

## IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL EN LA DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UNA NORMA CONSUETUDINARIA

Moirah A. Sánchez Sanz\*

**RESUMEN.** *¿Pueden las decisiones judiciales influenciar el desarrollo progresivo del derecho internacional consuetudinario? ¿Son adecuados los métodos que emplea la Corte Internacional de Justicia para determinar la existencia de normas de costumbre internacional? Este trabajo pretende examinar, en primer lugar, el papel que la Corte Internacional de Justicia y su predecesora han tenido en la determinación de la existencia, sentido y alcance de normas consuetudinarias; y en segundo lugar, cuál ha sido el efecto práctico de esta función determinadora en las decisiones de otros tribunales, en la actuación de las organizaciones internacionales, y en los propios Estados, intentando establecer una opinión sobre la importancia de este papel cuasi-legislativo de la jurisprudencia en la formación del derecho internacional consuetudinario.*

**PALABRAS CLAVE.** *Derecho Internacional Público, Derecho Internacional, Derecho Internacional Consuetudinario, Costumbre Internacional, Jurisprudencia, Corte Internacional de Justicia, Determinación de la Costumbre Internacional.*

**ABSTRACT.** *Can judicial decisions influence the progressive development of customary international law? Are the methods of the International Court of Justice adequate for the determination of the existence and scope of customary norms? This paper seeks to examine, first, the role of the International Court of Justice and its predecessor in the determination of the existence, content and scope of customary norms; and, second, the effect that this role of determination has had in the decisions of other tribunals, in the actions of international organizations, and the practice of States. Finally, we will venture an opinion about the importance of this*

---

\* Abogada, Estudiante de Maestría en Derecho Internacional Público, UdelaR, Aspirante a Profesora de la Cátedra de Derecho Internacional Público. Correo electrónico: moirahsanchezsanzz@gmail.com.

*quasi-legislative role of judicial decisions in the formation of customary international law.*

**KEYWORDS.** *Public International Law, International Law, Customary International Law, International Custom, Judicial Decisions, International Court of Justice, Determination of Customary Rules.*

“1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a. *las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;*
- b. *la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;*
- c. *los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;*
- d. *las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.”<sup>1</sup>*

## INTRODUCCIÓN

La costumbre ha sido fuente de normas vinculantes desde que el Derecho Internacional Público (“DIP”) comenzó a ser considerado como el sistema normativo idóneo para la solución de controversias entre Estados.<sup>2</sup> Ya en 1921, en el *Caso de las Navieras Noruegas* entre EEUU y Noruega, la Corte Permanente de Arbitraje acotaba que “[a] falta de principios especiales, el árbitro deberá, sin duda, decidir ante todo de conformidad con el derecho internacional, que deberá derivarse de las dos fuentes de esta ciencia, no sólo de los tratados, sino también del derecho consuetudinario, así como de la práctica de los jueces en otros tribunales internacionales.”<sup>3</sup>

Cuando se habló de crear el primer órgano judicial mundial con carácter permanente, el Presidente del Comité Consultivo de Juristas convocado para redactar un proyecto de Estatuto para la futura Corte Permanente de Justicia Internacional, Baron Descamps, presentó una propuesta sobre las fuentes de DIP que habrían de ser aplicadas por ésta, definiendo la costumbre internacional como “. . . una práctica entre las naciones, aceptada por éstas como derecho”.<sup>4</sup> En el debate que sucedió a la propuesta, los miembros del Comité estuvieron de acuerdo en que la costumbre internacional debía ser aplicada por la Corte Permanente en todos aquellos casos en que no hubiere una norma convencional expresa, reconociendo que la costumbre siempre ha sido esencial en el desarrollo del Derecho Internacional:

<sup>1</sup> Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Anexo a la Carta de las Naciones Unidas, 1945, Artículo 38(1).

<sup>2</sup> Pellet, Article 38, En: *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, (Zimmermann, Tomuschat & Oellers-Frahm eds.), Pág. 681.

<sup>3</sup> RIAA, *Norwegian Shipowners' Claim (Noruega V. EEUU)* (1921), Vol. I, 309, Pág. 331.

<sup>4</sup> Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, CPJI, Advisory Committee of Jurists, June 16<sup>th</sup> to July 24<sup>th</sup> 1920, Annex 3, Pág. 306.

“...cuando existe una costumbre o una norma establecida por el uso continuo y general de las naciones, que ha por tanto adquirido carácter vinculante, es también deber del juez aplicarla. La costumbre siempre ha jugado un papel importante para el Derecho Internacional, al tiempo que ha sido especialmente aplicable a éste, porque ante la ausencia de legislación y el limitado desarrollo del derecho convencional entre los Estados, el desarrollo y establecimiento del derecho de las naciones ha tomado esta forma. Es un método muy natural y extremadamente confiable de desarrollo, pues se deriva completamente de la constante expresión de las convicciones legales y necesidades de las naciones en su interacción mutua. No reconocer a la costumbre internacional como un principio que debe ser seguido por el juez a falta de normas convencionales expresas sería malinterpretar el verdadero carácter y toda la historia del derecho de las naciones.”<sup>5</sup>

La discusión sobre la necesidad de que la Corte aplicase los tratados y, en su defecto, la costumbre internacional para la resolución de controversias jurídicas entre los Estados no tuvo, en el Comité, demasiada extensión. El tema tampoco ha sido objeto de grandes debates desde entonces.<sup>6</sup> Hoy en día, sin modificaciones significativas, el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (“la Corte” o “la CIJ”) prevé la aplicación de los tratados y de la costumbre internacional como fuentes primarias del DIP.

Donde sí hubo lugar a grandes debates fue en el párrafo 4 de la antes citada propuesta del Barón Descamps, que incluía a la “*jurisprudencia internacional como medio para la aplicación y desarrollo del derecho*”,<sup>7</sup> con la clara intención de librar a la Corte de jamás tener que declarar un *non liquet*. Para Descamps resultaba “...absolutamente imposible y supremamente odioso decirle al juez que, aunque en ciertos casos se pueda dar una solución perfectamente justa, ‘debe tomar un curso de acción equivalente a la denegación de justicia’ simplemente por no haber encontrado una convención o norma consuetudinaria.”<sup>8</sup>

Sin embargo, el debate se prolongó, y no fue sino hasta la siguiente sesión que el Comité Consultivo de Juristas adoptó la redacción final de lo que sería el Artículo 35 del Proyecto de Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, acordando que la Corte aplicaría “*las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de*

<sup>5</sup> Procès-Verbaux, *Op.cit.*, Annex No. 1, Discurso del Barón Descamps sobre las Normas Aplicables, Pág. 322. [Cita en idioma original: “...when a clearly defined custom exists or a rule established by the continual and general usage of nations, which has consequently obtained the force of law, it is also the duty of a judge to apply it. Custom has always played an important part in, and been especially applicable to the law of nations, because in the absence of legislation and in view of the limited development of conventional law between States, the development and establishment of the law of nations has taken this form. It is a very natural and extremely reliable method of development since it results entirely from the constant expression of the legal convictions and of the needs of the nations in their mutual intercourse. Not to recognise international custom as a principle which must be followed by the judge in the absence of expressed conventional law, would be (to) misconstrue the true character and whole history of the law of nations.”].

<sup>6</sup> Wood, Primer Informe del Relator Especial de la CDI sobre la Formación y la Evidencia del Derecho Internacional Consuetudinario, UN Doc. A/CN.4/663, 2013, Pág. 13.

<sup>7</sup> Procès-Verbaux, *Op.cit.*, Pág. 306.

<sup>8</sup> *Ibidem*, Pág. 323. [Cita en idioma original: “For it is absolutely impossible and supremely odious to say to the judge that, although in a given case a perfectly just solution is possible: ‘You must take a course amounting to a refusal of justice’ merely because no definite convention or custom appeared.”]

*derecho.*” El artículo proyectado se convirtió en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, adoptado por la Asamblea el 13 de diciembre de 1920; y más adelante en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, pues fue reproducido para ésta con mínimas modificaciones.<sup>9</sup>

Prácticamente sin excepción, es con el citado Artículo 38 que comienzan los ensayos dedicados a estudiar las fuentes del DIP y su aplicación, incluyendo como ya hemos visto, este trabajo. Sin embargo, como acota Mendelson en su obra sobre la formación de la costumbre internacional, esta práctica de los autores tiende a dar la impresión de que la Corte Internacional de Justicia es quien tiene el principal poder de decidir sobre la existencia, contenido y alcance de las normas de derecho internacional consuetudinario.<sup>10</sup> Ciertamente, tanto la Corte Internacional de Justicia como su predecesora han llevado a cabo una función que –no siendo legislativa- tiene como resultado la determinación de la existencia de normas de DIP, particularmente de costumbre internacional;<sup>11</sup> función que también han llevado a cabo otros tribunales internacionales,<sup>12</sup> alimentando el hoy amplio catálogo de normas consuetudinarias aceptadas por los Estados como vinculantes.

