan de explicar el significado de ‘inducción’: la operación que consiste en reunir pruebas para demostrar el efecto social de las normas en cuestión”).

²²⁹ Véase, por ejemplo., H. Thirlway, *International Customary Law and Codification* (Sijthoff, 1972), pág. 58 (“El fondo de la exigencia de la práctica es que los Estados hayan hecho, o se hayan abstenido de hacer, ciertas cosas en la esfera internacional”); P.E. Benson, “François Géný’s Doctrine of Customary Law”, *Canadian Yearbook of International Law*, 20 (1982), págs. 267 y 268 (“En la actualidad se entiende a la costumbre en cuanto al proceso de su creación, y ese proceso se explica desde el punto de vista completamente interno y absolutamente autónomo de los Estados, que son los que le dan existencia y la reconocen como normas consuetudinarias vinculantes y autorizadas”); M.E. Villiger, *supra*, nota 46, en págs. 16 y 17 (“esas instancias de práctica deben atribuirse a los Estados, razón por la cual se excluye la práctica de organizaciones internacionales y particulares”); R.B. Baker, *Legal Recursivity and International Law: Rethinking The Customary Element* (15 de septiembre de 2012), se puede consultar en Social Science Research Network (SSRN): <http://ssrn.com/abstract=2147036>, pág. 5 (“Se dice que el derecho internacional consuetudinario depende del consentimiento de las naciones-Estados y, en consecuencia, por lo menos en el entendimiento tradicional que aquí se explica, está muy centrado en el Estado”); y A.M. Weisburd, “Customary International Law: The Problem of Treaties”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 21 (1988), págs. 1 y 5.

²³⁰ Véase, por ejemplo, C. De Visscher, *Theory and Reality in Public International Law* (P.E. Corbett, trans.) (Princeton University Press, 1957), pág. 155 (“Lo que da a la costumbre internacional su valor especial y superioridad sobre las instituciones convencionales es el hecho de que, desarrollarse mediante la práctica espontánea, refleja un sentimiento muy profundo de la comunidad jurídica. De ahí la densidad y estabilidad de sus normas”); B. Simma y P. Alston, *supra*, nota 81, en págs. 8 y 89 (“Las normas de derecho consuetudinario así establecidas firmemente mediante el razonamiento inductivo basado en hechos más que en palabras ... han tenido, y siguen teniendo, varias ventajas indudables. Son normas sólidas, a las que se ha dado forma cuidadosamente en el yunque de las interacciones reales y tangibles entre los Estados, y permiten prever razonablemente la conducta futura de los Estados”); H. Thirlway, *supra*, nota 229, en pág. 76 (“La costumbre ... crece lentamente —aunque no siempre tan lentamente como antaño— pero lo hace por conducto de la práctica de los Estados y, en consecuencia, tiende a reflejar con exactitud el equilibrio de sus intereses contrapuestos y representa sus verdaderas intenciones”); y D. J. Bederman, *Custom As a Source of Law* (Cambridge University Press, 2010), pág. 162.

de “misterios internos”²³¹ que hacen difícil, sino imposible, aplicarlo en la práctica²³². Otros críticos han subrayado que, si el derecho internacional consuetudinario se construye de este modo “su crecimiento será demasiado lento para mantener el ritmo de las relaciones cambiantes entre los Estados que trata de regular”²³³, y que también será fundamentalmente ineficiente para lograrlo²³⁴. Se

²³¹ R.Y. Jennings, *supra*, nota 67, en págs. 4 a 6.

²³² Véase, por ejemplo, L. Henkin, *International Law: Politics and Values* (Martinus Nijhoff Publishers, 1995), pág. 29 (“Es fácil formular la definición, pero no tanto interpretarla y aplicarla, y se siguen planteando cuestiones difíciles, algunas de ellas ‘operacionales’, otras conceptuales-jurisprudenciales”); J. L. Goldsmith y E. A. Posner, “Notes Toward a Theory of Customary International Law”, *American Society of International Law Proceedings*, 92 (1998), pág. 53 (“la definición estándar de derecho internacional consuetudinario ... plantea interrogantes perennes y que, en gran medida, no han sido respondidos”); M. Byers, *Custom, Power, and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law* (Cambridge University Press, 1999), págs. 130 y 131 (“Un problema de la concepción bipartita tradicional del derecho internacional consuetudinario es que entraña la aparente paradoja cronológica de que los Estados que crean las nuevas normas consuetudinarias creen que esas normas ya existen y que, en consecuencia, su práctica se conforma al derecho”); A. T. Guzman y T. L. Meyer, “Customary International Law in the 21st Century”, en R. A. Miller y R.M. Bratspies (editores), *Progress in International Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 2008), pág. 199 (“En las críticas tradicionales al derecho consuetudinario internacional se ha señalado que su definición es circular, que sus normas son vagas y, en consecuencia, difíciles de aplicar, y que carecemos de estándares para juzgar si se han satisfecho los dos requisitos de creación de una norma de derecho internacional consuetudinario”); R. Kolb, *supra*, nota 224, en págs. 137 a 141; y A. D’Amato, *supra*, nota 48, en págs. 7 a 10 y 73 y 74.

²³³ C.G. Fenwick, “The Sources of International Law”, *Michigan Law Review*, 16 (1918), págs. 393 y 397. Véase también, por ejemplo, G.J.H. van Hoof, *supra*, nota 49, en pág. 115 (“El derecho internacional consuetudinario es simplemente muy lento para poder aportar la rápida regulación que se necesita en los nuevos ámbitos que ahora debe abarcar el derecho internacional”); C. De Visscher, “Reflections on the Present Prospects of International Adjudication”, *American Journal of International Law*, 50(1956), págs. 467 y 472 (“No se puede negar que el desarrollo tradicional de la costumbre no se adapta bien al ritmo actual de las relaciones internacionales”); R. Kolb, *supra*, nota 224, en págs. 124 y 125 (al referirse al criterio tradicional se dice que “a menudo el derecho consuetudinario es muy gravoso o simplemente en un momento dado no da los resultados esperados cuando se necesita con urgencia crear normas generales de derecho internacional”); y W. Friedmann (ed.), *The Changing Structure of International Law* (Steven & Sons, 1964) págs. 121 a 124.

