

CAPÍTULO TERCERO

LAS FUENTES DEL ARTÍCULO 38-1

Después de ver su origen, es justo ver la interpretación y las complejidades que se presentan en la práctica y señaladas en la doctrina de las fuentes a que se refiere el artículo 38-1. Como veremos, nos encontraremos con un panorama complejo, rico, y de muchas dudas y cuestionamientos por parte de la doctrina. Lo que nos hace pensar que el tema de las fuentes no está acabado, sino en constante evolución.

I. LOS TRATADOS INTERNACIONALES

En esta parte del libro nos referimos a los tratados internacionales como una fuente de DI; nuestra intención no va más allá de la descripción, pues dejamos los detalles y la complejidad teórica que presenta el derecho convencional para otros trabajos.

1. *¿Los tratados son fuente del derecho internacional?*

Si juzgamos por la simple lectura del artículo 38-1 del ECIJ, podríamos decir que los tratados internacionales son una fuente formal indiscutible de DI. Sin embargo, cierta parte de la doctrina no está de acuerdo con esto. El jurista Fitzmaurice rechaza rotundamente que los tratados sean una fuente de DI, para él es una fuente de obligaciones, como lo puede ser en derecho interno un contrato.⁵⁶ Discutir lo contrario es una postura meramente

⁵⁶ Harris, D. J., *op. cit.*, p. 45.

académica que no tiene trascendencia. El artículo 38-1 considera a los tratados como fuente de DI y es justo; en la solución de una controversia el juez no puede negarse a aplicar una convención, por mucho que no sea de aplicación general; tiene la obligación de tomar en cuenta el derecho convencional. Independientemente de eso, hay tratados internacionales que por su membresía son de carácter universal y tienen mayor certidumbre, por su forma, que la costumbre internacional.

2. *Importancia de los tratados internacionales*

Los tratados internacionales a lo largo de la historia, no sólo del DI como tal, sino de la misma humanidad, han jugado un papel importante en el establecimiento de normas de conducta entre los pueblos. No hay duda de que la institución jurídica de los tratados hunde sus raíces en la profundidad de la historia de la humanidad. Podemos mencionar un ejemplo en el mundo mesoamericano: el acuerdo que dio vida a la triple alianza entre los pueblos de Tenochtitlán-Texcoco-Tlacopan, en el año de 1434, dio pauta a la grandeza de Tenochtitlán⁵⁷ antes de la llegada, invasión y conquista de América por parte de Hernán Cortés.

Además, en el transcurso de la historia de la humanidad se han celebrado tratados internacionales que son parte aguas, como el Tratado de Paz de Westfalia de 1648, que prácticamente es el origen de los Estados europeos contemporáneos y del DI contemporáneo (estatal); o bien el Pacto Briand-Kellog⁵⁸ de renuncia a la guerra,⁵⁹ que marca la proscripción de la guerra como medio de solución de controversias, y sirvió como base ju-

⁵⁷ Escalante Gonzalbo, Pablo, “El posclásico en Mesoamérica”, *Nueva Historia General de México*, México, El Colegio de México, 2010, pp. 140-146.

⁵⁸ Que lleva el nombre de los negociadores, el diplomático Frank B. Kellogg, secretario de Estado de Estados Unidos y Aristide Briand, ministro de Relaciones Exteriores de Francia.

⁵⁹ Verdross, Alfred, *Derecho Internacional*, 6a. ed., trad. de Antonio Truyol y Serra, España, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1982, p. 69.

ridica en los juicios de Núremberg después de la Segunda Guerra Mundial y que, además, influyó en la Carta de San Francisco. La Carta de Naciones Unidas es un ejemplo de un tratado que reúne las características de ejercer gran influencia en el DI y en la organización internacional y, por otra parte, de un tratado que prácticamente tiene validez universal por el número de Estados miembros (193), lo cual prácticamente logra la universalización de la Carta.

3. *El siglo XX y el auge de los tratados internacionales*

Podemos señalar al siglo XX como el periodo de auge del derecho convencional con la celebración de múltiples tratados internacionales que prácticamente se convierten en códigos internacionales como las convenciones de Viena de 1961 y 1963 sobre relaciones diplomáticas y consulares, respectivamente; la III Convención de Montego Bay sobre Derecho del Mar de 1982; y cientos de tratados que cubren materias como Derecho Penal Internacional (DPI), derechos humanos, comercio internacional, límites (aéreos, cósmicos o terrestres), medio ambiente, etcétera; y para regular ese entramado impresionante de normas convencionales, la Convención de Viena de 1969 (Viena 69) sobre el derecho de los tratados celebrados entre Estados (CVDT) que entró en vigor hasta el año de 1980, y al que nos referiremos brevemente más adelante.

Después tenemos la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986, que hasta la fecha no ha entrado en vigor, y que es un complemento de la de Viena 69. También es importante la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados (1978) y que entró en vigor el 6 de noviembre de 1996.

Podemos concluir que, indudablemente, los tratados internacionales son una fuente formal del derecho y que los Esta-

dos le han dado mucha importancia a ella sobre todo en el siglo XX, prefiriendo la seguridad de tener un compromiso por escrito negociado por ellos. Aunque también esto sea su debilidad, pues la negociación en algunos casos ha sido complicada y en otros constituye un obstáculo insalvable. Por ejemplo, durante casi cuarenta años, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la ONU, integrada de eminentes juristas, estuvo trabajando un Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, que finalmente fue adoptado por la propia CDI en el año 2001,⁶⁰ pero que no pudo llegar a ser un tratado internacional. Esto nos habla de la complejidad de la negociación y, por otra parte, de la vigencia de la costumbre internacional como fuente a la que nos referiremos más adelante.

4. *Contenido de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969*

Viena 69 es uno de los grandes tratados del Siglo XX. Es el resultado de un esfuerzo considerable de codificación de las normas consuetudinarias que se han formado a través de los siglos y de creación de nuevas normas, en una labor bastante encomiable de desarrollo progresivo del DI. Con razón a Viena 69 se le puede denominar “el tratado de tratados” o la “constitución de los tratados”.

En Viena 69 encontramos todo el proceso de elaboración de un tratado a partir de su concepto. Se entiende por tratado: “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.⁶¹

⁶⁰ Avalos Vázquez, Roxana de Jesús, *Responsabilidad del Estado por hecho internacionalmente ilícito*, México, Porrúa, 2007, pp. 88.

⁶¹ Artículo 2-1-a de Viena 69.

La definición es de gran relevancia porque termina con las discusiones semánticas, ya que el nombre de “tratado” depende de su contenido; es un acuerdo, es decir, una conjunción de voluntades; internacional, porque no es de carácter interno, si no sería un contrato; celebrado por escrito, aunque es posible encontrar acuerdos verbales, Viena 69 se limita a los escritos; entre Estados, Viena 69 tiene bien claros sus límites y sólo se refiere a los acuerdos estatales, dejando para otra convención los acuerdos en donde intervienen los OIs; regido por el DI, en este caso los límites están en la regulación internacional; en la práctica internacional un tratado puede constar en un solo instrumento o en varios. Por ejemplo, los tratados internacionales en materia de libre comercio son bastante complejos, por lo que tienen varios anexos.

Concluyendo, la cuestión semántica no es trascendente, pues si el acuerdo contiene todas estas características será un tratado, independientemente si se le denomina convenio, protocolo, convención, tratado, etcétera.

A. *Negociación del tratado*

Un tratado es negociado por personas que requieren de plenos poderes.

Se entiende por «plenos poderes» un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado.⁶²

Aunque la misma Viena 69 reconoce que hay ciertos funcionarios que no requieren esos plenos poderes en virtud, precisa-

⁶² Artículo 2-1-c de Viena 69.

mente, de las funciones que desempeñan, automáticamente, sin necesidad de presentar plenos poderes, se considera que representan a un Estado:

a) los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de relaciones exteriores, para la ejecución de todos los actos relativos a la celebración de un tratado; b) los Jefes de misión diplomáticas, para la adopción del texto de un tratado entre el Estado acreditante y el Estado ante el cual se encuentran acreditados; c) los representantes acreditados por los Estados ante una conferencia internacional o ante una organización internacional o uno de sus órganos, para la adopción del texto de un tratado en tal conferencia, organización u órgano.⁶³

Hay una diferencia en la negociación de un tratado bilateral y otro multilateral. En éste la negociación se desarrolla, en muchos casos como si fuera un parlamento con trabajo en comisiones y después en plenos. Además, en los tratados de este tipo es posible interponer reservas, que tienen como finalidad de un mayor número de Estados pueda ser parte del tratado multilateral, salvando las características concretas de su derecho interno.

B. *Las reservas*

La CVDT se refiere a las reservas en los tratados.⁶⁴ Una de las instituciones del derecho convencional más distintiva define a la “reserva” como “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas

⁶³ Artículo 7-2-a de Viena 69.

⁶⁴ Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, reseña de “Las reservas a los tratados. Lagunas y ambigüedades del régimen de Viena”, de Rosa Riquelme Cortado, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. VI, 2006, pp. 887-893.

disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”.⁶⁵ La reserva tiene límites: los primeros se refieren a la oportunidad en su presentación, que puede ser al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él. El otro límite es que la reserva esté permitida por el tratado y que no exprese nada que sea incompatible con el objeto y el fin de los tratados.⁶⁶ Precisamente esta es una norma consuetudinaria cristalizada en la OC dictada por la CIJ del 28 de mayo de 1951, Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.⁶⁷

Después de la negociación, los Estados manifiestan su consentimiento en obligarse por el tratado mediante “la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido”.⁶⁸ En general, la práctica es que los tratados se firman y después se someten a la aprobación de sus órganos internos que sirven como un elemento de control o de contrapeso y más tarde se ratifican, con lo cual el Estado que lo hace queda obligado plenamente.

Sin embargo, aún antes de que el tratado entre en vigor ya hay obligaciones para el Estado que lo haya firmado, de acuerdo con el artículo 18 de la CVDT. Su intención es no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor.

C. Principios fundamentales

Con el tratado vigente, las partes deben de observar varios principios, entre los que sobresale el principio de *pacta sunt servanda*, es decir, todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser

⁶⁵ Artículo 2-1-d de la CVDT.

⁶⁶ Viena 69 dedica los artículos 21 al 23 al tema de las reservas.

⁶⁷ En ella se afirmó: “Es pues, la compatibilidad de la reserva con el objeto y el fin de la Convención el criterio que debe de determinar la actitud del Estado que hace la reserva y la del Estado que objeta a ella”.

⁶⁸ Artículo 11 de la CVDT.

cumplido por ellas de buena fe.⁶⁹ Este principio es fundamental en el DI, de él deriva la obligatoriedad de las normas convencionales y se extiende a todo el sistema.

Además, Viena 69 contiene una norma, el artículo 27, que aparentemente establece un cierto predominio del DI, por lo menos convencional, sobre el derecho interno: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”. Decimos que es “aparente” porque el artículo 46 protege y respeta “a la norma fundamental de su derecho interno”, con lo que se atenúa ese aparente monismo internacional del artículo 27; pero únicamente en materia de competencia para celebrar tratados, lo cual implica que si el consentimiento del Estado fue otorgado de conformidad con las normas fundamentales de derecho interno es válido, lo contrario genera una nulidad. Esto también manifiesta uno de los elementos de existencia de las obligaciones.

D. Reglas de interpretación

Viena 69 contiene normas concretas de interpretación de los tratados, en sus artículos del 31 al 33.

El artículo 31. Regla general de interpretación, señala:

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
 - a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado.

⁶⁹ Artículo 26 de la CVDT.

- b) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.
- 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
 - a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones.
 - b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.
 - c) Toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
- 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.⁷⁰

El artículo 32. Medios de interpretación complementarios, señala:

Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) Deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) Conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.⁷¹

E. Las causas de nulidad de los tratados internacionales

La CVDT también emitió normas relativas a la nulidad de los tratados en sus artículos 46 al 53. En un diseño que deja ver claramente la influencia del derecho romano, ya que habla de nulidades relativas —que son convalidables y prescriptibles— y absolutas —que no se convalidan ni prescriben con el tiempo—. Las causas que Viena 69 reconoce están expresamente señaladas:

⁷⁰ Artículo 31 de la CVDT.

⁷¹ Artículo 32 de la CVDT.

- El consentimiento manifestado en violación de disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados.
- Restricción específica de los poderes para manifestar el consentimiento de un Estado.
- El Error.
- El Dolo.
- La corrupción del representante de un Estado.
- La coacción sobre el representante de un Estado.
- La coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza.
- Los Tratados que están en oposición con una norma imperativa de DI general
- La aparición de una nueva norma imperativa de DI general (*ius cogens*), según lo dispuesto en el artículo 64 de la CVDT.

