

LA COSTUMBRE Y LOS NUEVOS DESARROLLOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

JEANNETTE IRIGOIN B.

Profesora de Derecho Internacional
Facultad de Derecho - Universidad de Chile

SUMARIO

Introducción. 1. La teoría soviética acerca de la costumbre internacional. 2. La costumbre y los nuevos Estados de la comunidad internacional.

INTRODUCCIÓN: LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO INTERNACIONAL

Es innecesario decir que la presente ponencia posee un acentuado carácter exploratorio y que las conclusiones que puedan derivarse son necesariamente provisionarias.

Algunos de los más importantes tratadistas de derecho internacional no han vacilado en considerar a la costumbre distinguiendo entre su importancia lógica y su importancia práctica. "La primera es notable por cuanto la costumbre, como expresión espontánea de las necesidades de la vida social, constituye una fuente originaria de la que derivan todas las demás; verdaderamente, la costumbre es la fuente de las fuentes; la reserva de donde puede en todo momento surgir una norma de Derecho Internacional Común.

La importancia práctica de la costumbre sigue siendo real, pero inevitablemente decae"¹.

¹ Paul Reuter, *Derecho Internacional Público*. Bosch. Barcelona. 1962.

El derecho de las relaciones internacionales se ha elaborado siempre a partir sea, o de concertaciones o entendimientos susceptibles de culminar en acuerdos generalmente escritos y más o menos solemnes, o de unilateralismos convergentes y constitutivos de prácticas consuetudinarias, o de premisas jurídicas de donde pueden extraerse los principios generales de derecho.

La doctrina clásica consideraba como agentes formadores de costumbre internacional solamente a los Estados, excluyendo a los individuos. De hecho, el derecho positivo confirma que la norma consuetudinaria proviene de los actos que desarrollan los órganos estatales dotados de competencia internacional y en la actualidad puede aceptarse que al reconocerse la personalidad jurídica de las organizaciones internacionales, se debe convenir también en que participan en la elaboración de normas consuetudinarias en sus relaciones con los Estados y con otras organizaciones internacionales.

La complejidad de los problemas de la vida internacional, acrecentada por el aumento de la sociedad internacional, ha provocado una verdadera crisis de la costumbre, sin que se pueda determinar con claridad si ésta corresponde a un desplazamiento del equilibrio entre los diversos elementos de la elaboración del derecho o si esta misma crisis está anunciando el desplazamiento decisivo de la costumbre.

En la actualidad, se encuentra en desarrollo un doble movimiento: por una parte, presenciamos un cuestionamiento de la costumbre existente, sobre todo en los países socialistas y en los Estados nuevos, nacidos después del proceso de la descolonización, quienes han introducido el concepto de las normas consuetudinarias "burguesas", en las cuales se aprecia una supremacía europea. Pero por otra parte, la actitud de los Estados socialistas y de los nuevos Estados nos conduce a preguntarnos si ellos en realidad no se oponen de antemano al contenido de las normas actuales más que al principio mismo del derecho consuetudinario; en muchas oportunidades ellos se han demostrado partidarios de formas renovadas de la costumbre internacional, como ha sucedido con la noción de *Jus Cogens*, cuyo proceso de formación parece haber sido, al menos parcialmente, consuetudinario.

Resumiendo, el fondo de los problemas que presenta la costumbre continúa siendo motivo de investigación: la naturaleza del

derecho consuetudinario, su fuerza obligatoria, el rol del consentimiento de los Estados en su formación y las modalidades de su expresión, son algunas de las interrogantes que se plantean a su respecto, y a las que trataremos de responder con el concurso de todos los participantes en esta oportunidad.

1. *La teoría soviética acerca de la costumbre internacional*

Los académicos soviéticos, al igual que los occidentales, admiten que el Derecho Internacional debe fundamentarse tanto en la costumbre como en el derecho escrito. La costumbre aporta un método para mantener la continuidad en el derecho, en el balance entre la estabilidad y el cambio. Pero no siempre la costumbre es cierta y clara; las normas consuetudinarias provienen de una práctica y como la práctica experimenta transformaciones, en la misma forma puede transformarse la costumbre. Los cambios en la práctica no son siempre nítidos, el tránsito no se encuentra claramente delimitado, a veces la costumbre puede estar escondida en prácticas divergentes y aparentemente contradictorias y no es tarea fácil definir cuándo la práctica es de tal naturaleza como para ser reconocida como lo exige el derecho.

