

SEGUNDO INFORME: EL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO PARTICULAR EN EL CONTEXTO DEL CONTINENTE AMERICANO

(presentado por el doctor George Rodrigo Bandeira Galindo)

Durante el 95º período ordinario de sesiones celebrado en Río de Janeiro del 31 de julio al 9 de agosto de 2019, el Comité Jurídico Interamericano incluyó en su programa de trabajo el tema del derecho internacional consuetudinario particular en el contexto del continente americano. En esa ocasión tuve el honor de ser elegido relator para el tema.

A su vez, en ocasión del 96º período ordinario de sesiones celebrado en Rio de Janeiro, del 2 al 6 de marzo de 2020, presenté mi primer informe.

En ese momento quise iniciar el enfoque del tema desde la perspectiva de la jurisprudencia internacional.

Una parte importante de la doctrina sobre el derecho internacional particular toma como primera referencia una serie de casos fallados por la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ o Corte) durante más de cincuenta años, los cuales, con mayor o menor detenimiento, abordaron el tema.

Este enfoque, que podría clasificarse como predominantemente inductivo, basado en casos fallados por la CIJ, tiene claras ventajas, así como riesgos.

La mayor ventaja es vincular el estudio del derecho internacional consuetudinario particular con la práctica judicial pertinente, evitando así debates teóricos con poca aplicación práctica.

Por otro lado, el gran riesgo de tal enfoque es presuponer una coherencia entre las decisiones de la CIJ durante un largo período de tiempo y abstraer las características de los casos concretos.

De hecho, como se observará a continuación, los criterios que utilizó la CIJ para determinar la norma consuetudinaria particular no son uniformes, además de que varios aspectos de los argumentos contenidos en las decisiones generan aporías o presentan claras omisiones.

El inicio del análisis de la práctica judicial sobre el tema está dirigido precisamente a entender con mayor profundidad los casos resueltos por la CIJ, con el fin de revelar sus posibilidades, así como sus limitaciones, para la aplicación del derecho internacional consuetudinario particular en el contexto del continente americano.

En dicho informe, comencé el análisis de los casos en los que la CIJ se pronunció de alguna manera en sus sentencias sobre el derecho internacional consuetudinario particular. También tuve en cuenta algunas posiciones individuales de los jueces, pronunciadas en los casos referidos, con el fin de comprender mejor el contexto del proceso decisorio.

El presente informe es una versión consolidada del informe anterior, con correcciones, y al que se suma un análisis de los casos en los que la referencia al derecho internacional consuetudinario particular se encuentra exclusivamente en las opiniones individuales de los jueces de la CIJ y en los pocos casos fallados por otros tribunales en la materia. El presente informe también contiene una evaluación general sobre la posición de la jurisprudencia internacional sobre el derecho internacional consuetudinario particular.

El análisis de las opiniones individuales no posee la facultad de constituir jurisprudencia internacional. Sin embargo, tales posiciones han servido como una referencia interpretativa importante no solo en otros casos determinados por tribunales internacionales, sino también para

comprender la forma y el alcance de las propias sentencias en relación con las cuales se emitieron las opiniones individuales.

En cuanto al análisis de las decisiones de otros tribunales internacionales, se encontró que solo la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció concretamente sobre la costumbre particular, y aún dentro del ámbito de su jurisdicción consultiva.

En el próximo informe espero presentar una sistematización de la principal doctrina sobre el tema.

1. Sentencias de la Corte Internacional de Justicia que se refieren explícitamente a la costumbre particular (y opiniones individuales relacionadas a la misma)

1.1 Caso de Asilo

El *Caso de Asilo* (caso relativo al derecho de asilo colombiano-peruano; fallo del 20 de noviembre de 1950: CIJ, Informes, 1950, p. 266) fue la primera oportunidad que tuvo la CIJ de pronunciarse sobre la posibilidad de la existencia de normas internacionales consuetudinarias particulares. El caso es de gran importancia puesto que, de manera muy significativa, orientó los debates doctrinales y la propia jurisprudencia posterior de la Corte.

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

El tema sobre el derecho internacional consuetudinario particular fue abordado en virtud del argumento de Colombia de que, al invocar el derecho internacional americano en materia de asilo diplomático, se fundamentó en la existencia de una costumbre regional o local propia de los Estados latinoamericanos. Concretamente, la Corte tuvo que decidir sobre la norma de que la clasificación unilateral y definitiva del delito que hizo viable el asilo diplomático le corresponde al Estado que otorga el asilo.

Para la Corte, la parte que alega la existencia de tal costumbre debe probar que es obligatoria para la otra parte. Vale la pena presentar el texto pertinente, el cual se cita constantemente en la literatura sobre derecho internacional consuetudinario particular:

“La parte que invoca una costumbre de esta naturaleza debe probar que se ha constituido de tal manera que se ha hecho obligatoria para la otra parte. El gobierno de Colombia debe probar que la norma que invoca está de acuerdo con un uso constante y uniforme, practicado por los Estados en cuestión, y que dicho uso constituye la expresión de un derecho a favor del Estado que concede el asilo y una obligación que incumbe al Estado territorial. Ello resulta del artículo 38 del Estatuto del Tribunal, que hace referencia o mención de la costumbre internacional “como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”¹”.

Es pertinente señalar que la Corte invocó el artículo 38 de su Estatuto, el cual no hace mención a la costumbre particular, para sustentar que tal norma resultaría de un uso constante y uniforme como expresión de un derecho propio del Estado que concede el asilo y un deber del Estado territorial.

Los dos niveles de argumentos presentados por Colombia fueron desestimados. Con respecto al primero, si bien se presentaron varios tratados como prueba de la existencia de una práctica, la Corte consideró que, o no eran pertinentes al caso o habían sido ratificados solamente por algunos Estados en el contexto latinoamericano. En el segundo, si bien Colombia ha presentado varios casos de asilo diplomático, estos presentarían, según la CIJ, “incertidumbre y contradicción”, además de estar influidos por “conveniencia política”, por lo que tal práctica no demostraría la existencia de un uso constante y uniforme para posibilitar la creación de una norma consuetudinaria².

Además, la Corte entendió que, aunque Colombia hubiera probado la existencia de una norma consuetudinaria sobre calificación, no podía invocarse contra Perú, que la hubiera repudiado. Esto se

¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Caso colombiano-peruano relativo al derecho de asilo*, Sentencia del 20 de noviembre de 1950: CIJ. Informes, 1950, p. 276 a 277.

² *Idem*, p. 277.

vería confirmado por el hecho de que Perú no había ratificado los Convenios de Montevideo de 1933 y 1939, que fueron los primeros instrumentos que incluyeron normas sobre la calificación del delito en el ámbito del asilo diplomático. Las comunicaciones oficiales del Ministerio de Relaciones Exteriores de Perú que fueron presentadas por Colombia como prueba de aceptación de la norma consuetudinaria particular fueron desestimadas, sin un fundamento fuerte³.

En un pasaje de la sentencia, la CIJ también se pronunció sobre la no intervención como tradición latinoamericana, aunque no precisó si tal tradición constituiría una norma consuetudinaria⁴.

