

PRIMER INFORME.

EL DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO PARTICULAR EN EL CONTEXTO DEL CONTINENTE AMERICANO

(Presentado por el doctor George Rodrigo Bandeira Galindo)

El año 2018 hubo dos pronunciamientos importantes que inciden de manera significativas en la comprensión de la práctica estatal, los debates doctrinales y la interpretación de las decisiones de los tribunales internacionales respecto del tema del "derecho internacional consuetudinario regional".

En su 95.º período ordinario de sesiones, celebrado en Rio de Janeiro del 31 de julio al 9 de agosto de 2019, el Comité Jurídico Interamericano incluyó en el programa el tema del derecho internacional consuetudinario particular en el contexto del continente americano. En esa ocasión tuve la honra de ser designado relator sobre el tema.

En este primer informe procuro abordar el tema desde la perspectiva de la jurisprudencia internacional.

Gran parte de la doctrina sobre el derecho internacional particular tiene como punto de partida una serie de casos juzgados por la Corte Internacional de Justicia (en adelante la CIJ o la Corte) a lo largo de más de cincuenta años, en los cuales abordó el asunto con mayor o menor detenimiento.

Este enfoque del tema a partir de casos juzgados por la CIJ, que podría considerarse preponderantemente inductivo, tiene claras ventajas, pero también riesgos.

La principal ventaja es que conecta el estudio del derecho internacional consuetudinario particular con la práctica judicial pertinente, evitando de esta forma discusiones de orden teórico con poca aplicación práctica.

Por otro lado, el gran riesgo de este enfoque consiste en presuponer que hay coherencia entre los fallos pronunciados por la CIJ a lo largo de un período prolongado, abstracción hecha de las características de los casos concretos.

En realidad, como se verá más adelante, los criterios que la CIJ utilizó para identificar la regla consuetudinaria particular no son uniformes. Además, diversos elementos argumentativos contenidos en las decisiones generan aporías o presentan claras omisiones.

La finalidad del análisis de la práctica judicial en la materia es justamente entender con mayor profundidad los casos juzgados por la CIJ, a fin de dilucidar sus posibilidades y también sus límites para la aplicación del derecho internacional consuetudinario particular en el contexto del continente americano.

En este informe iniciaré el análisis con los casos en que la CIJ, en sus fallos, se pronunció de algún modo sobre el derecho internacional consuetudinario particular. Asimismo, examinaré la posición individual expresada por los magistrados en dichos casos, a fin de comprender mejor el contexto en el cual se tomaron las decisiones. En el próximo informe analizaré los casos en que la referencia al derecho internacional consuetudinario particular se encuentra exclusivamente en las opiniones individuales de magistrados de la CIJ y los pocos casos juzgados por otros tribunales acerca del tema. También haré un

balance general de la posición de la jurisprudencia internacional sobre el derecho internacional consuetudinario particular.

* * *

El caso relativo al derecho de asilo¹ fue la primera oportunidad en que la CIJ tuvo que pronunciarse sobre la posibilidad de la existencia de normas internacionales consuetudinarias particulares. El caso es muy importante porque, en gran medida, guió los debates doctrinarios y la propia jurisprudencia posterior de la Corte.

El caso abarcaba una serie de cuestiones relacionadas con la concesión de asilo diplomático por el Gobierno de Colombia al ciudadano peruano Víctor Raúl Haya de la Torre.

Se abordó el tema del derecho internacional consuetudinario particular en virtud del argumento colombiano de que, al invocar el derecho internacional americano en materia de asilo diplomático, se basaba en la existencia de una costumbre regional o local propia de los Estados latinoamericanos. Específicamente, la Corte tuvo que decidir sobre la regla de que la calificación unilateral y definitiva de la transgresión que da lugar al asilo diplomático incumbe al Estado que otorga asilo.

Según la Corte, la parte que alega la existencia de una costumbre de ese tipo debe probar que es obligatoria para la otra parte. Vale la pena consultar el pasaje pertinente, que se cita con frecuencia en la literatura sobre el derecho internacional consuetudinario particular:

La Parte que recurre a una costumbre de este tipo debe probar que se trata de una costumbre arraigada que ha adquirido carácter obligatorio para la otra Parte. El Gobierno de Colombia debe probar que la norma que invoca se ciñe a un uso constante y uniforme de los Estados en cuestión y que este uso es la expresión de un derecho correspondiente al Estado que otorga asilo y de un deber del Estado territorial. Esto se desprende del artículo 38 del Estatuto de la Corte, en el cual se hace referencia a “la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”².

