

LA *OPINIO JURIS* COMO ELEMENTO PSICOLOGICO DE LA COSTUMBRE

Fernando Enrique Toledo Tapia

1. DEFINICIÓN

La doctrina predominante y la jurisprudencia internacional, como se verá, exige la presencia de un segundo elemento distinto al precedente o uso.

No toda práctica, aunque reúna las características del elemento material de la costumbre, constituye necesariamente una norma consuetudinaria. Es necesario acudir, como criterio diferenciador, a la intencionalidad subjetiva del Estado o sujeto de derecho internacional que ha dado comienzo —o que ha adoptado— una determinada práctica internacional como norma de derecho. Aún así, la indagación de las convicciones subjetivas de quienes adoptan un determinado ‘uso’ constituye ciertamente un proceso —al menos aparentemente— difícil e incierto.

Pese a ello se ha estimado indispensable la concurrencia de la “*opinio juris*” (convicción de imperativo) en la norma consuetudinaria. A partir de lo asentado por la Corte en su fallo sobre el caso *Lotus*, dicha exigencia —a nivel jurisprudencial— se hizo evidente. De esta forma, para que la práctica de un determinado Estado o sujeto de derecho internacional pueda ser considerada como una costumbre, ha de expresarse la convicción de este creador de precedentes de estar sujeto a un ‘imperativo de derecho’.

En este entendido, se puede definir a la *opinio juris sive necessitatis* como aquel elemento subjetivo de la norma consuetudinaria que expresa la convicción, por parte del sujeto de derecho, de constituir una regla jurídica la práctica adoptada, regla que le impondrá una obligación o le facultará al ejercicio de un derecho.

2. *OPINIO JURIS* Y EL ACUERDO ESTATAL

Aquí para la definición de la *opinio juris* se ha empleado la noción de *convicción*. Se ha preferido ésta y no otras —‘sentimiento’, ‘creencia’—, por cuanto expresa de mejor forma el real papel de la voluntad estatal en la génesis de la norma consuetudinaria y por haber sido utilizada con mayor frecuencia por la jurisprudencia.

La “*opinio juris sive necessitatis*” se distingue del acuerdo estatal entendido como consentimiento tácito. La noción de *opinio juris*, en cuanto elemento subjetivo de la costumbre, significa no la creación de la norma mediante el concurso de voluntades, sino el convencimiento del sujeto de derecho de hallarse frente a una norma imperativa que le confiere derechos o le impone obligaciones.

¿Y cómo opera este convencimiento?

Regularmente, de una manera bastante inconsciente. La mayor o menor obligatoriedad de una práctica estatal vendrá determinada por su fidelidad —normativa— a los principios de derecho en los cuales se funda. En este sentido, la concu-

rrencia de voluntades estatales a dicho 'convencimiento' permitirá develar la bondad de la norma en cuanto refleje una adecuada 'aplicación' a una determinada realidad o trama de relaciones de la norma en la cual se funda.

En un mundo que a veces suele ser de opuestos, la mayor o menor cantidad de Estados que concedan a una práctica la cualidad de ser norma de derecho se relacionará directamente con la rapidez o certeza de su establecimiento. Esto —sin prejuzgar sobre la amplitud de los ámbitos de validez de la norma consuetudinaria— dice relación directa con el fenómeno de la sociabilidad.

Un Estado no puede afirmar, por sí y ante sí, que tal o cual norma constituye un imperativo para el resto de la sociedad internacional. Una conducta de este tipo no prosperaría y atentaría sobremanera a la existencia de un mínimo de reglas admitidas por todos para la convivencia y el desarrollo social y conduciría al quiebre del sistema. Un *reconocimiento* de la norma en cuanto imperativo social, es el mínimo requisito para admitir su obligatoriedad. El actual debate acerca de cuáles son las normas de *jus cogens* —normas imperativas del derecho internacional general— refleja exactamente este punto. Conviene entonces precisar el papel que en la determinación de la norma consuetudinaria cumple la voluntad de los Estados, en especial en lo que concierne a la *opinio juris*.

Primero es necesario aclarar el carácter subjetivo de la *opinio juris*. El que de la noción de *opinio juris* se predique su subjetividad no conlleva su asimilación a un consenso estatal. Como convicción, ciertamente se opone a un carácter objetivo de la norma consuetudinaria (y esto le acarrea problemas de indeterminación). Sin embargo, ello no significa que la costumbre sea un producto exclusivo de la voluntad estatal y por ello una regla eminentemente subjetiva. Este último carácter viene dado por el rol desempeñado por los sujetos de derecho internacional en cuanto éstos operan la derivación de la regla consuetudinaria de los principios generales de derecho.

Sin que dicho reconocimiento operativo se presente, no es posible afirmar la existencia de la norma como regla consuetudinaria. La expresión de esta derivación en el caso de la costumbre —y a diferencia de la fuente convencional— es esta convicción de la que hablamos. En este sentido, la cognoscibilidad de la norma está sujeta a la voluntad de los Estados, por cuanto a través de ellos se expresa en el sistema internacional y esto determina su carácter subjetivo.

En segundo término, la *opinio juris* se diferencia del acuerdo estatal convencional al operar de manera distinta el efecto de sus "acumulaciones". ¿Qué se quiere decir con esto? Lo siguiente: la *opinio juris*, como sabemos, expresa la convicción subjetiva de un Estado o sujeto de derecho internacional de hallarse frente a una norma de derecho. Pues bien, la concordancia de *opiniones juris* de distintos Estados jamás equivaldrá a un acuerdo convencional. Como bien expresa Hagenmacher, que en este punto resume la tesis tradicional,

*"De una pluralidad de opiniones juris nacerá una communis opinio juris, una concordia omnium, que se presentará ciertamente como un "acuerdo" pero no de voluntades: se tratará de un acuerdo de opiniones, de una armonía de concepciones (Meinungskonsens), que no es posible reducir a un consentimiento de orden convencional (Villenskonsens)"*¹.

¹ HAGGENMACHER, Peter. "La Doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour Internationale". *Revue Générale de Droit International Public*. T. XC. 1986, pp. 11-12. La traducción es nuestra.

Por otra parte, como ninguna otra expresión, la palabra “convicción” refleja el carácter y la realidad de la norma consuetudinaria en cuanto a su aparición.

En efecto, la voluntad estatal las más de las veces aparece adhiriendo, pasivamente, a una determinada línea de conducta. Esta ‘convicción-adhesión’, más receptiva que activa, es del todo diferente al rol que desempeña la voluntad cuando busca la creación de una norma convencional, en la cual el precepto concordado en la Convención refleja el compromiso de las posturas previas adoptadas por las partes y que activamente éstas trataron de imponer.

3. LA DOCTRINA CLÁSICA DE LOS DOS ELEMENTOS

La práctica jurisprudencial y la doctrina redujeron en un principio sólo al estudio de los ‘precedentes’ el análisis de la norma consuetudinaria. Si bien el problema de la existencia de un elemento psicológico en la costumbre se remonta hasta el derecho romano², fue la escuela histórica alemana de fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX la que estructuró la fórmula de un segundo elemento “psicológico de la costumbre”³. Como señala Guggenheim, es Rivier quien en 1896 por primera vez en el plano internacional atribuye a la costumbre la calidad de... “*manifestation de la conscience juridique internationale*”⁴.

No hay en los arbitrajes del siglo XIX alusión alguna o referencia a este elemento psicológico.

Fueron las Sentencias de la Corte Permanente y de su sucesora, la Corte Internacional de Justicia —como veremos más adelante— las que recurrieron en este siglo a la noción de que “para ser generadora de costumbre, el uso seguido debe traducir la conciencia de ejecutar una obligación o el ejercicio de un derecho”⁵.

Esto importa, por cuanto la presencia de un elemento psicológico en la costumbre no es un punto pacífico en doctrina. En efecto, parte de los autores, en especial los partidarios de una teoría pura del derecho, descartan la necesidad de algún elemento psicológico en la costumbre. En particular, Kelsen en su “Teoría del Derecho Consuetudinario” —1939— y Guggenheim⁶, en su “Tratado de Derecho Internacional Público” —1947— y en su estudio acerca de “Los dos elementos de la costumbre en el derecho internacional” —1950—, fundados principalmente en su no necesidad o su dificultad de prueba.

² SORENSEN, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*. Fondo de Cultura Económica. México. 1985, p. 163.

³ GLUK (*Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, tomo I. 1797, pp. 461 y ss). PUCHTA (*Das Gewohnheitsrecht*, tomo I. 1828, pp. 143 y ss.). SAVIGNY (*Von Beruf usererzeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814, pp. 9 y ss., y *System des heutigen römischen Rechts*, tomo I, pp. 14 y ss). Todos citados por GUGGENHEIM en “L’origine de l’opinio juris sive necessitatis comme deuxième élément de la coutume dans l’histoire du droit de gens”. *Mélanges Basdevant*, París 1960, pp. 258 y ss.

⁴ Ob. cit.

⁵ ROSSEAU, Charles. *Droit International Public*. Tome I. Ed. Sirez. Paris 1970, p. 324. (La traducción es nuestra.)

⁶ GUGGENHEIM, detractor en un principio de la necesidad de este elemento, rectificando criterios en la segunda edición de su *Tratado de Derecho Internacional*, señala que “...según la teoría hoy dominante, la repetición prolongada y constante de ciertos actos no es

Sin perjuicio de esta crítica doctrinal —las objeciones probatorias serán analizadas al hablar de la prueba de la *opinio juris*— la teoría dual consuetudinaria fue ganando terreno en desmedro de sus detractores.

