

PRESERVACION O EXTINCION DE LA COSTUMBRE

MARIO ARNELLO ROMO

Profesor de Derecho Internacional
Facultad de Derecho - Universidad de Chile

SUMARIO

1. Presiones provenientes del contenido histórico-político de las relaciones internacionales. 2. Efectos de la revolución soviética y de su doctrina. 3. Efectos de la descolonización. 4. Necesidad de responder a imperativos de desarrollo. 5. Efectos de las organizaciones internacionales. 6. Efectos de la codificación. 7. Subsistencia o extinción. 8. Un moderado optimismo.

Todo orden jurídico es el resultado de diversos procesos, conductas y decisiones que han concurrido en su elaboración.

En la creación del orden jurídico que regula la vida internacional, en la creación del Derecho Internacional, ha sido justamente fundamental la costumbre. La propia evolución histórica de este derecho, en los últimos cuatro siglos, señala con certeza la validez y la importancia trascendente de la norma consuetudinaria.

Más aún, ella ha sido el tamiz de las ideas, de los principios involucrados en las obligaciones nacidas del acuerdo de las voluntades de algunos Estados: lo que la costumbre ha aceptado y reiterado, ha subsistido y ha pasado a ser norma de derecho general; lo que ha rechazado o ignorado, ha solido quedar sólo en ese texto escrito y, aun, frecuentemente como letra muerta.

La costumbre, pues, no sólo ha engendrado al Derecho Internacional, sino que, a menudo, ha modificado la voluntad de los Estados, ha corregido la norma convencional y la ha hecho general.

También, con reiterada frecuencia, los Estados recogen en las normas de tratados multilaterales el derecho creado por la costumbre y lo reproducen; y así, la fijan expresamente.

Pero con todo, en relación con aquella, subsiste un problema profundo y de resultados inciertos.

El problema consiste en dilucidar si las tendencias que predominan actualmente en el campo internacional, y que inciden hondamente en el derecho, preservarán la importancia de la costumbre, o si, por el contrario, provocarán su extinción.

Esto no es un problema que afecte una u otra costumbre específicamente; es un cuestionamiento a la costumbre en general; es negar o discutir su validez en sus tres aspectos esenciales: a) como proceso de elaboración de Derecho Internacional; b) como modo de expresión formal del referido derecho, y c) como agente de transformación del mismo.

Tal vez un análisis de las distintas presiones que ejercen sobre el Derecho Internacional las tendencias actualmente en vigencia pueda permitir vislumbrar la realidad profunda del problema y, quizás, su curso futuro.

I. PRESIONES PROVENIENTES DEL CONTENIDO HISTÓRICO-POLÍTICO DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES

Una constatación objetiva de la realidad actual demuestra que existe, cuando menos, una reducción sustancial del proceso consuetudinario.

Este fenómeno, que es evidente, tiene connotaciones muy diversas, de distinto signo: sean éstas históricas, ideológicas o pragmáticas.

Las propias transformaciones del poder político, ocurridas en la vida internacional, y la intensidad y complejidad de los acontecimientos internacionales han sido determinantes en este proceso.

Para acercar su comprensión, aunque sin la menor intención de recorrer la historia, deben señalarse ciertas situaciones o tendencias históricas y políticas determinantes.

Como alguien dijo: "Life must be lived forward"
"but understood backwards"

(La vida debe ser vivida hacia adelante, pero entendida hacia atrás) ¹.

¹ Autor desconocido. Cita hecha por Sir Gerald Fitzmaurice: *The Future of Public International Law and of the International Legal Sys-*

Hasta comienzos del siglo XIX, el Derecho Internacional, casi con exclusividad, reconocía a la costumbre como su fuente creadora.

Pero este derecho, que era herencia del derecho común de la Europa medieval y de su unidad espiritual y cultural, primero, y del renacimiento y de las presiones acumuladas por los Estados nacionales y su búsqueda de un equilibrio internacional, después, era indudablemente una creación de los Estados europeos. Su extensión a otros continentes fue siempre a parejas de su influencia colonizadora e imperial.

Después del Congreso de Viena de 1815, punto de partida del derecho internacional convencional, el derecho de los tratados, con su expresión positiva, crece en forma gradual pero constante.

Sin embargo, en todo este período subsiste la unidad esencial del derecho internacional.

