

TEORÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO

Hans Kelsen

I. LA NORMA FUNDAMENTAL O LA CONSTITUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

1. *Las "fuentes del derecho"*

El problema del derecho consuetudinario es un problema de creación del derecho, es decir, del origen de las normas constituyentes del orden jurídico. Este problema entra, para la doctrina clásica, en el marco del estudio de eso que se ha denominado las 'fuentes del derecho'. 'Fuente del derecho' es una expresión figurada y, por consiguiente, compleja. Puede designar, por una parte, el fundamento último de la validez de un orden jurídico determinado, esto es, la norma suprema o la norma fundamental de donde deriva la validez de todas las demás normas, y sobre la cual reposa la unidad del sistema. Sin embargo, se puede designar igualmente por "fuentes del derecho" (en plural) el conjunto de causas lejanas y próximas, las circunstancias exteriores, las condiciones económicas y, en particular, los motivos psicológicos que hacen que las normas de un orden jurídico dado hayan sido decretadas y que se les observe; éste es un punto de vista psicosociológico. Pero se puede, por otra parte, entender por "fuentes del derecho" (también en plural) los diversos métodos según los cuales las normas de un orden jurídico pueden ser creadas. En este sentido se entiende la expresión "fuente del derecho", especialmente cuando se habla de la costumbre y, en particular, de la legislación y los convenios considerados como "fuentes del derecho", de este modo se dice que el código penal es la fuente del derecho que aplica el juez penal. Pero, entonces, se podría considerar como fuente del derecho a toda norma, no importando cuál, inclusive las normas individuales. Pues la norma individual, por ejemplo una sentencia judicial o un contrato, puede ser considerada como la "fuente" del derecho o la obligación de un sujeto de derecho determinado. Volvemos a encontrar aquí la misma idea que designa por "fuente del

derecho" el fundamento supremo de la validez de un orden jurídico determinado, su norma fundamental. La jerarquía normativa de un orden jurídico sería así, en este sentido, una jerarquía de fuentes del derecho.

Por consiguiente, en razón de sus significaciones múltiples, es preferible no emplear el término "fuentes del derecho"; no obstante, es necesario especificar en su oportunidad, de una manera exacta, el problema jurídico que se propone tratar. Antes de resolver un problema conviene, desde luego, plantearlo claramente. Por eso renuncio a emplear el término "fuentes del derecho internacional" para hablar más bien de los métodos de creación de las normas del derecho internacional; éste es un problema ligado estrechamente a aquel del fundamento de la validez del derecho internacional, e. d., al referente a la norma fundamental de ese orden jurídico.

2. *La constitución de un orden jurídico*

La cuestión de saber cómo se originan las normas del derecho internacional, cuál es el método o el procedimiento de su creación, tiene la misma significación que la cuestión de la constitución del Estado en el marco del derecho interno. La constitución es, en efecto, principalmente el sistema de reglas sobre la creación de las normas de un orden jurídico. Sin duda, aquí se piensa exclusivamente lo mismo, en la creación de normas generales del orden jurídico, normas designadas en derecho interno bajo el nombre de "leyes"; en consecuencia, la constitución tiene esencialmente participación en el procedimiento legislativo. No obstante, lógicamente hablando, las reglas sobre la creación de las normas individuales, en particular sobre la formación de actos administrativos y sentencias judiciales, e. d., las reglas sobre el procedimiento administrativo y judicial (penal y civil), forman también parte de la constitución del Estado, o más exactamente, de la constitución del orden estatal.

No es todo: las reglas sobre el procedimiento de los actos jurídicos se comprenden de igual manera. Es un procedimiento también como los procedimientos administrativo, judicial y legislativo. Si no se les comprende en la "constitución", es en virtud del mismo error que impide a la doctrina jurídica colocar a las normas individuales en el orden jurídico; es el prejuicio que restringe la noción del derecho a las normas jurídicas generales. Pero, siendo que el derecho es norma, y como tal no solamente norma general, la "constitución" es el método de creación de todas las normas, y no exclusivamente de las normas generales,

e. d., de las "leyes"; la "constitución": son las normas reguladoras en su totalidad del procedimiento de creación de las normas, efectuado en todos los grados del orden jurídico, según sus formas variables.

Este análisis es en derecho internacional particularmente importante, porque los actos de creación de las normas generales no son como en derecho interno, claramente separadas de los actos de creación de las normas individuales. En especial, el procedimiento de confección de los actos jurídicos (*Rechtsgeschäft*) y el procedimiento legislativo coinciden, a menudo, en derecho internacional. El tratado internacional (convención) puede contener tanto normas generales así como normas individuales, puede tener también el carácter de un acto legislativo o el de un acto jurídico. También la autonomía privada se afirma más fácilmente como un principio constitucional en derecho internacional, que en derecho interno.