Los Estados socialistas no hacen más fácil la tarea del jurista; existe gran incertidumbre acerca de cuál es la práctica de los Estados y ésta aumenta cuando surgen desacuerdos acerca de cuál es la norma. Inicialmente, el régimen soviético fue hostil hacia el Derecho Consuetudinario y la diplomacia: Moscú desconfiaba de los principios de derecho desarrollados en la práctica de los Estados capitalistas.

Pero las condiciones internacionales requerían que el nuevo Estado soviético negociara tratados, intercambiara Embajadores, reclamara y protegiera territorio, y la Costumbre proveía muchas de las reglas para hacerlo².

Actualmente la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas acepta la Costumbre, en parte, porque la vida internacional así lo re-

² Véase Richard J. Erickson, *International Law and the Revolutionary State. A Case Study of the Soviet Union and Customary International Law*. Dobbs Ferry: Oceana Publications, Inc. Leiden A. W. Sijhoff, 1972.

quiere y en parte, porque los soviéticos confían en que el origen burgués del Derecho Consuetudinario se ha perdido. En los últimos 50 años, a través de su práctica, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas ha contribuido al contenido de las normas consuetudinarias, además que le ha proporcionado medios exitosos de servir a los intereses de política internacional del Estado soviético.

Los académicos soviéticos no han sido capaces de reconciliar el marxismo tradicional con el derecho internacional consuetudinario. ¿Cómo puede el Derecho, como "superestructura" tener una existencia común para diferentes sistemas sociales? ¿Cómo pueden aplicarse las mismas normas de derecho internacional consuetudinario a los países socialistas y capitalistas igualmente? Autores del calibre de Stuchka, Korovin, Sabinin, Krylov y Tunkin no han sido capaces de formular una respuesta adecuada y en la actualidad los teóricos soviéticos siguen el pensamiento de Tunkin, quien ha reconocido la influencia de la ideología en el modo de pensar soviético con respecto al derecho consuetudinario y previene a los estudiantes de "librarse del dogmatismo" y comprometerse en un "pensamiento creador"; aparentemente él considera que "el divorcio de la realidad actual que interfiere con el desarrollo de la ciencia (soviética) del derecho internacional" era atribuible a una falta de análisis en derecho que era el resultado de un exceso de ideología.

Ilustra, también, la permanente relevancia de la ideología soviética la manera en que las discusiones ideológicas han infectado al análisis legal de la Costumbre. En parte debe reconocerse que la ideología ha influido a los académicos soviéticos para adelantar la doctrina del consenso, para establecer la regla de "nuevos" Estados y "viejas" normas, y para evaluar, del modo como lo han hecho, la importancia de la Costumbre como fuente de derecho en el mundo contemporáneo. La "doctrina del consensus" provee una explicación ideológica, no del todo satisfactoria para ser exactos, de cómo el derecho internacional consuetudinario puede basarse en una sola superestructura y, al mismo tiempo, obligar a diversos sistemas sociales. Consideraciones ideológicas acerca de cómo un Estado proletario puede aceptar normas consuetudinarias burguesas proveen una base y refuerzan el argumento legal de los abogados soviéticos para la norma de "nuevos" Estados y "viejas"

normas, mientras que la misma caracterización de las normas consuetudinarias tradicionales como "burguesas" ha contribuido al juicio soviético acerca de la relativa importancia de la Costumbre en comparación con los tratados.

El carácter fundamental de los principios consuetudinarios y el creciente interés de la Unión Soviética en el sistema internacional explican también el porqué el derecho de los "nuevos" Estados de revisar las "viejas" normas no puede ser un derecho ilimitado. Desde el punto de vista soviético, si un Estado nuevo establece relaciones con otros Estados "sin reservas", se presume que acepta el sistema legal internacional existente. Es probable que el Estado "nuevo" pueda perder este derecho antes de haberse dado cuenta que lo tenía. Naturalmente que en alguna época este derecho sirvió directamente los intereses de la política exterior del Estado soviético, pero la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas no es ya más un Estado "nuevo": colocada entre la adhesión a un derecho absoluto de revisión en favor de las naciones surgidas en la mitad del siglo xx y una visión restringida en interés del orden internacional, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas claramente ha optado por esta última. El derecho de los "nuevos" Estados para revisar las "viejas" normas, al igual que la "doctrina del consenso", contenía semillas potenciales de cambios revolucionarios para el Derecho Internacional, pero la aplicación soviética ha hecho que las posiciones occidentales y soviéticas sobre el proceso de creación de la norma consuetudinaria sean casi indistinguibles.

Una vez que los tratadistas soviéticos han aceptado que la Costumbre conjuntamente con los tratados son las únicas fuentes primarias del Derecho Internacional, se apresuran a agregar que la Costumbre es la menos importante de estas dos fuentes: debido a la incertidumbre y lentitud con que se desenvuelve la Costumbre, la tendencia del Derecho Internacional moderno se aleja de ella y se inclina más por el tratado.