Incluso cuando los nuevos Estados de la América hispana afloran a la vida independiente, el derecho internacional conoce la creación de algunas instituciones y formas nuevas, distintas, propias de la relación internacional de estos Estados, pero no sustancialmente contradictorias con el derecho internacional general. Son, podríamos decir, formas particulares para un grupo de Estados, pero dentro de una unidad más amplia.

Al igual que en su cultura, lenguas, religiones y hábitos, los nuevos pueblos independientes de América reconocían también el derecho internacional originado y expresado —cuando no impuesto— por Occidente.

Las normas que emanaron del Congreso de Viena, y las que le sucedieron en el tiempo, echaron las bases de un orden político destinado a garantizar la paz: la paz del equilibrio europeo.

En forma coincidente, las potencias europeas tuvieron la preocupación de dar una expresión precisa, exacta, a determinadas reglas de derecho que habían de regir sus relaciones mutuas. Así, se generaron numerosos tratados multilaterales, creadores de regímenes tanto políticos como de derecho, tanto normas pragmáticas como jurídicas. Así, se suscribieron tratados sobre una vasta gama

de materias: conducta en la guerra en el mar; respeto a la neutralidad; respeto a los intereses del comercio y de las comunicaciones; condiciones de la ocupación de costas africanas; protección a la libertad del hombre contra las prácticas de la esclavitud; protección a los heridos y enfermos en la guerra...

El impulso que las doctrinas en boga a mitad del siglo dieron a las aspiraciones nacionalistas de los pueblos, dio también un nuevo vigor al principio de la soberanía nacional de los Estados.

Este principio se tradujo en una valoración creciente de su voluntad. Y así, esa voluntad expresa de cada Estado pasó a tener una importancia creciente y determinante frente al derecho internacional.

Esta situación conduce a la multiplicación de los tratados bilaterales, que son la forma expresa en que un Estado acepta obligarse por la decisión de su propia voluntad.

Concurren a imponer el derecho convencional otras causas permanentes y profundas; *vr. gr.*: la complejidad e intensidad de los acontecimientos internacionales y la necesidad de organizar las relaciones entre Estados, en función de sus intereses comunes, y la necesidad de hacerlo con una certeza y urgencia que la lenta costumbre no permitía. Y podemos, además, decir, que no fue la última de las razones en este proceso, el deseo vehemente de las potencias más poderosas por imponer a otras, por medio de un tratado, normas de excepción, y aun normas contrarias al derecho común y a todo derecho consuetudinario.

La costumbre, no obstante, perduraba entre los Estados como el derecho internacional general o común, que conserva su categoría superior en todo cuanto no es materia reglamentada por tratados bilaterales.

Pero también este aspecto de derecho general o común, que tiene el derecho internacional basado en la costumbre, sufre un deterioro hondo. La misma juridicidad que la costumbre exige comienza a verse seriamente erosionada por causas tan dispares como la inestabilidad de las relaciones internacionales, lo heterogéneo de las concepciones morales, o lo diverso de los criterios jurídicos. Todo lo cual se suma para destruir uno u otro de los elementos esenciales de la costumbre; sea la uniformidad de la conducta; sea el asentimiento moral de que ella encierra una obligación jurídica.

Con todo, aún mantenía la costumbre una ventaja evidente sobre el enrejado de tratados bilaterales que conformaban el derecho convencional; su adecuación mejor a la realidad social e internacional. En efecto, la misma precisión de las normas establecidas en los tratados, que son su fuerza, pasa a ser justamente el punto donde reside la debilidad constante del derecho convencional, ya que esa misma precisión imposibilita la evolución paulatina de las normas que establece.

La ventaja evolutiva, la mayor adecuación de la costumbre a la realidad social internacional, que le permitió perdurar como fuente principal del derecho internacional, fue también seriamente afectada por la formulación de la doctrina voluntarista y por su adopción por diversos Estados.

La doctrina voluntarista ha destruido la confianza en la costumbre como fuente de derecho internacional o, al menos, ha provocado una gran incertidumbre respecto a ella.

En efecto, si se hace depender la costumbre de la aceptación de cada Estado, se la está colocando, desde luego, a disposición de esa voluntad para su supervivencia o su desaparición.

La doctrina voluntarista ve en la voluntad común de los sujetos del derecho el verdadero fundamento del derecho internacional.

De tal modo que, con este concepto, una regla de costumbre no sería exigible a un Estado que no la ha aceptado expresa o implícitamente, y que no ha igualmente expresado su convicción de que esa norma es obligatoria y que debe ser tenida como tal.