Varias cuestiones surgen del caso. Cuatro de ellas merecen ser mencionadas.

El argumento sobre la determinación de la costumbre se basa en gran medida en la percepción de que los tratados son elementos componentes de la práctica estatal. La postura de oposición de Perú con respecto al tema deriva básicamente de la falta de ratificación por parte de ese Estado de un tratado en materia de asilo. Tal argumento tiene consecuencias para la determinación del papel del silencio en la formación de la norma consuetudinaria, el cual no se tomaría en cuenta o se desestimaría en el caso de una costumbre particular, ya que la ausencia de ratificación no significa la manifestación de una voluntad expresa.

Segundo: no está claro si la exigencia de que Colombia debía probar que la costumbre particular era obligatoria para Perú es una cuestión de procedimiento o de fondo. En ese contexto, queda la pregunta: ¿podría aplicarse la costumbre internacional regional únicamente cuando una parte en un proceso judicial presenta la prueba de obligatoriedad de la otra parte o ¿podría la propia Corte reconocerla de oficio?

Parece razonable pensar que la exigencia dirigida a Colombia se entiende como una cuestión procesal, pues la propia Corte analiza elementos de la práctica --aunque de manera insuficiente-- y concluye que no existe una norma consuetudinaria particular que regule el tema discutido. Por otro lado, se podría argumentar que la prueba de la costumbre constituye una condición para su propia identificación, lo que aportaría a la cuestión elementos de un tema de fondo.

La CIJ fue muy precisa al hacer pesar el hecho de que Perú no había ratificado el primer tratado que establecía disposiciones sobre el derecho de calificación del Estado de asilo. Dicha referencia al “primer” tratado puede estar relacionada con el principio de aquiescencia, o incluso con lo que se convertiría en la doctrina del objeto persistente, que requiere, como es sabido, que la objeción haya ocurrido en el momento de la gestación de la norma consuetudinaria.

La opinión disidente del Magistrado Álvarez es de gran interés en virtud de que, incluso antes de su ingreso a la Corte, fue un autor que reflexionó mucho sobre el papel del regionalismo en el derecho internacional. Sin embargo, las posiciones de Álvarez con respecto a la costumbre particular no parecen muy claras.

Antes de abordar el tema del asilo diplomático como norma consuetudinaria particular, Álvarez resume algunas de sus ideas sobre el derecho internacional americano. Para él, no es necesario que una costumbre ser aceptada por todos los Estados del Nuevo Mundo para ser considerada como parte del derecho internacional americano. También concibe la posibilidad de subdivisiones en el derecho internacional americano, tal como un derecho internacional latinoamericano. Con respecto a la relación entre el derecho internacional general y el derecho internacional americano, Álvarez sostiene que no es una relación de subordinación, sino de correlación⁵.

Aun con una posición favorable a la particularidad del derecho internacional, Álvarez concluye que no existe un derecho internacional consuetudinario americano sobre asilo por el motivo de que no habría uniformidad en la práctica de los respectivos Gobiernos en la materia. Admite, sin embargo, que existen ciertas prácticas y métodos en la solicitud de asilo que los Estados latinoamericanos han observado. Sin embargo, no explica si tales prácticas y métodos estarían

³ *Ibidem*, p. 277 a 278.

⁴ *Ibidem*, p. 285.

⁵ *Ibidem*, p. 294.

dotados de algún grado de legalidad y, por tanto, si serían obligatorios en el contexto latinoamericano⁶.

Otros jueces, como el Magistrado Read, expresaron que, si bien Colombia no probó que existía un derecho unilateral a la calificación y un derecho al salvoconducto basado en el derecho consuetudinario, sería indudable que el asilo diplomático se configura como una costumbre internacional. Esta afirmación ayuda a comprender que la Corte está en condiciones de constatar la existencia de la costumbre particular sin que una de las partes deba probar que es obligatoria para la otra⁷.

El Magistrado Azevedo, además de estar en desacuerdo con la Corte sobre la existencia de una costumbre particular sobre asilo diplomático, objetó el hecho de que la ausencia de ratificación daría lugar a la exclusión de un Estado del grupo en relación con el cual se respeta la costumbre⁸.

1.2 Caso relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos en Marruecos

El *Caso relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos* (Caso relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos, Sentencia del 27 de agosto de 1952: Informes, CIJ, 1952) trató sobre la cuestión de la continuidad de determinados privilegios concedidos a ciudadanos estadounidenses en territorio marroquí.

Uno de los argumentos presentados por Estados Unidos fue formulado para sustentar que el ejercicio de su jurisdicción consular y otros derechos capitulares se fundamentaría en “costumbre y uso”. Es importante señalar que en ningún momento se utilizó la expresión costumbre bilateral. La alegación se refería a dos períodos diferentes: el primero, de 1787 a 1937, y el segundo, de 1937 al momento en que se interpuso la acción en cuestión⁹.

La Corte determinó que el argumento estadounidense no procedía, en relación con los dos períodos, por diferentes motivos.

En cuanto al primer período, la Corte presentó dos fundamentos. En primer lugar, la jurisdicción consular estadounidense no se basaba en la costumbre o el uso, sino en los derechos que emanaban de un tratado. En este punto, las razones expuestas por la Corte no parecen suficientemente fuertes. Aunque sostiene que la mayoría de los Estados tenían derechos en virtud de tratados, también reconoce que ciertos Estados ejercían la jurisdicción consular con “el consentimiento y la aquiescencia” de Marruecos. Para la Corte, sin embargo, este elemento no era suficiente para determinar que Estados Unidos tenía el derecho a la jurisdicción consular basándose en “costumbre y uso”. Cabe mencionar que la sentencia no equipara “asentimiento y aquiescencia”, incluso en relación con estos otros Estados, a una costumbre particular¹⁰.

En este caso, y a diferencia de la postura general adoptada en el *Caso de Asilo*, la Corte parece adoptar aquí una distinción muy estricta entre las normas que emanan de las convenciones y las normas consuetudinarias, con el fin de evitar la aplicación simultánea de las dos fuentes. Esto se hace debido a la dicotomía que existía entre aquellos Estados que poseían jurisdicción consular basada en tratados y aquellos que la poseían basándose en “el asentimiento y la aquiescencia” de Marruecos. Lo que no está claro es cómo se puede separar “asentimiento y aquiescencia” del tratado, siendo esta una forma clara de asentimiento expreso.

El segundo motivo presentado se basa en la carga de la prueba. Tras la transcripción del *Caso de Asilo*, la Corte entiende que existen “pruebas insuficientes” para concluir que el ejercicio de la jurisdicción consular se basó en la costumbre y el uso. Sin embargo, no existe ningún fundamento para llegar a tal conclusión¹¹.

⁶ *Ibidem*, p. 295.

⁷ *Ibidem*, p. 321.

⁸ *Ibidem*, p. 338;

⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Caso relativo a los derechos de nacionales de los Estados Unidos en Marruecos*, Sentencia del 27 de agosto de 1952: CIJ. Informes 1952, p. 199.

¹⁰ *Ídem*, p. 199-200.

