

TEMA 7 del programa

LA COSTUMBRE INTERNACIONAL.

- Noción de costumbre internacional: Sus elementos.
- El juego de asentimiento y oposición en el proceso de formación de la regla consuetudinaria.
- Caracteres de esta regla.
- Clases de normas consuetudinarias.
- Clases de normas consuetudinarias.
- La función del juez internacional en la costumbre.
- Situación de la costumbre en el DI moderno.

CAPITULO IV

LA COSTUMBRE INTERNACIONAL Y SUS ACTOS UNILATERALES.

1. La costumbre internacional.

- A) Concepto e importancia.
- B) Quienes participan en la formación de la costumbre.
- C) El elemento material
- D) La opinio iuris sive necessitatis.
- E) Las clases de costumbre y su obligatoriedad.

2. La Comisión de Derecho Internacional (CDI)

- A) Enumeración de las fuentes del DIP.
- B) Nuevos procedimientos y crisis del proceso codificador.

3. La integración normativa entre costumbre y tratado y entre costumbre y resoluciones de la AG.

- A) Introducción.
- B) Efecto declarativo.
- C) Efecto cristalizador.
- D) Efecto constitutivo o generador.
- E) La interacción entre costumbre y resoluciones de la AG.

1. LA COSTUMBRE INTERNACIONAL.

A) CONCEPTO E IMPORTANCIA.

Entendemos por costumbre internacional la expresión de una practica seguida por los sujetos internacionales y generalmente aceptada por éstos como derecho, según se deduce de la letra y del espíritu del apartado b) del art. 38 del Estatuto del TIJ. La costumbre está formada por dos elementos:

El material de repetición de actos o práctica constante y uniforme de los sujetos.

El elemento espiritual u opinio iuris sive necessitatis, es decir, la convicción por parte de los sujetos de DI de que se trata de una práctica que obliga jurídicamente.

No debe confundirse la costumbre y la cortesía internacional. La cortesía ha tenido y tiene cierta importancia en el ámbito de las relaciones internacionales. Los usos sociales internacionales pueden llegar a transformarse en normas jurídicas cuando al elemento material de repetición de actos se une l opinio iuris, o convencimiento de que ellos obligan jurídicamente. Este mecanismo es la transformación de usos sociales en costumbres jurídicas.

Normas de cortesía	Normas jurídicas
La violación de estas no engendra responsabilidad internacional.	La infracción de estas da origen a responsabilidad internacional.

Se puede afirmar que prácticamente todo el DI general que rige la Sociedad Internacional está formado por normas consuetudinarias y principios generales del Derecho. El DI convencional no ha tenido hasta ahora carácter universal o, no existe ningún tratado internacional excepto la Carta de la ONU que haya sido aceptado por la gran mayoría de Estados de la SI. Las normas de carácter universal contenidas en los tratados son precisamente costumbres que han sido codificadas o recogidas en los mismos.

Existe una amplia corriente doctrinal que ve en la costumbre la clave para los estudios de la fundamentación del DI y de la que participa el concepto de DIP. Abarca a todos aquellos que afirman que la norma consuetudina es la norma base del DI.

La costumbre sigue manteniendo su importancia pese al proceso codificador, ya que este es lento e incompleto, y además, el proceso consuetudinario se sigue adaptando muy bien al ritmo cambiante de la formación del DI en la SI contemporánea y a la participación en dicha formación de todos los Estados interesados, sin distinción de grandes y pequeñas potencias.

B) QUIENES PARTICIPAN EN LA FORMACIÓN DE LA COSTUMBRE.

Los propios sujetos de la SI, son los propios destinatarios de la norma los que las creen modifiquen o extingan.

Los Estados continúan siendo los principales creadores de la costumbre, sobre todo en sus relaciones mutuas, pero también a través de su práctica en el seno de las Organizaciones internacionales, ya que como ha puesto de manifiesto la doctrina:

Las Declaraciones de la Asamblea General son el producto de unos actos estatales, los votos; son también los Estados a quienes, sobre todo, va a corresponder la aplicación de las reglas de conducta enunciadas en ellas. Puede pensarse, pues, que el conjunto de esos actos estatales constituye una práctica que, en conjunción con la opinio iuris, es susceptible de dar lugar a costumbres internacionales.

