

# LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

NATACHA PANATT K.

Profesora de Derecho Internacional  
Facultad de Derecho - Universidad de Chile

## SUMARIO

1. Valor vinculatorio de la costumbre. 2. Elementos. 3. Diferentes estados de la costumbre. 4. Valor jurídico. Tratado y Costumbre. 5. Tratados. 6. Tratados declarativos. 7. Tratados cristalizadores de costumbre. 8. Tratados generadores de costumbre. 9. Conclusiones.

Durante la última década, los casos presentados ante la Corte Internacional de Justicia han versado mayoritariamente sobre asuntos relacionados con la costumbre internacional. A diferencia de lo anterior, las controversias presentadas ante la Corte Permanente de Justicia Internacional y ante la Corte Internacional de Justicia hasta los primeros años de la década de 1960, se referían, principalmente, a dificultades concernientes a la interpretación y aplicación de tratados.

Los Estados son celosos guardianes de sus derechos soberanos y reconocer una instancia o poder superior representa para ellos un serio menoscabo a su voluntad absoluta. La jurisdicción de la Corte se basa totalmente en la voluntad de los Estados.

Cuando un Estado se presenta, ya sea como demandante o demandado, ante la Corte Internacional, está consciente de que la sentencia puede o no serle favorable. Si el fundamento de sus argumentos se encuentra en un tratado, o sea, en acuerdos concretos, textos que representan claramente la voluntad e intención de las partes, así como las razones que las indujeron a contratar y los fines perseguidos, la competencia de la Corte queda perfectamente delimitada. Su poder de decisión está coartado y sus atribuciones, rígidamente enmarcadas. De esta manera, el menoscabo a la libertad que representa para el Estado el aceptar la decisión de un poder judicial que le es extraño, se ve atemperado

por su cabal conocimiento de los límites señalados a la competencia del tribunal. Si bien, como lo señala el artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, "la decisión de la Corte no es obligatoria, sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha decidido", los precedentes judiciales permiten a los Estados conocer el criterio que ha primado en las sentencias anteriores. Así, un Estado que se somete a la jurisdicción de la Corte puede tener razonables expectativas respecto del fallo que persigue. Su defensa se mueve en el campo de acción que delimita el mismo. La sentencia es fundada, igual que los votos disidentes, lo que obliga a los jueces a un exhaustivo estudio de sus opiniones y a una mayor acuciosidad en el desempeño de sus funciones.

Diferente es el caso cuando el punto controvertido es una costumbre internacional. Esta es raramente clara e indiscutible y como consecuencia, se amplía el campo de la libertad de apreciación de la Corte. Al hacerse más extenso el margen de actuación de la Corte, la soberanía de los Estados litigantes disminuye en forma proporcionalmente inversa. En el evento que un Estado vea frustradas sus expectativas a una sentencia favorable, se produce un rudo golpe a su soberanía al comprobar que lo que consideraba como un "derecho", que su convicción de actuar conforme a ese derecho, su "opinio juris" es declarada errónea. Tal situación es un contrasentido al concepto de soberanía. Largo ha sido el camino recorrido por los Estados. En los primeros cuatro años del funcionamiento de la Corte Permanente de Justicia Internacional, de los primeros doce casos sometidos a su conocimiento, ocho fueron opiniones consultivas. Esta estadística demuestra hasta qué punto los Estados resintieron las trabas que representaba para sus soberanías el sometimiento a una instancia judicial internacional.

La nueva actitud de los Estados ha permitido a la Corte cooperar en forma constante al desarrollo y desenvolvimiento de normas de Derecho Consuetudinario. Los problemas llevados ante ella son complejos. Igual que lo que ocurre en Derecho Interno, no se trata de casos en que una de las partes sea absolutamente poseedora de la verdad. Tampoco la contraparte se encuentra en una posición enteramente errónea. Generalmente, existen buenas razones desde los dos lados del problema. Por eso, el fallo debe favorecer al que tiene más razón. Esta apreciación la vemos reflejada en las sentencias en que los votos de los magistrados alcanzan

la mínima mayoría y, en muchas ocasiones, los jueces están de acuerdo en algunos puntos y no en otros, lo que lleva a votos disidentes y a opiniones separadas.