Este trabajo pretende examinar, en primer lugar, el papel que la Corte Internacional de Justicia y su predecesora han tenido en la determinación de la existencia, sentido y alcance de normas consuetudinarias; y en segundo lugar, cuál ha sido el efecto práctico de esta función determinadora en las decisiones de otros tribunales, en la actuación de las organizaciones internacionales, y en los propios Estados, intentando establecer una opinión sobre la importancia de este papel cuasi-legislativo de la jurisprudencia en la formación del derecho internacional consuetudinario.

## **Parte I: La Determinación de Normas de Costumbre por la Corte Internacional de Justicia y la Corte Permanente de Justicia Internacional.**

Según Pellet, la fórmula esbozada en el párrafo 1(b) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte es lógica, pues denota que la existencia de una norma consuetudinaria evidencia que antes hubo una práctica que, al desarrollarse, fue aceptada como norma.<sup>13</sup> El autor basa su concepto en la explicación de Lassa Oppenheim sobre la distinción que hacen los juristas internacionales entre uso y costumbre: mientras que el uso es una práctica general no percibida como obligatoria,<sup>14</sup> decía Oppenheim que la costumbre se produce cuando el hábito inequívoco y continuo de realizar ciertas acciones ha crecido bajo la convicción de que dichas acciones son, de conformidad con el Derecho Internacional, correctas y obligatorias.<sup>15</sup>

<sup>9</sup> Pellet, *Op.cit.*, Pág. 689.

<sup>10</sup> Mendelson, *The Formation of Customary International Law*, Recueil des Cours (1998), Pp. 176-77.

<sup>11</sup> El Relator Especial de la CDI para el tema de la Formación y la Prueba del Derecho Internacional Consuetudinario, Michael Wood, acotó en su Primer Informe que: “*La función principal de la Corte con respecto a la costumbre internacional es identificar y aplicar las normas consuetudinarias según sea necesario para decidir los casos que le sean sometidos a consideración.*” Wood, Primer Informe..., Pág. 21.

<sup>12</sup> Wood, Primer Informe..., Pp. 27 y ssgts.

<sup>13</sup> Pellet, *Op.cit.*, Pág. 749.

<sup>14</sup> Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5ta ed., 1999, Pp. 4-5.

<sup>15</sup> Oppenheim, *International Law: A Treatise*, Vol. 1, 1920, Pág. 22.

Al definir la costumbre internacional, estos dos autores se hicieron la misma pregunta: ¿en qué momento se completa ese proceso de práctica acumulada y aceptada?<sup>16</sup> Y nos atrevemos a añadir: ¿cómo se determina que ha habido la suficiente práctica de los Estados, ligada con *opinio juris sive necessitatis*, como para que una norma se haga costumbre? ¿Es imperativo probar la existencia de ambos elementos para que una norma sea declarada como parte de la costumbre internacional?

Poco dijo el Comité de Juristas durante los *travaux préparatoires* del Estatuto de la CPJI sobre el método adecuado para determinar la existencia de una norma consuetudinaria. Lo que siempre estuvo claro es que la costumbre internacional requiere de la acumulación de dos elementos, sobre los cuales ya se ha escrito ampliamente: uno material u objetivo, que es la práctica de los Estados, y otro psicológico o subjetivo, que es lo que conocemos como *opinio juris*,<sup>17</sup> y que permite distinguir la práctica motivada por una percepción de obligatoriedad legal de aquella que se deriva de la mera cortesía o buena convivencia.<sup>18</sup>

Al examinar el trabajo de la Corte en su función determinadora, veremos que la doctrina tiene opiniones diferentes en cuanto al método empleado por ésta. El Profesor Brownlie acotaba que, en ocasiones, la Corte ha sido enfática en la exigencia de la prueba de ambos elementos de la costumbre,<sup>19</sup> mientras que en una gran mayoría de casos pareciera no haber encontrado necesario exigir la prueba de *opinio juris* ante la evidencia de una amplia práctica generalizada y uniforme.<sup>20</sup> Por su parte, Talmon ha destacado que, a diferencia de la forma en que se ha referido a los métodos para la interpretación de tratados, la Corte en muy pocas ocasiones ha explicado su metodología para determinar la existencia, el contenido y el alcance de las normas de derecho internacional consuetudinario que aplica en los casos que dirige.<sup>21</sup>

En comparación con la opinión de Talmon, el Relator Especial Wood en su Primer Informe sobre la Formación y la Prueba del Derecho Internacional Consuetudinario destacó que las decisiones de la CIJ arrojan muchas luces en cuanto a la formación y la prueba del

<sup>16</sup> Pellet, Op.cit., Pág. 749; Oppenheim, Op. Cit., Pág. 23.

<sup>17</sup> Para una más amplia discusión sobre los elementos de la costumbre internacional ver, entre otros: Brownlie, Op.cit., Pp. 6-7; Scharf, Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments, (2013), Pág. 33; Oppenheim, Op.cit.

<sup>18</sup> Caso Haya de la Torre (Colombia V. Perú), ICJ Reports (1950), Párrafos 285-6.

<sup>19</sup> Brownlie, Op.cit., Pág. 7.

<sup>20</sup> Brownlie, Op.cit., Pág. 7; Lauterpacht, The Development of International Law by the International Court, (1982), Pág. 381 (Aunque más adelante, Lauterpacht opina que: “[n]egar la necesidad de tal convicción sería adoptar para la formación de la costumbre internacional un estándar distinto del que se aplica internamente en los Estados; ignorar la práctica de los tribunales internacionales; y restar importancia a la distinción, que es un asunto de experiencia diaria en la práctica internacional, entre la costumbre, que implica una obligación legal, y el simple uso, que no es más que la generalización de actos revocables de cortesía y conveniencia.”, Pág. 387.) Cita en idioma original: “To deny the necessity of such conviction is to adopt for the creation of international custom a standard different from that obtaining within the State; to ignore the practice of international tribunals; and to disregard the distinction, which is a matter of daily experience in international practice, between custom which implies a legal obligation and mere usage which is no more than a generalisation of revocable acts of courtesy and accommodation.”

<sup>21</sup> Talmon, Determining Customary International Law: The ICJ’s Methodology between Induction, Deduction and Assertion, EJIL (2015), Vol. 26, No. 2, Pág. 418.

derecho internacional consuetudinario, pues evidencian “*el momento en que ‘lo que es’ se convierte en ‘lo que debe ser’*”.<sup>22</sup> El Relator cita la descripción del Juez Armand-Ugon en su Opinión Disidente sobre la decisión del Caso del Derecho de Paso por el Pasaje Indio, quien expresó esa frase al referirse al momento clave en que una práctica adquiere carácter vinculante por ser percibida como obligatoria.<sup>23</sup> En el examen de los casos y las opiniones en que la Corte se ha referido a la costumbre internacional esperamos encontrar explicaciones sobre los métodos que ésta ha empleado para determinar la existencia, sentido y alcance de normas consuetudinarias.

### 1. El principal método de la Corte para determinar la existencia de normas de derecho consuetudinario es la inducción.

Talmon define el método inductivo como un proceso mediante el cual se infiere una regla general a partir de un patrón de eventos de práctica de los Estados y de *opinio juris* empíricamente observables.<sup>24</sup> Quiere decir esto que, para determinar si existe una norma consuetudinaria, la Corte tendría que revisar la conducta de la mayor cantidad posible de Estados en torno a un hecho particular, para establecer si hay uniformidad y generalidad en ella, por una parte; y, por la otra, estudiar si la conducta exhibida por los Estados se deriva de su percepción de que ésta es obligatoria: “[e]s, por supuesto, axiomático que el material del derecho internacional consuetudinario debe ser buscado ante todo en la práctica real y la opinio juris de los Estados.”<sup>25</sup>

Aunque Talmon encuentra dificultades para determinar los casos en que la Corte Permanente y la CIJ emplearon el método inductivo debido al confuso uso de términos como “inferir” e incluso “deducir”,<sup>26</sup> encontramos que el razonamiento expuesto en las decisiones de la Corte es mucho más revelador que la simple lectura de los términos empleados. En concreto, por ejemplo, en su decisión del Caso Lotus, la Corte Permanente expresó que:

*“Aún cuando la pocas decisiones judiciales que pueden encontrarse entre los casos conocidos fuesen suficientes para probar en los hechos las circunstancias alegadas por el Agente del Gobierno Francés, esto sólo demostraría que los Estados, frecuentemente, en la práctica, se abstienen de iniciar procesos penales, mas no que éstos reconozcan que tal abstención es obligatoria, pues sólo si la abstención estuviese basada en la conciencia de los Estados de que existe una obligación de abstenerse sería posible hablar de una costumbre internacional en tal sentido. El hecho alegado no nos permite inferir que los Estados hayan tenido la conciencia de tener tal deber...”*<sup>27</sup>

<sup>22</sup> Wood, Primer Informe..., Pág. 21.