3. *La unidad del orden jurídico y la norma fundamental*

El problema de los métodos de creación de las normas internacionales, los cuales pueden ser muy variados, es también el problema de la constitución del orden jurídico o de la comunidad internacional. La cuestión de la constitución del orden jurídico internacional es, al mismo tiempo, la cuestión de la unidad de las normas constituyentes del derecho internacional, el problema de la norma fundamental del derecho internacional. Esto es: la aporía de la constitución del orden jurídico internacional y la aporía de la norma fundamental de ese orden son idénticas; lo que está en concordancia con la naturaleza propia de todo derecho. Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema, un orden, si su validez puede ser derivada de una sola norma que forma la base última. Esta norma fundamental constituye, en tanto fuente última, la unidad en la pluralidad de todas las normas constituyentes de ese orden. Y si una norma pertenece a cierto orden jurídico, lo es solamente por la posibilidad de derivar su validez de esta norma fundamental que funda el orden jurídico.

4. *Las dos clases de órdenes normativos: el sistema estático de normas*

Sin embargo, el orden jurídico puede tener dos clases de normas fundamentales; la naturaleza del principio supremo de validez puede ser doble; en consecuencia, es posible distinguir dos clases diferentes de ór-

denes (de sistemas normativos). Las normas de la primera categoría "valen", e. d., son consideradas obligatorias, deben ser respetadas, en razón de su contenido; teniendo éste una cualidad inmediatamente evidente que le otorga validez. Esta especificación de fondo, este carácter obligatorio inmediatamente evidente, las normas lo deben al hecho de que se las pueda referir a una norma fundamental la cual es, por sí misma y de manera inmediata, evidente y contiene las normas del orden como lo general contiene lo particular. Tales son las normas de la moral o de la justicia (en el supuesto de querer distinguir la justicia de la moral); por ejemplo las normas: no mentirás, no engañarás, cumplirás tu palabra, se derivan de la norma fundamental de la veracidad. O bien, se supone una norma fundamental, como: amarás a tu prójimo, o no perjudicarás a otro individuo, o ayudarás a tu semejante. De tal norma es posible deducir un gran número de normas concretas (especiales), por ejemplo: no se debe matar, no se debe violar el honor o la salud física de otro, etcétera. Si se pregunta: por qué una de esas normas especiales está en vigor, la única respuesta es: esta norma es la aplicación de la norma abstracta y fundamental a un estado de hecho especial regulado por ella: amarás a tu prójimo, o no lesionarás a otro individuo; es la misma operación mental por la cual se responde a la cuestión de saber si un objeto concreto cae bajo un concepto abstracto. Cuál es la norma fundamental de una moral (no de la moral, pues hay diversos sistemas morales), poco importa aquí. Lo interesante es comprender que las numerosas normas de una moral están ya contenidas en la norma fundamental, como lo particular está contenido en lo general, y por ello es posible deducirlas por razonamiento, e. d., por una simple operación mental, en conclusión de lo genérico a lo específico. Es éste un sistema estático de normas.

5. *El sistema dinámico*

El caso de las normas jurídicas es otro, totalmente. La validez de éstas no alude a su contenido. El derecho puede recibir contenidos diversos; no hay acto humano que no pueda llegar a ser contenido de una norma jurídica. Las normas de derecho positivo no están vigentes porque tengan un contenido que pueda ser deducido de una norma fundamental cuyo carácter obligatorio es inmediatamente evidente. No es posible deducir por una simple operación mental, por una conclusión de lo general a lo particular, una norma concreta de derecho positivo de

la norma fundamental del orden jurídico al cual esa norma concreta pertenece. Para afirmársela como norma de derecho positivo es necesario aludir a un acto de voluntad, a un acto creador de derecho. Una norma jurídica es válida si ha sido creada de cierta manera y según una regla determinada; porque ha sido "puesta" de acuerdo a un método específico. El derecho vale en tanto que derecho positivo, esto es, como derecho "puesto" (*ponere, positus*). En esto consiste la diferencia decisiva entre el derecho positivo y el derecho natural cuyas normas, en tanto normas de la moral y la equidad, valen en razón de su contenido y no porque han sido puestas. La positividad del derecho estriba en que ha sido "puesto". Por esto la norma fundamental de un orden jurídico es simplemente la regla fundamental por la cual las normas de ese orden jurídico son creadas. El sistema de normas constituyentes de un orden jurídico posee un carácter dinámico.

6. *La norma fundamental: su carácter hipotético*

La norma fundamental no es, por sí misma, una norma "puesta", e. d., una norma positiva, sino una norma "supuesta", hipotética. Es una hipótesis efectuada por la ciencia jurídica, una hipótesis que permite considerar una pluralidad de normas jurídicas como formando una unidad, un orden jurídico. Por ejemplo, para el niño vale la norma: no debes mentir. Si el niño pregunta por qué, recibe la respuesta: porque tus padres lo han ordenado; premisa: debes comportarte como tus padres lo ordenen. Ésta es la norma fundamental del orden regulador de la conducta del niño. O en el caso de una comunidad primitiva, en la que existe sólo un órgano: el jefe de la tribu. Él decreta todas las normas constituyentes del orden de esa comunidad. Así, por ejemplo, la norma: cada hombre debe asistir a la reunión de los guerreros. Si alguien busca la razón de esta norma especial, la respuesta es: porque el jefe lo ordena. Ésta es la respuesta a la cuestión de la razón de validez de todas las normas de ese orden. Premisa: todo lo dispuesto por el jefe, deviene contenido de una norma obligatoria, e. d., debe comportarse del modo ordenado por el jefe. Ésta es la norma fundamental, o expresado de otra manera, la regla por la cual las normas de ese orden jurídico son creadas, el principio que funda la unidad en la pluralidad de las normas, e. d., la unidad del orden.