La diferencia de apreciación en cuanto al valor jurídico que debe ser protegido trae aparejada una falta de unanimidad en los puntos controvertidos. Este caso se destaca claramente en las opiniones de los jueces en el caso del Lotus.

Particularmente es difícil la decisión cuando se trata de la costumbre si ésta no está claramente cristalizada. Si ya constituye o no una "práctica generalmente aceptada como derecho", si es sólo un principio emergente y qué posibilidades reales tiene de ser aceptado por la generalidad de los Estados o, por el contrario, si es una costumbre que ha caído en el desuso. Es uno de los puntos más arriesgados de dilucidar.

## I. VALOR VINCULATORIO DE LA COSTUMBRE

¿Hasta qué extremo un Estado soberano se puede considerar obligado por una costumbre aceptada, no sólo generalmente, sino universalmente? ¿Hasta qué límite puede uno o varios Estados alejarse de la práctica general, o pedir que no le sea aplicable a él, o a los que como él rehúsen consentir en ella?

La Corte no ha mantenido una jurisprudencia uniforme. Sería engañoso afirmarlo. En algunos fallos puede haberse creado la impresión de haberse adoptado un método restringido para asegurar la existencia del Derecho Consuetudinario. Un examen superficial podría llevar a la conclusión de que hay una inclinación a aceptar el punto de vista de los Estados, en cuanto a no ser obligados por reglas de derecho consuetudinario a menos de haberlas clara e inequívocamente reconocido como tales.

Es necesario tener en cuenta el hecho de que la Corte ha aplicado frecuentemente el Derecho no escrito como "algo lógico" ("as a matter of course"), aun cuando la práctica de esa determinada costumbre no exhibía ninguna conspicua uniformidad. A contrario sensu, ha descartado que la práctica desarrollada en algunos casos haya creado normas obligatorias de Derecho Internacional Consuetudinario.

Como ejemplo de lo anterior, nos encontramos con situaciones en que la Corte aceptó costumbres de corta formación. Me refiero expresamente al caso de la plataforma continental. Originalmente, se reconocía la soberanía sobre el suelo y subsuelo que se encontraba bajo el mar territorial de cada Estado. Esa era la norma general, pero con la Declaración Truman y las declaraciones unilaterales que la siguieron, los Estados extendieron su soberanía más allá de sus aguas territoriales. En sólo trece años, los que van desde el pronunciamiento americano hasta la Primera Conferencia de Ginebra de 1958, sobre el Derecho del Mar, se consagró esta práctica de los Estados. El tiempo corto no es obstáculo para consolidar una costumbre. Más importante es la existencia de una práctica activa y uniforme. La nueva costumbre depende del grado de aceptación necesario que obtenga.

En otras oportunidades, como en el caso de las Pesquerías, la Corte declinó admitir que hubiera una regla de Derecho Internacional Consuetudinario que obligara a que la línea de base de las aguas territoriales "debiera" seguir las sinuosidades de la costa. De la misma manera rehusó reconocer la existencia de una regla que estableciera el límite de diez millas para las líneas de base territorial para el caso de las bahías, como normas obligatorias de Derecho Internacional Consuetudinario. En el primer ejemplo, la Corte basó su negativa en las numerosas excepciones en la aplicación de esta regla y en la diversidad de los métodos empleados; en el segundo, reconoció que algunos Estados la habían aceptado, pero otros no y, por consiguiente, dictaminó que esta regla no había adquirido la autoridad necesaria para ser considerada norma de Derecho Internacional Consuetudinario.

La Corte no juzgó conveniente darle a esa práctica el statu de costumbre internacional y eso nos lleva a un serio problema de fondo. ¿Es la universalidad requisito para que una práctica sea reconocida como costumbre? Si así fuera, serían muy pocas las reglas que pudieran considerarse costumbres internacionales. Se producirían lagunas en el Derecho Internacional, pues los Estados han demostrado que es fácil llegar a acuerdo. Lo difícil es que ratifiquen los acuerdos que los obligan permanentemente. Ejemplos de tratados que no han sido ratificados por los Estados negociadores son numerosos. Bástenos recordar la Declaración de Londres de 1909, que en su Preámbulo establece que: "Las Potencias

signatarias están acordes en que las reglas contenidas en los siguientes capítulos corresponden en sustancia a los principios generalmente reconocidos de Derecho Internacional”.