<sup>23</sup> Caso sobre el Derecho de Paso por Territorio Indio (Portugal V. India), Opinión Disidente del Juez Armand-Ugon, ICJ Reports (1960), Pág. 82: “*All this time a deliberate intention was manifested, either implicitly or expressly in agreements and regulations. This indicates a common awareness reflecting the conviction of the two governments as to the right of passage to the enclaves. It must be regarded as evidence that the British authorities recognized that right. What ‘is’ becomes what ‘must be’.*”

<sup>24</sup> Talmon, Op.cit., Pág. 420.

<sup>25</sup> Caso de la Plataforma Continental (Jamahiriya Árabe Libia V. Malta), ICJ Reports (1985), párrafo 29.

<sup>26</sup> Talmon, Op.cit. Pág. 420.

<sup>27</sup> Caso Lotus, CPJI, Serie A, No. 10, (1927), Pág. 28. Cita en idioma original: “*Even if the rarity of the judicial decisions to be found among the reported cases were sufficient to prove in point of fact the circumstances alleged by the Agent of the French Government, it would merely show that States had often, in practice, abstained from instituting criminal proceedings, and not that they recognized*

En este caso, para resolver la cuestión de si tenía o no Turquía derecho de ejercer jurisdicción penal sobre un oficial francés, la Corte Permanente hace referencia a una serie de decisiones judiciales nacionales que el Agente del gobierno francés había presentado como evidencia de que los Estados, en general, se abstendrían de enjuiciar oficiales de otros Estados, e independientemente de su uso del término “inferir”, el hecho es que la Corte examinó la práctica existente de los Estados para intentar encontrar una norma consuetudinaria, aplicando el método inductivo.

En los Casos de la Plataforma Continental del Mar del Norte, la CIJ también empleó este método, tal y como puede leerse en los párrafos 75 al 77 de esta decisión, en los que la Corte se refiere al examen que hiciese de unos quince casos presentados por las partes durante sus alegatos, a pesar de haber utilizado el término “inferirse”, comúnmente empleado en casos de deducción: *“De sus acciones no puede legítimamente inferirse la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario a favor del principio de la equidistancia.”*<sup>28</sup>

El Caso de la Orden de Detención contra Yerodia Ndombasi es un ejemplo más que evidencia la aplicación del método inductivo por parte de la CIJ:

*“La Corte ha examinado cuidadosamente la práctica de los Estados, incluyendo las legislaciones nacionales y las pocas decisiones existentes de cortes supremas nacionales, como la Cámara de los Lores o la Corte de Casación francesa. No ha podido la Corte deducir de esta práctica que exista en la costumbre internacional alguna excepción a la norma que reviste de inmunidad contra la jurisdicción penal e inviolabilidad a los Ministros de Relaciones Exteriores, cuando se sospeche que éstos han cometido crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad.*

*La Corte también ha examinado las normas correspondientes a la inmunidad o responsabilidad penal de las personas que tengan capacidad oficial, contenidas en los instrumentos legales que crearon tribunales penales internacionales, las cuales son específicamente aplicables a éstos (véase la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, Art. 7; la Carta del Tribunal Militar Internacional de Tokyo, Art. 6; el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, Art. 7, párrafo 2; el Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Ruanda, Art. 6, párrafo 2; el Estatuto de la Corte Penal Internacional, Art. 27). La Corte halla igualmente que estas normas tampoco le permiten concluir que existe la excepción alegada para los tribunales nacionales en el derecho internacional consuetudinario.*

*Finalmente, ninguna de las decisiones de los tribunales militares internacionales de Nuremberg y Tokio, ni del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, citadas por Bélgica, deciden sobre el asunto de las inmunidades de Ministros de Relaciones Exteriores en ejercicio ante tribunales nacionales, cuando son acusados de cometer crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad. Por lo tanto, la Corte hace notar que estas decisiones de ninguna forma difieren de su criterio expuesto más arriba.”*<sup>29</sup>

---

themselves as being obliged to do so; for only if such abstention were based on their being conscious of a duty to abstain would it be possible to speak of an international custom. The alleged fact does not allow one to infer that States have been conscious of such a duty...”.

<sup>28</sup> Casos de la Plataforma Continental del Mar del Norte, ICJ Reports, (1969), párrafo 76.

<sup>29</sup> Caso de la Orden de Detención contra Yerodia Ndombasi, ICJ Reports, (2002), párrafo 58.

De nuevo, aunque empleó el término “deducir”, el método descrito en el párrafo citado es evidentemente inductivo, si bien en palabras de Talmon el confuso uso de términos llevó a algunos doctrinarios a concluir erróneamente que la Corte prefería el proceso deductivo para la determinación de normas de costumbre internacional.<sup>30</sup> No obstante, la mayoría de los autores respalda que la costumbre internacional debe ser determinada inductivamente.<sup>31</sup>

Ahora bien, como ya hemos visto, el método inductivo implica un trabajo extenso y detallado que no siempre resulta en la clara determinación de la existencia de una norma de costumbre internacional, sea porque el asunto ante la Corte es demasiado nuevo y no existe la práctica de los Estados;<sup>32</sup> o porque la práctica es muy dispareja e impide llegar a una conclusión;<sup>33</sup> o porque no es posible establecer si existe *opinio juris*;<sup>34</sup> o, finalmente, porque hay discrepancia entre la práctica de los Estados y la *opinio juris*.<sup>35</sup> Sea cual fuere la causa, en ocasiones la Corte ha tenido que recurrir a un método distinto –que como descubriremos en el siguiente punto no es alternativo, sino complementario– para encontrar la norma consuetudinaria que le va a permitir resolver la controversia que tiene ante sí.

## 2. La deducción como herramienta complementaria.

Volvamos con Talmon, quien define el método deductivo como aquél en el que, a través del razonamiento jurídico, la Corte infiere una norma específica derivándola de otra norma o un principio existentes y generalmente aceptados –aunque no necesariamente superiores jerárquicamente.<sup>36</sup> En casos como los citados anteriormente (ver notas al pie 33 a la 36), se dice que la Corte se vio obligada a recurrir al método deductivo para evitar un *non*

<sup>30</sup> Talmon, Op.cit., Pág. 421.

<sup>31</sup> Mendelson, Op.cit., Pág. 181.

<sup>32</sup> Ver, por ejemplo: “Aunque la práctica es aún bastante escasa, en virtud del carácter relativamente novedoso del asunto, también nos muestra que cada caso específico es, en el análisis final, distinto del resto (...) Esto impide la posibilidad de que se den las condiciones necesarias para la formación de principios y normas de derecho consuetudinario.” Caso de la Delimitación de la Frontera Marítima en el Golfo de Maine, (Canada V. EEUU), ICJ Reports, (1984), Párrafo 81.

<sup>33</sup> En el Caso sobre la Plataforma Continental entre Libia y Malta, la Corte encontró que “no hay duda sobre la importancia de la práctica de los Estados en este asunto. Sin embargo, dicha práctica, como sea que se le interprete, no llega a probar la existencia de una norma que obligue a utilizar el método de la equidistancia, ni ningún otro método.” Plataforma Continental (Libia V. Malta), ICJ Reports, (1985), Párrafo 44.

<sup>34</sup> Ya hemos visto cómo en los Casos sobre la Plataforma Continental del Norte, la CIJ no encontró suficiente prueba de que la práctica de los Estados en la aplicación del principio de la equidistancia se derivase de una percepción general de que ésa era una norma de obligatorio cumplimiento. En otras palabras, no encontró evidencia de *opinio juris*. Casos de la Plataforma Continental del Mar del Norte, Op.cit., párrafo 76.

<sup>35</sup> En su famosa decisión sobre el Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua (Nicaragua V. EEUU, ICJ Reports, 1986), la Corte no tuvo problema alguno en encontrar evidencias de *opinio juris* en cuanto a la existencia del principio de no intervención (Ver párrafo 202). No obstante, cuando quiso equiparar este elemento a la práctica de los Estados, se vio obligada a acotar: “Ha habido en años recientes una serie de intervenciones extranjeras a favor de fuerzas opuestas a los gobiernos de otros Estados (...) Debe la Corte considerar si existen indicaciones de una práctica que demuestra la creencia de que un Estado tiene derecho de intervenir, directa o indirectamente, con o sin fuerzas armadas, para apoyar a la oposición interna de otro Estado, cuya causa parezca merecedora en razón de los valores políticos o morales con los que se haya identificado.”, Párrafo 206.