¹¹ *Ibidem*, p. 200.

En relación al segundo período, que comienza con el Convenio franco-británico de 1937¹², la Corte analizó la correspondencia diplomática intercambiada entre Francia y Estados Unidos con el fin de evaluar la posibilidad de encontrar elementos en ella para considerar la existencia de costumbre y uso. Sin embargo, su conclusión fue que el propósito de dicha correspondencia indicaba que los dos Estados buscaban una solución al problema, sin que ninguna de las partes tuviera la intención de renunciar a sus posiciones jurídicas. Sucede que, incluso durante dichas negociaciones, Estados Unidos continuó ejerciendo jurisdicción consular. La Corte explicó que el mantenimiento de ese estado de cosas se debió a una situación provisional permitida por las autoridades marroquíes¹³.

La sentencia no deja clara la diferencia entre "costumbre y uso" y "aquiescencia". Este último concepto, sin embargo, se refiere a la explicación, relacionada con el primer período, que la Corte dio al comportamiento de los Estados que ejercían la jurisdicción consular sin fundamento en tratados. Sin embargo, tampoco está claro si, para la Corte, esta aquiescencia se produciría en presencia o ausencia de un tratado que permitiera el ejercicio de la jurisdicción consular.

En este caso, por lo tanto, la CIJ no determinó ninguna norma consuetudinaria para obligar a las partes.

La opinión disidente de los Magistrados Hackworth, Badawi, Carneiro y Rau abordó la cuestión de "costumbre y uso" y no estuvo de acuerdo con la posición de la mayoría.

La premisa metodológica básica del disentimiento es que el tratado, por un lado, y la costumbre y el uso (que ellos denominan "uso y consentimiento") por el otro, pueden convivir. Esta parece ser la línea más adecuada para el seguimiento del *Caso de Asilo* que, como ya fue señalado, establece una estrecha relación entre tratado y costumbre. A diferencia de la mayoría, la opinión disidente contiene varios elementos que demostrarían un uso prolongado en relación con el ejercicio, por parte de Estados Unidos, de la jurisdicción consular¹⁴.

1.3 Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India

La sentencia sobre el fondo del *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India*, de 1960 (Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India, (fondo), sentencia del 12 de abril de 1960: Informes, CIJ, 1960, p. 6) fue la primera oportunidad en la que la CIJ constató la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario particular. En este caso, la norma en cuestión se aplicaba a India y a Portugal¹⁵.

Para llegar a esta conclusión, la Corte estableció un marco inicial para constatar la existencia de una práctica que autorizaba el derecho de paso de Portugal sobre el territorio de la India. Este marco se produjo con el inicio de la colonización británica y permaneció después del período de independencia de la India.

La defensa de la India impugnó la posibilidad de que existiera una costumbre solo entre dos Estados. La Corte refutó este argumento en un párrafo que es una referencia obligatoria en la literatura sobre el derecho internacional consuetudinario particular:

“En tanto que esta pretensión de Portugal a un derecho de paso se formulara por este país sobre la base de la costumbre local, se alega en nombre de la India que ninguna costumbre local puede constituirse únicamente entre dos Estados. Es difícil ver por qué el número de Estados entre los que puede constituirse una costumbre local sobre la base de una práctica prolongada deba ser necesariamente superior a dos. La Corte no ve razón para que una práctica aceptada por

¹² La pertinencia de este tratado para el caso tiene que ver con la aplicación del principio de nación más favorecida. En virtud de ese tratado, se extinguieron los privilegios del Reino Unido, el último Estado que gozaba de los mismos. Esto afectó precisamente los derechos estadounidenses, que ya no podrían impugnar la aplicación del principio.

¹³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Caso relativo a los derechos de nacionales de los Estados Unidos en Marruecos*, Sentencia del 27 de agosto de 1952: CIJ. Informes 1952, *op. cit.*, p. 200-201.

¹⁴ *Idem*, p. 219-221.

¹⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India, (Fondo)*, Sentencia del 12 de abril de 1960: Informes de la CIJ, 1960, p. 37.

ellos como reguladora de sus relaciones no constituya la base de derechos y obligaciones recíprocas entre estos dos Estados”¹⁶.

La Corte Internacional de Justicia constató, basándose en los elementos aportados por las partes, que existía suficiente práctica para demostrar que, en lo que respecta a los particulares, los funcionarios públicos y los bienes en general, existía una práctica “continua y uniforme” de permitir el paso del Estado de Portugal. La Corte también resaltó el hecho de que esta práctica persistió durante un período de más de un siglo y cuarto sin alteración con el cambio de régimen, luego de la independencia de la India¹⁷.

Es importante señalar que la constatación de la norma local consuetudinaria - el derecho de paso - se debió al hecho de que hizo posible “el ejercicio de su soberanía [de Portugal] sobre los enclaves y con sujeción a la reglamentación y fiscalización de la India”. Por lo tanto, la norma consuetudinaria existía como resultado de un derecho que poseía Portugal por haber sido reconocido como soberano.

De todos modos, el análisis de la Corte sobre la práctica de los dos Estados es genérico, sin entrar en los distintos actos que la habrían constituido.

La sentencia consideró que Portugal no tenía un derecho basado en la costumbre local, de pasar fuerzas armadas, policías armados, armas y municiones. Con respecto a esas hipótesis, la CIJ consideró que el paso se reguló basándose en la reciprocidad y no en un derecho¹⁸. Esto se debe a que Portugal siempre debía solicitar autorización, en tales casos, para poder pasar sobre territorio indio. Habiendo examinado el caso, la Corte consideró que “la necesidad de autorización antes de que pueda tener lugar el paso constituye, a juicio de la Corte, una negación del paso como derecho¹⁹”.

En este punto, la distinción establecida en la sentencia entre derecho y reciprocidad no parece muy clara, ya que los derechos se basan generalmente en la reciprocidad. La reciprocidad se puede materializar en cualquier norma, ya sea convencional o consuetudinaria. Tampoco está claro por qué la Corte, al constatar que incluso si los británicos siempre autorizaron el paso, ello se basaría en la reciprocidad y no en la aquiescencia. En esta línea de pensamiento surge una posible contradicción del argumento si se toma como referencia el *Caso relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos*. Como se observó anteriormente, la CIJ en ese caso le otorgó gran importancia al principio de aquiescencia en detrimento de una posible costumbre particular.

Aun si se niega la existencia de una costumbre local, en el caso de tales hipótesis surgen dos elementos importantes de la sentencia: (1) la Corte hace un análisis de la práctica mucho más detallado que en la primera hipótesis. Se presentan varios ejemplos de práctica que, en su opinión, constituirían reciprocidad y no un derecho, con una obligación de paso correlativa, (2) la forma en que la Corte trata 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 intenta examinar cómo los tratados establecidos pueden dar lugar a la práctica entre Estados. Por lo tanto, aunque no se ha encontrado suficiente práctica para fundamentar una costumbre en relación con tales hipótesis, el procedimiento metodológico para tratar las relaciones entre tratado y costumbre parece haber cambiado considerablemente, ya que los tratados se consideran elementos para evaluar la práctica, integrándose la práctica posterior en relación con dichos tratados. Es posible que la metodología no haya cambiado, sino que haya vuelto al precedente establecido en el *Caso 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 constatación importante para determinar que la práctica particular prevalece sobre las reglas generales. Vale la pena transcribir el texto:

¹⁶ *Ídem*, p. 37.