F. *El ius cogens*

Uno de los aportes fundamentales de Viena 69 es el *ius cogens*,⁷² definido por la misma convención como “una norma 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 derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Este aporte, producto del desarrollo progresivo del DI, dio un giro radical en el derecho convencional y ha trascendido a todo el sistema, pues es base para la creación de un orden público internacional con normas que limitan la voluntad de los Estados.

⁷² Gómez Robledo, Antonio, *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*, México, UNAM, 2003; y Vallarta Marrón, José Luis, “La argumentación jurídica en torno al *ius cogens* internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. X, 2010, pp.11-47.

Teóricamente se plantea el problema de determinar la naturaleza jurídica del *ius cogens*. ¿Acaso es de carácter consuetudinario o consensual?, en realidad no podemos hablar de que su naturaleza jurídica sea consuetudinaria, porque pensar en que exista un OP, como existe en la costumbre, sería romper el requisito que establece Viena 69 de que sea “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario”.

En realidad, opera con base en el consenso. Por ejemplo, si vemos la práctica, por lo menos la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la determinación de cuáles son las normas de *ius cogens* se hace sin probarse, simplemente se señala cuáles son esas normas. Hay un consenso estatal, no se pone en duda lo que dice la Corte,⁷³ es decir, la jurisprudencia de la Corte IDH va marcando la pauta, al determinar cuáles son las normas imperativas.⁷⁴

⁷³ Por ejemplo, en el *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú* (2014) se dijo: “La Corte ha establecido que la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La prohibición de la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes es absoluta e inderogable, aún en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, Estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas. Esta prohibición pertenece hoy día al dominio del *ius cogens* internacional. Los tratados de alcance universal y regional consagran tal prohibición y el derecho inderogable a no ser sometido a ninguna forma de tortura. Igualmente, numerosos instrumentos internacionales consagran ese derecho y reiteran la misma prohibición, incluso bajo el derecho internacional humanitario”.

⁷⁴ La Corte Interamericana ha identificado en su jurisprudencia varias normas de *ius cogens*, por ejemplo: 1. Integridad física, *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago* (2005); 2. Desaparición forzada, *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala* (2010); *Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) vs. Guatemala* (2012); *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia* (2010); 3. Crímenes de *lesa humanidad*, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (2006).

G. Terminación de los tratados y suspensión de su aplicación

Viena 69 regula, en forma detallada, las causas de terminación y suspensión de un tratado, siendo el consentimiento de las partes la primera y básica. En el caso de un

...tratado que no contenga disposiciones sobre su terminación ni prevea la denuncia o el retiro, no podrá ser objeto de denuncia o de retiro a menos: a) Que conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o de retiro; o b) Que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado.⁷⁵

Viena 69 se refiere también a cuestiones concretas como qué sucede con la sucesión de tratados en el tiempo: un tratado posterior entre las mismas partes y con el mismo objeto tiene el efecto de dar por terminado el anterior. ¿Qué sucede con una violación grave de un tratado? Tratándose de tratados bilaterales —en el caso de los tratados multilaterales hay normas específicas— le da derecho a la víctima de suspenderlo total o parcialmente o darlo por terminado.

La imposibilidad del cumplimiento de un tratado puede ser causa también de su terminación o de retiro de él. Lo mismo sucede en el caso de cambio fundamental en las circunstancias, lo que técnicamente de denomina como la Cláusula *Rebus sic Stantibus*⁷⁶ y, por último, la ruptura de relaciones diplomáticas o consulares, en principio, no afecta las relaciones establecidas por un tratado.

No obstante la seguridad que proporcionan tanto el derecho convencional como consuetudinario, sobre el derecho de los tratados, la doctrina reconoce ciertas “incertidumbres”. Al respecto, Michael Wood⁷⁷ habla de seis incertidumbres:

⁷⁵ Artículo 56 de la CVDT.

⁷⁶ Ramírez Flores, Nora, “Cláusula *Rebus sic Stantibus*: ¿una opción para el problema del agua en la frontera norte?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. VII, 2007, pp. 623-641.

⁷⁷ Wood, Michael, “What is Public International Law? The Need for Clarity about Sources”, *Asian Journal of International Law*, vol. I, 2011, pp. 211 y 212.

La primera se refiere a la incertidumbre sobre la naturaleza jurídica de un instrumento, es decir, sobre si tal o cual acuerdo es o no un tratado. Esto sucede porque los Estados muchas veces recurren a instrumentos de naturaleza jurídica ambigua como “memorándum de entendimiento” o “acuerdos interinstitucionales”, para no pasarlos por el control constitucional interno o porque su contenido es considerado como “confidencial” —lo cual es considerado ilegal, pues el DI contemporáneo rechaza los tratados secretos—.

En realidad, no consideramos que esta incertidumbre se deba al marco jurídico de los tratados, considerando la definición que de tratado hace la CVDT, refiriéndola textualmente a “...cualquiera que sea su denominación particular”. Lo cual nos lleva a considerar que esta incertidumbre se refiere al derecho interno y a su contenido, más que a la forma del acuerdo en cuestión.

La segunda incertidumbre parte de considerar que “es sorprendentemente difícil saber si un tratado está en vigor para un Estado en particular”,⁷⁸ refiriéndose Wood al caso de la sucesión de los tratados en el tiempo. Esto es cierto, sobre todo en momentos en que es posible la existencia de una maraña de tratados que puedan estar en vigor al mismo tiempo, como es el caso de los tratados que la doctrina denomina *noodle bowl* y que describe las decenas de tratados de libre comercio que se tienen celebrados en la Cuenca del Pacífico. Aquí hay que hacer un verdadero ejercicio de disección para saber cuáles son las obligaciones para cada uno de los Estados que son parte de varios tratados al mismo tiempo.

La tercera incertidumbre establece que “la fecha de entrada en vigor puede también llevar a confusión” y se refiere a que los no expertos en DI no distinguen entre firma, ratificación y entrada en vigor de un tratado internacional. Esta no es una situación privativa del derecho de los tratados, esta incertidumbre puede suceder en cualquier campo del conocimiento. El conocimiento

⁷⁸ *Ibidem*, p. 211.

jurídico es tan específico que en muchos casos no es tan accesible para los no expertos.

La cuarta incertidumbre parte de la premisa de que los artículos 18 (obligación de no frustrar el objeto y fin de un tratado antes de su entrada en vigor) y 25 (aplicación provisional de los tratados) de Viena 69, pueden generar incertidumbre; sin embargo, aunque esto podría suceder, habría que ver el caso concreto.

La quinta se refiere a necesidad de identificar el texto de un tratado, cuando hay un título, el preámbulo, artículos, anexos, que pueden ser más de un documento; situación que se agrava cuando los tratados están en varios idiomas, como es el caso de del tratado de la Unión Europea que está en 23 idiomas y cada uno de ellos se considera auténtico. Aquí opinamos que esto debe resolverse por los expertos.

La sexta incertidumbre señala que la multitud de reservas que los estados interponen hace confuso e incierto identificar sus obligaciones; por tal razón, la CDI adoptó en el año de 2011 la Guía de la Práctica sobre la Reserva a los Tratados, que puede amortiguar este defecto.

II. EL DERECHO CONSUECUDINARIO INTERNACIONAL

Si bien no hay duda de que la costumbre internacional es una fuente actual e imprescindible del DI, también es cierto que es una de las fuentes más cuestionadas por la doctrina. Esto se debe a varias razones, entre otras, a su forma no escrita y al auge que ha cobrado el derecho convencional, sobre todo en el siglo XX. Trataremos de dar una visión desde sus orígenes, sus características y los principales cuestionamientos de la doctrina. Aunque estos cuestionamientos son fuertes, no creemos que desaparezca, pues no existe una institución que pueda llenar los espacios normativos que llena la costumbre; sin embargo, consideramos que debe readecuarse a las condiciones actuales.

1. *La evolución del derecho consuetudinario internacional*

Para entender en su justa dimensión la costumbre internacional es útil explorar sus orígenes. Hasta principios del siglo XX, el DI en muchas áreas de preocupación fundamental de los Estados se consideraba, o era, *lex non scripta*. El contenido de la normatividad se determinaba por medio de la inducción y de la razón. Sólo las leyes de guerra y de neutralidad contaban con una suficiente codificación.

Ahora bien, ¿desde cuándo se toma a la costumbre como fuente de DI? En la antigüedad ya se hablaba de la costumbre, Aristóteles mencionaba que la costumbre tenía dos caras: *ethos* y *nomos*, y cada una de ellas tiene un concepto semántico. *Ethos*, como habito consuetudinario, ve hacia la naturaleza y las pasiones subracionales; en cambio *nomos*, como una convención consuetudinaria, ve hacia el derecho y la razón.

Aristóteles frecuentemente usaba el término *ethos* para describir no solo la costumbre de los hombres, sino también los hábitos de los animales.⁷⁹

Por su parte, Francisco Suárez (1548-1617) considera que la costumbre es un signo de la voluntad del legislador; como también lo es de la ley estadual; la diferencia entre una y otra es que un Estatuto se manifiesta en palabras, mientras que la costumbre se manifiesta en hechos, pero en esencia no hay diferencia entre ellos.

En algo parecido al actual concepto de la costumbre internacional, Suárez dice que hay dos aspectos del consentimiento del derecho consuetudinario: el consentimiento material al contenido de la costumbre y el consentimiento legal a la aplicación legal de la costumbre.⁸⁰ Suárez parece anticipar el elemento de la costumbre, la *opinio iuris sive necessitatis*, cuando afirma que aunque una costumbre dure 1000 años no tiene fuerza legal, a

⁷⁹ Murphy, James B., *The Philosophy of Customary Law*, Oxford University Press, 2014, p. 6.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 49.

menos que quien lo practica lo haga con la intención de crear una ley obligatoria.⁸¹

Jeremy Bentham, por su parte, considera que la doctrina de la costumbre es una entidad ficticia, tal como la doctrina del contacto social, o de un consentimiento tácito, derecho común, sociedad, humanidad, naturaleza, etcétera. Son entidades ficticias.⁸²

Desde los autores clásicos, fundadores del derecho de gentes, ya se toma a la práctica como una fuente de lo que se puede entender como jurídico. Si analizamos la obra de uno de los fundadores indiscutibles del DI, Hugo de Groot, o Hugo Grocio como se le conoce en lengua española, podemos constatar esta aseveración. En efecto, la doctrina de DI ya ha hecho un ejercicio de análisis sobre las fuentes en que se basaba el pensador holandés. Por ejemplo, David J. Bederman,⁸³ quien analiza la obra *De iure belli ac pacis*, encuentra que Grocio, para evidenciar la práctica y la costumbre de los Estados antiguos, citaba a prominentes historiadores, juristas, filósofos y poetas griegos y romanos. En la selección de sus fuentes, fue “eclectico y difuso”, según Bederman.

El recurso de Grocio a los clásicos romanos es muy evidente en su obra *De iure belli ac pacis*, en donde incluye citas a Cicerón, Séneca, Tácito, Platón y Plutarco,⁸⁴ entre otros. De los cuales, Cicerón era uno de sus autores más citados; el título *De iure belli ac pacis* fue tomado de su trabajo sobre *ius gentium*.

⁸¹ *Ibidem*, pp. 55 y 56.

⁸² *Ibidem*, p. 62.

⁸³ Bederman, David J., “Reception of the Classical Tradition in International Law: Grotius’ *De iure belli ac pacis*”, *Emory International Law Review*, 1996, comentada el 25 de abril de 2001, disponible en: <http://www.law.emory.edu/EILR/volumes/spring96/bedelman.html>; Feenstra, Robert, “Quelques remarques sur les sources utilisées par Grotius dans ses travaux de droit naturel”, *The World of Hugo Grotius (1583-1645)*, en el coloquio internacional Grotius Committee of the Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, Rotterdam, Holland University Press, 1984, pp. 65-81.

⁸⁴ Grotius, Hugo, *O direito da guerra e da paz (De iure belli ac pacis)*, Introducción de António Manuel Hespanha, 2a. ed., Brasil, vols. I y II, 2005.

Grocio, asimismo, distinguía entre el *jus naturale* y el *jus gentium* que era el derecho consuetudinario de las naciones (también denominado *jus voluntarium*).⁸⁵

De acuerdo con las concepciones del derecho natural predominantes en la época en que escribía Hugo Grocio, las reglas jurídicas que regulaban las relaciones de los Estados debían tener dos características fundamentales:

- ser universales y
- basarse en una correcta razón.