<sup>36</sup> Talmon, Op.cit., Pág. 420.

*liquet*.<sup>37</sup> Sin embargo, cabe acotar que la CIJ no recurrió directamente a la deducción, sino que agotó el método inductivo y, al no encontrar una norma de costumbre que le permitiese dirimir el caso, utilizó la deducción como recurso complementario.<sup>38</sup>

El Caso Nicaragua (ver *supra*, nota 35) ha sido citado como el más importante ejemplo del cambio de metodología usado por la Corte, de inducción a deducción,<sup>39</sup> pero reiteramos que, a pesar de su uso del término “deducir”, una lectura más pausada del razonamiento demuestra el apego de la Corte al método inductivo:

***“La Corte necesita estar satisfecha de que existe en la costumbre internacional una opinio juris respecto del carácter vinculante de tal abstención. Esta opinio juris puede, con la debida precaución, deducirse de, entre otros, la actitud de las Partes y la actitud de los Estados frente a ciertas resoluciones de la Asamblea General.”***<sup>40</sup>

En efecto, consideramos que en el examen de la *actitud* de los Estados frente a ciertas resoluciones de la Asamblea General de la ONU, la Corte insiste en la extensa revisión de la práctica y *opinio juris* de los Estados. En todo caso, opinamos que la Corte se sirve de la deducción como herramienta complementaria al principal método, el inductivo, para la determinación de la existencia, contenido y alcance de normas consuetudinarias.

Por ejemplo, en el Caso de la Delimitación de la Frontera Marítima en el Golfo de Maine, tras una extensa discusión sobre la existencia en el derecho consuetudinario de alguna regla que permitiese definir el método apropiado para la delimitación, la Corte llegó a la conclusión de que tal regla no existía en el cuerpo de normas que constituyen costumbre internacional en esta materia.<sup>41</sup> Así, la CIJ finalmente recurrió al método deductivo:

***“La Sala, en consecuencia, desea concluir esta revisión de las normas de derecho internacional sobre el asunto al que se refiere la controversia entre Canadá y los EEUU, intentando una reformulación más completa y, en su opinión, más precisa de la ‘norma fundamental’ ya mencionada. A tal efecto, la Sala se servirá, entre otros, de la definición de las ‘normas de derecho existentes... que regulan la delimitación de plataformas continentales adyacentes –es decir, de las normas sobre todas las delimitaciones que son vinculantes para los Estados, descritas por la Corte en su decisión de 1969 sobre los Casos de la Plataforma Continental del Norte.”*** (Énfasis añadido)<sup>42</sup>

En la cita anterior se evidencia el razonamiento que emplea la Corte para pasar de la búsqueda de una práctica general y uniforme, unida la *opinio juris* de los Estados, a la

<sup>37</sup> Presumimos que la Corte busca en lo posible evitar caer en posiciones como la que generó la Opinión Disidente de la Jueza Rosalyn Higgins en referencia a la controversial decisión –o mejor dicho, falta de decisión– de la CIJ en su Opinión Consultiva sobre la Legalidad del Uso y Amenaza de Uso de Armas Nucleares: la Jueza Higgins expresó gran desacuerdo, indicando que era “...un principio bien establecido que el concepto de *non liquet* –que es lo que tenemos aquí– no forma parte de la jurisprudencia de la Corte.” Continuó Higgins reconociendo que en otros casos la Corte había pronunciado un *non liquet* por razones de falta de propiedad, o por defectos de procedimiento, pero jamás por deficiencia de la ley. Párrafos 34 al 41.

<sup>38</sup> Talmon, Op.cit., Pág. 423.

<sup>39</sup> Ibídem, Pág. 431.

<sup>40</sup> Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua, Op.cit., Párrafo 188.

<sup>41</sup> Caso de la Delimitación de la Frontera Marítima en el Golfo de Maine, Op.cit., Párrafo 111.

<sup>42</sup> Ibídem, Párrafo 112.

deducción de normas específicas del derecho internacional general, habiendo encontrado que el método inductivo no revelaría una norma de costumbre internacional apropiada para resolver el caso bajo estudio.

Una situación similar se dio en el Caso sobre la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados:

*“Aunque en el pasado ha habido amplio debate respecto a los orígenes de la inmunidad de los Estados y la identificación de los principios en los que la misma se basa, la Comisión de Derecho Internacional concluyó en 1980 que la norma sobre la inmunidad de los Estados ha sido ‘adoptada como una norma general de derecho internacional consuetudinario, sólidamente arraigada en la práctica actual de los Estados’ (Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1980, Vol. II(2), p. 147, párrafo 26). Esa conclusión se basó en una revisión extensa de la práctica de los Estados y, en opinión de la Corte, encuentra confirmación en el amplio registro de legislaciones nacionales, decisiones judiciales, aseveraciones del derecho a la inmunidad y comentarios de los Estados sobre lo que luego se convirtió en la Convención de Naciones Unidas. Esa práctica demuestra que, bien sea para reclamar su inmunidad o para otorgarla a otros, los Estados generalmente proceden sobre la base de que existe un derecho a la inmunidad en el derecho internacional, junto con la correspondiente obligación de los Estados de respetar y hacer efectiva esa inmunidad.”*<sup>43</sup>

En el párrafo siguiente de la decisión, la Corte añade que el derecho de inmunidad jurisdiccional de los Estados es un derivado directo del principio de igualdad soberana,<sup>44</sup> y es esta afirmación lo que Talmon ha considerado deducción.<sup>45</sup> Ahora bien, en nuestra opinión, el hecho de que la Corte se hubiera apoyado en la investigación que había hecho la Comisión de Derecho Internacional en vez de hacer su propia revisión de la práctica y *opinio juris* de los Estados no implica que haya pasado por alto el proceso inductivo.

El autor considera que la Corte utiliza la referencia a los trabajos de la CDI con frecuencia como atajo para el establecimiento de la existencia de normas consuetudinarias.<sup>46</sup> La Comisión de Derecho Internacional que, desde 1949, ha estado compuesta por personas elegidas por la Asamblea General de la ONU de una lista de candidatos considerados personas de competencia reconocida en materia de derecho internacional,<sup>47</sup> tiene como mandato precisamente el estudio a profundidad de los temas de DIP que ocupan el interés de la comunidad internacional. Los informes de la CDI están repletos de referencias a doctrina, jurisprudencia de distintos tribunales, el trabajo de otros institutos de investigación sobre el DIP, resoluciones de la Asamblea General y otros órganos de la ONU, observaciones de los Estados sobre los distintos temas tratados, e incluso legislaciones nacionales. Por lo tanto, consideramos que es más que natural que la CIJ utilice esta importante herramienta como base para obtener evidencia de la existencia de normas consuetudinarias en su función determinadora. No por ello abandona el método inductivo.

<sup>43</sup> Caso sobre la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados, (Alemania V. Italia, Interviene Grecia), ICJ Reports, (2012), Párrafo 56.

<sup>44</sup> *Ibidem*, párrafo 57.

<sup>45</sup> Talmon, *Op.cit.*, Pág. 423.

<sup>46</sup> *Ibidem*, Pág. 437.

<sup>47</sup> Hoyt, *The Contribution of the International Law Commission*, ASIL Journal, Vol. 59, (1965), Pág. 2.

### 3. ¿Existe un tercer método?

Acota Talmon que a lo largo de los años la Corte ha sacado “unos cuantos conejos de costumbre internacional de su sombrero”,<sup>48</sup> pues en realidad su método de preferencia es lo que el autor ha llamado “aseveración”, que consiste en afirmar la existencia o no de normas consuetudinarias de acuerdo con su propia y exclusiva opinión.