Resulta así indudable que, bajo esa doctrina, es innecesario o imposible considerar que la costumbre sea una fuente autónoma de derecho internacional, independiente de la convención.

Por otra parte, el violento curso seguido por la política universal en el curso del siglo XX —en especial la II Guerra Mundial— no sólo destruyó el predominio sin contrapeso que ejercían los Estados occidentales en el mundo, sino que afectó así mismo las bases fundamentales del orden construido por Occidente. Dicho orden comenzó a ser cuestionado, negado, revisado y sometido a la voluntad pragmática, reemplazado.

Tal labor ha correspondido, principalmente, a los procesos triunfantes de la revolución socialista-marxista, en un aspecto; de la descolonización, en otro; y al de la universalización y el pluralismo, iniciados con la propia creación de las Naciones Unidas, finalmente.

Un orden jurídico es siempre creación del poder. Si el poder cede, si se hace insuficiente, o si no está resuelto a imperar e imponerse, el orden se estratifica, o se quiebra o desaparece. Y todo cuanto contenía ese orden de jurídico, esa trama de normas de derecho, se desdibuja en figuras meramente morales o doctrinarias.

El término del predominio occidental —resultado dramático de sus contradicciones, de sus oposiciones hegemónicas y de sus confrontaciones políticas y bélicas— provocó necesariamente la crisis del Derecho Internacional creado e impuesto por las potencias occidentales. O, al menos, se cuestionó su integridad y su obligatoriedad, para exigir su revisión y la necesidad del consenso.

Fue discutida su obligatoriedad, aun cuando se tratase de normas u obligaciones internacionales que hubiesen tenido como fuente un tratado. Se sostuvo, con distintas razones, el derecho del Estado nuevo a revisar y, discrecionalmente, aceptar o rechazar los tratados que lo ligaban. Este derecho desvinculante lo sostuvieron con especial firmeza, primero, la URSS, pues el Estado socialista se declaró no ser continuidad del Estado zarista, y más tarde los nuevos Estados independientes, surgidos de la descolonización.

Tal postura revisionista fue mucho más definitiva, aun para cuestionar y casi anular la costumbre, es decir, el derecho consuetudinario preexistente.

La costumbre, norma no escrita ni convenida expresamente, resultante de una concepción cultural y jurídica occidental, era precisamente el punto de confrontación con el Derecho Internacional para aquellos Estados nuevos.

La costumbre aparecía consolidando situaciones creadas por las potencias coloniales (o capitalistas), frecuentemente tan odiadas, sin participación de los nuevos Estados; o bien, consolidando situaciones que afectaban intereses determinados de algunos de estos Estados. De ahí, pues, que se haya sostenido con fuerza creciente la negación del derecho internacional consuetudinario, o, al menos, pretendido someterlo a la revisión y a la aceptación discrecional de cada nuevo Estado.

Con la creación de la Organización de las Naciones Unidas, y con su deber de universalidad, aparece en forma consustancial el de aceptar la revisión y la confrontación que cada sistema jurídico diferente y cada cultura diversa puede hacer del derecho interna-

cional y de la propia existencia de cada norma y de cada principio.

I. EFECTOS DE LA REVOLUCIÓN SOVIÉTICA Y DE SU DOCTRINA

En la teoría marxista no cabe la ley internacional. En vez del derecho, su lugar lo ocupa necesariamente la revolución universal del proletariado —proletarios de todo el mundo, uníos!— contra el opresor de clase, sean tanto la burguesía como los Estados que son su estructura opresora. Por tanto, se rechaza igualmente todo orden de derecho, nacional e internacional, estructurado por las clases opresoras y por sus Estados.

Para el marxismo, el interés de clase prevalece sobre el interés nacional del Estado, que siempre aparece estructurado para servir el interés de las clases dominantes. Por tanto, dicho interés de clase ha de prevalecer sobre el derecho.

El Derecho Internacional está basado en la existencia y en la relación de los Estados. Pero como para el marxismo esos Estados están llamados a ser destruidos por la revolución universal proletaria, el Derecho Internacional carece de toda validez y debe ser destruido.

No obstante, la realidad se impuso a la teoría. Así, la URSS, incapaz de sustituir el Estado ruso, acrecentó su poder y creó un estatismo tal que alcanzó dimensiones hasta entonces desconocidas; y por otra parte, impotente frente al poderío de los demás Estados e incapaz de destruirlos, debió aceptarlos y negociar con ellos.