Cabe señalar que la Corte invocó el artículo 38 de su Estatuto, que nada dice acerca de la costumbre particular, para sustentar que tal regla emanaría de un uso constante y uniforme como expresión de un derecho del Estado que concede el asilo y de un deber del Estado territorial.

Las dos líneas de argumentación de Colombia fueron rechazadas. En la primera, a pesar de que se mencionaron varios tratados como prueba de la existencia de una práctica, la Corte consideró que esos tratados no eran pertinentes o habían sido ratificados por pocos Estados en el contexto latinoamericano. En la segunda, aunque Colombia trajo a colación varios casos de asilo diplomático, ellos presentarían, según la CIJ, “incertidumbre y contradicciones”, además de estar influenciados por la “conveniencia política”, de modo que esa práctica no demostraría la existencia de un uso constante y uniforme que posibilitara la creación de una regla consuetudinaria³.

Además, la Corte entendió que, aunque Colombia hubiese probado la existencia de una regla consuetudinaria sobre la calificación, no podría invocarse contra Perú, que la habría repudiado. Eso lo confirmaría el hecho de que Perú no ratificó las Convenciones de Montevideo de 1933 y 1939, los primeros instrumentos que incluyeron reglas relativas a la calificación de la infracción en el ámbito del asilo diplomático. Se rechazaron, sin un fundamento enérgico, los comunicados oficiales del Ministerio de Relaciones Exteriores de Perú presentados por Colombia como prueba de la aceptación de la regla consuetudinaria particular⁴.

¹. International Court of Justice. *Colombian-Peruvian asylum case*, Judgment of November 20th, 1950, I.C.J. Reports 1950, p. 266).

². *Ibidem*, p. 276 y 277 (traducción del CJI).

³. *Ibidem*, p. 277

⁴. *Ibidem*, p. 277 y 278.

En un pasaje del fallo, la CIJ se pronunció también sobre la no intervención como tradición latinoamericana, aunque sin explicitar si tal tradición constituiría una regla consuetudinaria⁵.

El caso plantea varias cuestiones, de las cuales cabe señalar cuatro.

Los argumentos acerca de la identificación de la costumbre se basan en gran medida en la percepción de que los tratados forman parte de la práctica estatal. La postura opuesta de Perú al respecto parte de la base de que no había ratificado un tratado sobre el tema del asilo. Este argumento tiene repercusiones en la identificación del papel del silencio en la formación de la regla consuetudinaria, al cual se le atribuiría poco o ningún peso en el caso de una costumbre particular, ya que la ausencia de ratificación no constituye una manifestación de voluntad expresa.

Segundo, no resulta claro si la exigencia de que Colombia probara que la costumbre particular era obligatoria para Perú es una cuestión procesal o de fondo. En ese contexto subsiste la pregunta de si la costumbre internacional regional podría aplicarse solo cuando una parte en un proceso hubiera aportado prueba de la obligatoriedad para la otra parte o cuando la propia Corte pudiera reconocerla de oficio.

Parece razonable creer que la prueba exigida de Colombia constituye una cuestión procesal, porque la Corte misma analiza elementos de la práctica, aunque de manera insuficiente, y concluye que no hay una norma consuetudinaria particular que reglamente el tema abordado.

La CIJ fue muy precisa al dar gran peso al hecho de que Perú no habría ratificado el primer tratado con disposiciones sobre el derecho de calificación del Estado que otorga asilo. Esa referencia al “primer” tratado podría estar relacionada con el principio de la aquiescencia o incluso con lo que llegaría a convertirse en la doctrina del objetor persistente, que exige, como es sabido, que la objeción haya tenido lugar en el momento de la gestación de la regla consuetudinaria.

La opinión disidente del magistrado Álvarez reviste sumo interés porque, antes de ingresar en la Corte, el magistrado había reflexionado mucho en sus obras sobre el papel del regionalismo en el derecho internacional. Sin embargo, la posición de Álvarez con respecto a la costumbre particular parece ser poco clara.

