

LA ELUCIDACIÓN DE LA COSTUMBRE INTERNACIONAL EN SITUACIONES QUE ATENTAN CONTRA LOS DERECHOS HUMANOS (SOBRE CÓMO JUSTIFICAR FUERTES CONVICCIONES)¹

ELUCIDATING INTERNATIONAL CUSTOMARY LAW IN SITUATIONS THAT AFFECT HUMAN
RIGHTS (ON HOW TO JUSTIFY STRONG CONVICTIONS)

A ELUCIDAÇÃO DO COSTUME INTERNACIONAL EM SITUAÇÕES QUE VIOLAM OS DIREITOS
HUMANOS (SOBRE COMO JUSTIFICAR FORTES CONVICÇÕES)

*Favio Farinella*²

Área(s) do Direito: Direito Internacional; Direitos Humanos.

Resumen

La más antigua y simple respuesta a la pregunta sobre las fuentes del derecho internacional refiere dos principales: (i) los tratados, y (ii) el DI consuetudinario. Ambas son creadas por los Estados, de forma tal que los Estados se encuentran obligados en la medida de su consentimiento pasado y presente. Esta respuesta técnica revela muy poco sobre cómo se generan, se invocan y aplican esas fuentes. Este artículo se plantea como objetivo analizar la costumbre como fuente del DI, focalizando en la manera en que es afirmada como medio de prueba en un conflicto internacional y en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales internacionales en que la misma es determinada. Entendemos que además de las conductas estatales y la convicción de su obligatoriedad (*opinio iuris*), otros elementos deben ser considerados a fin de establecer o negar la existencia de una costumbre internacional, especialmente cuando la misma es invocada como fundamento de los derechos de la persona humana frente al Estado. Se reitera aquí el conflicto latente entre dos tradiciones: (i) la que prioriza la soberanía estatal y (ii) aquella que privilegia los derechos humanos. La primera requerirá la aceptación plena de los Estados, expresada a través de sus conductas consideradas vinculantes. Aquí el método a utilizar será inductivo. La segunda elaborará sobre las tendencias legislativas modernas, el *soft law* y la *opinio iuris* referidas a la obligatoriedad del respeto de un mínimo de derechos como límite a la voluntad soberana estatal. En este caso, el método deductivo será la herramienta a utilizar. Si solo se repara en los elementos tradicionales de la costumbre internacional establecidos hace siglos por el DI, llegaremos a decisiones judiciales

¹ Recebido em 15/03/2017. Aceito para publicação em 15/05/2017.

² Doutor em Direito pela Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina). Advogado graduado pela Universidade Nacional de Mar del Plata (1989); BSc em Politics and International Relations (London School of Economics, Reino Unido); Especialista em Direito Internacional (Leiden University, Holanda); Especialista em Direito Internacional dos Direitos Humanos (Estrasburgo, França); Master em Gestão Ambiental do Desenvolvimento Urbano (UNMdP); Master em Educação Profissional pela UNESCO (Centro UNESCO, San Sebastián y París); Master em Aspectos Jurídicos e Econômicos das Novas Tecnologías (UNMdP); Doutorando em Direito pela Universidad de Buenos Aires (Argentina). *E-mail:* <faviofarinella@gmail.com>.

que consolidan el sistema de Estados soberanos, sin importar si las mismas se alejan del ideal de justicia y protección de los derechos humanos, como, por ejemplo, lo refleja las sentencias de la CIJ en Orden de Arresto o en Inmunidades Jurisdiccionales del Estado. Para que eso no suceda, intentaremos demostrar que otros medios reveladores de la práctica general y obligatoria han de ser utilizados. Estos tienen su base en la doctrina de los derechos humanos, complementan el accionar estatal y le fijan límites.

Palabras clave: Derecho internacional consuetudinario. Metodología. Soberanía y derechos humanos.

Abstract

The most ancient and simple response to the question on the sources of international law accounts for two: (i) convention and (ii) custom. Both are created by the States, and this way States are obliged to the extent they are willing to be, according to their past and current actions. This technical answer reveals too little about how they are generated, invoked and applied. This paper aims to assess international customary law as a source of International Law, focusing in the way it is affirmed as evidence in an international procedure, and in the legal decisions of the International Court of Justice and other international courts who assert it. We understand that besides its classic elements -general practice and *opinio iuris*-, other must be considered in order to establish or to deny the existence of a rule of international law, especially when the conflict spins around the rights of the human person as opposed to the State. This situation reveals a latent conflict between two traditions: (i) the one that emphasizes state sovereignty and (ii) the one that stress human rights. The first one would require the full acceptance of States and will make use of an inductive methodology. The second approach will elaborate on legislative modern trends, soft law and the *opinio iuris* in relation to the mandatory nature of a minimum set of human rights as a limit to the will of the sovereign State. In this case, the deductive method will be paramount. If we only take into account the classic elements of International Customary Law, judicial judgements will only consolidate the system of sovereign States, without noticing the protection of human rights and most important, denying the ideal of justice that shall be present in any judicial resolution. In order to avoid this to happen, we try to demonstrate that other elements shall be taken into consideration at the time of stating a rule of international customary law. These new elements are rooted in the doctrine of human rights, complement State sovereignty and at the same time, limit it.

Keywords: International customary law. Methodology. Sovereignty and human rights.