Tuvo que aceptar la estructura fundamental del Derecho Internacional preexistente. Lo aceptó como normas vigentes para un período de transición; mas, al correr el tiempo, esa ley internacional de transición ha sido reemplazada en la concepción soviética por la ley internacional de coexistencia entre los Estados socialistas y capitalistas.

La aceptación soviética le impuso al Derecho Internacional vigente profundas alteraciones, la principal de las cuales es la negación de toda norma de derecho, de todo principio jurídico, que no cuente expresamente con su voluntad.

En efecto, la URSS ha puesto el mayor de los énfasis en establecer como la principal base del Derecho Internacional la soberanía de los Estados. El texto soviético oficial de la ley internacional señala: "Soberanía es un principio generalmente reconocido de Derecho Internacional. Sin este reconocimiento, no puede haber libre cooperación entre Estados y, por tanto, no puede haber Derecho Internacional" ².

En esta misma dirección apuntan los autores soviéticos al señalar, como condición esencial para la existencia de aquel derecho, la indispensable presencia de una política: la política llamada de la coexistencia pacífica.

G. I. Tunkin dice al respecto: "La existencia del Derecho Internacional general depende de la posibilidad de coexistencia pacífica de Estados de los dos sistemas" ³. Y, más adelante, insiste: "La coexistencia pacífica es el fundamento político del Derecho Internacional general y el desarrollo de aquélla determina las posibilidades de expansión de éste" ⁴.

Con estas dos orientaciones se puede sintetizar la concepción soviética sobre el referido Derecho: por un lado, se niega todo cuanto pueda sobreponerse a la voluntad del Estado soviético, ya que ello afectaría su soberanía; y, por otro, el derecho queda subordinado al fin político de la coexistencia pacífica, el que en definitiva va a constituir el fundamento del Derecho Internacional.

Una concepción que obedece exclusivamente al fundamento político indicado y a la supremacía absoluta de la voluntad del Estado, reduce al extremo el valor jurídico del derecho y lo limita sólo al acuerdo expreso. Es decir, a la convención.

Por ello, por ejemplo, resulta evidente el rechazo soviético a todo el sistema de solución judicial de las controversias, y su aceptación exclusiva de la negociación y el acuerdo directo.

² Cita hecha por Wolfgang Friedmann: *The Changing Structure of International Law*. Feffer and Simons Inc. New York. 1964, p. 204.

³ G. I. Tunkin: *Droit International Public. Problèmes Théoriques*. Editions A. Pedone. Paris. 1965, p. 20.

⁴ Tunkin, cit., p. 21.

Asimismo, rechaza la costumbre, con la sola excepción de que ella haya sido expresamente aceptada o recogida en un tratado que ha suscrito. Lo que equivale a sostener que sólo acepta el tratado —y en todo caso el acuerdo— como única base real del Derecho Internacional.

Pero hay más. Una cuidadosa observación de las actuaciones y planteamientos soviéticos en las últimas seis Asambleas Generales de las Naciones Unidas, demuestra la tendencia creciente de llegar al extremo de negar validez a los principios fundamentales del derecho internacional cuando no están sostenidos por un tratado que los afirme y reglamente. Y entonces, no es el principio el que impera, sino la casuística expresa del tratado. Así ha sucedido, por ejemplo, aun con principios esenciales que recoge la propia Carta de las Naciones Unidas; v. gr., la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza.

Una vez más, la realidad y el tiempo han ido modificando la teoría, y los autores soviéticos han venido precisando, en lo que dice relación con la costumbre, su doctrina; rechazan el que una costumbre aceptada por numerosos Estados sea norma de Derecho Internacional general, obligatoria para los Estados nuevos o socialistas que no han participado en su formación. Pero pasa a serlo para aquel que la acepte, expresa o tácitamente.

En esta concepción, indudablemente, desaparece ese requisito esencial de la costumbre, que es la *opinio juris*. Lo reemplazan la voluntad y la aceptación.

No obstante, es necesario reiterar que toda la concepción soviética sobre el Derecho Internacional está subordinada a una razón de ser política. Es ésta la que prevalece, siempre. Aun por encima del principio básico de la soberanía, tan reiteradamente sostenido por la URSS, sin el cual “no puede haber Derecho Internacional” . . . , ha formulado la llamada Doctrina Brezhnev: que establece la preeminencia del socialismo sobre la soberanía de los Estados socialistas y sobre principios como los de no intervención o el de igualdad de los Estados. En efecto, no otra cosa significa el derecho que asiste a la URSS, según dicha doctrina, para defender el socialismo en aquellos Estados e impedir su reemplazo. La experiencia registrada en Europa en los años 60 o las presiones actuales sobre Polonia son un ejemplo concreto de la subordinación del derecho a la política en la concepción soviética.