En términos generales, la teoría dual o de los dos elementos de la costumbre entiende a la norma consuetudinaria en dos fases, una objetiva y otra subjetiva. La primera viene representada por la presencia de una práctica reiterada y constante. La segunda se encuentra comprendida por nuestra conocida *opinio juris sive necessitatis*. Ambas importan para la doctrina y *ante ella han de tener igual valor*. No es posible hablar de una costumbre en ausencia de una práctica, aun cuando exista 'convicción de imperativo', como tampoco se puede pretender que una norma consuetudinaria se funde sólo en la práctica con independencia de las consideraciones subjetivas, de orden jurídico, de los Estados que las adoptan. Controvertida en doctrina, la teoría de los dos elementos de la costumbre pronto pasó a ser recogida por la jurisprudencia. Esta última, desarrollándola en el tiempo, llevó a cabo una sistemática exposición de los efectos de esta representación de la realidad consuetudinaria, al punto de convertirle —a la teoría dual— en un 'dato-base no controvertido' entre los autores hasta no hace poco tiempo.

4. LA *OPINIO JURIS* EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA HASTA 1969

Fue la Corte Permanente de Justicia Internacional quien en su sentencia del 7 de septiembre de 1927 señaló que para dar por establecida una costumbre —en este caso, una que atribuyera al Estado del pabellón la competencia en materia de crímenes o simples delitos cometidos en alta mar— era necesario que la práctica (en este caso, las abstenciones) reflejara la convicción de estar cumpliendo un imperativo de derecho, desechando de esta forma la alegación francesa de existir una costumbre de tal naturaleza —un deber de abstenerse— en este caso:

"En la opinión de la Corte, tal conclusión no tiene fundamento. Aún cuando si la rareza de las decisiones judiciales que pueden encontrarse en los anales de jurisprudencia fuera prueba suficiente del hecho invocado por el agente del gobierno francés, ello simplemente significaría que los Estados se han

suficiente para engendrar la norma consuetudinaria; es necesario que el autor de dichos actos tenga la intención, al ejecutarlos, de cumplir una obligación 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". El destacado es nuestro.

Lo mismo ocurre con KELSEN. Este, en su obra *Principios de Derecho Internacional Público*, 1952, señala lo que sigue: "Deben (los Estados) estar persuadidos que están aplicando una norma, pero no necesitan creer que se trata de una norma jurídica. Tienen que considerar su conducta como obligatoria o correcta. Si la conducta de los Estados no está acompañada por la opinión que esa conducta es obligatoria o correcta, se establece lo que se llama "uso" pero no una costumbre, creadora de derecho". De esta forma, aunque sin concederle la extensión general que le asigna la doctrina, Kelsen reconoce la existencia de este segundo elemento, pero sin exigir de dicha convicción una 'creencia jurídica'. Esto lo hace para concordar esta visión con su esquema normativo que toma a la costumbre como base del derecho internacional general. KELSEN, Hans. *Principios de Derecho Internacional Público*. Ed. El Ateneo. 1965, p. 263.

abstenido, en el hecho, de ejercer sus jurisdicciones penales y no que ellos se reconozcan obligados a hacerlo. Solamente si la abstención ha sido motivada por la conciencia de un deber de abstenerse, podría hablarse de costumbre internacional. Los hechos alegados no permiten concluir que los Estados hayan estado conscientes de semejante deber; por el contrario, como se puede ver, existen circunstancias que llevan a la persuasión contraria... ”⁷
... “no existe regla de derecho internacional, relativa a los casos de abordaje, que reserve la jurisdicción penal a la competencia exclusiva del Estado del pabellón ”⁸.

Con posterioridad, la Corte Internacional de Justicia en su sentencia sobre el caso del Asilo “Haya de la Torre” —sentencia del 20 de noviembre de 1950— debió pronunciarse acerca de la existencia de una costumbre local en materia de asilo diplomático.

Perú en su contramemoria —su agente ante la Corte fue el jurista Georges Scelle—, desechando la obligatoriedad de la antedicha pretendida costumbre, acudió conceptualmente al esquema dual:

“...para probar la existencia de la regla, es necesario establecer la coexistencia de los elementos formatrices que el artículo 38 b sintetiza en estos términos, para resaltar de mejor manera la necesidad de su conjunción: “práctica aceptada como derecho”, tradicionalmente se ha acordado reconocer y distinguir estos dos elementos formatrices bajo los términos de: a) consuetudo o repetición de comportamientos concordantes por los diversos sujetos de derecho internacional, especialmente los gobiernos y órganos del Estado; b) ...l’opinio juris sive necessitatis, es decir, la conciencia que tienen los sujetos de derecho activos de obedecer a las necesidades sociales, esto es, el derecho, que, como en todo sistema jurídico, en él encuentra su expresión ”⁹.

En el fallo el Tribunal reconoce ambas categorías. Así, señala que para ser la costumbre local oponible a un Estado, éste debe adherir por “su actitud”, exigiendo de esta forma un reconocimiento tácito a la norma y con ello la presencia de la *opinio juris sive necessitatis*.

“La parte que invoca una costumbre de esta naturaleza debe probar que ella está constituida de tal forma que se ha convertido en obligatoria para la otra parte. El gobierno de Colombia debe probar que esta práctica traduce un derecho perteneciente al Estado que otorga el asilo y un deber que incumba al Estado territorial. Esto fluye del artículo 38 del Estatuto de la Corte, que hace mención de la costumbre internacional ‘como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho ’ ”¹⁰.

⁷ C.P.J.I., Serie A Nº 10, p. 28. El destacado y la traducción son nuestros.

⁸ Ibid., p. 30. La traducción es nuestra.

⁹ Affaire du droit d’asile (Colombia-Perú). Contre-Mémoire Pérou, C.I.J., Mémoires, Plaidoiries et Documents, vol. I, pp. 118-119. Citado por HAGGENMACHER, ob. cit., p. 44. La traducción es nuestra.

¹⁰ C.I.J., Recueil. 1950, pp. 276-277. La traducción es nuestra.

La rápida ratificación de textos convencionales realizada por ciertos Estados de la región, hecho invocado como precedente por el Gobierno colombiano, al parecer de la Corte, obedecía más bien a consideraciones de oportunidad política que a la existencia de una convicción jurídica que pudiera probar la presencia de una costumbre regional a este respecto. Con ello, y ante la ausencia de la *opinio juris sive necessitatis*, el Tribunal refutó la tesis colombiana en el sentido de invocar una pretendida costumbre local en materia de asilo diplomático consistente en la competencia unilateral del Estado que concede el asilo para calificar la naturaleza del delito (político o común), competencia obligatoria para el otro Estado, en este caso el Perú.

En el asunto relativo a "*Los derechos de los ciudadanos de Estados Unidos de América en Marruecos*" (Francia-Estados Unidos), la Corte en su fallo de fecha 27 de agosto de 1952 rechazó la pretensión estadounidense de fundar su jurisdicción consular en una costumbre local bilateral, al constatar el Tribunal que la práctica seguida en este caso correspondía más bien a una tolerancia "*gracieuse*" que a una convicción imperativa.

... "el estado de cosas después de la cual los Estados Unidos han continuado, después de 1937, ejerciendo la jurisdicción consular, ha de aparecer con la naturaleza de un estado de cosas provisorio, tácitamente aceptado por las autoridades de Marruecos"¹¹.

La Corte Internacional, en 1960 —sentencia del 12 de abril—, al fallar sobre el caso del *derecho de paso* (fondo, entre India y Portugal) exige que una práctica —*prolongée et continue*— para que sea base de derechos y obligaciones recíprocas entre dos Estados debe de ser: ... "*accepté par eux comme régissant leurs rapports*"¹². También en su sentencia relativa al *Estatuto de Africa Sudoccidental* (18 de julio de 1966) el Tribunal Internacional estableció que la práctica debe tener expresión "*y una forma jurídica*"¹³.

Con todo, este desarrollo jurisprudencial acerca de la *opinio juris*, como señala Marek¹⁴, carecía de una preocupación específica acerca de la *racionalidad* de su exigencia como segundo elemento de la norma consuetudinaria.

Ello llevó a que parte de la doctrina retomara la bandera crítica al esquema dual. Invocando distintas razones, autores como McDougal¹⁵, Zdenek Slouke, Herbert Günther y Anthony D'Amato¹⁶ expresaron sus reservas acerca de la

¹¹ C.I.J. *Recueil*. 1952, p. 200. La traducción es nuestra.

¹² C.I.J. *Rec.* 1960, p. 39.

¹³ C.I.J. *Rec.* 1966, p. 34.

¹⁴ MAREK, Kristyna. Le Problème de Sources du Droit International dans l'arrêt sur le plateau continental de la mer du Nord. *Revue Belge de Droit International*, 1970-71, p. 55. De la misma manera opina Haggenmacher, específicamente en relación a la sentencia relativa al caso "Asilo". Ob. cit., pp. 49 y ss.

¹⁵ MCDUGAL, Myres S. "The Hydrogen Bom Tests and the International Law of the Sea". *American Journal of International Law*. Nº 49, año 1955, pp. 356-361.

¹⁶ SLOUKE, Z.S. *International Custom and the Continental Shelf*, La Haya, 1968, pp. 15-18 y 169-175. GÜNTHER, *Zur Entsehung von Völkerwohnheitsrecht*, Berlin, 1970, p. 37 a 49 y 149 a 154; y D'AMATO, *The Concept of Custom in International Law*. Ithaca and London, 1971, pp. 73-87. Todos citados por HAGGENMACHER, ob. cit., p. 8.

necesidad de un segundo elemento, y aún más de un esquema teórico para la representación del fenómeno consuetudinario. Esta incipiente evolución doctrinaria se vio tronchada por el ahora clásico *dictum* de la Corte en su fallo sobre la *plataforma continental del Mar del Norte*.