Resumo

A resposta mais antiga e mais simples para a pergunta sobre as fontes do direito internacional se refere a duas principais: (i) os tratados, e (ii) DI consuetudinário. Ambas são criadas pelos estados, de tal forma que os estados se encontram obrigados a ponto do seu consentimento passado e presente. Essa resposta técnica revela muito pouco sobre como essas fontes são geradas, invocadas e aplicadas. Este artigo tem o objetivo de analisar os costumes como fonte de DI, com foco na forma como é afirmado, como prova em um conflito internacional e nas decisões do Tribunal Internacional de Justiça e de outros tribunais internacionais em que são determinados. Entendemos que, além do comportamento do Estado e a convicção da sua obrigação (*opinio juris*), outros elementos devem ser considerados, a fim de estabelecer ou negar a existência de um costume internacional, especialmente quando é invocado como base dos direitos da pessoa humana frente ao estado. É reiterado, aqui, o conflito latente entre duas tradições: (i) a que prioriza a soberania do Estado e (ii) aquela que privilegia os direitos

humanos: A primeira vai exigir a aceitação plena dos Estados, expressada através de seus comportamentos considerados obrigatórios. Aqui o método utilizado será o indutivo. A segunda elaborará sobre as tendências legislativas modernas, soft law e opinio juris, relativas à obrigação de respeitar um mínimo de direitos como limite para a vontade soberana do Estado. Nesse caso, será usado o método dedutivo. Se apenas se observa nos elementos tradicionais dos costumes internacionais estabelecidos, há séculos pelo DI, vamos chegar a decisões judiciais que fortalecem o sistema de Estados soberanos, independentemente se eles se desviam do ideal de justiça e proteção dos direitos humanos, como por exemplo, refletem as sentenças da CIJ em mandado de prisão ou imunidades jurisdicionais do Estado. Para que isso não ocorra, vamos tentar demonstrar que outros meios reveladores da prática geral e obrigatória, devem ser usados. Estes têm sua base na doutrina dos direitos humanos, eles complementam a ação do Estado e estabelecem limites.

Palavras-chave: Direito internacional consuetudinário. Metodologia. Soberania e direitos humanos.

Sumario: 1. *Introducción*; 2. *Determinación y cambio en la costumbre internacional*; 3. *El poder efectivo de la costumbre internacional*; 4. *Métodos utilizados para reconocer la existencia de una costumbre internacional*; 5. *Costumbres tradicionales y modernas*; 6. *A modo de opinion*; 7. *Referencias Bibliográficas*.

Summary: 1. *Introduction*; 2. *Determination and change in international custom*; 3. *The effective power of international custom*; 4. *Methods used to recognize the existence of an international custom*; 5. *Traditional and modern customs*; 6. *Our brief opinion*; 7. *References*.

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *Determinação e mudança no costume internacional*; 3. *O poder efetivo do costume internacional*; 4. *Métodos utilizados para reconhecer a existência de um costume internacional*; 5. *Costumes tradicionais e modernos*; 6. *À guisa de opinião*; 7. *Referências bibliográficas*.

1 INTRODUCCIÓN

Diariamente Estados, organizaciones intergubernamentales y privadas, corporaciones transnacionales e individuos aislados, conducen sus negocios basados en reglas establecidas a nivel internacional, tanto en el ámbito público como en el privado. Las burocracias internacionales actúan de modo sincronizado conforme un sistema que reitera parámetros que en la generalidad de las situaciones han demostrado ser útiles. Los sistemas legales basados en la costumbre encuentran sus raíces en la regularidad de prácticas identificadas a lo largo del tiempo. Por ejemplo, la inmunidad de jurisdicción de la cual gozan los jefes de Estado y representantes diplomáticos poseyó un carácter absoluto desde los mismos inicios del Derecho Internacional (DI de aquí en más) y su inobservancia fue regularmente condenada como una violación del DI.

Una metáfora utilizada por los internacionalistas a fin de ejemplificar la costumbre es la del camino de huellas. Si existe un camino identificable y un acuerdo general por parte de un grupo numeroso de estados acerca que tal camino debe ser seguido, entonces nos hallamos frente a una regla consuetudinaria. Si, por el contrario, encontramos distintas huellas dispersas demostrando una pluralidad de caminos a seguir, evidenciando una forma errática, no podemos tener la expectativa que una de estas rutas deba ser obligatoriamente seguida.

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ de aquí en más) en su art. 38 hace referencia a la costumbre internacional “como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho” (CIJ, Estatuto, art. 38, inc. 1.b.).

Será necesario que los Estados observen tal regla como legalmente vinculante, con lo cual su cumplimiento deja de ser una elección del Estado para constituirse en una obligación legal (la llamada *opinio iuris*). El consentimiento de los Estados puede manifestarse de manera expresa o tácita. La objeción que presente un Estado a fin de no estar vinculado con la nueva regla de DI consuetudinario debe ser reiterada en forma consistente. Los nuevos Estados no pueden escapar al cumplimiento de la costumbre consolidada: se encuentran obligados respecto de todas las reglas existentes al momento de su independencia. Existen además ciertas reglas de DI consuetudinario que son consideradas vitales para el sistema internacional, por lo cual no pueden ser objetadas por Estados aislados. Estas reglas perentorias reciben el nombre de normas *ius cogens*. Finalmente, la omisión cobra importancia cuando el Estado interesado posee motivos para expresar su opinión o adoptar una conducta en respuesta a una situación que se presenta. La importancia de la aquiescencia en DI fue expresada en el caso Lotus (1926) por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional.