²³⁴ Véase, por ejemplo, W.M. Reisman, “The Cult of Custom in the Late 20th Century”, *California Western International Law Journal*, 17 (1987), págs. 133, 134, 142 y 143 (en donde se sugiere que la costumbre es “un anacronismo y un atavismo”, se pregunta “si la legislación con un propósito es un instrumento tan importante para aclarar y poner en práctica una política en una civilización como la nuestra, basada en la industria y la ciencia, ¿cómo podemos prescindir de ella en la civilización global, mucho más complicada y variada?”, y concluye que “los procesos consuetudinarios de creación de normas no pueden abordar los enormes problemas que afronta el mundo”); J. O. McGinnis, “The Comparative Disadvantage of Customary International Law”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 30 (2006), págs. 7, 11 y 12 (en donde se argumenta que el derecho consuetudinario “no está bien ideado para maximizar el bienestar del pueblo” porque es creado por naciones más que por el pueblo, y que “no es probable que genere normas eficientes, aun para las naciones” debido a la heterogeneidad de las naciones que integran la comunidad internacional); S. Estreicher, “Rethinking the Binding Effect of Customary International Law”, *Virginia Journal of International Law*, 44 (2003), págs. 5, 9, 11 y 14 (en donde se dice que “con fundamentos puramente funcionales, los argumentos en pro del derecho internacional consuetudinario en un mundo westfaliano son difíciles de sostener” y que, ante la falta de algún tipo de ganancias progresivas importantes, los costos del derecho internacional son mayores que sus beneficios); C.G. Fenwick, *supra*, nota 233, en pág. 398 (“Otro defecto de la costumbre como fuente de derecho internacional es su incapacidad de reorganizar un sistema

ha dicho además que la doctrina “tradicional” entraña un grave déficit democrático²³⁵, porque su naturaleza positivista no permite que en la identificación del derecho internacional consuetudinario se tengan debidamente en cuenta los valores de la comunidad internacional y que, además, hace que el derecho internacional consuetudinario no esté a la altura de los derechos humanos básicos²³⁶. Por último, algunos autores han incluso afirmado que la teoría “tradicional” es una simple ficción²³⁷.

que es defectuoso en su conjunto, o incluso enmendar algunas de sus partes siguiendo líneas progresivas orientadas al futuro”); E. Kontorovich, “Inefficient Customs in International Law”, *William and Mary Law Review*, 48 (2006), págs. 859 y 921 (“las costumbres internacionales se desarrollan en un contexto que no tiene las características que llevan hacia la eficiencia al desarrollo de normas grupales”); V. Fon and F. Parisi, “International Customary Law and Articulation Theories: An Economic Analysis”, *International Law and Management Review*, 2 (2006), págs. 201 y 202 (en donde se explica que “los resultados dimanados de basarse en normas consuetudinarias tradicionales tal vez resulten sistemáticamente insuficientes respecto de lo que se podría obtener por medio de normas articuladas”); y G. Palmer, “New Ways to Make International Environmental Law”, *American Journal of International Law*, 86 (1992), págs. 259 y 266.

²³⁵ Ese tipo de argumentos tal vez se refiera a aspectos diferentes del proceso democrático en contextos diferentes (por ejemplo, internacional en oposición al nacional); véase, por ejemplo, S. Wheatley, *The Democratic Legitimacy of International Law* (Hart Publishing, 2010), pág. 150 (“La costumbre crea problemas particulares respecto de la legitimidad democrática, ya que no se exige que un Estado en particular consienta en que ha surgido una nueva norma consuetudinaria, o que en su formulación participe una mayoría de Estados, o que solo participen los Estados democráticos, o que las prácticas de los Estados se adecuen a la voluntad de sus pueblos respectivos ... Además, como por definición las normas consuetudinarias no son escritas por una autoridad, la tarea de identificar e interpretar —y en consecuencia de ‘aplicar’— las obligaciones consuetudinarias a menudo recae en entidades no estatales, jueces académicos, etc., sin que sea necesario tener en cuenta la actitud del Estado contra quien se oponen las normas”); O. Schachter, *supra*, nota 225, en pág. 536 (“Como hecho histórico, el gran cuerpo de derecho internacional consuetudinario fue creado un grupo notablemente reducido de Estados”); O. Yasuaki, *supra*, nota 123, en pág. 20; J. O. McGinnis, *supra*, nota 234, en pág. 8 (“Un problema evidente del derecho internacional consuetudinario ... es que en su definición misma tiene incorporado un déficit democrático”); y W.S. Dodge, “Customary International Law and the Question of Legitimacy”, *Harvard Law Review Forum*, 120 (2007), págs. 19 y 26 (centra la atención en el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos, pero quizás también sea pertinente en otras partes, cuando se dice que “Esencialmente, esta crítica de la legitimidad consta de dos aspectos interrelacionados: que la facultad de aplicar el derecho internacional da demasiada discreción a los jueces federales —la discreción de incorporar al derecho norteamericano lo que ‘consideren normas de derecho internacional’— y que el derecho internacional consuetudinario no se crea por medio de un sistema político que rinda cuentas democráticamente”).

²³⁶ Véase, por ejemplo, J. Klabbers, “The Curious Condition of Custom”, *International Legal Theory*, 8 (2002), págs. 29 y 34 (“respecto de las prescripciones de pertinencia moral (piénsese en particular en los derechos humanos), el concepto tradicional de costumbre ha perdido plausibilidad”); A. Pellet, “‘Droits-de-l’Hommisme’ et Droit International”, *Droits Fondamentaux*, 1 (2001), págs. 167, 171 y 172; J. Wouters and C. Ryngaert, “Impact on the Process of the Formation of Customary International Law”, in M.T. Kamminga and M. Scheinin (editores), *The Impact of Human Rights Law on General International Law* (Oxford University Press, 2009), págs. 111, 129 y 130 (“Tal vez el criterio positivista ... plantee graves problemas para la protección y promoción de los derechos humanos”); H. Charlesworth, *supra*, nota 46, en pág. 192 (“en su forma tradicional, la costumbre tradicional da prioridad al consentimiento de los Estados como fuente de derecho, con prioridad sobre conceptos normativos”); J. Kammerhofer, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective* (Routledge, 2011), pág. 72 (al referirse al criterio tradicional del derecho internacional consuetudinario se dice: “Este método de creación, si bien arcaico, tiene consecuencias, porque el derecho

98. Es frente a estos antecedentes que otros criterios aplicados al derecho internacional consuetudinario, a menudo denominados “modernos”, han tratado de reinterpretar los elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario y, en consecuencia, cambiar su apreciación como fuente del derecho internacional. Algunas de esas desviaciones de la doctrina “tradicional” fueron para algunos autores una tentativa intelectual de “aportar la teoría faltante de la costumbre”²³⁸, mientras que para otros es un esfuerzo consciente por “alinear nuestra concepción de creación del derecho consuetudinario con la cada vez mayor urgencia de las preocupaciones de fondo que debe abordar el derecho internacional”²³⁹; en ambos casos se han formulado sugerencias para reemplazar el modelo estrictamente aditivo (de dos elementos) de la formación de la costumbre con una teoría de un elemento único, en su mayoría restando importancia a una de los dos exigencias estándar o bien desplazando ambas por completo. Varios autores han instado a que se debe dar una función menos importante a la *opinio juris*, con el argumento de que en la mayoría de los casos la práctica difundida y uniforme de los Estados es suficiente para la creación del derecho internacional consuetudinario²⁴⁰. Otros, alejándose

consuetudinario tiene un alcance limitado y no se puede utilizar como instrumento jurídico-político. Asimismo, como el fundamento del derecho consuetudinario es el uso, hay límites respecto del tipo de normas que se pueden crear”); y M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (Cambridge University Press, 1989), pág. 41.