Antes de entrar en la cuestión del asilo diplomático desde el punto de vista de la regla consuetudinaria particular, Álvarez resume algunas de sus ideas sobre el derecho internacional americano. Según él, no es necesario que una costumbre sea aceptada por todos los Estados del Nuevo Mundo para ser considerada como parte del derecho internacional americano. También concibe la posibilidad de la existencia de subdivisiones del derecho internacional americano, como el derecho internacional latinoamericano. En cuanto a la relación entre el derecho internacional general y el derecho internacional americano, afirma que no es de subordinación, sino de correlación⁶.

Incluso con una posición favorable a la particularidad en el derecho internacional, Álvarez concluye que no hay un derecho internacional consuetudinario americano en materia de asilo porque no habría uniformidad en la práctica de los gobiernos sobre el tema. Sin embargo, admite que los Estados latinoamericanos emplean ciertas prácticas y métodos en relación con el asilo, aunque no explica si estarían dotados de algún grado de juridicidad y, por lo tanto, si serían obligatorios en el contexto latinoamericano⁷.

Otros magistrados, como Read, afirman expresamente que, aunque Colombia no probó que existía un derecho unilateral a la calificación y un derecho al salvoconducto sobre la base del derecho consuetudinario, es indudable que el asilo diplomático constituye una costumbre internacional. Esa afirmación ayuda a comprender que la Corte es capaz de constatar la existencia de la costumbre particular sin que una de las partes necesite probar que esa costumbre sea obligatoria para la otra⁸.

5. *Ibidem*, p. 285.

6. *Ibidem*, p. 294.

7. *Ibidem*, p. 295.

8. *Ibidem*, p. 321.

El magistrado Azevedo, además de discordar de la Corte en lo que se refiere a la existencia de una costumbre particular sobre el asilo diplomático, no estuvo de acuerdo con la tesis de que la ausencia de ratificación diera lugar a la exclusión de un Estado del grupo en el cual se respeta la costumbre⁹.

* * *

El caso relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos¹⁰ se refería a la continuidad de ciertos privilegios concedidos a ciudadanos estadounidenses en territorio marroquí.

Uno de los argumentos presentados por Estados Unidos era que el ejercicio de su jurisdicción consular y de otros derechos capitulares se fundamentaba en la costumbre y en el uso. Cabe destacar que en ningún momento se usa la expresión “costumbre bilateral”. El argumento se refería a dos marcos temporales diferentes: de 1787 a 1937 y de 1937 hasta el momento en que se emitió un fallo en el caso en cuestión¹¹.

La Corte entendió que el argumento de Estados Unidos era improcedente, en relación con ambos marcos temporales, por distintas razones.

En cuanto al primer período, la Corte presentó dos fundamentos. Primero, la jurisdicción consular estadounidense no se basaba en la costumbre o el uso, sino en derechos emanados de un tratado. Al respecto, las razones expuestas por la Corte no parecen ser suficientemente sólidas. Aunque afirmaba que la mayoría de los Estados tenían derechos emanados de tratados, también reconocía que ciertos Estados ejercían jurisdicción consular con “el consentimiento y la aquiescencia” de Marruecos. Según la Corte, no obstante, ese elemento no sería suficiente para concluir que Estados Unidos tenía derecho a la jurisdicción consular sobre la base de “la costumbre y el uso”. Cabe destacar que, en el fallo, no se consideró que “el consentimiento y la aquiescencia” equivaliera a una costumbre particular, ni siquiera en relación con esos otros Estados¹².

En este caso, a diferencia de la postura general adoptada en el caso relativo al derecho de asilo, la Corte parece hacer una distinción muy estricta entre normas convencionales y normas consuetudinarias, que impide la aplicación concomitante de ambas fuentes, a partir de una dicotomía entre los Estados que tenían jurisdicción consular basada en tratados y aquellos que la tenían sobre la base del “consentimiento y la aquiescencia” de Marruecos. Lo que no queda claro es la forma en que “el consentimiento y la aquiescencia” pueden separarse de los tratados si estos son una forma clara de consentimiento expreso.