7. *La norma fundamental: su carácter empírico*

La norma fundamental de un orden jurídico tiene —como ya lo comprobamos— el carácter de una hipótesis efectuada por la ciencia jurídica. Esta hipótesis tiene un carácter puramente empírico. El contenido de la norma fundamental está determinado por el material positivo que deséase comprender como derecho, por los actos humanos efectivamente realizados en el espacio y en el tiempo, los cuales deben ser interpretados como actos jurídicos. En otras palabras, es la norma fundamental —entendida en calidad de hipótesis jurídica— la determinante de ese material, al cual le suministra la significación y el valor de derecho. Hay entre la norma fundamental y el material positivo del derecho la misma analogía de correlación existente entre una hipótesis de las ciencias naturales y la realidad a explicar por esta hipótesis.

La norma fundamental, por sí misma, no vale, en consecuencia, de la misma manera que las restantes normas del orden jurídico. Una norma jurídica vale, en efecto, porque, en sí, ha sido creada conforme a la norma fundamental. Poco importa su contenido, que sea “bueno” o no, “justo” o no; la norma es válida si ha sido creada de cierta manera, si ha sido “puesta” mediante un método específico; de una manera determinada, en último análisis, por la norma fundamental que es válida no por haber sido “puesta” sino por hipótesis, no como norma positiva sino como norma “supuesta”. Por esto no se puede explicar la razón de validez de la norma fundamental, pues ella es, precisamente, por sí misma, el fundamento hipotético de la validez de todas las demás normas.

8. *La norma fundamental y el positivismo jurídico*

La cuestión de saber en virtud en que la norma fundamental es válida, cuestión que supone la existencia, por encima de la norma fundamental, de otra norma también superior al orden jurídico en su totalidad, no será investigada en el marco del positivismo jurídico. Adoptar esa posición es rebasar, necesariamente, el dominio del derecho positivo para entrar en el reino trascendente de la moral o, lo cual es lo mismo, del derecho “natural”, y, por ello, no sabría responderse sino suponiendo la existencia, por encima del derecho positivo y superior a él, de una moral o de un derecho natural absoluto. Pero si se admite, de este modo, la existencia de tal orden moral o de un derecho natural y se hace abstracción de la dificultad obvia para establecerlo objetivamente, se po-

drá también prever el caso donde un orden jurídico no buscase la razón de su validez en ese orden moral o natural. De ello resultaría para el orden jurídico positivo que demandase, por la razón de su validez, no ser considerado como un orden válido en lo subsecuente. Tal sería, particularmente, el caso en que un orden jurídico positivo se encontrara en contradicción con el contenido de la moral o del "supuesto" derecho natural, podría siempre encontrarse en conflicto con ese contenido, pues el orden jurídico positivo es libre de dar a sus propias normas no importa cuál contenido. Todo intento de justificar el derecho positivo por la moral o por el derecho natural, investigando la razón de validez del derecho positivo en la moral o en el derecho natural, debe ser considerado, de antemano, como frustrado, pues una "justificación" tal sería, propiamente hablando, una contradicción en sí. No es, en todo caso, la tarea de una ciencia del derecho positivo inquirir sobre una justificación de ese género, e. d., de investigar en ese sentido la norma fundamental de un orden jurídico, la razón última de su validez. Para la teoría del derecho positivo, la cuestión de la razón de validez de un orden jurídico debe ser considerada como resuelta desde que se ha reconocido el principio fundamental, en virtud del cual las normas son creadas en el seno de ese orden jurídico. Ésta es la norma fundamental que expresa ese principio y constituye, en consecuencia, la premisa original del orden jurídico, en una palabra, su constitución en un sentido lógico-jurídico.

9. *La norma fundamental del derecho internacional*

La coherencia de los elementos del sistema del orden jurídico reposa, por consiguiente, en su creación. Por el hecho de reglamentar su propia creación, el derecho se distingue de otros sistemas normativos y, en especial, de la moral. El derecho internacional se plantea en esta consideración también como derecho positivo. Si se quiere investigar la norma fundamental del derecho de gentes, e. d., la regla fundamental por la cual el derecho internacional es creado, es necesario, en primer término, suponer la existencia del derecho internacional, la existencia de normas del derecho de gentes. Más exactamente, es preciso, a fin de tener un punto de partida para el conocimiento del derecho internacional, e. d., para su teoría, partir de la idea de que ciertas normas son, sin duda alguna, consideradas por la ciencia jurídica como derecho internacional. El hecho de la existencia de la ciencia jurídica y, en particular, de la ciencia del derecho internacional, debe servir como punto de partida

provisional, bajo la reserva de que esta idea, sin la cual la indagación no podría iniciarse, será rectificada en el curso de la investigación. Ningún conocimiento es posible sin este supuesto previo.

