

Una gran medida de ‘opinio juris’ y práctica estatal al gusto: ¿la receta de la costumbre internacional contemporánea?

Fecha de recepción: 15 de febrero de 2014

Fecha de aceptación: 27 de junio de 2014

Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/acdi8.1.2015.03>

Fabián Augusto Cárdenas Castañeda *

Óscar Orlando Casallas Méndez **

Resumen: La práctica social internacional del derecho internacional contemporáneo no corresponde totalmente a la práctica que existía al momento del establecimiento de la CIJ. El mundo de 1945 definitivamente no es igual al del siglo XXI. Esta realidad ha transformado indudablemente el derecho internacional y cada uno de sus componentes vertebrales, incluyendo la teoría de las fuentes y sus diversos tipos. Desde tal perspectiva, la presente

* Abogado (Diploma de Honor) y especialista de la Universidad Nacional de Colombia; LLM en Derecho Internacional Público de la Universidad de Leiden (Países Bajos); doctorando en Ciencias Jurídicas. Miembro del Centro de Estudios de Derecho Internacional Francisco Suárez S.J. de la Pontificia Universidad Javeriana; miembro fundador de la Academia Colombiana de Derecho Internacional y editor general de su blog *Debate Global*; miembro del Grupo de Investigación en Responsabilidad Internacional y Medio Ambiente de la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional; docente de Derecho Internacional en diversas universidades. Correo electrónico: cardenas-f@javeriana.edu.co Cuenta de Twitter: @fbcardenas

** Abogado de la Universidad Nacional de Colombia y estudiante de Maestría en Derecho Internacional de la Universidad de La Sabana. Correo electrónico: ocasallasm@unal.edu.co
Para citar este artículo: Cárdenas Castañeda, Fabián Augusto & Casallas Méndez, Óscar Orlando, “Una gran medida de *opinio juris* y práctica estatal al gusto: ¿la receta de la costumbre internacional contemporánea?”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)*, 2015, 8, pp. 87-130. Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/acdi8.1.2015.03>

investigación busca revisar el concepto tradicional de la costumbre internacional mediante el estudio de sus dos ingredientes, en particular de la *opinio juris*, la cual será puesta a prueba a través del uso de literatura y jurisprudencia jurídicas contemporáneas. Luego de exponer algunas de las más grandes dificultades del concepto clásico de la *opinio juris*, se hará una presentación de novedosos y actualizados conceptos de ella. Lo anterior llevará a demostrar si de hecho se requiere un desarrollo de la definición clásica de la *opinio juris* y si se puede sugerir que esta es el único ingrediente requerido en la receta de la costumbre internacional contemporánea.

Palabras clave: costumbre internacional, costumbre internacional ambiental, derecho internacional ambiental, *opinio juris*, práctica internacional, derecho internacional contemporáneo, fuentes del derecho internacional.

A Large Cup of Opinio Juris and State Practice to Taste: The Recipe of Contemporary Customary International Law?

Abstract: The social international practice of contemporary international law does not correspond entirely to the one of the establishment of the ICJ. The world as to 1945 is definitely not the same of the 21st century. Such reality, has undoubtedly transformed international law and its vertebral components. That transformation includes the theory of the sources as a whole and all its kinds. From that perspective, the present research aims to revisit the traditional concept of customary international law by deciphering its two ingredients, in particular that of *opinio juris*, which will be tested by using contemporary scholarship and jurisprudence. After explaining some of the major difficulties of the classic concept of *opinio juris*, there will be a description of newer, contemporary and updated concepts. The foregoing will lead the discussion to demonstrate, whether it is in fact required to develop the classic definition of *opinio juris*, and whether it is suggested that it may be the only ingredient required in the recipe of contemporary customary international law.

Key words: customary international law, customary international environmental law, international environmental law, *opinio juris*, international practice, contemporary international law, sources of international law.

Uma grande medida de opinio juris e prática estatal ao gosto: a receita da costume internacional contemporânea?

Resumo: A prática social internacional do direito internacional contemporâneo não corresponde totalmente à prática que existia no momento do estabelecimento da CIJ. O mundo 1945 definitivamente não é igual ao do século XXI. Esta realidade tem transformado indubitavelmente o direito internacional e cada um de seus componentes vertebrais, incluindo a teoria das fontes e seus diversos tipos. Desde tal perspectiva, a presente pesquisa busca revisar o conceito tradicional do costume internacional mediante o estudo de seus dois ingredientes, especialmente da *opinio juris*, a qual será posta à prova através do uso de literatura e jurisprudência jurídicas contemporâneas. Após expor algumas das mais grandes dificuldades do conceito clássico da *opinio juris*, se realizará uma apresentação de novos e atualizados conceitos da mesma. O anterior levará a demonstrar, se de fato se requiere um desenvolvimento da definição clássico da *opinio juris*, e se é possível sugerir que a mesma é o único ingrediente requerido na receita do costume internacional contemporânea.

Palavras-chave: costume internacional, costume internacional ambiental, direito internacional ambiental, *opinio juris*, prática internacional, direito internacional contemporâneo, fontes do direito internacional.

Introducción

En oportunidades anteriores, se ha podido demostrar que la doctrina jurídica internacional del siglo XXI requiere un proceso de revisión que permita repensar la teoría de las fuentes del derecho internacional (DI) contemporáneo en tanto que esta no logra dar razón de la práctica social actual.¹ No solo la lista del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) se ha quedado corta, sino que los conceptos de sus fuentes enunciadas parecen insuficientes; la costumbre internacional no ha sido ajena a tales dificultades.

El presente artículo, enmarcado dentro del programa de investigación doctoral que adelanta el autor principal frente a la costumbre internacional

¹ Cárdenas, Fabían, “A Call for Rethinking the Sources of International Law: Soft Law and the Other Side of the Coin”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2013, 33, pp. 355-403.

y su funcionamiento en el derecho internacional ambiental,² tiene como objetivo fundamental presentar las dificultades conceptuales de la definición tradicional de *opinio juris*—uno de los dos ingredientes de la costumbre—, para demostrar la necesidad de un replanteamiento ajustado a la realidad jurídica contemporánea.

Para el desarrollo satisfactorio de la presente investigación y con miras a poner en contexto los planteamientos que se expresarán en el tercer aparte, en primera medida, se hará una reconstrucción dogmática del concepto clásico de la costumbre internacional junto con sus dos componentes tradicionales (sección 1), para, en una segunda instancia, profundizar la teoría relativa al elemento subjetivo: la *opinio juris* (sección 2). Finalmente, se pondrá a prueba tal definición detallada de la *opinio juris* en el contexto dado en la parte inicial, a fin de determinar su vigencia conceptual; este proceso se llevará a cabo no solo con contrastes desarrollados a partir de la doctrina jurídica clásica y contemporánea, sino mediante el análisis de los desarrollos propios de la jurisprudencia internacional, en particular de la CIJ, uno de los tribunales con mayor legitimidad y reconocimiento para el DI.

El trabajo no pretende darle una solución definitiva a los problemas epistemológicos de la costumbre, ya que esto sería más que ilusorio, no obstante, como resultado final, se espera discernir si la teoría de la costumbre internacional necesita ser replanteada y si es un debate que necesita profundizarse en el derecho internacional contemporáneo; igualmente, se busca discernir si el concepto tradicional de *opinio juris* es insuficiente o no para explicar la práctica social internacional contemporánea, y si esta eventualmente sugiere que en la actualidad la receta de la costumbre está compuesta por un solo ingrediente: la *opinio juris*.

1. Reconstruyendo el concepto clásico de la costumbre internacional

La costumbre es una de las principales fuentes formales del DI. Su inclusión y reconocimiento como fuente es el producto de un complejo proceso histórico,³ a través del cual se le ha dado espacio a mecanismos formales

² El Doctorado en Ciencias Jurídicas es adelantado en la Pontificia Universidad Javeriana bajo la supervisión del profesor Rafael A. Prieto Sanjuán de este claustro y el profesor Jean D'Aspremont de la Manchester University, con la financiación de Colciencias.

³ Koskeniemi, Martti, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, 2005, p. 398.

fundados en orígenes menos consensuales (como el caso de los tratados internacionales).⁴ No obstante que en los sistemas legales internos la costumbre suele ser considerada como una fuente engorrosa y, en algunos casos, hasta nostálgica,⁵ pero en el DI es bastante dinámica debido a la inexistencia de un legislador universal, característica que distingue al sistema internacional.⁶

Es en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ donde se establecen las fuentes de derecho que el tribunal debe aplicar al momento de resolver las controversias internacionales,⁷ y donde son establecidos como fuentes generales de DI: los tratados internacionales, la costumbre y los principios generales de derecho de las naciones civilizadas.⁸ La costumbre internacional se encuentra definida por el artículo 38 de la siguiente manera: “Como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”.⁹ Pese a que la costumbre está descrita mediante procedimientos formales para su identificación y reconocimiento (*law ascertainment*)¹⁰ –tal como lo describe el Estatuto de la CIJ–, como fuente de DI, la costumbre se distingue por su informalidad durante el proceso de creación (*law making*),¹¹ de modo que es difícil hallarla dentro

⁴ Thirlway, Hugh, “The Sources of International Law”, in Evans, Malcolm (ed.), *International Law*, 1st ed., Oxford University Press, New York, 2003, p. 124. Ver también: D’Amato, Anthony, “Trashing Customary International”, *American Journal of International Law*, 1987, (101), en <http://anthonydamato.law.northwestern.edu/adobefiles/a87a-trashing.pdf>

⁵ Shaw, Malcolm, *International Law*, 6th ed., Cambridge University Press, New York, 2008, p. 73.

⁶ *Ibid.*, p. 73.

⁷ El Estatuto es tomado del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional y fue adoptado después de la terminación de la Segunda Guerra Mundial y durante la creación de la Organización de las Naciones Unidas. Thirlway en Evans, *supra* nota 4, p. 120.

⁸ Evans, *supra* nota 4, p. 124. Ver también: Malanczuk, Peter, *Modern Introduction to International Law*, 7th ed., Routledge, New York, 1997, p. 36.

⁹ Artículo 38 del Estatuto de la CIJ.

¹⁰ Por ‘*law ascertainment*’ o ‘criterios de determinación del derecho’ han de entenderse los parámetros formales preestablecidos para establecer la existencia de una norma jurídica, es decir, una regla secundaria en términos hartianos. De la existencia de dicha regla deriva el formalismo del derecho internacional contemporáneo. Ver al respecto la extensiva argumentación de D’Aspremont, Jean, *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 38, en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1969795

¹¹ En contraste con el concepto de ‘*law ascertainment*’, el de ‘*law making*’ o de ‘elaboración del derecho’ hace referencia a la manera específica como una regla primaria en concreto es producida atendiendo a los criterios formales de la regla secundaria de ‘*law ascertainment*’ que establecen los parámetros de existencia. Al respecto, ver, por ejemplo: Boyle, Alan & Chinkin,

de un marco absolutamente formal.¹² Esta situación se explica debido a que su contenido se encuentra en la creencia de obligatoriedad de la norma.¹³

La CIJ y la doctrina han determinado la existencia de dos tipos de costumbre en el sistema internacional. El primer tipo, la costumbre internacional local, que construye obligaciones solo *inter partes* o un número reducido de sujetos internacionales,¹⁴ y fue descrita por la CIJ en los casos de *Asylum* y *Right of Passage over Indian Territory*.¹⁵ El segundo tipo concierne a la costumbre que crea obligaciones vinculantes frente a la totalidad de los sujetos de DI, es llamada costumbre general internacional o simplemente costumbre internacional,¹⁶ y se encuentra claramente descrita por la CIJ en el caso de *North Sea Continental Shelf*.¹⁷ En ocasiones, la propia Corte y la doctrina suelen también llamar a este tipo de costumbre como derecho internacional general (*general international law*).¹⁸

Según las perspectivas tradicionales, la costumbre internacional surge cuando un número importante de sujetos de DI realizan una misma práctica y la consideran como obligatoria, siempre y cuando no sea contraria a normas de *jus cogens*.¹⁹ Una vez que la práctica se consolida como norma consuetudinaria, genera efectos a todos los sujetos de la comunidad internacional.²⁰ Es en este punto donde se presenta una de las diferencias más importantes

Christine, *The Making of International Law*, Foundations of Public International Law, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 263.

¹² D'Aspremont, supra nota 10, p. 5. "It (this research) aims at raising awareness of the cost and contradictions of the non-formal law-ascertainment that lies behind sources like customary law".

¹³ Mendelson, Maurice, *The Formation of Customary International Law*, The Hague Academy Collected Courses, Martinus Nijhoff, The Hague, vol. 272, 1998, p. 173.

¹⁴ Mendelson, Maurice, "The Sources and Evidences of International Law", in Fitzmaurice, Malgosia (ed.), *Fifty Years of The International Court of Justice*, Cambridge University Press, 1996, p. 71. El profesor Mendelson trata el tema de la costumbre particular.

¹⁵ *Asylum* (Perú vs. Colombia), ICJ, fallo del 20 de noviembre de 1950; *Right of Passage over Indian Territory* (Portugal vs. India), ICJ, fallo del 12 de abril de 1960.

¹⁶ Shaw, supra nota 5, p. 120; Evans, supra nota 4, p. 120.

¹⁷ *North Sea Continental Shelf* (República Federal Alemana vs. Alemania/Dinamarca), ICJ, fallo del 20 de febrero de 1969.