3. EFECTOS DE LA DESCOLONIZACIÓN

El nacimiento de casi un centenar de Estados independientes en los últimos cuarenta años ha significado un fuerte remezón al Derecho Internacional; y, aun, con tanto mayor énfasis, ha cuestionado al derecho formado por la costumbre.

Frente al derecho convencional, que según las normas de la sucesión de Estados debiera serles obligatorio, exigen el derecho propio de revisar los tratados que en su nombre suscribieron las potencias colonizadoras, o mandatarias, o fideicomisarias; y, consecuentemente, la libertad de rechazar su obligatoriedad, o de condicionar su aceptación.

Si esa es la actitud frente a los tratados, con tanto mayor énfasis ha cuestionado el derecho formado por la costumbre.

No aceptan a priori una norma consuetudinaria ya existente cuando estos Estados han adquirido su independencia; una norma que se ha formado acorde a la práctica y a las convicciones jurídicas de los Estados occidentales, que emana de las concepciones jurídicas e intelectuales de una cultura que no comparten y de intereses que a menudo les son opuestos; no aceptan, por tanto, que esa norma pueda ser norma de derecho común, cuando puede contradecir o desconocer las propias convicciones jurídicas que nacen de culturas diferentes, ni corresponde tampoco a la práctica independiente de los nacientes Estados.

Aun más: basta con insistir —como hace la doctrina voluntarista— en la indispensable voluntad del Estado para la existencia de una norma internacional que le sea imputable, para que el Estado nuevo se reserve, así, el derecho a aceptar o rechazar voluntariamente toda norma de costumbre existente con anterioridad a su independencia.

4. NECESIDAD DE RESPONDER A IMPERATIVOS DE DESARROLLO

El Derecho Internacional no ha podido tampoco, como todo derecho, dejar de ser expresión de la realidad y de las necesidades que esa realidad experimenta. Y, así, tal como ésta se modifica y cam-

bia, el derecho también se altera y modifica al impulso de aquellas necesidades imperiosas de los pueblos.

Por la vía del ejemplo, basta una mera referencia a la evolución habida en el derecho del mar, para que se comprendan el vigor y la profundidad de este proceso.

En el curso de treinta y cinco años, todas las normas internacionales y aun las internas de cada Estado, referentes al mar, han sido sometidas a revisión, abrogación o reemplazo por la voluntad de los Estados de precaver sus necesidades de seguridad y de desarrollo.

Una sucesiva creación de normas novedosas y, lo que es más importante, impuestas a la comunidad internacional por la voluntad unilateral de Estados pequeños o medianos, aun en dura porfía con las grandes potencias, han dado una nueva dimensión al derecho internacional actual.

El Derecho Internacional, de esta manera, ha debido responder a una finalidad precisa: no sólo mantener el orden jurídico y la paz internacionales, no sólo ordenar las relaciones de los Estados y fijar los principios rectores de su conducta universal, sino también, y muy específicamente, precaver las necesidades de desarrollo de todos los pueblos.

La extensión del mar territorial, la creación de las doscientas millas de zona económica exclusiva, decisiones unilaterales, primero, y multilaterales, más tarde, han sido la decisión de hacer de los fondos marinos de la altamar patrimonio común de la humanidad.

Las actuaciones y los planteamientos reiterados a lo largo de años de difíciles negociaciones por la delegación de Chile, por ejemplo, en las conferencias sobre el Derecho del Mar, son una adecuada expresión de esta fuerza renovadora del Derecho Internacional.

Pero, y sin que en nada desmerezca el valor de lo actuado y su trascendencia, es innegable que esta valoración de las necesidades de los pueblos para alcanzar su desarrollo como justificación jurídica para modificar o abrogar normas de Derecho Internacional, hasta entonces generalmente aceptadas, produce una alteración profunda a la validez y certidumbre del Derecho.

5. EFECTOS DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

La creación de la Organización de las Naciones Unidas, por su parte, significó, en distintos aspectos, un cambio profundo en el Derecho Internacional.

