

**CUARTO INFORME SOBRE
DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO PARTICULAR
EN EL CONTEXTO DEL CONTINENTE AMERICANO**

(Presentado por el doctor George Rodrigo Bandeira Galindo)

I. PARTE 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 oportunidad 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).

El tema no se abordó en el 97º período ordinario de sesiones, realizado en Rio de Janeiro del 3 al 7 de agosto de 2020.

En el 98º 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 en las que no había ninguna referencia explícita 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.

Posteriormente, en el 99º período ordinario de sesiones, celebrado en Rio de Janeiro del 2 al 11 de agosto de 2021, también de manera virtual, presenté mi tercer informe sobre el tema. En esa oportunidad inicié el análisis de la doctrina especializada sobre la costumbre particular, prestando especial atención a las obras cuyo principal objeto de investigación es la costumbre particular en sus diversas formas (bilateral, local o regional).

El 9 de agosto de 2021, durante ese período de sesiones, se realizó la VIII Reunión Conjunta con los Asesores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados miembros de la OEA. En esa ocasión, diversos representantes de los Estados formularon comentarios sobre el tema que nos ocupa y aportaron elementos imprescindibles para abordar mejor los asuntos tratados.

El presente informe consolida las consideraciones de los tres informes anteriores.

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 fin 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 no solo de importante baliza interpretativa 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 individuales¹.

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 tercer informe inicié un análisis de la doctrina especializada en la materia. Observé que los escritos especializados giran constantemente en torno a los temas tratados en la jurisprudencia internacional. Además, los primeros escritos que trataban el asunto de una manera más profunda lo inserían en un debate mayor, que oponía las perspectivas voluntaristas y no voluntaristas en el derecho internacional.

En el presente informe tengo la intención de completar el análisis de la doctrina en la materia, abordando no solo obras más antiguas sobre el asunto, sino también las más recientes, que han modificado gradualmente el enfoque del debate doctrinario anterior. También me referiré al tratamiento dado al asunto por la Comisión de Derecho Internacional por lo menos en dos temas que formaron parte de su agenda en los últimos años.

Una vez concluido el análisis de los casos juzgados y del debate doctrinario, entiendo que sería lógico encaminarse hacia la práctica de los Estados del continente americano en el ámbito del derecho internacional consuetudinario particular. A fin de alcanzar ese objetivo, propongo que el presente

¹ Como lo reconociera incluso la Corte Internacional de Justicia en *International Court of Justice. Application for Review of Judgement No. 333 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1987, p. 18.

informe (así como los anteriores, que lo complementan) sea sometido a la consideración de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos para que formulen comentarios. Sobre la base de estos comentarios, cabe esperar que se pueda contar con un panorama más amplio de la práctica de los Estados en la materia. De este modo, el estudio complementará la perspectiva judicial y doctrinaria como perspectiva estatal del derecho internacional consuetudinario particular.

PARTE II. LA PRÁCTICA JUDICIAL INTERNACIONAL

2.1. Sentencias de la Corte Internacional de Justicia que se refieren explícitamente al derecho consuetudinario particular (y opiniones individuales relacionadas con ellas)

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”².

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 consuetudinaria³.

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

² INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Colombian-Peruvian asylum case*, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950, p. 276 - 277.

³ *Ibidem*, p. 277.

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 particular⁴.

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 consuetudinaria⁵.

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 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 problema 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 correlación⁶.

Incluso con una posición favorable a la particularidad en el derecho internacional, Álvarez concluye que no hay un derecho internacional consuetudinario americano en materia de asilo porque no habría uniformidad en la práctica de los gobiernos sobre el tema. Sin embargo, admite que los Estados latinoamericanos emplean ciertas prácticas y métodos en relación con el asilo, aunque no

⁴ *Ibidem*, p. 277 - 278.

⁵ *Ibidem*, p. 285.

⁶ *Ibidem*, p. 294.

explica si estarían dotados de algún grado de juridicidad y, por lo tanto, si serían obligatorios en el contexto latinoamericano⁷.

Otros integrantes de la Corte, como el magistrado Read, afirman expresamente que, aunque Colombia no probó que existiera un derecho unilateral a la calificación y un derecho al salvo conducto 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 otra⁸.

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

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 caso¹⁰.

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 Estados¹¹.

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

⁷ *Ibidem*, p. 295.

⁸ *Ibidem*, p. 321.

⁹ *Ibidem*, p. 338.

¹⁰ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco*, Judgment of August 27th, 1952: I.C.J. Reports 1952, p. 199.

¹¹ *Ibidem*, p. 199 - 200.

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 conclusión¹².

En cuanto al segundo período, que comienza con el Convenio de 1937 entre Francia y el Reino Unido¹³, 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 marroquíes¹⁴.

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 consular¹⁵.

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 comprobar 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 India¹⁶.

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

¹² *Ibidem*, p. 200.

¹³ 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 tenerlos. Eso incidiría en los derechos de Estados Unidos, que ya no podría alegar la aplicación del principio.

¹⁴ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco*, *op. cit.*, p. 200 y 201.

¹⁵ *Ibidem*, p. 219 - 221.

¹⁶ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits)*, Judgment of 12 April 1960, ICJ: Reports 1960, p. 37.

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 ambos¹⁷.

La CIJ confirmó, 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, habría habido 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 independizó¹⁸.

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

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

En el fallo se consideró que no existía un derecho portugués, basado en la costumbre local, de paso de las fuerzas armadas, la policía armada, armas y municiones. Con respecto a estas hipótesis, la CIJ consideró que el paso estaba reglamentado por el principio de reciprocidad y no como un derecho¹⁹, porque en esas hipótesis Portugal siempre tendría 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”²⁰.

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 comprobar 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 la sentencia niega la existencia de una costumbre local, en el caso de las últimas hipótesis surgen dos elementos importantes del fallo: 1) la Corte hace un análisis de la práctica mucho más detallado que en la primera hipótesis del mismo caso 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 procura comprender la forma en que los tratados pueden dar origen a la práctica entre Estados. De este modo, 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*.

¹⁷ *Ibidem*, p. 37.

¹⁸ *Ibidem*, p. 40.

¹⁹ *Ibidem*, p. 40 - 41.

²⁰ *Ibidem*, p. 40.

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 general”²¹.

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, en vista de 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 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 consuetudinaria²².

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”²³.

El magistrado Armand-Ugon vincula el principio de la efectividad a la constitución de la norma consuetudinaria local y afirma que la práctica efectiva del paso generaría el propio derecho de paso²⁴.

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 tanto en un tratado como en la costumbre, en principios y en la doctrina al mismo tiempo, sería incongruente²⁵. 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 local²⁶.

Según el magistrado Percy Spender, el tratado influyó en el proceso de formación de la norma consuetudinaria local²⁷.

²¹ *Ibidem*, p. 44.

²² *Ibidem*, p. 60.

²³ *Ibidem*, p. 54.

²⁴ *Ibidem*, p. 82 - 83.

²⁵ *Ibidem*, p. 90.

²⁶ *Ibidem*, p. 95.

²⁷ *Ibidem*, p. 106.

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”²⁸.

Es importante señalar que Fernandes aborda la cuestión de la prevalencia del *jus cogens* sobre las reglas especiales²⁹. No obstante, no desarrolla en medida suficiente el argumento relativo a la contraposición entre las normas obligatorias de derecho internacional y la costumbre particular.

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”³⁰.

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 armado³¹.

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 regional³², 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:

²⁸ *Ibidem*, p. 134.

²⁹ *Ibidem*, p. 135.

³⁰ 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.

³¹ *Ibidem*, p. 105.

³² *Ibidem*, p. 104 - 105.

“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 general”³³.

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 principio que existía en América Latina ni crearlo, sino reconocer una norma consuetudinaria preexistente de carácter general³⁴.

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 regional³⁵. 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 ambiente”³⁶.

³³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Frontier Dispute*, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 565.