Para probar el primer elemento, Grocio se basó en textos latinos y griegos de la antigüedad, donde encontraba los datos históricos de por lo menos cinco centurias de relaciones estatales; después creó una “razón auto-mantenida”, “razón artificial” del DI que pudiera hacer un puente entre el derecho moral (derecho natural) y la práctica de los Estados (la costumbre). Es interesante notar que el elemento de carácter psicológico no existía —a menos que la correcta razón posteriormente sea considerada como el elemento psicológico—, fue una construcción teórica para fundamentar la autoridad del DI. Pero, ¿por qué Grocio se inclina por el elemento de la correcta razón? Quizá la respuesta a esta pregunta está también en la utilización, por parte de Grocio, del pensamiento de los autores españoles del siglo XVI (Vittoria, Suárez y Fernando Vázquez de Menchaca, entre otros).

Posteriormente, los positivistas también aceptaron el elemento de la “correcta razón”, pero en la idea de *opinio iuris*. Es curioso notar que esta expresión latina no se encuentra en el derecho romano clásico, su origen es reciente, aparece en el DI contemporáneo⁸⁶. Aquí hay que tomar en cuenta que en sus

⁸⁵ Murphy, John F., *The Evolving Dimensions of International Law. Hard Choices for the World Community*, Cambridge University Press, 2010, p. 13.

⁸⁶ Guggenheim, P., “L’origine de la notion de l’*opinio iuris sive necessitatis* comme deuxième élément de la coutume dans l’histoire du droit des gens”, *Hommage d’une génération de juristes au Président Basdevant*, 1960, p. 258.

orígenes, en el proyecto preparado para la CPJI, predominaba la influencia de la *historical school of legal theory*, no precisamente una escuela de DI, que postulaba que “el derecho y particularmente la costumbre jurídica, era una emanación de la *Volksggeist* (espíritu nacional) y de la incorporación de la “conciencia jurídica” —que es una posible interpretación de la frase de la *opinio iuris sive necessitatis*—. Estas teorías de una dudosa validez en el ámbito doméstico, y más aún en el internacional, al principio fueron rechazadas, pero el lenguaje mantiene sucias las aguas del derecho internacional”.⁸⁷

Ya en los albores del siglo XX, estos dos elementos obtienen carta de naturalización en los tratados internacionales. Quizá cuando el mundo era pequeño, es decir cuando el DI se aplicaba sólo a los Estados europeos, estos dos elementos de la costumbre eran fácilmente mesurables.

2. La costumbre según el artículo 38-1

La expresión contenida en el artículo 38-1, “La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”, no es muy afortunada; sin embargo, ha sido el punto de partida de la construcción teórica del concepto de costumbre internacional. Desde los principios del siglo XX hasta nuestros días, mucho se ha abordado en la doctrina sobre la costumbre y se seguirá haciendo.⁸⁸ En principio, ha quedado claro que la costumbre no es la prueba de la práctica, sino a través de ella la práctica prueba la costumbre.

⁸⁷ Mendelson, M. H. y Mullerson, Rein, *Committee of Formation of Customary (General) International Law (Final Report)*, The International Law Association, Report of the Sixty-Ninth Conference, Londres, 2000, p. 743.

⁸⁸ Abello-Galvis, Ricardo, “La costumbre como fuente del derecho internacional: una caja de Pandora imposible de cerrar”, en Abello-Galvis, Ricardo (ed.), *Derecho internacional: varias visiones, un maestro. Liber amicorum en Homenaje a Marco Gerardo Monroy Cabra*, Colombia, Universidad del Rosario, 2015, pp. 3-28.

La teoría también maneja que la costumbre contiene dos elementos: una práctica general y consistente (*inveterata consuetudo*), que sería el elemento material, y un elemento psicológico que consiste en considerar que esa práctica es jurídicamente obligatoria, lo que se conoce como la *opinio iuris sive necessitatis* o simplemente conocida como *opinio iuris*. La jurisprudencia internacional ha reconocido la existencia de estos dos elementos que ya son indiscutibles dentro de la doctrina de DI.

En el caso paradigmático de la Plataforma Continental del Mar del Norte —citando el Caso Lotus y refiriéndose a la afirmación de Dinamarca y Holanda, referente a que ciertos acuerdos sobre delimitaciones por un no miembro de la Convención de Ginebra sobre la plataforma continental de 1958, evidenciaron la existencia de una nueva regla de derecho consuetudinario relativo a delimitaciones—, la CIJ describió lo que se entiende como elementos subjetivo y objetivo.⁸⁹

La costumbre internacional es una de las fuentes más antiguas del DI, y no hay duda de que en el siglo XX la doctrina sobre el tema ha experimentado un desarrollo muy significativo, tratando de entender y dar una respuesta a la serie de interrogantes que la práctica de los sujetos —fundamentalmente de los Estados— ha planteado y que la CIJ ha recogido en sus decisiones. Entre otras, la doctrina ha tratado de dar una respuesta a las siguientes preguntas:

⁸⁹ “No sólo los actos en cuestión deben ser una práctica establecida, o llevarse a cabo de una manera holandesa, como prueba de la creencia de que esta práctica es obligatoria por la existencia de una regla que lo requiera. La necesidad de tal creencia, esto es, la existencia de un elemento subjetivo (énfasis añadido), está implícita en la noción misma de *iuris sive necessitatis*. Los Estados interesados deben, por lo tanto, sentir que están conformes con lo que asciende a una obligación internacional. La frecuencia, o incluso el carácter habitual de los actos, no es en sí mismo suficiente. Hay muchos actos internacionales, por ejemplo, en el ámbito ceremonial y de protocolo, que se realizan casi invariablemente, pero que son motivados sólo por consideraciones de cortesía, conveniencia o tradición, y no por ningún sentido de un deber legal” (traducción de Mónica Nuño), ICJ Report, 1969, pp. 3-44, párrafo 77.

- ¿Puede existir costumbre sin práctica suficiente (costumbre instantánea)?
- ¿Cómo se prueba la práctica?
- ¿Cómo se prueba la *opinio iuris*?
- En caso de litigio, ¿quién tiene la carga de la prueba para probar la costumbre?
- ¿Qué tan general debe ser la práctica (existe costumbre local)?
- ¿Cuál es el origen del *ius cogens*?
- ¿Cuál es la relación entre tratado y costumbre internacional?
- ¿Cómo funciona el OP; pueden existir varios Objetores Persistentes (OPs)?
- ¿Cuándo un acto contrario se considera un inicio de costumbre internacional?

3. ¿Puede existir costumbre sin práctica? La *opinio iuris*

Los dos elementos de la costumbre están íntimamente ligados de tal manera que podemos ver que la CIJ habla de práctica como una evidencia de la existencia de la *opinio iuris*,⁹⁰ es por eso que algunos autores consideran que lo más importante es el elemento psicológico. Sin embargo, al ser un elemento de carácter psicológico, la *opinio iuris* es difícil de probar, aunque la jurisprudencia ha insistido que es necesaria. En efecto, la CIJ ha reconocido que la práctica de los Estados sin la *opinio iuris* no crea la costumbre internacional. En el caso Asilo,⁹¹ la CIJ reconoce la práctica de Colombia, pero no encuentra la *opinio iuris*.⁹²

⁹⁰ Thirlway, Hugh, “The Sources of International Law”, en Evans, Malcolm D. (ed.), *op. cit.*, p. 126.

⁹¹ Colombia *vs.* Perú, ICJ Report, 1950, p. 266.

⁹² “...el gobierno colombiano ha referido un largo número de casos en los cuales, en efecto, el asilo diplomático fue otorgado y respetado, pero no ha mostrado que la supuesta regla de calificación unilateral y definitiva fue invocada o... que fue, aparte de estipulaciones convencionales, ejercida por los Estados

Es decir, aparte de una práctica, la CIJ exige que el Estado reclame que eso es un derecho o que es un deber jurídico. Sin embargo, la práctica, tal como se expresa, también puede estar haciendo una expresión de *opinio iuris*; por ejemplo, en las decisiones de los tribunales internos.⁹³

Esta tendencia de la CIJ de incluir en la práctica, como un elemento lógico a la *opinio iuris*, no es nueva, también lo nota la doctrina en otros casos. Es una postura de la CIJ que juega con los dos elementos, dándole a veces más importancia a la práctica como sobre entendiendo la *opinio iuris*, o bien, a ésta como un elemento fuerte que no requiere una práctica prolongada.⁹⁴

Precisamente cuando prevalece en la formación de la costumbre la *opinio iuris*, es decir, la formación de una norma consuetudinaria, sin que importe la duración de la práctica, aparece la figura de la “costumbre instantánea”.

La “costumbre instantánea” es una postura que apareció en la doctrina en la década de los sesenta, cuando se planteó la existencia de una norma consuetudinaria sin una práctica suficiente. El caso se ejemplificaba con las resoluciones de la AG sobre las reglas que regulan el espacio cósmico, que se formaron

que otorgan el asilo como un derecho que les pertenece y respetado por el Estado territorial, como un deber que les incumbe y no meramente por razones de utilidad política...”.

⁹³ Esa misma idea se expresó en el caso Anglo-Norwegian Fisheries, cuando el juez Read, al referirse a la práctica estatal, dijo: “Ésta no se puede establecer mediante la cita de casos donde un estado costanero ha hecho amplias demandas, sin haberlas hecho valer por medio de la real afirmación de soberanía sobre el paso de barcos extranjeros. Dichas demandas pueden ser importantes como punto de partida, que si no han sido rechazadas por el acto de otro Estado, pueden madurar en un título histórico en el curso del tiempo. La única evidencia conveniente de una práctica estatal se encuentra en la captura, en donde el Estado costanero afirma su soberanía sobre las aguas por la vía de arrestar un barco extranjero y manteniendo su posición en el curso de negociaciones diplomáticas y el arbitraje internacional”, ICJ Report, 1951, p. 191.

⁹⁴ Kirgis, Frederic Jr., “Custom on a Sliding Scale”, *The American Journal of International Law*, vol. 8, núm. 1, enero de 1987, p. 149.

en muy poco tiempo, sin una práctica prolongada, en costumbre internacional.⁹⁵

Esta postura ha permitido considerar y postular que la *opinio iuris* es una fuente autónoma de DI⁹⁶ y también que las resoluciones de los OIs llegan a ser obligatorias a través de la costumbre internacional vía la *opinio iuris*. El problema con esta postura es que desvía la atención sobre el surgimiento de otros fenómenos normativos, como pueden ser las resoluciones de los organismos internacionales en algunos casos específicos, cuando existe una *opinio iuris* clara e indudable.

La fórmula propuesta por el artículo 38-1 es bastante vaga, no menciona cuánto tiempo se requiere. Además, no podemos pasar por alto el hecho de que la revolución en las comunicaciones ha impactado la expresión de la voluntad de los Estados: ahora es inmediata y su divulgación muy amplia.

Por lo que respecta a la jurisprudencia internacional, su posición es que la práctica no necesariamente debe ser larga en tiempo; al parecer el elemento de la *opinio iuris* es muy importante, como puede observarse en el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte.⁹⁷

El requisito de la *opinio iuris* es fundamental para diferenciar la práctica que lleva a la costumbre, de la que son meros actos internacionales que están motivados por consideraciones de cor-

⁹⁵ Cheng, Bin, “United Nations Resolutions on Outer Space: «Instant» Customary Law?”, *Indian Journal of International Law*, vol. 5, 1965, p. 23.

⁹⁶ Piza Escalante, *op. cit.*

⁹⁷ “Por lo que se refiere al elemento del tiempo, aunque el paso de tan sólo un corto periodo de tiempo no es necesario, o en sí mismo, un obstáculo para la formación de una nueva norma de derecho consuetudinario internacional sobre la base de que era originalmente una norma puramente convencional, la práctica de los Estados, incluida la de los Estados cuyo interés está especialmente afectado, debería haber sido extensiva y virtualmente uniforme en el sentido de la disposición invocada, y además, debería haberse producido en tales circunstancias como para demostrar un reconocimiento general de que se trata de una norma jurídica o de una obligación jurídica” (traducción de Mónica Nuño), ICJ Report, 1969, p. 3.

tesía, conveniencia o tradición, pero en donde no se encuentra un sentido del deber de cumplir una norma jurídica.