Así, en cuanto dice relación a la costumbre, aun cuando ésta es reconocida expresamente en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la propia redacción de esa norma la limita: la hace ser declarativa y no constitutiva de derecho. En efecto, eso es lo que sugiere su texto: . . . "b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho".

Es innegable que en una organización mundial como la ONU existe un elemento de su esencia que explica lo anterior, tal como explica muchas cosas negativas y positivas que contiene: es la necesidad de universalidad. Y, dadas las diversidades, oposiciones, intereses contrapuestos, culturas y morales distintas y concepciones jurídicas y aun vitales diferentes, que existen entre los distintos pueblos y continentes, la universalidad significa diferencia, más que unidad; contraposiciones, más que coordinación; negociación y pugna, más que colaboración y cooperación.

El cambio aludido más arriba puede demostrarse, muy resumidamente, por vía ejemplar, en algunos de sus puntos, sea en la Carta misma, sea en la práctica.

Basta sólo con enunciarlos:

- Ilícitud de la guerra y de la amenaza o el uso de la fuerza.
- Reconocimiento de un rol prioritario de las grandes potencias, por la vía de imponer el veto en las decisiones del Consejo de Seguridad de la ONU, rompiendo con ello el principio de la igualdad jurídica de los Estados.
- Intención de asumir una cierta función de legislar en el Derecho Internacional, a través de la Asamblea General, con la aprobación de resoluciones que tienen ese carácter; v. gr., calificación de delitos internacionales específicos, como el apartheid; condena y rechazo de los banthustanes, etc.

(Esta intención de ser una entidad con función legislativa no sólo es un impulso consciente reflejado en las actuaciones de los sectores mayoritarios en la Asamblea General, sino, también, ha

sido reclamada para la ONU por numerosos tratadistas. Entre ellos, don Alejandro Alvarez, que instaba: "para que sea ese poder legislativo, los Gobiernos deben darle su apoyo"...) ⁵.

— Imposición de políticas de exclusión o sanción de determinados Estados, innegablemente de doble standard, que rompen tanto los principios de universalidad, de cooperación internacional y aun de igualdad jurídica de los Estados y de no intervención.

En la acción concreta de las Naciones Unidas en estas materias y en otras, es posible distinguir claramente los aspectos propiamente jurídicos con que se progresa —a veces muy lentamente— en proyectos determinados de gran trascendencia, de los aspectos extrajurídicos, fuertemente cargados de contenido político, cuando no lo están, además, de apasionamientos ciertamente negativos...

Pero, para el análisis de este estudio, debe señalarse que, sumando y restando, toda su labor tiende a ser convencional; es decir, a conducir absolutamente a la formulación de un Derecho convencional, íntegra y solamente convencional. Un derecho así concebido es, por esencia, ajeno a la costumbre, tanto en cuanto ésta pueda ser fuente generadora de derecho como en cuanto sea modo de expresión formal o agente de transformación de ese mismo derecho.

El proceso de codificación del Derecho Internacional, que la ONU ha impulsado, al margen de los beneficios que produce al darle certidumbre al derecho que expresa, no deja, sin embargo, de inducir a muchos a afirmar que sólo la norma codificada es derecho internacional y, por ende, que sólo ella es obligatoria. Este aserto provoca, sin duda, los más graves perjuicios, ya que al mismo tiempo viene a limitar sus efectos a los Estados que concluyen siendo partes del convenio, que lo ratifican y se obligan a su cumplimiento. Los Estados que no lo hacen así se sienten desligados de sus normas escritas y también de un derecho consuetudinario que ha dejado de existir.

⁵ Alejandro Alvarez: *El Nuevo Derecho Internacional en sus relaciones con la vida actual de los pueblos*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1962.

6. EFECTOS DE LA CODIFICACIÓN

La tendencia actual de ir⁶ a una codificación del Derecho Internacional, haciendo *lex scripta* a la norma de costumbre, y norma de derecho común tanto a éstas como a las que han venido creando o recogiendo tratados bilaterales o multilaterales, obliga a analizar tres aspectos fundamentales: a) si la codificación completa o abroga la costumbre; b) si la costumbre no incorporada a aquélla subsiste o si se extingue; y c) cuál es la situación de los Estados que no son parte en el tratado, y si quedan o no regulados por alguna norma en la materia.

El análisis de estos tres aspectos, en un sentido general y necesariamente muy resumido, obliga a no entrar en más afirmaciones que las más indispensables.