³⁴ *Ibidem*, p. 566.

³⁵ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 233.

³⁶ *Ibidem*, p. 265 - 266.

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.

Aunque con respecto a una práctica muy limitada, la CIJ realmente parece haber cambiado de opinión acerca de 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 sobre 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 jurisprudencia³⁷.

Entre las voces disidentes, el único magistrado de la Corte 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 elemento temporal, 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 costumbre³⁸.

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 costumbre³⁹.

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.

³⁷ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario*. A/73/10, p. 169 - 170. Se encuentra en: <https://legal.un.org/ilc/reports/2018/spanish/chp5.pdf>.

³⁸ *Ibidem*, p. 279 - 280.

³⁹ *Ibidem*, p. 291.

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 partes⁴⁰.

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 naturaleza⁴¹.

De dicha manifestación surgen por lo menos tres cuestiones.

En primer lugar, la forma en que el magistrado aborda, de manera general, la idea misma de norma consuetudinaria emana 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, p. 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.

⁴⁰ 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 - 132.

⁴¹ *Ibidem*, p. 132.

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 probadas⁴².

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”⁴³.

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

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”⁴⁴.

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).

⁴² 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.

⁴³ *Ibidem*, p. 80.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 95.

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 interpretación se debió a la necesidad de que el alcance de sus opiniones consultivas no quedara limitado a unos pocos Estados⁴⁵.

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 existía 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 diplomático⁴⁶.

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 diplomáticas⁴⁷.

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

Independientemente de la conclusión de la Corte, es importante entender que el continente americano fue considerado como un todo para probar la existencia de una costumbre regional. Aun al considerar la subregión latinoamericana, la Corte solo tomó en cuenta el pronunciamiento de los Estados que participaron en 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.

⁴⁵ 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)*, párr. 158.

⁴⁶ *Ibidem*, párrs. 159 - 161.

⁴⁷ *Ibidem*, párr. 162.

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, ya que sería una regla superpuesta sobre otra regla, una regla para indicar la existencia de otra regla.

Otro aspecto 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. Eso se debe a que, a partir de un análisis del comportamiento de Estados Unidos, en el cual se destaca la oposición de larga data de ese país al derecho de asilo, la Corte Interamericana parece concluir que el principio se aplicaría a la costumbre regional.

La extensión de la figura del objetor persistente a la costumbre regional refuerza la idea de que la norma consuetudinaria regional no necesita la aceptación unánime de un grupo específico de Estados. 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.

2.4. Balance general de la actuación de los tribunales internacionales en el ámbito de la 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. En su opinión separada en los *Casos de la plataforma continental del Mar del Norte*, de 1969, el magistrado Ammoun 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 complementarían.

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 objetor 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 adoptara un enfoque por subregiones de límites variables para afirmar categóricamente la existencia de una costumbre regional. Si la Corte promoviera esa idea, podría dar la señal equivocada de que, desde un punto de vista jurídico, no es necesario considerar el sistema interamericano de derechos humanos como un todo, sino que se lo puede analizar 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 sobre la identificación de dicha costumbre regional.

PARTE III. LA DOCTRINA SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO 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” específicamente en virtud 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 38⁴⁸.

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 ellos⁴⁹.

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 internacional⁵⁰— 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 rápidamente a la idea de unidad del sistema jurídico internacional⁵¹; 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 consuetudinaria⁵². En ese contexto, las investigaciones sobre la costumbre y, específicamente, sobre la costumbre particular fueron relegadas a segundo plano.

⁴⁸ BASDEVANT, Jules. *Règles générales du droit de la paix*. En *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. Tome 58, 1936, p. 486 - 487.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 483 - 491.

⁵⁰ 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 - 552.

⁵¹ 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*. Tome 297, 2002, p. 93.

⁵² 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

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 latinoamericano⁵³.

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 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”⁵⁴.

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.

internacional completarían y desarrollarían los códigos internacionales, Véase Nys, Ernest. *Codification of international law*. En *American Journal of International Law*. Vol. 5. N° 4, 1911, p. 871 - 900.

⁵³ Las bibliografías básicas sobre este asunto consiste en las obras de Álvarez y Sá Vianna, que demuestran no solo la índole un tanto abstracta —en detrimento, por ejemplo, de una discusión más específica y sistemática acerca de 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 SA VIANNA, Manoel Álvaro de Souza. *De la non-existence d'un droit international américain*. Rio de Janeiro: L. Figueiredo, 1912.

⁵⁴ 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.

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 particular⁵⁵.

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.

Con todo, ese trato más sistemático del tema llevó también a que se lo discutiera en el ámbito de un debate más amplio entre voluntaristas y no voluntaristas. Los autores volvían constantemente a la cuestión de la prueba de la costumbre particular y su comprensión como expresión de consentimiento del Estado. Es probable que el artículo pionero de Cohen-Jonathan haya estimulado el tratamiento de la costumbre en el ámbito de ese debate. Otro incentivo fue la sentencia dictada en 1950 en el *Caso relativo al derecho de asilo*. Con el correr de los años, el debate sobre el voluntarismo fue perdiendo brío frente a un enfoque que consideraba el derecho internacional consuetudinario particular como un elemento propio del sistema jurídico internacional, aunque a veces de una manera incómoda. Sin embargo, una constante en el debate doctrinario es que casi siempre se rige por las decisiones de tribunales internacionales. La doctrina asume un papel nítidamente defensivo y poco innovador en el asunto.

En el apartado siguiente trataré de presentar un análisis crítico de trabajos dedicados a analizar la costumbre particular de una manera sistemática y que, de un modo u otro, la incorporaron en el debate entre voluntaristas y no voluntaristas. De esta forma procuro exponer las opciones adoptadas por las corrientes doctrinarias con respecto al tratamiento de la cuestión a lo largo del tiempo. Acto seguido analizaré las obras que lograron librarse paulatinamente de ese debate por medio del reconocimiento — aunque tímido — del potencial del derecho internacional consuetudinario particular. Creo que una exposición de ese tipo podría abrir camino para 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

Durante la década de 1960 hubo una explosión de publicaciones sobre el derecho internacional consuetudinario particular, especialmente en su vertiente bilateral. No cabe duda de que la razón principal de la gran cantidad de publicaciones del período fue el fallo de 1960 en el *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India*. Como ya se señaló, esta fue la primera ocasión en que la Corte Internacional de Justicia reconoció de manera inequívoca la existencia de normas internacionales consuetudinarias particulares.

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 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

⁵⁵ 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. Nº 4, 1952, p. 533 - 539.

sobre la existencia de un derecho internacional americano. Ese debate revelaría que la sociedad internacional admitía, aunque de manera temperada, el relativismo jurídico⁵⁶. 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 enfatizar⁵⁷.

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 tácito⁵⁸.

Según Cohen-Jonathan, ambas posiciones eran insuficientes para comprender la costumbre local y debían ceder un espacio para una perspectiva no voluntarista del asunto⁵⁹. 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 concordantes⁶⁰. Ni siquiera el artículo 38 del Estatuto de la CIJ sería un obstáculo para el reconocimiento de la costumbre local. El artículo, 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 tiempo⁶¹. 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, que podría manifestarse en niveles más bajos, como el subregional, prescindiendo de un asentamiento territorial predeterminado⁶².

⁵⁶ COHEN-JONATHAN, Gérard. *La coutume locale*. En *Annuaire français de droit international*. Vol. 7, 1961, p. 119.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 120.

⁵⁸ *Ibidem*, 121 - 123.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 125.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 126.

⁶¹ *Ibidem*, p. 122.

⁶² *Ibidem*, p. 122.

El análisis pasaba entonces al estudio de casos, comenzando por el *Caso relativo al derecho de asilo* juzgado por la CIJ⁶³.

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 tácito⁶⁴. 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” ni 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 segundo⁶⁵.

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)⁶⁶. 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 conformidad 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 local⁶⁷.