Las Organizaciones internacionales en su conjunto, y no sólo sus miembros individualmente, están dando vida a nuevas costumbres internacionales.

C) ELEMENTO MATERIAL.

El elemento material, consistente en la repetición de actos, se puede manifestar de formas diversas, bien por la actuación positiva de los órganos de varios Estados en un determinado sentido, por leyes o sentencias internas de contenido coincidente, por la repetición de usos, por instrucciones coincidentes de los Gobiernos a sus agentes y funcionarios, por determinadas prácticas en el seno de las Organizaciones internacionales, etc.

Un problema particular es el relativo a si en la formación de la costumbre caven las omisiones o costumbres negativas. La doctrina se muestra en su mayoría favorable, y en la jurisprudencia del TPJI encontramos un asidero también favorable en la Sentencia del caso Lotus, en ella se condiciona la formación de la costumbre por medio de omisiones a que

la abstención estuviese motivada por la conciencia de un deber de abstenerse.

Es imprescindible para la formación de una costumbre que la práctica sea uniforme. En el DI clásico siempre se atribuyó la importancia de la antigüedad de la práctica como factor muy a tener en cuenta en el momento de la prueba de la existencia de la costumbre; en el DI contemporáneo, por el contrario, se ha afirmado la viabilidad de la costumbre instantánea. El TIJ no ha adoptado ninguna de estas dos posturas extremas, sino que ha señalado, en su sentencia en los Casos de la Plataforma Continental del Mar del Norte, que:

el hecho de que no haya transcurrido más que un breve período de tiempo no constituye necesariamente en sí mismo un impedimento para la formación de una nueva norma de Derecho Internacional consuetudinario surgida de una norma de origen puramente convencional....

D) LA OPINIO IURIS SIRVE NECESSITATIS.

El elemento espiritual es la convicción de que los sujetos internacionales se encuentran ante una norma obligatoria jurídicamente.

Guggenheim afirma: *Según la teoría dominante, la repetición prolongada y constante de ciertos actos no es suficiente para engendrar una norma consuetudinaria; es necesario que el autor de dichos actos tenga la intención, al ejecutarlos, de cumplir con una obligación o de ejercer un derecho (...). Pese a las dificultades para indicar de una manera general en qué condiciones el uso se transforma en una costumbre obligatoria, aparece como imposible hacer abstracción del elemento subjetivo o psicológico.*

La jurisprudencia internacional deja pocas dudas respecto al elemento psicológico, en el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte el TIJ ha sostenido que:

Los actos considerados no solamente deben suponer una práctica constante sino que también deben tener tal carácter o realizarse de tal forma que demuestren la creencia de que dicha práctica se estima obligatoria en virtud de una norma jurídica que la prescribe. La necesidad de tal creencia, es decir, la existencia de un elemento subjetivo, está implícita en el propio concepto de opinio iuris serve necessitatis. Los Estados interesados, por tanto, deben tener el sentimiento de que cumplen lo que supone una obligación jurídica.

La forma de manifestarse la opinio iuris, importante para la prueba de la misma, puede ser muy diversa; pero siempre se manifestará a través de la práctica de los Estados y otros sujetos, bien en las notas diplomáticas dirigidas a otros Estados, en una Conferencia diplomática por medio de sus delegados o al adoptar una resolución en el seno de una Organización internacional, entre otras posibilidades.

E) LAS CLASES DE COSTUMBRE Y SU OBLIGATORIEDAD.

En la costumbre cabe distinguir dos grupos: costumbres generales o universales y costumbres particulares. Dentro de estas últimas cabe diferencias las regionales y las locales o bilaterales.

Las costumbres generales tienen ámbito universal y obligan en principio a todos los Estados, salvo que se hayan opuesto a la misma en su período de formación de manera inequívoca y expresa (regla de la objeción persistente). El litigante que se oponga a que le sea aplicada una costumbre general habrá de probar que la ha rechazado en el período de formación, recayendo sobre él la carga de la prueba.