El segundo fundamento se basa en la carga de la prueba. Después de repetir los argumentos del caso relativo al derecho de asilo, la Corte afirma que no hay “prueba suficiente” para concluir que el ejercicio de la jurisdicción consular se basaba en la costumbre y el uso. Sin embargo, no se presenta una fundamentación detenida para llegar a esa conclusión¹³.

En cuanto al segundo período, que comienza con el Convenio de 1937 entre Francia y el Reino Unido¹⁴, la Corte analizó la correspondencia diplomática entre Francia y Estados Unidos a fin de determinar si contenía elementos que permitieran considerar la existencia de costumbre y uso. Sin embargo, su conclusión fue que ese intercambio de correspondencia indicaba que ambos Estados buscaban una solución para el asunto sin que ninguno de ellos desistiera de su posición jurídica. Lo que

⁹. *Ibidem*, p. 338.

¹⁰. International Court of Justice. *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco*, Judgment of August 27th, 1952, I.C.J. Reports 1952.

¹¹. *Ibidem*, p. 199.

¹². *Ibidem*, p. 199 y 200.

¹³. *Ibidem*, p. 200.

¹⁴. La pertinencia de este tratado para el caso está relacionada con la aplicación del principio de nación más favorecida. En virtud de este tratado, el último Estado que gozaba de privilegios en Marruecos —el Reino Unido— dejó de gozar de ellos. Eso incidiría en los derechos de Estados Unidos, que ya no podría alegar la aplicación del principio.

ocurre es que, incluso durante esas negociaciones, Estados Unidos siguió ejerciendo jurisdicción consular. La Corte explicó el mantenimiento de ese estado de cosas en virtud de una situación provisoria aceptada por las autoridades marroquíes¹⁵.

En el fallo no se deja en claro la diferencia entre “costumbre y uso” y “aquiescencia”. No obstante, este último concepto remite a la explicación, con respecto al primer marco temporal, que la Corte dio en relación con el comportamiento de los Estados que ejercían jurisdicción consular sin basarse en tratados. Tampoco queda claro si, para la Corte, dicha aquiescencia existiría en presencia o en ausencia de un tratado que permitiera el ejercicio de jurisdicción consular.

Sin embargo, en este caso, la CIJ no identificó ninguna regla consuetudinaria que obligara a las partes.

En su opinión disidente, los magistrados Hackworth, Badawi, Carneiro y Rau abordaron la cuestión de “la costumbre y el uso” de una manera diferente de la mayoría.

La premisa metodológica básica de las opiniones disidentes es que un tratado, por un lado, y la costumbre y el uso (que llaman “usage and sufferance”), por el otro, pueden convivir. Esa parece ser la línea más adecuada para el seguimiento del caso relativo al derecho de asilo, en el cual, como ya hemos visto, se establece una relación estrecha entre tratado y costumbre. La opinión disidente, a diferencia de la opinión de la mayoría, aporta varios elementos que demostrarían un uso prolongado por Estados Unidos en relación con el ejercicio de la jurisdicción consular¹⁶.

* * *

El fallo sobre el fondo en el caso relativo al derecho de paso por territorio de la India¹⁷, de 1960, fue la primera oportunidad en la cual la CIJ constató la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario particular. En este caso, la norma en cuestión se aplicaba a la India y a Portugal.

Para llegar a esa conclusión, la Corte estableció un marco inicial con el fin de constatar la existencia de una práctica que autorizaba el derecho de paso de Portugal por territorio de la India. Ese marco surgió con el inicio de la colonización británica y persistió tras la independencia del Estado indio¹⁸.

La India, en su defensa, rechazó la posibilidad de que existiera una costumbre entre dos Estados únicamente. La Corte refutó ese argumento en un pasaje que constituye una fuente de consulta obligatoria en la literatura sobre el derecho internacional consuetudinario particular:

Con respecto al derecho de paso reclamado por Portugal sobre la base de una costumbre local, se objeta, en nombre de la India, que no puede establecerse ninguna costumbre local entre dos Estados únicamente. Es difícil ver por qué el número de Estados entre los cuales puede establecerse una costumbre local basada en una práctica prolongada deba ser necesariamente mayor de dos. La Corte no ve ninguna razón por la cual una práctica prolongada entre dos Estados que la aceptan como elemento regulador de sus relaciones no pueda servir de base para derechos y obligaciones mutuos entre ambos Estados.¹⁹

La CIJ constató, a partir de los elementos aportados por las partes, que la práctica era suficiente para demostrar que, en lo que se refiere a particulares, funcionarios civiles y mercaderías en general, había una práctica “constante y uniforme” que permitía el derecho de paso del Estado portugués. La

¹⁵. International Court of Justice. *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco*, *op. cit.*, p. 200 y 201.