La *opinio iuris* juega un rol fundamental al momento de elevar una norma consuetudinaria a la categoría de *ius cogens*, ya que sólo en el caso en que la mayoría de los Estados considere que determinada regla no puede ser objetada o dejada de lado por el consentimiento de uno o más Estados, se llega a la categoría del *ius cogens*. (HIGGINS, 1995, p. 22). La *opinio iuris* puede ser identificada a través de actos claros y precisos de agencias gubernamentales. Respecto de una cantidad relevante de reglas, como las pertenecientes al derecho del mar, la situación es clara y la costumbre se encuentra ya sistematizada en normas convencionales y textos tradicionales de DI. No obstante, cuestiones más recientes

en el desarrollo del DI, constituyen situaciones de especulación teórica que, al ser resueltas en un conflicto interestatal, generan críticas y visiones opuestas. Tal la afirmación de la inmunidad absoluta de jefes de estado y funcionarios estatales respecto de cualquier otro foro doméstico, aun cuando el objeto de la controversia verse sobre actos de tortura (Orden de Arresto, CIJ-1998); o la inmunidad absoluta del Estado aun cuando el conflicto gire en torno de los delitos de genocidio y crímenes contra la humanidad (Inmunidad Jurisdiccional del Estado, CIJ-2012).

En suma, el sistema es circular: los Estados crean normas a partir de conductas que reconocen como obligatorias y sus conductas deben ajustarse a tales normas porque son obligatorias.

2 DETERMINACIÓN Y CAMBIO EN LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

La tendencia a la codificación de la costumbre internacional iniciada en el siglo pasado tiene por objeto brindar mayor certeza a las relaciones internacionales. En ese contexto, el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas es decisivo. La positivización delimita la extensión y forma de ejercicio de los derechos contenidos y eventualmente, ayuda a la solución pacífica de controversias, al obligar a los Estados Partes a utilizar métodos alternativos de resolución de conflictos. Los textos preparados por la CDI, generalmente adoptados luego por la Asamblea General de Naciones Unidas, sirven como referencia de tribunales, gobiernos, intercambios y comunicaciones diplomáticas, en calidad de expresiones autorizadas de reglas consuetudinarias de DI.

En sentido contrario, un tratado multilateral puede derogar una norma consuetudinaria o introducir una nueva norma que se encuentra en contradicción con una anterior basada en la costumbre. La codificación no desplaza completamente a una regla consuetudinaria.

Los cambios en la costumbre internacional son generalmente iniciados por un Estado o grupo de Estados que comienzan a aplicar en sus relaciones mutuas lo que estiman constituir una nueva regla internacional. Si una cantidad relevante de otros estados prestan su aquiescencia con la nueva práctica y subsecuentemente la aplican, esta práctica general sustituirá la anterior. Por ejemplo, durante las décadas de 1940 y 50 del siglo XX un grupo de estados latinoamericanos comenzaron a reclamar el exclusivo control sobre los stocks de recursos vivos que se encontraban

dentro de las 200 millas marinas de sus costas. Otros estados se negaban a esta pretensión, invocando una superficie sustancialmente menor que en ningún caso excedía las 12 millas marinas. En las décadas siguientes, otros estados ribereños que veían depredar sus costas en manos de buques factorías pertenecientes a un pequeño grupo de Estados desarrollados, sumaron su voz al reclamo de las 200 millas marinas, naciendo en consecuencia una nueva costumbre internacional, luego codificada en la Convención de Jamaica de 1982. Otro ejemplo es la aceptación del carácter relativo de la inmunidad jurisdiccional del Estado, que inició la doctrina al distinguir entre actos de imperio y de gestión.

Se impone aquí detenernos en dos cuestiones. La primera pregunta por los caracteres de los actos que servirán como formadores de la costumbre. La segunda indaga sobre el número y frecuencia con que deben sucederse los actos a fin de constituir una “práctica general” que evidencie una costumbre.

En relación con la primera cuestión, la formación de la costumbre internacional sigue residiendo fundamentalmente en los Estados, y al interior de estos, especialmente en los actos de órganos encargados de las relaciones internacionales. Así, es pertinente reparar en las comunicaciones diplomáticas, las instrucciones a las misiones diplomáticas y consulares, las declaraciones del poder ejecutivo y las medidas legislativas relativas a cuestiones de política exterior, entre otras. (SORENSEN, p. 161; BUERGENTHAL; MAIER, 1989, p. 23).

No obstante, desde que existen otros sujetos y actores en el sistema internacional, deben considerarse además las conductas de las organizaciones intergubernamentales, la persona humana, las organizaciones no gubernamentales, las comunidades beligerantes y los pueblos, entre otros. Existe acuerdo en que los tratados internacionales o las resoluciones de organizaciones inter-gubernamentales como las Naciones Unidas y organizaciones regionales como la Organización de Estados Americanos, la Unión Europea y la Unión Africana, constituyen puntos de partida para la elaboración de la costumbre internacional. Incluso hay quienes sostienen que ciertos documentos elaborados por estas organizaciones representan la afirmación de una práctica general y obligatoria. (SIMMA; ALSTON, 1988-1989, p. 89–90). Parte de la doctrina a la que adherimos opina que las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas pueden transformarse justificada y legalmente en normas de DI consuetudinario (D’AMATO, 1982, p. 1128, n. 72; SOHN, 1986, p. 1073). Gunning incluía ya en 1991 como posible generadora de

normas consuetudinarias de DI a las organizaciones no gubernamentales (GUNNING, 1991, p. 222-225).