Con tal supuesto, se deben señalar las siguientes:

— La conclusión de un tratado codificador, normalmente, presupone la existencia de una cantidad de normas de costumbre sobre la materia, que aquél precisamente recoge. En tal caso, el Tratado tendrá el efecto de “cristalizar” las reglas de costumbre, dándoles precisión, obligación y prueba para todas las partes. (Esta vez no sólo por ser norma de costumbre, sino en virtud del principio rector: *pacta sunt servanda*).

— Al mismo tiempo, y no obstante la concepción voluntarista del derecho internacional, es innegable que la general aceptación de las normas codificadas puede llegar a generar costumbre, en especial para los Estados que no son parte del convenio o para nuevos Estados que acceden a la vida internacional.

Esta posibilidad, afirmada por las circunstancias, ha sido considerada por la Corte Internacional de Justicia, al resolver una controversia sometida a su conocimiento⁶.

— Es innegable, también, que favorece este criterio la posición sostenida doctrinariamente en el sentido de que las provisiones generalizables contenidas en tratados bilaterales o multilaterales generan reglas legales de costumbre que obligan a todos los Estados.

Por otra parte, a lo dicho se pueden contraponer otros argumentos o posiciones que refutan las anteriores y colocan a la vis-

⁶ Reports 1969, caso *Continental Shelf*, aplicación art. 6 Convención de Ginebra, pág. 38 N^o 62 y pág. 41 N^o 91.

ta los aspectos negativos de reducir el Derecho Internacional a lo convencional.

En efecto, se sostiene:

— que la norma de costumbre que no es incluida en un tratado codificador, lo es porque no hay acuerdo de los Estados en incorporarla; luego, quiere decir que es rechazada por varios de ellos, si no lo es por la mayoría; por lo que debe concluirse que deja de ser norma de derecho general. En este criterio, la costumbre no incorporada deja de serlo; se extingue:

— que el Estado que rechaza el tratado, que no es parte de él, está rechazando las normas que contiene. Y si rechaza las normas escritas que ha recogido la costumbre, también está rechazando las normas consuetudinarias. Dicho Estado, por lo tanto, no queda ligado por el tratado, ni tampoco lo estará por la costumbre que el referido tratado ha codificado.

7. SUBSISTENCIA O EXTINCIÓN

El breve análisis anterior basta para situar el problema anteriormente mencionado de si subsistirá la costumbre como fuente generadora del Derecho Internacional, o si está llamada a extinguirse frente al conjunto de fuerzas que por diversas razones y motivaciones tienden a constreñirla a la voluntad expresa y formal de los Estados; y, más aún, a su necesario consenso.

Es difícil intentar una respuesta sin caer en la profecía...

Si se observan los aspectos más agudos de las controversias internacionales de esta hora, aparece de manifiesto que a la costumbre le cabe un rol muy restringido.

En efecto, pueden señalarse al respecto⁷:

— cuestiones o materias que anteriormente se suponían solucionadas y que ahora han sido reabiertas;

— anteriores temas de controversias nunca completamente solucionados, ahora reagudizados;

— nuevas áreas de controversias, o al menos de duda, alzadas por movimientos tendientes a cambiar la ley;

⁷ Fitzmaurice, *op. cit.*, p. 214.

— nuevas especies de dificultades internacionales levantadas por las actuales condiciones políticas, económicas, sociológicas, ideológicas, etc.

Aún más. Para llegar a la médula sensible del problema, es importante recoger una lista de problemas que no sólo hacen imposible suponerles algún rol frente a ellos, sino que parecen poner en jaque todo ordenamiento jurídico.

La lista es la siguiente ⁸:

— Tratamiento a los extranjeros y a los intereses foráneos, Protección de las propiedades e inversiones extranjeras, Nacionalización y expropiación, Confiscación, Compensación.

— Tratamiento y posición de las personas, Expulsión, Deportación, Derechos humanos.

— Represalias y venganzas, Protección del personal diplomático y consular y de sus privilegios, Secuestros, Toma de rehenes.

— Guerras civiles y luchas intestinas, Intervención, Reconocimiento de insurgencia, Ayuda o en contra de insurgentes.

— Uso del territorio nacional como una base de operaciones hostiles o subversivas en contra del territorio, el gobierno o el sistema político de otro Estado, Actividades terroristas y guerrilleras, Estados de guerra no declarados, Hostilidades irregulares o no oficiales.

— No reconocimiento de situaciones producidas por el uso de la fuerza.

