

TERCER INFORME:
EL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO PARTICULAR
EN EL CONTEXTO DEL CONTINENTE AMERICANO
(presentado por el doctor George Rodrigo Bandeira Galindo)

I. INTRODUCCIÓN

En su 95º 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 el honor de ser elegido relator sobre el tema.

En el 96º período ordinario de sesiones, celebrado en Rio de Janeiro del 2 al 6 de marzo de 2020, presenté mi primer informe.

En esa ocasión abordé el tema desde la perspectiva de la jurisprudencia internacional. Me concentré en las sentencias de la Corte Internacional de Justicia que se referían explícitamente a la costumbre particular en alguna de sus formas (bilateral, local o regional).

En el 97º período ordinario de sesiones, celebrado del 5 al 9 de abril de 2021 de manera virtual debido a la pandemia de COVID-19, presenté mi segundo informe, que completaba el análisis de la jurisprudencia internacional sobre el tema con un examen de las opiniones individuales expresadas por jueces en sentencias que no se referían explícitamente a la costumbre particular. También analicé casos de otros tribunales internacionales —en particular de la Corte Interamericana de Derechos Humanos— sobre el asunto e hice un balance general de la práctica judicial en el ámbito de la costumbre particular.

* * *

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 se abordó el asunto con mayor o menor detenimiento.

Este enfoque del tema a partir de casos juzgados por la CIJ, que podría considerarse predominantemente 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 debates 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 norma consuetudinaria particular no son uniformes. Además, diversos elementos argumentativos contenidos en las decisiones generan aporías o presentan claras omisiones.

El análisis de la práctica judicial en la materia efectuado en el primer informe tenía como finalidad 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 ese informe inicié el análisis con los casos en que la CIJ, en sus fallos, se pronunció de algún modo sobre el derecho internacional consuetudinario particular. Asimismo, examiné 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 segundo informe investigué los casos en que la referencia al derecho internacional consuetudinario particular se encuentra exclusivamente en las opiniones individuales de magistrados de la CIJ y en las pocas sentencias de otros tribunales en la materia. En dicho informe consta también un balance general de la posición de la jurisprudencia internacional sobre el derecho internacional consuetudinario particular.

* * *

El análisis de opiniones individuales no tiene el don de constituir jurisprudencia internacional. No obstante, estas posiciones han servido de importante baliza interpretativa no solo en otros casos juzgados por tribunales internacionales, sino también para comprender el modo y el alcance de las sentencias en relación con las cuales se emitieron las opiniones individuales.

En cuanto al análisis de decisiones de otros tribunales internacionales, se observó que solo la Corte Interamericana de Derechos Humanos se había pronunciado específicamente sobre la costumbre particular y que lo había hecho en el ámbito de su jurisdicción consultiva.

En el presente informe me propongo realizar una apreciación de la doctrina especializada sobre la costumbre particular. Aunque no me abstuve de recurrir a obras internacionales más generales sobre la costumbre, me concentré en capítulos de libros y artículos cuyo principal objeto de investigación era la costumbre particular en sus diversas formas (bilateral, local o regional).

De hecho, la decisión de abordar en primer lugar los casos judiciales parece haber sido acertada. Los escritos especializados en la costumbre particular gravitan en torno a los temas abordados en la jurisprudencia internacional. En las teorías influye constantemente la práctica judicial, la cual, como siempre, sirve para justificar posiciones muy diferentes en el campo jurídico internacional.

Del presente análisis se desprende claramente que el tema fue tratado con frecuencia como elemento de un debate más amplio, en el cual se oponían perspectivas voluntaristas y no voluntaristas del derecho internacional. Se puede afirmar que la vinculación a ese debate puede haber tenido serias repercusiones en la comprensión y la aplicación de la costumbre particular, porque muchas veces los autores que trataron el tema sabían de antemano las respuestas a las que querían llegar, ya que estaban influenciados por una determinada perspectiva teórica.

En el presente informe se consolidan las consideraciones de los dos informes anteriores.

En el próximo informe trataré de completar el análisis doctrinario, incluso de escritos que intentaron desvincularse del debate entre voluntaristas y no voluntaristas. Asimismo, examinaré las contribuciones de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema y haré un balance general del papel de la doctrina en materia de derecho internacional consuetudinario particular.

II. LA PRÁCTICA JUDICIAL INTERNACIONAL

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

2.1.1 Caso relativo al derecho de asilo

El caso colombiano-peruano relativo al derecho de asilo (sentencia del 20 de noviembre de 1950, CIJ, Informes de 1950, p. 266) 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 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 de Colombia 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 norma 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 invoca 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”¹.

Cabe señalar que la Corte invocó el artículo 38 de su Estatuto, que nada dice acerca de la costumbre particular, para afirmar que tal norma 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 norma consuetudinaria².

Además, la Corte entendió que, aunque Colombia hubiese probado la existencia de una norma consuetudinaria sobre la calificación, no se la podía invocar 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 normas 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 norma consuetudinaria particular³.

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 norma consuetudinaria⁴.

El caso plantea varias cuestiones, de las cuales cabe destacar 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 determinación del papel del silencio en la formación de la norma 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

1 International Court of Justice. *Colombian-Peruvian asylum case*, Judgment of November 20th, 1950, I.C.J. Reports 1950, p. 276 y 277.

2 *Ibidem*, p. 277.

3 *Ibidem*, p. 277 y 278.

4 *Ibidem*, p. 285.

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 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. Por otro lado, se podría afirmar que la prueba de la costumbre es una condición para su identificación, lo cual daría al asunto contornos de cuestión de fondo.

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 norma 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 no parece ser muy clara.

Antes de entrar en la cuestión del asilo diplomático desde el punto de vista de la norma 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 que sea 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 correlación⁵.

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 latinoamericano⁶.

Otros magistrados, como Read, afirman expresamente que, aunque Colombia no probó que existiera un derecho unilateral a la calificación y un derecho al salvoconducto basados en el 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 otra⁷.

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 costumbre⁸.

* * *

5 *Ibidem*, p. 294.

6 *Ibidem*, p. 295.

7 *Ibidem*, p. 321.

8 *Ibidem*, p. 338.

2.1.2 Caso relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos

El caso relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos (sentencia del 27 de agosto de 1952, CIJ, Informes de 1952) 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 períodos diferentes: de 1787 a 1937 y de 1937 hasta el momento en que se emitió un fallo en el caso⁹.

La Corte entendió que el argumento de Estados Unidos era improcedente, en relación con ambos períodos, 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” equivalieran a una costumbre particular, ni siquiera en relación con esos otros Estados¹⁰.

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 simultánea 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 conclusión¹¹.

En cuanto al segundo período, que comienza con el Convenio de 1937 entre Francia y el Reino Unido¹², 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 ocurre es que, incluso durante esas negociaciones, Estados Unidos siguió ejerciendo jurisdicción consular. La Corte explicó que ese estado de cosas se debía a una situación provisional aceptada por las autoridades marroquíes¹³.

9 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, p. 199.

10 *Ibidem*, p. 199 y 200.

11 *Ibidem*, p. 200.

12 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.

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

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 dada por la Corte, con respecto al primer período, del 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 señaló ninguna norma 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 ellos 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 consular¹⁴.

* * *

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

La sentencia sobre el fondo en el caso relativo al derecho de paso por territorio de la India, de 1960 (sentencia del 12 de abril de 1960, CIJ, Informes de 1960, p. 6), 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 de la India¹⁵.