En segundo lugar, respecto del número de actos y frecuencia necesarios para convertir a una conducta en obligatoria, una respuesta simple consiste en afirmar que la “práctica general” se manifiesta a través de la multiplicación de los precedentes por parte de una mayoría de Estados, siempre que esta situación ocurra sin oposición manifiesta de otro grupo de Estados. Así, debe considerarse la continuidad de la práctica y su alcance, es decir, el número e importancia de los Estados que la ejecutan. En cuanto al tiempo necesario, debemos considerar que la mayor interacción de sujetos y actores internacionales, multiplica la cantidad de conductas y respuestas, y con esto, acorta los tiempos necesarios para constituir una práctica general entendida como obligatoria. Una zona gris se presenta cuando la práctica en cuestión refiere aspectos poco usuales, donde la necesidad de actuación de los Estados es escasa o en temas en que pocos Estados se encuentran interesados. En esta situación el tiempo durante el cual debe respetarse la regla deberá ser mayor.

3 EL PODER EFECTIVO DE LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

Aunque constituye una tautología, puede afirmarse que los Estados cumplen generalmente con el DI consuetudinario porque las normas consuetudinarias reflejan la práctica misma de los Estados, incluida la conciencia de su obligatoriedad. Esta situación evidencia el contenido realista de las relaciones internacionales que parece otorgar un carácter *a-valorativo* a las reglas consuetudinarias. Pareciera afirmarse que la costumbre es lo que los Estados hacen porque conviene a sus intereses. No obstante, no todo es puro realismo. Debe considerarse que los Estados construyen estas conductas colectivas en función de “conductas modelo” que obviamente incluyen imperativos del deber ser. Esto es, cuando uno o más Estados comienzan a actuar una conducta con pretensión de elevarla a norma obligatoria por medio de su repetición y conciencia de obligatoriedad, los demás sujetos del DI pueden -y de hecho lo hacen- objetar la misma como contraria a aquellos propósitos y principios que cimientan el sistema internacional, expuestos estos en los arts. 1 y 2 de la Carta de Naciones Unidas. Tomemos como ejemplo la pretensión de sentar como norma consuetudinaria la llamada “legítima defensa preventiva” ejercida por Estados

Unidos e Israel entre otros y las objeciones a las que ha dado lugar. (GUERISOLI, p. 1-28. También MYJER & WHITE, 2002, vol. 7 no. 1.).

Hay que destacar que, al no requerirse el consentimiento unánime, puede existir la oposición continua de uno o más Estados respecto de una práctica generalizada actuada por una mayoría de Estados. Una vez que la práctica es considerada norma consuetudinaria, será obligatoria entonces para todos los Estados, excepto aquellos que la han rechazado de manera consistente desde antes que convirtiera en obligatoria. Esta solución, que se basa en el consentimiento de los Estados, no se aplica respecto de normas consuetudinarias que adquieren el carácter de *ius cogens*. Ellas no admiten voluntad estatal en contrario. A modo de ejemplo, citamos la prohibición absoluta de la comisión de ciertos delitos internacionales como el genocidio, los crímenes de guerra o los crímenes contra la humanidad.

En suma, aun dejando de lado justificativos morales o religiosos, los Estados no varían su conducta intempestivamente o se aprovechan de situaciones coyunturales conforme intereses cambiantes, ya que tal actitud podría utilizarse en su contra en situaciones futuras, en aplicación de la doctrina del *estoppel*. Esto explica que los Estados sean respetuosos del *status quo* expresado en reglas y principios subyacentes del sistema internacional y de su contenido y finalidad humanista.

Varios métodos pueden aplicarse al momento de comprobar la existencia de una costumbre internacional. Como veremos, ninguno es utilizado de manera exclusiva por los tribunales internacionales. Estos afirman el DI consuetudinario sin adecuarse a metodología alguna. En ocasiones se deduce una regla consuetudinaria a partir de otras fuentes del DI; en otras, se llega a la costumbre a través de la inducción, apreciando un número finito de casos; y aún - y de manera más confortable, aunque azarosa-, se arriba a una costumbre internacional mediante la simple aserción de lo que se estima corresponde.

Esta situación ciertamente conspira contra una interpretación coherente del DI. No obstante, no hace más que evidenciar las fuerzas principales en pugna en el DI contemporáneo: la soberanía Estatal y los derechos de la persona humana. Tratamos esta cuestión en los párrafos siguientes.

4 MÉTODOS UTILIZADOS PARA RECONOCER LA EXISTENCIA DE UNA COSTUMBRE INTERNACIONAL

Determinar la ley implica en ocasiones, desarrollar progresivamente el derecho, y en última instancia, crearlo. Talmon afirma que más allá de los métodos inductivo y deductivo, la forma más utilizada por la CIJ en sus decisiones, a fin de determinar la existencia de una norma consuetudinaria de DI, ha sido -simplemente-, la *aserción*. (TALMON Vol. 26 no. 2).