Examinaremos, de inmediato, cómo se originan las normas consideradas generalmente, por la ciencia jurídica, como formando el derecho internacional. Se distinguen, en primer lugar, dos clases: las normas del derecho internacional vigentes por "tratado" concluido entre dos o más Estados, y aquéllas originadas por "vía consuetudinaria". No obstante, si analizamos más detenidamente se observa que los dos modos de creación no están coordinados, pues si se busca el fundamento de validez de las normas del derecho internacional creadas por "tratado", es posible percatarse que la regla constituyente del tratado, e. d., la manifestación del acuerdo de voluntades de dos Estados como acto creador de derecho, expresada habitual o inexactamente mediante la máxima *Pacta sunt servanda* y a la cual atribúyese validez como norma —relativamente— fundamental del derecho internacional convencional, no tiene el carácter de una norma fundamental verdadera, pues es sólo la base de una parte del derecho internacional. Esta norma es, en efecto, por sí misma, una norma puesta, positiva y no un simple supuesto o hipótesis. Desde luego, una norma válida en calidad de norma puesta, e. d., como norma positiva, no puede ser entendida por una teoría del derecho positivo como simplemente supuesta. La regla de derecho conforme a la cual los Estados deben conducirse es como lo previenen los tratados concluidos por ellos; esta regla es por sí misma, como las demás reglas de derecho internacional, originada por vía consuetudinaria. Ha sido creada, ha sido puesta. Vale como regla de derecho internacional consuetudinario. El derecho internacional convencional en su totalidad tiene, pues, por principio de validez una regla de derecho internacional consuetudinario. Ésta debe ser interpretada, no obstante, como regla constituyente, en relación con el derecho convencional, por razón de superior grado. El problema de la norma fundamental del derecho internacional es el problema del fundamento de la validez del derecho internacional consuetudinario. Las normas jurídicas, originadas por vías consuetudinarias, son válidas a condición de suponer obligatoria la conducta adoptada habitualmente por los sujetos, en tanto miembros de la comunidad jurídica. La norma fundamental del derecho internacional es la norma mediante la cual se instituye el estado de hecho de la costumbre como acto creador de derecho, un estado de hecho bien determinado que deberá ser, todavía, definido de manera más precisa.

II. LA COSTUMBRE

10. *La costumbre: un modo de creación del derecho*

Ante todo, conviene hacer resaltar con la máxima pulcritud que la costumbre es, como todo acto legislativo, un modo de creación del derecho y no solamente, como algunos pretenden, un método de comprobación de las normas jurídicas, por otra parte ya existentes. La costumbre es esencialmente de naturaleza constitutiva y no exclusivamente declarativa. La concepción conforme a la cual la costumbre es un método particular para la comprobación del derecho, parte de la idea de que habría, precediendo al derecho positivo, un segundo orden jurídico que sería el derecho verdadero y, asimismo, la razón de validez del primero. Ese orden superior residiría, según unos, en la voluntad divina, según otros, en la naturaleza o en la razón; la escuela histórica se sirve, a principios del siglo XIX, de la noción del “genio nacional”, del “espíritu nacional” (*Volkgeist*) para justificar ese verdadero derecho. La llamada “conciencia jurídica” es sólo una construcción del mismo género. De manera idéntica se presenta a la “conciencia social del grupo” donde algunos se complacen, hoy en día, en ver el *factum* normativo el cual sírvele de base al derecho positivo.

11. *La costumbre en la doctrina del derecho objetivo*

La tesis de acuerdo con la cual la costumbre no tiene carácter constitutivo, e. d., el estado de hecho de la costumbre no crea la regla de derecho, aun cuando por sí misma es la prueba efectiva de una regla de derecho ya existente en la “conciencia social”, es la concepción que corresponde, particularmente, a la doctrina francesa del llamado “derecho objetivo”, el cual manifiéstase en el derecho positivo, esto es, en el derecho consuetudinario, las leyes estatales, los tratados internacionales, etcétera. Para esta doctrina, representada por León Duguit y su escuela, la expresión de voluntad es impotente para crear, por sí misma, una modificación en el orden jurídico. Es sólo el “derecho objetivo” el que la crea. La causa eficiente del “derecho objetivo” es la “conciencia de la solidaridad”, existente entre los miembros de no importa cuál agrupación humana. La conclusión inevitable de esta concepción del “derecho objetivo” es la opinión de que no solamente la costumbre sino, igualmente, la legislación y las demás “fuentes” del derecho carecen

de carácter constitutivo, pues el derecho no es realmente creado por estos métodos, los cuales son únicamente apariencia de una creación de derecho y, por tanto, meras comprobaciones de normas ya existentes.

Esta doctrina del "derecho objetivo" manifestado en la costumbre, tiene evidentemente influencia en los autores del artículo 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, conocido en los términos siguientes: "La corte aplicará: 1º Los convenios internacionales. . . 2º La costumbre internacional como evidencia de una práctica general, que se acepta como derecho. . ." Pero, si se hace abstracción de la doctrina del "derecho objetivo" presupuesta por este precepto, es posible comprobar que la fórmula escogida no es muy afortunada. La costumbre no puede ser la prueba de una práctica general pues por sí misma es una práctica general; y una práctica no puede ser aceptada como derecho, porque el derecho es norma y la práctica es un hecho. Si se quiere expresar correctamente la idea contenida en esta disposición, se dirá: "La corte aplica . . . las normas cuya validez, en tanto reglas de derecho, es aceptada por una costumbre general".