¹⁸ Shaw, supra nota 5, p. 120; Evans, supra nota 4, p. 120.

¹⁹ Malanczuk, supra nota 8, p. 40. Esto, por supuesto, no obsta para que una norma de *jus cogens* pueda ser modificada mediante el surgimiento de otra norma de *jus cogens*, la cual originalmente también requerirá práctica.

²⁰ Mendelson, supra nota 13, p. 170; Thirlway en Evans, supra nota 4, p. 128.

respecto de los tratados internacionales, debido a que estos poseen efectos solo entre las partes firmantes,²¹ pese a que tienen una equivalencia jerárquica normativa con la costumbre internacional.²²

Aun así, estas dos fuentes se encuentran relacionadas, ya que en ciertas ocasiones los tratados pueden ser parte de la creación de la costumbre. Algunos autores consideran que la formación de una obligación *inter partes* puede restringir la creación de una norma consuetudinaria,²³ pero no es así en todos los casos, porque la existencia de un acuerdo internacional puede generar un efecto contrario. D'Amato considera que la adopción de un tratado puede constituir una práctica, por medio de la cual se podría desarrollar una futura norma de DI consuetudinaria,²⁴ tal es el caso –por ejemplo– de la ratificación masiva del Pacto Briand-Kellogg de 1928 entre los Estados Unidos y Francia, que se considera el origen de la obligación consuetudinaria de la solución pacífica de las controversias internacionales.²⁵

En otras ocasiones, se ha pensado que la adopción de un tratado o texto oficial sobre un tema respecto del cual preexiste una costumbre puede generar el efecto contrario, es decir, quitarle su naturaleza de costumbre. Esta es, por ejemplo, una de las razones por las cuales la Comisión de Derecho Internacional (CDI) ha preferido no promover la adopción de un tratado relativo a la responsabilidad internacional de los Estados, ya que existe una creencia generalizada –*opinio juris*– en la comunidad internacional de que el documento de *soft law* relativo a los artículos sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos de 2001, aunque no es jurídicamente vinculante por sí mismo, recoge y codifica normas de costumbre internacional.²⁶ En todo caso, es preciso puntualizar que el debate respecto de los efectos que generan los tratados sobre la costumbre no es pacífico y en ocasiones suele ser contradictorio.²⁷

²¹ Koskenniemi, *supra* nota 3, p. 398; Shaw, *supra* nota 5, p. 93; D'Amato, *supra* nota 5, p. 3.

²² Dinstein, Yoram, *The Interaction Between Customary International Law and Treaties*, The Hague Academy Collected Courses, Martinus Nijhoff, The Hague, vol. 322, 2006, p. 325.

²³ D'Amato, *supra* nota 4, p. 3.

²⁴ *Ibíd.* Ver también: Thirlway en Evans, *supra* nota 4, p. 134.

²⁵ Uribe Vargas, Diego, *La paz es una tregua: solución pacífica de las controversias internacionales*, Unibiblos - Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 63-83.

²⁶ Fitzmaurice, Malgosia, “International Responsibility and Liability”, in *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, 2007, p. 1011.

²⁷ D'Amato, *supra* nota 4, p. 3.

Comúnmente se considera que la costumbre internacional es el resultado de acuerdos tácitos entre los sujetos de DI,²⁸ pero no se puede afirmar esto de manera absoluta, puesto que la norma consuetudinaria también puede existir aun cuando no se encuentra ningún tipo de consentimiento por parte de los Estados; además que, si la norma de costumbre internacional dependiera del consentimiento, solo sería obligatoria para aquellos sujetos de DI que participaron en el *law making*.²⁹ Por lo tanto, el proceso de creación normativo de las normas de costumbre internacional lo suelen integrar elementos que trascienden la mera voluntad de los sujetos del sistema.

La doctrina y los tribunales internacionales han señalado dos elementos necesarios como condición para el surgimiento de una costumbre internacional: la práctica internacional como elemento objetivo y la *opinio juris*, subjetivo y prescriptivo simultáneamente.³⁰

Con miras a entender cómo probablemente el elemento subjetivo es el que actualmente aglutina la práctica y la convierte en una norma de DI obligatoria para la totalidad de los sujetos de DI contemporáneo, es necesario realizar una presentación detallada sobre cada uno de los elementos que tradicionalmente se dicen constituir la costumbre internacional.

1.1. La práctica internacional como condición de hecho de la costumbre

La práctica es uno de los dos elementos constitutivos de la costumbre internacional, específicamente es el ingrediente objetivo requerido para la formación de la norma consuetudinaria.³¹ Las conductas a través de las cuales se puede ver el desarrollo de la práctica son *inter alia* la proclamación de leyes, las ordenanzas, las intervenciones en escenarios diplomáticos, las declaraciones en los medios de comunicación,³² las decisiones de los tribunales y las decisiones de las organizaciones internacionales (OI).

Aun así, no todo tipo de comportamiento internacional llevado a cabo por los sujetos de DI pueden ser considerado como práctica interna-

²⁸ *Ibíd.*, p. 124.

²⁹ Evans, *supra* nota 4, p. 124.

³⁰ *Ibíd.*, p. 125; Dinstein, *supra* nota 22, p. 265. Ver también: Shaw, *supra* nota 5, p. 74.

³¹ Uribe, Diego & Cárdenas, Fabián, *Derecho internacional ambiental*, Fundación Universitaria Jorge Tadeo Lozano, Bogotá, 2010, p. 140; Malanczuk, *supra* nota 8, p. 39.

³² Shaw, *supra* nota 5, p. 82.

cional, debido a que algunos actos son realizados por razones protocolarias o estratégicas,³³ sin que medie el elemento subjetivo que conjuntamente permita el surgimiento de la norma de costumbre internacional.

La jurisprudencia internacional ha determinado en varias oportunidades cuáles actos realizados por los sujetos de DI pueden ser considerados como una práctica internacional válida. La CIJ estableció en el caso *Asylum* que la práctica debe ser constante y uniforme, de modo que los actos inciertos o contradictorios no pueden contribuir a la conformación de una norma consuetudinaria.³⁴ La uniformidad fue posteriormente reiterada en el caso de *Fisheries*, donde la Corte desestimó las pretensiones del Reino Unido al considerar que el ejercicio de los derechos pesqueros por parte del Estado británico no era suficiente para la creación de una costumbre, porque no habían sido constantes.³⁵

Así mismo, se considera que la práctica debe estar caracterizada por la temporalidad, es decir, el lapso de tiempo a lo largo del cual se ha efectuado un determinado comportamiento respecto del que se tiene una creencia de obligatoriedad. De tal modo, los hechos que constituyen una práctica pueden ser resultado de un proceso que tomó varios años o, por el contrario, pueden ser generados de forma inmediata.³⁶ Dicho contraste puede ser claramente ilustrado mediante el paralelo que se puede dar entre la consolidación de las normas del derecho del mar, por un lado, y el régimen consuetudinario del derecho aéreo-espacial, por el otro.³⁷ Mientras que el régimen esencial del derecho del mar consuetudinario se configuró luego de siglos de práctica internacional, la norma de costumbre internacional relativa al derecho aéreo-espacial se consolidó casi de inmediato cuando fueron lanzados los primeros satélites a mediados del siglo XX.³⁸ Esto concretamente es lo que Bin Cheng denominó costumbre internacional instantánea.³⁹

³³ Mendelson, supra nota 13, p. 198; Hillier, Tim, *Source on Public International Law*, Cavendish Publishing Limited, London, 1998, p. 71.

³⁴ *Asylum* (Perú vs. Colombia), supra nota 15, p. 15; Shaw, supra nota 5, p. 76; Uribe & Cárdenas, supra nota 31, p. 122; Hillier, supra nota 33, p. 71.

³⁵ *Fisheries* (Reino Unido de la Gran Bretaña vs. Noruega), ICJ, fallo del 18 de diciembre de 1951, p. 8. Ver también: Shaw, supra nota 5, p. 77; Malanczuk, supra nota 8, p. 43.

³⁶ Malanczuk, ibíd., p. 45; Uribe & Cárdenas, supra nota 31, p. 140.

³⁷ Uribe & Cárdenas, ibíd., p. 140.

³⁸ Koskenniemi, supra nota 3, pp. 309, 389; Uribe & Cárdenas, supra nota 31, p. 140.

³⁹ Cheng, Bing, "United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law?", *The Indian Journal of International Law*, 1965, pp. 23-112.

Dado que la característica del tiempo puede ser muy variable y no determina realmente la existencia de un estado de práctica internacional, lo fundamental sobre ella es el contexto en el cual se desarrollan los hechos, ya que es esto lo que define cuándo hay una práctica que puede o no consolidar una costumbre internacional.⁴⁰ Por lo tanto, no basta solo con la existencia de un hecho en un espacio temporal, este además debe ser relevante y constante, aunque —como se ilustró— la constancia no está determinada por un término específico de tiempo, el cual puede variar según las circunstancias particulares, sobre todo si se está en presencia de cantidades abundantes o no de *opinio juris*: el segundo ingrediente de la costumbre.

La CIJ y la doctrina han desarrollado criterios para determinar qué tipos de actos pueden ser considerados como práctica internacional. Basta con ver las consideraciones de la CIJ en los casos de *Right of Passage Over Indian Territory* y *Fisberies*,⁴¹ en donde afirmó que por práctica estatal deberían considerarse los comportamientos de las autoridades y de sus habitantes en un período de tiempo determinado.⁴²

Sin embargo, la doctrina mayoritaria tiene como práctica los actos realizados por los Estados o los sujetos de DI, tales como legislaciones, jurisprudencias y declaraciones de los funcionarios que representan al sujeto de DI.⁴³ Por lo tanto, se puede considerar que la práctica internacional puede provenir tanto de actos realizados por parte de los representantes de los Estados y OI, como de los sujetos particulares en un contexto específico.

El concepto de práctica internacional se aborda también en el caso de *Military and Paramilitary Activities in Nicaragua*.⁴⁴ En este pronunciamiento judicial, la CIJ considera que no es necesaria una rigurosidad en la práctica para determinar la costumbre internacional, puesto que las normas de DI pueden constituirse cuando la conducta de los sujetos es coherente con las

⁴⁰ Shaw, supra nota 5, p. 76.

⁴¹ *Right of Passage over Indian Territory*, supra nota 15; *Fisberies*, supra nota 35.

⁴² "... the Court is bound to hold that the Norwegian authorities applied their system of delimitation consistently and uninterruptedly from 1869 until the time when the dispute arose". *Fisberies* (Reino Unido vs. Noruega), ibíd., p. 26; "... The Court, therefore, concludes that, with regard to private persons, civil officials and goods in general there existed during the British and post-British periods a constant and uniform practice allowing free passage between Daman and the enclaves". *Right of Passage over Indian Territory* (Portugal vs. India), ibíd., p. 38.

⁴³ Shaw, supra nota 5, p. 82; Malanczuk, supra nota 8, p. 39.

⁴⁴ *Military and Paramilitary Activities in Nicaragua* (Nicaragua vs. EE. UU.), ICJ, fallo del 27 de junio de 1986.

reglas de formación de la norma consuetudinaria,⁴⁵ lo cual significó que, en el caso particular, la Corte le otorgara un mayor peso a la *opinio juris* en la creación de la costumbre internacional.

En este punto, coinciden también los doctrinantes. Según Mendelson, la práctica es el elemento descriptivo de la norma de derecho internacional, mientras que la *opinio juris* es el elemento prescriptivo que le otorga a la costumbre derechos y obligaciones.⁴⁶

Lo cierto es que la doctrina y la jurisprudencia internacional le han otorgado un papel mucho más fuerte al elemento subjetivo de la costumbre que a la propia práctica, debido a que ha sido el elemento subjetivo el que finalmente ha determinado la existencia de la costumbre internacional en múltiples casos. Por ende, es necesario analizar el elemento de la *opinio iuris* dentro de la idea clásica de la costumbre internacional, para, posteriormente, iniciar el estudio de su papel en el proceso de creación (*law making*) y en el DI contemporáneo.

Por último, es importante mencionar que, aunque la mayoría de la doctrina internacional que estudia la práctica como elemento material de la costumbre únicamente se enfoca en el rol que cumple en la formación del derecho y en la manera como se expresa dicha práctica, los estudios relativos a las razones por las cuales los Estados se comportan o actúan de determinada forma son algo más escasos. En este aspecto, se destaca la lectura realista de Goldsmith y Posner, la cual concluye que las acciones estatales necesariamente se derivan o bien de la necesidad de promover intereses individuales o bien por causa de la coerción generada por parte de los actores más poderosos de la comunidad internacional.⁴⁷

Igualmente, afirman que la continuidad de un determinado comportamiento por parte de los Estados responde a un interés específico, al mantenimiento de espacios cooperativos con pares poderosos o simplemente a la construcción o permanencia de su propia credibilidad y legitimidad en la comunidad internacional. Goldsmith y Posner concluyen: “*Nations do not act in accordance with a norm that they feel obliged to follow; they act because it is in*

⁴⁵ “In order to deduce the existence of customary rules, the Court deems it sufficient that the conduct of states should, in general, be consistent with such rules, and that instances of state conduct inconsistent with a given rule should generally have been treated as breaches of that rule, not as indications of the recognition of a new rule”. *Military and Paramilitary Activities in Nicaragua*, ibíd., párr. 186.