²³⁷ Véase, por ejemplo, N.C.H. Dunbar, “The Myth of Customary International Law”, *Australian Yearbook of International Law*, 8 (1978/80), págs. 1, 8 y 18 (“El mito es presumir que la práctica universal de los Estados crea el derecho *ipso facto*. El derecho solo puede ser creado por la legislación o por un fallo judicial o, en el caso del derecho internacional, por un tratado”); S. Estreicher, *supra*, nota 234, en pág. 8 (en donde se dice que la narrativa tradicional “es, por supuesto, una ficción jurídica. El consentimiento obtenido a partir del silencio es una forma dudosa de consentimiento”); y J. P. Kelly, *supra*, nota 122, en págs. 460, 469 y 472 (“La premisa del derecho internacional consuetudinario es que las naciones, a pesar de no haber consenso respecto de los valores, pueden sin embargo aceptar —y en consecuencia crear— normas jurídicas vinculantes sin un proceso formal para determinar su aceptación. La premisa es dudosa ... Ninguna metodología puede garantizar que se midan con exactitud las actitudes normativas de los Estados. Los medios que se utilizan en la actualidad reducen la *opinio juris* a una mera ficción ... Además, es sospechosa toda la idea de valerse de la práctica de los Estados para construir normas).

²³⁸ En las palabras de A. D’Amato en “Trashing Customary International Law”, *supra*, nota 122, en pág. 101. Hay quienes han sugerido que es la aplicación “flexible” de la definición tradicional lo que ha llevado a que surja “en la doctrina una definición nueva y moderna”: H.E. Chodosh, “Neither Treaty nor Custom: The Emergence of Declarative International Law”, *Texas International Law Journal*, 26 (1991), págs. 87 y 88; véase también R. B. Baker, *supra*, nota 229.

²³⁹ E. Voyiakis, *A Theory of Customary International Law* (25 January 2008), se puede consultar en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=895462>, pág. 6; véase también F. Orrego Vicuña, *supra*, nota 48, en pág. 38 (“Pronto se descubrió que, si se podía interpretar que el derecho consuetudinario decía algo distinto de lo que había significado tradicionalmente, era mucho más fácil conseguir los objetivos deseados”); y A.E. Roberts, *supra*, nota 225, en pág. 766 (“La costumbre moderna también muestra el deseo de crear normas de derecho internacional vinculantes para todos los Estados respecto de cuestiones morales importantes”).

²⁴⁰ Véase, por ejemplo, A. D’Amato, “Customary International Law: A Reformulation”, *International Legal Theory*, 4 (1998), pág. 1 (“Mi labor fue considerada radical por otros especialistas; con el curso del tiempo he llegado con renuencia a la conclusión de que tal vez no fui suficientemente radical. En vez de tratar de trabajar dentro de la noción de la *opinio juris*, debí haberla descartado por completo”); L. Kopelmanas, “Custom as a Means of the Creation of International Law”, *British Yearbook of International Law*, 18 (1937), págs. 127, 129 y 130 (“La primera de esas [dos] condiciones [refiriéndose a los factores materiales y psicológicos en la formación de la costumbre] es en realidad el fondo de la pregunta que nos debemos hacer [cuál

todavía más de la noción ordinaria de derecho consuetudinario, han afirmado lo opuesto, es decir, se debe relajar al mínimo la exigencia de la práctica y concentrarse, en cambio, en elemento de la *opinio juris*²⁴¹, como se ha manifestado predominantemente en declaraciones hechas ante los foros internacionales²⁴². Este último criterio, que constituye el núcleo de la “costumbre moderna”, según se interpreta en la actualidad dicho término, en definitiva hace que la determinación del “nuevo derecho internacional consuetudinario” se vuelva una actividad normativa más que una estrictamente empírica. Al aplicarse una metodología deductiva²⁴³, se procura que el derecho internacional consuetudinario se vuelva una

es el proceso especial de desarrollo que produce la costumbre] ... al mismo tiempo trataremos de examinar el momento en que la costumbre internacional solo surge de una actividad que se realiza por la impresión de que así lo exige el derecho. Hay muy buenas razones para tener dudas al respecto”); H. Kelsen, “Théorie du Droit International Coutumier”, *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, 1 (1939), págs. 253 y 263 (en donde expone la teoría que después abandonó según la cual “los actos que constituyen una costumbre deben ejecutarse con la intención de cumplir una obligación o ejercer un derecho [...] es evidentemente falsa”); y P. Guggenheim, “Les deux éléments de la coutume en droit international”, in C. Rousseau (ed.), *La Technique et les Principes du Droit Public: Etudes en l'Honneur de Georges Scelle* (L.G.D.J., 1950), págs. 275 y 280 (“... es imposible demostrar la existencia de este elemento [subjetivo]. En consecuencia, es necesario renunciar al elemento subjetivo”); M.H. Mendelson, *supra*, nota 41, en págs. 250 y 289.

²⁴¹ Véase, por ejemplo, B. Cheng, “Epilogue”, en B. Cheng (ed.) *International Law: Teaching and Practice* (Stevens & Sons, 1982), pág. 223 (“En consecuencia, lo más importante es reconocer que el uso (*consuetudo*) es solo un elemento de prueba, y no constitutivo, de lo que comúnmente se denomina ‘derecho consuetudinario internacional’, sin que importe de qué otra manera se quisiera etiquetarlo”); A.T. Guzman, “Saving Customary International Law”, *Michigan Journal of International Law*, 27 (2005), págs. 115 y 153 (“El derecho internacional consuetudinario se refiere en realidad a la exigencia de la *opinio juris* y no a la de la práctica ... En consecuencia, el criterio de la elección racional solo da lugar a la exigencia de la práctica como base probatoria que revela la *opinio juris*. La práctica puede arrojar luz sobre si se considera que una norma determinada es obligatoria o no, pero en sí misma no lo hace”); R. Bernhardt, *supra*, nota 224, en pág. 266 (“Incluso podría aceptar que, en circunstancias excepcionales, la práctica no es necesaria si una norma determinada, según la cual una cierta conducta es necesaria o prohibida, ha recibido aprobación universal. Hasta aceptaría la posibilidad del ‘derecho instantáneo’); y B. D. Leppard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications* (Cambridge University Press, 2010).