12. *El dualismo jurídico*

Estas múltiples doctrinas, que entienden que el derecho positivo es la emanación de otro derecho más o menos absoluto, más o menos latente y el cual está, en consecuencia, por encima del derecho positivo; todas estas doctrinas cuya concepción del "derecho positivo" es un caso especial, no son sino variantes de la concepción fundamental del derecho natural, cuya esencia es típicamente metafísica. Lo característico de esta concepción metafísica es que, para dar cuenta de la existencia de un objeto inmanente a la experiencia, hace intervenir una duplicación de ese objeto situándolo en un dominio inaccesible a la experiencia, y el cual es considerado por esta doctrina como el prototipo y la causa de existencia del objeto conocido por la experiencia. La teoría platónica de las ideas, con su dualismo de idea y realidad, es el modelo de este método de pensar. Y todo lo que se ha hecho valer contra esta teoría puede igualmente esgrimirse contra la concepción según la cual el derecho positivo, y en particular aquel que se manifiesta en la costumbre, tendría de algún modo su modelo y causa de existencia en un derecho preexistente en alguna parte, por ejemplo, en la "conciencia social del grupo". Es posible impugnar, desde luego, que la norma jurídica trascendente no podría conocerse sino mediante la norma positiva; dicho de otro modo: es absolutamente imposible establecer objetivamente la

existencia de normas jurídicas trascendentes si ello no es en tanto que como normas de derecho positivo, instituyendo el pretendido derecho natural, conforme a estas normas de derecho positivo. La norma jurídica positiva no es, entonces, sino una duplicación superflua de ésta.

13. *La tendencia ideológica del dualismo jurídico*

En efecto, esta situación es debida a un subjetivismo puramente arbitrario, presuntuoso de poder afirmar la existencia, en el seno de la "conciencia social del grupo" o de cualquier otro dominio, de normas jurídicas diversas a las que han tomado forma concreta, e. d., las creadas mediante el procedimiento usual del derecho, por la legislación o por la costumbre. En virtud de las profundas divergencias existentes entre las diversas clases sociales, razas, lenguas, religiones, etcétera, que la integran, resulta imposible hablar, salvo recurriendo a una especie de ficción ingenua o a una ideología política, de una "conciencia social común" y, con mayor razón, de una "conciencia jurídica común" del grupo constituyente de la comunidad política, o de otro modo dicho: el Estado. Las opiniones sobre qué es jurídicamente justo —y éste es precisamente el contenido de la llamada "conciencia jurídica"— son tan numerosas y variadas como los grupos de intereses integrantes de la comunidad constituida por el orden jurídico positivo. Esas opiniones están determinadas por el interés de uno de esos grupos o por un compromiso entre ellos, efectuado por ciertos de esos grupos. Esto sucede cuando se trata de investigar la razón de validez del orden jurídico positivo en cuestión, con el deseo de asegurarle una justificación absoluta que posibilitaría inducir a formular la hipótesis de un segundo orden jurídico, trascendente al primero. La tendencia ideológica de tal concepción dualista es evidente; ella es inadmisibile desde el punto de vista de una verdadera ciencia del Derecho.

14. *Los dos elementos de la costumbre*

Después de haber descartado la hipótesis de un derecho trascendente, superpuesto al Derecho positivo y existente en alguna parte, sobre todo en la "conciencia social de la comunidad",¹ resulta realmente imposi-

¹ Partiendo de esta concepción del derecho objetivo Yvon Gouet: *La coutume en droit constitutionnel interne et en droit constitutionnel international*, 1932, expone su teoría de la costumbre. Pero, no obstante la constante insistencia de Gouet para sostener que la costumbre no es creación sino mera declaración de una norma

ble ver en el hecho mismo de la costumbre otra cosa que no sea sino un verdadero procedimiento de creación del derecho; yo intentaré analizar ese estado de hecho a continuación.

Si se quiere definir la noción de "costumbre", es necesario desde luego constatar que el término "costumbre" es equívoco. Significa, en primer lugar, un estado de hecho creador de normas y, en segundo lugar, la norma creada por ese estado de hecho, la norma consuetudinaria. Desde el punto de vista de la doctrina de las "fuentes del derecho", e. d., de la creación del derecho internacional, es la costumbre, en tanto estado de hecho creador de derecho, lo que nos interesa.

Conforme a la doctrina dominante, el estado de hecho denominado "costumbre" se compone de dos elementos esenciales: un elemento material u objetivo y un elemento psíquico o subjetivo. El elemento material u objetivo consiste en la repetición prolongada y constante de ciertos actos exteriores. La conducta constituyente de la costumbre puede ser un acto positivo, sea una acción, o un acto negativo, sea una abstención. Por esto se habla de una costumbre activa y de una costumbre pasiva.