⁴⁶ Dinstein, supra nota 22, par. 64.

⁴⁷ Goldsmith, Jack & Posner, Eric, “A Theory of Customary International Law”, in *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, N° 63, University of Chicago, 1998, p. 12.

their long-term (or medium-term) interest to do so. The norm does not cause the nations' behavior; it reflects their behavior".⁴⁸

No obstante, estas consideraciones de notable importancia van más allá del objeto de este artículo, que, por ahora, busca cuestionar la proporción en la cual aparecen los elementos objetivo y subjetivo en la formación de la costumbre internacional en el derecho internacional contemporáneo.

1.2. El papel de la *opinio juris* según el artículo 38 del Estatuto de la CIJ

Conforme con el Estatuto de la CIJ, la *opinio juris* es el segundo ingrediente de la costumbre internacional.⁴⁹ Una de las definiciones más aceptadas es resumida de forma sencilla por Shaw de la siguiente manera: "*This is the psychological factor, the belief by a state that behaved in a certain way that it was under a legal obligation to act that way. It is known in legal terminology as opinio juris sive necessitates*".⁵⁰

Probablemente la primera vez que se debatió el concepto de *opinio juris* en el marco de una controversia internacional fue en el caso *Lotus*.⁵¹ El mismo concierne a una acción penal llevada a cabo por Turquía en contra de un ciudadano francés, a causa de la colisión del buque de vapor *Lotus* de bandera francesa y el S.S. Boz Kourt de nacionalidad turca. En este diferendo, Francia sostuvo que no existía una práctica internacional que respaldara la iniciación de acciones penales por actos similares. Por lo tanto, según los galos, se evidenciaba la existencia de una norma de derecho consuetudinario que impedía dicho comportamiento.⁵²

La Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) basó su decisión en la siguiente argumentación: "*Would merely show that States had often, in practice, abstained from instituting criminal proceedings, and not that they recognized themselves*

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 27.

⁴⁹ El nombre técnico por la doctrina a este elemento es el de: *opinio iuris sive necessitatis*. Hiller, supra nota 27, p. 75; Thirlway en Evans, supra nota 4, p. 125; Shaw, supra nota 5, p. 75.

⁵⁰ Shaw, *ibíd.*, p. 75. El factor psicológico, la creencia por parte de un Estado que se comportó de una manera determinada debido a que estaba bajo la obligación de actuar de esa manera.

⁵¹ *Lotus* (Francia vs. Turquía), ICJ, fallo del 7 de septiembre de 1927.

⁵² En este caso, la práctica a la que hizo referencia Francia en los casos de colisión de embarcaciones rara vez es tratada como causa penal.

as being obliged to do so; for only if such abstention were based on their being conscious of having a duty to abstain would it be possible to speak of an international custom".⁵³

De esta manera, la CPJI estableció que los actos no solo deben tener una práctica constante —o, en este caso, una práctica inexistente—, sino que además deben ser llevados a cabo de tal modo que exista una creencia de que dicha práctica es obligatoria.⁵⁴

Otro de los casos en donde también hubo un gran desarrollo en torno de la *opinio juris* fue el diferendo entre la República Federal Alemana (RFA) y Dinamarca, en el caso de *North Sea Continental Shelf* (1969).⁵⁵ Esta disputa se generó por la delimitación de la plataforma continental en el mar del Norte. En él, la Corte debía determinar si el principio de equidistancia establecido en la Convención de Ginebra de 1958 se había convertido en una norma de costumbre internacional.⁵⁶ Dinamarca consideraba que existía una costumbre internacional con base en las discusiones presentadas por la CDI sobre el principio de equidistancia durante la Convención de Ginebra; además, alegó que la Convención fue simplemente un acto de declaración de la costumbre existente.⁵⁷

Por su parte, la Corte realizó un estudio sobre el proceso de creación (*law making*) de la costumbre internacional y determinó que el principio de equidistancia había sido propuesto por la CDI en bases experimentales y no como una *lege ferenda*;⁵⁸ al mismo tiempo, confirmó la necesidad de la *opinio juris* para la existencia de la norma consuetudinaria: “*Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such away, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it*”.⁵⁹

La Corte sostuvo también que, si la Convención de Ginebra hubiera sido una confirmación de una norma consuetudinaria, no se hubiera

⁵³ *Lotus*, supra nota 55, p. 28.

⁵⁴ *Shaw*, supra nota 5, p. 84.

⁵⁵ *North Sea Continental Shelf*, supra nota 17.

⁵⁶ “El límite exterior del mar territorial está constituido por una línea, cada uno de cuyos puntos está más próximo a la línea base, a una distancia igual a la anchura del mar territorial”. Artículo 6º de la Convención de Ginebra sobre Mar Territorial y Zona Contigua, 29 de abril de 1958.

⁵⁷ *North Sea Continental Shelf*, supra nota 17, par. 61.

⁵⁸ Es decir, una norma que puede ser o que debería ser en un futuro. Malanczuk, supra nota 8, p. 35.

⁵⁹ *North Sea Continental Shelf*, supra nota 17, par. 77.

permitido una reserva sobre el artículo 6° que trataba sobre el principio de equidistancia,⁶⁰ debido a que, por su naturaleza, las normas de costumbre internacional deben tener la misma fuerza para todos los miembros de la comunidad internacional.⁶¹ De esta forma, la CIJ estableció que la costumbre internacional no solo cobija a un grupo pequeño de sujetos de DI, sino a todos los miembros de la comunidad internacional.⁶²

Esto significa, al mismo tiempo, la posibilidad de una *opinio juris* que no involucra la participación de todos los sujetos de DI en el proceso de creación de la costumbre, pero que, una vez constituida—dentro de la norma consuetudinaria—, se convierte en obligatoria para todos ellos, independientemente de si participaron en el *law making*.⁶³ Esto, por supuesto, flexibilizaría la presencia del consentimiento como regla general del derecho internacional.

Aun así, la CIJ puntualizó la necesidad de tener en cuenta la reacción de otros sujetos de DI en torno a un estado de práctica, ya que esto puede representar una evidencia de la creencia de obligatoriedad, la cual determinará la *opinio juris* requerida para el caso en concreto.⁶⁴

Posteriormente, en el caso de *Continental Shelf* (Libia c. Malta), la CIJ, además de reiterar las jurisprudencias anteriores,⁶⁵ consideró que los convenios internacionales, como la Convención del Mar de 1982, son útiles al momento de determinar la existencia de los elementos de una norma consuetudinaria.⁶⁶ No obstante, no existe un consenso general por parte de la

⁶⁰ Supra nota 57.

⁶¹ Este punto sería confirmado nuevamente por la ICJ en el caso de *Military and Paramilitary Activities in Nicaragua*, supra nota 44, par. 175.

⁶² “Whereas this cannot be so in the case of general or customary law rules and obligations which, by their very nature, must have equal force for all members of the international community, and cannot therefore be the subject of any right of unilateral exclusion exercisable at will by any one of them in its own”. *North Sea Continental Shelf*, supra nota 17, par. 69.

⁶³ *Ibid.*, par. 71.

⁶⁴ “For a new customary rule to be formed, not only must the acts concerned ‘amount to a settled practice’, but they must be accompanied by the *opinio juris sive necessitatis*. Either the States taking such action or other States in a position to react to it must have behaved so that their conduct is ‘evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief, i.e. the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the *opinio juris sive necessitates*”. *Ibid.*, par. 77.

⁶⁵ *Asylum*, supra nota 15, y *North Sea Continental Shelf*, supra nota 17.

⁶⁶ “It is of course axiomatic that the material of customary international law is to be looked for primarily in the actual practice and *opinio juris* of States, even though multilateral conventions may have an important role to play in recording and defining rules deriving from custom”. *Continental Shelf* (Malta vs. Libia), ICJ, fallo del 3 de junio de 1985, par. 27.

doctrina, debido a la dificultad para determinar la existencia del elemento subjetivo.⁶⁷

Dinstein considera que una de las formas de identificar la *opinio juris* es derivarla de un marco colectivo de las mentes de los sujetos de DI y de las declaraciones que son emitidas a través de los foros multilaterales, como la propia Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).⁶⁸ Por su parte, Malanczuk estima que la tendencia moderna de tratar de analizar la psicología de los Estados por medio de entidades colectivas es un proceso artificial, y que no se trata de buscar la evidencia directa de las convicciones psicológicas de un Estado, sino de inferirlas directamente de las actuaciones de los sujetos de DI, de modo que las declaraciones oficiales no son necesarias, en tanto que la *opinio juris* puede inferirse de los actos u omisiones concretos de los sujetos de DI.⁶⁹ Aquí se ubica el debate acerca del valor que tiene lo que los Estados dicen frente a lo que los Estados hacen. Finalmente, ¿qué se tiene en cuenta para el discernimiento de la *opinio juris* cuando lo que se dice es contrario a lo que se hace?⁷⁰

Estas discusiones son resultado de la superposición entre la práctica y la *opinio juris*,⁷¹ que se presenta durante el proceso de creación (*law making*) de las normas de costumbre internacional. En la controversia internacional donde esto resultó más evidente fue en *Military and Paramilitary Activities in Nicaragua* (1986); allí la CIJ consideró que los Estados Unidos eran responsables de la violación de normas de costumbre internacional sobre la prohibición del uso de la fuerza y de no intervención.

Lo interesante de esta decisión es que la Corte dedujo la existencia de una *opinio juris* y, posteriormente, la existencia de normas consuetudinarias de los instrumentos internacionales firmados por los Estados Unidos, los

⁶⁷ D'Amato considera que realizar esto sería revertirla de *opinio juris*, lo cual significaría que la convención no tiene un contenido independiente a la costumbre internacional. D'Amato, *supra* nota 4, p. 2.

⁶⁸ Dinstein, *supra* nota 22, par. 72.

⁶⁹ Malanczuk, *supra* nota 8, p. 44.

⁷⁰ D'Aspremont, Jean, "An Autonomous Regime of Identification of Customary International Humanitarian Law: Do Not Say What You Do or Do Not Do What You Say?", in Van Steenberghe, R. (ed.), *Droit international humanitaire: un régime spécial de droit international?*, Bruylant, 2013, en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2230345

⁷¹ Sharma, Surya, "Territorial Sea", in Bernhardt, R. (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, vol. 11, p. 328.

cuales eran la Resolución de la Sexta Conferencia Americana, que condenaba los actos de agresión,⁷² y la Convención de Montevideo de 1933.⁷³

En este caso, la Corte le otorgó un peso mayor a la *opinio juris* para determinar la existencia de una norma consuetudinaria, debido a que el tribunal afirmó que no era necesaria una práctica absolutamente rigurosa,⁷⁴ sino que era suficiente con que la conducta del Estado fuera producto de la creencia de obligatoriedad de la norma consuetudinaria, lo que fue deducido de la actitud de los Estados Unidos al firmar los anteriormente mencionados instrumentos internacionales,⁷⁵ superponiendo de este modo los dos elementos de la costumbre internacional a un solo acto del sujeto de DI.⁷⁶ Otras interpretaciones podrían simplemente asegurar que la firma de los instrumentos internacionales es en sí misma la práctica requerida, aunque la mayoría simplemente lo vería como la manifestación de la *opinio juris*.

Esta decisión resultó bastante significativa dado que el tribunal no solo le otorgó al elemento subjetivo un peso mayor en la formación de las normas consuetudinarias, sino que además lo consideró como el elemento que determina la existencia de la costumbre internacional, entrando en contradicción directa con la concepción clásica, que estima la costumbre internacional como la sumatoria entre la práctica internacional y la *opinio juris*.⁷⁷

El papel central del elemento subjetivo ha sido tan relevante en la construcción de la costumbre internacional que se hace necesario realizar

⁷² Sexta Conferencia Panamericana sobre el Desarrollo de los Métodos: Solución Pacífica de las Diferencias Internacionales, 18 de febrero de 1928.

⁷³ Convención de Montevideo sobre los Derechos y Deberes de los Estados de 1933; *Military and Paramilitary Activities in Nicaragua*, supra nota 44, par. 189.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ “The Court does not consider that, for a rule to be established as customary, the corresponding practice must be in absolutely rigorous conformity with the rule. In order to deduce the existence of customary rules, the Court deems it sufficient that the conduct of States should, in general, be consistent with such rules, and that instances of State conduct inconsistent with a given rule should generally have been treated as breaches of that rule, not as indications of the recognition of a new rule”. *Ibid.*, par. 188.

⁷⁶ “The Court has however to be satisfied that there exists in customary international law an *opinio juris* as to the binding character of such abstention. This *opinio juris* may, though with all due caution, be deduced from, *inter alia*, the attitude of the Parties and the attitude of States towards certain General Assembly resolutions, and particularly resolution 2625”. *Ibid.*

⁷⁷ Según Dinstein, la costumbre internacional depende de la sumatoria de la *opinio juris* y la práctica, debido a que de otro modo el estado de práctica sería solo ‘usage’. Dinstein, supra nota 18, p. 294. Ver también: Swaine, Eduard, “Rational Custom”, *Duke Law Journal*, 2002, 52, p. 559, en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=342900

un estudio de las posturas del DI en torno al proceso de creación (*law making*) de la norma consuetudinaria, para determinar el lugar que posee la *opinio juris* en la formación de la costumbre internacional, con miras a establecer finalmente si las reglas formales de determinación o reconocimiento normativo (*law ascertainment*) de la costumbre internacional en el siglo XXI corresponden o no a la fórmula tradicional de una receta de dos ingredientes: *opinio juris* y práctica internacional.