5. LA RACIONALIDAD DE LA *OPINIO JURIS* Y EL CASO DE LA PLATAFORMA CONTINENTAL DEL MAR DEL NORTE

Hoy resulta más difícil desestimar al elemento psicológico en la norma consuetudinaria. La Corte Internacional de Justicia, consciente de la discusión doctrinal y el empleo a veces desconcertante que ella misma había hecho en anteriores fallos de los términos "uso" y "costumbre" —casos del *derecho de asilo* y de los *Ciudadanos Estadounidenses en Marruecos*, por ejemplo—, terminó por explicitar la *racionalidad* de la *opinio juris*, abundando en consideraciones acerca de ella, en su sentencia sobre *La plataforma continental del Mar del Norte* (20 de febrero de 1969). (República Federal de Alemania con Dinamarca y los Países Bajos).

En compromisos idénticos celebrados por la República Federal de Alemania con Dinamarca y los Países Bajos (Holanda) se sometía a la Corte, en sus respectivos artículos primero, el conocimiento de la siguiente controversia. Se trataba de determinar cuáles serían "los principios y las reglas del derecho internacional aplicables a la delimitación entre las partes de las zonas de la plataforma continental del Mar del Norte relevantes de cada una de ellas, de la 'otra parte' de la línea de delimitación parcial determinada por la Convención del 9 de junio de 1965".

La tarea de la Corte, determinada por los compromisos, permitió al Tribunal Internacional abocarse al conocimiento y aplicación de toda eventual fuente dentro y fuera de las señaladas por el artículo 38 de su propio Estatuto. En el hecho, la Corte se preocupó principalmente de dos fuentes: la costumbre y el tratado, y de la interacción entre ambas.

En lo que respecta a la delimitación de la plataforma continental del Mar del Norte, las tesis en discusión y sostenidas por las partes en este proceso eran las siguientes: Dinamarca y los Países Bajos argumentaban que el principio de la equidistancia, contenido en el artículo sexto de la Convención de Ginebra de 1958 sobre plataforma continental, era el método a aplicar en tal delimitación. Alemania (República Federal), por el contrario, rechazaba la aplicación del principio de la equidistancia en dicha demarcación. Alemania no había ratificado dicha Convención.

Al no ser parte Alemania Federal en dicha Convención, y al no derivarse de su comportamiento la figura del *estoppel*, el Tribunal debió analizar tres posibles hipótesis de oponibilidad a este país del principio de equidistancia, todas ellas relacionadas con la costumbre.

La primera: si la Convención sobre la plataforma continental habría *codificado* derecho consuetudinario aplicable a la cuestión; la segunda: si la Convención habría *crystalizado* derecho consuetudinario en vías de formación sobre esta materia, y la tercera: si en definitiva el principio de la equidistancia había adquirido, con posterioridad a la Convención, los caracteres propios de la costumbre, precipitando el artículo 6 de la Convención de la plataforma continental un efecto *generador* normativo consuetudinario.

Todas estas argumentaciones fueron presentadas por Dinamarca y los Países Bajos en el curso del proceso ante el Tribunal.

La Corte, insistiendo en su búsqueda de 'una regla de derecho', rechazó tales hipótesis, no porque desconociera la existencia de procesos de codificación, cristalización y de generación consuetudinaria —efectos que estudiaremos más adelante—, sino porque en el caso no se daban los presupuestos de hecho de tales hipótesis normativas.

En el desarrollo que la Corte hace de las razones de su rechazo, explicita la *racionalidad* de la distinción de un elemento psicológico en la costumbre. El Tribunal Internacional señala en el fallo que *cualesquiera que sean las dificultades de prueba respecto a la norma consuetudinaria, es necesaria la opinio juris para distinguir la violación de una regla de derecho de la de un mero uso*. Así, la necesidad de un elemento subjetivo en la costumbre no sólo es precisa en un plano teórico sino práctico.

...“*estos actos, aún considerados globalmente, no son suficientes en sí mismos para constituir l'opinio juris porque para llegar a este resultado, dos condiciones deben ser cumplidas. No solamente los actos considerados deben representar una práctica constante, sino que por otra parte ellos deben testimoniar, por la naturaleza y la manera en que son efectuados, la convicción de que esta práctica se vuelve obligatoria por la existencia de una regla de derecho. La necesidad de semejante convicción, es decir la existencia de un elemento subjetivo, está implícita en la noción misma de la opinio juris sive necessitatis. (...) Ni la frecuencia ni el mismo carácter habitual de los actos es suficiente. Existen numerosos actos internacionales, en el ámbito del protocolo, por ejemplo, que son realizados invariablemente pero están motivados por simples consideraciones de cortesía, de oportunidad o de tradición y no por el sentimiento de una obligación jurídica*”¹⁷.

Esto es, sean cuales fueren las objeciones que la doctrina hiciera a la necesidad de un elemento psicológico en la costumbre —en especial, como señalamos, acerca de su dificultad de prueba—, la Corte en el fallo sobre *l'plateau continental de la mer du Nord* ha estimado indispensable a la *opinio juris* como criterio *diferenciador* en el dominio de la responsabilidad internacional, por cuanto sólo le es reprochable a un Estado una infracción al derecho internacional en materia consuetudinaria cuando este Estado ha violado una regla de derecho entendida como *imperativo jurídico* y no como una simple práctica no vinculante.

En definitiva, los autores críticos de la noción de *opinio juris* han debido rendirse ante esta exigencia, quedando por de pronto sólo latente la crítica —que se haría efectiva a posteriori— al esquema dual en sí.

6. LA OPINIO JURIS EN LA JURISPRUDENCIA CON POSTERIORIDAD A 1969

Como se ha señalado, la necesidad del elemento subjetivo fue expresamente afirmada por la sentencia dictada en el caso de *la plataforma continental del Mar del Norte* el 20 de febrero de 1969.

Con posterioridad la Corte Internacional de Justicia, tanto en sus fallos de mayoría como en sus opiniones individuales, ha empleado en repetidas oportu-

¹⁷ C.I.J. Rec. 1969, p. 44. La traducción es nuestra.

nidades la expresión *opinio juris sive necessitatis*, justificando su presencia como segundo elemento de la costumbre internacional. Para la Corte, entonces, no hay de esta manera dudas acerca de su existencia, una vez asentada por su propia jurisprudencia su racionalidad.

6.1 *Sentencia sobre competencia en materia de Pesquerías (Pesquerías Islandesas) y la Opinión Consultiva sobre el Sahara Occidental*

6.1.1 *Sentencia sobre competencia en materia de Pesquerías (Pesquerías Islandesas). Opinión individual del juez De Castro.*

En el caso sobre “Competencia en materia de Pesquerías” (1974) el juez De Castro, en su opinión individual, señala que en definitiva la *generalidad* de la norma consuetudinaria está fundada precisamente en su validez y ésta se deriva de la *opinio juris* como expresión de la conciencia del imperativo jurídico.

*“El derecho internacional consuetudinario no ha de ser probado: él tiene un carácter de generalidad y él está fundado sobre la convicción general de su validez (opinio juris). La Corte debe aplicarle de oficio, ella tiene el deber de conocerla como quaestio iuris; iura novit curia”*¹⁸.

En esta opinión individual, el juez De Castro, concordando y explicitando el fallo de mayoría, acude a lo señalado por Savigny a propósito de la diferencia entre el mero uso y la costumbre. Para éste, la norma consuetudinaria se distinguiría del uso por la existencia de una “comunidad de convicciones”. Sin embargo, y coincidiendo con la jurisprudencia de la misma Corte a este respecto, De Castro explica la relación entre esta *opinio communis* y la noción de *opinio juris*:

*“Savigny nos enseñó que la práctica (los usos) no son el fundamento del derecho consuetudinario, pero que es el signo por el cual podemos conocer la existencia de una costumbre. La costumbre es producida por la comunidad de convicciones, no por la voluntad de los hombres. (...) Para imponerse como regla jurídica, la convicción general (opinio communis) no tiene que cumplir todas las condiciones necesarias al nacimiento de una costumbre. Es esto lo que explica el valor de la opinio juris, y que le da a un acto único la posibilidad de devenir en el “punto de partida en la elaboración de derecho positivo”” (C.I.J. Recueil 1969, pp. 32-33)*¹⁹.

De Castro cita —como vemos— en su opinión individual el *obiter dictum* de la Corte en el caso ‘plataforma’ que atribuye a la *opinio juris* la cualidad de convertir a una mera práctica en punto de partida de una regla de derecho.

¹⁸ Competence en matière de pêcheries (Rouyame-Uni c. Islande) (fond) (Arrêt du 25 juillet 1974) Opinion individuelle de M. de Castro. Recueil 1974, p. 79. La traducción es nuestra.

¹⁹ Recueil, 1974, p. 100. La traducción es nuestra.

6.1.2 Sahara Occidental. Opinión individual del juez Dillard.

La jurisprudencia, que de manera tangencial en los primeros fallos relativos a la costumbre —*Lotus, Asilo, Caso de los derechos de los ciudadanos de Estados Unidos de América en Marruecos*— había acudido a nociones de imperatividad en un plano subjetivo, no duda, con posterioridad al fallo sobre la plataforma continental del Mar del Norte, en emplear conceptual y terminológicamente la noción de *opinio juris*.

Así el juez Dillard, en su opinión individual en *Sahara Occidental, ordonnance du 22 Mai 1975* (opinión consultiva), acude a la noción de *opinio juris* al explicar las distintas teorías que existen respecto a los efectos de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y específicamente aquella tesis que le atribuye a dichas declaraciones la posibilidad de expresar el elemento subjetivo de la costumbre.

...“el efecto acumulativo de numerosas resoluciones de un contenido semejante, votadas por una fuerte mayoría y frecuentemente reiteradas durante un cierto lapso de tiempo, pueden devenir en la expresión de una *opinio juris* y constituir de este modo una norma de derecho consuetudinario internacional”²⁰.

6.2.1 Sentencia sobre delimitación de la plataforma continental (Libia-Malta).

Con fecha 3 de junio de 1985, la Corte Internacional de Justicia dictó sentencia sobre un conflicto de delimitación de la plataforma continental entre la República Árabe Libia y Malta.