²⁴² Véase, por ejemplo, B. Cheng, “United Nations Resolutions on Outer Space: ‘Instant’ International Customary Law?”, *Indian Journal of International Law*, 5 (1965), págs. 23 y 37 (“no hay razón que impida que una *opinion juris communis* crezca en un lapso muy breve entre todos o simplemente algunos Estados Miembros de las Naciones Unidas, con el resultado de que entre ellos nazca una nueva norma de derecho internacional consuetudinario. Tampoco hay motivo alguno que les impida utilizar una resolución de la Asamblea General para ‘positivizar’ su nueva *opinio juris* común”); y L. Sohn, “‘Generally Accepted’ International Rules”, *Washington Law Review*, 61 (1986), págs. 1073 y 1074.

²⁴³ Véase también I. I. Lukashuk, “Customary Norms in Contemporary International Law”, in Jerzy Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century* (Kluwer Law International, 1996), págs. 488 y 493 (“Lo que esas normas tienen en común con las normas consuetudinarias tradicionales es su forma no escrita y la *opinio juris*. Lo que las distingue es que no solidifican una práctica existente, sino que se les pide que inicien una. En comparación con las normas del primer tipo, dan un mayor peso relativo a los que debe ser, más que a lo que es”); A.E. Roberts, *supra*, nota 225, en pág. 763 (“La costumbre moderna deriva esencialmente de declaraciones abstractas de *opinio juris*, pasando de la teoría a la práctica”); R. Kolb, *supra*, nota 224, en pág. 126 (“En consecuencia, esta costumbre deductiva es algo así como una costumbre ‘contrafáctica’, ciertamente un concepto muy alejado de la concepción clásica de derecho consuetudinario”); y B. Simma y P. Alston, *supra*, nota 81, en pág. 89 (“El proceso de

fuentes más rápidas y flexibles de derecho internacional, que permitan cumplir un “potencial utópico” y “compensar la rigidez del derecho convencional”²⁴⁴, en particular en las esferas de los derechos humanos, el derecho humanitario y el derecho ambiental²⁴⁵. Ciertamente, “centrar la atención en la *opinio juris* es tentador para quienes desean ampliar el conjunto de normas que debe considerarse parte del derecho internacional consuetudinario. Si se pudiera ignorar la exigencia de la práctica, o bien reducir su influencia, es posible argumentar que se pueden incluir en la lista de normas de derecho internacional consuetudinario una gran

creación de derecho consuetudinario se ha convertido en una actividad autónoma de retórica. Ahora se utiliza el criterio *deductivo*”).

- ²⁴⁴ Palabras de H. Charlesworth, “The Unbearable Lightness of Customary International Law”, *American Society of International Law Proceedings*, 92 (1998), pág. 44. Véase también, por ejemplo, M.P. Scharf, “Seizing the ‘Grotian Moment’: Accelerated Formation of Customary International Law in times of Fundamental Change”, *Cornell International Law Journal*, 43 (2010), págs. 439, 450, 467 y 468 (“En épocas de cambios fundamentales —ya sea por adelantos tecnológicos, la comisión de nuevas formas de crímenes de lesa humanidad o el desarrollo de nuevos medios de guerra o terrorismo— un derecho internacional consuetudinario de rápido desarrollo cristalizado en resoluciones de la Asamblea General quizás sea necesario para que el derecho internacional pueda seguir el ritmo de otras novedades ... El “Momento de Grocio” reduce al mínimo la cuantía y duración de la práctica de los Estados necesaria en esas épocas de transformación, siempre y cuando exista una expresión especialmente clara y difundida de *opinio juris*”); y O. Schachter, *supra*, nota 225, en pág. 533 (en donde se describe al “Nuevo derecho internacional consuetudinario” como una respuesta a la demanda “en el entorno internacional contemporáneo” de “gobiernos que hayan sentido la necesidad de un nuevo derecho que, por una razón u otra, no se puede lograr mediante tratados multilaterales”).
- ²⁴⁵ Véase, por ejemplo, J. Kammerhofer, “Orthodox Generalists and Political Activists in International Legal Scholarship”, en M. Happold (ed.), *International Law in a Multipolar World* (Routledge, 2012), págs. 138 y 147 “Debido a la incomensurabilidad percibida de lo que se consideran métodos tradicionales u ortodoxos de creación de derecho internacional consuetudinario con los objetivos humanistas de los académicos activistas, en el decenio último una parte influyente de la doctrina de los derechos humanos y del derecho humanitario ha desarrollado un nuevo criterio aplicable al derecho internacional consuetudinario en esas esferas”); J. Wouters y C. Ryngaert, *supra*, nota 236 (“Especialmente los abogados orientados a los derechos humanos a menudo argumentan que el método de formación del derecho consuetudinario en la esfera de los derechos humanos y el derecho humanitario es distinto del método tradicional de formación del derecho consuetudinario en el derecho internacional público ... Los métodos clásicos de formación del derecho basados en el consentimiento de los Estados y en una práctica de los Estados consentida y difundida se puede relajar un tanto “si lo que está en juego es importante” ... Dicho de otra manera, la práctica de los Estados se aplica de manera selectiva para justificar una norma consuetudinaria que no es moralmente neutra”); D. Hunter, J. Salzman y D. Zaelke, *International Environmental Law and Policy*, 2ª edición (Foundation Press, 2002), págs. 312 y 313 (“A medida que el número de tratados, declaraciones y resoluciones internacionales que anuncian principios de protección ambiental ha aumentado a lo largo del tiempo, los especialistas han comenzado a debatir si están en surgimiento o ya han surgido normas consuetudinarias de derecho ambiental internacional ... Esas normas y las posibles normas futuras afrontan un problema particularmente difícil cuando se las somete a la prueba estándar de las normas consuetudinarias (es decir, práctica uniforme de los Estados y la existencia de *opinio juris*) ... sin embargo, esos principios son cada vez más reconocidos en opiniones judiciales y en otras partes, lo que tal vez refleje un cambio en las nociones sobre el modo de creación del derecho consuetudinario”); H. Hohmann, *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law* (1994), pág. 335; D. Bodansky, *The Art and Craft of International Environmental Law* (Harvard University Press, 2010) págs. 191 a 204; y R. Jennings, “Customary Law and General Principles of Law as Sources of Space Law”, en K. H. Böckstiegel (ed.), *Environmental Aspects of Activities in Outer Space: State of the Law and Measures of Protection* (Carl Heymanns Verlag, 1990), págs. 149 y 151.

cantidad de derechos morales”²⁴⁶. Ese “estiramiento conceptual”²⁴⁷, celebrado como la “nueva vitalidad de la costumbre”²⁴⁸, también ha alentado a la apertura del proceso de creación del derecho consuetudinario a agentes no estatales, es decir, organizaciones internacionales y sus organismos²⁴⁹, así como también a los particulares²⁵⁰.