Un problema particular es el relativo a si las costumbres son obligatorias para los Estados que no han participado en su formación ni se han opuesto porque en dicho momento no habían accedido a la independencia y, consiguientemente no podían hacerlo. Frente a la tesis de la obligatoriedad general estaba la de los países de reciente independencia que admitían el DI general salvo aquellas normas que perjudicaban sus intereses.

Las costumbres regionales son aquellas que han nacido entre un grupo de Estados con características propias. Por ejemplo, en el ámbito de Iberoamérica o en el de la Unión Europea. En caso de un litigio internacional habrán de probarse por la parte que las alegan. El TIJ, en el Caso del derecho de asilo, dijo al respecto:

La parte que invoca una costumbre de esta naturaleza debe probar que se ha constituido de tal manera que se ha hecho obligatoria para las Partes.

Existen costumbres de carácter local, cuyo ámbito de aplicación es más reducido que las anteriores y que puede llegar a afectar solamente a dos Estados. En este caso podemos hablar de costumbre bilateral.

2. LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL.

A) LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (CDI).

La CDI es un órgano técnico codificador que, bajo la autoridad y el control de la AG de la ONU y en particular de su Sexta Comisión (Asuntos Jurídicos), se dedica a la labor de codificación y desarrollo progresivo del DI. La creó la AG por Res. 174 en 1974, que incluía en un anexo su Estatuto, que ha sufrido sucesivas enmiendas. El art. 8 del Estatuto advierte que *las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo deberán estar representados en su composición, lo que hoy se consigue gracias a los distintos grupos regionales presentes en la ONU*, y el art. 1.1º fija como función y objetivo de la CDI impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación

El art. 15 del Estatuto distingue por comodidad entre el desarrollo progresivo del derecho internacional, expresión utilizada:

Para designar la elaboración de proyectos de convenciones sobre temas que no hayan sido regulados todavía por el derecho internacional o respecto a los cuales los Estados no hayan aplicado, en la práctica, normas suficientemente desarrolladas.

y la codificación del derecho internacional, expresión usada para:

designar la más precisa formulación y la sistematización de las normas de derecho internacional en materia en las que ya exista práctica de los Estados, así como precedentes y doctrinas.

El art. 16 del Estatuto reserva la iniciativa del desarrollo progresivo a la AG, mientras que el art. 18 atribuye la de la codificación a la misma CDI, entendiéndose que la tarea de desarrollo progresivo atendería más a factores políticos y la de codificación a factores científicos y técnicos. La CDI ha elaborado un procedimiento único de trabajo que, aunque basado en el Estatuto, no toma en cuenta las diferencias formales que el Estatuto establece para ambos supuestos, ya que todos los procesos codificadores contienen elementos de codificación y de desarrollo progresivo. La CDI ha considerado expresamente esta distinción como inviable en la práctica y ha recomendado su eliminación en cualquier futura revisión del Estatuto.

La AG recomienda el estudio de un tema a la CDI, que designa a uno de sus miembros como ponente, establece un plan de trabajo y remite cuestionarios a los gobiernos para obtener información sobre la práctica estatal en la materia. El ponente prepara una serie de informes y anteproyectos de artículos para que se debatan en el seno de la CDI y, si el procedimiento avanza satisfactoriamente se invita de nuevo a los gobiernos para que presenten observaciones a los proyectos provisionales emanados de la CDI. El ponente revisa entonces los textos acordados a la luz de esas observaciones, presentando proyectos más perfilados para debate, revisión y aprobación definitiva por la CDI. La labor culmina mediante el envío y sometimiento a la AG, por conducto del Secretario General, de un proyecto único articulado que regula el régimen jurídico de alguna institución o conjunto de instituciones, y la AG resuelve habitualmente convocar una conferencia diplomática para la negociación y adopción en su caso de una convención internacional en la material. Adoptada la convención conforme a los procedimientos establecidos en el Derechos de los tratados, los Estados aún deberán manifestar su consentimiento en obligarse por ella antes de que entre en vigor. Así, se ha logrado codificar el D. diplomático y consular, el D. de los tratados y el D. del mar, entre otros.

B) NUEVOS PROCEDIMIENTOS Y CRISIS DEL PROCESO CODIFICADOR.