Planteado el diferendo de delimitación de plataforma continental entre los dos Estados, éstos firmaron un compromiso sometiendo el asunto al fallo de la Corte Internacional. En su traducción en lengua francesa el Compromiso —de fecha 23 de mayo de 1976— en su artículo I señala:

“La Corte ha sido llamada a decidir la siguiente cuestión:

*Cuáles son los principios y las reglas de derecho internacional que son aplicables a la delimitación de la zona de la plataforma continental concerniente a la República de Malta y de la zona de plataforma continental concerniente a la República Árabe-Libia (...)*²¹.

De esta forma, quedaba entregada la Corte a la búsqueda de un ‘regla de derecho’ —de manera similar al caso de *l’plateau continental de la mer du Nord*— que fijara los principios de delimitación de la plataforma común en disputa. En particular, se trataba de la búsqueda de una norma consuetudinaria:

“La Corte ha tenido de este modo la ocasión de tomar nota del cambio intervenido en el derecho consuetudinario relativo al derecho consuetudinario

²⁰ C.I.J. *Recueil*, 1975, p. 121. La traducción es nuestra.

²¹ *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte) arrêt du 3 juin 1985*. C.I.J. *Recueil*, 1985, p. 55. La traducción es nuestra.

relativo a la plataforma continental, que consagran los artículos 76 y 83 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar"²².

En definitiva el Tribunal expresa en su fallo que la búsqueda de un derecho consuetudinario pasaba en primer lugar por el reconocimiento de una práctica estatal acompañada de una *opinio juris*, sin perjuicio de que el desarrollo del derecho consuetudinario o determinadas reglas derivadas de la costumbre pudieran quedar registradas en convenciones internacionales multilaterales, en este caso la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar:

*"Es bien evidente que la sustancia del derecho internacional consuetudinario debe ser buscada en primer lugar en la práctica efectiva y la opinio juris de los Estados, máxime si las convenciones multilaterales pueden tener un rol importante a jugar en registrar y definir las reglas derivadas de la costumbre o asimismo en desarrollarlas"*²³.

Así, las consideraciones generales que la Corte hiciera en 1969 respecto a la *opinio juris* se reiteran en este fallo. Es el elemento subjetivo de la costumbre el que distingue en un plano de *imperatividad* a esta fuente del derecho internacional y como factor distintivo debe probarse a cabalidad.

6.2.2 Opinión individual del juez Sette-Camara.

El juez Sette-Camara, vicepresidente de la Corte, en su opinión individual en este caso, distingue el valor que en definitiva pueda asignársele a las disposiciones de la Convención del Derecho del Mar en lo que respecta a normas consuetudinarias sobre la delimitación de la plataforma continental en caso de conflicto:

*"...La única regla de derecho internacional consuetudinario que podemos retener en este artículo" (76, párrafos 1 y 5) "es, en mi opinión, la vieja regla de la prolongación natural. En cuanto al resto, falta la prueba de la opinio juris sive necessitatis y del usus. (...) No hay decisiones internacionales que reconozcan estos criterios de distancia. Se puede, en apoyo del criterio de la distancia, hablar de razones de oportunidad política y diplomática. Pero no se puede invocar la opinio juris sive necessitatis"*²⁴.

Sette-Camara de esta forma —y a propósito del principio de distancia establecido por la Convención del Derecho del Mar— repite consideraciones parecidas a las expresadas por la Corte en el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte donde señalaba que la *opinio juris* correspondía a una exigencia distinta y a un 'sentimiento' diferente a los criterios de oportunidad política y diplomática:

²² *Ibidem*. La traducción es nuestra.

²³ C.I.J. *Recueil*, 1985, pp. 29-30. La traducción es nuestra.

²⁴ C.I.J. *Recueil*, 1985, p. 69. La traducción es nuestra.

“existen numerosos actos internacionales, en el ámbito del protocolo, por ejemplo, que son realizados invariablemente pero están motivados por simples consideraciones de cortesía, de oportunidad o de tradición y no por el sentimiento de una obligación jurídica”²⁵.

6.2.3 Sentencia relativa a las actividades militares y paramilitares en y en contra de Nicaragua.

Como parte de sus consideraciones al analizar las eventuales violaciones de Estados Unidos al derecho internacional consuetudinario impugnadas por el gobierno de Nicaragua, la Corte en el fallo declara que si bien no puede decidir si el comportamiento de Estados Unidos violaba o no la Carta de las Naciones Unidas o la de la Organización de los Estados Americanos por entrar en juego una reserva relativa a los tratados multilaterales realizada por los Estados Unidos al aceptar la jurisdicción obligatoria de la Corte, aún así le era lícito al Tribunal Internacional el contemplar el contenido de derecho consuetudinario de dichas convenciones que se había infringido.

En esto, la Corte coloca especial énfasis en la búsqueda de la práctica y de la *opinio juris sive necessitatis*:

“La Corte debe ahora identificar las reglas del derecho internacional consuetudinario aplicables al presente diferendo. Para ello, deberá examinar la práctica y la opinio juris de los Estados”²⁶.

Tal búsqueda la realiza el Tribunal Internacional con independencia de lo que en definitiva puedan haber acordado las partes. En el caso, tanto Estados Unidos como Nicaragua habían concordado —durante la discusión respecto a la competencia de la Corte— en que buena parte del derecho consuetudinario aplicable al caso se encontraba ‘recopilado’ en convenciones multilaterales. A juicio de la Corte, esto no le eximía de la búsqueda de la prueba consuetudinaria, en especial de la prueba de la *opinio juris*:

...“en el dominio del derecho internacional consuetudinario no es suficiente que las partes tengan la misma opinión acerca del contenido de aquellas que consideran como reglas. La Corte debe asegurarse que la existencia de la regla en la opinio juris de los Estados esté confirmada por la práctica”²⁷.

La Corte hace uso de la noción de *opinio juris* como elemento subjetivo de la norma consuetudinaria en repetidas oportunidades. Esto es así porque en definitiva el Tribunal debió acudir a la *opinio juris* para discriminar costumbres obligatorias para las partes con independencia de toda norma estrictamente convencional.

“En el presente diferendo la Corte (...), no puede ignorar el hecho de que las partes se encuentran ligadas por estas reglas (no uso de la fuerza y la no

²⁵ C.I.J. *Recueil*, 1969, p. 44. La traducción es nuestra.

²⁶ C.I.J. *Recueil*, 1986, p. 97. La traducción es nuestra.

²⁷ C.I.J. *Recueil*, 1986, p. 98. La traducción es nuestra.

intervención)' bien sobre el plano convencional como sobre el plano consuetudinario. (...) Es a la luz de este 'elemento subjetivo' —según la expresión empleada por la Corte en su sentencia de 1969 en los *affaires du plateau continental de la mer du Nord* (C.I.J. Recueil, 1969, p. 44) que la Corte debe evaluar la práctica pertinente²⁸.

Abocada de esta manera a la búsqueda de normas consuetudinarias —en especial en materias como la prohibición del empleo de la fuerza y la no intervención en los asuntos internos de los Estados—, el Tribunal Internacional debió ponderar caso a caso el valor imperativo de cada presunta práctica consuetudinaria al respecto y en especial el grado de 'reconocimiento convencional' a normas consuetudinarias sobre estas materias, con un alto grado de exhaustividad, que, desde luego, merece un desarrollo aparte al de este artículo. Con todo, este fallo reitera la tesis dual, al menos formalmente, y enfatiza la importancia de su elemento subjetivo.

Resumiendo, el tratamiento que la Corte Internacional de Justicia ha hecho de la norma consuetudinaria y de la noción de *opinio juris* con posterioridad a 1969 ha confirmado los criterios que sobre este elemento de la costumbre había definido la Corte en la sentencia sobre la *plataforma continental del Mar del Norte*. Sin embargo, es posible constatar que el equilibrio inicial "uso-opinio" asentado por la Corte en 1969 tiende con posterioridad a inclinarse en beneficio del elemento psicológico de la norma consuetudinaria.

7. LA OPINIO JURIS Y SU PRUEBA

Ya se señalaron de manera general, al tratar del surgimiento de la noción de *opinio juris sive necessitatis*, las objeciones realizadas por los autores contrarios a la necesidad de un elemento subjetivo en la costumbre. En particular, dichas objeciones decían relación con la prueba de un elemento de esta naturaleza. La subjetividad exigida respecto de los precedentes —señalan estos autores— sería difícilmente probable y dudosa. La formalidad de muchos de los actos invocados como práctica acarrearía la imposibilidad del análisis subjetivo de las motivaciones de dichos actos. Citando a Cahier, Sorensen formula la siguiente pregunta: "¿Cómo es posible afirmar que cuando un gobierno confiere inmunidad judicial a un agente diplomático extranjero, lo hace porque cree estar obligado a ello por una regla de derecho internacional, pero que en cambio —por lo menos antes de haber entrado en vigor la Convención de Viena— cuando le concede un privilegio fiscal, no lo hace motivado por una convicción similar, sino sólo por cortesía?"²⁹.

Estas dificultades alegadas por parte de la doctrina respecto de la prueba de la *opinio juris* deben ser, dado el actual estado de la jurisprudencia, consideradas como inquietudes de alguna manera superadas. En efecto, la prueba del elemento subjetivo de la costumbre internacional —esto es, la consideración por parte de un Estado de estar cumpliendo un *imperativo jurídico* al llevar a cabo determinada práctica o de encontrarse bajo el amparo de un derecho— no ha significado

²⁸ C.I.J. Recueil, 1986, p. 98. La traducción es nuestra.

²⁹ SORENSEN, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*. Fondo de Cultura Económica. México, 1973, p. 109.

para la Corte Internacional de Justicia los problemas que esos autores le vaticinaran. Como se ha expresado aquí, la práctica consuetudinaria —y por ende su prueba— debe acarrear de suyo la evidencia de la *opinio juris* si esta práctica quiere ser considerada como *precedente*.