¹⁷ *Ibidem*, p. 40.

¹⁸ *Ibidem*, p. 40-41.

¹⁹ *Ibidem*, p. 40.

“La Corte se encuentra en presencia de un caso concreto con características especiales: históricamente, la cuestión se remontaba a un período y se refería a una región en la que las relaciones entre los Estados vecinos no estaban regidas por normas precisas, sino que se basaban principalmente en la práctica; habiendo comprobado que existía una práctica claramente establecida entre los dos Estados, práctica que ambas partes habían reconocido que regía sus relaciones mutuas, la Corte debía atribuir efectos decisivos a la misma a fin de determinar sus derechos y obligaciones específicas. Esa práctica particular debe prevalecer sobre eventuales reglas generales²⁰”.

La pregunta que permanece, teniendo en cuenta el texto, es si la prevalencia de la práctica particular sobre las reglas generales se establece como un principio o solo para el caso concreto, en virtud de que las relaciones entre Portugal e India, en el asunto en disputa, son muy antiguas. La segunda hipótesis es más probable, especialmente porque el caso específico se menciona explícitamente. Sin embargo, esto no elimina la posibilidad de que la Corte haya llegado a la conclusión de que lo particular prevalece sobre lo general mediante un recurso lógico.

Las opiniones separadas sobre el caso son abundantes en el tema de la costumbre particular.

La opinión del Magistrado V.K. Wellington Koo discrepa con la mayoría en el sentido de que, para él, también en las hipótesis de las fuerzas armadas, la policía armada, armas y municiones, existía un derecho de Portugal. La opinión es muy sustanciosa en el análisis de los elementos que conformarían tal práctica y aporta varios ejemplos concretos. La metodología en cuanto a la relación entre costumbre y tratado, sin embargo, parece ser la misma de la mayoría: que los tratados pueden ser considerados un elemento de práctica y la práctica posterior también se refiere a ellos. Los tratados, en su opinión, pueden formalizar la práctica consuetudinaria²¹.

La forma en que el Magistrado Koo aborda la caracterización del derecho de paso hace que la reciprocidad forme parte de la propia práctica. Para él “[s]e ha establecido una práctica para dicho paso sobre la base de la reciprocidad²²”.

El Magistrado Armand-Ugon vinculó el principio de efectividad a la constitución de la propia norma consuetudinaria local. Para él, la práctica efectiva del paso podría establecer el derecho a dicho paso²³.

El Magistrado Moreno Quintana parece concebir una relación más impermeable entre tratado y costumbre. En su opinión, la solicitud de Portugal, que basaría el derecho de paso en un tratado, costumbre, principios y doctrina al mismo tiempo, sería incoherente²⁴. En este punto, parece desviarse de la metodología adoptada por la mayoría, incluida la mayoría de votos disidentes. Moreno Quintana llegó a la conclusión de que no había suficiente práctica para hablar de la existencia de una costumbre local²⁵.

Para el Magistrado Percy Spender, el tratado entró en el proceso de formación de la norma consuetudinaria local²⁶.

El Magistrado Fernandes no estuvo de acuerdo con la contraposición entre derecho y reciprocidad, pues “la mayoría de los derechos reconocidos entre las naciones se basan en la reciprocidad”²⁷.

Es importante señalar que Fernandes examina la cuestión de la prevalencia del *Ius cogens* [norma imperativa de derecho internacional] sobre las normas especiales²⁸. Sin embargo, el

²⁰ *Ibidem*, p. 44.

²¹ *Ibidem*, p. 60.

²² *Ibidem*, p. 54.

²³ *Ibidem*, p. 82-83.

²⁴ *Ibidem*, p. 90.

²⁵ *Ibidem*, p. 95.

²⁶ *Ibidem*, p. 106.

²⁷ *Ibidem*, p. 134.

²⁸ *Ibidem*, p. 135.

argumento no está suficientemente desarrollado en cuanto a la contraposición entre normas de naturaleza imperativa y costumbre particular.

1.4 Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua

En el *Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* (actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua) (Nicaragua c. Estados Unidos de América). Fondo, Sentencia. Informes, CIJ, 1986, p. 14), la Corte abordó muy brevemente el tema de la costumbre regional. En este caso, tal costumbre tendría un impacto en todo el continente americano, en los siguientes términos: "derecho internacional consuetudinario [...] particular del sistema jurídico interamericano"²⁹.

Al referirse a la expresión, la Corte pretendía sostener que en el derecho internacional consuetudinario particular del sistema interamericano no existía una norma que permitiera el ejercicio de la legítima defensa colectiva sin una solicitud del Estado que se considera víctima de un acto de ataque armado³⁰.

Sin embargo, la referencia al derecho consuetudinario regional se hace sin incurrir en la práctica regional. Se presentan los tratados que tratan, en el continente americano, el tema de la legítima defensa colectiva, pero no hay una incursión en el proceso de interacción entre la normativa convencional y la normativa consuetudinaria regional³¹, como se hace, en largas partes de la sentencia sobre la relación entre tratados y costumbres generales.

Puede observarse que en este caso no se aplican criterios rigurosos para la determinación de normas consuetudinarias particulares, como en el *Caso de Asilo*. También se puede observar que la Corte no procedió a determinar la norma consuetudinaria regional basándose en la prueba que una de las partes litigantes habría aportado al caso. La CIJ parece haber procedido de oficio a dicha determinación, lo que refuerza la opinión de que la carga de la prueba para determinar la costumbre parece tener una característica más procesal que sustantiva, como ya se señaló en los comentarios sobre el *Caso de Asilo*.

1.5 Caso relativo a la controversia fronteriza

En 1986, la Sala constituida por la Corte para juzgar el *Caso relativo a la controversia fronteriza* de Burkina Faso y la República de Malí (Controversia Fronteriza, Sentencia, Informes, CIJ, 1986, p. 554) dictó una sentencia que también es pertinente en la determinación de normas consuetudinarias particulares.

La importancia del fallo no radica propiamente en el hecho de que la Sala de la Corte se haya pronunciado sobre la base de una norma consuetudinaria particular, sino en el reconocimiento de que tales normas existen en el derecho internacional.

Para establecer los límites a ser adjudicados por los Estados interesados, la Sala de la Corte aplicó el principio de *uti possidetis iuris*. Se sostuvo que el principio era de carácter consuetudinario con aplicación solo en América Latina en sus inicios. Sin embargo, habría pasado por un proceso de generalización, de modo que la práctica en África de respeto del principio ya significaría la práctica de una norma consuetudinaria de carácter general. Por lo tanto:

“El hecho de que los nuevos Estados africanos hayan respetado el *statu quo* territorial que existía cuando obtuvieron la independencia no debe considerarse, por tanto, como una simple práctica,” que contribuye al surgimiento gradual del principio de derecho internacional consuetudinario, limitada en su impacto al continente africano, como lo fue anteriormente en América hispana, sino como la aplicación en África “de una norma de alcance general”³².

²⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos de América). Fondo, Sentencia, Informes, C.I.J. 1986, p. 14.

³⁰ *Idem*, p. 105.

³¹ *Ibidem*, p. 104-105.

³² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Controversia Fronteriza*, Sentencia, CIJ. Informes 1986, p. 565.

La Corte se expresó en el sentido de que la práctica de los Estados africanos no fue constitutiva, sino declaratoria de la costumbre, es decir, no ocurrió de manera que creara o extendiera un principio existente en América Latina para África: la práctica sería el reconocimiento de una norma consuetudinaria de carácter general preexistente³³.

El punto oscuro de la sentencia, en relación a este último aspecto, radica en que no se aporta suficiente práctica para corroborar este proceso de generalización. Por ejemplo, no se sabe razonablemente cuándo habría surgido la norma general. Se puede suponer que la norma consuetudinaria general habría cristalizado después del proceso de descolonización de los Estados latinoamericanos, pero necesariamente antes de la descolonización de los Estados africanos. Además, la práctica planteada está restringida a los Estados latinoamericanos y africanos. Si bien la norma consuetudinaria puede formarse a partir de la práctica de los Estados interesados, no sería razonable creer que la práctica de los Estados en otras partes del mundo, incluidos los Estados que estaban bajo el yugo de los grandes imperios coloniales, debería descartarse.

1.6 Caso relativo a la controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos

En el *Caso relativo a la controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos* que interpuso Costa Rica contra Nicaragua (Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos (Costa Rica c. Nicaragua), Sentencia, Informes de la CIJ, 2009, pág. 213), la Corte reconoció una de las solicitudes del primer Estado, basándose exclusivamente en una norma consuetudinaria particular, en este caso, bilateral. El caso es también de singular importancia porque la CIJ parece haber flexibilizado claramente los criterios para probar la costumbre particular.

Sin embargo, antes de reconocer la petición de Costa Rica, la Corte se abstuvo expresamente de pronunciarse sobre la existencia de un régimen aplicable a la navegación de ríos internacionales basado en el derecho internacional consuetudinario general o regional³⁴. Como se sabe, existen varias interpretaciones doctrinales en el sentido de que, al menos en América del Sur, existiría una norma consuetudinaria regional sobre la libertad de navegación en los ríos.

La petición de Costa Rica de reconocimiento de una costumbre bilateral en materia de pesca de subsistencia de los ribereños del río San Juan, fue acogida con vigor. La CIJ entendió que ambas partes estaban de acuerdo en reconocer la existencia de una práctica de pesca de subsistencia establecida. La diferencia entre ambas se refería a si esta práctica se había vuelto obligatoria o no. En un pasaje muy breve, la Corte definió la existencia de una norma consuetudinaria aplicable a Costa Rica y Nicaragua en los siguientes términos:

“La Corte observa que la práctica, por su propia naturaleza, especialmente dado lo remoto del área y lo poco denso y escaso de la población, no parece estar documentada de manera formal en archivos oficiales. Para la Corte, el hecho de que Nicaragua no haya negado la existencia de un derecho derivado de la práctica, que subsistió sin ser impedido ni cuestionado durante un largo período, es particularmente importante. La Corte concluye que Costa Rica tiene un derecho consuetudinario. Ese derecho queda subordinado a todas las medidas de reglamentación en materia de pesca que Nicaragua pueda tomar con fines legítimos, sobre todo para la protección de los recursos naturales y el medio ambiente”.³⁵

Tal posición, llevada hasta las últimas consecuencias, significa un retorno a la posición anterior sobre la prueba de la costumbre particular establecida, como ya se observó en el *Caso 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 esa misma norma. En el *Caso relativo a los derechos de navegación y derechos conexos*, la Corte parece haber supuesto la existencia de *opinio juris* dado que la práctica no está documentada de manera formal en ningún documento oficial. Esto

³³ *Idem*, p. 566.

³⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*. (Costa Rica c. Nicaragua), Sentencia, CIJ. Informes 2009, p. 233.

³⁵ *Idem*, p. 265-266.

provocó que la carga de la prueba recayera sobre Nicaragua, que no habría negado la existencia de un derecho derivado de la práctica de garantizar la pesca de subsistencia.

Aunque en relación con una práctica muy limitada, la CIJ parece haber modificado su interpretación de la prueba del derecho internacional consuetudinario particular. Es importante señalar que este cambio no fue percibido por la Comisión de Derecho Internacional, la cual, en los comentarios de las Conclusiones sobre la Identificación del Derecho Internacional Consuetudinario, cita el *Caso de Asilo* en la sección sobre prueba de una costumbre particular sin hacer referencia a ningún desarrollo jurisprudencial posterior³⁶.

De las voces disidentes, el único juez que notó el cambio de posición en relación al *Caso de Asilo* fue el Magistrado Sepúlveda-Amor.

En su opinión, Costa Rica no habría probado que el derecho consuetudinario de practicar la pesca de subsistencia se había convertido en obligatorio para Nicaragua, según lo establecido en el *Caso de Asilo*. Para él, la invocación de la norma consuetudinaria por Costa Rica no tendría respaldo en el elemento tiempo, lo cual es necesario para la formación de la costumbre, ya que solo en la memoria presentada a la Corte en 2006, se alega la existencia de la norma consuetudinaria. Con anterioridad a ello, la pesca de subsistencia no se habría articulado en forma de costumbre. Otro punto pertinente de la opinión separada del juez es que, para el Magistrado Sepúlveda-Amor, la práctica en cuestión habría sido realizada por la comunidad ribereña local de Costa Rica y no por el Estado costarricense, lo cual sería necesario para la formación de costumbre³⁷.

El Magistrado *ad hoc* Guillaume, aunque no expresó su oposición a la norma consuetudinaria de pesca de subsistencia, se pronunció en el sentido de que no existía el derecho a la libertad de navegación en América Latina basado en la costumbre³⁸.

2. Opiniones individuales de magistrados de la CIJ que tratan explícitamente la costumbre particular

2.1 Casos de la plataforma continental del Mar del Norte

En los *Casos de la plataforma continental del Mar del Norte*, Sentencia, Informes, CIJ, 1969, que comprenden, por acuerdo especial, la República Federal de Alemania, Dinamarca y los Países Bajos, no hubo manifestación por parte de la CIJ, por medio de una sentencia de fondo sobre la costumbre regional. Sin embargo, la opinión separada del Magistrado Fouad Ammoun, quien está de acuerdo con el resultado de la mayoría, pero adopta diferentes razones, abordó el tema.

El caso trató sobre la delimitación de las plataformas continentales adyacentes en la región del Mar del Norte y, específicamente, la posibilidad de aplicar el método de equidistancia.

En un determinado momento, en su opinión separada, el Magistrado Ammoun investigó la posible existencia de una costumbre regional peculiar del Mar del Norte en materia de delimitación y plataformas continentales.