Ciertamente, la lectura de ciertos pasajes de las decisiones de la CIJ hace parecer que ésta basa sus decisiones en la opinión propia de los jueces, y no en el derecho internacional. Por ejemplo, en la cita que hace Talmon del Caso del Canal de Corfú, la Corte expresó:

*“Es, en la opinión de la Corte, un hecho generalmente reconocido y acorde a la costumbre internacional que los Estados, en tiempos de paz, tienen derecho a enviar sus barcos de guerra a través de canales utilizados para la navegación internacional entre dos partes de mar abierto, sin la autorización previa del Estado costero, siempre que dicho paso sea inocente.”*<sup>49</sup>

Pero si analizamos más profundamente esta decisión, veremos que la Corte no estaba aseverando nada nuevo. Ya en 1927, Philip C. Jessup, quien en esa época era Profesor en Columbia University, y más adelante sería Juez de la CIJ, afirmaba que “*el derecho de paso inocente no requiere ningún argumento que lo sustente ni cita de autoridades; está firmemente establecido en el derecho internacional.*”<sup>50</sup> La propia Corte, en el párrafo siguiente al citado por Talmon, establece que el gobierno albano había expresado desacuerdo con el hecho de que el estrecho de Corfú fuese de la clase de vías marítimas en las cuales existe un derecho de paso, pero nunca se disputó que tal derecho existiese.<sup>51</sup> Y así, lejos de usar la aseveración para dar carácter consuetudinario a una norma que no lo tenía, consideramos que la Corte simplemente afirmó un hecho establecido en el caso, y que no era objeto de discusión.

Como hemos visto, las decisiones de la Corte Internacional de Justicia contienen, en mayor o menor grado, alguna explicación del análisis realizado para la determinación de la existencia, contenido y alcance de normas de derecho consuetudinario.

Cuando leemos aquellas decisiones en las que pareciera simplemente aseverar la existencia de tales normas sin mayores explicaciones, notamos de que la Corte sólo pone en tinta afirmaciones que nadie puede poner en duda. Por ejemplo, en cuanto al tema del derecho de autodeterminación de los pueblos, si bien para 1971, fecha en que se decidió el caso de Namibia,<sup>52</sup> podía haber dudas sobre la existencia del derecho y su carácter consuetudinario, ¿cabe alguna duda de que el derecho de autodeterminación de los pueblos había adquirido carácter *erga omnes* para la época en que se decidió el Caso de la Construcción del Muro de Palestina, en 2004<sup>53</sup>?

<sup>48</sup> Talmon, Op.cit., Pág. 434.

<sup>49</sup> Caso del Canal de Corfú, (GB e Irlanda del Norte v. Albania), ICJ Reports, (1949), Pág. 28.

<sup>50</sup> Jessup, The Law of Territorial Waters and Maritime Jurisdiction, (1927), Pág. 120.

<sup>51</sup> Caso del Canal de Corfú, Op.cit., Pág. 28.

<sup>52</sup> Consecuencias Legales para los Estados de la Continuada Presencia de Suráfrica en Namibia, Opinión Consultiva, ICJ Reports, (1971), Párrafo 52.

<sup>53</sup> Consecuencias Legales de la Construcción de un Muro en el Territorio Ocupado de Palestina, Opinión Consultiva, ICJ Reports, (2004), Párrafo 88.

Las decisiones judiciales de la Corte son vistas hoy en día como lo que Rosalyn Higgins llamó “*pronunciamientos de un órgano acreditado sobre el estado actual del derecho internacional*.”<sup>54</sup> El asunto es que hay autores que consideran que este papel prominente en la determinación de la costumbre internacional es peligroso, pues se observa una supuesta tendencia de la Corte a dictar normas con carácter consuetudinario sin haber hecho el necesario estudio de la práctica y la *opinio juris* de los Estados.<sup>55</sup>

Por ejemplo, la Corte aseveró la existencia de normas consuetudinarias sin entrar a examinar la práctica y la *opinio juris* de los Estados sobre la inmunidad de jurisdicción de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores en el Caso de la Orden de Detención contra Yerodia Ndombasi;<sup>56</sup> así como también lo hizo en cuanto a los extremos necesarios para considerar que un territorio ha sido ocupado, en el Caso de las Actividades Armadas en el Territorio del Congo.<sup>57</sup> En todos estos casos es posible afirmar que la opinión doctrinaria, e incluso de otros tribunales internacionales, estaba dividida. Cabe entonces el argumento de ciertos doctrinarios de que el papel que ha jugado la CIJ en el desarrollo de la costumbre internacional es excesivo.<sup>58</sup> Algunos autores opinan incluso que la influencia de la Corte en la creación del derecho internacional consuetudinario ha crecido y que ello se refleja en los razonamientos de sus decisiones.<sup>59</sup>

Cuando examinamos los métodos ya descritos en las secciones anteriores, pareciera que con los años la CIJ ha estado cada vez más cómoda en su función determinadora. Chan describe enfáticamente el problema de la siguiente forma:

*“...la falta de análisis de la CIJ es problemática porque la Corte no justifica su determinación de la existencia de normas consuetudinarias. La Corte no legitima su declaración sobre el carácter consuetudinario de una norma cuando se limita a afirmar ‘simplemente que tal o cual cosa es una ‘regla ampliamente reconocida derecho internacional’ o utiliza alguna otra frase vaga, sin identificar si la norma proviene de la costumbre.’ Como se vio en el caso de las Actividades Armadas, mientras la Corte sustentó su razonamiento en ciertas cláusulas de la Declaración sobre Principios de Derecho Internacional sobre las Relaciones Amistosas y Cooperación entre Estados, se dio por satisfecha de que existía una norma consuetudinaria al afirmar que estas cláusulas eran ‘declaratorias del derecho internacional consuetudinario’. De esta forma, la Corte no realizó ningún análisis sobre la formación de la costumbre. Al no basar sus decisiones en análisis detallados, la CIJ crea la impresión de que las normas consuetudinarias se forman en gran parte gracias a su propia discreción.”*<sup>60</sup>

<sup>54</sup> Higgins, Problems and Process: International Law and How We Use It, (2002), Pág. 202.

<sup>55</sup> Para una más amplia visión sobre esta opinión ver, entre otros: Thirlway, The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989, British Yearbook of International Law, Vol. 76, (2005), Pág. 116; Chan, Op.cit., Pp. 47 y sgts; Talmon, Op.cit., Pp. 434 y sgts.

<sup>56</sup> Caso de la Orden de Detención contra Yerodia Ndombasi, Op.cit., Párrafo 51.

<sup>57</sup> Caso de las Actividades Armadas en el Territorio del Congo, (República Democrática del Congo V. Uganda), ICJ Reports, (2005), Párrafo 172.

<sup>58</sup> Álvarez-Jiménez, Methods for the Identification of Customary International Law in the International Court of Justice's Jurisprudence: 2000-2009, 60 ICLQ (2011), Pág. 685.

<sup>59</sup> Chan, The Dominance of the International Court of Justice in the Creation of Customary International Law, SSLR, Vol. 6, (2016), Pág. 46.

<sup>60</sup> Chan, Op.cit., Pág. 51.

Más preocupante aún es la opinión de que la Corte ha encontrado una norma consuetudinaria donde y cuando le ha parecido necesario o conveniente identificar la existencia de tal norma, o para ir más allá de lo que permiten las normas convencionales.<sup>61</sup> ¿Aprovechó la Corte estos casos para darle descanso a alguna discusión doctrinaria y establecer una norma de una vez por todas? ¿Es ésta la función de la Corte o se ha excedido en sus competencias? ¿Cuál es el efecto de esta práctica en la comunidad internacional?

## Parte II: Efecto de las Decisiones Judiciales que Determinan la Existencia de Normas de Derecho Consuetudinario en el Desarrollo del Derecho Internacional.

El Artículo 38, párrafo 1(d) del Estatuto de la Corte abre la puerta para que las decisiones judiciales sean utilizadas como medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho aplicables.<sup>62</sup> En el ya citado caso sobre la Delimitación de la Frontera Marítima en el Área del Golfo de Maine, una Sala de la CIJ indicó que, para la determinación de “*los principios y normas del derecho internacional, que en general gobiernan la materia de la delimitación marítima*”, “*su razonamiento, evidentemente, debía comenzar por referirse al párrafo 1ero del Artículo 38 del Estatuto de la Corte*”, y en particular a “*los tratados (Artículo 38, párrafo 1(a)), y la costumbre internacional (Artículo 38, párrafo 1(b)), en cuya definición han contribuido sustancialmente las decisiones judiciales (Artículo 38, párrafo 1(d)) tanto de la Corte como de los tribunales arbitrales.*”<sup>63</sup>

Si bien sabemos que varios autores critican la forma como la Corte ha ejercido esta función determinadora, particularmente cuando se trata del derecho consuetudinario,<sup>64</sup> contrasta visiblemente con esta opinión la práctica de la comunidad internacional, que no parece reflejar la crítica de la doctrina. Por el contrario, el trabajo de otros tribunales internacionales, de organizaciones internacionales y, lo más importante, la actitud de los Estados, reflejan un acatamiento de las decisiones de la Corte Internacional de Justicia y su predecesora, y de los resultados de su trabajo como determinadora de normas consuetudinarias.