No siempre usa la Corte la expresión costumbre en sus sentencias. En el caso del “Lotus”, la sentencia se refiere a “los usos generalmente aceptados con expresión de principio de ley”. También se refiere a la costumbre cuando se expresa como la: “práctica internacional consistente” en relación al pasaje de los barcos por canales internacionales como fue en el caso del “Wimbledon”.

## 2. ELEMENTOS DE LA COSTUMBRE

Son pocas las veces que el Derecho Internacional Consuetudinario demuestra un alto grado de acuerdo y de uniformidad. El asunto se complica por la tendencia de incorporar al problema de la prueba de la costumbre los requisitos de uniformidad y de convicción de la existencia de una obligación legal.

En doctrina, los elementos de la costumbre aparecen claramente establecidos y se reconocen universalmente dos de ellos. Precedentes y “opinio juris”. Algunos autores agregan otros. Por ejemplo, que correspondan a un sentimiento de justicia, no sólo al ejercicio de un derecho; que no sean bárbaros... y aquí ya nos encontramos con dificultades. Lo que es bárbaro o no depende fundamentalmente de factores de ubicación geográfica. Lo que es repulsivo a los sentimientos de compasión varía en los diferentes pueblos. Lo mismo ocurre con el requisito de ilicitud, aunque en este aspecto y debido al desarrollo progresivo de los acuerdos internacionales se va llegando a un cierto grado de uniformidad.

De lo anterior se puede apreciar claramente que la costumbre, principal fuente de derecho internacional, es algo sumamente complejo, y que, por su verdadera naturaleza, es algo poco definido. En los casos en que la conveniencia de una regla consuetudinaria es evidente y en los problemas menores, hay poca dificultad para determinar la existencia de una costumbre definida y para interpretarla dándole fuerza obligatoria. El punto neurálgico es determinar cuándo, en qué momento de su evolución, una práctica se ha transformado en una costumbre. Es una paradoja que la convicción de la existencia de una obligación legal sea requisito para la

creación de esa obligación legal, como brillantemente lo expresan el Juez Tanaka y el Juez Lachs. Es, también, necesario tener en cuenta que cuando un Estado invoca en los tribunales internacionales una determinada costumbre se refiere, muchas veces, a situaciones nuevas para él. Lo que trata de probar es que su reacción es idéntica a la de otros estados que se han encontrado anteriormente en situaciones parecidas o similares.

### 3. DIFERENTES ESTADOS DE LA COSTUMBRE

Ya hemos hecho referencia al carácter esencialmente evolutivo de la costumbre. Es una de sus características. Es un derecho vivo, que corresponde y se adapta a las más diversas situaciones. A diferencia del tratado, que es obra de la reflexión, de mesuradas opiniones, de serios y exhaustivos estudios efectuados tanto por el poder ejecutivo como por el legislativo de los Estados, la costumbre puede nacer sin que se vea sometida a una detallada valoración previa. Un acto emerge a la vida internacional sin que se pueda prever cuál va a ser su aceptación por los demás Estados. Profecías a este respecto han sido frecuentemente erróneas.

Si una práctica de derecho internacional cristaliza en una costumbre es aventurado conjeturar su tiempo de existencia.

Puede caer en el desuetudo y ser cambiada respondiendo a la necesidad de adaptarse a una situación nueva. Su flexibilidad es también una de sus características esenciales. Este punto afecta ostensiblemente su prueba en los tribunales. Dice Verzijl, en el Volumen I de su libro "La Jurisprudencia de la Corte Internacional", refiriéndose al caso del "Lotus", que la disparidad de criterios de los jueces que dictaron la sentencia resulta de los distintos principios de derecho internacional que trataron de proteger, y agrega que "esto demuestra, una vez más, la necesidad de codificación, pues los llamados principios generales de derecho internacional que dominan los asuntos humanos y que son invocados tan a menudo por los Estados desaparecen tan pronto como queremos traerlos a terreno, como un pálido fantasma donde están las terrenas pasiones jugando. Esto es porque los brillantes rayos de la justicia divina y eterna sólo son reflejados imperfectamente a través del prisma de la mente humana, y porque, cuando trata-



mos de tomarlos, nuestras manos empuñadas sólo se cierran en el vacío”.