¹⁶. *Ibidem*, p. 219 a 221.

¹⁷. International Court of Justice. *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits)*, Judgment of 12 April 1960, ICJ Reports 1960.

¹⁸. *Ibidem*, p. 37.

¹⁹. *Ibidem*, p. 37 (traducción del CJI).

Corte agregó que tal práctica había persistido durante más de un siglo y cuarto sin modificaciones, incluso tras el cambio de régimen cuando la India se independizó²⁰.

Cabe destacar que la constatación de la norma consuetudinaria local —el derecho de paso— se debió a que posibilitaba “el ejercicio de su soberanía [de Portugal] sobre los enclaves, con sujeción a las atribuciones de reglamentación y fiscalización de la India”. Por lo tanto, la norma consuetudinaria emanaba de un derecho que Portugal tenía por haber sido reconocido como Estado soberano.

Sea como fuere, el análisis que hace la Corte de la práctica de ambos Estados es genérica y no se adentra en los diversos actos que la habrían constituido.

En el fallo se consideró que no existía un derecho portugués, basado en la costumbre local, de paso de las fuerzas armadas, la policía armada, armas y municiones. Con respecto a esas hipótesis, la CIJ consideró que el paso estaba reglamentado por el principio de reciprocidad y no como un derecho²¹ porque en ese caso Portugal tendría siempre que pedir autorización para pasar por territorio indio. En vista de ello, la Corte entendió que “esta necesidad de autorización antes que pudiera efectuarse el paso constituye, en opinión de la Corte, una denegación del paso como derecho”²².

Al respecto, no parece muy clara la distinción que se hace en el fallo entre derechos y reciprocidad, ya que los derechos se basan comúnmente en la reciprocidad, la cual puede consustanciarse en cualquier norma, sea convencional o consuetudinaria. Tampoco resulta claro por qué, al constatar que los británicos siempre autorizaban el paso, la Corte determinó que eso se basaba en la reciprocidad y no en la aquiescencia. En esa línea surge una posible contradicción en los argumentos si se toma como referencia el caso relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos. Como ya hemos visto, en ese caso, la CIJ atribuyó gran importancia al principio de la aquiescencia en detrimento de una posible costumbre particular.

Incluso si se niega la existencia de una costumbre local, en tales hipótesis surgen dos elementos importantes del fallo: 1) la Corte hace un análisis de la práctica mucho más detallado que en la primera hipótesis y presenta diversos ejemplos de la práctica que, en su opinión, constituirían reciprocidad y no un derecho, con la correspondiente obligación de paso; 2) la forma en que la Corte aborda la relación entre tratado y costumbre es mucho más dinámica que en el caso relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos. Básicamente, la Corte trata de comprender la forma en que los tratados pueden dar origen a la práctica entre Estados. De esta forma, aunque no se haya encontrado una práctica suficiente para consustanciar una costumbre con respecto a tales hipótesis, el procedimiento metodológico de la Corte para abordar las relaciones entre tratado y costumbre parece haber cambiado considerablemente, ya que los tratados son considerados como elementos para evaluar la práctica, y la práctica posterior se relaciona con ellos. En realidad, es posible que la metodología no haya cambiado, sino retornado al precedente establecido en el caso sobre el derecho de asilo.

Al analizar el argumento de Portugal de que el derecho de paso también se basaría en el derecho internacional general, la Corte hizo una importante constatación al determinar que la práctica particular prevalece sobre las reglas generales. Vale la pena transcribir el texto:

La Corte conoce aquí de un asunto concreto con características especiales: históricamente, la cuestión se remonta a un período y se refiere a una región en los que las relaciones entre los Estados vecinos no estaban regidas por normas precisas, sino que se basaban principalmente en la práctica. Habiendo comprobado que existe una práctica claramente establecida entre los dos Estados, práctica que ambas partes han reconocido que rige sus relaciones mutuas, la Corte debe atribuir efectos decisivos a la misma a fin de determinar

²⁰. *Ibidem*, p. 40.