### 1. El Trabajo de la CIJ en las decisiones de otros Tribunales.

Otros tribunales internacionales no sólo han adoptado la misma función determinadora de la CIJ en ejercicio de sus competencias de conformidad con el artículo 38(1)(d), sino que se han hecho eco de las decisiones de ésta. Por ejemplo, el Tribunal Internacional para el Derecho del Mar ha sustentado sus hallazgos sobre la existencia de normas consuetudinarias en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia.<sup>65</sup> En su Primer Informe sobre

<sup>61</sup> Vicuña, Customary International Law in a Global Community: Tailor Made?, Estudios Internacionales, Vol. 148, (2005), Pp. 25-6.

<sup>62</sup> Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Op.cit., Artículo 38(1)(d).

<sup>63</sup> Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Op.cit., Párrafo 83.

<sup>64</sup> Ver *supra* notas 59 y 61.

<sup>65</sup> Ver, por ejemplo, el Caso M/V “SAIGA”, No. 2, (San Vicente y las Granadinas V. Guinea), Decisión del 1 de julio de 1999, Párrafo 133-34, donde el Tribunal expresa: “133. En el Caso sobre el Proyecto de Gabèikovo Nagymaros (...) la Corte Internacional de Justicia hizo notar, con aprobación, dos condiciones para la defensa basada en el “estado de necesidad” que en general, en derecho internacional, justifican un acto que de otra forma sería ilegal (...). 134. Al dar su apoyo a estas condiciones, la Corte declaró que “deben ser satisfechas concurrentemente” y que las mismas “reflejan el derecho internacional consuetudinario”.

la Formación y la Evidencia de la Costumbre, Wood hizo un breve análisis sobre las actuaciones de los Tribunales Penales Internacionales de Ruanda y la Ex Yugoslavia en el que describe cómo estos han establecido, en la mayoría de los casos, que la costumbre debe determinarse mediante el examen de los dos elementos descritos por la CIJ: la práctica y la *opinio juris*.<sup>66</sup>

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reforzado su declaración de que algún derecho humano es internacionalmente reconocido citando la jurisprudencia de la Corte Permanente y de la Corte Internacional de Justicia.<sup>67</sup> En su Opinión Consultiva No. 20 sobre la Interpretación del Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se apegó a la metodología prescrita por la CIJ para la determinación de normas de costumbre internacional:

*“en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, así como la doctrina internacional, han señalado que esta fuente del derecho tiene dos elementos de formación. El primero de ellos, de carácter objetivo, consiste en la existencia de una práctica general creada por los Estados y realizada de manera constante y uniforme (usus o diuturnitas). El segundo elemento, de carácter subjetivo, se refiere a la convicción de los Estados de que dicha práctica constituye una norma jurídica (opinio juris sive necessitatis).”*<sup>68</sup>

La Corte Europea de Derechos Humanos también ha acogido la *dicta* de la CIJ. En el Caso Van Anraat V. Holanda, por ejemplo, la Corte, tras hacer referencia a los Casos de la Plataforma Continental del Mar Norte y Nicaragua como guías sobre los requisitos para la formación de la costumbre internacional,<sup>69</sup> pasó a reafirmar la necesidad de que exista una práctica pacífica de los Estados, aunada a la prueba de una creencia de que dicha práctica es obligatoria porque existe una norma que así lo requiere.<sup>70</sup> En los párrafos subsiguientes de la decisión, la Corte Europea pasa a aplicar el método inductivo para determinar el carácter consuetudinario de la prohibición del uso de gas mostaza como arma de guerra en conflictos internacionales.<sup>71</sup>

El Relator Wood menciona, adicionalmente, varias decisiones de tribunales nacionales de Inglaterra, Singapur, Alemania, Suráfrica, EEUU, El Salvador y Grecia, todas las cuales hacen referencia expresa a la Corte Internacional de Justicia, acogiendo su definición de los elementos de la costumbre y sus métodos para la determinación de normas consuetudinarias.<sup>72</sup> En su segundo Informe, el Relator Especial añade a la lista de tribunales nacionales que han adoptado el test de los dos elementos de la costumbre esbozado por la Corte Internacional de Justicia, citando las cortes de Slovenia, República Checa y Nueva Zelanda.<sup>73</sup>

<sup>66</sup> Wood, Primer Informe..., Pp. 29-32.

<sup>67</sup> Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, (2013), Pág. 48.

<sup>68</sup> CorteIDH, Opinión Consultiva OC20/09, 29 de septiembre de 2009, solicitada por Argentina sobre la Interpretación del Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Párrafo 48.

<sup>69</sup> Caso Van Anraat V. Holanda, Corte.Eur.D.H., Application No. 65389/09, Decisión sobre Admisibilidad, 6 de julio de 2010, párrafo 88.

<sup>70</sup> Ídem.

<sup>71</sup> Íbidem, Párrafos 89 al 92.

<sup>72</sup> Wood, Primer Informe..., Pp. 38-41.

<sup>73</sup> Wood, Segundo Informe del Relator Especial sobre la Formación y la Evidencia del Derecho Internacional Consuetudinario, UN Doc. A/CN.4/672, 2014, Pág. 9.

## 2. Relación entre el Trabajo de las Organizaciones Internacionales y la Función Determinadora de la Corte.

Las organizaciones internacionales han trabajado en distintos momentos en la identificación y formación de la costumbre internacional. Por ejemplo, el Instituto de Derecho Internacional realizó un trabajo sobre la relación entre los tratados y la costumbre, en el que incluyó como una de sus conclusiones:

*“Una convención codificadora puede contener normas (en lo sucesivo denominadas ‘normas codificadoras’) que son declaratorias de derecho consuetudinario, o que sirven para cristalizar normas de derecho consuetudinario, o que pueden contribuir a la generación de nuevas normas de derecho consuetudinario de conformidad con los criterios establecidos por la Corte Internacional de Justicia.”*<sup>74</sup>

Por su parte, la Asociación de Derecho Internacional adoptó en el año 2000 la Declaración de Londres sobre Principios Aplicables a la Formación del Derecho (General) Consuetudinario Internacional, que consiste en 33 principios, en los que reconoce los dos elementos de la costumbre descritos por la CIJ, si bien busca dar preferencia al elemento objetivo (práctica) sobre el subjetivo (*opinio juris*).<sup>75</sup>

Vale también mencionar el trabajo del Comité Internacional de la Cruz Roja en su estudio sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, en el cual hizo amplia referencia al trabajo de la Corte Internacional de Justicia en la definición y determinación de la costumbre.<sup>76</sup>

Finalmente, merece especial atención la relación que existe entre la CIJ y la Comisión de Derecho Internacional, de lo cual ya hemos hecho algún comentario *supra*. En muchos casos, y particularmente aquellos en los que la Corte ejerce su función determinadora, ésta se apoya en el trabajo de la CDI. Por ejemplo, en el Caso sobre la Aplicación de la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio (Bosnia Herzegovina V. Serbia y Montenegro), la Corte, tras revisar los distintos enfoques dados a la doctrina del control para la atribución de actos a Estados a los efectos de determinar su responsabilidad internacional, sustentó su decisión final en la definición de control establecida en el Artículo 8 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado adoptados por la CDI, considerando que la norma expresada en dicho artículo tiene carácter consuetudinario.<sup>77</sup> El Vice-Presidente de la Corte para ese entonces incluso afirmó en su Opinión Separada que la Corte había

<sup>74</sup> Institut de Droit International, Problèmes découlant d'une succession de conventions de codification du droit international sur un même sujet, Resolución adoptada el 1 de septiembre de 1995, Conclusión No. 2.

<sup>75</sup> Wood, Primer Informe..., Pp. 42-3.

<sup>76</sup> “El enfoque adoptado en el estudio para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario fue el clásico establecido por la Corte Internacional de Justicia, en particular en los Casos sobre la Plataforma Continental del Mar del Norte, seleccionando y compilando la práctica de los Estados para luego evaluarla a la luz del requisito de la *opinio juris*.” Henckaerts, Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict, International Review of the Red Cross, (2005), Pág. 178.

<sup>77</sup> Caso sobre la Aplicación de la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio (Bosnia Herzegovina V. Serbia y Montenegro), ICJ Reports, 2007, Párrafos 402-07.