De cualquier forma, no deja de percibirse que la *opinio iuris*, al ser un elemento de carácter psicológico, es difícil de medir. Por ejemplo, el juez Tanaka, en su opinión disidente en el caso Mar del Norte, postula que la *opinio iuris* va conjuntamente con la práctica; mientras que el juez M. Lachs, en el mismo caso, afirma que el tratado es una guía con mucha autoridad “para la práctica de los Estados que se enfrentan con nuevos problemas relevantes, y así sus provisiones llegan a ser el núcleo alrededor del cual un nuevo grupo de reglas legales generalmente reconocidas pueden cristalizar”.

4. ¿Cómo se prueba la práctica?

La práctica estatal toma diferentes formas, dependiendo del área de DI de que se trate. Por ejemplo, en el caso del DI de los derechos humanos y del derecho humanitario internacional, en donde el individuo está en el centro en relación con el Estado.⁹⁸ En tono irónico, algunos proponen que, dado que la tortura es una práctica generalizada, debe ser una parte del derecho consuetudinario; afirmación que es totalmente una aberración, simplemente porque la prohibición es una norma de *ius cogens*. También debe tomarse en consideración que cuando hablamos de práctica estamos hablando de casi doscientos Estados y de múltiples OIs, tanto de carácter universal, como regional; con la situación de que algunos Estados publican su práctica en anuarios o revistas especializadas en DI, pero otros no.

La doctrina⁹⁹ ha descubierto una serie de características que debe tener el elemento objetivo para poder ser considerado como tal. Entre esos elementos se menciona que:

⁹⁸ Wood, Michael, “What is Public International Law?...” , *cit.*, p. 213.

⁹⁹ Ver, por ejemplo, Mendelson, M. H. y Mullerson, Rein, *op. cit.*, pp. 711-777.

- Los actos verbales y no solamente los físicos cuentan como parte de la práctica estatal; además, esos actos deben de ser públicos y, en circunstancias especiales, las omisiones pueden contar como una forma de práctica de los Estados.
- Los actos de los individuos, las corporaciones, etcétera, no cuentan como parte de la práctica estatal, a menos que se realice en nombre del Estado o que sea adoptada o ratificada por él.
- Las actividades de las entidades gubernamentales dentro del Estado que no gocen de una personalidad legal internacional no constituyen una práctica estatal, a menos de que tal actividad se realice en representación del Estado o que sea ratificada por éste.
- La práctica de los órganos de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial de los Estados se considera, de acuerdo con las circunstancias, como parte de la práctica de los Estados.
- Las decisiones de los tribunales o cortes internacionales no son consideradas como una parte de la práctica de los Estados, aun cuando dichos órganos jurisdiccionales deriven de la autoridad estatal. La práctica de las organizaciones en el área de su competencia es una forma de “práctica estatal”.

Tanto la doctrina¹⁰⁰ como la CDI¹⁰¹ en forma concreta, han enumerado las formas que puede tomar la práctica de los Estados, es decir, la evidencia de la práctica se prueba con una serie de elementos, tales como:

- Correspondencia diplomática.
- Comunicados sobre la práctica del gobierno.

¹⁰⁰ Brownlie, Ian, *op. cit.*, p. 6.

¹⁰¹ Naciones Unidas, *Yearbook of the International Law Commission, 1950*, Nueva York, 1957, t. II, pp. 368-372.

- Comunicados de prensa.
- Las opiniones de los consejeros legales oficiales.
- Los manuales oficiales sobre cuestiones legales (por ejemplo, los manuales de derecho militar).
- Los comentarios hechos por el gobierno respecto de los proyectos elaborados por la CDI.
- La legislación estatal.
- Las decisiones judiciales, tanto nacionales como internacionales.
- Tratados.
- La práctica de las organizaciones internacionales.

La idea es evidenciar la expresión de la *opinio iuris* del Estado o del sujeto de DI, que como sabemos son construcciones ideales que solo tienen existencia a través de las expresiones de las personas físicas que ocupan un cargo público. Entonces, sólo son válidas las expresiones hechas en los límites de las competencias que el derecho interno y el DI otorgan a cada una de esas personas físicas. Fuera de esa competencia, las personas físicas actúan *ultra vires*.

5. *La práctica debe de ser uniforme y consistente*

La doctrina, siguiendo a la jurisprudencia, reconoce que la práctica debe ser uniforme y consistente, aunque toca al juzgador decidir si estos elementos se dan en el caso concreto que se presenta; por ejemplo, en el caso del Asilo,¹⁰² la CIJ estableció que para invocar un derecho consuetudinario la parte que lo haga debe probar que la práctica es constante y uniforme y que, en consecuencia, no existe incertidumbre y contradicción; es decir, las fluctuaciones y discrepancias son obstáculos para considerar que existe tal costumbre. Parece que estamos hablando de

¹⁰² ICJ Report, 1950, pp. 276 y 277.

una práctica prolongada ya que, en caso contrario, no podríamos medir estos requisitos. Pero entonces, ¿qué pasa con la costumbre instantánea?¹⁰³

Como vemos en el caso Asilo, la incertidumbre, la contradicción, la fluctuación y la discrepancia en el ejercicio de los usos internacionales de un Estado, impiden la creación de las normas consuetudinarias, o hacen muy complicada la creación de una norma consuetudinaria.

6. *¿Quién tiene la carga de la prueba y cómo se cambia de costumbre?*

Contrario al principio de derecho interno de que “el derecho no se prueba”, en el caso de la costumbre internacional la carga de la prueba la lleva quien invoca la costumbre internacional, como puede verse en el caso Lotus, en el cual la CPJI, al referirse a una costumbre local invocada por el actor, afirmó que “el proponente debe de probar que esa costumbre está establecida de tal manera que ha llegado a ser obligatoria para la otra parte”.¹⁰⁴

¹⁰³ “La parte que se apoya en la costumbre... debe ser probar que esta costumbre está establecida de una manera holandesa, que ha llegado a ser obligatoria para la otra parte, que la regla invocada... este de acuerdo con un uso constante y uniforme practicado por los Estados en cuestión y que éste no es la expresión de un derecho que pertenece a los Estados que garantizan el asilo y una obligación que incumbe al Estado territorial. Esto se deriva del artículo 38 del Estatuto de la Corte que se refiere a la costumbre internacional «como una evidencia de una práctica general aceptada como derecho».

“Los hechos traídos ante la Corte para su conocimiento manifiestan tanta incertidumbre y contradicción, tanta fluctuación y discrepancia en el ejercicio del asilo diplomático y en las opiniones oficiales, en diferentes ocasiones; ha habido mucha inconsistencia en la sucesión rápida de las convenciones sobre asilo ratificados por algunos Estados y rechazados por otros, y la práctica ha sido muy influenciada por consideraciones de convivencia política en varios casos, que no es posible discernir en todos ellos cualquier uso constante y uniforme, aceptado como derecho” (traducción del autor).

¹⁰⁴ Permanent Court of International Justice, Serie A, núm. 10, p. 18.

Esto nos lleva al cambio de costumbre ya que, cuando un número substancial de sujetos se aparta de la práctica general y ésta es acompañada por la aquiescencia, entonces nacerá una nueva regla de derecho. Nuevamente, aquí la cuestión de la cantidad no está claramente determinada.

¿La práctica contraria de un Estado o grupo de Estados constituye una violación a la misma norma, o bien, constituye el nacimiento de otra norma? Este caso ya se ha discutido en la doctrina de DI, cuando varios académicos sostienen que el principio de no intervención no es ya una norma consuetudinaria de DI. Lo cual es una falacia pues una nueva costumbre no puede nacer de la violación de un principio de DI porque es parte del orden público internacional.¹⁰⁵ Al respecto, la CIJ, en el caso Nicaragua, ante el alegato de que el principio de no intervención había sido cambiado, estableció que no era cierto que hubiera un nuevo derecho de intervención ya que este principio está relacionado con el principio de no uso de la fuerza en las relaciones internacionales.¹⁰⁶ Sin embargo, aún se mantiene incierto el momento cuando nace una nueva costumbre internacional.¹⁰⁷

7. ¿Qué tan general debe ser la práctica? (¿existe costumbre local?)

Cuando se habla de una práctica generalmente aceptada como derecho, no quiere decir que se requiera, para la forma-

¹⁰⁵ Véase el orden público internacional en Becerra Ramírez, Manuel, *El control de la aplicación del derecho internacional. En el marco del estado de derecho*, México, UNAM, 2013, pp. 30-38.

¹⁰⁶ “209. Por lo tanto, la Corte considera que tal derecho general de intervención, en apoyo de oposición dentro de otro Estado, no existe en el derecho internacional contemporáneo. La Corte concluye que los actos que constituyan una violación del principio consuetudinario de no intervención constituirían también (si directa o indirectamente implican el uso de la fuerza) una violación del principio de no uso de la fuerza en las relaciones internacionales” (traducción de Monica Nuño), ICJ, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*.

¹⁰⁷ Brownlie, Ian, *op. cit.*, p. 16.

ción de la costumbre, la práctica de cada uno de los Estados del mundo; sólo es necesario que sea ampliamente practicada y que sea consistente. Esto trae a colación fenómenos como la posibilidad de una costumbre local y aun bilateral. Como se ve en los casos *Asylum, US Nationals in Morocco* (ICJ Reports, 1952, pp. 199-200) y *Righ of Passage over Indian Territory* (ICJ Reports, 1960, pp. 6 al 39-43), sí es posible reconocer una costumbre local e, inclusive, una costumbre bilateral.

Aún más, se reconoce que la costumbre local puede ser supletoria o derogar la costumbre general; por ejemplo, el jurista soviético G. I. Tunkin, identificaba el DI socialista como una especie de DI local que “reemplaza al derecho internacional general contemporáneo, en la relación entre los países socialistas”.¹⁰⁸

8. *El objetor persistente*

La posibilidad de un OP es permitido como una vía para no verse obligado por la normatividad consuetudinaria. En otras palabras, el DI permite un derecho a la rebeldía. En efecto, la existencia de un OP está permitida en la práctica internacional, como se puede ver en la jurisprudencia; por ejemplo, en el caso *Fisheries* la defensa de Noruega fue que cierta reglas del DI general no le eran aplicables a este país, en virtud de que Noruega “consistente e indudablemente había manifestado su negativa a aceptarlas”.¹⁰⁹

No es claro en la doctrina, sin embargo, cuántos OPs puede aceptar la práctica para seguir siendo considerada como derecho.

La figura del OP es un elemento útil para prevenir la dictadura de la mayoría. En este caso, algunos Estados legalmente evaden las mayorías por considerar que su normatividad interna o sus intereses como Estado se ven comprometidos. También es

¹⁰⁸ Tunkin, G. I., *Theory of International Law*, trad. al ingles de Butler, W. E., 1974, p. 444.

¹⁰⁹ ICJ Report, 1951, p. 116.

útil como un medio para que los Estados débiles no sean atropellados por la existencia de una costumbre ajena a sus intereses.

Pero el OP tiene sus limitaciones, como se ve en el caso de Sudáfrica, Estado que se consideraba objetor de la práctica del *apartheid* como un delito internacional de carácter consuetudinario. En este caso, era claro que Sudáfrica no se podía considerar como objetor, pues el delito de *apartheid* está en el dominio del *ius cogens*, una norma superior.

Sin embargo, hay que reconocer que el OP tiene una serie de recovecos que la doctrina no ha aclarado.¹¹⁰ En efecto, se pueden identificar varios problemas que se derivan de la figura del OP y que la doctrina no ha abordado, por ejemplo: ¿cuántos OP pueden existir?; ¿qué pasa con un Estado de nueva creación que se encuentra con la costumbre ya creada, pero dicho Estado se declara OP?; ¿cuándo la violación de una norma consuetudinaria significa el cambio de costumbre; qué pasa con un OP frente a una norma de *ius cogens*? Independientemente de que en este último caso consideramos que prevalece el *ius cogens*, por ser parte de un orden público internacional, estimamos que la doctrina y, en dado caso la jurisprudencia, deberá abordar éstos casos concretos.