Quedó asentado por el Tribunal Internacional en el caso de *La plataforma continental del Mar del Norte* que la presencia de la *opinio juris* es esencial para afirmar la *imperatividad* de una supuesta norma consuetudinaria. De esta forma, lo que antaño bastaba para configurar la costumbre —actos estatales, diplomáticos, declaraciones, etc.— hoy debe pasar por el cedazo de la conciencia subjetiva de la imperatividad. Como expresa en su opinión individual el juez Sette-Camara, en la sentencia sobre plataforma continental (*Jamahiriya arabe libyenne/Malte, 3 juin 1985*), ya citado, tal criterio subjetivo es indispensable para distinguir criterios de oportunidad diplomática o política en la práctica invocada. Así, respecto a la existencia de una norma consuetudinaria relativa a la distancia en cuanto a la delimitación de la plataforma continental, señala:

*“Se puede, en apoyo del principio de la equidistancia, hablar de razones de oportunidad política y diplomática. Pero no se puede invocar la opinio juris sive necessitatis”*³⁰.

La misma Corte con posterioridad, en el fallo de mayoría sobre el *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)* [*Fond. arrêt du 27 juin 1986*] ha reiterado la doctrina que en este respecto ha ilustrado a la jurisprudencia con posterioridad al caso *Lotus* y que se consolidó con el fallo sobre *La plataforma continental del Mar del Norte*.

Marek, en su estudio sobre la sentencia de la *plataforma continental del Mar del Norte* resume las exigencias de la Corte en materia de prueba de la costumbre: 1. Práctica uniforme y constante. 2. *Opinio juris*; y 3. Situaciones de hecho análogas (si no idénticas) para atribuir a la práctica invocada el carácter de precedente. Se pregunta la autora si “la Corte atenuará sus exigencias sobre este punto —la exigencia de la *opinio juris*— a la luz de una práctica que responda a la primera y tercera condición de una manera particularmente clara y evidente”³¹.

Ciertamente, la Corte, sin abandonar la necesidad de la *opinio juris*, en su desarrollo posterior ha dejado de lado el sólo examen de los precedentes en su búsqueda de la prueba del elemento subjetivo de la costumbre. Como señala Rosseau:

“Ante la dificultad de demostrar de una manera directa y positiva la existencia de la opinio juris, la jurisprudencia internacional ha sido inducida a hacer prueba de un cierto liberalismo. (...) (con) una gran libertad de apreciación, deduce cada vez la presencia del elemento psicológico inherente a la costumbre internacional del conjunto de circunstancias que rodean la actividad de los Estados

³⁰ C.I.J. *Recueil*, 1985, p. 69. La traducción es nuestra.

³¹ MAREK, Kristyna. Le Problème de Sources du Droit International dans l'arrêt sur le plateau continental de la mer du Nord. *Revue Belge de Droit International*, 1970-71, p. 64. La traducción es nuestra.

interesados; sucesión de hechos análogos, la existencia de una práctica uniforme y constante, importancia del número de los Estados partes en un tratado multilateral creador de derecho nuevo, etc."³².

Reiterada entonces por el Tribunal la necesidad del elemento subjetivo, ha de buscarse la prueba de la *opinio juris* no sólo en el conjunto de los precedentes invocados sino también en todo aquello que revele (directa o indirectamente) si el comportamiento del Estado importa o no el cumplimiento de una obligación o el ejercicio de un derecho. Dicha posibilidad permite, por sobre todo, superar las objeciones iniciales a su verificación.

8. *ONUS PROBANDI* Y RIGOR PROBATORIO

Corresponde aquí analizar las reglas que incumben al peso de la prueba respecto de la *opinio juris*. En términos generales, podemos señalar que la carga de su prueba concierne a aquel Estado que alega su existencia, si bien es obligación de todas las partes el colaborar con el Tribunal en la producción de las pruebas del proceso. En este sentido, hemos de dar por superada la controversia doctrinal en cuanto a si este segundo elemento de la norma consuetudinaria se presume o no, conformándonos con la exigencia de su prueba afirmada reiteradamente por la jurisprudencia.

Hablar de la prueba de la *opinio juris*, ciertamente equivale a hablar de la prueba de la costumbre. Hasta tal punto opera la identificación, que la exigencia de la práctica viene dada por la necesidad de verificación del elemento subjetivo. Ahora bien, en lo que concierne a la *opinio* trataremos aquí de determinar si las reglas arriba enunciadas en cuanto a su necesidad —y el rigor de su prueba— sufren modificaciones en relación a las distintas modalidades de normas consuetudinarias.

8.1 *La prueba de la opinio juris en las reglas impositivas y reglas permisivas*

Tratándose de este tipo de reglas, procede hacer la siguiente distinción: En la prueba de reglas *impositivas* —esto es, aquellas que imponen el cumplimiento de una obligación internacional— es necesario discriminar si la aquiescencia a la supuesta norma consuetudinaria y las conductas estatales que se conforman a ella obedecen o no a una consideración de *imperatividad* o si sólo corresponden a una actuación facultativa³³. En tal sentido, el rigor en la prueba de la *opinio juris* respecto de normas imperativas es esencial para efectos de su caracterización como regla consuetudinaria.

No ocurre lo mismo en el caso de las reglas *permisivas*. Aquí basta con acreditar que —como señala Akehurst— “algunos Estados han actuado en (sic) forma determinada y que otros Estados, cuyos intereses resultarían afectados por dichos actos, no han protestado contra los mismos, es decir, que los restantes Estados

³² ROSSEAU, ob. cit., p. 325. La traducción es nuestra.

³³ En este sentido, AKEHURTS, *Introducción al Derecho Internacional*. Madrid, 1972, p. 55.

han dado aquiescencia a tal comportamiento"³⁴. Sin desligarse de la necesidad de la *opinio juris*, la prueba de ese elemento se atenuará ante la presencia de una práctica que corresponda a lo arriba citado.

8.2 Costumbre *in fieri* y costumbre establecida

La distinción entre costumbre *in fieri* —en formación— y costumbres establecidas, estudiada al analizar la costumbre internacional y el consentimiento del Estado, es aplicable aquí en relación con el rigor de la prueba de la *opinio juris sive necessitatis*.

En efecto, en el caso de una norma consuetudinaria *in fieri* la prueba de la *opinio juris* ha de ser necesariamente rigurosa. Una regla consuetudinaria en formación, para ser oponible a un Estado que no participa ni ha participado en su proceso creativo, debe contar con el reconocimiento —expresado o tácito— por parte de dicho Estado a esa norma y en caso alguno puede dicha norma vincularle si éste expresamente le rechaza.

Así lo ha sancionado claramente la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia sobre el caso del Asilo "Haya de la Torre" —sentencia del 20 de noviembre de 1950— pronunciándose acerca de la existencia de una costumbre local. En este fallo —ya citado anteriormente— el Tribunal expresa que:

*"la parte que invoca una costumbre de esta naturaleza debe probar que ella está constituida de tal manera que se ha convertido en obligatoria para la otra parte"*³⁵.

De esta forma la prueba de la *opinio juris* respecto de costumbres 'de esta naturaleza' ha de ser necesariamente rigurosa dada su relación —en esta etapa formativa— con el consentimiento estatal.

De manera distinta ocurre en el caso de una costumbre *establecida*. La validez normativa de una costumbre de este tipo no depende —en principio— del consentimiento de los Estados que no han participado en su formación. Como señala Carrillo Salcedo, esto ocurre así "pues es la efectividad la que fundamenta la validez de las reglas consuetudinarias generales, al mismo tiempo que condiciona su formación"³⁶.

La relación que existe entre el consentimiento estatal y esta norma consuetudinaria establecida viene dada por la posibilidad que surja una nueva regla —costumbre *in fieri*— contraria a ella y que sea consentida por el Estado. Tal situación va a expresar una voluntad de cambio de la norma previa.

Aquí la *opinio juris* importa en cuanto la práctica contraria a la costumbre establecida no refleje la conciencia de estarse creando una norma distinta. Es por ello que en el caso de una norma consuetudinaria *establecida*, la práctica correspondiente no debe ser rigurosamente conforme a dicha norma.

³⁴ Ob. cit., p. 55.

³⁵ C.I.J. *Recueil*, 1950, pp. 276-277. La traducción es nuestra.

³⁶ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía de Estado y Derecho Internacional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1976, p.113.

Así lo ha señalado la Corte en su reciente fallo de mayoría sobre el *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)* [Fond. arrêt du 27 juin 1986]:

*"Pareciera suficiente, para deducir la existencia de reglas consuetudinarias, que los Estados conformen a ella su conducta general y que traten ellos mismos los comportamientos no conformes a la regla en cuestión como violaciones de ella y no como manifestaciones del reconocimiento de una nueva regla"*³⁷.

En este punto la prueba del elemento subjetivo en la costumbre establecida se diferencia de manera radical con el papel de la *opinio juris* en la costumbre *in fieri*. El hecho de que un Estado se comporte de una manera aparentemente inconciliable con una norma consuetudinaria establecida, pero invocando excepciones o justificaciones supuestamente contenidas en la norma —señala la Corte—, no hará sino confirmar dicha costumbre, cuando ese Estado en definitiva no pueda justificarse al amparo de sus alegaciones:

*"Si un Estado se comporta de una manera aparentemente inconciliable con la regla reconocida, pero defiende su conducta invocando excepciones o justificaciones contenidas en la regla misma, con ello resulta una confirmación más que una debilitación de la regla, y la actitud del Estado no puede justificarse sobre esta base"*³⁸.

Así, sin dejar de lado la exigencia de la *opinio juris* en la costumbre establecida, ésta no aparece —en cuanto a su prueba— como rigurosamente imprescindible para vincular a los Estados que no han participado en su formación, sino en cuanto éstos no manifiesten una conciencia jurídica contraria. En tal caso existirá un evidente contraste entre una nueva convicción de imperativo jurídico respecto de una nueva regla y el —si se quiere decir— 'abandono' de la *opinio juris* anterior.