— Autodeterminación, Movimientos de liberación, Gobiernos en exilio, Principios de integración estatal y de indivisibilidad territorial, Reconocimiento de nuevos regímenes o de gobiernos, Reconocimiento prematuro.

— Inviolabilidad de tratados, Terminación unilateral, Status de los tratados impuestos por la fuerza, Doctrina del *rebus sic stantibus*, Sucesión de Estados.

— Aguas territoriales y límites de pesca exclusiva, Zonas de poder contiguas, Plataforma continental y fondos marinos.

— Asuntos misceláneos: jurisdicción doméstica, Abuso del derecho, cuestiones coloniales, mandatos y fideicomisos, Regionalismo, Fuentes del Derecho.

⁸ Fitzmaurice, *op. cit.*, p. 215.

En la actualidad, con una certeza casi absoluta, se puede sostener que todos los problemas contenidos en la lista anterior son sometidos y considerados desde el punto de vista exclusivo de la voluntad soberana de los Estados. Criterio que, en definitiva, coloca al Derecho Internacional en el solo resultado de la negociación y el acuerdo. Criterio que resulta peligroso para la paz y la seguridad internacionales y, a la vez, erróneo ya que si la soberanía estatal es una atribución que le ha conferido el Derecho Internacional, no puede éste ser sólo el resultado de la voluntad de aquélla.

El ejercicio político de una concepción semejante acarrea toda la gama de consecuencias que son previsibles y, sin duda, que traerán otras imprevisibles o cuya dimensión no es posible medir aún. Pero, desde ya, es posible anotar una muy precisa y muy grave: la concepción referida, al transformar la soberanía, la voluntad del Estado en la única base y fuente del Derecho Internacional, deriva en la tendencia a considerar que la ley internacional permite todo cuanto no esté expresamente prohibido.

De ahí, desde esa concepción, a transformar todas las cuestiones en materias ajenas a aquellas normas precisas plenamente obligatorias, hay sólo un problema de esfuerzo y de dialéctica. O, por último, es sólo necesario recurrir al argumento de la voluntad del Estado para declarar —por ejemplo— que una materia que suscita una controversia no es justiciable, y así dejarla marginada del Derecho Internacional y sólo sometida al recurso de la fuerza.

8. UN MODERADO OPTIMISMO

No obstante, no todos los aspectos de la materia en estudio son negativos, ni es imposible tampoco encontrar visiones más optimistas, sin que dejen de basarse en realidades.

Una opinión optimista señala: ⁹... lejos de suplantarse la ley consuetudinaria y de reducir su campo de operación al máximo, la codificación de grandes extensiones de la ley internacional, tomando en cuenta las dificultades prácticas y políticas de modificar los tratados multilaterales, dejará entregado al desarrollo de

⁹ John Westlake.

la ley internacional casi por entero a la costumbre, que operará por sobre y más allá de los tratados codificados.

Es difícil compartir estas aseveraciones. Más aún, en un mundo tan dividido y opuesto como el actual, en el que la vida internacional está dominada por la confrontación y la pugna de intereses políticos, económicos, ideológicos, raciales, culturales, etc.

Por eso mismo, resulta más realista reducir el optimismo y esperar que en la evolución del Derecho Internacional influyan de modo determinante algunas características que se registran en la actualidad y que son claramente positivas.

Así, por ejemplo, procesos como el de la simultaneidad de las fuentes, en que se conjugan en la formulación final del derecho tanto la costumbre como la práctica unilateral de algún Estado, las resoluciones de organismos internacionales y la convención pueden liberar al Derecho Internacional del abuso extremo del voluntarismo de los Estados y añadir un factor moral y de conducta ampliamente compartida en el ordenamiento jurídico internacional.

OTROS AUTORES CONSULTADOS:

Charles de Visscher, *Coutume et Traité en Droit International Public*. Editions A. Pedone, Paris, 1955.

H. W. A. Thirlway: *International Law and Codification*, A. W. Sijhoff-Leiden, 1972.

La technique et les principes du droit public. (Etudes en l'honneur de Georges Scelle). Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris. 1950: trabajos de diversos autores, entre ellos, Maurice Bourquin, *L'humanisation du droit des gens*; René Cassin, *L'homme sujet de droit international*; C. Chaumont, *Perspectives d'une théorie du service public a l'usage du droit international contemporain*; Emile Giraud, *Le rejet de l'idée de souveraineté. L'aspect juridique et politique de la question*.