Para él, habría una diferencia entre la costumbre general y la regional. En el primer caso, no sería necesario el consentimiento de todos los Estados, pero al menos el consentimiento de aquellos que, conociendo la práctica general y en condiciones de oponerse a ella, no lo hacen. La forma en que funcionaría la norma de derecho internacional consuetudinario regional sería diferente en vista del pequeño número de Estados a los que se pretende aplicar la norma. En ausencia de un consentimiento expreso o tácito, la costumbre regional no podría imponerse a los Estados que la rechacen. El Magistrado cita, por lo tanto, para sustentar su posición, un párrafo de la Sentencia del

³⁶ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Conclusiones sobre la Identificación del Derecho Internacional Consuetudinario con comentarios*. A/73/10, p. 155-156. Disponible en: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_13_2018.pdf>

³⁷ *Idem*, p. 279-280.

³⁸ *Ibidem*, p. 291.

Caso de Asilo que establece que la parte que se basa en una costumbre regional o local debe probar que dicha costumbre es obligatoria para las partes³⁹.

Al tratar la cuestión desde la perspectiva del caso concreto, el Magistrado Ammoun sostuvo que la República Federal de Alemania no podía estar obligada por una norma consuetudinaria regional hipotética que ella misma rechazaba. En este sentido, enumera actos del Gobierno en cuestión que se oponían expresamente a una norma de esa naturaleza⁴⁰.

De dicha manifestación surgen al menos tres temas.

En primer lugar, la forma en que el Magistrado aborda, de manera general, la idea misma de norma consuetudinaria, surge del marco de referencia del consentimiento, muy controvertido, como ya se sabe, para explicar la costumbre.

En segundo lugar, y aún con respecto al papel del consentimiento, el Magistrado Ammoun admite la posibilidad de que la costumbre regional particular pueda formarse a partir del consentimiento tácito. Si bien no explica las situaciones que configurarían este tipo de consentimiento, no se puede descartar que estuviera refiriéndose al silencio de un determinado grupo de Estados. Por tanto, él podría estar invirtiendo el orden que inauguró la metodología aplicada por la Corte en el *Caso de Asilo*: que no se presume la costumbre particular; por esa razón, siempre debe ser probada. Por último, su interpretación del *Caso de Asilo*, que cita textualmente para respaldar su posición, puede no adecuarse a los términos de la propia sentencia.

También es importante destacar la forma como se abordó el tema de la carga de la prueba. Los ejemplos que presenta de la República Federal de Alemania no son para probar la existencia de una costumbre regional, sino para establecer la prueba de su inexistencia. No se habría probado adecuadamente la ausencia de una costumbre regional, sino solamente su no oposición a la República Federal de Alemania.

2.2 Caso relativo a la jurisdicción en materia de pesquerías (*Reino Unido c. Islandia*)

En el *Caso relativo a la jurisdicción en materia de pesquerías*, que involucró al Reino Unido y a Islandia (Jurisdicción en materia de pesquerías (Reino Unido contra Islandia), Fondo, Sentencia, CIJ, Informes, 1974, página 3), la sentencia de fondo de la Corte Internacional de Justicia tampoco abordó en forma específica la cuestión de la costumbre particular. Sin embargo, el Magistrado de Castro lo hizo en su opinión individual, aunque de manera accesoria e instrumental al análisis de la determinación de una norma internacional consuetudinaria de carácter general.

El caso se refería a la cuestión de saber si la extensión por parte de Islandia de su jurisdicción en materia de pesquerías era contraria al derecho internacional.

Habiendo estado de acuerdo con la mayoría, el Magistrado Federico de Castro buscó enfatizar sus propios fundamentos para alinearse con la mayoría de la Corte.

La opinión separada trata varios aspectos de la sentencia. La referencia al derecho internacional consuetudinario ocurre exactamente cuando el juez busca analizar el aspecto de la prueba en la costumbre internacional.

Tomando como referencia el derecho del Reino Unido, el Magistrado de Castro estableció la existencia de dos categorías de costumbres. La costumbre general ("costumbres generales") y las costumbres particulares ("costumbres particulares"). Las normas consuetudinarias del segundo tipo, siendo excepciones, "aplicables a los habitantes de determinadas regiones" deben ser probadas. Las normas consuetudinarias generales, las cuales constituirían "*common law*" [derecho consuetudinario], no precisan ser probadas⁴¹.

³⁹ Opinión separada del Magistrado Fouad Ammoun. *Plataforma continental del Mar del Norte (República Federal de Alemania contra Dinamarca / República Federal de Alemania contra Países Bajos)*, Sentencia, CIJ., Informes, 1969, p. 131-132.

⁴⁰ *Ídem*, p. 132.

⁴¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Caso relativo a la jurisdicción en materia de pesquerías (Reino Unido c. Islandia)*, Fondo, Sentencia, Opinión Separada del Magistrado De Castro, I.C.J. Informes, 1974, p. 80.

Basándose en esta analogía, de Castro sostiene que el derecho internacional consuetudinario, que es de carácter general y se basa en la convicción general de su validez (*opinio juris*), no necesitaría ser probado. La Corte lo aplicaría *ex officio*. Solo “las costumbres o prácticas regionales, así como las costumbres especiales deben probarse”⁴².

Al menos tres aspectos son pertinentes frente al pronunciamiento del Magistrado de Castro.

En primer lugar, deja en claro lo que no sucedió en el *Caso de Asilo*, por qué sería necesario probar la costumbre particular. Esto ocurriría debido a una clara analogía sobre la forma en que la costumbre opera dentro del derecho interno. Así, en virtud de la manera como se desarrollaron algunos derechos internos - el ejemplo que brinda es el derecho del Reino Unido - se promueve un enfoque tanto en el ámbito espacial ("determinadas regiones") como en el ámbito personal ("habitantes") de la validez del derecho. Este enfoque incidiría en la cuestión de la prueba, ya que las costumbres particulares serían la excepción y no la regla.

En segundo lugar, debido a la forma en que el magistrado estructura su argumento, no habría distinción de naturaleza entre la costumbre particular y la costumbre general. El hecho de que esta forma de costumbre particular sea excepcional no la haría menos costumbre o una costumbre de segunda categoría y solamente influiría en el aspecto de "la carga de la prueba". Este término es exactamente el título del punto II de su opinión individual. En otras palabras, la costumbre particular tendría el poder de cambiar la carga de la prueba, no exactamente hacerla algo diferente de la costumbre general.

Aún es posible detectar el uso de ciertas expresiones que no están debidamente analizadas en detalle, aunque todas se remontan a la cuestión de la necesidad de prueba: “costumbres regionales”, “prácticas” y “costumbres especiales”. La primera expresión parece evidente, ya que se refiere al elemento geográfico. Las dos últimas son más inciertas: con relación a la primera, quizás el juez ni siquiera se refería exactamente a una norma consuetudinaria; la segunda puede indicar una costumbre delimitada por la materia de que se trata - que la haría “especial” - pero no está claro qué quería decir con ellas.