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 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

⁶³ *Ibidem*, p. 128.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 129.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 131.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 133.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 137 - 139.

particular debe probar sobre todo por qué ese derecho corresponde a la limitación de la soberanía del Estado territorial⁶⁸. 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 por territorio de la India*. Tampoco acepta la tesis de que las costumbres locales pueden surgir solo de lagunas en la costumbre general⁶⁹.

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 internacional⁷⁰. 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.

En 1961, Paul Guggenheim publicó un artículo titulado “Lokales Gewohnheitsrecht”, en el cual se proponía dar expresión doctrinaria a los argumentos que ya había aportado en el *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India*, de 1960, cuando actuó en calidad de agente del gobierno de ese país⁷¹. Tal vez por ese motivo, el artículo no entra en consideraciones teóricas más profundas y no es suficientemente sistemático. En realidad, procura responder a los argumentos que llevaron a la CIJ a reconocer una norma consuetudinaria de carácter bilateral entre Portugal y la India.

Guggenheim no se oponía a la existencia de cualquier tipo de norma consuetudinaria internacional particular, sino solo a aquellas puramente bilaterales, las cuales asociaba desde el punto de vista terminológico al derecho internacional consuetudinario local. Reconoce expresamente, y para ello cita el *Caso relativo al derecho de asilo*, la posibilidad de un derecho internacional consuetudinario regional⁷².

Para él, cuando un tribunal internacional reconoció que una práctica bilateral de dos Estados era obligatoria, eso podía equivaler a una declaración unánime de intención de las partes y, por ende, un elemento contractual. En ese sentido, cita la Opinión Consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional sobre la Ciudad Libre de Danzig y la Organización Internacional del Trabajo⁷³.

El meollo de su argumentación era que la norma consuetudinaria internacional bilateral que no pudiera reducirse a una norma consuetudinaria internacional general se reduciría necesariamente a un acuerdo no escrito⁷⁴. Eso se debe a que, para existir, una costumbre bilateral precisaría el consentimiento de ambas partes —unanimidad—, lo cual llevaría a que se la considerara como un acuerdo⁷⁵.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 134 - 135.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 135 - 137.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 140.

⁷¹ Los procedimientos escritos y orales del caso se encuentran en <https://www.icj-cij.org/en/case/32>.

⁷² GUGGENHEIM, Paul. *Lokales Gewohnheitsrecht*. En *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vol. 11, 1961, p. 329.

⁷³ *Ibidem*, p. 330.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 330 - 331.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 333.

En escritos de otros autores se hizo referencia pocas veces al artículo de Guggenheim, que no tuvo un impacto significativo en la doctrina sobre el derecho internacional consuetudinario particular, probablemente porque se oponía de plano a la conclusión a la que llegó la CIJ en el *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India*. Sin embargo, su línea de argumentación es interesante porque encuentra una base para refutar la existencia de normas internacionales consuetudinarias bilaterales justamente en la distinción estricta entre tratado y costumbre. Según Guggenheim, una de las características esenciales de la costumbre es la posibilidad de que sea obligatoria sin consentimiento unánime, lo cual no es posible en el derecho internacional consuetudinario bilateral. Eso tiene dos consecuencias.

Primero, al parecer se usa un argumento antivoluntarista para refutar el derecho internacional consuetudinario bilateral. Segundo, por su propia argumentación, existe la posibilidad de que haya normas internacionales consuetudinarias regionales sin unanimidad, porque la ausencia de unanimidad es lo que las convierte en normas consuetudinarias. La paradoja de estas consecuencias es que la negación de la existencia de una norma internacional consuetudinaria bilateral estaba asociada normalmente a un argumento voluntarista. De esta forma, el artículo de Guggenheim anticipaba una tensión entre voluntarismo y antivoluntarismo que permitiría a veces su fusión o la inversión de polos, con un voluntarista que defendía la existencia de tal costumbre y un antivoluntarista que afirmaba su inexistencia, como ocurriría con obras doctrinarias posteriores.

En 1962, Christian Dominicé se abocó a la tarea de verificar si había alguna costumbre bilateral entre Suiza y Alemania y entre Suiza e Italia que rigiese el derecho de paso por los enclaves de Büsingen y Campione. El motivo era la sentencia dictada el año anterior en el *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India*. En el artículo titulado “*Coutume Bilatérale et Droit de Passage sur Territoire Suisse*” [Costumbre bilateral y derecho de paso por territorio suizo], Dominicé demuestra un agudo dominio de diversos conceptos jurídicos internacionales, pero el artículo parece haber sido escrito con una conclusión predeterminada, ya que ninguna de las hipótesis que plantea —y el artículo contiene argumentos sucesivamente alternativos— permite justificar la existencia de una norma consuetudinaria bilateral. Como el artículo se inspiraba en una constatación inequívoca de la CIJ de que las costumbres bilaterales existen, no podía negar ese hecho, pero podía quitar relevancia práctica a ese tipo de costumbre al hacer un análisis empírico y corroborar que los requisitos que consideraba necesarios para el surgimiento de la costumbre bilateral no se habían cumplido⁷⁶.

Las conclusiones del artículo parecen predeterminadas porque las respuestas negativas de Dominicé con respecto a la identificación de normas internacionales consuetudinarias bilaterales se basaban en una concepción muy rígida de la relación entre tratado y costumbre. El autor abría poco o ningún espacio para entender que tales fuentes podían superponerse en la reglamentación de determinadas conductas, lo cual parece apartarse de la lógica en que se basó la CIJ para decidir el caso que inspiró el artículo, ya que abordó la relación entre tratado y costumbre de manera dinámica. Por ejemplo, para Dominicé, la práctica de Suiza anterior a los tratados que disponían sobre el derecho de paso por su territorio no podría restablecerse, aunque se originara en una costumbre bilateral. La eventual extinción de los tratados generaría una situación de anomia en el asunto⁷⁷.

Aunque su estudio tenía restricciones empíricas, Dominicé extraía consecuencias generales de la costumbre bilateral: no se podían derogar normas generales; para establecer las condiciones para la prueba, era preciso tener en cuenta la reglamentación general; una práctica desarrollada bajo el palio de un tratado no podría conducir a la creación de una costumbre bilateral; un tratado que codificara una costumbre bilateral la hacía desaparecer, a no ser que eso se hubiera excluido expresamente de su

⁷⁶ DOMINICÉ, Christian. *Coutume Bilatérale et Droit de Passage sur Territoire Suisse*. En *Annuaire Suisse de Droit International*. Vol. 19, 1962, p. 71-102.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 89.

texto; la misma reglamentación de un asunto en varios tratados no podía dar origen a una costumbre bilateral⁷⁸.

El autor concluía que la sentencia en el *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India* daba la ilusión de muchas perspectivas en la aplicación de la costumbre bilateral; no obstante, esas perspectivas eran, de hecho, bastante modestas⁷⁹.

Aunque Dominicé no apoyaba explícitamente el voluntarismo, su perspectiva de existencia restringida de la costumbre bilateral, a la que se sumaba una clara preponderancia de la fuente convencional en el plano de las relaciones bilaterales entre los Estados, lo llevaba prácticamente a negar la existencia de ese tipo específico de costumbre. La razón de esa negativa estaba relacionada con la dificultad para asociar el consentimiento estricto de los Estados para obligarse en el plano jurídico internacional por una norma consuetudinaria.

En el continente americano, la primera reflexión más sistemática sobre el derecho internacional consuetudinario particular tras el fallo de la CIJ en el *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India* fue el artículo de Julio Barberis, publicado en 1962, titulado “La costumbre bilateral en derecho internacional público”.

El artículo estaba claramente estructurado con un enfoque inductivo. Para responder a la pregunta de si la norma consuetudinaria bilateral se instituía por medio del procedimiento de formación de normas consuetudinarias generales o el procedimiento de elaboración de tratados, el autor recurría inicialmente a la jurisprudencia arbitral y a la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia⁸⁰.