La CIJ no ha expresado cuál es la metodología que utiliza para determinar la existencia, el contenido y el ámbito de aplicación de las reglas de DI consuetudinario en los casos en que decide aplicarlas o bien, negar su existencia. Igual suerte corren las normas perentorias de DI (*ius cogens*). Hacia fines de los sesenta y comienzos de los setenta, dos decisiones de la CIJ sentaron las bases doctrinarias para repensar las dos fuentes tradicionales del DI consuetudinario: la práctica estatal y la *opinio iuris*.

En *Barcelona Traction* (CIJ, *Barcelona Traction, Light & Power Co., Ltd. (Nueva Demanda)*, Bélgica v. España, 1970, Rep. 4, p. 33–34), se amplió la legitimación de los Estados a fin de reclamar por daños sufridos. Aparece aquí el concepto de obligaciones *erga omnes* (CIJ, *Barcelona Traction, Reports 4*, p. 23), a fin de permitir a cualquier Estado reclamar por la violación de una norma que se considera fundamental para el sistema internacional y que, en consecuencia, obliga a todos los Estados a su cumplimiento. La CIJ sostuvo que los “derechos básicos de las personas humanas” creaban obligaciones *erga omnes*. (CIJ, *Barcelona Traction, Reports 4*, p. 32).

En *Plataforma del Mar del Norte* (CIJ, *North Sea Continental Shelf, Alemania Occidental v. Dinamarca, Alemania Occidental v. Holanda*, 1969, Rep. 3.), la CIJ opinó sobre dos cuestiones básicas para la existencia de una costumbre internacional: (i) la cantidad de participación general requerida para que una regla convencional, que en principio sólo obliga a los signatarios, se convierta en una regla consuetudinaria que obligue a todos los Estados; y (ii) la cantidad de tiempo requerida para tal transformación. En relación con lo primero, la CIJ afirmó que sólo una “participación general y representativa en la convención” sería suficiente para transformar una regla convencional en consuetudinaria. (CIJ, *North Sea Continental Shelf, Reports 3*, p. 42). Respecto del tiempo necesario, la CIJ afirmó que “el mero paso de un breve período de tiempo no es necesariamente, o en sí mismo, un

obstáculo a la formación de una nueva regla de DI consuetudinario, sobre la base de lo que fue originariamente una regla puramente convencional”. (CIJ, North Sea Continental Shelf, Reports 3, p. 43). Esta última opinión invita a afirmar que una norma convencional adoptada por una cantidad representativa de Estados puede transformarse casi instantáneamente en una norma de DI consuetudinario.

Mientras que Barcelona fue utilizado para justificar la universalidad de las normas sobre derechos humanos, Plataforma Continental fue útil a fin de justificar una nueva interpretación de las fuentes de la costumbre internacional, una por la cual las normas de derechos humanos, en virtud de su inclusión en tratados ampliamente ratificados, transmutan ininterrumpidamente en DI consuetudinario.

En el caso Golfo de Maine, una cámara de la CIJ afirmó que “el DI consuetudinario... comprende de hecho un conjunto limitado de normas a fin de asegurar la coexistencia y la cooperación vital de los miembros de la comunidad internacional, junto con un grupo de normas consuetudinarias cuya presencia en la opinio iuris de los Estados puede ser probada mediante la inducción basada en el análisis de una práctica suficientemente extensiva y convincente y no por la deducción de ideas preconcebidas”. (CIJ, Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Canadá v. Estados Unidos de América, Reports 1984, 246, p. 229, para. 111) En el caso Africa Sudoccidental, la CIJ rechazó la deducción de normas consuetudinarias a partir de “consideraciones humanitarias” y de “principios morales”. (CIJ, South West Africa, Liberia v. Sudáfrica, Sentencia, CIJ Reports 1966, 6, p.34, paras 49–50). No obstante lo afirmado, la CIJ no pretendió eliminar el uso del método deductivo. En Plataforma Continental del Mar del Norte cinco jueces utilizaron este método en sus opiniones separadas o disidentes.³

El caso Nicaragua es frecuentemente identificado como un punto de quiebre en la metodología de la CIJ, desde el método inductivo al método deductivo.⁴ Dijo la Corte: “La CIJ no considera que para que una regla sea establecida como consuetudinaria, la correspondiente práctica deba hallarse en absoluta y rigurosa

³ CIJ, North Sea Continental Shelf, República Federal de Alemania v. Dinamarca; República Federal de Alemania v. Holanda, Reports 1969 3, p. 58, para. 3, Opinión separada del presidente Bustamante y Rivero; p. 116, para. 16; p. 147, paras. 48, 49, Opinión Separada del Juez Fouad Ammoun; p. 179, Opinión en Disidencia del Juez Lachs; p. 200, Opinión en disidencia del Juez Morelli.

⁴ Roberts, supra nota 26, p. 758.

conformidad con la regla. A fin de deducir la existencia de reglas consuetudinarias, la Corte considera suficiente que la conducta de los Estados sea, en general, consistente con tales reglas (...). La opinio iuris podría, con todo el debido cuidado, ser deducida de -entre otros- la actitud de las Partes y la actitud de los Estados hacia ciertas Resoluciones de la Asamblea General". (CIJ, Actividades Militares y Paramilitares, supra nota 24, p. 98, para. 186; 99, para. 188).