El elemento psíquico o subjetivo consiste, se dice, en que los individuos al constituir por sus actos la costumbre, lo hacen convencidos de ejecutar

jurídica, preexistente en la conciencia social del grupo, se ve obligado, a fin de cuentas, a reconocer que la norma de derecho, aun antes de ser declarada en el procedimiento de la costumbre o de la legislación, existe sin esta declaración, pues esta norma de derecho objetivo no puede llegar a ser derecho positivo, sino "por la intervención de procesos de declaración consensuales, más o menos prolongados". Y el jurista va aún más lejos, agregando que la norma de derecho positivo pierde su fundamento, de inmediato, al modificarse la conciencia social y, por consiguiente, el derecho positivo cesa, en verdad, de ser válido pues "para que la norma fenezca es necesario que el derecho positivo declare su término así como declaró su existencia". Del mismo modo Duguit: *Traité de Droit constitutionnel*, troisième édition, 1927, vol. I, p. 352 (cuya concepción del "derecho objetivo" influye evidentemente la doctrina de Gouet), afirma que la expresión de voluntad (el acto legislativo o el constituyente de la costumbre) es impotente para crear, por sí mismo, una modificación en el orden jurídico, admitiendo, sin embargo, que el derecho objetivo no contiene el efecto de derecho sino la declaración hecha con la intención de que se produzca. De esta manera, el efecto de derecho "no se producirá sino en la medida en que se indica, expresa o tácitamente, por la fórmula de la declaración", e. d., por el acto legislativo, por los actos constituyentes de la costumbre. Es ésta una contradicción patente en el seno de la doctrina del derecho objetivo. Pues esto significa que el procedimiento de derecho positivo designado como "costumbre" no es, exclusivamente —menos que el acto legislativo—, la simple comprobación declarativa de una norma ya existente; ésta es un procedimiento creador de derecho y posee carácter constitutivo. Cuando menos esto es posible en el dominio del derecho positivo. Es el derecho positivo el que adquiere relevancia para el punto de vista de una teoría científica del derecho. Pues sólo el derecho positivo puede hacerse objeto de un control efectivo. Un derecho distinto del positivo sólo puede ser objeto de descos o de juicios de valor, igualmente subjetivos. El carácter creador del acto, que la doctrina del derecho objetivo caracteriza como *constatation*, sólo puede

una norma ya en vigor, cumplen un deber o ejercen un derecho; en otros términos: los actos constituyentes de la costumbre se presentan con la pretensión subjetiva de estar en conexión con la aplicación de las normas, sea para la ejecución de obligaciones o para el ejercicio de derechos. Es éste el elemento correspondiente, en derecho consuetudinario interno, a lo que la doctrina del derecho romano llama *opinio juris sive necessitatis*; esto quiere decir la convicción de que los individuos no actúan libremente sino obligados o autorizados a realizar los actos constituyentes de la costumbre creadora de derecho; obligados o autorizados por una norma supuestamente válida. A la doctrina dominante le parece que ahí (en la intención subjetiva de los sujetos, cuyos actos constituyen la costumbre internacional) se pone en movimiento la realización de las normas del derecho internacional. Pero si los sujetos, al realizar esos actos, piensan que al efectuarlos ejecutan desde ese momento un derecho positivo, se equivocan; pues ese derecho se encuentra aún en una etapa de su creación. El sentido subjetivo con el cual se acompaña al acto no responde, evidentemente, a un sentido objetivo.

conferir a una norma existente en alguna parte —para emplear el lenguaje de esta doctrina del derecho objetivo— el carácter de norma jurídica positiva. Es únicamente por este proceso cualificado, sin perjuicio de su “comprobación”, por el que la norma resulta estar en la realidad del derecho, adquiriendo de esa forma un carácter real, el significado de una norma obligatoria a los ojos del jurista. Poco importa desde este punto de vista que la norma, que entra de esta forma en el dominio del derecho positivo, concuerde o no con su pretendido fundamento, con su modelo trascendente, e. d., con la norma preexistente en la “conciencia social del grupo”, con el derecho “objetivo”. Por otra parte, ¿cómo podría verificarse una concordancia de tal naturaleza? Porque, en ausencia de una verificación de ese género, la hipótesis de una norma preexistente aparece desprovista de todo fundamento científico y, por ende, es inadmisibles. Esto es semejante a la famosa “cosa en sí” de los filósofos, superpuesta a los objetos de nuestra experiencia. El “derecho objetivo”: es el derecho “en sí”.

La doctrina del “derecho objetivo” está dirigida contra el “voluntarismo” jurídico, el cual explica la fuerza obligatoria de la regla de derecho por la “voluntad de los individuos que crean la norma”. Esto es, la voluntad del legislador, del órgano creador de derecho quien es, de acuerdo con la concepción voluntarista, la causa eficiente de la fuerza obligatoria del orden jurídico. Esta explicación, en verdad, es falsa, pues no responde a la pregunta: ¿por qué la voluntad de un individuo tiene el poder de producir una norma obligatoria? A este problema no hay otra solución que el reenvío a otra norma, a una norma superior a la norma cuya validez (o fuerza obligatoria) está en cuestión. Pero esta norma no puede ser el “derecho objetivo”, cuya existencia absoluta precediendo al derecho positivo es tan quimérica como la existencia de “ideas” detrás de la realidad; como la existencia de la “cosa en sí” trascendente a los fenómenos de nuestra experiencia. Esta norma es —si el conocimiento normativo ha de quedar en los límites del derecho positivo, e. d., en los límites de la experiencia— la norma fundamental en tanto que norma hipotética, tal como la he definido.