Según Barberis, el reconocimiento de la costumbre bilateral se remonta a casos más antiguos que los señalados por otros autores. De esta forma, el autor radicaliza la estrategia de legitimación por el pasado adoptada por Cohen-Jonathan. El primer reconocimiento de ese tipo de costumbre se habría producido, en su opinión, en la sentencia dictada por la Corte Permanente de Arbitraje en 1905 en el *Caso de los arrendamientos perpetuos en Japón*, cuando de varios acuerdos entre Japón y Estados europeos había surgido una costumbre bilateral. Barberis entendía que la Corte Permanente de Justicia Internacional también había reconocido la costumbre bilateral en el *Caso de la Ciudad Libre de Danzig y la Organización Internacional del Trabajo*, pero entendía que, en la *Opinión consultiva del mismo tribunal sobre la Comisión Europea del Danubio*, no habría ocurrido lo mismo. Según Barberis, en esa ocasión, la Corte Permanente de Justicia Internacional habría reconocido solo una práctica que posteriormente se había convertido en un derecho consustanciado en un instrumento convencional⁸¹.

El análisis, en particular del *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India*, de 1960, llevaba al autor a concluir que la costumbre bilateral era, de hecho, derecho internacional consuetudinario. Para analizar la cuestión recurría a tres elementos de diferenciación entre tratado y costumbre: a) la costumbre, a diferencia del tratado, puede surgir de la actividad de órganos que no tengan necesariamente capacidad para representar al Estado en el plano internacional, como ocurre con la costumbre bilateral; b) el criterio de que la norma consuetudinaria se caracteriza por obligar a terceros sería imposible de aplicar en el caso de la costumbre bilateral, ya que la necesidad de consentimiento de ambas partes no proveería elementos para distinguirla del acuerdo tácito; no obstante, recalca que no estaba de acuerdo con Guggenheim, para quien la norma consuetudinaria debía necesariamente ser obligatoria para terceros Estados, mientras que, para Barberis, solo podía serlo para terceros; c) la necesidad de repetición de actos de manera ininterrumpida y constante, a

⁷⁸ *Ibidem*, p. 102.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 102.

⁸⁰ BARBERIS, Julio. *La costumbre bilateral en derecho internacional público*. En *Revista Jurídica de Buenos Aires*. Vol. 2. N° 1, 1962, p. 313-324.

⁸¹ *Ibidem*, p. 314 - 318.

diferencia del tratado, que surge del acuerdo de voluntades, estaría presente en la costumbre bilateral y permitiría que se la considerara como norma consuetudinaria.

Aunque el artículo de Barberis es breve y no hace grandes incursiones teóricas en la costumbre bilateral u otras formas de derecho internacional consuetudinario particular, su intención es claramente aunar fuerzas para afirmar la posibilidad de la costumbre bilateral, recurriendo a la autoridad de los casos juzgados por tribunales internacionales arbitrales y permanentes. En ese sentido, la CIJ, en su fallo en el caso de 1960, parecía inclinarse más hacia una postura que se apartaba del voluntarismo estricto al reconocer la posibilidad de una costumbre bilateral, y Barberis parece sumarse a ese esfuerzo.

A fines de la década de 1960, Anthony D'Amato publicó 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 Latina⁸². 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 amplísimas posibilidades 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 general⁸³. El derecho internacional habría absorbido esa idea, a pesar de la redacción del artículo 38 del Estatuto de la CIJ, la cual insistía, igual que Basdevant, que no debía entenderse de manera literal⁸⁴.

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

⁸² D'AMATO, Anthony. *The Concept of Special Custom in International Law*. En *American Journal of International Law*. Vol 63. N° 2, 1969, p. 212 - 213.

⁸³ *Ibidem*, p. 213.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 217 - 218.

casos de prescripción, fronteras, derecho regional o lo que fuera)⁸⁵. 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 por territorio de la India*, 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 segunda⁸⁶.

A principios de la década de 1970, durante la cual hubo pocos estudios específicamente sobre el derecho internacional consuetudinario particular, Francesco Francioni publicó un artículo que tal vez sea el más completo sobre la temática. Titledo “La Consuetudine Locale nel Diritto Internazionale”, el artículo no tenía un enfoque propiamente original, ya que recordaba bastante el esquema introducido por Cohen-Jonathan, que consistía en utilizar la jurisprudencia de la CIJ para refutar argumentos doctrinarios, fuesen más teóricos o con una orientación más práctica. Con todo, los argumentos de Francioni son más completos que los de Cohen-Jonathan, porque, por medio de refinados razonamientos encuadrados en la dogmática del derecho internacional, examinaba punto por punto los posicionamientos contrarios a la costumbre local —categoría que, en su terminología, abarcaba todo el derecho internacional consuetudinario particular— o aquellos que pretendían asociarlo a otras figuras del derecho internacional, como el acuerdo tácito o *estoppel* (doctrina de los actos propios) o la aquiescencia.

Francioni percibía correctamente una discrepancia entre una elaboración doctrinaria insuficiente del asunto y su elaboración suficiente en la jurisprudencia internacional, especialmente por la Corte Internacional de Justicia y, antes, por la propia Corte Permanente de Justicia Internacional⁸⁷. Su propuesta era justamente resolver esa discrepancia.

El artículo 38.1.b del Estatuto de la CIJ no constituía un obstáculo para que se hablara de derecho internacional consuetudinario particular, ya sea porque un tratado no puede limitar el alcance de otra fuente —en este caso, la costumbre— o porque la generalidad de que trata dicho artículo podría aplicarse en una escala menor, como la regional, o incluso no en el plano espacial, pero sí en el temporal⁸⁸.

Francioni es más generoso que otros autores —con la posible excepción de Barberis— al percibir el reconocimiento del derecho internacional consuetudinario particular en casos en los cuales otros internacionalistas no lo percibían tan claramente, como en el *Caso relativo a la jurisdicción en materia de pesquerías*, de 1951, en el cual estaban implicados el Reino Unido y Noruega, y en las opiniones consultivas de la Corte Permanente de Justicia Internacional sobre Danzig y sobre la Comisión Europea del Danubio, decisiones que Cohen-Jonathan ya había constatado que reconocían, aunque no expresamente, el derecho internacional consuetudinario particular⁸⁹. Aquí, la estrategia argumentativa era muy clara. Con un acervo de jurisprudencia coherente que se remontaba a la década de 1920, la jurisprudencia internacional ya había resuelto un problema que los expertos en la doctrina insistían en dejar pendiente. Francioni no ocultaba su posición claramente contraria a posturas voluntaristas que pretendían reducir el derecho internacional consuetudinario particular a un acuerdo tácito. En cambio, demostraba que, desde su punto de vista, ese reduccionismo no solo era teóricamente errado, sino que también se oponía a la posición de la jurisprudencia internacional. La necesidad de repetición de un comportamiento uniforme para ese tipo de norma internacional

⁸⁵ *Ibidem*, p. 223.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 219.

⁸⁷ FRANCIONI, Francesco. *La Consuetudine Locale nel Diritto Internazionale*. En *Rivista di Diritto Internazionale*. Vol. 54, Fasc 3, 1971, p. 398.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 399 - 400.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 402 - 405.

consuetudinaria ya la distinguía de un acuerdo tácito, que expresaba una manifestación de voluntad específica con respecto a una norma o un conjunto de normas⁹⁰.

El derecho internacional consuetudinario particular no podría consistir en *estoppel* (doctrina de los actos propios) porque se trataría de una cuestión de fondo, ya que funcionaría como excepción procesal en juicio. Tampoco podría confundirse con la aquiescencia, que sería meramente la manifestación exterior de una actitud psicológica o volitiva de un sujeto internacional que puede tomar la forma de un acuerdo tácito o una costumbre. Por lo tanto, no se confundiría con una costumbre porque sería solo un elemento de la *opinio juris* y no la norma consuetudinaria en su totalidad⁹¹.