En la jurisprudencia reciente de la CIJ, el caso Orden de Arresto es visto como un claro ejemplo del razonamiento deductivo⁵, mientras que Inmunidades Jurisdiccionales del Estado es considerado como un ejemplo acabado del uso del método inductivo por parte de la CIJ. (Simma, 2012, p. 99). Por ejemplo, en Orden de Arresto, la CIJ afirmó haber "examinado cuidadosamente la práctica estatal [tras lo cual]... ha sido incapaz de deducir de esta práctica que exista bajo el DI consuetudinario forma alguna de excepción a la regla que acuerda inmunidad respecto de la jurisdicción penal". (CIJ, Orden de Arresto del 11 abril 2000, República Democrática del Congo v. Belgica, ICJ Reports 2002, p. 24, para. 58).

Los nuevos tribunales internacionales de fines del siglo XX, sobretodo los de carácter penal, han contribuido a una nueva apreciación de la costumbre internacional, especialmente aquella que protege los derechos humanos. Su jurisprudencia ha elevado a la categoría de DI consuetudinario a un espectro amplio de cuestiones legales. De esta manera, la cuestión de si la práctica general de los Estados y la conciencia de su obligatoriedad constituyen los únicos elementos de la costumbre internacional va quedando atrás. Esto arroja consecuencias no solo en el ámbito internacional, sino también en el interno, ya que cada vez más, al analizarse el carácter consuetudinario de nuevas situaciones, la jurisprudencia internacional repara en las distintas jurisprudencias domésticas para justificar la existencia de una norma consuetudinaria de DI.⁶

Afirma Talmon (Vol. 26, no. 2, p. 421) que "existe acuerdo general en que el DI consuetudinario es, por regla, afirmado por inducción". Sin embargo, continúa

⁵ Véase la Declaración del presidente de la CDI, Asamblea General ONU, 68a Sesión, 6o Comité, Registro de la Reunión 17a, 28/10/2013, UN Doc. A/C.6/68/SR.17, 08/11/2013, p. 6, para. 20. Orden de Arresto del 11 abril 2000, República Democrática del Congo v. Belgica, ICJ Reports 2002, p. 3.

⁶ Al respecto, véase Baker Roozbeh B., Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates. The European Journal of International Law Vol. 21 no. 1, EJIL 2010.

comentando que en ciertas situaciones el método inductivo es imposible de aplicar.⁷ Identifica cuatro de ellas.

Primera, cuando no existe práctica estatal general simplemente porque la cuestión es nueva. En el caso Golfo de Maine, la CIJ sostuvo que la “práctica es aún bastante escasa, debido a la relativa novedad de la cuestión” y que esa circunstancia “obsta la posibilidad que surjan las condiciones necesarias para la formación de los principios y reglas del derecho consuetudinario”. (CIJ, Delimitación del Límite Marítimo en el Golfo del Área de Maine, Canadá v. Estados Unidos, CIJ Reports (1984) 246, p. 290, para. 81).

Segunda, la práctica estatal es conflictiva o escasa y, en consecuencia, no es concluyente. En más de una ocasión, la CIJ debió enfrentar situaciones en que las partes contendientes alegaban prácticas estatales contradictorias respecto del método de delimitación de la plataforma continental. En el caso de la Plataforma Continental de Libia y Malta, la CIJ no dudó sobre la importancia de la práctica estatal en la cuestión, pero concluyó que la “práctica, de cualquier forma, que fuera interpretada, no llega a proveer suficientes datos para probar la existencia de una regla que prescriba el uso de la equidistancia, o incluso cualquier otro método, como obligatorio.” (CIJ, Plataforma Continental, Libia v. Malta, CIJ Reports, 1985, 13, p. 38, para. 44).⁸

Tercera, la opinio iuris de los Estados no puede ser establecida. El magistrado Sorensen en Plataforma del Mar del Norte destacó que “en vista de la manera en que las relaciones internacionales son conducidas, puede haber numerosos casos en que es prácticamente imposible para un gobierno producir evidencia concluyente de los motivos que han instado la acción y la política de otros gobiernos.” (CIJ, Plataforma Continental del Mar del Norte, CIJ Reports, 1969, 3, p. 246. Opinión en disidencia del Juez Sørensen).

⁷ Menciona entre otros a los siguientes autores Schüle, ‘Methoden der Völkerrechtswissenschaft’, 3 Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht (1959) p. 14, 19–20; Charles de Visscher, Problèmes d’interprétation judiciaire en droit international public (1963), p. 16; Dominicé, supra note 13, p. 357–358; Dinstein, ‘The Interaction between Customary International Law and Treaties’, 322 Recueil des Cours (RCD) (2006) 243, p. 265; Mendelson, ‘The Formation of Customary International Law’, 272 RCD (1998) 155, p. 181; Condorelli Luigi, ‘Customary International Law: The Yesterday, Today, and Tomorrow of General International Law’, in Antonio Cassese (ed.), Realizing Utopia: The Future of International Law (2012) 147, p. 148.

⁸ Véase también Plataforma Continental del Mar del Norte, CIJ Reports, 1969, 3, p. 45, para. 81.

Cuarta, existe una discrepancia entre la práctica estatal y la *opinio iuris*. Por ejemplo, en *Nicaragua v. Estados Unidos*, la CIJ se enfrentó a una cantidad considerable de prácticas estatales referidas a la intervención en los asuntos internos de otros estados. Al mismo tiempo, existía *opinio iuris* sosteniendo la obligación de no intervención. (CIJ, *Actividades Militares y Paramilitares Nicaragua v. Estados Unidos*, CIJ Reports 1986, 14, p. 106, para. 202; p. 108–109, paras 206–207).