Esto se puede apreciar con claridad en el trabajo de la Comisión del Derecho Internacional de Naciones Unidas, en la que los representantes soviéticos han participado activamente, aunque todavía puede formularse la interrogante: ¿puede existir un sistema jurídico internacional en el que la Costumbre no desempeñe un papel importante? Aun cuando difícilmente se pueda concebir un

sistema semejante, éste sería un sistema en que todos los principios estuvieran codificados, en el que cada principio estuviera claramente expresado, en el que la práctica de cada Estado no contaría para nada, porque la ley no presentaría vacíos que pudiera llenar la Costumbre ni práctica evolutiva no reflejada ya en los tratados.

La función única en su género de la Costumbre sería difícil de reemplazar por el tratado, especialmente considerando que a nivel internacional el proceso de formación del derecho permanece verdaderamente primitivo.

Aun cuando es innegable que se ha progresado mucho en la elaboración de convenciones internacionales tales como la del Derecho de los Tratados, de intercambio diplomático e inmunidades, de Derecho del Mar y otros importantes aspectos del Derecho Internacional, no puede dejarse de admitir que aún mucho permanece sin hacer y que en realidad la Carta de Naciones Unidas y otras convenciones internacionales han creado y probablemente continuarán creando nuevas normas consuetudinarias en lo que puede convertirse en un proceso sin fin.

Para comprender mejor la menguante influencia del Derecho Internacional Consuetudinario, se hace necesario abordar la Costumbre desde el punto de vista de la ventaja que ésta pueda representar para la política exterior soviética.

Como marco de referencia para este análisis, es importante reconocer, como lo hacen los políticos soviéticos, que la norma consuetudinaria tiene una función de orden y una función estimulante: desarrolla una función de ordenar cuando sirve los intereses generales de la comunidad internacional y cumple una función de estímulo cuando se usa para sostener los intereses de un determinado Estado. Esto no quiere decir que las funciones de ordenamiento y de estímulo sean mutuamente excluyentes; muy raras veces lo son; más frecuentemente las dos funciones son coincidentes en un cierto grado, puesto que el interés nacional y el interés de la comunidad internacional se unen para provocar orden y para ordenar la provocación y, en este sentido, la norma consuetudinaria se transforma en una restricción y al mismo tiempo en un instrumento de la política exterior.

Esta función conjunta es la fuerza del Derecho Internacional y ayuda a explicar la aceptación de la norma consuetudinaria por

parte de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. Al igual que los demás Estados, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas seguirá la Costumbre, ya sea en razón de una autorrestricción que emana de un sentido del deber puro y simple o en razón del uso real de la amenaza de usar la fuerza o la represalia.

Es evidente que Moscú no sólo reconoce sino que acepta la función de ordenamiento del Derecho Internacional Consuetudinario; con notable uniformidad los diplomáticos soviéticos han defendido el principio *pacta sunt servanda* y la coherencia con este principio los ha conducido a interpretar restringidamente el principio de la sucesión de Estados y expresar abiertamente su disgusto por la cláusula *rebus sic stantibus* y a convertir el derecho de los "nuevos" Estados para revisar "viejas" normas en un derecho calificado, de limitada utilidad, aun cuando existían poderosos factores presionando por un resultado diferente.

El compromiso con el orden internacional ha contribuido, asimismo, a la aceptación soviética de otras normas consuetudinarias de naturaleza de orden relacionadas con la inmunidad diplomática, espacio aéreo, espacio extraterritorial, territorio, población y reconocimiento. Por otra parte, a las normas consuetudinarias se les reconoce una función de estímulo al admitir que la ley existe en un ambiente político, que las naciones usan el derecho para lograr sus particulares intereses nacionales, sin dejar de considerar que algunas normas consuetudinarias conducen a propósitos de estímulo más rápidamente que otros, respecto a las cuales el profesor Erickson distingue tres categorías: la primera está integrada por principios consuetudinarios de naturaleza primariamente de ordenar, de los cuales el principio de *pacta sunt servanda* constituye un ejemplo; la segunda categoría está compuesta por principios de naturaleza primariamente estimulante y el principio jurídico de la coexistencia pacífica constituye un ejemplo; por último, una categoría intermedia está integrada por principios consuetudinarios que pueden servir, sin gran esfuerzo, tanto funciones estimulantes como de ordenamiento, entre los cuales podríamos citar el de la autodeterminación de los pueblos.