²⁴⁶ A. T. Guzman, *supra*, nota 223, en pág. 186. Véase también B. Simma y P. Alston, *supra* nota 81, en pág. 83 (“Es muy tentador hacer que el derecho consuetudinario sea la fuente que aporte, de manera relativamente directa, las respuestas deseadas. En particular, si se puede interpretar el derecho consuetudinario de manera que nos brinde el conjunto relativamente amplio de normas que se aplican a todos los Estados, se puede resolver el debate sobre las fuentes de las normas internacionales de derechos humanos sin mayores problemas. Habida cuenta de la importancia fundamental del componente de derechos humanos en un orden mundial justo, la tentación de adaptar o reinterpretar el concepto de derecho consuetudinario de manera que garantice que aporte las respuestas ‘correctas’ es muy fuerte y, al menos para algunos, irresistible”); y T. Meron, “International Law in the Age of Human Rights”, 301 *Recueil des Cours* (2004), pág. 377

²⁴⁷ R.B. Baker, *supra*, nota 229, en pág. 31 (emplea un término “acuñado por el científico social Giovanni Sartori para describir las distorsiones que se producen cuando los conceptos establecidos se introducen a caos nuevos sin la adaptación necesaria correspondiente”); véase también R. Kolb, *supra*, nota 224, en pág. 123 (haciendo referencia a la “cada vez mayor ‘blandura’ conceptual”; L. Henkin, *supra*, nota 232, en pág. 37 (“La creación a propósito de costumbre es una innovación radical y ciertamente refleja una concepción radical. Mientras que el derecho se creaba mediante tratados pero crecía por la costumbre, en la actualidad hay una cierta tendencia a tratar a la costumbre como un medio, alternativo a la creación de tratados, para legislar de manera deliberada. Utilizando el concepto de costumbre con ese fin trae consigo la definición tradicional, pero ahora en ocasiones la práctica es la actividad ideada para crear la norma, más que para reflejarla”); y A. Seibert-Föhr, “Modern Concepts of Customary International Law as a Manifestation of a Value-Based International Order”, en A. Zimmermann y R. Hofmann (editores), *Unity and Diversity in International Law* (Duncker & Humblat, 2006), págs. 257 y 273 (“La pertinencia del derecho internacional consuetudinario depende de la manera estricta en que se apliquen los estándares para asumir la existencia de derecho internacional”).

²⁴⁸ Término mencionado en A. Cassese, *supra*, nota 121, en pág. 165; véase también R. Müllerson, *supra*, nota 123, en pág. 359.

²⁴⁹ Véase, por ejemplo, I. Gunning, “Modernizing Customary International Law: The Challenge of Human Rights”, *Virginia Journal of International Law*, 31 (1991), págs. 211 a 213 (“En particular, al cuestionarse la amplitud de la formulación tradicional de la soberanía nacional, en el presente artículo se examinará la posibilidad de permitir que grupos transnacionales e intergubernamentales tengan una voz en la creación de la costumbre”); H. Meijers, “On International Customary Law in the Netherlands”, en I. F. Dekker y H. H. G. Post (editores), *On the Foundations and Sources of International Law* (T.M.C. Asser Press, 2003), págs. 77, 80 y 125 (“Al igual que una norma de derecho convencional, la norma de derecho consuetudinario se forma en dos etapas. En la primera, los sujetos de derecho internacional, en particular los Estados —y en ocasiones las organizaciones internacionales— desarrollan la norma. En la segunda, la norma se transforma en una norma jurídica ... a menudo las dos etapas se superponen”); y N. Arajärvi, *From State-Centricism to Where?: The Formation of (Customary) International Law and Non-State Actors* (3 de mayo de 2010), se puede consultar en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1599679>, pág. 23 (“los agentes no estatales dan forma a la creación internacional del derecho, no solo indirectamente al influir sobre los Estados, sino con una participación directa en el desarrollo de normas consuetudinarias mediante sus propias acciones y declaraciones”).

²⁵⁰ Véase, por ejemplo, L. C. Chen, *An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-Oriented Perspective*, 2ª edición (Yale University Press, 2000), págs. 342 y 346; C. Ochoa, *supra*, nota 90, en pág. 164; y D. J. Bederman, *supra*, nota 230, en págs. 162 y 163.

99. Las tentativas de “revisar o ‘actualizar’ la costumbre”²⁵¹ han sufrido críticas acerbadas, especialmente por el hecho de que la afirmación de que la “costumbre moderna” no es, en realidad, derecho internacional consuetudinario en absoluto²⁵².

²⁵¹ Según hacen referencia B. Simma and P. Alston, *supra*, nota 81, en pág. 83.