Por último y no por eso menos importante, tenemos el asunto del reconocimiento por los tribunales de la costumbre. En un trabajo minucioso de cómo actúa la CIJ, Stefan Talmon considera que la corte en su proceso de decidir sobre la existencia o no de la costumbre, aplica los métodos aristotélicos de la inducción (la inferencia de una regla general obtenida a partir de un modelo de actuación de una práctica estatal de instancias individuales, específicamente observables y de la *opinio iuris*). En otras palabras, la inducción es un proceso sistemático de observación que va de lo específico a lo general. “En cambio la deducción es un proceso que va de lo general a lo específico, es una inferencia, por

¹¹⁰ Stein, Ted L., “The Approach of the Different Drummer: the Principle of the Persistent Objector in International Law”, en Koskenniemi, Martti (ed.), *op. cit.*, pp. 331-356.

la vía del razonamiento legal, de una regla específica o principio existente y generalmente aceptado [pero no necesariamente superior]”.¹¹¹

En su análisis de las sentencias, Talmon descubrió que la CIJ utiliza tanto el método inductivo como el deductivo, en forma impredecible, subjetiva e inclinada a la creación del derecho. Pero la gran cuestión es que la CIJ no aporta elementos de prueba de la existencia de los componentes de la costumbre (objetivo y subjetivo); por lo que Talmon concluye que el método principal de la Corte no es la inducción ni la deducción, sino la declaración (*Assertion*). “En la gran mayoría de los casos, la Corte no ofrece algún razonamiento (inductivo o deductivo), sino que simplemente afirmó el derecho que se ajusta”.¹¹²

Por supuesto que Talmon no está pensando que una sentencia deba ser igual que un artículo académico, en donde todo se prueba; sin embargo, la CIJ no sólo ha afirmado que existe tal o cual norma consuetudinaria, sino que también ha negado la existencia de tales normas, “alegando que no hay una práctica estatal «uniforme y amplia» sin aportar ninguna prueba a su afirmación”.¹¹³

Como ejemplo, Talmon cita el caso del canal de Corfú, en el cual la Corte estableció el derecho de paso inocente de barcos de guerra a través de los estrechos internacionales, al establecer:

Es de la opinión de la Corte, generalmente reconocido y de acuerdo con la costumbre internacional que los Estados en tiempo de paz tienen un derecho a enviar sus barcos de guerra a través de los estrechos usados para la navegación internacional entre dos partes de alta mar, sin la autorización previa de un Estado costanero, en el entendido que el paso es inocente.

¹¹¹ Talmon, Stefan, “Determining Customary International Law: *The ICJ’s Methodology* between Induction, Deduction and Assertion”, *The European Journal of International Law*, vol. 26, núm. 2, p. 420.

¹¹² *Ibidem*, p. 434

¹¹³ Traducción del autor.

El asunto es que la CIJ, en este caso, no aporta ninguna evidencia de los Estados sobre la práctica y la *opinio iuris* y, lo que es más grave, es que la doctrina considera que no hay tal paso inocente para los barcos de guerra. Es evidente la trascendencia que tiene el hecho de probar la existencia de los elementos de la costumbre, de otra manera se convierte el juzgador en legislador internacional.

Las observaciones de Talmon también se pueden hacer respecto de otras sentencias de tribunales universales o regionales y nos hacen reflexionar que, al poner a la jurisprudencia en el centro, como muchos internacionalistas hacen en la enseñanza del DI sin una visión crítica y amplia, puede reproducirse esta debilidad. Además, nuevamente surge la cuestión sobre cuál es la fuente fundamental del DI, que al parecer no son los tratados y la costumbre, sino la aceptación expresa o tácita de lo que se postuló como derecho.

9. *Críticas de la doctrina a la costumbre internacional*

A la costumbre se le ve el problema de la falta de determinación de cuándo se cumplen los requisitos que exige la práctica y la *opinio iuris*. Esa indeterminación hace que sólo sea invocada cuando hay colisión de intereses, pero cuando no los hay, entonces queda al arbitrio del Estado invocarla o no. Por ejemplo, en materia de derechos humanos, cuando los interesados son los individuos por la protección de sus derechos, ¿el Estado puede o no cumplir con la aplicación de la costumbre o de facto la puede ignorar? Esto, desde el punto de vista técnico, ¿es el acto de un objeto o un incumplimiento?

Para contestar estas preguntas consideramos que existe un orden público internacional que es de cumplimiento forzoso, en el que se comprenden las normas de derechos humanos —derecho humanitario internacional y DPI—. En tal sentido, no es posible afirmar que la violación de una norma de derechos hu-

manos se considere el inicio de la creación de la costumbre en otra dirección o un acto de objetor que desligue al violador de la norma de su obligación internacional. En otras palabras, el orden público internacional lo impide.

Sin embargo, hay que observar que en un sistema descentralizado, como es el caso del DI, por la indeterminación y poca claridad de las normas de derecho consuetudinario, la tutela de su cumplimiento es complicado, sólo cuando los tribunales lo determinan o cuando los Estados o sujetos de DI lo deciden. Es por eso que la costumbre como institución jurídica tiene en la doctrina muchas críticas. Veamos algunas.

En la literatura de DI, el derecho consuetudinario ha sido sometido a una crítica profunda. Tal parece que después de ser la fuente más importante hasta el principio del siglo XX, la intensa codificación del DI que se produjo en este siglo ha hecho opacar a la costumbre como “reina” de las fuentes. Además, esa pérdida de importancia tiene que ver con la universalización de las relaciones internacionales y la emergencia de muchos Estados que antes estaban sometidos al dominio colonial y ahora hay que tomarlos en consideración al momento de evaluar el surgimiento de la costumbre, es decir, la comunidad internacional ya no es un club cerrado de “países civilizados”.

Pero las críticas van enderezadas a la falta de consistencia, de rigor en la prueba de los elementos de la costumbre. En algunos casos parece que la práctica es una manifestación automática de la *opinio iuris* (ver el caso Nicaragua), y en otros estrictamente se pide la prueba de la *opinio iuris* (véase el caso de Mar del Norte).

Esta crítica debe ser dirigida a los jueces que les falta consistencia o rigor en la apreciación del derecho consuetudinario y al diseño del DI. Por otra parte, recordemos que la jurisdicción internacional en general no cuenta con un sistema de revisión o de control de las sentencias de la CIJ, por lo que éstas sólo están sujetas al escrutinio de la doctrina.

Hay otras críticas, como la de John F. Murphy, que se dirigen a cuestiones fácticas. En el momento en que el número de

Estados que componen la comunidad internacional llega casi a 200 y que muchos de esos Estados se oponen al diseño hecho por occidente de las instituciones internacionales, es poco claro cómo se logra la práctica y la aquiescencia de la generalidad de los Estados.¹¹⁴ Además, Murphy considera que hay acuerdo entre los operadores del Estado en asuntos internacionales y la doctrina sobre lo que es la práctica del Estado.¹¹⁵

Lo mismo sucede con el aspecto temporal de la costumbre: ¿cuánto tiempo debe de durar la práctica?, y, en tal caso: ¿cómo sabemos si se habla de costumbre instantánea? Murphy nos aclara que aquí no hay una aceptación general de los Estados. Sin embargo —si queremos seguir en la misma línea crítica de Murphy—, le preguntaríamos: ¿y cómo sabe que no hay aceptación de los Estados? A fin de cuentas, en este caso, él sí toma en cuenta la aceptación de los Estados.

En el caso de la prueba, de la *opinio iuris*, también Murphy la cuestiona pues no encuentra muchas y claras evidencias de que la “vasta mayoría de los Estados han aceptado las normas como jurídicamente obligatorias” y, más aún, se apoya en Patrick Kelly, quien afirma “mucho del derecho internacional se anuncia en libros y artículos con poca participación de las naciones”... Mucho del Derecho Consuetudinario Internacional (DCI) es una ficción.¹¹⁶

¹¹⁴ Murphy, John F., *op. cit.*, pp. 17 y 18.

¹¹⁵ “...no hay acuerdo sobre lo que constituye la práctica de los Estados. Básicamente, la división está entre, por un lado, los Estados poderosos que definirían estrechamente la práctica de los Estados para incluir sólo los actos de los gobiernos y no simplemente los comunicados hechos por ellos, y por el otro lado, la posición de algunos académicos y Estados menos poderosos que incluirían como práctica estatal el enunciado normativo en los Proyectos de la Comisión de Derecho Internacional, las resoluciones no obligatorias de la Asamblea General y los considerandos que contienen instrumentos internacionales”, *ibidem*, p. 17.

¹¹⁶ “La vasta mayoría de los Estados han aceptado la normas como una obligación legal”, y aún más, “mucho del derecho internacional se anuncia en libros y artículos con poca participación de las naciones... mucho del derecho

Además —sigue citando a Patrick Kelly—, “la teoría legal de la costumbre es incoherente e indefinida. No hay criterios definidos para la determinación de las normas consuetudinarias. La metodología de la costumbre internacional es tan maleable...”¹¹⁷

En esa misma corriente crítica están Goldsmith y Posner, quienes consideran a la costumbre como meramente “aspiracional”, pues no tiene una fuerza normativa independiente y tiene que ver poco con la actuación nacional.¹¹⁸

En general, las críticas anteriores están muy ligadas al funcionamiento de la costumbre y al DI como tal, son críticas fuertes y agudas; sin embargo, la propuesta de Kelly, por ejemplo, no es del todo adecuada, pues propone apoyarse en el derecho convencional y en el *soft law*, figura tan poco definida como la costumbre.

La desaparición de la costumbre, como propone Kelly, sin dar otra alternativa, produce un vacío legal, pues ni la figura del *soft law*, ni el derecho convencional pueden dar respuestas para la conformación de una hermenéutica jurídica; quizá se deba buscar la respuesta en otro lado. Por ejemplo, la labor de codificación de la misma costumbre, o bien, encontrar la obligación de los sujetos de DI en otro lado, que puede ser en la aceptación expresa o tácita.

10. La crítica de Andrew T. Guzman

Andrew Guzman es otro de los críticos, no sólo de la costumbre, sino del DI, y quien, al mismo tiempo, propone un nuevo modelo. Veamos los puntos críticos: él manifiesta la in-

consuetudinario internacional es una ficción” (traducción de Mónica Nuño), *ibidem*, p. 18.

¹¹⁷ “La teoría jurídica consuetudinaria es incoherente e indefinida. No hay criterios definidos para determinar las normas consuetudinarias. La metodología de la costumbre internacional es tan maleable...” (traducción de Mónica Nuño), *ibidem*, p. 65.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 36.

certidumbre que existe en la práctica, el elemento objetivo de la costumbre: no es clara su extensión, ni su duración, ni qué es lo que debe tomarse en cuenta para medirla; además, considera que la *opinio iuris*, el elemento subjetivo, es “más un asunto teórico que un requisito de la práctica estatal”.¹¹⁹

Las críticas de Guzman no lo llevan a rechazar o desestimar al DI consuetudinario, sino más bien a replantearlo.¹²⁰ Guzman pone un gran énfasis en la “reputación”, en lo que él denomina “*reputational model*”; considera a la costumbre internacional simplemente como un punto de un espectro y la forma más débil del DI, aunque, a fin de cuentas, es parte de un marco general. De esta manera “en tanto el nivel de compromiso se incrementa, la reputación también aumenta y el compromiso llega a ser más creíble”.¹²¹

La postura de Guzman es interesante pues parte de críticas que son conocidas y que tocan la parte débil del sistema de derecho consuetudinario; sin embargo, si una de las críticas que se hacen es la vaguedad, ambigüedad, carencia de la frontera, para solucionarla Guzman propone a la reputación como salida, situación que parece un contrasentido porque la reputación es un elemento de carácter moral, de buenas costumbres, que es permutable y cuyo contenido es vago, porque es subjetivo.

¹¹⁹ “No hay acuerdo en qué tanto la costumbre debe de extenderse a fin de satisfacer el requisito de la práctica; en efecto, aún más, no hay un consenso de qué cuenta para la práctica estatal. Entre los instrumentos que en algunas ocasiones son considerados como parte de la evidencia de la práctica estatal, son los tratados (tanto bilaterales como multilaterales), el derecho nacional y las declaraciones políticas de los Estados. También el requisito de duración de la práctica estatal es difícil de precisar. Y el mismo problema es a cuestión de la continuidad. El requisito de la *opinio iuris* es más un asunto teórico que un requisito de la práctica estatal”, Guzman, Andrew T., *op. cit.*, pp. 1874 y 1875.

¹²⁰ Habla de una nueva definición de CIL: “CIL consists of legal norms whose violations will harm a country’s reputation as norm-abiding state”, *ibidem*, p. 1876.

¹²¹ “A medida que aumenta el nivel de compromiso del Estado, la reputación aumenta y el compromiso se vuelve más creíble” (traducción de Mónica Nuño), *ibidem*, p. 1876.