8.3 El Estado recalcitrante (*Persistent objector*)

¿Qué ocurre con el Estado recalcitrante? Tal situación está íntimamente relacionada con el papel del consentimiento en la formación de la norma consuetudinaria.

El Estado que constante y persistentemente niega la calidad de norma imperativa —ausencia de *opinio juris*— a una costumbre en formación, en caso alguno puede ser considerado obligado al respeto de dicha regla.

De persistir en dicha actitud, este Estado recalcitrante ha de permanecer fuera del ámbito de obligatoriedad de la norma, no obstante ésta haya alcanzado el carácter de establecida respecto del resto de la comunidad internacional —en el caso de una regla general— o del resto de los Estados a los cuales estaba destinada a regir, en el caso de una costumbre local.

³⁷ C.I.J. *Recueil*, 1986, p. 98. La traducción es nuestra.

³⁸ *Ibid.* La traducción es nuestra.

Esto es así por cuanto la *opinio juris* es distinta a la *opinio communis*. El intérprete —el juez o el Estado— ha de constatar que la convicción se verifique en términos subjetivos individuales. Esto es, ver si el Estado en cuestión concede a la práctica la calidad de norma consuetudinaria, con independencia del reconocimiento que al respecto exista en el resto de la comunidad internacional.

Esta curiosa situación, que ciertamente contraría la aspiración de universalidad de todo orden jurídico, corresponde a la naturaleza *dinámica* del derecho consuetudinario internacional en los términos aquí expuestos: la voluntad contraria a la norma *in fieri* significa una voluntad de mantener el status jurídico vigente.

De la misma forma, la oposición a la regla establecida no ha de admitirse sino en términos de expresar una voluntad creadora normativa³⁹.

Es de esta manera que el fenómeno consuetudinario puede adecuarse más fácilmente a los cambios y equilibrios del orden internacional.

Prosper Weil, a este respecto en una reciente conferencia titulada: ¿Pueden los Estados apartarse de una costumbre internacional?⁴⁰ llega a la siguiente conclusión⁴¹:

(...frente a la solución consensualista —objeción/obstáculo— y la objetivista —mayoría se impone a la minoría—,...) “*Se impone una tercera alternativa: aquella que permite al que objeta mantenerse fuera de la norma, sin por ello constituir obstáculo a su creación. Sólo de esta manera puede ser mantenido el equilibrio entre las exigencias contradictorias de la evolución del derecho consuetudinario y del respeto a la soberanía de los Estados minoritarios*”⁴².

Esto es, coexisten dos sistemas jurídicos: primero, el defendido por el Estado objetor y el segundo constituido por la práctica y la *opinio juris* que afirma la costumbre *in fieri*.

Sin embargo, Weil, enfrentando esta conclusión a casos prácticos, en especial a la situación surgida a raíz de la no adopción por consenso de la Convención del Mar y el problema de la explotación de los fondos marinos, señala que:

“*En semejantes casos, la coexistencia de dos normas diferentes y contradictorias es, efectivamente, impracticable y una debe fatalmente prevalecer sobre la otra. Lógicamente la dificultad no tiene solución ya que el asentimiento de una vale más que la objeción de la otra y recíprocamente. El problema se resolverá, prácticamente, gracias a un juego de consentimiento y de protesta, según la relación de poderes del momento y los intereses de cada cual*”⁴³.

³⁹ Sobre un análisis de las razones *políticas* de la existencia de este mecanismo en la estructura internacional, ver WEIL, Prosper. *La teoría del Objektor Persistente*. Revista Diplomacia, de la Academia de Diplomacia de Chile. Nº 47, 1989, p. 35, párrafo 3 y ss.

⁴⁰ Conferencia dictada el 2 de noviembre de 1988 en la Academia Diplomática de Chile. El profesor Weil, actual director del Instituto de Altos Estudios Internacionales de la Universidad de Derecho, Economía y Ciencias Sociales de París, fue abogado de Chile por más de 15 años, participando en el proceso Beagle y asesorando al Gobierno chileno en la mediación papal.

⁴¹ Referencia de dicha conferencia es su artículo *La Teoría del Objektor Persistente*. Ob. cit., pp. 31-38.

⁴² WEIL, ob. cit., p. 36.

⁴³ WEIL, ob. cit., p. 37.

En este entendido, en nuestra opinión es claramente inconveniente afirmar, como lo hace Weil, la necesidad objetiva de la teoría del "*persistent objector*" —Estado recalcitrante le hemos de llamar aquí—, en cuanto, si bien corresponde al actual estado de cosas en el derecho internacional, deja abierta la posibilidad de conflictos de difícil solución normativa.

La situación del Estado recalcitrante, por de pronto vigente, habrá de encontrar su solución a futuro —esperamos— en la medida que el sistema internacional pueda disponer de un órgano de jurisdicción obligatoria, estabilizándose de esta manera los procesos de autointerpretación normativa que se encuentran en la raíz de este dilema.

8.4 *Costumbres generales y costumbres locales*

En la sentencia sobre el caso *Competence en materie de pêcheries (Rouyame-Uni c. Islande)* - (fond) *Arrêt du 25 juillet 1974*, el juez De Castro en su opinión individual discrimina en materia de prueba entre costumbres generales y costumbres locales o especiales.

*"El derecho internacional consuetudinario no ha de ser probado: él tiene un carácter de generalidad y él está fundado sobre la convicción general de su validez (opinio juris). La Corte debe aplicarle de oficio, ella tiene el deber de conocerla como quaestio iuris; iura novit curia. Sólo las costumbres o prácticas regionales, al igual que las especiales, están sometidas a la necesidad de la prueba"*⁴⁴.

Esto es, según De Castro no incumbe a las partes la prueba del derecho consuetudinario general (éste es aplicable de oficio). Sólo en el caso de "prácticas regionales" o "especiales" procede la regla general que en un principio enunciarnos, a saber, que la carga de la prueba de una costumbre concierne a aquel Estado que alega su existencia.

¿Es válida tal distinción?

A la luz del desarrollo jurisprudencial —especialmente el reciente—, no. Si bien en términos generales, en lo que respecta a reglas consuetudinarias establecidas de carácter general, es posible afirmar que la exigencia de una prueba acuciosa de la *opinio juris* no es necesaria, en ningún caso esto puede interpretarse como una renuncia a la prueba de la costumbre general y en especial de su elemento psicológico.

Tal punto fue abordado por la Corte Internacional de Justicia en el ya citado caso "*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*" (*Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*) [*Fond. arrêt du 27 juin 1986*]. El Tribunal, a pesar del acuerdo de las partes sobre el contenido del derecho consuetudinario relativo al no empleo de la fuerza y a la no intervención —acuerdo que a mayor abundamiento dispensaría a la Corte de probar estas reglas consuetudinarias generales—, considera en la sentencia que tal circunstancia no le libera de la obligación de verificar la existencia de tales normas consuetudinarias aplicables a estas materias. Remitiéndose la Corte a lo señalado por el artículo 38 de su Estatuto, expresa que:

⁴⁴ C.I.J. *Recueil*, 1974, p. 100.

“no se puede ignorar el rol esencial de una práctica general. Cuando dos convienen en incorporar en un tratado una regla particular, este acuerdo es suficiente para que entre ellos tenga fuerza de ley; pero en el dominio del derecho internacional consuetudinario ello no es suficiente aún cuando las partes tengan la misma opinión acerca del contenido de lo que ellas consideran como regla. La Corte debe asegurarse de que la existencia de la regla en la opinión juris de los Estados esté confirmada por la práctica”⁴⁵.

De esta forma, la distinción realizada por el juez De Castro en su opinión individual confunde los efectos de la costumbre *in fieri*-costumbre establecida, con los efectos de la distinción costumbre local-costumbre general. Perfectamente puede darse el caso de una *costumbre general impositiva in fieri*, que —conforme vimos— en toda circunstancia obligará a una prueba rigurosa de su imperatividad a través de la *opinio juris*. Este último ejemplo es vital para demostrar la ineficacia de tal distinción —en los términos planteados por De Castro— en materia de prueba.

En lo que respecta a la costumbre local y a la costumbre general, sin caer en lo planteado por De Castro —la aplicabilidad de oficio— es posible hacer una distinción en cuanto a su prueba. Quien alega una costumbre local —particular— debe producir la prueba de su existencia *así como probar su oponibilidad a quien pretende obligar*. De esta manera la prueba se produce en términos más exclusivos y exhaustivos que en el caso de la costumbre general. Opera aquí, prevaleciendo, el principio que señala que en la formación de la prueba, quien alega un derecho especial deberá probarlo con independencia a la obligación general de todas las partes de colaborar con el Tribunal en proporcionar las pruebas en el proceso⁴⁶.

9. ¿LA OPINIO JURIS ES SEPARABLE DE LA PRÁCTICA EN EL TIEMPO?

La *opinio juris*, como elemento psicológico de la costumbre, es, como hemos visto, un factor formativo de la norma consuetudinaria cuya necesidad la doctrina y la jurisprudencia sólo vinieron a establecer expresa y fehacientemente en las últimas décadas.

Así, *prima facie*, resulta natural el considerar que la práctica consuetudinaria debe necesariamente ir acompañada de la convicción de estar cumpliéndose un imperativo jurídico.

Sin embargo, ¿es dable admitir la noción de práctica consuetudinaria separada en el tiempo de la noción de *opinio juris sive necessitatis*? El precedente, para ser considerado *práctica consuetudinaria* o *usus* inevitablemente debe ir acompañada de tal convicción jurídica —*opinio juris*—. Como señala el juez Sette-Cámara, vicepresidente de la Corte Internacional, en su opinión individual en el caso de *l'Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)* [arrêt du 3 juin 1985]:

“En desprecio de todas las especulaciones que puedan hacerse en apoyo de la teoría de la creación espontánea del derecho internacional consuetudinario

⁴⁵ C.I.J. Recueil, 1986, p. 98. La traducción es nuestra.