El derecho internacional consuetudinario particular tampoco se confundiría con el derecho internacional general porque, para que sea oponible, se requiere que el Estado en cuestión haya participado en la formación de la propia norma consuetudinaria. De esta forma, Francioni, sigue estrictamente el criterio establecido originalmente por la CIJ en el *Caso relativo al derecho de asilo*. Por lo tanto, elimina toda posibilidad de dar al regionalismo un contenido jurídico en el sentido de admitir que, en un grupo específico, una norma de derecho internacional consuetudinario particular pueda ser oponible a Estados que, aunque pertenezcan a una región o subregión, no hayan participado en la formación de la norma consuetudinaria⁹².

Siguiendo estrictamente la lectura más difundida del *Caso relativo al derecho de asilo*, el autor entendía que la carga de la prueba del derecho internacional consuetudinario particular recaía enteramente en el Estado que la alegaba, a diferencia del derecho internacional general, en el cual la carga se distribuía entre el juez y las partes⁹³. Pero es sintomático que, para el autor, las cuestiones de la carga de la prueba en el derecho internacional consuetudinario particular llegaran a confundirse con su propia existencia. En palabras de Francioni:

“Al respecto, cabe señalar que, dada la naturaleza relativa de la costumbre local, la carga de la prueba está relacionada necesariamente con un doble orden de hechos: ante todo, la propia existencia de la costumbre local con sus dos elementos propios de la práctica uniforme y de la *opinio juris*; en segundo lugar, la participación efectiva en la práctica consuetudinaria del Estado al cual se desea oponerla⁹⁴”.

El artículo de Francioni era una expresión clara de que la jurisprudencia internacional debería moldear la doctrina, tanto para solucionar las dudas que algunos expertos en la doctrina todavía tenían acerca de la existencia de ese tipo de norma consuetudinaria como para demostrar que las explicaciones voluntaristas para negar su autonomía o quitársela eran fáciles de refutar. El autor construye su artículo hábilmente, proporcionando fuertes argumentos para que la autoridad (judicial internacional) continuara apoyando la existencia del derecho internacional consuetudinario particular. Él mismo se apoyaba en esa autoridad para respaldar sus propios argumentos.

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

⁹⁰ *Ibidem*, p. 407 - 409.

⁹¹ *Ibidem*, p. 414 - 415.

⁹² *Ibidem*, p. 415 - 419.

⁹³ *Ibidem*, p. 420 - 421.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 421.

Estado con respecto a la norma. No obstante, para él, en esos casos no se trataría de costumbre, sino de otras fuentes del derecho internacional⁹⁵.

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 consenso⁹⁶. 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 CIJ 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. Análogamente, la Corte Permanente de Justicia Internacional hablaba del acuerdo tácito cuando se pronunció en la opinión consultiva sobre Danzig⁹⁷.

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. Gamio 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 particular⁹⁸. 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, Gamio 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 costumbre⁹⁹.

En última instancia, el rechazo de la costumbre particular por Gamio se debía a la fuerte vinculación del autor a una concepción antivoluntarista 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”¹⁰⁰.

⁹⁵ 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.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 80.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 86 - 87.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 88 - 89.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 98.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 92.

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 Gamio 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 por qué. Si toda costumbre se basa en el consentimiento de los Estados, entonces toda costumbre es particular¹⁰¹.

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 general¹⁰².

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 particular¹⁰³.

Aunque el artículo tenga claras pretensiones teóricas, llega a una solución semejante a la de Gamio, 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.

3.3 La costumbre particular entre el reconocimiento doctrinario y las posibilidades de su aplicación

En la década de 2010 se reanudó el interés por la temática en la doctrina. Aunque subsistían ecos del debate entre voluntaristas y no voluntaristas, perdieron fuerza los argumentos que impugnaban la

¹⁰¹ 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 - 72.

¹⁰² *Ibidem*, p. 82.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 84.

existencia del derecho internacional consuetudinario particular. A partir de ese momento fueron surgiendo nuevas cuestiones que generaban una reflexión más profunda sobre las posibilidades que tenía ese tipo específico de norma consuetudinaria.

Una de las razones de ese cambio probablemente esté relacionada con la ampliación del debate sobre la fragmentación del derecho internacional, que pone de relieve una vez más la cuestión del regionalismo en los debates jurídicos internacionales. Durante ese período también adquirieron relieve la revaluación de cuestiones vinculadas a la ampliación de la subjetividad internacional y la posibilidad de que otros sujetos que no sean el Estado influyan en la formación de normas internacionales consuetudinarias.

Un buen ejemplo de un enfoque que ya no recalca el debate entre voluntaristas y no voluntaristas es el artículo de Miguel Galvão Teles, titulado “Costume bilateral em Direito Internacional Público” [La costumbre bilateral en el derecho internacional público].

En la primera parte, Galvão Teles examina nuevamente el *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India*, especialmente desde la perspectiva del Estado reclamante, Portugal, y poniendo de relieve la actuación de Inocêncio Galvão Teles, agente de ese país en el caso y padre del autor. No obstante, en la segunda parte formula consideraciones acerca del derecho internacional consuetudinario particular y asume la posición de que, después del fallo de la CIJ y a pesar de que algunos autores seguían negando la posibilidad del derecho internacional consuetudinario particular, su aceptación se había generalizado¹⁰⁴. Esa idea de superación del debate doctrinario sobre la existencia misma de ese tipo de norma internacional consuetudinaria permitía al autor adoptar un tono más pragmático e incluso conciliador sobre el asunto.

Galvão Teles ofrecía explicaciones sobre la adecuación de la idea de generalidad al derecho internacional particular, que está relacionada con la práctica singular del Estado y no con el número de Estados que realizan la práctica, puesto que no se realizan actos con la convicción de que terceros también deban estar vinculados por la misma práctica. Eso es lo que le permite calificar al derecho internacional consuetudinario particular de “costumbre limitada”, que estaría relacionada con situaciones localizadas y específicas. También refutaba la vinculación de ese tipo de costumbre al acuerdo tácito, ya que constataba que había acuerdos de ese tipo que no derivaban de una práctica repetida y normas consuetudinarias aplicables a Estados que no habían participado en su formación. Este último aspecto es interesante, porque parece admitir que una norma internacional consuetudinaria particular puede ser oponible *erga omnes* a un grupo específico de Estados. Sin embargo, el autor no desarrolla este argumento¹⁰⁵.

El autor admite que hay margen para elementos de consentimiento en la formación de la costumbre, como la aquiescencia, la reciprocidad y la admisión del propio principio del objeto persistente, pero ese consentimiento no precisaría tener la forma de una “declaración constitutiva de derecho (o considerada como tal) en el plano internacional”¹⁰⁶.

Para Galvão Teles, la discusión sobre la costumbre bilateral como acuerdo tácito se resolvería con el hecho de que tratado y costumbre estarían en constante interacción. De esta forma, los mismos hechos podrían dar lugar tanto a un proceso de formación de norma consuetudinaria como a un acuerdo tácito. Es decir, de su argumento se puede inferir que, una vez eliminada por la práctica internacional una rígida dicotomía entre tratado y costumbre, no sería productivo insistir en la necesidad de diferenciar estrictamente en el plano teórico la costumbre bilateral y el acuerdo tácito¹⁰⁷.

¹⁰⁴ TELES, Miguel Galvão. *Costume bilateral em Direito Internacional Público*. En: *O Direito*. Vol. 142. N° II, 2010, p. 362 - 363.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 363 - 364.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 364.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 365 - 366.

Ese enfoque da primacía a aspectos pragmáticos sobre la coherencia teórica de una norma internacional consuetudinaria bilateral.

También en 2010, Andreas Buss publicó su artículo “The Preah Vihear Case and Regional Customary International Law” [El caso Preah Vihear y el derecho internacional consuetudinario regional], cuya finalidad primordial era hacer una relectura del clásico caso juzgado por la CIJ en 1962 desde la óptica del derecho internacional consuetudinario regional.