15. *El elemento psíquico*

Esta doctrina por la cual se argumenta que los actos creadores de costumbre deben ser ejecutados con la intención de cumplir una obligación jurídica o de ejercer un derecho (en el sentido técnico de la palabra), es decir, de ejecutar una regla de derecho ya en vigor, es evidentemente falsa. Una interpretación de este género, del elemento psíquico *opinio juris sive necessitatis*, tiene por consecuencia que el derecho consuetudinario no puede originarse sino por un error de los sujetos que constituyen la costumbre. Por esto algunos autores admiten que la pretensión subjetiva, que se presenta con los actos que forman la costumbre, consiste simplemente en: la realización de normas resultantes del derecho, de los mandamientos de la moral o de la justicia (aun cuando no son, sin embargo, todavía derecho positivo sino simples normas de "cortesía internacional"). La doctrina por la cual se considera al elemento psíquico *opinio juris sive necessitatis* como esencial en la formación de la costumbre, sostiene una opinión, a menudo desarrollada, consistente en que, al efectuarse los actos constituyentes de la costumbre, los sujetos no son libres como lo son las partes contratantes, en el momento de la conclusión de un tratado internacional o el legislador al decretar la ley. Los sujetos, que constituyen por sus actos la costumbre, estarían ligados por una norma jurídica preexistente, por la norma precisamente que, subjetivamente, creen aplicar. Es este un error que envuelve, evidentemente, a la doctrina expuesta anteriormente, la cual afirma que la costumbre no es la creación de una norma jurídica nueva, sino exclusivamente la declaración de una norma ya existente en la conciencia social. Esta concepción, conforme a la cual habría —en el derecho objetivo— normas preexistentes, cree encontrar una confirmación al través de la teoría del derecho consuetudinario, la cual postula que los actos constituyentes de la costumbre deben ser cumplidos con la intención de obedecer una norma. Pero los sujetos al efectuar esos actos no están, objetivamente, ligados a la norma jurídica que, subjetivamente, creen aplicar; y, objetivamente, no podrían estarlo, por razón de que esta "norma" no existe todavía, mientras dure el procedimiento de la creación consuetudinaria; esta norma está en vía de formación. Si —de acuerdo con la opinión de algunos autores— la tendencia subjetiva no debe relacionarse necesariamente con una norma jurídica, si basta que los actos constituyentes de la costumbre vayan acompañados por la idea subjetiva de obedecer a una exigencia de la moral o de la justicia, e. d., a una norma que resulta, en últi-

ma instancia de derecho positivo, conclúyese que las exigencias de la moral o de la justicia no son obligatorias en el dominio del derecho positivo. Desde el punto de vista jurídico, e. d., desde el punto de vista del derecho positivo, los actos constituyentes de la costumbre son, objetivamente, efectuados libremente tanto como lo son en la conclusión de un tratado creador de Derecho o en el acto legislativo del orden jurídico interno.

Por lo demás, la doctrina conforme a la cual el elemento psíquico, *opinio juris sive necessitatis*, es esencial a la formación de la costumbre es fuertemente discutida y, en efecto, negada por algunos autores. Sobre todo, en el caso del derecho internacional creado por el hecho de que un cierto número de tratados internacionales contienen la misma regla, situación que determina esta regla de igual modo para muchos tratados internacionales. En este caso, la *opinio juris sive necessitatis* no es elemento esencial en la formación de la costumbre; pues, al concluir un tratado las partes contratantes no tienen, generalmente, la intención de aplicar una regla de derecho positivo ya existente o una norma de la moral o de la justicia. Ellas tienen, normalmente, la intención de crear una nueva norma cuya validez, efectivamente, no rebasa el círculo de las contratantes.

16. La prueba del elemento psíquico

Pero, es aún más importante el hecho siguiente: para afirmar una norma de derecho consuetudinario no basta que el hecho de la costumbre exista en sí; es necesario probar la existencia de la costumbre, tal como es forzoso probar la conclusión de un tratado, si se invoca la norma creada por ese tratado, o el acto legislativo, si se invoca una ley. Por lo que se refiere a la prueba de la existencia de una costumbre, es necesario distinguir entre el elemento material y el elemento psíquico. La prueba del elemento material, e. d., los actos repetidos, no entraña dificultad, pues es un elemento objetivamente demostrable. Por el contrario, es casi imposible probar la existencia del elemento psíquico, a saber, la existencia de sentimientos o de pensamientos de individuos, cuyos actos constituyen la costumbre en el pasado. Por esto, los tribunales internacionales, si aplican una norma comprendida como regla de derecho consuetudinario, no examinan —pues es imposible de examinar— la existencia del elemento psíquico; especialmente si se trata de aplicar una regla consuetudinaria, creada por el hecho mismo de haber sido establecida para un cierto número de tratados internacio-