⁴⁶ COHEN, Jonathan. “La Coutume Locale”, *Annuaire Française de Droit International*, 1961, p. 134.

por la vía del consensus, (...) ...la única regla de derecho internacional consuetudinario que podemos retener en este artículo" (76, párrafos 1 y 5); "es en mi opinión, la vieja regla de la prolongación natural. En cuanto al resto, falta la prueba de la opinio juris sive necessitatis y del usus"⁴⁷.

Así, si bien el precedente no puede ir desligado del elemento psicológico consuetudinario, ¿puede la *opinio juris* preceder a la práctica?

Tal pregunta está ligada necesariamente a la realidad de las declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Una resolución de la Asamblea General puede dar lugar a una norma consuetudinaria. Es necesario aquí hacer algunas precisiones sobre este fenómeno en lo que respecta a la *opinio juris* y su separabilidad en el tiempo respecto del precedente consuetudinario.

En efecto, buena parte de los autores han visto en las resoluciones de la Asamblea y sus declaraciones los elementos que identifican y dan existencia a la *opinio juris*⁴⁸. El juez Dillard, en su opinión individual en *Sahara Occidental, ordonnance du 22 mai 1975* (opinión consultiva) describe así a esta parte de la doctrina:

"Por un lado se pretende que si bien una resolución aislada de la Asamblea General no tiene fuerza obligatoria, el efecto acumulativo de numerosas resoluciones de un contenido semejante, votadas por una fuerte mayoría y frecuentemente reiteradas durante un cierto lapso de tiempo, pueden devenir en la expresión de una opinio juris y constituir de este modo una norma de derecho consuetudinario internacional. Según esta tesis, es éste precisamente el caso de la larga lista de resoluciones que, a la siga de la resolución 1514 (XV), han proclamado que el principio de la autodeterminación es un derecho aplicable a la descolonización de los territorios autónomos"⁴⁹.

Algunos autores, entre ellos Bin Cheng⁵⁰, han postulado la existencia de un "derecho internacional consuetudinario instantáneo", tesis que, sucintamente, puede resumirse en lo que sigue: la *opinio juris* se identifica de tal manera con la noción de norma consuetudinaria que pasa a ser dentro de esta teoría el único elemento constitutivo de la costumbre internacional. La práctica en este sentido tendría un valor meramente probatorio.

Esta tesis que identifica costumbre y *opinio juris* en un derecho consuetudinario instantáneo ha sido fuertemente criticada. En el hecho, la jurisprudencia —en especial a partir del caso de la plataforma continental del Mar del Norte— ha reiterado la exigencia de la práctica como elemento de la costumbre interna-

⁴⁷ Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte) arrêt du 3 juin 1985. C.I.J. *Recueil*, 1985, p. 69. La traducción es nuestra.

⁴⁸ Ver JIMÉNEZ DE ARECHAGA, Eduardo. *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Editorial Tecnos, Madrid, 1980, p. 38.

⁴⁹ C.I.J. *Recueil*, 1975, p. 121. La traducción es nuestra.

⁵⁰ Citado por GARZÓN, G.J. en "El valor jurídico de las declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (II). Valor como recomendaciones-declaraciones y actos estatales". *Revista Jurídica de Cataluña*, 1973, Nº 3-4, p. 140; y CHENG, "United Nations Resolutions on outer Space: 'instant' international customary Law?", citado por DIEZ DE VELASCO, ob. cit., p. 84, y por AKEHURTS, op. cit., p. 12.

cional, en los términos expresados en este trabajo. Aún así, la postura morigerada que ve en las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas un conjunto de actos estatales que pueden develar una *opinio juris* y que, junto a una práctica constante, puede dar lugar a normas consuetudinarias, hoy por hoy puede, en términos generales, darse por aceptada en la doctrina y por la Corte Internacional de Justicia, dentro de los límites que más adelante se exponen. De esta manera, una determinada resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas que reúna los requisitos de un apoyo general y una intención de enunciar reglas jurídicas servirá para identificar al elemento psicológico de la costumbre.

Admitir esto implica de suyo separar en el tiempo los dos elementos de la norma consuetudinaria. En la declaración quedaría plasmada la convicción del imperativo jurídico que es propia de la *opinio juris*. Pero esta declaración bien puede preceder a la práctica estatal, como bien puede ser su corolario.

Garzón, a este respecto, señala que “la mayor o menor necesidad de una práctica posterior a la declaración estará en relación inversa con la novedad de la regulación en ella contenida”⁵¹. A nuestro parecer, esto es incorrecto. En efecto, tal relación es directa y no inversamente proporcional. Es mayor novedad de la proposición normativa, mayor práctica posterior será requerida a fin de fundarla. Si la proposición contenida en la declaración conlleva la expresión de una *opinio juris* en relación a una costumbre ya establecida, menor será la necesidad de una práctica que respalde a la convicción jurídica (convicción-adhesión).

Así, si una determinada resolución de la Asamblea General ‘recopila’ o sistematiza principios o derecho consuetudinario *previo* a la declaración, ésta tendrá un mérito probatorio de la *opinio juris* de dichas costumbres, aun en el caso que dicha resolución no reúna las características de un *consensus* general en la Asamblea. En el caso de tratarse de normas *in status nascendi*⁵², esto es, normas en proceso de formación, el hecho de adoptarse por la Asamblea General una declaración por unanimidad permitirá *crystalizar* tales reglas en normas de derecho consuetudinario.

Por el contrario, una determinada declaración de la Asamblea que enuncie reglas o nuevos principios, podrá eventualmente dar cuenta de la existencia de una *opinio juris*, y requerirá necesariamente de una práctica de los Estados que transforme tal resolución en una norma consuetudinaria del derecho internacional.

Este efecto de las declaraciones de la Asamblea es aplicable a su vez al desuso de una determinada costumbre, al expresar la declaración —con los límites ya vistos— una *opinio juris* contraria a la norma existente o dejando en evidencia el particularismo de la norma contrariada por esta nueva *opinio*.

La posibilidad de estimar la existencia de la *opinio juris* como un elemento *previo* a la práctica consuetudinaria hay que relacionarla con el efecto ‘*virtualmente normativo*’ de determinadas disposiciones convencionales. La ‘regla de derecho’ contenida en una determinada Convención, acompañada por una práctica estatal posterior, puede convertirse en una norma de derecho consuetudinario. Este efecto *generador* —que será estudiado más adelante—, de manera similar a lo aquí señalado respecto a las declaraciones de la Asamblea, implica la posibilidad de que

⁵¹ GARZÓN, ob. cit., p. 144.

⁵² JIMÉNEZ DE ARECHAGA, Eduardo. *La Costumbre como fuente del Derecho Internacional*. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela, Madrid, 1979, T.I., p. 383.

un determinado contenido convencional pueda ser el punto de partida de una norma de derecho consuetudinario. Un germen de *opinio juris* puede así develarse, reforzando su existencia en la convicción jurídica que inevitablemente debe acompañar a la práctica consuetudinaria.

10. LA *OPINIO JURIS* Y EL CARÁCTER EVOLUTIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

Si bien la distinción, ahora clásica, de dos elementos constitutivos de la costumbre —a saber: *práctica* y *opinio juris*— sigue vigente en la actualidad, no es menos cierto que los rasgos distintivos entre uno y otro se han ido poco a poco desdibujando. Y esto ha ocurrido de especial manera por la pérdida de relevancia que la práctica ha sufrido respecto a su correlato subjetivo, la *opinio juris sive necessitatis*.

Cada vez más el elemento material de la costumbre ante la doctrina y la jurisprudencia —en especial a partir del caso de *la plataforma continental del Mar del Norte*— aparece como un medio de comprobar la conciencia subjetiva de la imperatividad de la norma. De hecho, los requisitos señalados para que la práctica consuetudinaria sea estimada como tal parecen convenir más a exigencias de verificación de la *opinio juris* que a condiciones de existencia de la práctica *per se*.

Es imposible no relacionar estos hechos con el desarrollo actual del derecho internacional y con la estructura eminentemente evolutiva del fenómeno consuetudinario. La costumbre, que partió para la doctrina como una simple “repetición, constante y prolongada de actos”, hoy por hoy es una fuente del derecho internacional altamente sensible a consideraciones de imperatividad y subjetividad.

En este sentido, interesan las reflexiones vertidas por el juez Dillard en su opinión individual en el caso *Competence en matière de pêcheries (Rouyame-Uni c. Islande) (fond)* [Arrêt du 25 juillet 1974]. Dillard, acudiendo a la noción de derecho como solución a un conflicto de intereses, considera que el derecho consuetudinario es el que mejor responde al proceso de creación normativa por su carácter evolutivo:

...“la naturaleza misma del carácter evolutivo del derecho internacional consuetudinario, que no se puede ni se debe identificar aquí gracias a la fórmula clásica —uso repetitivo junto a *opinio juris*— debe más bien al reconocérsele como producto de un proceso continuo de reivindicaciones y de contrareivindicaciones en el contexto de diferendos precisos”⁵³.

10.1 *La tesis Haggemacher o la función del intérprete*

Bajo este respecto, hemos aquí de exponer, sucintamente, la tesis del profesor Peter Haggemacher⁵⁴. Este autor, crítico de la teoría dual consuetudinaria, con-

⁵³ C.I.J. *Recueil*, 1974, p. 56. La traducción es nuestra.