²⁵² Véase, por ejemplo, P. Weil, “Towards Relative Normativity in International Law?”, *American Journal of International Law*, 77 (1983), págs. 413 y 435 (“No es esta una simple aceleración del proceso de formación de la costumbre, sino una verdadera revolución en la teoría de la costumbre”); K. Wolfke, *supra*, nota 41, en pág. 2 (“Desde un comienzo ... debe destacarse en particular que la costumbre internacional, al igual que cualquier costumbre, se basa en la regularidad de la conducta. Un derecho internacional consuetudinario que no se basara en la ‘costumbre’ (*consuetudo*) en el sentido tradicional y literal del término sería simplemente un nombre inexacto”); R. Jennings, “What is International Law and How Do We Tell It When We See It”, *The Cambridge Tilburg Lectures* (Kluwer, 1983), pág. 11 (“Tal vez sea el momento de abordar de frente de las pruebas estándar de la costumbre —práctica y *opinio juris*— a menudo no solo son inadecuadas sino irrelevantes para identificar a gran parte del nuevo derecho de hoy día. La razón no es difícil de encontrar: mucho de este nuevo derecho no es costumbre en absoluto, y ni siquiera se parece a la costumbre. Es reciente, es novedoso, entraña decisiones políticas sobre temas de actualidad y a menudo es fuente de controversias. Sería difícil imaginar algo más distinto de la costumbre en su sentido ordinario”); G. J. H. van Hoof, *supra*, nota 49, en pág. 86 (“el derecho consuetudinario y la instantaneidad son conceptos irreconciliables. Además, tiene un efecto negativo en el funcionamiento eficaz del derecho internacional como mecanismo de ordenamiento y regulación, ya que diluye el significado de sus fuentes hasta hacerlas prácticamente desaparecer”); G. Abi-Saab al examinar “Custom and Treaties”, en A. Cassese and J. H. H. Weiler (editores), *Change and Stability in International Law-Making* (Walter de Gruyter, 1988), pág. 10 (“Estamos llamando costumbre a cosas diferentes; mantenemos el nombre pero *ampliamos el fenómeno* ... De hecho, tenemos un vino nuevo, pero estamos tratando de ponerlo en la vieja botella de la costumbre. En algún momento habrá que tener en cuenta este cambio cualitativo y deberemos reconocer que ya no estamos hablando de la misma fuente, sino que estamos en presencia de una nueva manera de crear derecho”); J.P. Kelly, *supra*, nota 122, en pág. 492 (“Al redefinir la práctica de los Estados y la *opinio juris*, los nuevos teóricos del derecho internacional consuetudinario están tratando de crear un nuevo proceso de creación del derecho, en vez de utilizar la metodología del derecho consuetudinario”); R. Kolb, *supra*, nota 224, en pág. 123 (“el nombre ‘costumbre’ quizás se haya vuelto muy estrecho y equívoco cuando se aplica a una serie de fenómenos de la moderna creación del derecho en la sociedad internacional, que se incluyen bajo ese título únicamente porque no existe un fundamento aceptado —nuevo— para la creación del derecho fuera del derecho convencional”); J. Kammerhofer, *supra*, nota 245, en págs. 152 y 157 (“los especialistas activistas manipulan el derecho para promover objetivos que no se expresan como derecho internacional positivo ... la doctrina jurídica internacional, tal como se practica en el clima actual, tiene a ‘ceder’ ante las presiones externas de manera que se falsifica nuestra opinión del derecho internacional positivo al importarse elementos externos”); N. Petersen, *supra*, nota 81, en págs. 282 y 284 (“Por su noción misma, la costumbre exige una *consuetudo*, la existencia de práctica de los Estados ... Es difícil imaginar un derecho consuetudinario sin costumbre”); M. Koskenniemi, “Introduction”, en M. Koskenniemi (ed.), *Sources of International Law* (Ashgate Dartmouth, 2000), pág. xxi (“En la práctica, ‘costumbre’ ha pasado a ser una categoría genérica para prácticamente todos los estándares vinculantes no provenientes de tratados ... Aparentemente, la ‘costumbre’ tiene un origen más legítimo y una aplicación más tangible, aun si varios de los estándares así clasificados como ‘costumbre’ no se pueden ajustar fácilmente a la teoría estándar del surgimiento y la determinación del derecho consuetudinario”); A.M. Weisburd, *supra*, nota 229, en pág. 46 (“Las afirmaciones de que la práctica de los Estados es jurídicamente irrelevante son, en realidad, afirmaciones de que hay una manera más fácil de crear derecho internacional sin tener que generar un consenso genuino entre los Estados. No hay una manera más fácil, y el respeto a la verdad nos obliga a reconocer ese hecho”); J. I. Charney, *supra*, nota 122, en págs. 543 y 546 (en donde se hace referencia al reciente “método más estructurado” de crear derecho consuetudinario al decir que ese proceso “difiere significativamente del entendimiento tradicional del proceso consuetudinario de creación del

Los adherentes al criterio “tradicional” han destacado además que la promoción de una “nueva especie” de derecho internacional consuetudinario socava la autoridad y persuasión de la costumbre como fuente de derecho internacional²⁵³, así como la del derecho internacional en su totalidad²⁵⁴. Hay quienes han añadido que los criterios “no tradicionales” son analíticamente inestables²⁵⁵ y representan una “operación dudosa”²⁵⁶, de la que también se puede decir que adolece de un importante déficit democrático²⁵⁷.

derecho que exige una práctica general a lo largo del tiempo. En consecuencia, quizás sea más exacto llamarlo derecho internacional *general*”); y B. Cheng, “Custom: The Future of General State Practice in a Divided World”, en R. S. J. Macdonald and D. M. Johnson (editores), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory* (1983), págs. 513 y 548.

²⁵³ Véase, por ejemplo, S. Estreicher, *supra*, nota 234, en pág. 15 (“al pasar a un derecho internacional consuetudinario de abajo hacia arriba, inspirado por publicistas, cargado de políticas y virtualmente instantáneo, se vuelve especialmente problemática la legitimidad de esa absorción automática [en el derecho interno]”); A. D’Amato, *supra*, nota 122, en págs. 101 a 105; y R. Y. Jennings, *supra*, nota 67, en pág. 6.

²⁵⁴ Véase, por ejemplo, H. E. Chodosh, *supra*, nota 238, en pág. 99; G. J. H. van Hoof, *supra*, nota 49, en pág. 107; J. P. Kelly, *supra*, nota 122, en pág. 540; P. Weil, *supra*, nota 252, en pág. 441 (“esta relativización de la normatividad ... tal vez impida que en definitiva el derecho internacional cumpla lo que han sido desde siempre las funciones que le corresponden”).

²⁵⁵ Véase, por ejemplo, G. J. Postema, “Custom in International Law: A Normative Practice Account”, en A. Perreau-Saussine y J. B. Murphy (editores), *The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives* (Cambridge University Press, 2007), págs. 279, 281 y 282.

²⁵⁶ B. Simma and P. Alston, *supra*, nota 81, en pág. 107; véase también I. D. de Lupis, *The Concept of International Law* (Norstedts, 1987), págs. 13 y 116 (“En esta obra ... la noción de derecho consuetudinario se rechaza como una ficción nebulosa ... Solo resulta extraño que tantos autores sigan aceptando el vago contorno y el contenido flotante de la noción de ‘derecho consuetudinario’. Porque, fuera del ámbito de las reclamaciones territoriales por prescripción, no tiene fundamento ni justificación en el derecho internacional público moderno. Se ha vuelto la alfombra bajo la cual se esconden todos los actos o normas no identificados, a menudo con la convicción resultante de que como ahora están tapados por la alfombra, deben ser una forma válida de derecho”).