²¹. *Ibidem*, p. 40 y 41.

²². *Ibidem*, p. 40 (traducción del CJI).

los derechos y las obligaciones específicos de los Estados. Esta práctica particular debe prevalecer sobre cualquier regla general²³.

Al respecto, subsiste la duda de si la prevalencia de la práctica particular sobre las reglas generales constituye un principio o se aplica solo a este caso concreto, teniendo en cuenta que las relaciones entre Portugal y la India, en la cuestión que es tema de controversia, son muy antiguas. La segunda hipótesis es más probable, especialmente porque se menciona de manera expresa el caso concreto. Sin embargo, eso no elimina la posibilidad de que la Corte haya llegado a la conclusión de que lo particular prevalece sobre lo general por medio de un recurso lógico.

Las opiniones separadas en el caso son bastante ricas en lo que se refiere a la cuestión de la costumbre particular.

La opinión del magistrado V. K. Wellington Koo diverge de la opinión de la mayoría en que, según él, existía un derecho portugués con respecto también a las fuerzas armadas, la policía armada, las armas y las municiones. Su opinión es muy sustanciosa en lo que se refiere al análisis de los elementos que formarían tal práctica, y presenta diversos ejemplos concretos. Sin embargo, la metodología utilizada para abordar la relación entre la costumbre y los tratados parece ser la misma de la mayoría: los tratados pueden ser considerados como un elemento de la práctica, y la práctica posterior también se refiere a ellos. Desde su punto de vista, los tratados pueden formalizar una práctica consuetudinaria²⁴.

Al abordar la caracterización del derecho de paso, el magistrado Koo incorpora la reciprocidad en la propia práctica. Según él, “se ha establecido una práctica relativa al paso basada en la reciprocidad”²⁵.

El magistrado Armand-Ugon vincula el principio de la efectividad a la constitución de la propia norma consuetudinaria local. Según él, la práctica efectiva del paso generaría el propio derecho de paso²⁶.

El magistrado Moreno Quintana parece concebir una relación más hermética entre tratado y costumbre. Para él, la solicitud de Portugal, que basaría el derecho de paso en un tratado, en la costumbre, en principios y en la doctrina al mismo tiempo, sería incongruente²⁷. Al respecto, parece apartarse de la metodología adoptada por la mayoría, incluso por la mayoría de los votos disidentes. Moreno Quintana llegó a la conclusión de que no había una práctica suficiente para hablar de la existencia de una costumbre local²⁸.

Según el magistrado Percy Spender, el tratado influyó en el proceso de formación de la norma consuetudinaria local²⁹.

El magistrado Fernandes no estuvo de acuerdo con la contraposición entre derecho y reciprocidad porque “la mayoría de los derechos reconocidos entre naciones se basan en la reciprocidad”³⁰.

Es importante señalar que Fernandes aborda la cuestión de la prevalencia del *jus cogens* sobre las reglas especiales³¹. No obstante, no desarrolla en medida suficiente el argumento relativo a la contraposición entre las normas obligatorias de derecho internacional y la costumbre particular.

* * *

23. *Ibidem*, p. 44 (traducción del CJI).

24. *Ibidem*, p. 60.

25. *Ibidem*, p. 54 (traducción del CJI).

26. *Ibidem*, p. 82 y 83.

27. *Ibidem*, p. 90.

28. *Ibidem*, p. 95.

29. *Ibidem*, p. 106.

30. *Ibidem*, p. 134 (traducción del CJI).

31. *Ibidem*, p. 135.

En el fallo sobre el fondo en el caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua contra los Estados Unidos de América)^{32/}, la Corte abordó muy brevemente la cuestión de la costumbre regional. En este caso, la costumbre incidiría en todo el continente americano como “derecho internacional consuetudinario [...] particular del ordenamiento jurídico interamericano”^{33/}.

Con esta expresión, la Corte quería decir que, en el derecho internacional consuetudinario particular del sistema interamericano, no hay una regla que permita el ejercicio de la legítima defensa colectiva sin que lo solicite el Estado que se considera víctima de un ataque armado^{34/}.