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, la India afirmó que no puede establecerse ninguna costumbre local entre dos Estados únicamente. Es difícil entender por qué el número de Estados entre los cuales pueda 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 ambos¹⁶.

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 públicos y mercaderías en general, había una práctica “constante y uniforme” que permitía el derecho de paso de Portugal. La 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 independizó¹⁷.

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

14 *Ibidem*, p. 219 a 221.

15 International Court of Justice. *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits)*, Judgment of 12 April 1960, ICJ Reports 1960, p. 37.

16 *Ibidem*, p. 37.

17 *Ibidem*, p. 40.

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 estas hipótesis, la CIJ consideró que el paso estaba reglamentado por el principio de reciprocidad y no como un derecho¹⁸, porque en esas hipótesis 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”¹⁹.

Al respecto, no parece muy clara la distinción que se hace en la sentencia 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 siempre el paso, la Corte determinó que eso se basaría en la reciprocidad y no en la aquiescencia. En esa línea surge una posible contradicción en el argumento 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 para abordar las relaciones entre tratado y costumbre parece haber cambiado mucho, 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 relativo al 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. La cuestión se remonta a un período y se refiere a una región en los que las relaciones entre los Estados vecinos no se regían por normas precisas, sino que se basaban en su mayor parte en la práctica. Habiendo comprobado que existe una práctica claramente establecida entre los dos Estados, la cual ambas partes han reconocido que rige sus relaciones mutuas, la Corte debe atribuir efectos decisivos a la misma a fin de determinar los derechos y las obligaciones específicos de los Estados. Esta práctica particular debe prevalecer sobre cualquier regla general²⁰.

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 motivo de controversia, son muy antiguas. La segunda hipótesis es más probable, especialmente porque se menciona de manera

18 *Ibidem*, p. 40 y 41.

19 *Ibidem*, p. 40.

20 *Ibidem*, p. 44.

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 consuetudinaria²¹.

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”²².

El magistrado Armand-Ugon vincula el principio de la efectividad a la constitución de la norma consuetudinaria local. Según él, la práctica efectiva del paso generaría el propio derecho de paso²³.

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 incongruente²⁴. 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 local²⁵.

Según el magistrado Percy Spender, el tratado influyó en el proceso de formación de la norma consuetudinaria local²⁶.

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”²⁷.

Es importante señalar que Fernandes aborda la cuestión de la prevalencia del *jus cogens* sobre las reglas especiales²⁸. No obstante, no desarrolla en medida suficiente el argumento relativo a la contraposición entre las normas obligatorias de derecho internacional y la costumbre particular.

* * *

21 *Ibidem*, p. 60.

22 *Ibidem*, p. 54.

23 *Ibidem*, p. 82 y 83.

24 *Ibidem*, p. 90.

25 *Ibidem*, p. 95.

26 *Ibidem*, p. 106.

27 *Ibidem*, p. 134.

28 *Ibidem*, p. 135.

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

En el fallo sobre el fondo pronunciado en el caso de Nicaragua contra Estados Unidos de América relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (sentencia del 27 de junio de 1986, CIJ, Informes de 1986, p. 14), 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”²⁹.

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 armado³⁰.

No obstante, se hace referencia al derecho consuetudinario regional sin entrar 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 regional³¹, a diferencia de lo que se hace en largos pasajes de la sentencia 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 efectuado esa identificación de oficio, lo cual refuerza la lectura de que la carga de la prueba para determinar la existencia de una costumbre parece tener una característica más procesal que sustantiva, como se señala en los comentarios sobre el caso relativo al derecho de asilo.

* * *

2.1.5 Caso relativo a la controversia fronteriza

En 1986, la cámara constituida para juzgar el caso relativo a la controversia fronteriza (sentencia, CIJ, Informes de 1986, p. 554) 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 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 solo 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 estaría 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 contribuye 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 norma de alcance general³².

La Corte señaló expresamente que la práctica de los Estados africanos no era constitutiva, sino declaratoria, de una costumbre. Eso significa que su finalidad no era extender a África un

29 International Court of Justice. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14.

30 *Ibidem*, p. 105.

31 *Ibidem*, p. 104 y 105.

32 . International Court of Justice. *Frontier Dispute*, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 565.

principio que existía en América Latina ni crearlo, sino reconocer una norma consuetudinaria preexistente de carácter general³³.

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.

* * *

2.1.6 Causa relativa a la controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos

En la causa de Costa Rica contra Nicaragua relativa a la controversia sobre los derechos de navegación y derechos conexos (sentencia, CIJ, Informes de 2009, p. 213), 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 de una manera clara 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 regional³⁴. Como es sabido, hay varias opiniones doctrinarias 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 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 muy 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 de manera formal 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 muy 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 ambiente³⁵.

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* porque la práctica no constaba 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.

33 . *Ibidem*, p. 566.

34. International Court of Justice. *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 233.

35 . *Ibidem*, p. 265 y 266.

Aunque con respecto a una práctica muy limitada, la CIJ realmente parece haber cambiado de opinión 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 jurisprudencia³⁶.

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 presentado a la Corte en 2006 se habría alegado la existencia de la norma consuetudinaria y, antes de eso, la pesca de subsistencia no se habría expresado en forma de costumbre. Otro punto pertinente de la opinión separada es que, según el magistrado Sepúlveda-Amor, 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 costumbre³⁷.

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 costumbre³⁸.

2.2. Opiniones individuales de jueces de la CIJ que se refieren explícitamente a la costumbre particular

2.2.1 Casos de la plataforma continental del Mar del Norte

En los casos de la plataforma continental del Mar del Norte (sentencia, CIJ, Informes de 1969), en los que participaron, por acuerdo especial, la República Federal de Alemania, Dinamarca y los Países Bajos, la CIJ no se manifestó sobre la costumbre regional en la sentencia de fondo. Sin embargo, el tema se abordó en la opinión separada del magistrado Fouad Ammoun, quien está de acuerdo con el resultado de la mayoría, pero por diferentes razones.

El caso se refería a la delimitación de las plataformas continentales adyacentes en la región del Mar del Norte y, específicamente, a 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, sino por lo menos el consentimiento de aquellos que, conscientes de 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, no se podría imponer la costumbre regional a los Estados que la rechacen. Para respaldar su posición, el magistrado cita un pasaje de la sentencia del caso relativo al derecho de asilo, en el cual se dispone que la parte que se basa en una costumbre regional o local debe probar que dicha costumbre es obligatoria para las partes³⁹.

36 . 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.

37 . *Ibidem*, p. 279 y 280.

38 . *Ibidem*, p. 291.

39 . Opinión separada del magistrado Fouad Ammoun. *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark / Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 131 y 132.

Al abordar el asunto desde la perspectiva del caso concreto, el magistrado Ammoun afirma que la República Federal de Alemania no podía estar obligada por una norma consuetudinaria regional hipotética que rechazaba. En ese sentido, enumera actos del gobierno en cuestión que se opondrían expresamente a una norma de esa naturaleza⁴⁰.

De dicha manifestación surgen por lo 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 se forme 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 lo tanto, podría estar invirtiendo el orden que la Corte usó por primera vez con la metodología aplicada en el caso relativo al derecho de asilo: que no se presume la existencia de una costumbre particular, sino que siempre debe probarse. En última instancia, es posible que su interpretación del caso relativo al derecho de asilo, que cita textualmente para respaldar su posición, no sea adecuada para los términos de la sentencia.