La importancia de estas categorías reside en el hecho de que mientras más estimulante es un principio, mayor será la discusión que pueda generarse con respecto a su significado: los representantes soviéticos y occidentales están completamente de acuerdo

acerca del principio *pacta sunt servanda*, pero difieren ampliamente acerca del significado del principio jurídico de la coexistencia pacífica.

Las viejas normas consuetudinarias nunca han sido seriamente puestas en duda; basta con recordar las áreas del derecho concernientes a los efectos obligatorios de los tratados (*pacta sunt servanda*), la extensión y límite de la integridad territorial (inmidades) y comprobamos que la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas no sólo ha sostenido estos antiguos principios del Derecho Consuetudinario que han mantenido su valor en el mundo contemporáneo, sino que, además, ha apoyado vigorosamente tales principios, como, por ejemplo, el de la igual soberanía de los Estados tan firmemente, que ha llegado a presentar la imagen de una potencia conservadora.

Pero al mismo tiempo que asume una posición conservadora respecto de algunos principios, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas es radical e innovadora en otras áreas; la existencia misma de una gran potencia que representa un nuevo sistema social está necesariamente obligada a tener su efecto sobre las instituciones tradicionales y sobre las reglas del Derecho Internacional. Los portavoces soviéticos han estado sosteniendo una lucha continua por lo que ellos denominan "el Derecho de la coexistencia pacífica" y han tratado de insertar nuevo contenido a antiguas fórmulas, proponiendo principios totalmente nuevos, tales como tratados desiguales, autodeterminación de los pueblos y otros.

La Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas ha rechazado algunos principios tradicionales del derecho consuetudinario que ellos consideran como manifiestamente dañinos o que no pueden mantenerse en armonía con la política soviética, aun cuando en los últimos años ha habido indicaciones de que la Unión Soviética, al igual que otros Estados, podría estar dispuesta a aceptar un restringido principio de *rebus sic stantibus*, restringido de tal forma que el orden establecido por *pacta sunt servanda* no pueda ser socavado.

2. *La costumbre y los nuevos Estados de la comunidad internacional*

Consideramos que siendo la costumbre una de las principales fuentes del Derecho Internacional, no podemos dejar de lado el fenómeno contemporáneo de la descolonización en relación al estudio de las normas consuetudinarias.

La descolonización ha sido elegida, porque este proceso se ha revelado excepcionalmente rico en manifestaciones jurídicas del tipo que nos interesa, lo que no debe causar asombro, puesto que el surgimiento de nuevos Estados no sólo ha dado lugar a enfrentamientos políticos muy frecuentes en el seno de Naciones Unidas, sino que también ha constituido un sector donde derecho y política han estado en tensión constantemente.

La Carta de Naciones Unidas no ofrece en este campo más que una plataforma jurídica relativamente estrecha: postula los principios de la igualdad soberana de los Estados y el derecho de autodeterminación (art. 1º, párr. 2), pero no los define explícitamente.

Debido a esta y otras razones adicionales, compartimos la afirmación del profesor Chaumont cuando señala: "Las reglas de Derecho Internacional son modalidades de comportamiento de los Estados involucrados; no pueden existir independientemente de ellos"³.

Por otra parte, es casi un lugar común observar que las conductas y prácticas de los Estados contribuyen a la formación de costumbres que permanecen por sí mismas técnicas clásicas de elaboración de Derecho Internacional Público, pero que son cada vez más fraccionadas y aceleradas. La primera característica se explica por el acrecimiento numérico de Estados que, rechazando por diversas razones ligarse mediante acuerdos escritos formulados ajenos a ellos, se refugian de buen grado en costumbres regionales o locales o relativas a un dominio particular de las relaciones internacionales. La aceleración (y en consecuencia, la movilidad) de las costumbres se explica sobre todo por la renova-

³ C. Chaumont, *Cours général de droit international public*. R.C.A.D.I., 1970, t. I, pp. 129, 365.

ción y las incesantes fluctuaciones de las relaciones internacionales, especialmente de sus condiciones económicas y técnicas. Frente a ellas, la elaboración de un acuerdo escrito suficientemente general y completo se estima demasiado lenta y se deduce que al llegar a su término (con razón o sin ella) la convención está ya superada.

Si se examina la actividad jurídica de los nuevos Estados, debe considerarse la influencia que han ejercido sobre las normas consuetudinarias del Derecho Internacional. Puede observarse que las soluciones adoptadas por estos Estados en sus relaciones bilaterales y, sobre todo, con sus antiguas metrópolis, han determinado la formación de nuevas reglas jurídicas relativas a la sucesión de Estados y a la nacionalización de bienes extranjeros⁴.