11. *Hacia la codificación de la costumbre*

Quizá una respuesta al cuestionamiento de la costumbre internacional sea su codificación y la adecuación de sus conceptos generales a la realidad contemporánea. La costumbre como concepto nace en una comunidad limitada (Europa) que no tiene que ver con la diversidad cultural y política de la actualidad, ni con el número de Estados que componen la comunidad internacional y sus diferencias y niveles de desarrollo. Además, la revolución tecnológica que, aparte de la comunicación, reduce distancias y tiempos, también incorpora a otros actores de las relaciones internacionales en la producción normativa.

Una solución que se puede dar a la incertidumbre de la costumbre internacional es la codificación de sus normas. Por supuesto que lo ideal es que derive de un tratado multilateral; sin embargo, sabemos que eso sería imposible aun tratándose de la codificación por áreas de la costumbre.

Este ejercicio de codificación sería como el realizado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). En el año de 1995, el Grupo Intergubernamental de Expertos para la Protección de las Víctimas de la Guerra, reunido en Ginebra, adoptó la recomendación que, entre otras, tenía la propuesta de invitar

...al CICR a elaborar, con asistencia de expertos en derecho internacional humanitario que representan a diversas regiones geográficas y distintos sistemas jurídicos, y en consulta con expertos de gobiernos y organizaciones internacionales, un informe sobre normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario aplicables en conflictos armados internacionales y de otra índole...¹²²

¹²² Henckaerts, Jean-Marie, “Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. VII, 2007, pp. 513-563.

La realización de tal informe, que constituye la codificación del derecho humanitario, duró 10 años. En el año de 2005, el CICR dio a conocer ese colosal trabajo que, si bien no es oficial ni derivó en un tratado, es un ejercicio cuyos resultados son un punto de partida para la identificación de las normas consuetudinarias de derecho humanitario internacional.

Otro punto que puede ser útil es un nuevo enfoque de la costumbre. Planteamos la revisión de la práctica para identificar el elemento actual que hace obligatoria a la costumbre. El concepto de DCI ha sido modificado en el transcurso de los siglos y no hay por qué seguir sosteniendo los conceptos de antaño, más cuando una revolución tecnológica ha impactado la producción jurídica.

Proponemos que sea la práctica el punto de partida para la identificación de las normas consuetudinarias. La práctica contiene el elemento de la *opinio iuris*, por lo que puede ser analizada en orientación e intensidad. Una práctica puede estar orientada a crear derechos y obligaciones, o no, y puede ser intensa, ser aceptada por muchos o pocos. La práctica también puede ser expresa o tácita.

12. *La relación entre costumbre y otras fuentes del derecho internacional*

Hay una relación estrecha entre la costumbre internacional y las demás fuentes tradicionales del DI. Tanto la teoría como la práctica jurídica internacionales encuentran una relación muy estrecha entre costumbre y tratados internacionales. Tan es así que el preámbulo de Viena 69 hace una referencia a esa relación: “Afirmando, que las normas de derecho internacional consuetudinario continuarán rigiendo las cuestiones no reguladas en las disposiciones de la presente Convención”.

Con estas líneas, Viena 69 cubre todos los aspectos de regulación de los tratados internacionales inter-estatales, hace una “regulación residual”, pues lo que no esté regulado expresamen-

te por dicha Convención se entiende regulado por el derecho consuetudinario. Así, asuntos no regulados por Viena 69, como todo lo relativo a la sucesión de Estados en materia de los tratados, la cuestión de la responsabilidad derivada de los tratados, los efectos en los tratados de las medidas de represión tomadas contra un Estado agresor,¹²³ etcétera, se cubren por la costumbre internacional en caso de que no exista derecho convencional aplicable. Y aún más, la costumbre internacional sobre tratados, que se mantiene vigorosa, se aplica a los Estados no miembros de Viena 69.

En algunos casos, hay una coexistencia entre el derecho consuetudinario y el convencional como lo reconoce la CIJ en el caso Nicaragua, cuando afirmó: “Por lo tanto será claro que el derecho consuetudinario internacional continua existiendo y aplicándose, separadamente del derecho convencional aun cuando ambas categorías del derecho tengan un contenido idéntico”.¹²⁴

Tampoco hay que olvidar que muchas de las normas consuetudinarias se ven incluidas en los tratados internacionales, en lo que se denomina una labor de codificación que con gran éxito realiza la CDI. La Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, la III CONVEMAR y Viena 69, son ejemplos elocuentes de este fenómeno. Por otra parte, los tratados internacionales, en virtud de varios elementos, tales como el número de miembros y la aceptación explícita de la normatividad, constituyen elementos muy fuertes para apoyar una norma de DIC. También un tratado que no esté en vigor puede ser una evidencia, muy fuerte de la *opinio iuris*.

¹²³ Corten, Olivier y Klein, Pierre (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties*, Oxford University Press, 2011, p. 11.

¹²⁴ ICJ, Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, “Por lo tanto, quedará claro que el derecho consuetudinario internacional continúa existiendo y aplicándose, independientemente del derecho internacional de los tratados, aun donde las categorías jurídicas tienen un contenido idéntico” (traducción de Mónica Nuño).

Además de esa relación costumbre-tratado, la doctrina encuentra otra relación con la jurisprudencia. Para algunos internacionalistas, como John Austin, la costumbre no existe hasta que la Corte lo declara;¹²⁵ y tiene razón, pues los sujetos de DI pueden declarar la existencia de tal o cual norma consuetudinaria, pero no es hasta que esa afirmación se tiene que probar ante los tribunales y estos dictan una sentencia en la que deciden si existe o no, cuando podemos afirmar que existe la costumbre. Es por esto que para algunos la costumbre es la materia prima de la jurisprudencia, aunque para Murphy la jurisprudencia es la fuente de la costumbre.¹²⁶

En realidad, como sucede con los tratados, la costumbre tiene una relación recíproca con la jurisprudencia, si bien es materia prima para los tratados y la jurisprudencia; en forma circular, como vimos, la costumbre depende de su reconocimiento de dicha jurisprudencia.

III. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

El origen de los PGD en el artículo 38-1 del ECIJ es de gran interés y, por supuesto, trascendencia. En sus orígenes, cuando se discutió el proyecto en el seno del Comité Asesor de Juristas (CAJ), en el año de 1920, se produjo una discusión entre dos culturas jurídicas contemporáneas, a saber, entre la cultura anglosajona y la cultura continental romano-germánica.¹²⁷

Después de discutir sobre los tratados y la costumbre de acuerdo con los diferentes proyectos que se presentaron al CAJ, se propuso aplicar los *general principles of law* (proyecto presentado por Dinamarca, Noruega y Suiza); o los “principios generales del derecho y equidad” (proyecto alemán); *general principles of justice and equity* (proyecto suizo); y también *rules which, in the considered*

¹²⁵ Citado por Murphy, James B., *op. cit.*, p. 123.

¹²⁶ *Idem.*

¹²⁷ Harris, D. J., *op. cit.*, p. 49.

opinion of the Court should be the rules of international law (proyecto de Dinamarca, Noruega y Suecia).¹²⁸

En esa línea, cuando se pusieron a discusión los PGD, el presidente del CAJ, Baron Descamps, propuso el siguiente texto: “The rules of international law as recognised by the legal conscience of civilized nations” o, como se propuso en su versión original en francés —las intervenciones o discusiones en el seno del CAJ eran en ese idioma, a excepción de la intervención de Elihu Root, que era en inglés—: “les regles de droit international telles que les reconnaît la conscience juridique de peuples civilisés”.

Sin embargo, el miembro estadounidense del comité, Elihu Root, expresó sus reservas sobre esta redacción, y afirmó: “no se puede entender el exacto significado de la cláusula 3”, y se preguntaba si era posible que los Estados sometieran sus controversias ante una Corte “la cual administraría no solamente la ley sino lo que juzgara como conciencia de los pueblos civilizados”.¹²⁹

Además, se puso el acento en la diferencia del concepto de la palabra *conscience*, que en inglés y francés se escriben de la misma manera, pero tienen un significado diferente.¹³⁰ En consecuencia, la frase *la conscience juridique des peuples civilisés* que aparecía en la propuesta de Descamps, puede ser traducida al español como “el sentido común de todas la gentes civilizadas de que es jurídicamente correcto” —y en inglés como *the sense common to all civilized people of what is juridically right or wrong*—, o como la *opinio iuris*

¹²⁸ Esta parte histórica la tomamos de Cheng, Bin, *General Principles of Law...*, *cit.*, p. 7.

¹²⁹ *Idem.*

¹³⁰ La consciencia ha adquirido, en el uso actual del inglés principalmente, una connotación moral e introspectiva, en el sentido de lo que es moralmente correcto o incorrecto poseído por un individuo o un grupo en cuanto a cosas para las cuales el individuo por sí mismo, o el grupo colectivamente, son responsables. En Francia “conscience” denota también “el sentido de lo que es correcto o incorrecto”. Por ejemplo, los franceses hablan de “liberté de conscience” para “libertad de creencia”, distinguiendo así la “conscience religieuse” de la “conscience morale” (traducción de Monica Nuño), *ibidem*, p. 8.

communis de la humanidad civilizada —*the opinion juris communis of civilized mankind*—.

Finalmente, el texto que adoptó el CAJ fue el reformado por Lord Phillimore, elaborado conjuntamente con Root, a la propuesta de Descamps. Sin embargo, si se analiza en forma detallada, en realidad los puntos de vista de Lord Phillimore no fueron muy diferentes de los del Baron Descamps.¹³¹ Ese fue el origen del presente artículo 38-1-c del ECIJ.¹³²

Hubo una clara unanimidad en la idea de que el juez internacional debe tener la misma posición de un juez nacional; sin olvidar que hay diferencias entre la figura del juez en la cultura continental y el de la cultura anglosajona: en la continental, los jueces gozan de completa libertad dentro de sus límites, en cambio, en el sistema anglosajón el juez jura cumplir con la ley.¹³³

La idea que prevaleció alrededor de los PGD era que el juez tuviera una reserva jurídica, aparte del derecho convencional y consuetudinario, a la cual acudir para dictar sus resoluciones. El juez no crea el derecho, no es legislador: esa fue una de sus claras conclusiones. Al parecer, se trataba de prever que la corte se encontrara con casos de *non liquet*,¹³⁴ es decir, que la corte no pudiera decidir en virtud de la existencia de un vacío en la ley. Se trataba de crear un sistema cerrado, hermético, en el que no hubiera posibilidad de no juzgar por carecer de la norma adecuada. Sin embargo, en contra de esta idea, la CIJ aplicó la doctrina de *non liquet* en el caso de *Armas Nucleares*.¹³⁵

A pesar de una aparente claridad en la idea de los PGD, la expresión del artículo 38-1-c ha sido objeto de una polémica

¹³¹ *Ibidem*, p. 9.

¹³² *Ibidem*, p. 14.

¹³³ "...el juez hace un juramento para la justicia de acuerdo con la ley" (traducción de Mónica Nuño), *ibidem*, p. 16.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 50.

¹³⁵ Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la Legalidad de la Amenaza o el Empleo de Armas Nucleares (A751/218 de 19 de julio de 1996).

doctrinaria entre las corrientes del jusnaturalismo (Verdross) y los positivistas (Guggenheim, Tunkin, entre otros); además de que la expresión de “reconocidas por las naciones civilizadas” es poco afortunada y de que en este momento es totalmente ahistórica. Existe consenso en que el concepto de “naciones civilizadas” ya no tiene vigencia en momentos en que hay una universalización de las relaciones internacionales. Con la descolonización y la caída del bloque socialista han aparecido nuevos Estados, con una variedad muy grande en sus derechos internos. En consecuencia, lo único que hace este concepto de “nación civilizada” es mostrar las concepciones europeo-centristas de los autores del proyecto; además de constatar que el artículo 38-1 fue pensado para otro momento histórico.

La doctrina, en la búsqueda del origen de estos principios, reconoce que en la mayoría de ellos se encuentra en los *prima principia* del derecho romano; en el entendido de que el derecho romano fue codificado en el *corpus iuris* de Justiniano y reinterpretado por los glosadores, los post-glosadores y el derecho canónico, que fue codificado en el *corpus iuris canonici*

...se fusionaron en el *Ius Comune*, cuyo uso se generalizó en toda Europa. De esta manera las *prima principia* del derecho romano fueron “recluidos” en los derechos nacionales de los países europeos y, posteriormente, fueron reconocidos como fuente del derecho en la mayoría de sus códigos internos.¹³⁶

Al igual que otras fuentes, el artículo 38-1-c nos presenta varios problemas teóricos, por ejemplo ¿cómo se reconocen y prueban los PGD de las naciones civilizadas? Al respecto, la doctrina ya se ha expresado sobre este aspecto: Waldock menciona que los sistemas del derecho romano, el *common law* y los sistemas germánicos, son a los que se refiere el artículo 38-1-c. Pero, aquí surge la pregunta: ¿los sistemas jurídicos islámicos, por ejemplo, no

¹³⁶ Petrova Georgieva, Virdzhiniya, *Los principios comunes a los tribunales internacionales*, tesis doctoral, México, UNAM, abril de 2015, pp. 139 y 140.

están contemplados? Lo que sí es cierto, y esta es una respuesta parcial, es que la CIJ tiene el mérito de tener como jueces a juristas sobresalientes de diferentes sistemas legales, que teóricamente conocen y son expertos de sus sistemas jurídicos; aunque se ha dado el caso de que la CIJ se compone de juristas de diferentes Estados con el común denominador de haberse preparado en la misma universidad de la Gran Bretaña.