Es posible entonces que en estas y otras situaciones en que el método inductivo no puede ser utilizado, otros métodos como la deducción y la simple aserción sean utilizados a fin de afirmar o no la existencia de una costumbre internacional.

5 COSTUMBRES TRADICIONALES Y MODERNAS

Se menciona comúnmente la existencia de diferentes categorías de DI consuetudinario: la costumbre tradicional y la costumbre moderna⁹.

Mientras Anthea Roberts afirma que la costumbre tradicional es evolutiva y se identifica a través de un proceso inductivo por el cual una costumbre general se deriva de instancias particulares de la práctica estatal, la costumbre moderna deriva de un proceso deductivo que comienza con afirmaciones generales de reglas antes que instancias particulares de práctica.

La costumbre moderna se relaciona con nuevos e importantes valores morales y desafíos globales como la paz, los derechos humanos y el ambiente, mientras que la práctica corriente de los Estados se caracteriza por la ocurrencia de un grado tal de violaciones e inobservancias que impiden su utilización como base sólida para la inducción de normas consuetudinarias protectorias de los bienes mencionados. Por eso, la costumbre moderna enfatiza la *opinio iuris* por sobre la práctica estatal, ya que descansa primariamente en afirmaciones antes que en las acciones Estatales. (ROBERTS, 2001, p. 758)¹⁰. Su desarrollo es rápido ya que

⁹ Véase Posner, 2000, p. 639. Otros autores han distinguido entre 'la antigua práctica basada en la costumbre' y la 'costumbre nueva y radical'. Por ejemplo, véase Simma y Alston, *The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles*, 12 *Australian Year Book of International Law* (1988–89) 82, p. 89–90 o entre 'costumbre sabia' y 'costumbre salvaje' (véase Dupuy, 'Coutume sage et coutume sauvage', en *La communauté internationale: Mélanges offerts à Charles Rousseau* (1974) 75).

¹⁰ Respecto de las varias teorías sobre la costumbre internacional véase p. 761–788.

puede deducirse de acuerdos multilaterales, declaraciones de foros y organizaciones inter-gubernamentales y organismos especializados, todos los cuales puede consolidar prácticas emergentes y generar nuevas. Por esas razones, el método más apto para consolidar contenidos básicos del DIDH, el DIH, el DIPenal y el DI del medio ambiente internacional, es la deducción.¹¹ La costumbre moderna ha sido asociada con el desarrollo progresivo del DI, en tanto que el método deductivo ha sido equiparado a una cuasi legislación¹².

La costumbre tradicional al priorizar la práctica estatal, poco aporta a la necesidad de creación de nuevas reglas para defender valores globales o completar vacíos legales. A ella se llega, principalmente, a través de la inducción y se presenta como conservadora, positivista y precisa en la descripción de su contenido¹³.

Ambos métodos -el inductivo y el deductivo- no son en sí ni tradicionales ni modernos, en un sentido cronológico. Ambos también han sido frecuentemente utilizados en la jurisprudencia de la CIJ.¹⁴ Talmon sostiene que, en la mayoría de casos, la CIJ afirma el DI como mejor lo considera, sea tanto para asegurar la existencia de una norma consuetudinaria como para negarla. En esta última situación, su fórmula consiste en repetir que no existe una “práctica estatal uniforme y general”, sin proveer mayor sustento a la manera en que llegó a tal afirmación. (CIJ, Orden de Arresto del 11 abril 2000, República Democrática del Congo v. Belgica, ICJ Reports 2002, p. 24, para. 58; Ahmadou Sadio Diallo, República de Guinea v. Republica Democratica del Congo, ICJ Reports 2007 582, p. 615, para. 89).

Así, el uso de la aserción se reitera como en Orden de Arresto donde afirmó: “La Corte observaría en el inicio que en el derecho internacional se encuentra firmemente establecido que ... ciertos poseedores de un cargo oficial de alto rango en un Estado, como el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno o los Ministros de Asuntos Exteriores, gozan de inmunidad de jurisdicción de otros Estados, tanto civil

¹¹ Véase Kolb, *Selected Problems in the Theory of Customary International Law*, 50 *Netherlands International Law Review* (2003) 119, p. 124–125, 129; Tomuschat, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century: General Course on Public International Law*, 281 *RCD* (1999) 9, p. 334.

¹² Así lo explica Roberts, *supra* nota 26, p. 763, p. 765. Véase AG ONU, 67a Sesión, Sexto Comité, Registro Sumario de la 21a Reunión, 05/11/2012, UN Doc A/C.6/67/SR.21, 04/12/2012, p. 4, para. 15 (Republic of Korea).

¹³ Roberts, *supra* nota 26, p. 760.

¹⁴ Véase Worster, 2013, p. 43.

como penal". (CIJ, Orden de Arresto, p. 20, para. 51; una crítica de la decisión en este punto puede verse en p. 52, para. 14, Opinión en disidencia del Juez Oda; o en la p. 142, para. 10; p. 147, para. 16, en la Opinión en disidencia del Juez van den Wyngaert). De esta forma, afirmó el carácter consuetudinario de la inmunidad *absoluta* *ratione personae* de funcionarios estatales de alto rango, sin mayor argumentación o referencia a la práctica estatal o la *opinio iuris*.¹⁵

La CIJ ha desarrollado varias técnicas de aserción, entre las que se destacan (i) la referencia a los trabajos y opiniones de la Comisión de Derecho Internacional; (ii) la observación *ex cathedra* referida a que cierta provisión de un tratado refleja el DI consuetudinario; (iii) la declaración relativa a que ciertas provisiones contenidas en resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas reflejan el DI consuetudinario; (iv) en otras ocasiones, afirma sus propias aserciones anteriores como fundamento de una nueva aserción sin fundamento en la práctica u *opinio iuris*, como la metamorfosis del principio de libre determinación que pasó a considerarse un derecho.