A pesar de que el título ponía énfasis en la cuestión de las normas consuetudinarias regionales, el artículo en sí estaba más orientado a un análisis del caso y de las críticas que se le habían formulado, en particular a una reseña de los hechos y del derecho que explicarían el caso¹⁰⁸.

Sin embargo, la gran tendencia del período que se refleja en el artículo consiste en reflexionar sobre el derecho internacional consuetudinario a partir de la práctica de agentes no estatales. Partiendo de un punto de vista que recurre a algunas líneas teóricas que apoyan el pluralismo jurídico, Buss provee elementos para demostrar que las fronteras entre Camboya y Tailandia se caracterizaban por su “fluidez y flexibilidad”, de modo que la “jurisdicción territorial no podría estar definida estrictamente por fronteras permanentes”. Eso se debía a que, junto al derecho oficial, operaba en la región un derecho no oficial surgido de grupos no estatales y de normas y conceptos de índole religiosa. En ese contexto, el soberano renunciaba a su derecho a la propiedad de un terreno donado a monjes para la construcción de un monasterio, que entonces se consideraba inviolable, dotado de jurisdicción propia, y podía, por ejemplo, conceder asilo y estar exento de impuestos. En su opinión, la CIJ debería haber tenido en cuenta el derecho consuetudinario regional antes de la llegada de Francia a la región, a fin de comprender mejor la forma en que se aplicaban conceptos tales como los de territorio y jurisdicción. El autor llega incluso a sugerir que tener en cuenta aspectos tales como el derecho consuetudinario regional ayudaría a minimizar el escepticismo del Tercer Mundo con respecto al derecho internacional¹⁰⁹.

Aunque el artículo no se refiere expresamente a la *Causa relativa a la controversia entre Costa Rica y Nicaragua sobre derechos de navegación y derechos conexos*, en la cual se había dictado sentencia el año anterior, en 2009, y en la cual se tuvo en cuenta la conducta de las poblaciones ribereñas situadas a lo largo de la frontera fluvial entre ambos Estados, se observa que incorpora la tendencia a atribuir un papel más relevante a los agentes no estatales en el proceso de formación de la norma internacional consuetudinaria particular. También en este caso, la cuestión ya no es saber si ese tipo específico de derecho internacional consuetudinario existe, sino sintonizarlo con los avances del momento histórico que llevarían al derecho internacional a superar un carácter centrado puramente en el Estado.

Tres años después se publicó un robusto comentario del referido caso de la CIJ desde la perspectiva específica del derecho internacional consuetudinario particular. En “The ‘Right Mix’ and ‘Ambiguities’ in Particular Customs: A Few Remarks on the Navigational and Related Rights Case” [La “combinación correcta” y las “ambigüedades” en las costumbres particulares: reflexiones sobre el *Caso relativo a los derechos de navegación y derechos conexos*], Luigi Crema investiga aquello que puede ser considerado como los dos principales aspectos del caso: la relación entre derecho internacional consuetudinario particular y los agentes no estatales, y la cuestión de la carga de la prueba en este tipo específico de norma consuetudinaria. Como ocurre en otros estudios realizados a partir del siglo XXI, el autor parte del supuesto de que “entre estudiosos es indiscutible que el derecho internacional también admite costumbres particulares”¹¹⁰.

¹⁰⁸ BUSS, Andreas. *The Preah Vihear Case and Regional Customary Law*. En: *Chinese Journal of International Law*. Vol. 9. Nº 1, 2010, p. 112 - 120.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 120 - 126.

¹¹⁰ CREMA, Luigi. *The ‘Right Mix’ and ‘Ambiguities’ in Particular Customs: A Few Remarks on the Navigational and Related Rights Case*. En: BOSCHIERO, Nerina et al. (eds.). *International Courts and the*

Probablemente porque reconoce ese carácter indiscutible, Crema es más perceptivo al constatar en la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional un reconocimiento del derecho internacional consuetudinario particular. Ya no sería necesario buscar ese reconocimiento en un pasado lejano. Por eso, según él, lo que la Corte habría reconocido en el *Caso de la Comisión Europea del Danubio* y en el *Caso de la Ciudad Libre de Danzig* y la *Organización Internacional del Trabajo* sería algo más aproximado a una práctica subsiguiente modificatoria de un tratado¹¹¹.

Al analizar la relación entre agentes no estatales y el derecho internacional consuetudinario particular, el autor minimizaba el impacto de la decisión en la *Causa relativa a la controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*. Para él, la CIJ no había considerado debidamente la práctica de los agentes no estatales, sino que había observado la práctica estatal por medio del análisis de la práctica de particulares. Ese recurso se utilizaría en casos excepcionales y residuales, cuando así lo requiriesen las circunstancias. Ante la falta de una prueba clara de la conducta estatal, la Corte habría observado el comportamiento de los particulares y la correspondiente falta de reacción del Estado para identificar una norma internacional consuetudinaria particular. Con el fin de preservar la coherencia de la jurisprudencia de la CIJ, el autor veía incluso una relación entre ese procedimiento y la evaluación de la práctica efectuada por la Corte en el *Caso de las isla de Kasikili/Sedudu*, en el cual se partió de la conducta de funcionarios estatales de niveles más altos y se llegó a la conducta de los particulares¹¹².

En cuanto a la carga de la prueba en el derecho internacional consuetudinario particular, Crema entendía que la CIJ se había apartado solo aparentemente del precedente del *Caso relativo al derecho de asilo*. Primero, porque poco después los criterios utilizados por la Corte para identificar normas consuetudinarias internacionales se habían vuelto menos estrictos que los que existían en la época en que se dictó sentencia en el *Caso relativo al derecho de asilo*. Segundo, la cuestión de la prueba no estaba en tela de juicio en ese caso, porque tanto Nicaragua como Costa Rica habían concordado durante el juicio sobre la práctica que sirvió de base para la norma consuetudinaria local. Es decir, la CIJ había prestado la debida atención al consentimiento de ambos Estados para concluir que había una norma consuetudinaria internacional particular en la situación que analizaba. Sin embargo, Crema entendía que el caso demostraba algo característico de una costumbre bilateral en comparación con una costumbre general. La práctica observada en la primera sería más amplia que en la segunda porque existía en el contexto de una relación bilateral más próxima: de ahí que se observara la práctica de los particulares, algo que no sería posible con una costumbre de naturaleza general¹¹³.

Los argumentos, aunque pretendían mantener la coherencia argumentativa del fallo de la CJJ, no eran absolutamente convincentes. En primer lugar, el hecho de que las partes concuerden sobre la existencia de una práctica en la que se basa la norma consuetudinaria no es lo mismo que concordar sobre la existencia misma de esa norma. Tal práctica podría llevar a encuadrar la situación como aquiescencia o acuerdo tácito, por ejemplo. Segundo, la investigación de la conducta de agentes no estatales en sí no está relacionada con la investigación de una relación bilateral más estrecha entre dos Estados. El carácter de una práctica no oficial (porque la ejercen particulares) revela la cuestión de la atribución de un acto, y no el vínculo más estrecho (por una cuestión de interés recíproco) entre dos Estados.

Por último, se observa que Crema se esfuerza por encontrar respuestas para el carácter innovador de la sentencia de la CIJ en su propia jurisprudencia. No obstante, eso se puede atribuir perfectamente a la extrañeza ocasionada por los nuevos acontecimientos que afectaron la percepción de la Corte en

Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves. La Haya; Heidelberg: T.M.C. Asser Press; Springer, 2013, p. 66.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 67.

¹¹² *Ibidem*, p. 71 - 72.

¹¹³ *Ibidem*, p. 72 - 73.

materia de derecho internacional consuetudinario particular. En verdad, es posible que la CIJ haya tratado de innovar en su propia jurisprudencia ante una realidad internacional en constante evolución.