2. La *opinio juris* como criterio de reconocimiento de la costumbre internacional

Tal como se ha expuesto previamente, de conformidad con la concepción tradicional del derecho internacional, se establece que, para que una costumbre internacional emerja, es necesario que se verifique la existencia de una práctica internacional efectiva por parte de los sujetos de DI, y que, adicionalmente, estos lleven a cabo el determinado comportamiento no por los dictados de la discrecionalidad, sino por la convicción de que se debe al cumplimiento de una obligación jurídica.⁷⁸

Esta idea se encuentra ligada a las tesis clásicas de la formación de las fuentes de DI, las cuales se erigen en el fundamento del consentimiento de los sujetos (*state consent*) como fuente suprema de la creación de las normas de DI, o lo que Martti Koskenniemi llama apología.⁷⁹

De acuerdo con estas posturas contenidas en la llamada tesis voluntarista,⁸⁰ la construcción de las normas de derecho internacional proviene de los actos de voluntad de los sujetos internacionales⁸¹ y, por lo tanto, las obligaciones emanadas de las normas de costumbre internacional son producto del consentimiento,⁸² pues fueron los Estados quienes iniciaron la práctica y la consideraron como obligatoria. La anterior construcción conceptual representa eventualmente la costumbre internacional ya creada,

⁷⁸ Shaw, supra nota 5, p. 85; Thirlway en Evans, supra nota 4, p. 124; Mendelson en Fitzmaurice, supra nota 14, p. 63.

⁷⁹ Koskenniemi, supra nota 3, p. 147.

⁸⁰ Shelton, Dinah, “International Law and ‘Relative Normativity’”, in Evans, supra nota 4, p. 151; Hanspeter, Neuhold, “Variations on the Theme of ‘Soft International Law’”, in Crawford, James (ed.), *International Law Between Universalism and Fragmentation*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2008, p. 343.

⁸¹ Koskenniemi, supra nota 3, p. 170.

⁸² Ídem.

consolidada o perfeccionada, pero lamentablemente no explica el proceso de creación de nuevas normas de costumbre consuetudinarias, sobre todo, cuando estas se originan de aspiraciones, necesidades o preocupaciones comunes de la humanidad y no es del todo claro el momento inicial donde los sujetos transfieren su voluntad (si la hay) de generar una verdadera norma jurídica, y no solo un ideal político no vinculante; esto es lo que se conoce como la paradoja temporal del derecho consuetudinario.⁸³

Adicionalmente, es claro que la obligatoriedad de una norma de costumbre internacional ya establecida no depende más de forma directa de la voluntad de los sujetos de DI, sino de su carácter jurídico normativo.⁸⁴ De ahí que los postulados de la escuela crítica (CLS) según los cuales las normas de costumbre deben ser generales y uniformes están regidos por un estándar de igualdad material,⁸⁵ lo cual significa que una norma consuetudinaria necesariamente se impone a todos los sujetos de la comunidad internacional a pesar de la situación particular de cada uno en el proceso de creación normativa (*law making*),⁸⁶ donde pudo no haber intervenido, salvo que se haya configurado una oposición persistente.⁸⁷

Aun así, la teoría crítica también se queda corta al momento de afrontar la existencia de normas consuetudinarias particulares, ya que niega las formas que dinamizan la creación de la norma consuetudinaria, en donde la contradicción es parte sustancial del debate para la creación de la costumbre internacional, debido a que esta no es resultado de un consentimiento general de los sujetos de DI.⁸⁸

⁸³ Bradley, Curtis, "The Chronological Paradox, State Preferences, and Opinio Juris", Duke-Geneva Institute of International Law, Geneva, 2013, en http://law.duke.edu/cicl/pdf/opiniojuris/panel_1-bradley-the_chronological_paradox,_state_preferences_and_opinio_juris.pdf. Ver también: Malanczuk, supra nota 8, p. 44; Koskenniemi, supra nota 3, pp. 241, 291; Shaw, supra nota 5, p. 74.

⁸⁴ Mendelson en Fitzmaurice, supra nota 14, pp. 63-64.

⁸⁵ Koskenniemi, supra nota 3, p. 393. Ver también: Shaw, supra nota 5, p. 75.

⁸⁶ "... by its very nature, must have equal validity for all members of the international community, and cannot therefore be the subject of any right of unilateral exclusion". Koskenniemi, supra nota 3, p. 393. "Whereas this cannot be so in the case of general or customary law rules and obligations which, by their very nature, must have equal force for all members of the international community, and cannot therefore be the subject of any right of unilateral exclusion exercisable at will by any one of them in its own". *North Sea Continental Shelf*, supra nota 17, par. 69.

⁸⁷ Stein, T., "The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law", *Harvard International Law Journal*, 1985, p. 457.

⁸⁸ Koskenniemi, supra nota 3, p. 393.

Aquí precisamente yace el contraste generado entre las perspectivas tradicional y moderna de la costumbre internacional que plantea Roberts,⁸⁹ quien enfatiza que, mientras que la teoría tradicional se forma a partir de un proceso inductivo, la teoría moderna se deriva de un proceso deductivo. Esta se funda en declaraciones, mientras que aquella se forma en acciones.⁹⁰ Así, mientras que –por ejemplo– las normas relativas a la práctica diplomática surgen principalmente desde una observación inicial de la práctica de los Estados, la costumbre referente a la protección del medio ambiente inicia en postulados generales usualmente planteados en foros multilaterales, los cuales pueden –o no– ser refrendados por práctica efectiva.

Así mismo, mientras que la teoría de la costumbre tradicional es esencialmente descriptiva, la teoría de la costumbre moderna es primordialmente normativa,⁹¹ lo que permite la formulación de preguntas acerca de la posibilidad de que la receta de la costumbre internacional contemporánea esté compuesta por un solo elemento como lo es la *opinio juris*. Dichos cuestionamientos son planteados desde el DIA en la tercera parte.

2.1. El papel de la *opinio juris* en los procesos de formación (*law making*) y determinación normativos (*law ascertainment*)

Durante el proceso de creación de la norma de costumbre internacional, una nueva práctica internacional rara vez se considera como obligatoria, ya sea porque puede entrar en contradicción con otra norma de DI, porque los sujetos no pueden efectivamente realizar la práctica o simplemente porque no lo desean.⁹² En esta etapa primigenia del proceso de creación normativa (*law making*), es bastante difícil suponer la existencia de una *opinio juris*. Mendelson considera que, en esta etapa inicial del proceso, el elemento subjetivo no se encuentra presente en la práctica, y la *opinio juris* –de haberse manifestado– puede ser un elemento difuso.⁹³

⁸⁹ Roberts, Anthea, “Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation”, *American Journal of International Law*, 2001, 95, pp. 757-791.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 758.

⁹¹ *Ibid.*, p. 788.

⁹² Dinstein, *supra* nota 22, par. 64.

⁹³ Mendelson, *supra* nota 13, par. 284.

La presencia de la *opinio juris* durante el proceso de formación normativa (*law making*) de la costumbre internacional es muy debatida.⁹⁴ Se suele considerar que la creencia de obligatoriedad en el proceso de formación no necesita estar bien fundada mientras se exprese efectivamente esa conciencia de obligación en una etapa posterior;⁹⁵ de este modo, la formación de una norma consuetudinaria no se interrumpe si las declaraciones o actos de un solo individuo no corresponden con la *opinio juris*.⁹⁶

Lo que implica una relación inversa al momento de establecer los elementos de la costumbre internacional, debido a que, si la práctica internacional es coherente y organizada, se puede inferir fácilmente la existencia del elemento subjetivo, y, al mismo tiempo, con una fuerte presencia de la *opinio juris*, se reduce la necesidad de probar la práctica.⁹⁷ Así fue precisamente como la CIJ determinó la existencia de una costumbre internacional en el caso de *Military and Paramilitary Activities in Nicaragua* (1986),⁹⁸ al considerar que era suficiente con demostrar la existencia de una conciencia de obligación sobre las normas de costumbre que prohíben el uso de la fuerza y la intervención, las cuales pueden ser deducidas de la firma vehemente de los instrumentos internacionales.⁹⁹

Otro de los aspectos que no se puede pasar por alto en el proceso de creación de las normas de costumbre (*law making*) es el consentimiento, debido a que este posee una relación con la *opinio juris*.¹⁰⁰ Sin embargo, no se debe equiparar el consentimiento de los sujetos de DI con la *opinio juris*, ya que, por ejemplo, un Estado 'débil' puede consentir una práctica internacional de

⁹⁴ Ver, por ejemplo: Mendelson, supra nota 13; Koskenniemi, supra nota 3, p. 393; Shaw, supra nota 5, p. 75.

⁹⁵ Elias, Olufemi, "Nature of the Subjective Element in Customary International Law", *The International and Comparative Law Quarterly*, 1995, 44, (3), pp. 501-520, en <http://www.jstor.org/discover/10.2307/761200?uid=3737808&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21103260829721>

⁹⁶ *Ibid.*, p. 501.

⁹⁷ Dinstein, supra nota 22, p. 294.

⁹⁸ *Military and Paramilitary Activities in Nicaragua*, supra nota 44; Dinstein, *ibid.*, par. 297.

⁹⁹ *Military and Paramilitary Activities in Nicaragua*, *ibid.*, par. 186.

¹⁰⁰ Elias, supra nota 95, p. 513; Van Hoof, J. H., *Rethinking the Sources of International Law*, Kluwer Law and Taxation, The Netherlands, 1983, p. 76. Ver también: D'Amato, Anthony, "The Concept of Special Custom in International Law", *American Journal of International Law*, 2010, 63, p. 211, en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1713426

otro más fuerte, sin tener una verdadera creencia de obligatoriedad,¹⁰¹ como también puede existir la obligación de actuar de determinada manera, pero, por razones políticas o estratégicas, no es consentida por los sujetos de DI, lo que implicaría una violación a la norma consuetudinaria.¹⁰²

Por lo tanto, es necesario recurrir directamente a la *opinio juris* como el criterio de determinación de surgimiento normativo (*law ascertainment*) que permita establecer la existencia de una norma de costumbre internacional.¹⁰³ De acuerdo con Browlie, el sentido de una obligación legal, a diferencia de los motivos de cortesía, justicia o moralidad, es bastante real y el modo de actuar de los sujetos de DI reconoce la distinción entre una obligación y la mera práctica (*usage*),¹⁰⁴ y, por eso, la utilidad del elemento subjetivo que va más allá de la creación de la norma consuetudinaria, debido a que es también el mecanismo para distinguir la presencia de la norma de DI.¹⁰⁵

Ha sido la propia CIJ quien le ha otorgado a la *opinio juris* el papel de determinar la existencia de las normas consuetudinarias. Según Koskenniemi, la abundancia de estudios sobre *custom-ascertainment*¹⁰⁶ es una prueba de que, en la práctica internacional, la costumbre puede deducirse de la actividad judicial de la Corte,¹⁰⁷ en donde se enfatizó el papel de la *opinio juris* para la identificación y validez de la costumbre, tal como consta en los casos de *Asylum, North Sea Continental Shelf* y *Military and Paramilitary in Nicaragua*.¹⁰⁸

El rol de la *opinio juris* para determinar la existencia de la costumbre internacional se vuelve más importante cuando no existe una práctica internacional, es decir, en donde la omisión se desarrolla como el elemento objetivo en el proceso de *law making*, y es sobre este escenario donde la

¹⁰¹ Elias, supra nota 95, p. 509.

¹⁰² Ídem.

¹⁰³ Mendelson, supra nota 13, p. 272; Koskenniemi, supra nota 3, p. 393.

¹⁰⁴ “The sense of legal obligation, as opposed to motives of courtesy, fairness or morality, is real enough, and the practice of states recognize a distinction between obligation and usage”. Elias, supra nota 95, p. 506.

¹⁰⁵ Koskenniemi, supra nota 3, p. 393. Ver también: Mendelson, supra nota 13, p. 272.

¹⁰⁶ El proceso de determinación de la costumbre internacional. Koskenniemi, supra nota 3, p. 396.

¹⁰⁷ De ser así, el tribunal internacional sería otro de los factores para tener en cuenta al momento de determinar la existencia de las normas de derecho internacional. Koskenniemi, ídem, p. 396; Mendelson, supra nota 13, p. 284.