²⁵⁷ Véase, por ejemplo, D.J. Bederman, *supra*, nota 230, en pág. 145 (“El defecto fundamental de la costumbre moderna es que, al encumbrar estándares ideales de conducta del Estado, se ha alejado de la práctica real de los Estados. Si la legitimidad y la transparencia siguen siendo importantes para medir el derecho internacional consuetudinario ... se debe seguir respaldando la concepción tradicional del derecho internacional consuetudinario —aun cuando haya sido capturada de manera imperfecta en la redacción del Artículo 38.1.b”); F. Orrego Vicuña, *supra*, nota 48, en pág. 37 (en donde se argumenta que el derecho consuetudinario ‘moderno’ es “un nuevo autoritarismo a resultas de no aplicarse el estado de derecho”); J. L. Goldsmith y E.A. Posner, “Understanding the Resemblance Between Modern and Traditional Customary International Law”, *Virginia Journal of International Law*, 40 (2000), págs. 639 y 667 (“en donde se argumenta que el derecho internacional consuetudinario moderno “carece de antecedentes adecuados en cuanto al consentimiento de los Estados. Su contenido es vago. Además, se lo invoca y emplea de manera oportunista”); H.E. Chodosh, *supra*, nota 238, en págs. 104 y 105 (en donde se describe un proceso no democrático, ya que pocos crean normas para muchos); S. Estreicher, *supra*, nota 234, en pág. 7 (“en donde se describe al derecho internacional consuetudinario ‘moderno’ como una tentativa de “doctrinarios sumamente cualificados de varias naciones ... y otros activistas de derecho internacional por ampliar el alcance del derecho internacional a fin de ayudar en el avance de los objetivos políticos, ideológicos o humanitarios particulares del autor”); y J.P. Kelly, *supra*, nota 122, en pág. 520 (en donde se argumenta que la nueva metodología del derecho internacional consuetudinario “no resuelve el ‘déficit de democracia’. Si bien los Estados pueden consentir en resoluciones

100. Si bien algunos autores han descrito a los criterios “tradicional” y “no tradicional” del derecho internacional consuetudinario como “un conjunto de criterios opuestos”²⁵⁸, otros han tratado de sintetizarlos y reconciliarlos en una tentativa por producir una concepción común o una teoría general de la costumbre²⁵⁹. Por más convincentes que sean esas tentativas, las controversias doctrinales en curso y los problemas propios del derecho internacional consuetudinario han llevado a varios juristas internacionales a proclamar que se trata de un “concepto problemático”²⁶⁰, “esencialmente disputado” que por el momento sufre una “crisis de identidad”²⁶¹. Además, la inexistencia de una noción compartida de derecho internacional consuetudinario ha contribuido a la crítica de considerar que el derecho internacional consuetudinario es un derecho incierto²⁶². Algunos autores incluso han afirmado que el derecho internacional consuetudinario “tradicional o “moderno” sigue siendo una fuente sumamente problemática, si no ilegítima, de derecho internacional que tal vez debería descartarse por completo²⁶³.

abstractas y generales que son simples recomendaciones, no consienten en normas vinculantes ni desempeñan una función en la determinación de qué normas, si las hubiera, de una resolución se deben transformar en obligaciones consuetudinarias vinculantes ... La legitimidad democrática exige la participación plena o el consentimiento real [y no se presenta aquí ninguna de esas dos circunstancias]”).

²⁵⁸ T. Stein, *supra*, nota 227; véase también, M. Koskeniemi, *supra*, nota 236, en pág. 388; J. A. Beckett, *The End of Customary International Law?: A Purposive Analysis of Structural Indeterminacy* (tesis doctoral, Universidad Glasgow, 2008), págs. 238 a 258; y R. B. Baker, *supra*, nota 229, en pág. 10.

²⁵⁹ Véase, por ejemplo, A. E. Roberts, *supra*, nota 225, en pág. 767; I. I. Lukashuk, *supra*, nota 243; A. Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law* (Oxford University Press, 2008), pág. 100; A. Seibert-Fohr, *supra*, nota 247, en págs. 272 a 277; L. Condorelli, *supra*, nota 228, en pág. 148; J. Tasioulas, “Customary International Law and the Quest for Global Justice”, en A. Perreau-Saussine y J. B. Murphy (editores), *The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives* (Cambridge University Press, 2007), págs. 307 y 320; J. L. Goldsmith y E. A. Posner, *supra*, nota 257, en pág. 672; E. Voyiakis, *supra*, nota 239, en págs. 15 y 16; J. D’Aspremont, *supra*, nota 227, en pág. 145; R. Kolb, *supra*, nota 224, en pág. 122; y W. T. Worster, *The Inductive and Deductive Methods in Customary International Law Analysis: Traditional and Modern Approaches* (6 de enero 2013), se puede consultar en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2197104>.

²⁶⁰ G. J. Postema, *supra*, nota 255, en pág. 279.

²⁶¹ B. Simma y P. Alston, *supra*, nota 81, en pág. 88. Véase también K. Wolfke, *supra*, nota 41, en pág. 2; y J. Kammerhofer, *supra*, nota 85, en pág. 551.

²⁶² Los argumentos relativos a la incertidumbre se refieren en general a los problemas en determinar si ha surgido una norma de derecho internacional consuetudinario o en definir con precisión cuál es su contenido específico (o ambas cosas). Véase, por ejemplo, J. Kammerhofer, *supra*, nota 85, en pág. 536 (“no podemos saber cabalmente cuáles son las normas de formación de la costumbre ni de qué manera surgen esas normas”); L. C. Chen, *supra*, nota 250, en pág. 351; A. T. Guzman, *supra*, nota 241, en pág. 128; J. L. Goldsmith y E. A. Posner, *supra*, nota 232; K. Wolfke, *supra*, nota 124, en pág. xiii; C. L. Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties* (North-Holland Publishing Company, 1976), pág. 63; y G. Mettraux, *supra*, nota 136, en pág. 14.