#### 4. VALOR JURÍDICO. TRATADO Y COSTUMBRE

El segundo lugar asignado a la costumbre en el orden establecido en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, no constituye una subordinación en cuanto a jerarquía de normas. Son de igual valor jurídico, lo que equivale a decir que se pueden derogar mutuamente. Una conclusión importante que se puede desprender de la jurisprudencia de la Corte referente a las fuentes del Derecho Internacional es que no existe una oposición tajante entre las normas de un tratado y las de la costumbre, pues una norma contenida en un tratado puede, y de hecho así ha ocurrido muchas veces, llegar a constituir una costumbre internacional. Por lo tanto, un criterio de demarcación rígida, como si fueran excluyentes, no siempre correspondería a la realidad. Tal actitud sería incorrecta. Se ha reconocido, desde hace mucho tiempo, que conceptos emanados de un tratado pueden llegar a ser costumbre internacional. Este proceso se ha intensificado en los recientes años. Es uno de los frutos de la tarea de codificación del Derecho Consuetudinario emprendida por la Comisión de Juristas nombrados por las Naciones Unidas especialmente para esta tarea.

#### 5. TRATADOS

La realización de Convenciones internacionales referentes a importantes puntos de Derecho Internacional Consuetudinario realizadas ya sea en conferencias internacionales o en órganos de las Naciones Unidas ha permitido la participación de todos o casi todos los Estados del mundo. Este procedimiento ha habilitado a los Estados a participar desde el comienzo en las discusiones referentes a problemas de costumbre internacional. Ya no se puede decir que una regla de Derecho Internacional Consuetudinario es establecida por la voluntad de uno o de unos pocos Estados. Este procedimiento les confiere a los tratados así adoptados una autoridad indiscutible y que, a veces, se traduce en su acepta-

ción voluntaria, aun antes que entren en vigor legalmente. Esto sucedió, por ejemplo, con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que aunque entró en vigencia solamente en agosto de 1979, desde mucho antes los Estados la invocaban en sus relaciones mutuas.

Recientes decisiones de la Corte de Justicia han atribuido importantes efectos a las Convenciones generales celebradas por los Estados, en lo referente a su relación con el grado de desarrollo del derecho consuetudinario. Aun en el caso que el grado de consensus de las naciones participantes no ha sido significativo, se ha estimado esto como una prueba de la actitud de los Estados referente a ciertas materias.

De esta manera, nos encontramos con tres importantes tipos de Tratados Internacionales según sea que ellos tengan:

- a. un efecto declaratorio de la costumbre internacional;
- b. cristalicen una costumbre internacional, o
- c. generen una costumbre internacional.

Y así nos referiremos a tratados declarativos, cristalizadores y/o generadores de normas de derecho consuetudinario.

Analizaremos brevemente cada una de estas tres posibilidades.

## 6. TRATADOS DECLARATIVOS

Son aquellos que recogen una norma ya existente de costumbre. Así su inclusión en el tratado sería pura y simplemente una codificación o el reconocimiento de una norma consuetudinaria preexistente. De esta manera, en el caso de Namibia, en que la Corte de Justicia Internacional emitió una Opinión Consultiva relativa a los principios generales del Derecho Internacional que regulan la terminación de un tratado como consecuencia de su violación, se basó en el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aunque dicho tratado no se encontraba en vigor. Tampoco había sido ratificado por los Estados que se encontraban involucrados en el diferendo. La Corte dijo en su Opinión Consultiva: "Las normas establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, concernientes a la terminación de un tratado por violación de éste, pueden en muchos as-



pectos ser consideradas como una codificación de una regla de derecho consuetudinario existente a ese respecto”.

De igual manera, ese mismo artículo fue invocado por la Corte en el ICAO Council Case en apoyo de su opinión de que sólo una violación grave, como es la definida por dicho artículo, puede causar la terminación de un tratado.

En el caso de *Pesquerías de Islandia*, la Corte debió examinar la causal de cambio fundamental de circunstancias, como razón para dar por terminado un tratado. Nuevamente se refirió al articulado de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Esta vez se refirió expresamente al artículo 62, estableciendo: “Este principio, y las condiciones y excepciones a las cuales está sujeto, se encuentran en el artículo 62 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, la cual puede en muchos aspectos ser considerada como codificación del Derecho Consuetudinario existente, relativo a la terminación del vínculo contractual, por razones de cambio de circunstancias”.