¹⁰⁸ Como se estudió anteriormente, en los casos de *Asylum, North Sea Continental Shelf, Right of Passage over Indian Territory* y *Military and Paramilitary Activities in Nicaragua*.

opinio juris de manera definitiva constituye el elemento determinante para la creación de la costumbre internacional. Este fue precisamente el criterio de la CPIJ en el caso *Lotus*, donde afirmó: “For only if such abstention were based on their being conscious of having a duty to abstain would it be possible to speak of an international custom”.¹⁰⁹

Es necesario tener en cuenta que la costumbre internacional puede crearse de la omisión solo si se encuentra fundada en una creencia de obligatoriedad,¹¹⁰ ya que la omisión puede ser resultado de la discrecionalidad o la conveniencia política del sujeto de DI. Y es allí donde el elemento subjetivo es el que toma el papel principal en *law making* de la costumbre internacional, al llevar una situación jurídica indeterminada hasta convertirla en una norma de DI.¹¹¹

En el proceso de creación normativa (*law making*) de la costumbre internacional, se encuentran diversas contradicciones debido a que no siempre se obedece a los estándares introducidos por el artículo 38 del Estatuto de la Corte, así como a la lectura tradicional respecto de las fuentes del DI. De este modo, se cree que en algunos casos la *opinio juris* se presenta como el único elemento utilizado para la construcción de la norma de DI, sobre todo cuando la costumbre internacional no corresponde a la voluntad (directa y evidente) de los Estados y demás sujetos del DI, sino que es la cristalización de las preocupaciones de la comunidad internacional —*res communis, global concerns*—,¹¹² así como de las normas imperativas o perentorias del DI (*jus cogens*).¹¹³

2.2. La *opinio juris* de la comunidad internacional y las normas de *jus cogens*

Aunque el concepto de *jus cogens* ya ha sido previamente reconstruido por diversos sectores de la doctrina,¹¹⁴ y no es el punto central del documento, se

¹⁰⁹ *Lotus*, supra nota 51, p. 28.

¹¹⁰ Mendelson, supra nota 13, p. 273.

¹¹¹ *North Sea Continental Shelf*, supra nota 17, par. 77.

¹¹² Cárdenas, Fabián & García, Felipe, “Desafíos interpuestos por el derecho internacional ambiental al derecho internacional clásico”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 2009, 2, p. 159.

¹¹³ Shaw, supra nota 5, p. 75. Ver también: Mullerson, Rein, “The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law”, in Wellens, Karel, *International Law: Theory and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1998, p. 161.

¹¹⁴ Ver la comprensiva reconstrucción conceptual que hace Abello, Ricardo, “Introducción

hará una breve mención a fin de relacionarlo con la construcción conceptual contemporánea de la *opinio juris* en el siglo XXI.

Es bien sabido que la comunidad internacional conformada únicamente por Estados ha tenido una evolución respecto de la concepción de estos como los únicos sujetos de DI; dicho desarrollo se acentuó en mayor medida con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial.¹¹⁵ Desde entonces, el concepto de la soberanía absoluta de los Estados en el escenario internacional ha sido flexibilizado y relativizado. A partir de ahí, se han consagrado principios de DI emanados más allá (algunas veces en contra) del consentimiento de los sujetos del sistema; este es el fenómeno que Koskenniemi ha bautizado como utopía.¹¹⁶ En algunas ocasiones, tales principios se han posicionado en lugares privilegiados dentro de la jerarquía normativa, tal como ha ocurrido con las normas de *jus cogens*.¹¹⁷

Lo cual es resultado de una creencia de obligatoriedad que no se encuentra en un sujeto particular de DI, sino en la comunidad internacional. La definición comúnmente más aceptada de *jus cogens* reconoce estos postulados, puesto que afirma que las obligaciones contenidas en las normas de *ius cogens* son producto de la aceptación de valores fundamentales superiores dentro del sistema internacional.¹¹⁸ Estos han sido descritos por Verdross,¹¹⁹ y, *más recientemente*, en la opinión consultiva del caso de *Pulp Mills* (2010),¹²⁰ donde el juez Cancado Trindade asevera que los principios como fuente no son únicamente los que derivan de los ordenamientos internos de las ‘naciones civilizadas’, sino que son criterios normativos que están emergiendo desde la propia comunidad a raíz de la existencia de un sistema propio de

al estudio de las normas de *ius cogens* en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, CDI”, en *El derecho internacional a la luz de los diferentes tribunales internacionales*, Bogotá, 2011, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/123/cnt/cnt4.pdf>

¹¹⁵ Shaw, *supra* nota 5, p. 9; Crawford, James & Olleson, Simon, “The Nature and Forms of International Responsibility”, in Evans, *supra* nota 4, p. 446.

¹¹⁶ Koskenniemi, *supra* nota 3.

¹¹⁷ “The concept of *jus cogens* is based upon an acceptance of fundamental and superior values within the system and in some respects is akin to the notion of public order or public policy in domestic legal orders”. Shaw, *supra* nota 5, p. 125.

¹¹⁸ Ídem.

¹¹⁹ Verdross, Alfred, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale*, The Hague Academy Collected Courses, Martinus Nijhoff, The Hague, vol. 52, 1935.

¹²⁰ *Pulp Mills* (Argentina vs. Uruguay), ICJ, fallo del 20 de abril de 2010.

valores internacionales, que, a su vez, deriva de intereses gestados desde la conciencia global.¹²¹

Al respecto, es indudable que la *opinio juris* ha jugado un papel fundamental en el proceso de elevación jerárquica normativa de reglas de costumbre internacional a normas de *jus cogens*,¹²² debido a que es el elemento de reconocimiento normativo (*law ascertainment*) que permite determinar cuando la norma es perentoria.¹²³

En este punto, es preciso reiterar que las normas de *jus cogens* no hacen referencia a un tipo autónomo de fuente formal del DI distinto a los tratados, la costumbre o los principios generales del derecho.¹²⁴ El concepto de *jus cogens* se refiere a una distinción de jerarquía normativa que se le puede otorgar a cualquier norma –bajo ciertos requisitos– independientemente de su fuente formal (tratado, costumbre, principios o cualquier otra).¹²⁵

Según el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, las normas de *jus cogens* son normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto, y es esta conciencia la que le otorga su carácter jerárquico, además de su efecto *erga omnes*. Este concepto fue presentado por la CIJ en el caso de *Barcelona Traction Company* (1970), donde se reconoció la existencia de obligaciones que eran debidas a la comunidad internacional en su conjunto y no solamente a un Estado o sujeto en particular.¹²⁶

¹²¹ *Ibid.*, par. 39.

¹²² Baker, Roozbeh, “Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates”, *European Journal of International Law*, 2010, 21, (1), pp. 173-204, en <http://ejil.oxfordjournals.org/content/21/1/173.full#sec-11>

¹²³ Uribe & Cárdenas, *supra* nota 31, p. 54; Shaw, *supra* nota 5, p. 123; Thirlway en Evans, *supra* nota 4, p.137; Malanczuk, *supra* nota 8, p. 57.

¹²⁴ Abello, *supra* nota 114.

¹²⁵ En otra ocasión, se ha sugerido que la lista del artículo 38 del Estatuto de la CIJ es apenas enunciativa, de modo que en el DI contemporáneo pueden existir muchas fuentes formales diferentes, aunque no se encuentren documentadas en la doctrina. Cárdenas, *supra* nota 1, pp. 355-403.

¹²⁶ “An essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State... By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes”. *Barcelona Traction Company* (Bélgica vs. España), ICJ, fallo del 5 de febrero de 1970, p. 3, par. 33.

Y, si bien existen dudas sobre la exigibilidad y la fuerza ejecutoria de las obligaciones con efecto *erga omnes*,¹²⁷ se han considerado escenarios en donde las obligaciones puede ser reclamadas por otros sujetos de DI. Así, el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la CDI, cuyo contenido es considerado en su mayoría de costumbre internacional, en el artículo 42 prevé la invocación de responsabilidad por violación de una obligación *erga omnes*, si afecta al Estado que la invoca.¹²⁸

El proceso de construcción de las normas de *jus cogens* en varios temas no ha correspondido con la existencia de una práctica real. Por ejemplo, la norma de *jus cogens* que prohíbe el genocidio fue producto de la conciencia de obligatoriedad, mas no directamente de una práctica internacional constante y uniforme. Podemos tomar en cuenta los hechos que permitieron el nacimiento de esta norma de *jus cogens*, tal como ocurrieron en Europa durante los siglos XIX y XX, que evidentemente fueron contrarios al elemento subjetivo, de modo que, de haberse seguido las reglas tradicionales, la norma que se hubiera consolidado como resultado hubiera sido la obligación de cometer genocidio y no su prohibición. Así, lo que permitió que la norma emergiera fue su inclusión en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito del Genocidio,¹²⁹ y la consiguiente indignación general que produjeron los crímenes cometidos. De esa forma, la *opinio juris* y el respaldo global fueron tan vehementes que no solo se configuró una costumbre, sino que esta le ha dado jerarquía normativa de *jus cogens*.¹³⁰

2.3. La costumbre internacional ambiental

Otro escenario donde se puede ver esta contradicción en el proceso de creación normativa (*law making*) es en el *aún joven* derecho internacional ambiental (DIA). Esta subrama del DI, con orígenes primigenios en la década de los

¹²⁷ Uribe & Cárdenas, supra nota 31, p. 74.

¹²⁸ Como se afirma en el libro de derecho internacional ambiental, esto presenta una contradicción, porque reconoce la existencia de obligaciones *erga omnes*, pero permite únicamente los alegatos de responsabilidad por parte de un sujeto de DI afectado. *Ibid.*

¹²⁹ Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su Resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948, en vigor el 12 de enero de 1951.

¹³⁰ Según Koskenniemi, las normas de *jus cogens* presentan un carácter dual en cuanto a que contiene disposiciones del derecho natural como efectos del derecho positivo. Supra nota 3, p. 47.

setenta, desarrollos concretos en los ochenta y noventa, y consolidación en el siglo XXI,¹³¹ ha sido producto del interés común de la humanidad, basado en la relación de interdependencia de los seres humanos con la existencia del mundo mismo.¹³² De tal modo, aunque existe una prueba de comportamientos con graves efectos adversos para el medio ambiente por parte de diversos sujetos de DI,¹³³ la indignación global y preocupación común de la humanidad expresada a través de los canales políticos, diplomáticos, así como a través de los medios de comunicación tradicional y 2.0, han configurado poco a poco una conciencia universal manifestada por medio de la *opinio juris* que ha permitido la emersión de las normas consuetudinarias vigentes que componen el DIA contemporáneo. Algunos de dichos principios y conceptos básicos generales no solo se han construido con una carencia de práctica, sino que en ocasiones se han generado pese a la manifestación expresa de voluntad.

El desarrollo del DIA ha sido producto de la creencia de obligatoriedad de principios de protección, los cuales se han desarrollado mediante instrumentos políticos y decisiones de los tribunales internacionales. Este proceso, sin lugar a duda, contradice las tesis clásicas de creación de fuentes del derecho internacional que plantean la imposibilidad de creación de normas de costumbre internacional ante la ausencia de una práctica internacional.¹³⁴

Respecto de las fuentes formales que regulan el DIA en la actualidad, es significativo mencionar que la importancia de la costumbre internacional radica en que fue precisamente esta la que permitió sentar los fundamentos originarios del campo de estudios. Como lo hemos puesto de presente *in extenso* en otro espacio,¹³⁵ fue precisamente una regla consuetudinaria desarrollada en el connotado *Trial Smelter Case* la que sentó las bases primigenias del DIA sobre las cuales se construyó el *corpus juris* de esta especialidad.

“Under the principles of international law, as well as the law of the United States, no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties of persons

¹³¹ Uribe & Cárdenas, supra nota 31, p. 85.

¹³² *Ibid.*, p. 74.

¹³³ GEO-5, *Global environment reports*, en <http://www.unep.org/geo/>

¹³⁴ Mendelson, supra nota 8, p. 279.

¹³⁵ Cárdenas, Fabián, “¿Reconoce la jurisprudencia de la CIJ una obligación general de protección ambiental?”, (próximo a publicarse en 2015).

therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence".¹³⁶

No obstante que cuantitativamente existe una mayor presencia de los tratados internacionales como fuentes del DIA (más de 500 tratados multilaterales), la costumbre internacional—algo más escasa— se encuentra en los fundamentos mismos sobre los cuales se erige este campo de estudio, en muchos casos robustecido por los miles de instrumentos de *soft law*, declaraciones y resoluciones que se producen alrededor del mundo.

Hay razones que explican las dificultades pragmáticas de la formación de la costumbre internacional ambiental bajo los auspicios de los procedimientos tradicionales planteados por la teoría general de la costumbre. Dentro de ellos se encuentra el objeto de la norma ambiental, el cual se relaciona estrechamente con conceptos estrictamente científicos, por lo que su referencia práctica está ligada al desempeño profesional de expertos que determinan su contenido a partir de análisis extrajurídicos que posteriormente son enunciados en lenguaje legal. Esto, por supuesto, promueve que el debate legal termine siendo determinado a partir de los avances científicos, donde —por su parte— existen también numerosas incertidumbres.¹³⁷

En algunos casos, se ha afirmado que el monopolio que adquieren los científicos respecto de la discusión jurídica, que es lo que finalmente va delineando el contenido de la *opinio juris*, convierte en prisionero al experto jurídico. Un ejemplo claro de esto es el Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático (IPCC, por su sigla en inglés),¹³⁸ así como la Plataforma Intergubernamental sobre Biodiversidad y los Servicios del Ecosistema,¹³⁹ cuyos informes son fundamentales en el posicionamiento ‘mental’ de la comunidad internacional respecto de sus objetos de estudio.

El otro fenómeno que ha permitido el posicionamiento de la *opinio juris* sobre la práctica internacional en su acepción tradicional en materia ambiental ha sido el cambio de paradigma en el derecho internacional con-

¹³⁶ *Trail Smelter Arbitration* (U.S. vs. Can.) March 1941, *Reports of International Arbitration Awards*, UN, 2006.

¹³⁷ Maljean-Dubois, Sandrine, “The Making of International Law Challenging Environmental Protection”, in Kerbrat, Yann & Maljean-Dubois, Sandrine (eds.), *The Transformation of International Environmental Law*, A Pedone & Hart, 2011, p. 29.