Recordemos que en el seno del CAJ, Lord Phillimore, quien propuso la fórmula, explicó que por PGD él entendía “máximas de derecho” (*maxims of law*), “aceptadas por todas las naciones in foro doméstico”.

“La expresión de «reconocidos por las naciones civilizadas» se hizo con la intención de salvaguardar contra el subjetivismo y posible arbitrariedad por parte de los jueces”. Sin embargo, se debe de tomar en cuenta que la palabra “nación” originalmente fue usada en el sentido de “pueblo” en vez de “Estado”. Por lo tanto, el adjetivo calificativo de “civilizados”, fue necesario a fin de excluir la consideración de sistemas jurídicos de comunidades primitivas que todavía no fueran “civilizadas”.¹³⁷

Ahora bien, ¿cuáles son esos PGD?, por supuesto, el artículo 38-1 no los señala, se entiende que los jueces los deben de descubrir; sin embargo, en los *travaux préparatoires* del artículo se mencionan los siguientes:¹³⁸

- *Res iudicata*.
- La buena fe.

¹³⁷ “La cualificación «reconocida por las naciones civilizadas», fue diseñada para la salvaguarda en contra de la subjetividad y posibles arbitrariedades por parte del juez. Debe notarse, sin embargo, que la palabra nación fue usada originalmente en el sentido de «pueblo» en lugar de «Estado». El epíteto calificativo «civilizado» era, por lo tanto, necesario para excluir del sistema consideraciones del derecho de las comunidades primitivas que aún no estaban civilizadas” (traducción de Mónica Nuño), Cheng, Bin, *General Principles of Law...*, *cit.*, p. 25.

¹³⁸ También se recomienda el trabajo doctoral de Petrova Georgieva, Virzhiniya, *op. cit.*, pp. 455.

- Principios procesales.
- Lo que no está prohibido está permitido.
- La prohibición del abuso de los derechos.
- Bajo circunstancias especiales el más fuerte legalmente prevalece frente al más débil.¹³⁹
- *Lex specialis generalibus derogat*.

En su excepcional trabajo sobre los PGD, Chen Bin hace una sistematización de los principios en 4 categorías, según se observa en la práctica.¹⁴⁰ Además, para una comprensión contemporánea de los PGD se puede tomar la definición que hace el jurista argentino Julio A. Barberis:

Los principios generales son una generalización de las normas jurídicas internas. Cada una de estas es despojada de sus elementos particulares. Se obtiene así, un conjunto de principios fundamentales que aparecen como constantes en un número considerable de legislaciones. Estos son precisamente los elementos universalizables que pasan a configurar el principio general en el orden jurídico internacional.¹⁴¹

No son esencialmente normas de DIP, son principios jurídicos al que los juzgadores recurren de una manera supletoria cuando la normatividad no es clara o tiene huecos que hay que llenar.

En la práctica de los tribunales internacionales, aunque no se ha recurrido en forma amplia a estos PGD, es necesario reconocer que lo han hecho aun antes de la existencia del artículo 38-1. De una revisión cuidadosa de la jurisprudencia podemos encontrar algunos de estos principios, por ejemplo, en el caso de *Chorzow Fac-*

¹³⁹ “Under special circumstances, the stronger takes rightful precedence over the weaker”, Cheng, Bin, *General Principles of Law...*, cit., p. 26.

¹⁴⁰ *Idem*.

¹⁴¹ Barberis, Julio, A., “Los principios generales de derecho como fuente del derecho internacional”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 14, julio-diciembre de 1991, p. 32.

*tory*¹⁴² la CPJI estableció que una parte no puede obtener ventajas de sus propios errores —*a party can not take advantage of its own wrong*— como un principio generalmente aceptado tanto en la jurisprudencia como en el derecho interno. Más adelante, en el mismo caso de *Chorzow Factory*, la CPJI estableció que “es una concepción general de derecho que cualquier violación de un compromiso implica una obligación de reparación”,¹⁴³ cuando se refiere a la reparación del daño. Aunque en realidad cuestionamos que la reparación del daño sea un PGD, pues más bien es una consecuencia lógica y necesaria del derecho, es parte de la estructura del DI.

En el caso del Canal de Corfú, al referirse a las evidencias circunstanciales, la CIJ dijo que “esta evidencia indirecta se admite en todos los sistemas de derecho y su uso es reconocido por las decisiones internacionales...”¹⁴⁴

En realidad el recurso de la jurisdicción internacional ha sido muy amplio y comprende a la CIJ; a la Corte Europea de Derechos Humanos —en el caso *Handsyde* citó el principio *iura novit curia*—; a la Corte IDH —en el caso *Godines Cruz* también se refiere al principio *iura novit curia*—; al Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia —en el asunto *Prosecutor vs. Kuresic* aplicó el principio *lex special generalibus derogant*—; y la misma OMC, en su asunto *Canada term of patent protection*, aplicó el principio de interpretación efectiva de los tratados. Basten estos ejemplos de lo útil, actual y necesario que es el recurso a los PGD.¹⁴⁵

En algunas ocasiones, los principios se toman tanto como PGD como por actos unilaterales; tal es el caso del principio de aquiescencia que fue utilizado en el proceso Templo de Preah

¹⁴² Permanent Court of International Justice, Serie A, núm. 9, 1927, p. 31.

¹⁴³ “Es una concepción general del derecho que toda violación de un compromiso implica una obligación de reparar” (traducción de Monica Nuño), *idem*.

¹⁴⁴ ICJ Report, 1949, p. 18.

¹⁴⁵ Petrova Georgieva, *Virdzhiniya*, *op. cit.*, pp. 188-191.

Vihear,¹⁴⁶ que la doctrina toma tanto como PDG¹⁴⁷ como acto unilateral, y se verá más adelante.

Los PGD son una fuente indiscutible de DI. El profesor Robert Kolb encuentra en ellos 8 funciones fundamentales,¹⁴⁸ a saber:

- 1) Tienen la función de unificar el estatuto legal, donde el DI, no obstante sus diferentes ramas, permita “alcanzar una gran fluidez de una de las ideas fundamentales que pueden ser transportadas vía la manera analógica de una rama a la otra, de un sistema legal a otro”.¹⁴⁹
- 2) Flexibilizan el sistema legal, puesto que permiten que no solo existan reglas fijas; ya que son como las ruedas del sistema de fuente que le permiten alcanzar resultados adecuados.
- 3) Son catalizadores de valores del sistema legal, ya que tienen como objetivo transportar consideraciones de valor dentro del sistema legal; por ejemplo, Kolb toma el principio de buena fe que tiene consigo la idea de honestidad y fidelidad a la promesa.
- 4) Los PGD tienen un papel predominante en la dinámica del desarrollo del derecho, al llenar lagunas y en la transportación de las situaciones no claras.
- 5) Cumplen una función importante de interpretación y de reforma de la norma y, aún más, de su cambio.
- 6) En algunas ocasiones sirven como complemento de las reglas legales; Kolb pone el ejemplo de la legítima defensa, que no es posible aplicar sin tomar en cuenta los principios de “necesidad” y “proporcionalidad” para determinar su procedencia.
- 7) Sirven como un facilitador de los compromisos. Esto se refiere a que cuando la negociación de un tratado llega

¹⁴⁶ *Qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset ac debuisset.*

¹⁴⁷ Kolb, Robert, “Principles as Sources of International Law...”, *cit.*, p. 12.

¹⁴⁸ *Ibidem*, pp. 27-36.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 27.

a un punto de “callejón sin salida”, entonces “es posible, acordar sobre algunos principios generales, dejando la solución concreta para el futuro”. Por ejemplo, se podrá negociar la inserción de algunos principios como la buena fe y abuso del derecho, para que en el momento de aplicar tal o cual tratado se alcance un equilibrio de interés; es decir, estos principios dan la pauta para alcanzar un ajuste razonable de intereses.

- 8) Los PGD se deben de diferenciar, como se hace en la doctrina,¹⁵⁰ de los Principios del Derecho Internacional. Estos son normas de DI de origen consuetudinario¹⁵¹ y se refieren, por ejemplo, a los principios contenidos en la Carta de San Francisco, en su artículo 2o., que tienen una vida paralela a las normas consuetudinarias que también han tenido una evolución que se manifiesta, por ejemplo, en la resolución de la AG sobre los principios de DI del año de 1970, AG-R-2625 (XXV) del 24 octubre de 1970.¹⁵²

IV. LA JURISPRUDENCIA

El artículo 38-1-d considera, adecuadamente, como medios auxiliares a las decisiones judiciales;¹⁵³ en su exacta dimensión, ya que

¹⁵⁰ Algunos, como el profesor Juan Carlos Velázquez Elizarrarás, consideran que estos principios son parte de una misma categoría. Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, “Reflexiones generales en torno a la importancia de los principios de derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XII, 2012, pp. 407-453.

¹⁵¹ Barberis, Julio, A. “Los principios generales de derecho...”, *cit.*, p. 24.

¹⁵² Rey Caro, Ernesto J., “Principios generales del derecho internacional, un tema multifacético”, *Cuaderno de Derecho Internacional*, núm. VIII: *Los principios generales del derecho internacional público: realidades y perspectivas*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración, 2013, pp. 13-24.

¹⁵³ La doctrina las denomina, junto con la doctrina de los publicistas, como “law determining agencies”, véase Cheng, Bin, *General Principles of Law...*, *cit.*, p. 23.

los jueces no crean el derecho, sino lo descubren, lo interpretan y lo aplican al caso concreto. Es cierto que las decisiones judiciales tienen una gran autoridad, dada su capacidad de persuasión porque, en general, están expresadas por juristas altamente calificados y sus sentencias tienen un alto contenido lógico. Esta es una opinión general que tiene sus excepciones. Y por eso me parece exagerado el valor que algunos juristas, sobre todo los que vienen de la tradición del *common law*, le han dado a las decisiones judiciales.

Concederle un efecto legislativo a las decisiones jurisprudenciales es bastante exagerado y obnubila el sentido original, así como su interpretación a la luz de las opiniones de los redactores originarios. Aunque esto no obsta para reconocer que varias de las resoluciones jurisprudenciales han impactado la doctrina de DI; como podrían ser, por ejemplo, reparación, genocidio, *fisheries*, Nottebohm, Nicaragua y Mar del Norte.

Se debe reconocer esta ambivalencia, pues muchos fallos tienen una gran autoridad que los colocan como un patrón a seguir. Así lo reconoce el juez Azevedo en el Caso de Asilo (Colombia vs. Perú).¹⁵⁴

Sin embargo, consideramos que la gran autoridad de algunas resoluciones se debe a que son emitidas por juristas de una gran calidad, que imprimen a sus sentencias elementos de análisis y reflexión sobresalientes.

Ahora bien, cuando el artículo 38-1-d se refiere a las decisiones de los tribunales internacionales, se debe de entender que son no solamente las de la CIJ, sino las de toda la gama de tribunales que ahora existen: tribunales *ad hoc* —tribunales para juzgar los crímenes cometidos en Ruanda, la ex Yugoslavia

¹⁵⁴ El juez Azevedo afirma: “Se debe recordar que la decisión en un caso particular tiene una representación profunda, particularmente en derecho internacional, en virtud de que los puntos de vista que han sido confirmados por tales decisiones adquieren valor quasi legislativo; independientemente del principio legal al respeto que establece que la decisión no tiene una fuerza obligatoria salvo entre las partes y respecto de tal caso en particular (artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia)”, ICJ Report, 1950, (*Colombia vs. Perú*) *Opinion Dissidente de M. Azevedo*, p. 332.

o bien de la Segunda Guerra Mundial, como el de Nuremberg y el de Tokio—; las cortes regionales de derechos humanos; los tribunales arbitrales internacionales; e, inclusive, las resoluciones de los órganos de solución de controversias, como los órganos derivados del Acuerdo Marrakech que creó la OMC, tales como el Acuerdo de Solución de Controversias (ASC) o bien DSU, por sus siglas en inglés (*Dispute Settlement Understanding*).¹⁵⁵ Esta explosión de tribunales internacionales y las sentencias que ellos dictan, ha empezado a preocupar a algunos doctrinarios que ven en ella una selva de decisiones y todas con posibilidad de crear precedentes obligatorios, por eso proponen jerarquizarlas.¹⁵⁶

En cuanto a los resultados de la función jurisdiccional, no está todo dicho; como en las demás fuentes, todavía hay algunos aspectos que no están muy claros y que la doctrina ya ha percibido.