La decisión histórica de la AG de poner en manos de un órgano intergubernamental o político, como la Comisión de Fondos Marinos, la preparación de la Tercera Conferencia de las NU sobre el D. del Mar constituyó el origen de la crisis del método codificador tradicional. A pesar de la gran lentitud de sus trabajos y del fracaso en la labor preparatoria de la Tercera Conferencia, lo cierto es que todas las novedades que introdujo La Comisión de Fondos Marinos respecto del procedimiento tradicional de la CDI se han incorporado mal que bien a dicho procedimiento, desnaturalizándolo en buena medida; al mismo tiempo que ha provocado la aparición de nuevos procedimientos de codificación y sobre todo de desarrollo progresivo del DI paralelos al procedimiento característico de la CDI.

En cuanto a la desnaturalización del procedimiento tradicional, debe advertirse que ha aumentado excesivamente el número de miembros de la CDI, lo que dificulta el debate en profundidad, la presentación de textos alternativos y el intercambio de ideas que distinguieron habitualmente a sus trabajos. Es significativo el aumento del número de funcionarios frente al de jueces y profesores como miembros de la CDI, también se ha instaurado la práctica del consenso a causa de la ampliación de sus miembros. La CDI ha recurrido a la diplomacia oficiosa, el papel de su Presidente y del Comité de Redacción se han hecho preponderantes.

Los nuevos procedimientos de codificación, se desarrollan mediante una primera fase en el marco de una comisión de la AG, compuesta por representantes gubernamentales, y una segunda fase que llega hasta la adopción definitiva de la Convención en la misma AG o en una conferencia diplomática convocada al efecto. Una fase intermedia la constituye la adopción de Resoluciones de la AG que contiene declaraciones de principios que posteriormente se incluyen y precisan en una convención.

La CDI es consciente que debe hacer frente ineludiblemente a dos grandes retos. El primero es el riesgo de fragmentación del DI a causa de la tendencia a regionalizar e incluso bilateralizar un número cada vez mayor de materias, como la protección del medio ambiente o la protección de las inversiones, riesgo que la Comisión puede contribuir a contrarrestar dado su mandato y vocaciones generales. El segundo reto es la imperiosa introducción de cambios en sus métodos de trabajo que agilicen y hagan más eficiente el proceso codificador, mediante la profundización de las relaciones de la CDI con la AG y la Sexta Comisión, la mejora de la planificación de su trabajo a medio y corto plazo, el enriquecimiento de las relaciones con otros órganos relacionados con su labor, y otras medidas de semejante tenor.

3. LA INTERACCIÓN NORMATIVA ENTRE COSTUMBRE Y TRATADO Y ENTRE COSTUMBRE Y RESOLUCIÓN DE LA AG.

A) INTRODUCCIÓN.

El TIJ ha realizado una notable contribución para la superación del formalismo tradicional en la concepción sobre las fuentes del DI, basándose para ello en la evidencia material de la acumulación e interacción recíproca de las vías normativas consuetudinaria y convencional en el proceso de creación de algunas reglas internacionales, en virtud siempre del reconocimiento en la fase final de dicho proceso de un consensus generalis o acuerdo general de los Estados participantes acerca de determinado contenido de conducta, logrado sobre todo gracias a los efectos bienhechores de las importantes conferencias codificadoras celebradas a partir de 1958.

El fenómeno de la codificación y desarrollo progresivo del DI ha producido ciertos efectos en la formación del DI consuetudinario, bajo formas que se han descrito como efecto declarativo, efecto cristalizador y efecto constitutivo o generador. De acuerdo con la jurisprudencia del TIJ, la doctrina ha recogido esos tres supuestos relevantes de interacción entre costumbre y tratado:

- Efecto declarativo: el de una costumbre preexistente que es declarada o enunciada en un tratado.
- Efecto cristalizador: el de una costumbre en formación que cristaliza en norma consuetudinaria mediante la adopción de un tratado.
- Efecto constitutivo o generador: la formación de una costumbre a partir de la disposición de un tratado gracias a una práctica posterior constante y uniforme de los Estados conforme con dicha disposición.