¹³⁸ Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático, en <http://www.ipcc.ch/>, consulta del 22 de agosto de 2014.

¹³⁹ Plataforma Intergubernamental sobre Biodiversidad y los Servicios del Ecosistema, en <http://www.ipbes.net/>, consulta del 22 de agosto de 2014.

temporáneo desde la bilateralidad y reciprocidad de derechos y obligaciones hacia una perspectiva multilateral y global del DIA dirigida por el provecho del bien y el interés comunes. Esto explica por qué la teoría posmoderna de la costumbre ambiental sobre la que se construye la costumbre internacional ambiental es más normativa que descriptiva y procede de procesos esencialmente deductivos –y no inductivos–.¹⁴⁰

Este fenómeno en el que los Estados se mueven desde un ejercicio estrictamente soberano al de un administrador fiduciario de los recursos colectivos también ha generado que las fuentes formales se muevan desde un patrón normativo interestatal hacia un patrón normativo dirigido por el interés común. Esto, sin duda, ha permitido el énfasis especial en la *opinio juris* y la pérdida de importancia de la práctica al momento de documentar la receta de la costumbre internacional.¹⁴¹

Al respecto, vale la pena citar a Ellen Hey, quien comenta:

*Developing the common-interest normative pattern is fraught with difficulties because it involves introducing systemic change into the inter-state normative pattern. To put it otherwise, it involves changing the secondary rules of the game, or, in the terms used by Hart, it involves changing the secondary rules of the inter-state normative pattern, in addition to changing the primary or substantive rules of international law.*¹⁴²

De este modo, por lo menos en lo que al DIA respecta, los cambios no solo han impactado las reglas primarias (o normas de contenido sustantivo), sino que la dinámica misma de la temática ambiental ha permitido la transformación –o adaptación– de las mismas reglas secundarias que regulan el funcionamiento como tal del derecho internacional contemporáneo, en este caso de los criterios para la formación de la costumbre internacional ambiental (*law ascertainment*).¹⁴³ Esto es precisamente lo que consideramos como la transformación de la receta tradicional de la costumbre ambiental, donde resulta imprescindible una buena medida de *opinio juris*, siendo opcional agregar una ‘pizca’ de práctica internacional de acuerdo al gusto.

¹⁴⁰ Roberts, supra nota 89, p. 758.

¹⁴¹ Maljean-Dubois, supra nota 137, p. 33.

¹⁴² Hey, Ellen, *Teaching International Law, State-Consent as Consent to a Process of Normative Development and Ensuing Problems*, Kluwer Law International, The Hague, 2003, p. 12.

¹⁴³ Ver concepto de reglas primarias y secundarias en Hart, Herbert, *The Concept of Law*, 2nd ed., Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 79-91.

Así mismo, dado que existe una nueva perspectiva comunitaria del DIA, el derecho se erige como un derecho de cooperación que se dirige más hacia la prevención y la regulación que hacia la responsabilidad y la compensación, esto construido a través de conceptos comunes desarrollados colectivamente o de *opinio juris*.

En la misma lógica y atendiendo a estas perspectivas, se da una temporalidad distinta del derecho internacional en materia ambiental, de modo que las normas no buscan únicamente soluciones *a posteriori*, sino que apuntan a la aparición preventiva de regímenes normativos que se anticipen a eventuales consecuencias perjudiciales irreversibles. En esta concepción epistemológica, se construyen precisamente los connotados hermanos principios de prevención y precaución ambiental.¹⁴⁴ El primero indudablemente de carácter consuetudinario y el segundo, una costumbre emergente.¹⁴⁵ Esto explica también, desde una perspectiva pragmática, por qué la formación de la costumbre internacional ambiental necesariamente debe apoyarse más en la *opinio juris* que en la práctica internacional. Si su propósito es precisamente anticiparse a los acontecimientos adversos al medio ambiente, resultaría contradictoria la existencia misma de la práctica en su acepción clásica como actos de Estado propiamente dichos. De esperar a la ocurrencia de práctica efectiva en ciertos asuntos ambientales determinados, tal vez el surgimiento de la norma llegaría demasiado tarde y carecería de toda utilidad práctica. Es por esto por lo que en materia ambiental se impone la *opinio juris* informada por los desarrollos científicos que son perfilados a la luz de los intereses comunes, y dirigida por canales multilaterales en el marco de un contexto global, en muchos casos ante la ausencia de práctica internacional en estricto sentido.

En conexidad con lo anterior, también existe una circunstancia práctica que usualmente empuja el surgimiento de la costumbre mediante el ímpetu de la *opinio juris* y ante la carencia de práctica, consistente en la aceleración de los procesos normativos ambientales, los cuales normalmente se mueven a la velocidad que imponen las necesidades ambientales, así como la voluntad política de ciertas organizaciones internacionales en determinados temas.¹⁴⁶ Como lo concluye Roberts: “*The tests and justifications for traditional and modern*

¹⁴⁴ Uribe & Cárdenas, supra nota 31, pp. 187-193.

¹⁴⁵ Ídem.

¹⁴⁶ Maljean-Dubois, supra nota 137, p. 36.

custom appear to differ because the former develops slowly through state practice, while the latter can arise rapidly based on opinio juris".¹⁴⁷

No obstante la necesidad de funcionar bajo los auspicios de esta teoría posmoderna, Maljean-Dubois puntualiza algunos de los riesgos, como la eventual inseguridad jurídica: *"At the cost of a certain legal insecurity, the set of rules is not rigid but evolving and perfectible depending on current scientific knowledge and its improvements, as well as the gravity of the attacks against the natural environment"*.¹⁴⁸

Sin lugar a dudas, el DIA ubicado en la posmodernidad es producido normativamente a partir de una teoría de la costumbre internacional que difiere de los imaginarios iniciales de los redactores del Estatuto de la CIJ, la cual se funda esencialmente en el elemento subjetivo (*mens rea*). En todo caso, este proceso de construcción de *opinio juris* que –de manera muchas veces solitaria– da origen a las reglas primarias consuetudinarias en materia ambiental trabaja en coordinación con los tratados internacionales mediante una relación mutualista de ‘fertilización’ y ‘mutua polinización’.¹⁴⁹

3. Una medida de *opinio juris* y práctica estatal al gusto: ¿la receta de la costumbre internacional contemporánea?

Tal como se ha descrito en el presente documento, no hay duda de que la costumbre internacional continúa siendo una de las principales fuentes formales del derecho internacional, junto con los tratados internacionales y los principios generales del derecho. Así, aunque las explicaciones teóricas hacen ver a la costumbre como una fuente imprecisa y menos vehemente en comparación con los tratados,¹⁵⁰ lo cierto es que, ante la reticencia que tienen los Estados de adoptar de forma rápida tratados que aborden temas que ameritan atención urgente, la costumbre retoma una particular importancia para el DI contemporáneo.

También ha quedado establecido que el concepto tradicional de costumbre, tal como fue concebido en el Estatuto de 1920 de la CPJI –posteriormente reproducido en el de 1945 de la CIJ–, está fundado en la presencia de

¹⁴⁷ Roberts, supra nota 89, p. 759.

¹⁴⁸ Maljean-Dubois, supra nota 137, p. 37.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 43.

¹⁵⁰ *"Some writers deny that custom can be significant today as a source of law, noting that it is too clumsy and slow-moving to accommodate the evolution of international law any more"*. Shaw, supra nota 5, p. 73.

dos ingredientes específicos a saber: práctica estatal (en DI contemporáneo se incluirían todos los sujetos adicionales al Estado) y *opinio juris sive necessitatis*, siendo esta el elemento subjetivo concretado en la creencia o convicción que tienen los sujetos de que el comportamiento específico (elemento objetivo) corresponde al cumplimiento de una obligación jurídica internacional pre-existente.¹⁵¹ En el momento de la formulación del postulado de la norma secundaria que regula la costumbre, el concepto no parecía tan complejo, ya que podía ser ejemplificado de forma sencilla con comportamientos tradicionales, como defender la costa de un Estado hasta una distancia equivalente al alcance de una bala de cañón (práctica-elemento objetivo), sumado a la creencia y convicción (elemento subjetivo) de que el mar territorial en principio solo se extendía hasta dicho lugar donde efectivamente se tenía la capacidad militar de ejercer la defensa.¹⁵² Sin embargo, en la medida en que el DI dejó de ser residual para pasar a regular temas transversales en la comunidad internacional, las realidades se volvieron más complejas y la teoría en determinado momento dejó de ser suficientemente explicativa.

3.1. Las insuficiencias conceptuales de las teorías clásicas de la costumbre y la *opinio juris*

La práctica internacional del siglo XX puso en evidencia las enormes dificultades reales que poseía la lectura tradicional de la costumbre, lo que ha enfatizado la necesidad de replantear las perspectivas con miras a descubrir si se hace necesario un replanteamiento.

Si bien la teoría inicial clásica hacía un esfuerzo por explicar la razón de ser de la costumbre ya existente, era insuficiente para representar la costumbre naciente o la costumbre futura. Esto concretamente ha sido llamado en la doctrina internacional como la ‘paradoja cronológica de la costumbre’,¹⁵³ la cual se enfatiza a la hora de determinar el elemento subjetivo.

¹⁵¹ Esta fórmula clásica sigue siendo el punto de partida de los debates más actuales, como aquel que se sostiene en la Comisión de Derecho Internacional de la ONU cuyo reporte hace la correspondiente construcción binaria. Ver Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *Segundo reporte sobre la identificación de la costumbre internacional*, Michael Wood, Relator Especial, mayo de 2014.

¹⁵² Sharma, *supra* nota 71, p. 328.

¹⁵³ Bradley, *supra* nota 83. Ver también: Lefkowitz, David, “(Dis)solving the Chronological Paradox in Customary International Law”, *Canadian Journal of Jurisprudence*, 2008, XXI. Ver también: Shaw, *supra* nota 5, p. 590.

De este modo, si se presume que en principio no hay dificultad con el concepto de práctica, es decir que un número importante de sujetos de derecho internacional se está comportando de determinada manera y que dicho comportamiento es constante, continuo e ininterrumpido, se plantea la gran duda de cómo los sujetos pueden pensar que tal comportamiento corresponde al cumplimiento de una obligación legal preexistente a no ser que en efecto dicha obligación ya existiera. En otras palabras, si verdaderamente se cumple el requisito de la *opinio juris* en el caso hipotético dado, quiere decir que la norma jurídica no era nueva, sino que ya existía, y porque existía con anterioridad es que los sujetos piensan que su comportamiento se ajusta a la creencia de que simplemente están actuando conforme a una obligación jurídica vinculante. Entonces, la norma de costumbre no era nueva, sino que existía desde antes.

Ahora, si efectivamente la costumbre internacional no preexistía, no hay una explicación lógica que identifique la razón por la cual los sujetos de DI pudieran pensar que su comportamiento corresponde al cumplimiento de una obligación jurídicamente vinculante. ¿Cuándo exactamente se modifica el pensamiento en las mentes de los sujetos de derecho internacional de forma que los haga creer que su comportamiento ya no obedece a una decisión discrecional, sino al cumplimiento de una obligación jurídica vinculante? No se sabe, o por lo menos la teoría clásica no lo explica. Eso es lo que se conoce como la paradoja cronológica de la costumbre, que hace el concepto tradicional de *opinio juris* insuficiente.

Así mismo, la jurisprudencia internacional también se enfrentó a casos reales donde era fácil deducir una *opinio juris*, pero la práctica era inexistente,¹⁵⁴ imposible de probar¹⁵⁵ o, peor aún, contraria a ella,¹⁵⁶ de la misma manera como se dieron casos de deducción de costumbre únicamente fundados en una cantidad importante de práctica de la cual se presumía o se consideraba implícita la *opinio juris*, sin que fuera necesario hacer un análisis independiente de esta.¹⁵⁷ En resumen, la práctica no es uniforme. De hecho, es apenas natural que no lo sea, de modo que un marco conceptual de la costumbre debe ser tan comprensivo que abarque sin contradicciones todos los posibles eventos reales. La teoría clásica de los dos ingredientes que se enseña en los

¹⁵⁴ *Lotus*, supra nota 40, p. 28.

¹⁵⁵ *Fisheries*, supra nota 35, p. 8.

¹⁵⁶ *Military and Paramilitary Activities in Nicaragua*, supra nota 44, par. 186.

¹⁵⁷ *Ibid.*, par. 186.

más tradicionales libros de texto de DI¹⁵⁸ definitivamente simplifica la lectura meramente académica, pero complica la práctica internacional. Resulta apenas lógico que la teoría explique y se ajuste a la práctica y no al contrario.

Por otro lado, como también se mencionó, otra de las grandes dificultades que enfrenta la teoría clásica (esencialmente voluntarista) de la costumbre es la creencia tradicional de que detrás de ella realmente lo que hay es un acuerdo tácito, equiparando la costumbre internacional casi a una especie de tratado internacional multilateral no escrito.¹⁵⁹ Esto, sin duda, ha traído mayores dificultades, ya que hace casi imposible la formación de una costumbre en la realidad. Si se piensa en la gran dificultad que ha traído la entrada en vigor de tratados universales contemporáneos, como el Estatuto de la CPI,¹⁶⁰ la Convención Marco sobre el Cambio Climático o el Protocolo de Kyoto,¹⁶¹ llevar esto a un escenario eminentemente verbal hace la identificación jurídico-normativo una tarea ilusoria en términos prácticos.