También es importante destacar la forma en que se abordó la cuestión 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 probar su inexistencia. No se habría probado debidamente la ausencia de una costumbre regional, sino solo su no oponibilidad a la República Federal de Alemania.

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

En el caso relativo a la jurisdicción en materia de pesquerías (Reino Unido contra Islandia, Fondo, Sentencia, CIJ, Informes de 1974, página 3), la CIJ tampoco abordó de forma específica la cuestión de la costumbre particular en la sentencia de fondo. Sin embargo, el magistrado de Castro lo hizo en su opinión separada, aunque de manera accesoria e instrumental al análisis sobre la identificación de una norma internacional consuetudinaria de carácter general.

El caso consistía en determinar si la extensión por Islandia de su jurisdicción sobre la pesca era contraria al derecho internacional.

El magistrado Federico de Castro, que estaba de acuerdo con la mayoría, trató de enfatizar sus propios fundamentos para alinearse con la mayoría de la Corte.

En la opinión separada se examinan diversos aspectos de la sentencia. La referencia al derecho internacional consuetudinario particular se efectúa cuando el magistrado analiza el aspecto de la prueba en la costumbre internacional.

Tomando como referencia el derecho inglés, el magistrado de Castro establece la existencia de dos categorías de costumbres: la costumbre general y las costumbres particulares. Las normas consuetudinarias del segundo tipo, al ser excepciones “aplicables a los habitantes de determinadas regiones”, deben probarse. Las normas consuetudinarias generales, que constituirían el *common law*, no precisan ser probadas⁴¹.

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

Por lo menos tres aspectos del pronunciamiento del magistrado de Castro son pertinentes.

40 . *Ibidem*, p. 132.

41 . International Court of Justice. *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, *Merits, Judgment*, Separate Opinion of Judge De Castro, I.C.J. Reports 1974, p. 80.

42. *Ibidem*, p. 80.

En primer lugar, deja en claro —lo cual no sucedió en el caso relativo al derecho de asilo— por qué sería necesario probar la costumbre particular. Esto ocurriría debido a una clara analogía de la forma en que la costumbre opera en el ámbito del derecho interno. Así, en virtud de la manera en que se desarrollaron algunos tipos de derecho interno —en el ejemplo que da, el derecho inglés—, se promueve un enfoque de la validez del derecho tanto en el ámbito espacial (“determinadas regiones”) como en el personal (“habitantes”). 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 convertiría en menos costumbre o en una costumbre de segunda categoría y solo influiría en “la carga de la prueba”, expresión que usa como título del apartado II de su opinión separada. En otras palabras, la costumbre particular tendría el poder de cambiar la carga de la prueba, sin convertirla propiamente en algo diferente de la costumbre general.

Se observa el uso de ciertas expresiones que no se analizan con la debida minuciosidad, aunque todas se remiten a la necesidad de la 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 magistrado ni siquiera se refería exactamente a una norma consuetudinaria; la segunda puede indicar una costumbre delimitada por la materia —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 estos elementos se impondría incluso si se la considerara como norma consuetudinaria “de alcance regional”⁴³.

Aunque se exija uniformidad para la costumbre general y la costumbre particular, la aceptación general, en el caso de la segunda, debe encararse de manera contextual, es decir, desde el punto de vista de determinado número de Estados, lo cual no se explica en la opinión separada. Aun así, el magistrado parece recalcar otra vez en ese pasaje, aunque de manera indirecta, que no hay diferencia de naturaleza entre la costumbre general y la costumbre particular, cuyas diferencias tendrían implicaciones solo 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 costumbre regional (particular).

2.3. Decisiones de otros tribunales internacionales

2.3.1 Opinión Consultiva OC-25/18 (Corte Interamericana de Derechos Humanos)

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

En la Opinión Consultiva OC-25/18, *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 sucinta, sobre la caracterización del asilo diplomático como costumbre regional.

Para la Corte Interamericana, si bien la Corte Internacional de Justicia, en el caso relativo al derecho 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”, en vista de la amplitud 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

43 . *Ibidem*, p. 95.

interpretación se debió a la necesidad de que el alcance de sus opiniones consultivas no quedara limitado a unos pocos Estados⁴⁴.

El análisis de la *opinio juris* de una supuesta costumbre regional relacionada con el asilo diplomático se basó en tres elementos principales. En primer lugar, no todos los Estados Miembros de la OEA serían partes de las convenciones sobre asilo diplomático, además de que el texto de dichos tratados no sería uniforme ni en su terminología ni en sus disposiciones. En segundo lugar, algunos Estados que participaron en la consulta opinaron que no habría una posición uniforme ni siquiera en la subregión latinoamericana para concluir que el asilo diplomático fuese una costumbre regional. Además, la mayoría de los Estados que participaron en la consulta afirmaron 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.

Por consiguiente, la Corte Interamericana decidió que el elemento de *opinio juris* no estaba presente para identificar una norma regional consuetudinaria, aunque reconoció la práctica de los Estados de otorgar, en determinadas situaciones, asilo diplomático o protección a personas en sus legaciones diplomáticas⁴⁶.

El caso es realmente relevante 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 la consulta para afirmar 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 de la subregión latinoamericana, aunque es comprensible que el ejercicio de la jurisdicción consultiva, en este caso, dificultara la adopción de una posición sobre el tema con respecto a un grupo muy específico de Estados latinoamericanos.

Hay elementos poco claros para inferir la ausencia de una costumbre regional en materia de asilo diplomático, como el argumento de que no existiría la obligación jurídica de concederlo. Tal argumento parece estar mucho más relacionado con una norma primaria sobre la concesión de asilo. La identificación 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 aspecto adicional importante de la opinión consultiva es que el principio del objetor persistente se analiza a la luz de la costumbre regional, cuestión que no fue abordada por la Comisión de Derecho Internacional en su estudio sobre la identificación de la costumbre particular y que, en general, está ausente en el análisis doctrinario del tema.

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 ellos. Además, esa conclusión tiene importantes repercusiones en la cuestión de la carga de la prueba, pues sugiere que, en determinadas situaciones, debe probarse que una costumbre no es oponible a un determinado Estado, y no a la inversa.

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)*, para. 158.

45. *Ibidem*, párrs. 159 a 161.

46 . *Ibidem*, párr. 162.

2.4. 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 relativo al derecho de asilo, cuyo fallo se dictó en 1950. Sin embargo, en los últimos años, las decisiones de la Corte en la materia han reflejado un cambio importante, que culmina con la causa relativa a la controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos.

La visión restrictiva en la que se basó la CIJ en el caso relativo al derecho de asilo, especialmente en lo que respecta a la necesidad de que un Estado que alega la existencia de una determinada costumbre pruebe que la parte contraria está obligada por ella, estableció las pautas para otros casos resueltos con posterioridad. Eso fue lo que ocurrió en el caso relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos, de 1952, aunque con pocos fundamentos, y en el caso relativo al derecho de paso por territorio de la India, de 1960, a pesar de que la identificación del elemento de la práctica internacional en relación con un punto de la decisión se haya hecho de manera genérica. Las opiniones separadas, en los casos en que la sentencia no se manifestó 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 CIJ parece haberse modificado gradualmente. Comenzaron a surgir referencias genéricas, sin un análisis mínimo de la prueba, a favor o en contra de la existencia de una norma internacional consuetudinaria regional. El mismo tipo de consideración genérica se observa en el caso relativo a la controversia fronteriza, también de 1986.