Esta interacción entre costumbre y tratado puede conducir a la existencia paralela de reglas de contenido idéntico pero de distinta naturaleza normativa, lo que debe ser tenido en cuenta al aplicarlas. El art. 43 del CV de 1969 sobre el Derecho de los Tratados establece esta proposición al afirmar que:

La nulidad, terminación o denuncia de un tratado, el retiro de una de las partes o la suspensión de la aplicación de la presente Convención o de las disposiciones del propio tratado, no menoscabarán en nada el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del derecho internacional independiente de ese tratado.

La aplicación e interpretación del DI consuetudinario y del DI convencional se rigen por reglas diferentes porque se trata de fuentes o vías normativas de distinta naturaleza, sin que la posible coincidencia de los contenidos de conducta establecidos en algunas de sus normas modifique en nada este hecho. Por ejemplo, un Estado puede oponerse a que se le aplique una norma consuetudinaria a la que se haya opuesto de forma inequívoca y persistente desde su origen (regla de la objeción persistente), regla que vendría a equivaler a la establecida en el art. 34 del Convenio de 1969 sobre Derecho de los Tratados, donde se afirma en principio que un:

tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento.

El DI consuetudinario desconoce la institución de la reserva, tan propia del DI convencional, por la que se permite a un Estado parte en un tratado excluir la aplicación de ciertas obligaciones del tratado o restringir su alcance en sus relaciones mutuas con el resto de Estados parte, institución que no tiene parangón en el DI consuetudinario que no admite estos matices formales. Ello puede conducir a que una determinada obligación internacional que no sea de aplicación a un Estado en tanto que contenida en una norma convencional, porque haya hecho expresa reserva de ella, pueda serle de aplicación en tanto que contenida en una norma consuetudinaria general siempre que no se hay opuesto de manera inequívoca y persistente a ella.

B) EFECTO DECLARATIVO

La interacción declarativa se refiere al supuesto de una costumbre ya existente que es recogida y declarada en un convenio codificador de ámbito multilateral con el efecto general de precisarla y sistematizarla por escrito, además de servir como prueba suficiente de la presencia del elemento espiritual imprescindible para

determinar la existencia de dicha costumbre. El elemento clave de este efecto lo constituye la adopción y posterior entrada en vigor del tratado: desde ese momento, un determinado contenido de conducta rige simultánea y paralelamente en el plano consuetudinario y en el convencional.

En algunos casos, no es necesario que el tratado entre en vigor para que produzca este efecto declarativo o cualquier otro efecto (el cristalizador o el constitutivo), pudiendo valer como prueba de la existencia de una costumbre el simple acuerdo general oficioso mantenido durante cierto tiempo y sobre un determinado contenido de conducta en el seno de una conferencia codificadora de ámbito universal, siempre que la práctica coherente haya sido respetuosa con dicho acuerdo.

C) EFECTO CRISTALIZADOR.

Este efecto se distingue por la existencia de una norma consuetudinaria en vías de formación que logra cristalizar formalmente en virtud de un acto suficientemente relevante, ya sea la adopción de un tratado multilateral que recoja el mismo contenido de conducta objeto de la práctica consuetudinaria anterior al tratado, ya incluso cualquier otra prueba o manifestación de su aceptación general por los Estados participantes en un proceso codificador aunque dicha aceptación no tenga rango normativo, siempre que la práctica anterior sea tan constante y uniforme como facilitar la cristalización de un consensus sobre su concreto contenido normativo, ya prefigurado en dicha práctica.

La norma sí cristalizada obliga en el plano consuetudinario a todos los Estados que no se hayan opuesto expresamente a la misma, y en el plano convencional a todos los Estados parte en el tratado o participantes en el proceso codificador. Por ejemplo, en la aceptación por parte del TIJ en su sentencia en los Casos de la Plataforma Continental del Mar del Norte, de que los 3 primeros art. de la C. de Ginebra sobre la Plataforma Continental eran expresión escrita de normas del DI general ya establecidas o en vías de formación, sirviéndose para ello de la prohibición de formular reservas a esos artículos prevista en el art. 12.1 del mismo Convenio.