“seguido el Artículo 8 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional.”<sup>78</sup>

Si bien, como ya hemos visto, la Corte no siempre hace referencia expresa a la evidencia en la que se basa para determinar el carácter consuetudinario de una norma, en muchas de esas instancias, se apoya en el trabajo de la CDI, donde sí se ha estudiado la práctica y *opinio juris* de los Estados a profundidad.<sup>79</sup>

### 3. La Actitud de los Estados frente a la Determinación de Derecho Consuetudinario por la CIJ.

En lo que respecta a la actitud de los Estados *vis-à-vis* las decisiones de la Corte Internacional de Justicia cuando ésta declara la existencia de normas consuetudinarias, cabe preguntarse, como lo hizo el Prof. Pastori, “¿podemos decir que existe una norma consuetudinaria que dice que la conclusión a la que llega la CIJ en un caso concreto acerca de la condición de norma consuetudinaria de determinada regla debe ser aceptada por toda la comunidad internacional?”<sup>80</sup>

Las decisiones judiciales, en principio, son vinculantes únicamente entre las partes y en el caso particular.<sup>81</sup> En este sentido, pudiéramos afirmar que las decisiones judiciales carecen de durabilidad y carácter vinculante general, por lo que declarar la existencia de una norma consuetudinaria, lanzando una especie de red vinculante sobre todos los Estados, participantes o no en el caso particular, podría ser considerado una práctica excesiva de la Corte, especialmente tomando en cuenta las serias críticas de la doctrina en cuanto a la forma como la CIJ lleva a cabo esta función, que comentamos ampliamente en la Parte I de este trabajo.

Pero el Artículo 59 no abarca realmente todo el texto de una decisión judicial. Las interpretaciones que se han hecho sobre el Artículo 59 prevén tres posibles excepciones a su aplicación. Una de ellas es de gran relevancia para esta discusión, y se trata precisamente del caso en que las decisiones de la Corte contribuyan al desarrollo y confirmación de normas de derecho internacional.<sup>82</sup> En este sentido, por ejemplo, en su Opinión Disidente en el Caso de la Plataforma Continental (Libia/Malta), Sir Jennings indicó:

“Sería poco realista, aún considerando el más estricto principio legal, suponer que los efectos de una decisión se encuentran completamente confinados por el Artículo 59. Todo Estado que sea miembro de la Corte se encuentra vinculado por una obligación general de respetar sus decisiones.”<sup>83</sup>

<sup>78</sup> Caso sobre la Aplicación de la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio (Bosnia Herzegovina V. Serbia y Montenegro), Opinión Separada del Juez Al-Khasawneh, ICJ Reports, 2007, Párrafo 36.

<sup>79</sup> Dordeska, *The Process of International Law-Making: The Relationship between the International Court of Justice and the International Law Commission*, ICLR, (2015), Vol. 15, No. 1, Pág. 9.

<sup>80</sup> Pastori, *Aplicación de la Costumbre por la Jurisprudencia Internacional en Relación con el Uso de la Fuerza*, Estudio del CURI N° 7, 2016, Pág. 2.

<sup>81</sup> Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Op.cit., Artículo 59.

<sup>82</sup> Bernhard, *ICJ Statute, Commentary on Article 59*, En: Zimmermann, Tomuschat y Oellers-Frahm (editores), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, (2006), Pág. 1247.

<sup>83</sup> Caso de la Plataforma Continental, (Jamahiriya Árabe Libia V. Malta), Op.cit., párrafos 28-30.

Ya la Corte había aportado su opinión en cuanto al alcance del Artículo 59 en el Caso sobre el Mar Egeo, aclarando que, si bien según esta norma la decisión de la Corte sólo hace efecto entre las partes y en el caso particular, era evidente que su pronunciamiento sobre el estado de una convención –fuera que encontrase que la misma estuviera o no en vigor– tendría implicaciones en las relaciones entre otros Estados distintos de Grecia y Turquía.<sup>84</sup>

Postulamos además que, al igual que en el interno, en el Derecho Internacional opera el principio *iura novit curia*. La aplicación de este principio en el DIP ha sido ampliamente aceptada por los Estados, que incluso lo invocan en sus alegatos. Por ejemplo, el Reino Unido en sus alegatos orales para el Caso de las Pesquerías Noruegas, expresó:

*“La pregunta es si existe alguna diferencia entre las Partes sobre el tema de la carga de la prueba respecto de las normas de derecho internacional general. Ante esta pregunta, la respuesta del Reino Unido es simple y clara. No existe carga de la prueba con respecto a las normas de derecho internacional general. La respuesta es iura novit curia. (...) Se entiende que la Corte conoce el derecho y tiene el deber, en tanto y cuanto se lo exige la decisión del caso, de declarar cuál es el derecho...”*<sup>85</sup>

Y, por supuesto, la propia Corte se ha apoyado en este principio en distintas ocasiones. En el Caso de las Pesquerías Noruegas, la Corte afirmó:

*“Siendo que el deber de la Corte es establecer y aplicar el derecho pertinente según las circunstancias del caso, la carga de probar cuáles son las normas de derecho internacional no puede serle impuesta a ninguna de las partes, pues el derecho se encuentra en el conocimiento jurídico de la Corte.”*<sup>86</sup>

En el Caso Nicaragua, la Corte también se apoyó en el principio de que el juez conoce el derecho al establecer que no debe depender únicamente de lo alegado por las partes:

*“...el principio iura novit curia significa que la Corte no depende únicamente de los argumentos de las partes respecto del derecho aplicable...”*

Proponemos entonces que la aceptación universal del principio *iura novit curia* es clave para comprender por qué los Estados aceptan y acatan el razonamiento de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales internacionales en su función determinadora. En todo caso, tal y como lo expresó el Prof. James Crawford en su discurso de orden ante la Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional en 2014:

*“Aún cuando las decisiones de la Corte sólo tienen efecto vinculante entre las partes involucradas, y constituyen apenas medios subsidiarios para la determinación de las normas de derecho internacional, en la práctica se les considera pronunciamientos acreditados del estado actual del derecho internacional. Esto se evidencia en la práctica de los Estados en cuanto a su respuesta frente a las decisiones de la Corte particularmente*

<sup>84</sup> Caso del Mar Egeo, (Grecia V. Turquía), ICJ Reports, 1978, Párrafo 39.

<sup>85</sup> Caso de las Pesquerías Noruegas, ICJ Reports, (1951), Declaración de Sir Eric Beckett, Agente del Reino Unido, en los Alegatos Orales, Pp. 32-33.

<sup>86</sup> Casos de las Pesquerías, ICJ Reports (1974), Párrafos 17 y 18, respectivamente.

<sup>87</sup> Crawford, “The Identification and Development of Customary International Law”, Discurso de Orden en la Conferencia de Primavera de la Asociación de Derecho Internacional, Rama Británica, del 23 de mayo de 2014.

<sup>88</sup> Procès-Verbaux, Op.cit., Annex No. 1, Discurso del Baron Descamps sobre las Normas Aplicables, Pág. 322.

*relacionadas con el derecho internacional consuetudinario. Después del caso Nicaragua, el carácter consuetudinario de los Artículos comunes 1 al 3 de las Convenciones de Ginebra de 1949 hoy en día se da por sentado y casi nunca ha sido cuestionado. [Este acatamiento de los Estados] también se evidencia por la influencia que la Corte ejerce sobre [las decisiones de] otras cortes y tribunales internacionales.”<sup>87</sup>*

Sea cual fuere la explicación, parece no haber duda sobre la aceptación de los Estados de la función determinadora de la Corte Internacional de Justicia y, en consecuencia, de la declaración que ésta hace sobre el carácter consuetudinario o no de normas de derecho internacional.

## CONCLUSIONES

Decía el Baron Descamps que no permitir al juez usar la jurisprudencia internacional para definir el derecho internacional era privarle de uno de sus más valiosos recursos.<sup>88</sup> Como hemos visto, existen numerosos ejemplos del uso de las decisiones de tribunales internacionales para la identificación de normas consuetudinarias.<sup>89</sup> Hemos presentado cómo otros tribunales internacionales, las organizaciones internacionales e incluso los Estados han apoyado su trabajo y producción jurídica en las decisiones judiciales, particularmente de la Corte Internacional de Justicia y su predecesora.

No obstante, como observó el Relator Wood en su Tercer Informe sobre la Formación y la Evidencia de la Costumbre Internacional, la doctrina del precedente no existe en el Derecho Internacional Público, por lo que no puede decirse que las decisiones de los tribunales internacionales sean vinculantes, aun cuando identifican normas de derecho consuetudinario.<sup>90</sup> Más bien, el peso de cualquier decisión particular pareciera depender mucho del estudio que haya hecho la Corte previo a su determinación. Hemos estudiado cómo las decisiones que han sido respaldadas por una revisión exhaustiva de ambos elementos de la costumbre internacional tienen mucha mayor aceptación, al menos en la doctrina, que aquellas que se apoyan en el trabajo de la CDI, o que simplemente parecen determinar el carácter consuetudinario de una norma empleando la metodología que Talmon llamó “aseveración”.