No obstante, se hace referencia al derecho consuetudinario regional sin una incursión en la práctica regional. Se presentan los tratados que, en el continente americano, abordan la cuestión de la legítima defensa colectiva, pero no se examina la interacción entre la normativa convencional y la normativa consuetudinaria regional^{35/}, a diferencia de lo que se hace en largos pasajes del fallo donde se analiza la relación entre los tratados y la costumbre general.

Aquí se hace caso omiso del criterio riguroso para la identificación de las normas consuetudinarias particulares que se usó en el caso relativo al derecho de asilo. Asimismo, se observa que la Corte no identificó la norma consuetudinaria regional a partir de la prueba aportada al caso por una de las partes litigantes. La CIJ parece haber hecho esa identificación de oficio, lo cual refuerza la idea de que la carga de la prueba para la identificación de la costumbre parece tener una característica más procesal que sustantiva, como se señala en los comentarios sobre el caso relativo al derecho de asilo.

* * *

En 1986, la Cámara constituida para juzgar el caso relativo a la controversia fronteriza (Burkina Faso contra la República de Malí)^{36/} emitió un fallo que también es pertinente para la identificación de las normas consuetudinarias particulares.

La importancia del fallo no reside en que la Cámara de la Corte lo haya emitido sobre la base de una norma consuetudinaria particular, sino en el reconocimiento de que existen estas normas en el derecho internacional.

A fin de establecer los límites que fijarían los Estados interesados, la Cámara de la Corte recurrió al principio de *uti possidetis*. Afirmó que el principio era de naturaleza consuetudinaria y se había aplicado solamente en América Latina, en sus primordios. No obstante, este principio habría pasado por un proceso de generalización, de modo que la práctica africana al respecto ya sería una práctica vinculada a una norma consuetudinaria de carácter general. Según la Corte:

El hecho de que los nuevos Estados africanos hayan respetado los límites administrativos y las fronteras establecidos por las potencias coloniales no debe considerarse como una mera práctica que contribuya al surgimiento gradual de un principio del derecho internacional consuetudinario, cuyo impacto se limita al continente africano de la misma forma que antes se había limitado a la América española, sino como la aplicación en África de una regla de alcance general^{37/}.

^{32/} International Court of Justice. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits. Judgment of 27 June 1986. I.C.J. Reports 1986, p. 14.

^{33/} Ibidem, p. 14.

^{34/} Ibidem, p. 105.

^{35/} Ibidem, p. 104 y 105.

^{36/} International Court of Justice. *Frontier Dispute*, Judgment, I.C.J. Reports 1986.

^{37/} Ibidem, p. 565.

La Corte señaló expresamente que la práctica de los Estados africanos no era constitutiva de una costumbre, sino declaratoria, es decir, su finalidad no era extender a África un principio que existía en América Latina ni crearlo, sino reconocer una norma consuetudinaria preexistente de carácter general³⁸.

Lo que no resulta claro en el fallo con respecto a este último aspecto es que no se menciona una práctica suficiente para corroborar ese proceso de generalización. Por ejemplo, no se sabe con certeza cuándo habría surgido la norma general. Se puede suponer que la norma consuetudinaria general se habría cristalizado después del proceso de descolonización de los Estados latinoamericanos, aunque necesariamente antes de la descolonización de los Estados africanos. Asimismo, la práctica mencionada se limita a los Estados latinoamericanos y africanos. Aunque la norma consuetudinaria pueda formarse a partir de la práctica de los Estados interesados, no sería razonable creer que se deba hacer caso omiso de la práctica de Estados de otras partes del mundo, incluidos los que estaban bajo el yugo de grandes imperios coloniales.

* * *

En la causa relativa a la controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos (Costa Rica contra Nicaragua)³⁹, la Corte reconoció uno de los pedidos de Costa Rica basándose exclusivamente en una norma consuetudinaria particular, que en este caso era bilateral. El caso reviste singular importancia porque la CIJ parece haber flexibilizado los criterios para probar la existencia de una costumbre particular.