Finalmente, el hecho que más ha cuestionado la funcionalidad de la receta clásica de los dos ingredientes necesarios (práctica + *opinio juris*) es la puesta en evidencia de los problemas globales que han agobiado al mundo particularmente entre los noventa y lo que lleva corrido del siglo XXI, donde el comportamiento de sujetos de derecho internacional se ha visto representado en violaciones masivas a los derechos humanos,¹⁶² genocidios,¹⁶³

¹⁵⁸ Shaw, *supra* nota 5, p. 77; Malanczuk, *supra* nota 8, p. 43; Evans, *supra* nota 2, p. 120.

¹⁵⁹ No obstante es importante reiterar que la definición de tratado exige que sea por escrito: “Un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos, y con independencia de denominación particular”. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969.

¹⁶⁰ Ver: Cassese, Antonio, *The Human Dimension of International Law: Selected Papers*, Oxford University Press, 2008, “The Statute of International Criminal Court”, p. 499. El profesor Cassese explica el proceso que llevó a la consolidación de la International Criminal Court (ICC).

¹⁶¹ “*The Kyoto Protocol to the 1992... this instruments reflect new thinking in the approach to international regulation and the role of various actors, including the private sector*”. Sands, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, 2nd ed., Cambridge University Press, New York, 2003, p. 64.

¹⁶² *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 6 de junio de 2013*, en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/anuales.asp>; *Informes de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*, en <http://www.achpr.org/search/>

¹⁶³ Basta con observar los casos en los tribunales penales internacionales *ad hoc* de la Antigua Yugoslavia (1993), Ruanda (1994), o la Corte Especial para Sierra Leona (2002), en <http://www.icrc.org/spa/war-and-law/international-criminal-jurisdiction/ad-hoc-tribunals/index.jsp>

comisión de otros crímenes internacionales,¹⁶⁴ así como la constante y variada degradación del medio ambiente, que tiene gravemente afectados otros intereses, como la paz, la seguridad y, peor aún, la existencia misma de la humanidad y la propia Tierra.¹⁶⁵

Siendo tan abrumadora la práctica internacional relativa a las constantes violaciones a los derechos humanos y al medio ambiente,¹⁶⁶ la fórmula clásica posiblemente solo conduciría a la construcción de normas jurídicas de costumbre internacional que impusieran obligaciones sobre los sujetos de derecho internacional de cometer tales actos indiscriminados de barbarie. Sin embargo, es claro que no ha ocurrido en el plano de la realidad tan descabellado proceso, por el contrario, aun con sus dificultades, existen tribunales regionales de derechos humanos, tribunales penales internacionales, así como cuerpos de tratados y demás mecanismos que aplican, en adición de sus estatutos, normas de costumbre internacional que protegen tales intereses. Y la pregunta que resulta es ¿cómo pudieron formarse normas de costumbre internacional no solo ante la ausencia de práctica, sino aun contrarias a la práctica efectiva? Ante la receta tradicional y por simple sustracción, sencillamente queda el ingrediente de la *opinio juris*. Tal circunstancia permitiría inferir que solo con grandes dosis del elemento subjetivo se ha generado la construcción de costumbre internacional en tales materias que son propias del DI contemporáneo en el siglo XXI. En muchas ocasiones críticas, la *opinio juris* se ha derivado de criterios éticos,¹⁶⁷ de necesidad¹⁶⁸ o simplemente como producto de una indignación generalizada por parte de la comunidad internacional.¹⁶⁹

¹⁶⁴ Geiss, Robin & Bulinch, Noemie, *Cuadro comparativo de los tribunales penales internacionales e internacionalizados*, en http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc_861_geiss.pdf

¹⁶⁵ La destrucción generalizada del hábitat marino es un claro reflejo, debido a que afecta los estuarios que son fundamentales para la reproducción de las especies marinas y, al mismo tiempo, son vitales para la subsistencia económica de los habitantes en las zonas costeras. En <http://www.nationalgeographic.es/el-oceano/cuestiones-criticas-sobre-la-destruccion-del-habitat-marino/cuestiones-criticas-sobre-la-destruccion-del-habitat-marino>
Ver también los informes del GEO-5, supra nota 133.

¹⁶⁶ Supra nota 131.

¹⁶⁷ Henckaerts, Jean Marie & Beck, Louise, *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, New York, 2009.

¹⁶⁸ Cárdenas & García, supra nota 112, p. 159.

¹⁶⁹ Acuerdo de Londres, firmado el 8 de abril de 1945, que, en su artículo 1º, establecía la creación de un Tribunal Internacional Militar (TIM). Ver también: supra nota 132.

Ante tales circunstancias, se hace necesario realizar un breve repaso por los replanteamientos que se han efectuado respecto del concepto de *opinio juris* en la doctrina contemporánea, con miras a determinar si el concepto definitivamente se encuentra desactualizado y necesita ser repensado, de modo que se deje planteado el siguiente interrogante: ¿es la costumbre una receta de un solo ingrediente?

3.2. Criterios para la actualización conceptual de la *opinio juris*

Como se ha sugerido previamente, la definición original más aceptada de *opinio juris* es la contenida en los casos de *North Sea Continental Shelf* de 1969, que dice:

*Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief, i.e., the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the opinio juris sive necessitatis. The States concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation. The frequency or even habitual character of the acts is not in itself enough.*¹⁷⁰

En torno a la definición y respecto de la utilidad de la *opinio juris*, Byers afirma que el concepto necesariamente incluye “those shared understandings which enable States to distinguish between legally relevant and legally irrelevant State practice”,¹⁷¹ lo cual trae notables consecuencias jurídicas, como las que describe Guzman en la siguiente afirmación: “When such belief exists, the state pays a price if it acts inconsistently with that expectation”.¹⁷²

Por su parte, frente a las consecuencias legales que devienen de la creencia de obligatoriedad, Weisburd ha comentado: “The *opinio juris* requirement means that a state must believe that if it breaches a rule the states toward which it owes the duty may inquire into its conduct and that it will be obliged to make those states

¹⁷⁰ *North Sea Continental Shelf*, supra nota 17, par. 77.

¹⁷¹ Byers, Michael, *Custom, Power and the Power of Rules*, Cambridge University Press, New York, 2004, p. 148.

¹⁷² Guzman, Andrew, *How International Law Works: A Rational Choice Theory*, Oxford University Press, New York, 2008, p. 195.

whole, in some fashion, for its breach".¹⁷³ Como puede observarse, gran parte de las apreciaciones parte esencialmente de la creencia clásica positivista de que el factor determinante para distinguir entre derecho y no derecho es la obligatoriedad y la capacidad de imponer fuerza jurídica para el cumplimiento de la norma prescrita. Sin embargo, ninguna de estas perspectivas resuelve el planteamiento cronológicamente paradójico, el cual describe Finnis de la siguiente manera: "It proposes that a customary norm can come into existence (i.e. become authoritative) only by virtue of the necessarily erroneous belief that it is already in existence (i.e. authoritative)".¹⁷⁴

Ante las circunstancias problemáticas previamente descritas, y con el objeto de resolver la paradoja, un sector progresista de la doctrina internacional ha redefinido la *opinio juris* de conformidad con la práctica social internacional contemporánea.

Una de las reconceptualizaciones más claras y completas es la propuesta por Brian D. Lepard en su libro *Customary International Law: A New Theory with Practical Implications*, en donde manifiesta lo siguiente: "I suggest in the preceding chapter that *opinio juris* be interpreted as a requirement that states generally believe that it is desirable now or in the near future to have an authoritative legal principle or rule prescribing, permitting or prohibiting certain conduct".¹⁷⁵

¿En qué difiere la definición de Lepard de la definición tradicional? En primera medida, se sugiere que dicha creencia o convicción no es que una determinada conducta fue llevada a cabo como cumplimiento de una obligación preestablecida, sino que la creencia concierne al deseo o conveniencia de que exista una norma prescribiendo una conducta. En otras palabras, lo que los sujetos de DI piensan es que es aconsejable que nazca una nueva norma con autoridad legal que regule una determinada situación. De esta forma, se elimina la paradoja cronológica y el problema de la circularidad, explicando así el proceso de formación de nuevas reglas de costumbre internacional.

En segunda medida, la definición de Byers no solo concierne a la creencia que pueden tener los sujetos de DI de que sea deseable que emerja una nueva norma en el presente, sino que se amplía a la posibilidad de normas futuras. Así, una determinada *opinio juris* podría aceptar que, aunque actual-

¹⁷³ Weisburd, Arthur, "Customary International Law: The Problem of Treaties", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 21, p. 10.

¹⁷⁴ Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1980, p. 180.

¹⁷⁵ Lepard, Briam, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications*, Cambridge University Press, New York, 2010, p. 112.

mente no hay cabida al nacimiento de una costumbre internacional, esta definitivamente está emergiendo, se encuentra en construcción, y seguramente en el futuro próximo tendrá un carácter jurídico vinculante.¹⁷⁶ Esta característica explica perfectamente el fenómeno que está ocurriendo en derecho internacional ambiental (DIA) en lo relativo al principio de precaución,¹⁷⁷ que afirma que, ante la duda científica respecto de los eventuales efectos nocivos para el medio ambiente que pueda generar una actividad, debe evitarse dicha actividad.¹⁷⁸ Los tratadistas más influyentes aseguran que el principio de precaución ambiental es una costumbre internacional emergente.¹⁷⁹ Si se pusiera en palabras de Byers, los sujetos de DI tienen la creencia de que es aconsejable que en el futuro (próximo) exista una norma con autoridad jurídica, que prohíba la realización de actividades respecto de las cuales hay incertidumbre científica en cuanto a sus efectos ambientales.

Por supuesto que la creencia del nacimiento futuro de una norma no hace que esta exista en el presente, pero sin duda prepara la mente de los sujetos internacionales para que eventualmente nazca. Lo anterior ha sido confirmado por la CIJ, por ejemplo, en los casos de *South West Africa* de 1966, donde señaló que “*rights cannot be presumed to exist merely because it might seem desirable that they should*”.¹⁸⁰ Sin embargo, la propia Corte ha reconocido la posibilidad de que en DI se planteen creencias respecto de aspiraciones o proyecciones jurídicas. Así, en el caso de *Fisberies* de 1974, la CIJ aseveró que “*various proposals and preparatory documents produced... must be regarded as manifestations of the views and opinions of individual States and as a vehicle of their aspirations, rather than as expressing principles of existing law*”.¹⁸¹

Y, aunque un escéptico podría simplemente restarle toda importancia a la *opinio juris* de normas futuras sencillamente porque en el momento

¹⁷⁶ Byers, supra nota 171, p. 113.

¹⁷⁷ “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”. Principio 15. Declaración de Río de Janeiro, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 1992.

¹⁷⁸ Wilches Durán, Rafael, “Principio ambiental de precaución y contratación mercantil en derecho colombiano. Planteamiento del problema”, *Vniversitas*, 2011, 123, pp. 283-314; Uribe & Cárdenas, supra nota 31, p. 185.

¹⁷⁹ Sands, supra nota 161, p. 266.

¹⁸⁰ *South West Africa* (Etiopía vs. Sudáfrica), CIJ, fallo del 18 de julio de 1966, par. 91.

¹⁸¹ *Fisberies*, supra nota 35, par. 53.

la norma es inexistente, es evidente que un gran número de las normas de costumbre internacional que actualmente regulan el DIDH, DIH y DIA son el resultado de aspiraciones previamente planteadas. La aspiración inicial y el proceso de consolidación posterior han sido etapas infaltables en el proceso de formación que han vivido muchas de las normas reconocidas de costumbre internacional.

No obstante, como el propio Byers lo ha puntualizado, para que este proceso se lleve a cabo con éxito, es necesario también aclarar que la creencia de que sea aconsejable que nazca una nueva norma debe concernir a una regla con autoridad jurídica, es decir que la nueva norma sea jurídicamente vinculante y no se refiera simplemente a una norma moral, social o de otro tipo.¹⁸² Al respecto, es pertinente citar el pronunciamiento de la CIJ en el caso *Lotus* en cuanto a la necesidad de autoridad jurídica: “*Would merely show that States had often, in practice, abstained from instituting criminal proceedings, and not that they recognized themselves as being obliged to do so; for only if such abstention were based on their being conscious of having a duty to abstain would it be possible to speak of an international custom*”.¹⁸³ En el caso *Asylum*, la CIJ también tuvo la oportunidad de aclarar: “*Considerations of convenience of simple political expediency seem to have led the territorial State to recognize asylum without that decision being dictated by any feeling of legal obligation*”.¹⁸⁴

Finalmente, para que el concepto que se ha tomado prestado de Byers tenga operatividad dentro de la definición general de costumbre internacional, es necesario que los sujetos crean que la norma emergente habrá de vincular jurídicamente a todos los sujetos de derecho internacional o por lo menos a un grupo de Estados, de modo que no sea simplemente una creencia individual.

En todo caso, habiendo establecido que la versión tradicional de la *opinio juris* no es suficiente para describir el estado de la práctica social internacional contemporánea, sin duda alguna su descripción teórica debe ajustarse a las nuevas dinámicas que impone el DI.