## 7. TRATADOS CRISTALIZADORES DE COSTUMBRE

Puede ocurrir que una norma de costumbre se encuentre en capullo. Que esté en *statu nascendi*, o sea, que recién emerja a la vida internacional. Si tal norma es recogida por un tratado, esta circunstancia le da un espaldarazo definitivo. Cristaliza como una norma de derecho internacional. Ejemplo de este caso es la Declaración de Londres sobre los usos de la guerra marítima, a que nos hemos referido anteriormente. Aunque no fue ratificada, los Estados signatarios establecieron claramente sus posiciones al respecto.

En el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte, la Corte declaró que los tres primeros artículos de la Convención sobre Plataforma Continental contenían los principios básicos del concepto de plataforma continental y que los derechos de los Estados referentes a ellos eran “los que aparecían ahí como reflejándose o cristalizando, recibiendo o, por lo menos, emergiendo como reglas de Derecho Consuetudinario relativas a la plataforma continental”.

En 1973, en el Caso de las Pesquerías entre Gran Bretaña e Islandia, la Corte estableció como regla de derecho consuetudinario a la que “estando en estado de emerger llegaba a ser establecida más allá de toda duda por su incorporación en una convención general”.

En las palabras del juez Cardozo, “estas reglas tienen un destello de existencia hasta que el *Imprimatur* de una Convención les conceda carácter jurídico”.

## 8. TRATADOS GENERADORES DE COSTUMBRE

Ciertos conceptos discutidos por los Estados suscitan el interés de otros y si de los argumentos dados fluye un consenso nos encontraremos que aun los Estados no participantes en el Tratado pueden compartir sus innovaciones. Aplican sus reglas entre ellos, no debido a un vínculo contractual, sino dando origen a una costumbre. Por ejemplo, el Tratado Jay entre Estados Unidos y Gran Bretaña en 1794 sobre arbitraje estableció normas de conducta entre esos dos Estados que fueron posteriormente ganando el reconocimiento de muchas otras naciones que las aplicaron en sus relaciones recíprocas. Generalizó la institución del tercer árbitro.

En lo referente a los conceptos de mar territorial y de derechos de pesca, aunque la Conferencia del Mar falló por un solo voto en adoptarlos, estableciendo así su anchura precisa, no podemos negar que los Estados han adoptado en su práctica internacional los principios que rigieron los debates y los acuerdos de esa Convención.

Esta actitud ha sido reconocida por la Corte Internacional de Justicia, lo que le ha permitido efectuar una significativa contribución a la evolución de un concepto más flexible de la fuente del derecho consuetudinario, basado en el reconocimiento del consenso que se establece entre los Estados, sin necesidad de requisitos de adopción muy formales.

A contrario sensu, cuando un concepto despierta el repudio activo de los Estados que toman parte en una conferencia internacional determinada, esta actitud también sirve para conocer qué situaciones no cuentan con el respaldo de dichos Estados.

## 9. CONCLUSIONES

Estudiar la costumbre internacional, ver cómo juega en los distintos momentos históricos, analizar su cambio y tratar de predecir su evolución es un trabajo muy interesante.

Creo que los tratados, que por su naturaleza demandan concesiones recíprocas, coartan la libertad de los Estados al contratar. El derecho consuetudinario les permite actuar más libremente. Les permite mayor flexibilidad. Pero también pienso que la interrelación que se produce entre los tres tipos de tratados someramente descritos en esta ponencia daría pie para creer que no debe existir una tajante separación entre las dos principales fuentes de Derecho Internacional. Compartimentos tan cerrados para cada una, quizás no reflejarían totalmente la realidad actual. Como lo establece el artículo 38 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados al tratar de las normas de un tratado que pueden llegar a ser obligatorias para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional, reconocida como tal, es la costumbre la que se encuentra siempre presente. Es su sombra la que está respaldando las relaciones de los Estados. El artículo 43 de la misma convención refuerza esta idea al determinar las obligaciones impuestas por el derecho internacional independientemente de un tratado.

Siempre, de una o de otra manera, volvemos a la costumbre internacional, que es para muchos autores la única fuente del Derecho Internacional.