Es importante señalar que la opinión separada contiene otra referencia a la costumbre regional. Al rechazar una norma consuetudinaria sobre el establecimiento de zonas de pesca de 200 millas, el Magistrado de Castro entiende que dicha norma no goza de "uniformidad ni aceptación general". La falta de dichos elementos se impondría incluso para que pudiera ser considerada como una norma consuetudinaria "de extensión regional"⁴³.

Aunque se exija uniformidad para la costumbre general y la costumbre particular, la aceptación general, en el caso de la segunda, debe verse de manera contextual, es decir, desde el punto de vista de determinado número de Estados, lo cual no se explica en la opinión separada. De todos modos, parecería que el juez resalta nuevamente en ese texto, aunque indirectamente, que no hay diferencia de naturaleza entre la costumbre general y la costumbre particular, cuyas diferencias tendrían implicaciones solamente en el campo procesal del principio de la carga de la prueba. Por lo tanto, la uniformidad y la aceptación general se aplican tanto a la costumbre general como a la regional (particular).

3. Decisiones de otros tribunales internacionales

3.1 OC-25/18 (Corte Interamericana de Derechos Humanos)

En el ámbito regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el tema de la costumbre regional.

En la Opinión Consultiva OC-25/18, sobre *la Institución del Asilo y su Reconocimiento como Derecho Humano en el Sistema Interamericano de Protección (Interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, la Corte se pronunció, aunque de manera abreviada, sobre la caracterización del asilo diplomático como una costumbre regional.

⁴² *Idem*, p. 80.

⁴³ *Ibidem*, p. 95.

Para la Corte Interamericana, si bien la Corte Internacional de Justicia, en el *Caso de Asilo*, sostuvo que una costumbre regional solo puede configurarse cuando se prueba “la existencia de un uso uniforme y constante como expresión de un derecho del Estado otorgante del asilo”, teniendo en cuenta el carácter amplio de la competencia consultiva en el caso, el marco para evaluar la existencia de una costumbre regional serían los 35 Estados Miembros de la OEA. Tal interpretación se realizó a fin de que el alcance de sus opiniones consultivas no quedara limitado a unos pocos Estados⁴⁴.

El análisis sobre el *opinio juris* de una supuesta costumbre regional sobre asilo diplomático se realizó en base a tres elementos principales. En primer lugar, no todos los Estados Miembros de la OEA eran parte de las convenciones de asilo diplomático, además de que el texto de dichos tratados no es uniforme en su terminología ni en sus disposiciones. En segundo lugar, algunos Estados que participaron en el procedimiento consultivo expresaron la opinión de que no habría una posición uniforme ni siquiera en la subregión latinoamericana para concluir que el asilo diplomático es una costumbre regional. Además, la mayoría de los Estados que participaron en el procedimiento sostuvieron que no existe una obligación jurídica de otorgar asilo diplomático. En tercer lugar, Estados Unidos se opuso de forma persistente a una norma regional consuetudinaria sobre el asilo diplomático⁴⁵.

De esta forma, la Corte Interamericana decidió que el elemento de *opinio juris* no estaba presente para la determinación de una norma regional consuetudinaria, a pesar de la práctica de los Estados de otorgar, en determinadas situaciones, asilo diplomático o la protección a las personas en sus legaciones diplomáticas⁴⁶.

El caso es realmente significativo ya que, por primera vez, un tribunal internacional pudo abordar el tema fuera del ámbito de un caso contencioso, donde las cuestiones relativas a la carga de la prueba son pertinentes.

Independientemente de la conclusión de la Corte, es importante entender que el continente americano fue considerado como un todo para probar la existencia de una costumbre regional. Aun al considerar la subregión latinoamericana, la Corte solo tomó en cuenta el pronunciamiento de los Estados que participaron en el procedimiento consultivo para sustentar que no habría una “posición uniforme” sobre el carácter consuetudinario del asilo diplomático. No se consideró la práctica general, teniendo en cuenta a todo el grupo subregional. Además, no se consideraron subgrupos aún más delimitados en la subregión latinoamericana, aunque es comprensible que el ejercicio de la jurisdicción consultiva, en este caso, haga difícil la toma de posición sobre el tema en relación a un grupo muy específico de Estados latinoamericanos.

Hay elementos poco claros para inferir la ausencia de una costumbre regional sobre asilo diplomático, tal como el argumento de que no habría obligación jurídica para su concesión. Tal argumento parece tener mucho más que ver con una norma primaria sobre la concesión de asilo. La determinación de una norma consuetudinaria, que podría verificarse sin la obligación de conceder asilo diplomático, sino como una prerrogativa del Estado, parece pertenecer mucho más al ámbito de una norma secundaria.

Un dato adicional importante de la opinión consultiva: la cuestión del principio del objeto persistente se analiza a la luz de la costumbre regional, tema que no fue abordado por la Comisión de Derecho Internacional en su estudio sobre la determinación de una costumbre particular y, en general, está ausente en el análisis doctrinal sobre el tema específico.

A partir del análisis del comportamiento de Estados Unidos, la Corte Interamericana parece concluir que el principio se aplicaría a la costumbre regional. Esto puede reforzar la idea de que la norma consuetudinaria regional no necesita la aceptación unánime de los Estados, considerando a un grupo específico de Estados. Además, esa conclusión tiene un importante efecto en la cuestión de la

⁴⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-25/18, de 30 de mayo de 2018, solicitada por la República del Ecuador. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (Interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, párrafo 158.

⁴⁵ *Ídem*, párrafos 159-161.

⁴⁶ *Ibidem*, párrafo 162.

carga de la prueba, pues sugiere que, en determinadas situaciones, debe probarse que una costumbre no se opone a un determinado Estado, y no a la inversa.

4. Balance general de la actuación de los tribunales internacionales en materia de costumbre internacional particular

Los primeros casos de la CIJ sobre la costumbre particular gravitaron en torno al *Caso de Asilo*, fallado en 1950. Sin embargo, en los últimos años, las decisiones de esta Corte en la materia han mostrado un cambio importante, culminando con el *Caso relativo a los derechos de navegación y derechos conexos*.

La visión restrictiva en la que se basó la CIJ en el *Caso de Asilo*, especialmente en lo que respecta a la necesidad de que un Estado que alega la existencia de una determinada costumbre debe probar que la parte contraria está obligada por ella, determinó las pautas para otros casos resueltos posteriormente. Eso sucedió en el *Caso relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos* de 1952, aunque de manera poco fundamentada, y en el *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India*, de 1960 - aunque la identificación del elemento de práctica internacional en relación con un punto de la decisión, se haya realizado de manera genérica. Las opiniones separadas, en los casos en que la sentencia no se expresó sobre la costumbre particular, refuerzan esta visión restrictiva, pero muestran algunos espacios de apertura. La opinión separada del Magistrado Ammoun en los *Casos de la plataforma continental del mar del Norte* de 1969 subraya la necesidad de probar la costumbre particular, pero sostiene que su aceptación puede ser tácita. En el *Caso relativo a la jurisdicción en materia de pesquerías* de 1974, el Magistrado de Castro, al destacar la necesidad de probar la costumbre regional, presenta claros indicios de que se trata de una cuestión relacionada con la carga de la prueba en un determinado caso, y no necesariamente de una característica propia de la costumbre regional en comparación con la costumbre general.