6 A MODO DE OPINIÓN

Tras lo expuesto, notamos que en la elucidación de la costumbre internacional se enfrentan dos visiones referidas al *propósito* del DI. La primera entiende que este cuerpo de normas busca mejorar a la humanidad, enfatizando la promoción y protección de los derechos humanos como límite al accionar estatal. La segunda visión se conforma con establecer que el DI sólo busca expresar normas que regulan la vida de cooperación y conflicto de los Estados dentro del sistema internacional.¹⁶ Esas visiones reflejan el conflicto latente entre derechos humanos y soberanía estatal.

Desde una visión humanista, que es la que reconocemos como prioritaria, afirmamos el enfoque finalista del DI, fundado en los derechos y la búsqueda del bienestar del ser humano y de los pueblos. Simplemente porque estos trascienden a los Estados y sus gobiernos.

¹⁵ Véase Akande Dapo, 'International Law Immunities and the International Criminal Court', 98 AJIL-2004, 407, p. 412; Robert Cryer y ot., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (2nd edn, 2010), p. 547.

¹⁶ Al respecto, véase Weil P., *Towards Relative Normativity in International Law?* 77 AJIL, 1983, p. 413 y ss.

Esta afirmación no implica desconocer que el nacimiento y desarrollo del DI transcurrió como la fuerza efectiva de la voluntad Estatal dirigida a ordenar el caos de un sistema internacional anárquico. No obstante, hoy el DI se propone conseguir algo más que el orden internacional y la solución pacífica de controversias. La teoría de los derechos humanos, nacida para limitar la soberanía estatal, hoy la complementa y cualifica. De esa manera, junto con las fuentes tradicionales enumeradas en el art. 38 del Estatuto de la CIJ, aceptamos la existencia del *soft law* que se presenta en forma de normas auto-regulatorias o de buena práctica. También del efecto vinculante de variadas Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas que son votadas por la gran mayoría de los Estados miembros. Los Informes de la Comisión de DI y de otros organismos con autoridad en la materia sirven también a fin de revelar una práctica general y obligatoria. Finalmente, la consolidación de ciertas normas de DI consuetudinario como parte del *ius cogens*, implica ciertamente intentar trascender el interés presente de los Estados y más aún, comenzar a delimitar una esfera de actuación estatal que aparte de la legalidad internacional al Estado que actúe fuera de los límites jurídicos del sistema.

7 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKANDE, Dapo. **International Law Immunities and the International Criminal Court**, 98 AJIL-2004.

BAKER, Roozbeh B. Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates. **The European Journal of International Law** Vol. 21 no. 1, EJIL 2010.

BUERGENTHAL, Thomas; MAIER, Harold. **Public International Law**, West Group, 2 edición, Estados Unidos, 1989.

D'AMATO, Anthony. The Concept of Human Rights in International Law, 82 **Columbia Law Review**, 1982.

GOLDSMITH; POSNER. Understanding the Resemblance between Modern and Traditional Customary International Law, 40 **Virginia Journal of International Law** (VJIL), 2000.

GUERISOLI, Emmanuel. Evolución del concepto de Legítima Defensa. **Centro Argentino de Estudios Internacionales**. Disponible em: <www.caei.com.ar>. Programa Derecho Internacional.

GUNNING. Modernizing Customary International Law: The Challenge of Human Rights, 31 **Virginia Journal of International Law**, 1991.

HIGGINS, R. **Problems and Processes: International Law and How We Use It**, Clarendon Press Publications, 1995.

KOLB. Selected Problems in the Theory of Customary International Law, 50 **Netherlands International Law Review**, 2003.

- MYJER; WHITE. The Twin Towers Attack: an Unlimited Right to Self Defense? **Journal of Conflict and Security Law** 2002, vol. 7.
- ROBERT, Cryer y ot., **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**, 2nd edn, 2010.
- ROBERTS, Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation, 95 **American Journal of International Law** (AJIL) 2001.
- SIMMA, Bruno. Human Rights in the International Court of Justice: We Witnessing a Sea Change?', en Denis Alland y ot. (eds), **Unité et diversité du droit international: Ecrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy**, 2014.
- SIMMA; ALSTON. The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles, **12 Australian Year Book of International Law**, 1988–89.
- SOHN, Louis. "Generally Accepted" International Rules, 61 **Washington Law Review**, 1986.
- SORENSEN, Max. Editor. **Manual de Derecho Internacional Publico**. Fondo de Cultura Economica.
- TALMON, Stefan, Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion. *The European Journal of International Law* Vol. 26 no. 2.
- TOMUSCHAT. **International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century: General Course on Public International Law**, 281 RCD, 1999.
- WEIL P. **Towards Relative Normativity in International Law?** 77 AJIL, 1983.
- WORSTER, William Thomas. **The Inductive and Deductive Methods in Customary International Law Analysis: Traditional and Modern Approaches**, 06/01/2013.