¹⁸² Ver: Garzón Valdés, Ernesto, “Two Models of Legal Validity”, in Paulson, Stanley (ed.), *Normativity and Norms: Critical Perspective on Kelsenian Themes*, Oxford University Press, New York, 1999, p. 263; Kammerhofer, Jorg, “Hans Kelsen in Post Modern International Legal Scholarship”, in D’Aspremont, Jean (ed.), *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, Cambridge University Press, 2014, en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2154526

¹⁸³ *Lotus*, supra nota 51, par. 28.

¹⁸⁴ *Asylum*, supra nota 15, par. 277.

Así, aunque la *opinio juris* continúa siendo un concepto que denota un elemento subjetivo, *mens rea*, o creencia proveniente de la mente de los sujetos de derecho internacional, es necesario que se supere la paradoja temporal que impedía la explicación de nuevas normas o normas emergentes consuetudinarias, de modo que también contenga aspiraciones o proyecciones normativas que se expresen a través de declaraciones políticas, intervenciones en organizaciones internacionales, comunicados de prensa, directrices, comentarios al trabajo de la CDI u otros órganos de la ONU, así como demás documentos de *soft law*¹⁸⁵ o incluso a través de los propios tratados internacionales, entre otros.

Al respecto, es necesario reiterar de forma expresa que los nuevos conceptos propuestos no pretenden desarrollar el contenido de la *opinio juris*, sino simplemente documentar los cambios que *de facto* ya han ocurrido respecto de la forma como la comunidad internacional actualmente la aplica e implemente. El trabajo, por ende, no consiste en una modernización del DI, sino en una actualización conceptual del DI modernizado.

Conclusiones

Habiendo hecho una reconstrucción del concepto tradicional de la costumbre, según el cual se requieren dosis similares de los dos ingredientes que la componen, objetivo (práctica) y subjetivo (*opinio juris*), el presente artículo pone en evidencia de manera satisfactoria las problemáticas reales que encara la teoría frente a la práctica social internacional contemporánea.

De este modo, se desarrollaron algunas de las principales incapacidades explicativas de la conceptualización tradicional, como la paradoja cronológica de la costumbre —que no puede describir la formación de la costumbre nueva o futura—, las circunstancias de formación normativa ante dosis desproporcionadas de los dos ingredientes —como poca práctica y mucha *opinio juris* o viceversa—, así como los eventos propios del DI contemporáneo, en donde las construcciones normativas consuetudinarias han emergido ante la ausencia de práctica o práctica contraria, pero con base en porciones importantes de *opinio juris*, generalmente provenientes del dolor y la indignación generalizados de la comunidad internacional. Esto explica el énfasis particular necesario en el *mens rea*: la *opinio juris*.

¹⁸⁵ Cárdenas, supra nota 1.

El DI contemporáneo del siglo XXI está siendo construido a partir de perspectivas teóricas jurídicas clásicas que apelan a parámetros propios del derecho natural, así como a conceptos morales, como la *idéé du droit* o la *idéé du justice*, o, como se ha mencionado en este documento, lo que Koskenniemi ha denominado simplemente utopía. Sin embargo, ha sido esta práctica social internacional de la utopía –fundada en principios de DI y criterios supremos como el *jus cogens*– la que ha permitido el desarrollo y la consolidación de sistemas jurídicos internacionales para la defensa de los derechos (inherentes) de los seres humanos en tiempos de paz y en tiempos de guerra, así como en relación con su entorno o medio ambiente, de cuya existencia depende la vida misma de la raza humana. El DIA, fundado a partir del multilateralismo y conducido por la aspiración de bienes e intereses comunes que busca atender necesidades de forma preventiva y anticipatoria, ha sido sin duda una rama que ha dinamizado el cambio desde el enfoque de la modernidad hacia el de la posmodernidad,¹⁸⁶ en donde la costumbre se produce por vía de la deducción a partir de postulados generales normativos de legalidad, es decir, *opinio juris*.

Así, pese a los elementos ‘utópicos’ que informan la práctica del DI contemporáneo, se ha demostrado que es posible mantener estándares formales que operen como criterios que determinen la existencia previa y formación presente o futura de una costumbre internacional. Sin embargo, ha quedado claro que la documentación doctrinal respecto de dichos criterios, si bien pudo corresponder a la realidad en el momento de la redacción del Estatuto de la CIJ, no explica las circunstancias propias del siglo XXI. Lo que queda claro es que la receta de la costumbre sin duda no es la misma. La práctica internacional parece ser un ingrediente anacrónico que deja abierta la posibilidad de que actualmente únicamente se requiera de *opinio juris* para la formación de la costumbre. No obstante, quedan dudas pendientes, como ¿cuánta *opinio juris* es requerida?, ¿por cuánto tiempo debe manifestarse?, ¿de quién debe ser la mente de la cual emana?, ¿de qué manera se exterioriza?, ¿cómo se puede probar efectivamente? Solo así se podrá descifrar a plenitud la mente de los sujetos del DI.

¹⁸⁶ Cárdenas, Fabián, “International Litigation and the Stamp of Postmodernity”, en Prieto Sanjuán, Rafael (ed.), *Derecho de los litigios internacionales*, Pontificia Universidad Javeriana, 2015 (por publicarse).

Referencias bibliográficas

- Abello, Ricardo, “Introducción al estudio de las normas de *ius cogens* en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, CDI”, en *El derecho internacional a la luz de los diferentes tribunales internacionales*, Bogotá, 2011, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/123/cnt/cnt4.pdf>
- Baker, Roozbeh, “Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates”, *European Journal of International Law*, 2010, 21, (1), 2010, pp. 173-204, en <http://ejil.oxfordjournals.org/content/21/1/173.full#sec-11>
- Boyle, Alan & Chinkin, Christine, *The Making of International Law*, Foundations of Public International Law, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- Bradley, Curtis, *The Chronological Paradox, State Preferences, and Opinio Juris*, Duke-Geneva Institute of International Law, Geneva, 2013, en http://law.duke.edu/cicl/pdf/opiniojuris/panel_1-bradley-the-chronological-paradox,_state_preferences,_and_opinio_juris.pdf
- Byers, Michael, *Custom, Power and the Power of Rules*, Cambridge University Press, New York, 2004.
- Cárdenas, Fabián, “A Call for Rethinking the Sources of International Law: Soft Law and the Other Side of the Coin”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2013, 33, pp. 355-403.
- Cárdenas, Fabián & García, Felipe, “Desafíos interpuestos por el derecho internacional ambiental al derecho internacional clásico”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 2009, 2, p. 159.
- Cárdenas, Fabián, “¿Reconoce la jurisprudencia de la CIJ una obligación general de protección ambiental?”, (próximo a publicarse en 2015).
- Cárdenas, Fabián, “International Litigation and the Stamp of Postmodernity”, en Prieto Sanjuán, Rafael (ed.), *Derecho de los litigios internacionales*, Pontificia Universidad Javeriana, 2015 (por publicarse).
- Cheng, Bing, “United Nations Resolutions on Outer Space: ‘Instant’ International Customary Law?”, *The Indian Journal of International Law*, 1965, pp. 23-112.
- Crawford, James (ed.), *International Law Between Universalism and Fragmentation*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2008.
- D’Amato, Anthony, “The Concept of Special Custom in International Law”, *American Journal of International Law*, 2010, 63, p. 211, en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1713426

- D'Amato, Anthony, "Trashing Customary International", *American Journal of International Law*, 1987, (101), en <http://anthonydamato.law.northwestern.edu/adobefiles/a87a-trashing.pdf>
- D'Aspremont, Jean, "An Autonomous Regime of Identification of Customary International Humanitarian Law: Do Not Say What You Do or Do Not Do What You Say?", in Van Steenberghe, R. (ed.), *Droit international humanitaire: un régime spécial de droit international?* Bruylant, 2013, en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2230345
- D'Aspremont, Jean, *Formalism and the Sources of International Law, a Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- Dinstein, Yoram, *The Interaction Between Customary International Law and Treaties*, The Hague Academy Collected Courses, Martinus Nijhoff, The Hague, vol. 322, 2006, p. 325.
- Elias, Olufemi, "Nature of The Subjective Element in Customary International Law", *The International and Comparative Law Quarterly*, 1995, 44, (3), pp. 501-520, en <http://www.jstor.org/discover/10.2307/761200?uid=3737808&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&uid=21103260829721>
- Evans, Malcolm (ed.), *International Law*, 1st ed., Oxford University Press, New York, 2003.
- Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1980.
- Fitzmaurice, Malgosia (ed.), *Fifty Years of the International Court of Justice*, Cambridge University Press, 1996.
- Fitzmaurice, Malgosia, "International Responsibility and Liability", en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, 2007, pp. 1010-1035.
- Garzón Valdés, Ernesto, "Two Models of legal Validity", en Paulson, Stanley (ed.), *Normativity and Norms: Critical Perspective on Kelsenian Themes*, Oxford University Press, New York, 1999, p. 263.
- Goldsmith, Jack & Posner, Eric, "A Theory of Customary International Law", in *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, N° 63, University of Chicago, 1998.
- Guzman, Andrew, *How International Law Works: A Rational Choice Theory*, Oxford University Press, New York, 2008.
- Hart, Herbert, *The Concept of Law*, 2nd ed., Clarendon Press, Oxford, 1994.
- Henckaerts, Jean Marie & Beck, Louise, *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, New York, 2009.

- Hey, Ellen, *Teaching International Law, State-Consent as Consent to a Process of Normative Development and Ensuing Problems*, Kluwer Law International, The Hague, 2003.
- Hillier, Tim, *Source on Public International Law*, Cavendish Publishing Limited, London, 1998.
- Kammerhofer, Jorg, “Hans Kelsen in Post Modern International Legal Scholarship”, en D’Aspremont, Jean (ed.), *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, Cambridge University Press, 2014, en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2154526
- Koskenniemi, Martti, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, 2005.
- Lefkowitz, David, “(Dis)solving the Chronological Paradox in Customary International Law”, *Canadian Journal of Jurisprudence*, 2008, XXI.
- Lepard, Briam, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications*, Cambridge University Press, New York, 2010.
- Malanczuk, Peter, *Modern Introduction to International Law*, 7th ed., Routledge, New York, 1997.
- Maljean-Dubois, Sandrine, “The Making of International Law Challenging Environmental Protection”, in Kerbrat, Yann & Maljean-Dubois, Sandrine (eds.), *The Transformation of International Environmental Law*, A Pedone & Hart, 2011, pp. 25-54.
- Mendelson, Maurice, *The Formation of Customary International Law*, The Hague Academy Collected Courses, Martinus Nijhoff, The Hague, vol. 272, 1998.
- Mullerson, Rein, “The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law”, en Wellens, Karel, *International Law: Theory and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1998.
- Roberts, Anthea, “Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation”, *American Journal of International Law*, 2001, 95.
- Sands, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, 2nd ed., Cambridge University Press, New York, 2003.
- Sharma, Surya, “Territorial Sea”, en Bernhardt, R. (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, vol. 11, p. 328.
- Shaw, Malcolm, *International Law*, 6th ed., Cambridge University Press, New York, 2008.
- Stein, T., “The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law”, *Harvard International Law Journal*, 1985.

- Swaine, Eduard, "Rational Custom", *Duke Law Journal*, 2002, 52, p. 559, en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=342900
- Uribe Vargas, Diego, *La paz es una tregua: solución pacífica de las controversias internacionales*, Unibiblos Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2003.
- Uribe, Diego & Cárdenas, Fabián, *Derecho internacional ambiental*, Fundación Universitaria Jorge Tadeo Lozano, Bogotá, 2010.
- Van Hoof, J. H., *Rethinking the Sources of International Law*, Kluwer Law and Taxation, The Netherlands, 1983.
- Verdross, Alfred, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale*, The Hague Academy Collected Courses, Martinus Nijhoff, The Hague, vol. 52, 1935.
- Weisburd, Arthur, "Customary International Law: The Problem of 'Treaties'", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 21, p. 10.
- Wilches Durán, Rafael, "Principio ambiental de precaución y contratación mercantil en derecho colombiano. Planteamiento del problema", *Vniversitas*, 2011, 123, pp. 283-314.

Casos

- Asylum* (Perú vs. Colombia), ICJ, fallo del 20 de noviembre de 1950.
- Barcelona Traction Company* (Bélgica vs. España), ICJ, fallo del 5 de febrero de 1970.
- Continental Shelf* (Malta vs. Libia), ICJ, fallo del 3 de junio de 1985.
- Fisheries* (Reino Unido de la Gran Bretaña vs. Noruega), ICJ, fallo del 18 de diciembre de 1951.
- Lotus* (Francia vs. Turquía), ICJ, fallo del 7 de septiembre de 1927.
- Military and Paramilitary Activities in Nicaragua* (Nicaragua vs. EE. UU.), ICJ, fallo del 27 de junio de 1986.
- North Sea Continental Shelf* (República Federal Alemana vs. Alemania/Dinamarca), ICJ, fallo del 20 de febrero de 1969.
- Pulp Mills* (Argentina vs. Uruguay), ICJ, fallo del 20 de abril de 2010.
- Right of Passage over Indian Territory* (Portugal vs. India), ICJ, fallo del 12 de abril de 1960.
- South West Africa* (Etiopía vs. Sudáfrica), CIJ, fallo del 18 de julio de 1966.
- Trail Smelter Arbitration* (U.S. vs. Can.) March 1941, *Reports of International Arbitration Awards*, UN, 2006.