A partir del *Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* de 1986, la posición de la Corte Internacional de Justicia parece haberse modificado gradualmente. Comenzaron a surgir referencias genéricas, sin un análisis mínimo de prueba, a favor o en contra, de la existencia de una norma internacional consuetudinaria regional. El mismo tipo de consideración genérica ocurre en el *Caso relativo a la controversia fronteriza*, también en 1986.

El distanciamiento en relación al *Caso de Asilo* se intensifica aún más en el *Caso relativo a los derechos de navegación y derechos conexos* de 2009. En ese momento, la Corte concluyó que existía una costumbre particular - bilateral, en este caso - por el hecho de que la parte contraria, Nicaragua, no negó su existencia. En otras palabras, hubo una inversión de la carga de la prueba. No se descarta que este cambio de posición se haya producido en virtud del tema en discusión, un tema sensible de derechos humanos que afectaba la propia subsistencia de las poblaciones ribereñas. De cualquier modo, esta posición muestra una tendencia a ablandar la rigurosa prueba inaugurada por el *Caso de asilo*.

Desde el propio *Caso de asilo*, la CIJ no ha respondido explícitamente a la pregunta de si la necesidad de prueba de la costumbre regional es un problema de fondo o de procedimiento. Si se trata de un problema de fondo, la existencia misma de una determinada costumbre está condicionada a la prueba de que determinados Estados están obligados por ella. Si la necesidad de prueba es una cuestión procesal, la existencia de la costumbre no estaría necesariamente en juego sino únicamente su oposición a una de las partes, dentro de los límites del caso contencioso en proceso.

Una indicación de que la prueba de la costumbre regional sería una cuestión de procedimiento se refiere a la posible inadmisibilidad de una reclamación basada en una norma consuetudinaria regional. En ninguno de los casos anteriores, la CIJ trató las pruebas como una cuestión de admisibilidad. Por otro lado, resulta muy destacable que, en varias decisiones, la prueba fue caracterizada como una cuestión relacionada con la “carga” que tendrá alguna de las partes en un caso judicial, es decir, una típica cuestión procesal. Esto es muy claro en la forma como la CIJ exige, en el *Caso de asilo*, que Colombia demuestre que Perú está sujeto a la norma consuetudinaria particular. En el *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India*, las opiniones individuales analizan cuidadosamente las pruebas aportadas por Portugal para demostrar que existe

una costumbre bilateral. El Magistrado de Castro también señala la diferencia entre costumbre general y particular expresamente en el párrafo denominado “carga de la prueba”. Por último, en el *Caso relativo a los derechos de navegación y derechos conexos*, la cuestión se resuelve debido a que la carga de la prueba se invierte de la parte demandante a la parte demandada.

Los primeros casos fallados por la CIJ tienen en cuenta aspectos que, a lo largo de los años, han pasado desapercibidos por las decisiones más recientes.

La relación entre tratado y costumbre se consideró a veces de mayor importancia, como en el *Caso del asilo* y en el *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India*, mientras que en otros casos no se consideró suficientemente pertinente, como en el *Caso relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos*.

La reciprocidad - *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India*, y la aquiescencia - *Caso de asilo*, *Caso relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos* y *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India*, también fueron elementos considerados para determinar si existe o no existe una norma internacional consuetudinaria particular. Más adelante, esos elementos no tuvieron gran presencia en otros casos. Esto puede deberse a la disminución gradual, aunque no la desaparición total, del uso, por parte de la CIJ, de analogías privadas en su interpretación del derecho internacional.

A partir del *Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, la existencia de intereses colectivos generales parece interferir en la determinación de la costumbre regional (e incluso en la carga de la prueba). Por lo tanto, la particularización de la costumbre podría contribuir - y no oponerse - a tales intereses colectivos generales. Así fue que, en el caso mencionado, se identificaron normas sobre el uso de la fuerza en el ámbito regional americano, lo que coincidió con normas a nivel universal. También, en el *Caso relativo a la controversia fronteriza*, el interés por estabilizar las fronteras en el mundo, especialmente ante el proceso de descolonización fue importante para determinar que el *uti possidetis* tuvo origen regional, pero luego fue generalizado. Finalmente, en el *Caso relativo a la controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*, la norma bilateral consuetudinaria se ubicó en el marco de los derechos humanos y, más aún, los derechos relacionados con la supervivencia de las poblaciones ribereñas. La protección de los derechos humanos a nivel local no entraría en conflicto, sino que complementaría los derechos humanos a nivel universal.

No se puede descartar que el contexto en el que la CIJ juzgó los primeros casos relacionados con la costumbre regional exigía de su parte un concepto de derecho internacional que oponía los elementos de localismo (a veces en forma de regionalismo) y universalismo. Por eso, los criterios establecidos para la identificación de normas consuetudinarias son bastante estrictos.

Asimismo, no se puede descartar que la mayor flexibilidad de los criterios para la determinación de una norma consuetudinaria regional haya sido consecuencia de la metodología paulatinamente más laxa que la CIJ, a lo largo de los años, comenzó a aplicar para determinar la propia costumbre general.

En el único caso identificado fuera del ámbito de la CIJ en el que se dictaminó sobre una costumbre particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos buscó claramente interactuar con el primero, al citar el *Caso de asilo*, aunque sin tener en cuenta otros casos posteriores.

La Corte Interamericana tomó en cuenta el criterio estricto de prueba de la costumbre regional. Si bien no se trataba de un caso contencioso, sino consultivo, la valoración del elemento *opinio juris* consideró firmemente la posición de los Estados que se manifestaron en el procedimiento consultivo. Si bien el marco para determinar una posible norma consuetudinaria regional debía incluir a los 35 Estados Miembros de la OEA, no se realizó una evaluación sobre las posiciones de cada uno de ellos.

Al igual que en el *Caso del Asilo*, la Corte Interamericana hizo pesar la determinación de *opinio juris*, en los términos de los tratados regionales que establecían normas sobre asilo diplomático.

La Corte Interamericana adoptó la posición de que el principio de objeto persistente no parece ser incompatible con la costumbre particular al describir la posición de los Estados Unidos de América.

De todos modos, es claro que, si existían posibilidades de que la Corte Interamericana se pronunciara sobre cuestiones de la costumbre particular fuera del ámbito de un caso contencioso, también existían límites claros para ello. De hecho, no sería razonable, teniendo en cuenta el amplio grupo de los 35 Estados miembros de la OEA, que la Corte Interamericana adoptara un enfoque por subregiones de límites variables para afirmar categóricamente la existencia de una costumbre regional. Si esa idea avanzara, la Corte Interamericana podría dar una señal equivocada sobre la necesidad de considerarse, desde un punto de vista jurídico, el sistema interamericano de derechos humanos en su conjunto, y no de manera fragmentada desde el punto de vista subregional. En este caso, la propia delimitación de un amplio grupo de Estados en los que operaría una supuesta costumbre regional afectó, desde un principio, la conclusión misma de la Corte Interamericana sobre la determinación de dicha costumbre regional.