D) EFECTO CONSTITUTIVO GENERADOR

Este efecto se caracteriza porque ciertas disposiciones de un tratado se convierten en modelo de la conducta subsiguiente de los Estados en el plano consuetudinario, dando lugar a una norma de DI consuetudinario si la práctica posterior es suficientemente constante y uniforme. Así lo prevé el art. 38 del CV de 1969 sobre el D de los Tratados, seguido por el mismo art. del CV de 1986:

Lo dispuesto en los art. 34 a 37 (sobre tratados y terceros Estados u Organizaciones internacionales) no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal.

De acuerdo con la jurisprudencia del TIJ, es preciso que se cumplan ciertos requisitos: la regla convencional que origina el proceso debe tener carácter normativo, es decir, debe ser una regla general válida para un número indeterminado de situaciones de hecho idénticas o análogas, o al menos de poseer la capacidad necesaria para constituirse en una norma general porque su contenido de conducta así lo permita; y la práctica posterior debe ser general, uniforme y constante en el mismo sentido de la disposición convencional invocada. El TIJ exige:

En la práctica de los Estados estén incluidos los particularmente interesados, que haya sido frecuente y prácticamente uniforme en el sentido de la disposición invocada y que se haya manifestado de forma que permita establecer un reconocimiento general de que nos hallamos en presencia de una norma u obligación jurídica.

El elemento clave de este efecto radica en la práctica subsiguiente al tratado de los Estados no parte, cuya

conducta será determinante en la formación de la costumbre por no estar obligados en principio a comportarse en el sentido que invocan las disposiciones convencionales. El silencio de los terceros Estados no podrá interpretarse nunca como una aceptación tácita de dichas disposiciones convencionales tal como ocurre en el proceso de formación de las normas consuetudinarias.

El TIJ en los Casos de la Plataforma Continental del Mar del Norte, llegó a afirmar que podía obviarse la práctica posterior como condición necesaria para el efecto constitutivo de un tratado si la participación en el mismo, en razón del número de ratificaciones, era bien amplia y representativa y comprendía a los Estados más interesados.

E) LA INTERACCIÓN ENTRE COSTUMBRE Y RESOLUCIONES DE LA AG.

La mayor parte de las resoluciones de las Organizaciones internacionales no crean normas jurídicas obligatorias para los Estados miembros y, no constituyen fuentes del DI. Sin embargo, pueden encontrarse los tres efectos en algunas resoluciones de la AG. que adoptan la forma solemne de declaraciones y enuncian principios jurídicos de alcance general. De acuerdo con la Carta, esas resoluciones de la AG. siguen sin ser obligatorias, pero bajo determinadas condiciones pueden producir efectos en la formación del DI constituyéndose excepcionalmente en una fuente del mismo, en virtud precisamente de su interacción en el proceso de formación consuetudinario de las normas internacionales. Como ya sabemos, no es necesario que un tratado entre en vigor para que produzca ese o cualquier otro efecto.

Un amplio sector de la doctrina sostiene que una resolución bajo forma de declaración de la AG. puede declarar o confirmar normas consuetudinarias ya vigentes, contribuyendo tanto a precisar y sistematizar el elemento material de la costumbre como a probar la *opinio iuris generalis* que la sustenta (efecto declarativo, análogo al que produce un convenio declarativo). En otras ocasiones, una resolución bajo forma de declaración, que desarrolla y precisa alguno de los grandes principios de la carta o que contiene nuevos principios de DI, permite cristalizar una norma consuetudinaria en vías de formación, gracias por ejemplo a su adopción unánime por la AG. (efecto cristizador, análogo al que produce un convenio del mismo carácter), o bien puede ser el origen de una futura norma consuetudinaria si la práctica posterior de los Estados confirma su valor jurídico (efecto constitutivo, análogo al que produce un convenio innovador).

Las resoluciones de la AG., desprovista en principio de obligatoriedad, pueden servir de cauce o instrumento para la creación de normas de DI, ello reitera la ausencia de formalismo que caracteriza la elaboración del DI, sometida en esencia a los dictados de la práctica y de la manifestación concreta del *consensus generalis* o acuerdo general de los Estados, con independencia de la forma que dicho *consensus* adopte.