La doctrina también ha reconocido, sin grandes vacilaciones, el rol que los nuevos Estados deben desempeñar en este campo de la vida internacional. El primer problema que debe ser considerado, después de la constitución de los nuevos Estados, se refiere a su relación con el Derecho Internacional creado antes de su independencia. La respuesta que han dado los Estados nuevos respecto a esta interrogante ha demostrado que ellos no postulan la supresión del Derecho Internacional en tanto sistema obligatorio de normas y de principios jurídicos formados en el transcurso de la larga historia de las relaciones internacionales. Simplemente han cuestionado el valor obligatorio de las normas y principios consuetudinarios que son expresión de la desigualdad de derecho y de hecho que existía durante el período del colonialismo.

A veces uno se pregunta si los Estados nuevos tienen el derecho de cuestionar la aplicación de las normas y principios aprobados antes de su nacimiento, puesto que el Derecho Internacional Consuetudinario debería ser obligatorio para todos los Estados, sin tener en cuenta la participación de alguno de ellos en su elaboración y en la aprobación de su fuerza obligatoria por parte de cada uno de ellos. Se puede constatar, por lo tanto, que esta concepción es excepcional y que es generalmente admitido que los Estados nuevos tienen derecho a denunciar las reglas particulares derivadas del Derecho Internacional Consuetudinario y

⁴ Véase O. J. Lissitzyn, *International Law to day and to tomorrow*, 1965. Carnegie Endowment Conference on the Newly Independent States and International Law. Genève, october 9 to 13, 1963.

las obligaciones provenientes de acuerdos concluidos por los países coloniales.

En efecto, se trata de una posición difícil de refutar que deriva de la naturaleza misma del Derecho Internacional que no reconoce más que las obligaciones libremente contraídas. El consentimiento de las partes es hoy día, como antiguamente, la mayor condición de la validez de las obligaciones jurídicas internacionales. Considerando que en la base de las normas y principios consuetudinarios se encuentra la aprobación explícita o implícita de los Estados, los representantes de los Estados nuevos, dado que históricamente estas reglas y principios han sido adoptados por los Estados coloniales, se estiman dispensados del deber de aplicarlos sin reservas⁵.

Sobre este problema, la actitud de los Estados nuevos no difiere de aquella de los antiguos Estados que son, a menudo, proclives a denunciar la validez obligatoria de ciertas normas consuetudinarias.

Esta posición de los nuevos Estados no es más que un aspecto de su contribución a la adaptación del Derecho Internacional tradicional a las nuevas circunstancias. La abrogación de normas consuetudinarias de carácter discriminatorio que ellos postulan no es sino la confirmación definitiva de la Carta de Organización de Naciones Unidas como fuente formal principal del Derecho Internacional existente. Por esta razón insisten acerca de la primacía de las disposiciones de la Carta que les permite denunciar la validez de todas las obligaciones internacionales concluidas sin tomar en consideración los principios de la igualdad soberana de los Estados, la igualdad de derechos y la autodeterminación de los pueblos, etc. Ellos aprueban la existencia de normas imperativas (*Jus Cogens*), puesto que de esta forma procuran limitar la facultad de los Estados de actuar en la vida internacional, teniendo en cuenta, sobre todo, sus intereses particulares. Esta concepción era la del Derecho Internacional tradicional que dependía completamente de la voluntad de aquellos que la habían creado.

⁵ Documentos oficiales de la Asamblea General, Organización de Naciones Unidas, 21ª Sesión, 6ª Comisión, discursos de los representantes de Ghana, Sesión 905; de la Sierra Leona, Sesión 911; de Zambia, Sesión 912, y de Sudán, Sesión 913.

Considerando estas posiciones fundamentales de los nuevos Estados se pueden comprender sin gran dificultad las razones por las cuales han demostrado el mayor interés por los trabajos sobre el desarrollo progresivo y la codificación del Derecho Internacional que se realizan en el marco de Organización de Naciones Unidas. El desarrollo progresivo y la codificación del Derecho Internacional son para ellos métodos más eficaces para afirmar sus concepciones y vislumbran en estos mecanismos el mejor medio de elaboración de nuevas reglas jurídicas internacionales que reflejen directamente sus aspiraciones políticas, económicas y sociales.

En los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, los representantes de los nuevos Estados subrayan la imposibilidad de abordar en forma separada la técnica de la codificación y aquella del desarrollo progresivo, acentuando su interdependencia, postulando la conclusión de convenciones internacionales multilaterales generales que permiten la aceptación final de nuevas reglas jurídicas y que se constituyen en el instrumento más eficaz de una modernización del Derecho Internacional.