Más recientemente, algunos ejercicios doctrinarios demostraron no solo que la contraposición entre voluntaristas y no voluntaristas influye menos en el debate sobre la existencia del derecho internacional consuetudinario particular, sino también que una visión más flexible y pragmática posibilita la aplicación de ese tipo específico de costumbre. Eso ocurre con el artículo de Khagani Guliyev, “Local Custom in International Law: Something in between General Custom and Treaty” [La costumbre local en el derecho internacional: algo entre la costumbre general y el tratado].

El autor reconocía que la existencia de la costumbre local gozaba de amplia aceptación en el derecho internacional por lo menos desde el *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India*. Sin embargo, complementaba esta idea diciendo que los jueces internacionales se mostraban reacios a reconocerlo a raíz de las dificultades relativas a su formación, identificación y duración¹¹⁴.

Esas dificultades se debían a las especificidades de la costumbre local, como la existencia de una práctica unánime y no general que precisa ser repetida durante mucho tiempo —requisito que extraía (de una manera muy indirecta y ciertamente no explícita) de los casos juzgados por la CIJ que abarcaban ese tipo de costumbre y trataban de prácticas que se prolongaban mucho tiempo— y una *opinio juris* identificada en todos los Estados que tenían ese tipo de costumbre, y no en la mayoría. Esas características permitían al autor llegar a la conclusión de que la costumbre local asumía un sesgo claramente consensualista, a diferencia del derecho internacional consuetudinario general¹¹⁵.

La característica consensualista de la costumbre local permitía que se la comparara —pero no que se la equiparara— con los acuerdos tácitos. La diferencia entre ambos consistía en que, en la costumbre local, hay una práctica, mientras que, en el acuerdo tácito, hay una lógica contractual para su formación. El tiempo necesario para la formación —indispensable para la costumbre, pero no para el acuerdo tácito— y la necesidad de que participaran varios órganos del Estado en el caso de la costumbre local y órganos dotados de plenos poderes en el caso del acuerdo tácito eran otras dos razones de la distinción¹¹⁶.

Ese movimiento de aproximación y separación, que también puede entenderse como un movimiento entre voluntarismo y no voluntarismo, queda explicado en la segunda parte del artículo, donde se seleccionan las normas internacionales sobre la sucesión de Estados para ilustrar la naturaleza cambiante de la costumbre local.

Para Guliyev, la costumbre local, a diferencia de la costumbre general, no obliga a nuevos Estados surgidos de procesos de sucesión. Las normas consuetudinarias locales no serían oponibles a nuevos Estados porque no regulan cuestiones comunes aceptadas por la comunidad internacional, cuyo respeto cabría esperar para dar estabilidad al sistema internacional. La necesidad de la práctica unánime no se extendería al nuevo Estado, sino que exigiría su aceptación específica. El autor saca esa conclusión implícitamente incluso del *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India*, en la medida en que el análisis de la práctica hecho por la CIJ abarcó tanto el período de dominación colonial británica como el período de independencia de la India. Es decir, la Corte tuvo que comprobar si la práctica que existía antes de la independencia persistió con posterioridad. Aunque esta inferencia raya en la conjetura —puesto que la Corte no es mínimamente directa al establecer una relación entre el análisis de la práctica y una supuesta característica de la costumbre local en lo que respecta a la sucesión de Estados—, le permitía al autor concluir que, por lo menos en el caso de la sucesión de Estados, la costumbre local seguía la lógica de un tratado¹¹⁷.

¹¹⁴ GULIYEV, Khagani. *Local Custom in International Law: Something in between General Custom and Treaty*. En *International Community Law Review*. Vol. 19. N° 1, 2017, p. 49 - 50.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 50 - 55.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 56 - 58.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 59 - 61.

Al seguir la lógica del tratado, el autor podía argumentar también, como consecuencia lógica, que, si bien son pocos los tratados sobre límites y regímenes territoriales que se imponen a los nuevos Estados surgidos de una sucesión, incluso sin su consentimiento, se les imponen las costumbres locales relacionadas con esos mismos asuntos¹¹⁸. Es decir, si el tema de los límites y regímenes territoriales pone en tela de juicio el consensualismo en el derecho de los tratados, también lo pondría en el derecho internacional consuetudinario. En otras palabras, la base consensualista de la costumbre local se coloca al servicio de la idea de que, en situaciones específicas, la costumbre local será oponible a un Estado incluso sin su consentimiento.

Por lo tanto, el artículo permite vislumbrar el potencial del derecho internacional consuetudinario particular para regular determinadas situaciones, como las normas sobre la sucesión de Estados, sin encuadrarse necesariamente en un argumento voluntarista o no voluntarista en el ámbito del derecho internacional. Su carácter *sui generis* —“algo entre la costumbre general y el tratado”— le daría flexibilidad para regular asuntos en el espacio jurídico internacional.

3.5. Balance general del debate doctrinario sobre derecho internacional consuetudinario particular

No parecen subsistir dudas de que, en el debate doctrinario sobre el tema del derecho internacional consuetudinario particular, los casos juzgados por la Corte Internacional de Justicia tuvieron una influencia esencial. Aunque algunos autores entiendan retroactivamente que la Corte Permanente de Justicia Internacional o incluso los tribunales arbitrales ya habían acogido ese tipo de costumbre como categoría del derecho internacional, los expertos en la doctrina comenzaron a manifestar un verdadero interés en el tema solo después del *Caso relativo al derecho de asilo*. Ese interés se intensificó considerablemente después del *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India*, cuando por primera vez se reconoció de manera explícita una costumbre bilateral.

Las dificultades de algunos autores para admitir el derecho internacional consuetudinario particular se debían más a su forma bilateral. La razón de tal resistencia está relacionada con la falta de una separación rígida entre una costumbre bilateral y un acuerdo tácito entre Estados. En muchos sentidos, esas dificultades se reflejaban en las concepciones teóricas defendidas por autores del período posterior a la Segunda Guerra Mundial, en especial las que pudieran considerarse voluntaristas, y en su contraposición antivoluntarista. Casi siempre, los autores más vinculados a corrientes voluntaristas restaban importancia al derecho internacional consuetudinario particular o incluso negaban su existencia, por lo general solo en su vertiente bilateral, mientras que los autores antivoluntaristas, basándose normalmente en la autoridad de las sentencias de la CIJ, defendían su existencia.

Hasta fines del siglo XX, en buena parte de la doctrina específica sobre el asunto todavía influía el debate teórico entre voluntaristas y no voluntaristas, lo cual puede haber causado por lo menos tres grandes problemas: 1) los estudios, al encuadrarse de manera reiterada en posiciones teóricas rígidas, dejaban escapar la posibilidad de usar el derecho internacional consuetudinario particular para regular diversos asuntos; 2) probablemente debido a la influencia del *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India*, el debate se limitó muchas veces al derecho internacional consuetudinario bilateral, en detrimento de otros tipos, como el regional; por consiguiente, durante el período casi no hubo reflexiones más afinadas sobre el valor y la relevancia jurídica del regionalismo para el derecho internacional; 3) en los debates se reflexionó poco sobre propuestas para que la jurisprudencia de la CIJ sobre el tema evolucionara. Las posiciones de apología de las decisiones de la Corte o de no aceptación de su reconocimiento del derecho internacional consuetudinario particular, en especial en su forma bilateral, ofuscaban cuestiones importantes tales como la carga de la prueba en todas las formas de derecho internacional consuetudinario particular o la posibilidad de una interacción entre tratado y costumbre para identificarlo.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 61 - 65.