⁵⁴ HAGGENMACHER, Peter. La Doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour Internationale. *Revue Générale de Droit International Public*. T. LXXX, 1986, pp. 5-125. Es investigador y profesor en el Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales en Ginebra.

centra sus objeciones no tanto sobre el elemento material como por sobre el elemento subjetivo de la costumbre. En su opinión, la noción de *opinio juris sive necessitatis* no ha cesado en la práctica de oscilar entre dos opuestos: el entenderla como un componente meramente volitivo —voluntarismo— o una “intuición cognitiva de normas secretas derivadas de una conciencia jurídica superior”⁵⁵. Esta indeterminación se reflejaría en los debates y decisiones de la Corte, dotándole de una gran ‘plasticidad’.

Consciente que la teoría del esquema dual se aplica preferentemente al estudio del problema de la formación de la costumbre, Haggemacher se pregunta hasta qué punto ésta la explica realmente. Para el autor en comento, cada costumbre constituye —en su génesis— un caso individual cuyos procesos de formación (del cual no sabemos gran cosa) son imposibles de reducir a reglas generales. Con ello recoge Haggemacher los ecos de la escuela del derecho espontáneo, que ha calificado de “artificial y escolástico” el esquema de los dos elementos.

En este sentido, la teoría dual correspondería a un prurito “legislativo” o reduccionismo legal. ¿Por qué? A fin de facilitar su establecimiento y la posibilidad de su aplicación a la solución de conflictos —en especial luego del ‘triumfo’ doctrinal del positivismo sobre el derecho natural—, la costumbre ha pasado a ocupar, en el orden internacional, el lugar que “la ley” ocupa en el sistema de fuentes interno. La ley interna, por tanto, no encuentra su correlato a nivel internacional en una ‘ley’ sino en la fuente consuetudinaria, la cual en el orden interno aparece disminuida y despreciada por el orden positivo.

Pero el enfoque principal de Haggemacher se concentra sobre el intérprete. Para el autor, el juez ante el esquema dual no ocupa un lugar pasivo, de mera ‘constatación’ del proceso formativo consuetudinario. Por el contrario, la costumbre —en concreto, la *opinio juris*— resulta ser “*essentiellement le fait de l’interprète*”⁵⁶. Pidiendo hacer abstracción de los ejemplos de escuela, señala que en ninguno de los hechos históricos base de una regla consuetudinaria es posible encontrar trazas de los dos elementos en forma autónoma. En este sentido, sólo existe una práctica unitaria, un solo elemento complejo, con aspectos objetivos y psicológicos⁵⁷. Esta práctica, lejos de ser un dato objetivo, es el producto de una “construcción”. El juez —o el Estado— interpreta, luego, crea. Dada la especial naturaleza del derecho consuetudinario, corresponde al intérprete una parte decisiva en la percepción y evaluación del fenómeno. Citando a Gounelle⁵⁸, la *opinio juris* es, entonces, una “*synthèse constructive des précédents*” y una “*hypothèse juridictionnelle... consacrée par l’autorité de la chose jugée*”.

Nada de esto es realmente nuevo en materia doctrinal.

Estos y otros argumentos similares ya habrían sido esbozados con anterioridad por la doctrina. Sin embargo, el aporte cualitativo de la tesis de Haggemacher se encuentra en —según sus palabras— la verdadera revolución copernicana-kantiana que propone: en efecto, que más que dirigirse en el estudio del tema al *objeto* —en este caso la práctica consuetudinaria—, señala que se ha de privilegiar al *sujeto* que interpreta.

⁵⁵ HAGGENMACHER, ob. cit., p. 109.

⁵⁶ HAGGENMACHER, ob. cit., p. 117.

⁵⁷ HAGGENMACHER, ob. cit., p. 115.

⁵⁸ *La motivation des actes juridiques*, pp. 81 y 76. Citado por HAGGENMACHER, ob. cit., p. 116.

“Más que concentrarse sobre los pretendidos elementos formatrices del derecho consuetudinario, conviene dirigir la atención sobre el sujeto cognosciente y las condiciones que determinan su percepción del fenómeno. En esta perspectiva, sin devenir por tanto de las “categorías del conocimiento del derecho consuetudinario”, los dos elementos tradicionales serían simples estándares o criterios de evaluación, cuadros formales en ayuda del intérprete (...) en nada se diferencia de otras teorías o mecanismos propuestos en vista de explicar la formación del derecho consuetudinario: estoppel, protección de la confianza, efectividad (...) presunciones. Ellas suponen todas un intérprete que se ubica a título de instrumento de verificación. Son elementos de tecnología jurídica”⁵⁹.

Queda de esta forma el esquema dual de la costumbre reducido a un simple estándar o marco de referencia. Gran parte de este ‘marco de referencia’ vendrá determinado por las tesis de las partes en litigio. En efecto, la práctica acompañada por las partes regularmente se encuentra enmarcada por estas posturas doctrinales, siendo, al decir de Haggemacher, la teoría de los dos elementos la que más ha imperado ante la Corte. Ahora bien, si es el intérprete quien determina los alcances y condiciones de la norma y, en general, las alegaciones de las partes—demandas, contrademandas— acuden al esquema dual, lo que realmente viene a precisar la libertad de intérprete es el marco de principios generales que son invocados ante él y que respaldan y apoyan la evaluación subjetiva.

“...la práctica invocada por las partes en apoyo de sus tesis se acompaña regularmente de consideraciones de otro orden. Ella surge siempre ligada con argumentos de tipo racional, así como con numerosos “principios” que vienen por así decirlo a encuadrarle. Estos principios tienen una base autónoma, independiente de la práctica invocada. Se les diría puestos a priori, a manera de axiomas. Todos les declaran “generalmente reconocidos”, afirmación que no sugiere propiamente un origen consuetudinario en su búsqueda de hacerlos derivar en una práctica. Ellos se presentan más como evidencias resultantes directamente de una concepción dada del derecho internacional o de alguna de sus instituciones fundamentales”⁶⁰.

En abono de esta interpretación, el autor cita casos de la jurisprudencia internacional en los cuales, más que problemas de interpretación y de aplicación consuetudinaria, subyacen conflictos entre principios generales de derecho⁶¹.

De esta forma, ocultos tras las consideraciones de la práctica y en especial de la *opinio juris*, se encuentran principios y deducciones racionales que tienen

⁵⁹ HAGGENMACHER, ob. cit., pp. 117-118. La traducción es nuestra.

⁶⁰ HAGGENMACHER, ob. cit., p. 118. La traducción es nuestra.

⁶¹ Así, en el caso *Lotus*, entre territorialidad de la ley penal y la libertad de los mares; en el caso de las *Pesquerías Noruegas*, entre la libertad de los mares y los intereses del Estado ribereño; en el asunto *Corfú*, entre este último derecho y la libertad de navegación. En el caso *Asilo*, la exclusividad de la soberanía territorial al igual que en el caso del derecho de paso, y en el caso *Plataforma continental del Mar del Norte*, el principio de la equidistancia y su racionalidad. HAGGENMACHER, ob. cit., pp. 118-119.

en realidad, según Haggemacher, un valor y “*une importance au moins égale à celle de la ‘pratique’*”⁶².

Este ‘universo conceptual’ enmarca y restringe la discrecionalidad de “geometría variable” del intérprete.

¿Consecuencias de todo esto para el autor en comento? Peter Haggemacher teme, más que a la teoría dual, a los conceptos subyacentes arriba señalados. El derecho internacional quedaría sujeto a la dicotomía entre “los intereses dignos de protección legal” y —citando a Max Huber— la “función de asegurar la coexistencia”.

En este cuadro, la *opinio juris* aparece como una noción poco fiable e insegura para el autor.

El enfoque de Haggemacher es interesante en cuanto saca el análisis del objeto consuetudinario para llevarlo al estudio del intérprete y de su marco conceptual. Sin embargo, elude con ello el problema real de la naturaleza de la formación consuetudinaria. Si bien reconoce que son los marcos teóricos, junto con los argumentos de las partes los que determinan muchas veces al intérprete, Haggemacher no se aplica a constatar la validez de los esquemas propositivos para el análisis del intérprete consuetudinario. Su aproximación a los principios generales como la raíz del dilema interpretativo es por cierto interesante y se acerca al esquema aquí propuesto para explicar la naturaleza derivativa de la costumbre. Pero lo hace para constatar su rechazo a tal situación. Sin embargo, ésta obedece a la realidad, tanto de la interpretación como de la génesis y vida misma del fenómeno consuetudinario.

Bajo este entendido, es posible aún afirmar la validez teórica de la tesis dual. Amenazada como está por los conceptos ‘subyacentes’, la teoría de los dos elementos ha pasado del voluntarismo a la afirmación consensualista-objetiva. Sin desconocer aquí las peculiares características del fenómeno consuetudinario —que casi le llevan a una espontaneidad poco abordable— las nociones de práctica y *opinio juris* conservan su utilidad, tanto interpretativa como conceptual, especialmente para distinguir su imperatividad.

Empero, se han registrado cambios. En este sentido, como se enunció al hablar de la *opinio juris* y del carácter evolutivo del derecho internacional, es preciso observar la tendencia del Tribunal Internacional en lo que respecta al papel que para ésta desempeña la *opinio juris* respecto del elemento material. La práctica, cada vez más, va adquiriendo un rol preciso de *base de sustento* a través de la cual se expresa la *normatividad* que denota el elemento subjetivo de la *opinio juris*. El precedente consuetudinario viene entonces a demostrar la existencia del imperativo jurídico, sirviendo de prueba y de base de su existencia. Las condiciones exigidas por la jurisprudencia en torno a la práctica, de esta forma, se ajustan más bien a las condiciones de expresión de la *opinio juris* que a requisitos propiamente tales de la práctica como elemento material. Sin embargo, esto no quiere decir que pueda prescindirse del elemento material como elemento de la norma consuetudinaria. Por el contrario, no puede concebirse una real expresión de la convicción del imperativo jurídico por parte de los Estados y demás sujetos de derecho internacional, que no se encuentre ligada a una práctica general, común y uniforme.

⁶² HAGGENMACHER, ob. cit., p. 119.