Otro panorama se presenta, sin embargo, cuando analizamos la conducta de los Estados y su aceptación o acatamiento de las decisiones de tribunales internacionales cuando estos determinan la existencia de una norma de derecho consuetudinario. En este ámbito, vemos que los Estados, en su inmensa mayoría, aceptan las decisiones judiciales, particularmente las de la Corte Internacional de Justicia, como pronunciamientos acreditados y definitivos.

La labor determinadora puede parecer excesiva –cuasi legislativa y por tanto fuera de los límites funcionales de la CIJ- a la luz del análisis de algunos autores, pero es innegable que ella es una parte importante y necesaria para el desarrollo progresivo del Derecho Internacional Público. Al fin y al cabo, si no es a través del análisis de los grandes juristas –incluidos ciertamente los jueces de la Corte- ¿de qué forma puede el Derecho adaptarse a

<sup>89</sup> Wood, Tercer Informe del Relator Especial de la CDI sobre la Formación y la Evidencia del Derecho Internacional Consuetudinario, UN Doc. A/CN.4/682, 2015, Pág. 44.

<sup>90</sup> *Ibidem*, Pág. 43.

las nuevas realidades que nos presentan las relaciones internacionales prácticamente a diario?

El mundo nos ha dado ejemplo tras ejemplo de situaciones que el legislador nunca previó. El desarrollo de nuevas tecnologías, la aparición de nuevos actores internacionales, entre otros, llevan a los Estados a nuevas prácticas, que en ocasiones se uniformizan en cortos plazos. Ese camino está lleno de diferencias y controversias que pueden llegar a manos de la Corte, y ésta –ya hemos visto- debe resolver.

## BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

- AL-KHASAWNEH, A. S. Opinión Separada en el Caso Aplicación De La Convención Para La Prevención Y Castigo Del Crimen De Genocidio, (Bosnia Herzegovina V. Serbia y Montenegro), ICJ Reports, 2007.
- ÁLVAREZ-JIMÉNEZ, A. Methods for the Identification of Customary International Law in the International Court of Justice's Jurisprudence: 2000-2009, ICLQ, Vol. 60, 2011.
- BERNHARD, R. The Statute of the International Court of Justice, A Commentary (Zimmerman, Tomuschat & Oellers-Frahm eds.), Commentary on Article 59.
- BROWNLIE, I. Principles of Public International Law, 5ta ed., 1999.
- CHAN, L. The Dominance of the International Court of Justice in the Creation of Customary International Law, SSLR, Vol. 6, 2016.
- CORTE INTERNACIONAL PERMANENTE DE JUSTICIA, Procés Verbaux of the Proceedings of the Committee, Advisory Committee of Jurists, June 16<sup>th</sup> to July 24<sup>th</sup>, Anexos 1 y 3.
- CRAWFORD, J. The Identification and Development of Customary International Law, Discurso de Orden en la Conferencia de Primavera de la Asociación de Derecho Internacional, Rama Británica, del 23 de mayo de 2014.
- DORDESKA, M. The Process of International Law-Making: The Relationship between the International Court of Justice and the International Law Commission, ICLR, Vol. 15, No. 1, 2015.
- HENCKAERTS, J. (ed.), Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict, Int'l.Rev.R.C., 2005.
- HIGGINS, R. Problems and Process: International Law and How We Use It, 2002.
- HOYT, E.C. The Contribution of the International Law Commission, ASIL Journal, Vol. 59, 1965.
- INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, Problèmes découlant d'une succession de conventions de codification du droit international sur un même sujet, Resolución del 1 de septiembre de 1995.
- JESSUP, P.C. The Law of Territorial Waters and Maritime Jurisdiction, 1927.
- LAUTERPACHT, H. The Development of International Law by the International Court, 1982.
- MENDELSON, M. The Formation of Customary International Law, Recueil des Cours, 1998.
- OPPENHEIM, L. International Law: A Treatise, Vol. 1 (Peace), 1920.
- PASQUALUCCI, J. M. The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights, 2013.
- PASTORI, A. Aplicación de la Costumbre por la Jurisprudencia Internacional en Relación con el Uso de la Fuerza, Estudio del CURI No. 7, 2016.
- PELLET, A. The Statute of the International Court of Justice, A Commentary (Zimmerman, Tomuschat & Oellers-Frahm eds.), Commentary on Article 38.
- SCHARF, M.P. Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments, 2013.
- TALMON, S. Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion, EJIL (2015), Vol. 26, No. 2.
- THIRLWAY, H.W.A. The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989, Brit. Yrbk. Int'l. L., Vol. 76, 2005.

- VICUÑA, F.O. Customary International Law in a Global Community: Tailor Made?, *Estudios Internacionales*, Vol. 148, 2005.
- WOOD, M., Primer Informe del Relator Especial sobre la Formación y la Evidencia del Derecho Internacional Consuetudinario, Comisión de Derecho Internacional, UN Doc. A/CN.4/663, 2013.
- WOOD, M., Segundo Informe del Relator Especial sobre la Formación y la Evidencia del Derecho Internacional Consuetudinario, Comisión de Derecho Internacional, UN Doc. A/CN.4/672, 2014.
- WOOD, M. Tercer Informe del Relator Especial sobre la Formación y la Evidencia del Derecho Internacional Consuetudinario, Comisión de Derecho Internacional, UN Doc. A/CN.4/682, 2015.
- Jurisprudencia Internacional Consultada.
- ACTIVIDADES ARMADAS EN EL TERRITORIO DEL CONGO, (República Democrática del Congo V. Uganda), ICJ Reports, 2005.
- ACTIVIDADES MILITARES Y PARAMILITARES EN NICARAGUA, (Nicaragua V. EEUU), ICJ Reports, 1986.
- APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y CASTIGO DEL CRIMEN DE GENOCIDIO, (Bosnia Herzegovina V. Serbia y Montenegro), ICJ Reports, 2007.
- CANAL DE CORFÚ, (GB e Irlanda del Norte V. Albania), ICJ Reports, 1949.
- CONSECUENCIAS LEGALES DE LA CONSTRUCCIÓN DE UN MURO EN EL TERRITORIO OCUPADO DE PALESTINA, Opinión Consultiva, ICJ Reports, 2004.
- CONSECUENCIAS LEGALES PARA LOS ESTADOS DE LA CONTINUADA PRESENCIA DE SURÁFRICA EN NAMIBIA, Opinión Consultiva, ICJ Reports, 1971.
- DELIMITACIÓN DE LA FRONTERA MARÍTIMA EN EL GOLFO DE MAINE, (Canadá V. EEUU), ICJ Reports, 1984.
- DERECHO DE PASO POR TERRITORIO INDIO, (Portugal V. India), Opinión Disidente del Juez Armand-Ugon, ICJ Reports, 1960.
- HAYA DE LA TORRE, (Colombia V. Perú), ICJ Reports, 1950.
- INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DE LOS ESTADOS, (Alemania V. Italia, interviene Grecia), ICJ Reports, 2012.
- JURISDICCIÓN SOBRE PESQUERÍAS, (GB V. Islandia) / (República Federal de Alemania V. Islandia), ICJ Reports, 1974.
- LEGALIDAD DE LA AMENAZA O USO DE ARMAS NUCLEARES, Opinión Consultiva, Opinión Disidente de la Jueza Rosalyn Higgins, ICJ Reports, 1996.
- MAR EGEO, (Grecia V. Turquía), ICJ Reports, 1978.
- M/V SAIGA No. 2, (San Vicente y las Granadinas V. Guinea), Tribunal Internacional sobre el Derecho del Mar, 1 de julio de 1999.
- NORWEGIAN SHIPOWNERS' CLAIM, (Noruega V. EEUU), RIAA 1921, Vol. I, 309.
- OC-20/09 SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 59 DE LA CADH, CorteIDH, 2009.
- ORDEN DE DETENCIÓN CONTRA YERODIA NDOMBASI, (República Democrática del Congo V. Bélgica), ICJ Reports, 2002.
- PESQUERÍAS NORUEGAS, (GB V. Noruega), ICJ Reports, 1951.
- PLATAFORMA CONTINENTAL DEL MAR DEL NORTE, (República Federal Alemana V. Dinamarca), (República Federal Alemana V. Holanda), ICJ Reports, 1969.
- PLATAFORMA CONTINENTAL, (Libia V. Malta), ICJ Reports, 1985.
- SS LOTUS, CPIJ, (Francia V. Turquía), Serie A, No. 70, 1927.
- VAN ANRAAT V. HOLANDA, Corte Eur.D.H., Application No. 65389/09, Decisión sobre Admisibilidad, 2010.

**Fecha de recepción:** 17 de abril 2018.

**Fecha de aceptación:** 20 mayo 2018.