El distanciamiento respecto del caso relativo al derecho de asilo se intensifica aún más en la causa relativa a la controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos, de 2009. En esa oportunidad, la Corte concluyó que existía una costumbre particular —bilateral, en este caso— porque la parte contraria —Nicaragua— no había negado 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 asunto delicado de derechos humanos que afectaba la propia subsistencia de las poblaciones ribereñas. Sea como fuere, esta posición muestra una tendencia a flexibilizar la prueba rigurosa que se usó por primera vez en el caso relativo al derecho de asilo.

Después del caso relativo al derecho de asilo, la CIJ no ha respondido explícitamente a la pregunta de si la necesidad de probar la existencia de una costumbre regional es una cuestión de fondo o de procedimiento. Si se trata de un problema de fondo, la existencia misma de una determinada costumbre está supeditada 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 solo su oponibilidad a una de las partes, dentro de los límites del caso contencioso que se esté juzgando.

Una indicación de que la prueba de la costumbre regional sería un asunto procesal es la posible inadmisibilidad de un reclamo basado en una norma consuetudinaria regional. La CIJ no trató la prueba como una cuestión de admisibilidad en ninguno de los casos antedichos. Por otro lado, cabe destacar que, en varias decisiones, se caracterizó la prueba como un asunto relacionado 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 en que la CIJ exige, en el caso relativo al derecho de asilo, que Colombia demuestre que Perú está obligado por la norma consuetudinaria particular. En el caso relativo al derecho de paso por territorio de la India, las opiniones individuales contienen un análisis detenido de 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 apartado sobre “la carga de la prueba”. Por último, en la causa relativa a la controversia sobre 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 juzgados por la CIJ tienen en cuenta aspectos que, a lo largo de los años, han pasado desapercibidos en las decisiones más recientes.

La relación entre tratado y costumbre se consideró a veces de mayor peso, como en el caso relativo al derecho de asilo y 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 relativo al derecho 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 se tuvieron en cuenta para determinar si existe o no una norma internacional consuetudinaria particular. Posteriormente, esos elementos no tuvieron mayor presencia en otros casos. Esto podría deberse a la disminución gradual, aunque no la desaparición total, del uso por 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 identificación 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 encontraron normas sobre el uso de la fuerza en el ámbito regional americano, que coincidían con normas de alcance universal. En el caso relativo a la controversia fronteriza, el interés en estabilizar las fronteras en el mundo, especialmente en el marco de la descolonización, fue importante para determinar que el *uti possidetis* era de origen regional, pero luego se generalizó. Por último, en la causa relativa a la controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos, se encontró una norma bilateral consuetudinaria en el marco de los derechos humanos e incluso de los derechos relacionados con la supervivencia de las poblaciones ribereñas. La protección de los derechos humanos a nivel local no entraría en conflicto con los derechos humanos de alcance universal, sino que los complementaría.

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 las dimensiones de localismo (a veces en forma de regionalismo) y universalismo. Por eso, los criterios establecidos para la identificación de normas consuetudinarias son bastante estrictos.

Tampoco se puede descartar que la flexibilización de los criterios para la identificación de la 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 identificar la costumbre general.

En el único caso encontrado 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 la primera, al citar el caso relativo al derecho de asilo, aunque sin tener en cuenta otros casos posteriores.

La Corte Interamericana tomó en cuenta el criterio estricto de la prueba de la costumbre regional. Aunque no se trataba de un caso contencioso, sino consultivo, en la valoración del elemento *opinio juris* se dio gran peso a la posición de los Estados que se manifestaron en la consulta. Si bien el marco para identificar una posible norma consuetudinaria regional incluyó a los 35 Estados Miembros de la OEA, no se evaluó la posición de cada uno de ellos.

Igual que en el caso relativo al derecho de asilo, la Corte Interamericana dio gran peso, al determinar la *opinio juris*, a los términos de los tratados regionales que establecían normas sobre asilo diplomático.

Al describir la posición de Estados Unidos de América, la Corte Interamericana afirmó que el principio de objeto persistente no parece ser incompatible con la costumbre particular.

De todos modos, se observa que, si bien había posibilidades de que la Corte Interamericana se pronunciara sobre cuestiones de la costumbre particular fuera del ámbito de un caso contencioso, también había 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 considerar, desde un punto de vista jurídico, el sistema interamericano de derechos humanos como un todo, y no de manera fragmentada desde el punto de vista subregional. En este caso, la 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 identificación de dicha costumbre regional.

PARTE III. LA DOCTRINA SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO PARTICULAR

3.1. Introducción

El derecho internacional consuetudinario particular dista mucho de ser un tema reciente en la literatura del derecho internacional.

Ya en la primera mitad del siglo XX, los juristas admitían explícitamente la posibilidad de la existencia de normas consuetudinarias que vincularan solo a un grupo determinado de Estados.

Un buen ejemplo de esa posición es la de Jules Basdevant en el curso general que dictó en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1936.

Basdevant admitía la posibilidad de la existencia de lo que llamaba “norma consuetudinaria relativa” en virtud específicamente de la práctica de los Estados que se había desarrollado en ese sentido. Los ejemplos que daba, aunque tratados de manera poco profunda, se referían a normas consuetudinarias bilaterales sobre la extensión del mar territorial, el asilo diplomático en el ámbito de los Estados de América del Sur e incluso la inmunidad de los buques que navegan en convoy. Sobre ese tipo de costumbre guardaba silencio el artículo 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, cuya redacción Basdevant consideraba que, en conjunto, era “bastante imprecisa”. Basdevant afirmaba que, en caso de que se pidiera a la Corte que se pronunciara sobre una costumbre relativa —materia que, según él, la Corte todavía no había abordado—, la Corte no debería atenerse al texto del artículo 38⁴⁷.

Lo que más llama la atención en el trato dado por Basdevant al tema es que lo insería claramente en una dicotomía entre lo general y lo particular. Estas consideraciones constaban en el primer capítulo de su curso, que tenía el sugestivo título de “Concepción universal y relativismo en el derecho internacional”. Aunque el jurista francés consideraba plenamente legítimo el derecho internacional relativo (no solo el consuetudinario, sino también el convencional), su argumentación se encuadraba en un esquema mental de clara excepción. El derecho internacional, por sus propios fundamentos históricos, sería universal y cedería un espacio para que los Estados establecieran normas particulares (o relativas) entre ellos⁴⁸.

Una preocupación importante con respecto al carácter universalista del derecho internacional —demostrada por Basdevant— parece ser una de las razones por las cuales la doctrina no se interesó de una manera más sistemática por el derecho internacional consuetudinario particular. Además, la idea de universalismo en el derecho internacional —originada en un momento histórico de expansión del sistema jurídico internacional hacia el mundo extraeuropeo y calcada de una concepción colonialista no solo del derecho, sino también de la política internacional⁴⁹— abría poco espacio para la discusión sobre una costumbre que vinculaba solo a un grupo particular de Estados. La universalización del derecho internacional fue asociada

47 . Basdevant, Jules. *Règles générales du droit de la paix*. En *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. Volumen 58, 1936, p. 486 y 487.

48 . *Ibidem*, p. 483 a 491.