A partir de la primera década del siglo XXI fueron surgiendo de manera gradual enfoques más pragmáticos y menos influenciados por el debate teórico entre voluntaristas y antivoluntaristas. Para algunos autores, el hecho de que la norma internacional consuetudinaria particular se aproximara al consentimiento o se apartara de él podría ser considerado no necesariamente como un problema, sino como una ventaja. Asimismo, se inició una discusión sobre la posibilidad de tener en cuenta la práctica de agentes no estatales a efectos de la identificación del derecho internacional consuetudinario, y durante ese período comenzaron a surgir posiciones menos centradas en el Estado en lo que se refiere a la concepción del propio derecho. No obstante, no se profundizó en las reflexiones sobre el papel del regionalismo en el derecho internacional y su relación con el derecho internacional consuetudinario. El fallo en la *Causa relativa a la controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*, que aportó elementos nuevos como mínimo para proponer una reflexión más detenida sobre el derecho internacional consuetudinario particular, fue tema de pocos estudios, aunque, como ya se señaló, tenga un potencial poco despreciable para reabrir el análisis de la lectura mayoritaria que la doctrina ha hecho durante décadas del *Caso relativo al derecho de asilo*.

PARTE IV. LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO PARTICULAR

Durante más de cinco años, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas se abocó al tema de la identificación del derecho internacional consuetudinario. El relator designado, Sir Michael Wood, elaboró cinco informes voluminosos sobre la “metodología para identificar las normas de derecho internacional consuetudinario”¹¹⁹.

En 2018, la Comisión adoptó el “Proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario”, que fue presentado a la Asamblea General de las Naciones Unidas, la cual tomó nota del proyecto por medio de la resolución 73/203, del 20 de diciembre de 2018. La última conclusión, en la que se aborda exactamente el derecho internacional consuetudinario regional, quedó redactada de la siguiente manera:

Conclusión 16. Derecho internacional consuetudinario particular

1. Una norma de derecho internacional consuetudinario particular, ya sea regional, local o de otra índole, es una norma de derecho internacional consuetudinario que solo se aplica entre un número limitado de Estados.
2. Para determinar la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario particular, es necesario cerciorarse de que existe una práctica general entre los Estados interesados que es aceptada por ellos como derecho (*opinio iuris*) entre esos Estados.

Esta conclusión figura en último lugar en el proyecto no solo porque las otras conclusiones se aplican al derecho internacional consuetudinario particular, salvo que se disponga otra cosa, sino también porque, como afirma el relator especial, ese tipo de norma consuetudinaria se considera “excepcional”. La expresión “derecho internacional consuetudinario” designa aquel de naturaleza general —o sea, la norma—, y es necesario agregar el adjetivo “particular” para designar un tipo de derecho internacional consuetudinario que no es general¹²⁰.

Para el relator, aunque las normas de derecho internacional consuetudinario no son “demasiado frecuentes”, “pueden desempeñar un papel importante en las relaciones interestatales, ya que permiten armonizar intereses y valores contrapuestos de algunos Estados únicamente”¹²¹. No obstante, es necesario que esos intereses y valores existan en un número limitado de Estados, puesto que el criterio

¹¹⁹ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario*. A/73/10, p. 132. Se encuentra en: <https://legal.un.org/ilc/reports/2018/spanish/chp5.pdf>.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 134 - 169.

¹²¹ *Ibidem*, p. 168.

cuantitativo, y no el cualitativo, es el que caracteriza a ese tipo de norma internacional consuetudinaria, como se indica en el párrafo 1 de la conclusión 16 (“entre un número limitado de Estados”).

Desde el punto de vista terminológico, la opción de la Comisión de Derecho Internacional consistía claramente en elegir la expresión “derecho internacional particular” como género, del cual la norma de derecho internacional consuetudinario, “ya sea regional, local o de otra índole”, sería una especie. El término “particular” desempeña dos funciones importantes en la propia argumentación de la Comisión: a) demuestra el carácter relacional por oposición al derecho internacional consuetudinario general, y b) indica que la proximidad entre Estados (evocada por el término “regional” o “local”) no es una condición para identificar este tipo de norma consuetudinaria¹²².

Ambos elementos (práctica y *opinio juris*) también son necesarios para la identificación del derecho internacional consuetudinario particular, pero en el párrafo 2 de la conclusión 16 se recalca que tales elementos deben encontrarse entre los Estados en cuestión. A pesar de que la redacción no es clara, en los comentarios se indica que la aplicación del enfoque basado en dos elementos es “más estricta” en el *Caso del derecho internacional consuetudinario particular*¹²³. Eso significa que la Comisión de Derecho Internacional adoptó claramente la idea surgida de la sentencia dictada por la CIJ en el *Caso relativo al derecho de asilo* de que todos los Estados interesados deben aceptar la norma consuetudinaria particular en cuestión¹²⁴. No obstante, la Comisión no recoge los avances realizados por la Corte en la *Causa relativa a la controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*, ni siquiera desde la perspectiva de la inversión de la carga de la prueba o de la presunción de la prueba de la norma consuetudinaria.

Es importante hacer una distinción entre la defensa del criterio más estricto y lo que afirma la Comisión en el informe sobre la fragmentación del derecho internacional de 2006. En el informe final se indagó acerca del sentido normativo del regionalismo en el derecho internacional. La respuesta era clara: el derecho internacional no respaldaba al regionalismo en un “sentido más fuerte” con el fin de sustentar una norma o un principio de alcance regional o una limitación regional hasta que se validara una norma o un principio de alcance universal¹²⁵.

Con todo, en el informe se aseveraba que el regionalismo no tenía una base normativa, excepto por la cuestión relativa a un comportamiento consuetudinario regional acompañado de la *opinio juris* de los Estados pertinentes. El informe rechaza solo la posibilidad de que Estados extrarregionales estén obligados por la norma consuetudinaria, aunque puedan obligarse de manera expresa o tácita. Eso no excluye de modo necesario la posibilidad de que los Estados de una misma región estén obligados por una norma consuetudinaria regional. A diferencia de lo que afirman muchos autores, en el informe se entiende que, “[e]n el asunto *Asylum*, el tribunal no se pronunció específicamente sobre la posibilidad teórica de que hubiera normas específicamente regionales de derecho internacional en el sentido fuerte (es decir, normas que vinculen automáticamente los Estados de una región y vinculen a otros Estados en su relación con los primeros)”¹²⁶. Es decir, no hay una aceptación de que, en el caso juzgado por la Corte, se exigiera por necesidad el consentimiento del Estado ante el cual se invocaba la costumbre de origen regional. Además, se puede entender por lo menos que tal constatación implica que el tema

¹²² *Ibidem*, p. 154 - 155.

¹²³ *Ibidem*, p. 156.

¹²⁴ No obstante, en los debates de la Comisión, que fueron muy breves, algunos miembros no estuvieron de acuerdo en seguir usando el enfoque más “estricto” en la comparación de los dos elementos en lo que se refiere al derecho internacional consuetudinario particular. Véase Comisión de Derecho Internacional. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Vol. II (2), 2015, p. 31.

¹²⁵ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional. A/CN.4/L.682, párr. 211. Se encuentra en:

https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_l682.pdf.

¹²⁶ *Ibidem*, párr. 214.

abordado en el *Caso relativo al derecho de asilo* era una cuestión que no se refería a la existencia en la norma consuetudinaria regional, sino a la carga de su prueba.

De todos modos, aunque las conclusiones de la Comisión de Derecho Internacional sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario no hayan servido para innovar en el tema del derecho internacional consuetudinario particular, y a pesar del tratamiento insuficiente de las repercusiones de toda la jurisprudencia de la CIJ en el asunto, incluso sus consideraciones anteriores en el estudio de otros temas, como el de la fragmentación del derecho internacional, dichas conclusiones contribuyeron en gran medida al firme establecimiento de ese tipo de costumbre. En ese sentido, la Comisión consideró que su existencia era “indiscutible”, especialmente en vista de los diversos fallos de la CIJ en la materia¹²⁷.

¹²⁷ Comisión de Derecho Internacional. *Proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario*. A/73/10, pág. 168. Se encuentra en <https://legal.un.org/ilc/reports/2018/spanish/chp5.pdf>.