En principio, ¿qué pasa con las medidas cautelares que la CIJ suele dictar en los procedimientos y que no están previstas en el artículo 38-1? ¿cuál es su naturaleza jurídica? Éstas, según la doctrina, y en eso estaríamos de acuerdo, tienen una naturaleza obligatoria;¹⁵⁷ y, ¿en lo que se refiere a las Opiniones Consultivas (OCs) de la CIJ? Aquí nos parece claro, y se desprende de su nombre, “opiniones”, que no son obligatorias; sin embargo, para algunos juristas tienen una naturaleza jurídica vinculante,¹⁵⁸ lo-piñón que no compartimos.

¹⁵⁵ Para un estudio especializado de este tipo de resoluciones ver: Palmetier, David y Mavroidis, Petros C., “The WTO System: Sources of Law”, *American Journal of International Law*, vol. 92, núm. 3, julio de 1998, pp. 398-412.

¹⁵⁶ Miller, Nathan, “An International Jurisprudence? The Operation of «Precedent» Across International Tribunals”, *Leiden Journal of International Law*, Holanda, vol. 15, núm. 3, 2002, pp. 483-526; Higgins, Rosalyn, “The ICJ, the ECJ and the Integrity of International Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Oxford University Press-British Institute of International and Comparative Law, vol. 52, núm. 1, enero de 2003, pp. 1-51.

¹⁵⁷ Kammerhofer, Jorg, “The binding nature of provisional measures of the international Court of justice: the «Settlement» of the Issue in *LaGrand Case*”, *Leiden Journal of International Law*, Holanda, vol. 16, 2003, pp. 67-83.

¹⁵⁸ Ago, Roberto, “«Binding» Advisory Opinions of the International Court of Justice”, *American Journal of International Law*, vol. 85, 1991, pp. 439-451.

Atenuamos nuestra anterior afirmación pues será necesario analizar el contenido de tales OCs, que pueden contener elementos jurídicos vinculantes; por ejemplo, costumbre internacional o interpretación, que son sumamente útiles, de tratados internacionales. En la historia contemporánea de la CIJ hay OCs que son paradigmáticas, como lo son, entre otras, la OC del 11 de abril de 1949 “Reparación por Daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas”, que es prácticamente un punto de partida y de referencia para fundamentar la personalidad jurídica de la ONU y, en términos generales, de los OIs. También está la OC de 28 de mayo de 1951 “Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio”, que antes de Viena 69 ya reconocía que hay obligación de las partes de respetar los límites de una reserva que es la “compatibilidad o incompatibilidad de la reserva con el objeto y el fin de la Convención”. Podríamos citar otras OCs, no sólo de la CIJ, sino también de las cortes de derechos humanos, que han sido paradigmáticas para el DI.

Algunos doctrinarios, como Ian Brownlie, incluyen, aparte de las decisiones de los tribunales antes mencionados, a los *pleadings*, es decir, a los escritos de demanda o de contestación de las partes ante la CIJ, como elementos importantes por su contenido; además, cabe señalar, se pueden considerar como material útil para conocer la opinión de los Estados sobre cuestiones legales particulares.¹⁵⁹ Elemento que, aunque importante, no por eso se puede alegar que tiene fuerza jurídica vinculante.

Por otra parte, no se debe de perder de vista que el artículo 38-1-d, al relacionarse con el artículo 59 el mismo Estatuto, deja fuera el sistema de *stare decisis* y el sistema de *common law*, y se inclina por el sistema de derecho civil (*civil law system*), sin duda alguna. Sin embargo, en la práctica, la CIJ como otros tribunales internacionales, tiene inclinación a seguir sus propias determinaciones, quizá como una predisposición para mantener una coherencia en sus decisiones. A este fenómeno se suma una clara

¹⁵⁹ Brownlie, Ian, *op. cit.*, p. 23.

proclividad de la doctrina anglosajona de enseñar el DI vía casos, con lo que la jurisprudencia adquiere mucha relevancia.

También es importante advertir que los tribunales tienen la función de interpretar y aplicar el derecho convencional, pero también, como lo han hecho, de identificar las normas consuetudinarias y los actos unilaterales y, aún más, la jerarquización de la normatividad (al declarar o identificar el *ius cogens* internacional). Esta labor de los jueces no está exenta de cierta crítica de la doctrina,¹⁶⁰ ya que hasta cierto punto convierte a los jueces en legisladores internacionales si no se ciñen estrictamente en identificar y aplicar la normatividad y en su lugar la crean artificialmente.

Otro problema que se plantea es ¿cuál es el alcance de las decisiones jurisprudenciales de las cortes internas? El artículo 38-1 establece: “I. La Corte... deberá aplicar: d. las decisiones judiciales ...como medio auxiliar”; aquí nos cuestionamos ¿se refiere únicamente a las decisiones judiciales de los tribunales internacionales o se incluyen también las de los tribunales nacionales?

Al referirnos a las decisiones de las cortes o tribunales internos, debemos ver la situación desde una perspectiva doble: en primer lugar, la utilización del DI por las cortes internas, es decir, el impacto del DI en el derecho interno; y, en segundo término, el impacto de las sentencias de jueces nacionales en el DI.

Sobre el impacto del DI en las decisiones de los jueces diríamos que, si tomamos en cuenta que los jueces internos no tienen mucha experiencia en el manejo del DI y carecen de las técnicas para interpretarlo, parecería que no es recomendable tomar en cuenta las sentencias internas. Sin embargo, es preciso reconocer que hay toda una corriente para que los jueces internos se involucren cada vez más en la aplicación del DI e inclusive hay una tendencia para que expertos en DI sean incluidos como miembros de la judicatura.

Por lo que respecta al impacto de las resoluciones de jueces nacionales en el DI, puede suceder que los jueces internos en

¹⁶⁰ Murphy, John F., *op. cit.*, p. 19.

sus resoluciones identifiquen un principio general del derecho, o bien, que sus decisiones sean precedentes para la conformación de la costumbre internacional. Al respecto, la doctrina anglosajona (estadounidense y británica) frecuentemente se refiere a las sentencias de sus cortes;¹⁶¹ inclusive, pueden ser útiles las decisiones de las cortes o tribunales internos cuando se refieren a un aspecto internacional. Véanse, por ejemplo, los casos Pinochet en la Gran Bretaña (GB)¹⁶² y Cavallo¹⁶³ en México, los cuales están colocados al mismo nivel de análisis e importancia que los casos dictados por los tribunales internacionales.

De cualquier manera, lo que queda fuera de duda es que las decisiones últimas de los tribunales constituyen, una *opinio iuris* del Estado y, en consecuencia, hay obligación de tomarlas en cuenta cuando se trata de evaluar la existencia de la norma consuetudinaria o de actos unilaterales. Es decir, si partimos de la premisa de que las sentencias de los tribunales internos son actos de Estado que impactan el DI, pueden ser tomadas en cuenta para determinar si existe o no una práctica, una *opinio iuris* o un acto unilateral que crea derechos y obligaciones para el mismo Estado que lo realiza.

V. LA DOCTRINA DE LOS PUBLICISTAS DE MAYOR CALIFICACIÓN DE VARIAS NACIONES

Al igual que la jurisprudencia, la doctrina juega un papel sumamente útil porque ayuda al juzgador o al aplicador de la legalidad

¹⁶¹ *Idem.*

¹⁶² Dentro del gran cúmulo de obras —libros y revistas— que se han publicado sobre el caso, se puede mencionar: Sands, Phillippe, “International Law, transformed? From Pinochet to Congo...?” *Leiden Journal of International Law*, vol. 16, 2003, pp. 37-53.

¹⁶³ Siqueiros, José Luis, “La extradición y la jurisdicción universal. El caso Cavallo”, *Revista de Derecho Privado*, Nueva Serie, año III, núm. 7, enero-abril de 2004, pp. 115-130; Becerra Ramírez, Manuel, “El Caso Cavallo”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. IV, 2004, pp. 585-626.

internacional a determinar el derecho; los doctrinarios, con sus trabajos, ayudan a dar forma y orden a las diferentes piezas del DI;¹⁶⁴ sin embargo, es un mero auxiliar para determinar las reglas del derecho, no es una fuente autentica del DI.

Aunque es difícil decir quiénes son los juristas más destacados, de mayor calificación, como establece el artículo 38-1, actualmente es posible encontrar ciertos autores y trabajos concretos de académicos en las opiniones separadas de los jueces de la CIJ. Véase, por ejemplo, la cita que hace el juez T. Buergenthal en el caso *Arrest Warrant Case*”.¹⁶⁵

Desde un punto de vista institucional, podemos ver como la doctrina tiene un gran impacto en el quehacer jurídico. En efecto, a nivel universal tenemos instituciones como el *Institut de Droit International* (IDI), la CDI, el 6o. Comité de la AG, el Comité Jurídico Interamericano, y las diferentes organizaciones regionales de juristas, tales como la Asociación Europea de Derecho Internacional, la *American Society of international Law*, la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional (SLADI), y las diferentes publicaciones en América Latina sobre temas de DI, como el Anuario Mexicano de Derecho Internacional, el Anuario Colombiano de Derecho Internacional; todos son instituciones en donde la doctrina de DI se manifiesta en forma preponderante.

Mención especial tienen los juristas latinoamericanos que desde hace muchos años han creado una doctrina vigorosa de DI¹⁶⁶ y que se sigue creando con el aporte de nuevas generaciones de la región.

¹⁶⁴ Wood, Michael, “Teachings of the Most Highly Qualified Publicists (Art. 38 (I) ICJ Statute)”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, disponible en: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1480> (fecha de consulta: 27 de febrero de 2017).

¹⁶⁵ ICJ Report, *Democratic Republic of the Congo vs. Belgium: Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal*, 2002, párr. 44.

¹⁶⁶ Cançado Trindade, Antônio Augusto, “Los aportes latinoamericanos al derecho y a la justicia Internacionales”, México, UNAM, Instituto de Investiga-

El recurso de la CPJI y de la CIJ a la doctrina ha sido importante, esencialmente, en un periodo de formación de la doctrina, con los nombres de Grocio, Pufendorf, Vattel, Vitoria, Suárez y de las escuelas a las que pertenecían cada uno de ellos —fundamentalmente iusnaturalistas y positivistas en sus diferentes matices—.

También hay que notar que la doctrina en este momento tiene un claro dominio de la literatura que aparece en inglés y después de los autores europeos y estadounidenses. De tal manera que hay algunos que ven con cierto recelo a la doctrina, como cuando el árbitro Huber se expresó en el caso *Spanish Zone of Morocco Claims*.¹⁶⁷

Esto es evidente cuando se trata, en algunos casos, de la doctrina de algunos países, en donde los doctrinarios son académicos destacados al mismo tiempo que asesores jurídicos de sus gobiernos, sobre los que ejercen mucha influencia. De tal manera que es difícil establecer la línea divisoria entre sus funciones como asesor en favor de los intereses de su Estado y las ideas independientes, objetivas, de un académico. Esto también puede ser evidente en las escuelas contemporáneas del pensamiento jurídico internacional que han aparecido en el siglo XX en el nuevo imperio estadounidense, que como tal tiene intereses en todo el mundo y que requiere apoyarse en una doctrina consistente que, en consecuencia, pierde en objetividad e independencia.

ciones Jurídicas, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2452/5.pdf> (fecha de consulta: 12 de abril de 2017).

¹⁶⁷ “Es verdad que la gran mayoría de los escritores muestran una tendencia muy marcada a limitar la responsabilidad de los Estados. Sin embargo, sus doctrinas están frecuentemente inspiradas políticamente y representan una reacción natural contra la intervención injustificada en los asuntos de ciertas naciones” (traducción del autor), *Spanish Zone of Morocco Claims (Great Britain vs. Spain, 1925)* 2 R.I.A.A., 615-640.