49. Sobre tal proceso de “universalización”, con sus contribuciones y tensiones internas, véase Becker Lorca, Arnulf. *Universal International Law: Nineteenth-Century Histories of Imposition and Appropriation*. En *Harvard International Law Journal*. Vol. 51. Nº 2, 2010, p. 475 a 552.

rápida a la idea de unidad del sistema jurídico internacional⁵⁰; la costumbre particular planteaba muchos más cuestionamientos que soluciones para la idea de un derecho internacional universal.

Sin embargo, parece haber también una razón, de orden mucho más técnico, que explica el poco interés en el derecho internacional consuetudinario particular.

A partir de la segunda mitad del siglo XIX, la costumbre internacional pasó a ocupar de manera gradual, en tanto que fuente del derecho internacional, un espacio de menor primacía en las obras de los internacionalistas. Los movimientos de codificación y crecimiento exponencial del tratado para regular las relaciones jurídicas internacionales se produjeron en claro detrimento de la fuente consuetudinaria⁵¹. En ese contexto, las investigaciones sobre la costumbre y, específicamente, sobre la costumbre particular fueron relegadas a segundo plano.

No se puede negar que, paralelamente a la tendencia universalista defendida por la mayor parte de la doctrina internacionalista, desde el siglo XIX se gestaba en algunos lugares una conciencia de identidad regional desde el punto de vista jurídico. En el continente americano, en particular en el subcontinente latinoamericano, cobraba fuerza una noción de regionalismo jurídico que abarcaba no solo la elaboración de tratados entre Estados de la región, sino también la identificación de principios generales y normas consuetudinarias de aplicación local. No obstante, los estudios específicos sobre la costumbre particular eran raros o inexistentes durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX; el trato que se daba al tema solía ser genérico en la reflexión sobre la existencia de un derecho internacional americano o, como mínimo, de una aplicación especial del derecho internacional al continente americano o al subcontinente latinoamericano⁵².

No es por casualidad que, a pesar de la ausencia de estudios sistemáticos sobre el tema, se haya pedido primero a la CIJ que se pronunciara sobre la costumbre particular en un caso de dos Estados del continente americano. América era el escenario ideal para una discusión más profunda sobre el derecho internacional consuetudinario particular, aunque todavía no se hubieran desarrollado de manera sistemática, desde el punto de vista de la dogmática del derecho internacional, las implicaciones del reconocimiento de normas americanas propias del derecho internacional.

Aun así, la sentencia dictada por la Corte Internacional de Justicia en 1950 en el caso relativo al derecho de asilo no suscitó de inmediato interés en el tema entre los juristas más influyentes. Eso probablemente se deba a que, como ya se ha visto, la CIJ, además de no indicar

50 . Tal como se difundió entre varios internacionalistas, la concepción misma de unidad formal del sistema jurídico internacional está intrínsecamente relacionada con su propia universalidad, como señala P. M. Dupuy, quien también recalca el papel del Estado en esa relación: “¿Qué es lo que da al orden jurídico internacional general —cuyo alcance es, por definición, universal— la unidad de formas, es decir, en primer lugar, de sus modos de producción y aplicación de normas? A esta pregunta se puede dar de inmediato una respuesta sencilla: el Estado. Desde sus orígenes, como ya hemos visto, este orden jurídico original debe su unidad a la naturaleza particular de sus sujetos primarios”. Dupuy, Pierre-Marie. *L'Unité de l'ordre juridique international*. En *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. Volumen 297, 2002, p. 93.

51. Diversos internacionalistas de la época, como Ernest Nys, recurren a la analogía doméstica al considerar que la costumbre es sustituida paulatinamente por la fuente convencional en el derecho internacional. Incluso a riesgo de inmovilidad del sistema, que ya no contaría con la flexibilidad de la costumbre, el Poder Judicial y el arbitraje internacional completarían y desarrollarían los códigos internacionales, Véase Nys, Ernest. *Codification of international law*. En *American Journal of International Law*. Vol. 5. Nº 4, 1911, p. 871 a 900.

52 . La bibliografía básica sobre este asunto consiste en las obras de Álvarez y Sá Vianna, que demuestran no solo la índole no tanto abstracta —en detrimento, por ejemplo, de una discusión más específica y sistemática sobre las fuentes del sistema— del debate sobre la existencia de un derecho internacional americano, sino también las posibilidades y las dificultades de encarar el derecho internacional desde una perspectiva regional. Véase Álvarez, Alejandro. *Le droit international Américain*. París: Pedone, 1910, y Sá Vianna, Manoel Álvaro de Souza. *De la non-existence d'un droit international américain*. Rio de Janeiro: L. Figueiredo, 1912.

la existencia de una norma consuetudinaria particular de carácter regional, estableció un criterio muy riguroso para su identificación, lo cual más tarde dividiría a la doctrina en cuanto a si era propio de la costumbre particular o podía extenderse a la costumbre general.

En uno de los primeros comentarios sobre el caso relativo al derecho de asilo, Herbert Briggs puso en tela de juicio la cuestión de la prueba del derecho internacional consuetudinario, al contrario de la particularidad de la costumbre en virtud del contexto regional o subregional americano. Briggs aparentemente apoyaba la conclusión de la Corte porque no se podía encontrar un “uso uniforme y constante, aceptado como derecho” con respecto a la norma de calificación unilateral y definitiva del asilo. Los hechos que se habían llevado ante la Corte revelarían mucha “incertidumbre y contradicción, mucha fluctuación y discrepancia en el ejercicio del asilo diplomático”⁵³.

Eso significa que Briggs no estaba muy interesado en analizar el caso desde el punto de vista de una costumbre que vinculara solo a un número determinado de Estados, sino más bien en el método utilizado por la Corte para identificar una norma consuetudinaria —que, dicho sea de paso, no variara según el número de destinatarios— a escala universal o regional. De esta forma, la particularidad del sistema jurídico internacional quedaba absorbida por una perspectiva rígidamente universal.

Otros comentarios recibían mejor el argumento de que la CIJ debería haber examinado con más detenimiento la cuestión del regionalismo en el derecho internacional, pero no adoptaron una orientación específica con respecto a la formación de la norma consuetudinaria particular⁵⁴.

Fue recién a principios de la década de 1960 que comenzaron a aparecer análisis más sistemáticos de la costumbre particular. Eso se debe claramente a que, después del caso relativo al derecho de asilo, la CIJ juzgó, en 1952, el caso relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos y, en 1960, el caso relativo al derecho de paso por territorio de la India.

Ese último caso, en el cual la CIJ reconoció explícitamente la posibilidad de la existencia de una costumbre particular (bilateral, en este caso), parece haber sido un gran estímulo para que la doctrina tratara de entender de una manera más pormenorizada y sistemática la costumbre particular en el derecho internacional.

Sin embargo, ese trato más sistemático del tema también lo colocó en el ámbito de un debate más amplio entre voluntaristas y no voluntaristas. Los autores volvían una y otra vez a la cuestión de la prueba de la costumbre particular y su comprensión como expresión de consentimiento del Estado. Es probable que la publicación del artículo pionero de Cohen-Jonathan haya promovido en gran medida el examen de la costumbre en el ámbito de ese debate. No obstante, la sentencia en el caso relativo al derecho de asilo, pronunciada en 1950, también sirvió de incentivo.

En el apartado siguiente presentaré un análisis crítico de los trabajos dedicados a analizar la costumbre particular de una manera sistemática, los cuales, de una manera u otra, la introdujeron en el debate entre voluntaristas y no voluntaristas. De esta forma explicaré las opciones adoptadas por las corrientes doctrinarias con respecto al tratamiento de la cuestión a lo largo del tiempo. Esta exposición podrá abrir nuevas posibilidades de análisis sobre la costumbre particular, especialmente en el continente americano.