Sin embargo, antes de reconocer el pedido costarricense, la Corte se abstuvo expresamente de pronunciarse sobre la existencia de un régimen aplicable a la navegación en ríos internacionales basado en el derecho internacional consuetudinario general o regional⁴⁰. Como es sabido, hay varios entendimientos doctrinarios en el sentido de que, por lo menos en América del Sur, existiría una norma consuetudinaria regional sobre la libertad de navegación fluvial.

En lo que concierne al pedido costarricense de reconocimiento de una costumbre bilateral con respecto a la pesca de subsistencia de los ribereños del río San Juan, fue acogido enfáticamente. La CIJ entendió que ambas partes estaban de acuerdo en el sentido de que reconocían la existencia de una práctica establecida de pesca de subsistencia. La diferencia entre ambas era si esa práctica era o no obligatoria. En un pasaje bastante sintético, la Corte definió la existencia de una norma consuetudinaria aplicable a Costa Rica y Nicaragua de la siguiente forma:

La Corte observa que es improbable que la práctica esté documentada formalmente en algún registro oficial, por su misma índole y especialmente en vista de que se trata de una zona alejada y poco poblada. Para la Corte, es particularmente significativo que Nicaragua niegue la existencia de un derecho emanado de la práctica que había persistido sin perturbaciones ni cuestionamientos durante un período muy prolongado. Por consiguiente, la Corte concluye que Costa Rica tiene un derecho consuetudinario. Ese derecho estaría supeditado a las medidas reglamentarias nicaragüenses relativas a la pesca que se hayan adoptado con fines apropiados, en particular para la protección de los recursos y el medio ambiente⁴¹.

Esta posición, llevada a sus últimas consecuencias, implica una reversión de la posición anterior sobre la prueba de la costumbre particular adoptada en el caso relativo al derecho de asilo. En esa oportunidad, la Corte determinó que el Estado que alega la existencia de una costumbre regional debe probar que la otra parte está obligada por la misma norma. En la causa relativa a la controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos, la Corte parece haber presumido que existía *opinio juris*

³⁸. *Ibidem*, p. 566.

³⁹. International Court of Justice. *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment of 13 July 2009, I.C.J. Reports 2009.

⁴⁰. *Ibidem*, p. 233.

⁴¹. *Ibidem*, p. 265 y 266 (traducción del CJI).

porque la práctica no estaba documentada formalmente en ningún documento oficial. Eso invirtió la carga de la prueba para Nicaragua, que no habría negado la existencia de un derecho surgido de la práctica de garantizar la pesca de subsistencia.

Aunque en relación con una práctica muy limitada, la CIJ realmente parece haber cambiado su entendimiento sobre la prueba del derecho internacional consuetudinario particular. Es importante señalar que la Comisión de Derecho Internacional no notó ese cambio, puesto que, en los comentarios sobre las conclusiones correspondientes a la identificación del derecho internacional consuetudinario, cita el caso relativo al derecho de asilo en la parte sobre la prueba de la costumbre particular sin referirse al desarrollo posterior de la jurisprudencia⁴². Entre las voces disidentes, el único magistrado que notó el cambio de posición respecto del caso relativo al derecho de asilo fue el magistrado Sepúlveda-Amor.

Según él, Costa Rica no habría probado que el derecho consuetudinario relativo a la pesca de subsistencia se había vuelto obligatorio para Nicaragua, como se hizo en el caso relativo al derecho de asilo. La invocación de la norma consuetudinaria por Costa Rica no encontraría respaldo en el tiempo, elemento necesario para la formación de una costumbre, porque recién en el memorial sometido a la Corte en 2006 se habría alegado la existencia de la norma consuetudinaria. Otro punto pertinente de la opinión separada del magistrado es que, según él, la práctica en cuestión habría sido empleada por la comunidad ribereña local de Costa Rica y no por el Estado costarricense, lo cual sería necesario para la formación de una costumbre⁴³.

El magistrado *ad hoc* Guillaume, aunque no se manifestó en contra de la norma consuetudinaria sobre la pesca de subsistencia, afirmó que en América Latina no existía un derecho a la libertad de navegación fundamentado en la costumbre⁴⁴.

⁴². International Law Commission. *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries*. A/73/10, p. 155 y 156. Se encuentra en http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_13_2018.pdf.

⁴³. *Ibidem*, p. 279 y 280.

⁴⁴. *Ibidem*, p. 291.