²⁶³ Véase, por ejemplo, J. L. Goldsmith y E. A. Posner, *supra*, nota 257, en págs. 640, 641 y 672 (“La falsa promesa es que el derecho internacional consuetudinario —tanto el nuevo como el tradicional— influye en la conducta nacional. En nuestra opinión, el nuevo derecho internacional consuetudinario no es menos coherente ni legítimo que el tradicional. Negamos que el derecho internacional consuetudinario moderno difiera del tradicional en cuestiones importantes. La diferencia esencial está en el contenido: el viejo se centraba en las relaciones comerciales y militares entre los Estados; el moderno se centra en los derechos humanos ... El derecho internacional consuetudinario moderno es en su mayor parte una inspiración, como lo

101. Sin embargo, también se ha reconocido ampliamente en la doctrina que el derecho internacional consuetudinario es “el principal material de construcción del derecho internacional general”²⁶⁴, y se lo ha defendido persistentemente porque desempeña una función prominente e innegable en la regulación internacional²⁶⁵. Algunos autores destacan que es precisamente su flexibilidad lo que lo convierte en una fuente valiosa de derecho internacional²⁶⁶ y sugieren que los problemas para determinar la existencia de una norma no son únicos del derecho internacional consuetudinario²⁶⁷. Los especialistas siguen debatiendo el derecho internacional consuetudinario. No cabe duda de que esos debates habrán de continuar²⁶⁸.

era el tradicional”); A. Boyle y C. Chinkin, *supra*, nota 223, en pág. 21 (“A pesar de las afirmaciones acerca de un derecho consuetudinario ‘instantáneo’, este modo de creación de derecho informal y no escrito es inherentemente conservador y orientado al pasado, en razón de la *opinio juris*. El derecho internacional consuetudinario permite a los Estados rechazar la regulación mediante tratados y, al mismo tiempo, reclamar los beneficios de las partes de un tratado no ratificado que perciben como deseables”); J. O. McGinnis, “The Appropriate Hierarchy of Global Multilateralism and Customary International Law: The Example of the WTO”, *Virginia Journal of International Law*, 44 (2003), págs. 229 a 284 (en donde se hace referencia al derecho internacional consuetudinario como cuerpo de derecho que podría deshacer los cuidadosos compromisos concertados en tratados multilaterales); y J. P. Kelly, *supra*, nota 122, en págs. 456 y 500 (“las normas sustantivas de tanto el derecho internacional consuetudinario tradicional como el ‘nuevo’ son formas no empíricas de derecho internacional consuetudinario que se deducen de principios subjetivos y, por ende, no tienen la autoridad de la comunidad internacional ... La controversia es inevitable porque los elementos de la teoría jurídica del derecho internacional consuetudinario son botellas vacías en que se puede verter la teoría normativa de cada uno del derecho internacional”).

²⁶⁴ V. I. Kuznetsov y B. R. Tuzmukhamedov, *supra*, nota 222, en pág. 77.

²⁶⁵ D. F. Vagts, “International Relations Looks at Customary International Law: A Traditionalist’s Defence”, *European Journal of International Law*, 15 (2004), págs. 1031 a 1040; S. Sur, *supra*, nota 67, en pág. 167; G. Norman y J. P. Trachtman, “The Customary International Law Game”, *American Journal of International Law*, 99 (2005), pág. 541; E. T. Swaine, *supra*, nota 151, en pág. 562; H. Bokor-Szegö, observaciones sobre el “Contemporary Role of Customary International Law”, en *Proceedings of the ASIL/NVIR Third Joint Conference* (1995), 18; J. Dugard SC, *International Law: A South African Perspective*, 4ª edición (Juta & Co., 2011), pág. 26; B. Chiagara, *Legitimacy Deficit in Custom: A Deconstructionist Critique* (Ashgate Dartmouth, 2001), pág. 48; W. W. Bishop, “Sources of international law”, en *General course of public international law, Collected Courses of the Hague Academy of International Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 1965) págs. 115, 220 y 230; J. L. Kunz, *supra*, nota 65, en pág. 665; T. Treves, *supra*, nota 73, en párr. 91; A. Perreau-Saussine y J. B. Murphy, “The Character of Customary Law: An Introduction”, en A. Perreau-Saussine y J. B. Murphy (editores), *The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives* (Cambridge University Press, 2007), pág. 8; A. T. Guzman y T. L. Meyer, *supra*, nota 232, en pág. 197; A. T. Guzman, *supra*, nota 241, en págs. 116 y 119 a 121, 175; R. Bernhardt, *supra*, nota 224, en pág. 265; A. Seibert-Fohr, *supra*, nota 47, en pág. 271; M. H. Mendelson, *supra*, nota 41, en pág. 169; G. Schwarzenberger, “International *Jus Cogens*?”, *Texas Law Review*, 43 (1965), págs. 455 y 476; y F. Orrego Vicuña, *supra*, nota 48, en pág. 38.

²⁶⁶ Véase, por ejemplo, J. Pearce, “Customary International Law: Not Merely Fiction or Myth”, *2003 Australian International Law Journal* (2003), pág. 125; D. Bederman, *supra*, nota 223, en págs. 41 a 43. Esa posición también fue manifestada en el 64º período de sesiones de la Comisión por el Sr. Murase, que dijo que la ambigüedad es la esencia y, probablemente, la razón de ser del derecho consuetudinario, que es útil porque es ambiguo (A/CN.4/SR.3148, p. 7).

²⁶⁷ Véase, por ejemplo, I. Brownlie, en A. Cassese y J. H. H. Weiler (editores), *Change and Stability in International Law-Making* (Walter de Gruyter, 1988), pág. 68 (“Creo que el problema más importante en la actualidad es antiguo: la determinación del derecho es difícil. Aun cuando se haya concertado un tratado, es necesario determinar el significado de un texto en particular; tal vez el tratado tenga 20 años de existencia, pero todavía no ha sido interpretado

Quinta parte: labor futura

XII. Programa de trabajo futuro

102. En su segundo informe, de 2014, el Relator Especial se propone comenzar el debate respecto de los dos elementos del derecho internacional consuetudinario, la práctica de los Estados y la *opinio juris*, y la relación que existe entre ellos. Otros asuntos que habrán de examinarse serán los efectos de los tratados en el derecho internacional consuetudinario y la función de las organizaciones internacionales. En el tercer informe, de 2015, se continuará ese debate a la luz de los progresos en el tema, y también se abordarán con más detalle algunos aspectos particulares, como la norma del “objeto persistente” y el derecho internacional consuetudinario “especial” o “regional”. En esos informes segundo y tercero se propondrán una serie de proyectos de conclusión para su consideración por la Comisión. El Relator Especial prevé preparar un informe final en 2016, con un proyecto revisado de conclusiones y comentarios que tengan en cuenta los debates en la Comisión de Derecho Internacional, los debates en la Sexta Comisión y otras reacciones a la labor a medida que esta progrese.

por los tribunales y todavía queda por determinar el derecho. Se tiene la curiosa tendencia a pensar que, de encontrarse la fórmula o la norma correcta, de repente nos resultaría más sencillo determinar el derecho. Considero que eso es bastante poco realista”).

²⁶⁸ Véase, por ejemplo, J. Klabbers, *supra*, nota 236, en pág. 37; D. P. Fidler, “Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law”, *German Yearbook of International Law*, 39 (1996), págs. 198 y 199; y R. Kolb, *supra*, nota 224, en pág. 119.