3.2. La costumbre particular para los voluntaristas y los no voluntaristas

El artículo de Cohen-Jonathan, titulado “La coutume locale”, fue el primer intento importante de comprender la costumbre particular de una manera ordenada y sistemática. En vista de las referencias hechas a este artículo, publicado originalmente en 1961 en el *Annuaire*

53. Briggs, Herbert W. *The Colombian–Peruvian asylum case and proof of customary international law*. En *American Journal of International Law*. Vol. 45, N° 4, 1951, p. 731.

54. Por ejemplo, Van Essen, J. L. F. *Some reflections on the Judgments of the International Court of Justice in the Asylum and Haya de la Torre Cases*. En *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 1. N° 4, 1952, p. 533 a 539.

Française de Droit International, es probable que sea el trabajo doctrinario más influyente que se haya escrito sobre el derecho internacional consuetudinario particular.

Las primeras líneas del artículo sitúan sus ideas de lleno en la tensión entre universalismo y particularismo. En ese sentido, la primera alusión que se hace es al debate entre Álvarez y Sá Vianna sobre la existencia de un derecho internacional americano. Ese debate revelaría que la sociedad internacional admitía, aunque de manera temperada, el relativismo jurídico⁵⁵. Como lo universal y lo particular pueden coexistir, una investigación más sistemática sobre el derecho internacional particular no plantearía riesgos en sentido estricto a la unidad del sistema jurídico internacional.

En el artículo, dividido en dos partes principales, se procuraba en primer lugar analizar la existencia de la costumbre local como fuente del derecho internacional y examinar las controversias doctrinarias sobre el asunto, así como la consagración de la costumbre local en la jurisprudencia de la CIJ. A continuación se abordaban los aspectos relativos a la naturaleza jurídica de la costumbre local, a fin de distinguirla de la costumbre general y del acuerdo tácito.

La estrategia del autor era clara: demostrar, con argumentos lógicos y la propia jurisprudencia de la CIJ, los errores de los juristas que afirmaban que no existía una costumbre local. El autor también procuraba dedicar un espacio específico a la costumbre local frente a figuras similares, como el acuerdo tácito o *estoppel* (doctrina de los actos propios). Sin embargo, el telón de fondo propiamente dicho del artículo era una defensa de los argumentos no voluntaristas para justificar la costumbre internacional, y la costumbre local en particular, como fuente del derecho internacional.

Su definición de costumbre local, basada en el número restringido de Estados, era relacional, es decir, se afirmaba en contraposición a la costumbre universal. Contrastaba también con la noción de costumbre especial, basada en el objeto de la norma y no en la extensión del grupo al cual rige, criterio que procuraba enfatizar⁵⁶.

Al analizar la posición de la doctrina sobre el asunto, el autor señalaba a aquellos que negaban la existencia de la costumbre local —entendida como un acuerdo tácito, o sea, un tratado no escrito— y la corriente positivista, compilada por la doctrina soviética, que solo lograba justificar la costumbre local recurriendo a la idea de un consentimiento tácito⁵⁷.

Según Cohen-Jonathan, ambas posiciones eran insuficientes para comprender la costumbre local y debían ceder un espacio para una perspectiva no voluntarista del asunto⁵⁸. Igual que una norma consuetudinaria general, la norma consuetudinaria local estaría dotada de ambos elementos: objetivo y subjetivo. Lo que la caracterizaría sería su existencia en cuanto norma emanada de una sociedad jurídica particular. Por su parte, lo que caracterizaría a una comunidad jurídica restringida sería la conciencia común de dos o más sujetos de derecho de una cierta necesidad social, que se exterioriza en comportamientos concordantes⁵⁹. Ni siquiera el artículo 38 del Estatuto de la CIJ sería un obstáculo para el reconocimiento de la costumbre local. El dispositivo, en sí mismo defectuoso e impreciso al aludir al término “general”, no se referiría necesariamente al elemento espacial, sino a la continuidad de la aplicación a lo largo del tiempo⁶⁰. De esta forma, Cohen-Jonathan eludía la crítica más obvia, basada en el carácter literal de los términos de la norma, formulada por quienes negaban la existencia de la costumbre local, al mismo tiempo que le quitaba al artículo 38 la exclusividad en la definición del alcance de los elementos que integran cualesquiera normas consuetudinarias. El autor también insistía en que la existencia de una región determinada no agotaba el carácter local de la norma consuetudinaria,

55 . Cohen-Jonathan, Gérard. *La coutume locale*. En *Annuaire français de droit international*. Vol. 7, 1961, p. 119.

56 *Ibidem*, p. 120.

57 *Ibidem*, 121 a 123.

58 *Ibidem*, p. 125.

59 *Ibidem*, p. 126.

60 *Ibidem*, p. 122.

que podría manifestarse en niveles más bajos, como el subregional, prescindiendo de un asentamiento territorial predeterminado⁶¹.

El análisis pasaba entonces al estudio de casos, comenzando por el caso relativo al derecho de asilo juzgado por la CIJ⁶².

Su posición no voluntarista ampliaba claramente las posibilidades de algunos fallos de la CIJ. En el caso relativo al derecho de asilo, aunque la Corte no hubiera identificado una norma consuetudinaria regional sobre el asilo, Cohen-Jonathan veía en la sentencia una reafirmación de la idea de que podían surgir costumbres locales más restringidas a la costumbre regional o incluso que, en el fallo, se había entendido que la ausencia de un acto de no reconocimiento de una costumbre local por un Estado podría considerarse como un reconocimiento tácito⁶³. En el caso relativo a la jurisdicción en materia de pesquerías, aunque la CIJ no había utilizado en ninguna parte de su sentencia la expresión “costumbre particular” o ningún otro correlato, Cohen-Jonathan entendía que se habría reconocido implícitamente una costumbre local entre Noruega y el Reino Unido, constituida por la acción positiva del primer país y la abstención del segundo⁶⁴.

No obstante, el supuesto no voluntarista del autor generaba claras tensiones internas en su argumentación, como ocurre con la distinción que trataba de hacer entre costumbre local y costumbre general. Para él, la costumbre local podía entenderse de manera análoga a un acuerdo restringido: la norma vincula a las partes que participaron en su formación y solo a ellas. Al citar el caso relativo al derecho de asilo, entendía que la costumbre local no podía extenderse a un Estado que la repudiara o que no la reconociera de manera expresa o tácita y que se adhiriera a ella sobre la base de su actitud (lo cual, además del simple silencio, exigiría una voluntad positiva o una abstención calificada)⁶⁵. Con todo, una analogía tan estricta entre la costumbre y el tratado (acuerdo restringido) genera importantes interrogantes al acercar aún más la idea de la costumbre local a la de un acuerdo tácito. Desde ese punto de vista, ¿no sería más fácil, siguiendo la línea de los autores que Cohen-Jonathan había criticado, asociar por completo la costumbre local a un acuerdo tácito?

En uno de los puntos, el autor examina las diferencias que habría, en su opinión, entre costumbre local y acuerdo tácito: 1) el carácter de repetición se da en la primera y no en el segundo (de acuerdo con este criterio, en las dos opiniones consultivas de la Corte Permanente de Justicia Internacional —Danzig y Comisión Europea del Danubio— se habría constatado la existencia de una costumbre local, y no de un acuerdo tácito, porque se basaron en la idea de continuidad); 2) en la costumbre local hay *opinio juris*, que se forma a partir de una práctica lenta que se manifiesta de manera gradual, no obligatoriamente en el mismo momento y no siempre con el mismo grado de intensidad; 3) se necesita capacidad de suscribir tratados para el acuerdo tácito y no para la costumbre local⁶⁶.

Sin embargo, excepto por la primera diferencia, que es en sí una lectura controvertida de las opiniones consultivas, las demás razones para separar la costumbre local del acuerdo tácito eran más bien conceptuales y no se basaban en la práctica de los Estados o en la jurisprudencia de los tribunales internacionales. En el límite entre ambas figuras influía especialmente la postura teórica defendida por el autor. Según los supuestos teóricos que se usaran, se podía llegar a confundir la costumbre local con el acuerdo tácito. Sería más fácil admitir que la jurisprudencia de la CIJ resolvió el problema al afirmar que la costumbre local se reconoce en el derecho internacional, a pesar de las posiciones doctrinarias que pueden discordar de la aseveración de la Corte.

Cohen-Jonathan concordaba con el criterio riguroso desarrollado por la CIJ en el caso relativo al derecho de asilo de que la parte que alega la costumbre particular debe demostrar que

61 *Ibidem*, p. 122.

62 *Ibidem*, p. 128.

63 *Ibidem*, p. 129.

64 *Ibidem*, p. 131.

65 *Ibidem*, p. 133.

66 *Ibidem*, p. 137 a 139.

la parte contraria la acepta. Plantea esa exigencia como una cuestión de la carga de la prueba, que recae sobre quien alega la costumbre particular, porque un Estado que fundamenta su derecho en una práctica particular debe probar sobre todo por qué ese derecho corresponde a la limitación de la soberanía del Estado territorial⁶⁷. Con todo, esa asociación de la costumbre particular a una limitación de la soberanía de cierto Estado dimana exclusivamente de los casos juzgados por la CIJ. No queda demostrada la manera en que una costumbre local estaría asociada siempre a una cuestión de limitación de la soberanía, salvo que se entienda que toda norma de derecho internacional es una limitación de la soberanía estatal.

En las últimas páginas del artículo, Cohen-Jonathan analiza las interacciones entre costumbre general y costumbre local. En caso de conflicto, da preferencia a la costumbre local, basándose en el caso relativo al derecho de paso. Tampoco acepta la tesis de que las costumbres locales pueden surgir solo de lagunas en la costumbre general⁶⁸.

Al final, aunque no considerara las costumbres locales como una amenaza para la unidad del derecho internacional, ya que respondían a exigencias sociales particulares, ponía de relieve las costumbres locales que tenían un objeto más general y que vinculaban a un gran número de Estados. En esos casos, entendía que el derecho especial debía fundamentarse siempre en el derecho general, so pena de llevar a una fragmentación del sistema jurídico internacional⁶⁹. Aquí, Cohen-Jonathan daba una clara indicación de que el particularismo en el derecho internacional no podía existir de manera autónoma respecto de su universalismo. En última instancia, el primero estaba subordinado de alguna forma al segundo.

A fines de la década de 1960, Anthony D'Amato publicaba en *American Journal of International Law* un artículo titulado "The Concept of Special Custom in International Law" [El concepto de la costumbre especial en el derecho internacional].

Al mismo tiempo que afirmaba la existencia de la costumbre particular, que prefería denominar "costumbre especial", su objetivo principal era, a partir de la jurisprudencia de la CIJ, separar la necesidad de que se cumpliera el requisito del consentimiento para ese tipo de costumbre. Se trata, por consiguiente, de un intento de abordar el asunto desde la perspectiva de una postura teórica no voluntarista.

Lo primero que llama la atención en el artículo es la defensa que hace el autor de un objeto diferente de la costumbre especial. Para él, esa costumbre se refería a temas que no podían generalizarse, como títulos o derechos sobre partes específicas de propiedades en el mundo (*world real estate*), casos de prescripción adquisitiva, controversias fronterizas y las llamadas servidumbres internacionales. Además, la costumbre especial podría llevar al establecimiento de normas limitadas expresamente a países de cierta región, como en el caso del derecho de asilo en América Latina⁷⁰. La distinción no se basa en criterios rigurosos. Mientras que en la primera parte se abordan asuntos relativos a títulos territoriales, en la segunda se amplía mucho el objeto de la costumbre especial. Al parecer, aquí D'Amato partía de los casos ya juzgados por la CIJ sobre la costumbre particular y los extendía a un horizonte de cuestiones más generales, sin dejar de abrir posibilidades amplísimas con respecto a su objeto, como en el ejemplo del derecho de asilo.

Es en el derecho romano y en el derecho común inglés que D'Amato entreveía los orígenes de la costumbre especial, su diferenciación de la costumbre general e incluso la exigencia de su prueba. Recurriendo a Blackstone, recordaba que las normas relativas a la necesidad de probar la existencia de la costumbre especial eran más estrictas porque se trataba de excepciones del derecho común o la costumbre general⁷¹. El derecho internacional habría absorbido esa idea, a

67 *Ibidem*, p. 134 y 135.

68 *Ibidem*, p. 135 a 137.

69 *Ibidem*, p. 140.

70 D'Amato, Anthony. *The Concept of Special Custom in International Law*. En *American Journal of International Law*. Vol 63. N° 2, 1969, p. 212 y 213.

71 *Ibidem*, p. 213.

pesar de la redacción del artículo 38 del Estatuto de la CIJ, la cual insistía, igual que Basdevant, que no debía entenderse de manera literal⁷².

Ese recurso histórico solo reforzaba el fondo de su argumentación, que consistía en que la CIJ había usado el criterio más estricto del consentimiento para determinar la existencia de esa costumbre especial y no de la costumbre general. Al separar de esta forma ese tipo de costumbre, procuraba mantener la coherencia argumentativa de la CIJ al mismo tiempo que atacaba las corrientes voluntaristas.

Sin embargo, el autor no renunciaba a una válvula de escape por si la CIJ decidía más adelante flexibilizar el criterio del consentimiento incluso para la costumbre especial. De ahí su admisión de que, según el tipo de caso analizado, los requisitos para probar la costumbre especial podían variar (en casos de prescripción, fronteras, derecho regional o lo que fuera)⁷³. Eso parece corroborar que la forma en que abordaba la costumbre especial, al admitir flexibilidad en los criterios que la constituyen, dependía de una tesis más amplia que procuraba rechazar argumentos voluntaristas en el derecho internacional, procedimiento que no distaba mucho del adoptado por Cohen-Jonathan.

También es importante recordar que D'Amato no preconizaba la idea de una prevalencia de la costumbre especial sobre la costumbre general en todos los casos. Al analizar el caso del derecho de paso, recordaba que no se habría comprobado cabalmente la prevalencia de la primera, ya que Portugal no habría probado de manera adecuada la existencia de la segunda⁷⁴.

En la década de 1990, la afiliación teórica al voluntarismo o la oposición al mismo todavía fundamentaba posiciones doctrinarias y concepciones sobre la costumbre particular. Algunos ejemplos de esas posiciones, que dieron lugar a interpretaciones antagónicas e incluso contrapuestas, son el ensayo de José María Gamio, "Costumbre universal y particular", y el artículo de Olufemi Elias, "The relationship between general and particular customary international law" [La relación entre el derecho internacional consuetudinario general y particular].

En cuanto al primero, Gamio no negaba que la jurisprudencia de la CIJ se centrara, al examinar la costumbre particular, en la cuestión de la necesidad de demostrar el consentimiento de determinado Estado con respecto a la norma. No obstante, para él, en esos casos no se trataría de costumbre, sino de otras fuentes del derecho internacional⁷⁵.

Igual que D'Amato, Gamio entendía que los casos en que la CIJ exigía el consentimiento eran aquellos en los cuales se habrían observado cuestiones relacionadas con la costumbre particular. Con respecto a la costumbre general, la Corte se inclinaría claramente por la idea del consenso⁷⁶. Sin embargo, a diferencia de D'Amato, saca una conclusión diferente de esa constatación.

Gamio lee la jurisprudencia de la CIJ sobre costumbre particular partiendo del supuesto de que la Corte, cada vez que abordó el tema, podría haber llegado a la conclusión de que la costumbre particular —local, bilateral o regional— debía encararse como un asunto relacionado con una fuente distinta de la costumbre.

En ese sentido, el autor critica el caso relativo al derecho de paso porque, en su opinión, la Corte podría haber llegado a la misma conclusión recurriendo a la idea de los títulos prescriptivos o incluso de *estoppel* (doctrina de los actos propios). En el caso de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos, opina que se podría haber resuelto la controversia usando como fundamento la idea del acuerdo tácito, sobre la base del voto disidente de cuatro jueces en el caso.

72 *Ibidem*, p. 217 y 218.

73 *Ibidem*, p. 223.

74 *Ibidem*, p. 219.

75 Gamio, José María. *Costumbre universal y particular*. En Rama-Montaldo, Manuel (ed.). *El derecho internacional en un mundo en transformación. Liber amicorum: en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga. Vol 1*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1994, p. 79.

76 *Ibidem*, p. 80.

Análogamente, la Corte Permanente de Justicia Internacional hablaba del acuerdo tácito cuando se pronunció en la Opinión Consultiva sobre Danzig⁷⁷.

Ni siquiera existiría la costumbre regional como categoría autónoma. Aunque admitiera que, en el caso relativo al derecho de asilo, se reconoció la existencia de una práctica entre Estados del continente americano, no veía una relación necesaria entre esa constatación y la existencia de una norma consuetudinaria vinculante para un universo restringido de Estados. Esa práctica sería el substrato en el cual se basaría el uso de otra fuente del derecho internacional en el caso, pero no una costumbre propiamente regional. Gamia ve la idea de “Estados especialmente afectados”, desarrollada en la jurisprudencia de la CIJ, como una manera específica de designar lo que algunos prefieren denominar costumbre particular⁷⁸. En vez de configurar una fuente formal del derecho o incluso una figura jurídica, la costumbre regional describiría solo una forma de exteriorización (de un modo más restringido en lo que se refiere al número de participantes) de una fuente formal propiamente dicha o un concepto jurídico bien definido.

En cuanto al proceso mediante el cual la costumbre particular se convertía en general, Gamia entendía que, en ese caso, habría una transformación no solo cuantitativa —del número de Estados vinculados por una norma—, sino también cualitativa, ya que lo que era en principio un simple acuerdo parcial entre un número determinado de Estados se transformaría en costumbre⁷⁹.

En última instancia, el rechazo de la costumbre particular por Gamia se debía a la fuerte vinculación del autor a una concepción no voluntarista en el derecho internacional. La exigencia de consentimiento para la identificación de la costumbre particular era simplemente inadecuada para explicar la costumbre, lo cual lleva a prescindir de tal consentimiento. En un momento determinado, el autor no oculta su objetivo de llegar incluso a una negación de la costumbre particular, que podría “perturbar todo propósito de elaborar una teoría coherente de la costumbre como fuente del derecho internacional”⁸⁰.

En realidad, el autor parece disociar la costumbre particular de la costumbre como fuente del derecho internacional porque sus características la diferencian mucho de un intento de comprensión orgánica de la costumbre. Esa posición es ciertamente pasible de críticas porque requiere que la costumbre, en cuanto fuente, dependa de una teoría, y no al revés. Esa posición choca también con la práctica de los tribunales internacionales, que no distinguen la costumbre particular de la costumbre general.

En este contexto, y de una manera incluso más intensa, el debate teórico que confronta a voluntaristas y no voluntaristas resuena con sumo vigor en la apreciación que hace Gamia de la costumbre particular en el derecho internacional, incluso en su lectura de los casos juzgados por la CIJ.

El artículo de Olufemi Elias, “The Relationship between General and Particular Customary International Law”, fue, desde varios puntos de vista, un contrapunto al ensayo de Gamio, aunque probablemente no tuviera conocimiento del mismo.

Elias partía de una vigorosa defensa del papel del consentimiento en el derecho internacional consuetudinario, pero su conclusión no era que la costumbre particular no existiera, sino que mantenía su autonomía conceptual al no distinguirse esencialmente de la costumbre general.

Elias rechaza todos los criterios para diferenciar la costumbre particular de la costumbre general, como la existencia de un interés especial, la geografía o incluso el número de participantes en la formación de la costumbre. Hasta en el último criterio veía una circularidad, ya que, al relacionar los términos general y particular al número de participantes en la formación de la costumbre, se estaría simplemente reafirmando que hay dos categorías, en vez de explicar

77 *Ibidem*, p. 86 y 87.

78 *Ibidem*, p. 88 y 89.

79 *Ibidem*, p. 98.

80 *Ibidem*, p. 92.

por qué. Si toda costumbre se basa en el consentimiento de los Estados, entonces toda costumbre es particular⁸¹.

Elias rechaza incluso la idea de que la diferencia entre costumbre general y costumbre particular se refiera a la carga de la prueba, que es definitiva en el segundo caso para otros autores.

Elias no veía por qué, racionalmente, se debía hacer una distinción entre la carga de la prueba requerida para el establecimiento de una norma consuetudinaria particular y la requerida para una norma consuetudinaria general. Para eso se apoyaba en el hecho de que la costumbre particular forma parte del derecho tanto como la costumbre general, así como en las sentencias de la CIJ, que nunca demostraron cabalmente que hubiera una distinción en la carga de la prueba de la costumbre particular en comparación con la costumbre general⁸².

El argumento proseguía: aunque hubiera una distinción de ese tipo, la cuestión no sería que algo deba probarse, sino quién debería probarlo, lo cual no afectaría la conclusión de que el *probandum* es el mismo tanto en el caso de la costumbre general como en el de la costumbre particular⁸³.

Aunque el artículo tenga claras pretensiones teóricas, llega a una solución semejante a la de Gamia, pero con las señales permutadas: la práctica, especialmente la judicial, explicaría su teoría. Aun así, la costumbre particular, en cuanto figura semejante a la costumbre general, solo podría entenderse recurriendo a un tipo de teoría voluntarista que refuerza el papel del consentimiento de los Estados. En otras palabras, la costumbre particular no debe entenderse como algo diferente de la costumbre general para justificar una teoría fundamentada en el consentimiento: la costumbre particular sirve a una teoría, y no lo contrario.

81 Elias, Olufemi. *The relationship between general and particular customary international law*. En *African Journal of International & Comparative Law*. Vol. 8. Nº 1, 1996, p. 68 a 72.

82 *Idem*, p. 82.

83 *Ibidem*, p. 84.