nales. En este caso, el tribunal no examina si los Estados contratantes han introducido esta regla en sus tratados con la convicción de aplicar una norma ya existente. La cuestión de la *opinio juris sive necessitatis* no desempeña papel alguno si se trata de aplicar una norma de derecho consuetudinario creada por la práctica de los tribunales internacionales. La práctica de los tribunales suele ser el método más importante en la producción del derecho internacional consuetudinario; lo que explica, quizás, la doctrina según la cual la *opinio juris sive necessitatis* sería un elemento esencial para la formación de la costumbre. Una sentencia judicial, se cree, es la aplicación de una regla de derecho ya en vigor. Pero, abstracción hecha de lo injustificado de esta opinión, la sentencia judicial no es solamente aplicación sino, igualmente, creación de derecho, pues sírvese de reglas de derecho consuetudinario creadas por la práctica de los tribunales, sin plantearse la cuestión de saber si los jueces, al aplicar la regla transformada en regla de derecho consuetudinario, están convencidos de aplicar una norma ya en vigor. La Corte Permanente de Justicia Internacional ha declarado, es verdad, en la exposición de motivos de su sentencia del 7 de septiembre de 1932 (Lotus): "... sólo si la abstención es motivada por la conciencia de un deber de abstención es posible hablar de costumbre internacional". La Corte acepta aquí el punto de vista dominante; no obstante, sería infructuoso buscar en las decisiones de la Corte un verdadero análisis del elemento psíquico de una costumbre creadora de una regla de derecho aplicada por la corte.

Es muy característico que un representante ortodoxo de la doctrina dominante, que considera al elemento psíquico como esencial para la formación de la costumbre, declare:

La existencia de una costumbre... debe estar considerada como probada, pues los actos consecutivos materiales, positivos o negativos, resultan evidentes sin que sea necesario probar el elemento psicológico del asentimiento de los que, por sus actos, contribuyen a su creación; ni, asimismo, la existencia del elemento psicológico intrínseco a la *opinio juris sive necessitatis*, el cual ha debido acompañar a todo acto positivo o a toda abstención consuetudinaria.²

¡Renunciar a la prueba de la existencia del elemento psíquico, equivale a renunciar a la existencia de ese elemento! Y se renuncia a la prueba de la existencia de ese elemento psíquico porque su prueba es prácticamente imposible.

² Seferiades: "Aperçus sur la coutume juridique internationale et notamment sur son fondement", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, p. 144.

Eso significa que el órgano competente para aplicar una regla de derecho internacional consuetudinario, es absolutamente libre para considerar el hecho de la repetición prolongada y constante de ciertos actos exteriores, como suficiente o no, para constituir una costumbre creadora de derecho.

17. *El elemento moral*

Esta situación explica la tendencia de la doctrina moderna al afirmar, al lado o en lugar del elemento psicológico *opinio juris sive necessitatis*, otro elemento como esencial en la formación de la costumbre: la costumbre debe ser conforme a la moral social, a la justicia o a la equidad, debe corresponder a los deseos sociales, a las exigencias de la comunidad internacional, a las necesidades del orden jurídico, etcétera. Para justificar esta doctrina se invoca, entre otras, la autoridad de un célebre jurista norteamericano, Story, quien, en el caso de la "Jeune Eugénie", ha dicho: "No vacilo en declarar que no es ninguna práctica (costumbre) en vigor, la que pueda obliterar la distinción fundamental del bien y el mal". Pero, desafortunadamente, esta misma autoridad norteamericana no está en situación de determinar por un criterio objetivo las nociones del bien y del mal. La cualidad indicada: de ser conforme a la moral, a la justicia, a las exigencias de la comunidad internacional, etcétera, no puede constituir un elemento objetivo en la formación del derecho consuetudinario. Esta cualidad, siendo la expresión de un juicio de valor, tiene, como todos los juicios de valor, un carácter puramente subjetivo. La respuesta a la cuestión de saber si una regla responde o no a la moral, a la justicia, etcétera, depende del arbitrio absolutamente libre de aquél competente para aplicarla. Desde el punto de vista de una teoría que se contenta con formular los elementos objetivamente determinables de el estado de hecho de la costumbre, el único elemento esencial es la repetición prolongada y constante de actos similares, positivos o negativos; o sea el hecho de que la conducta, que debe ser considerada como obligatoria, se manifieste por actos repetidos durante cierto tiempo.

18. *Función ideológica del elemento psíquico*

Siendo que una demostración objetiva de la existencia del elemento psíquico *opinio juris sive necessitatis* es imposible, resulta que la existencia de ese elemento y, de igual manera, la cualidad moral de la

costumbre, su concordancia con la justicia, dependen totalmente del arbitrio del órgano competente para aplicar la regla considerada como norma de derecho consuetudinario; la doctrina que, al describir el estado de hecho de la costumbre, distingue al lado del elemento material u objetivo (la repetición de actos semejantes), un elemento psíquico (*opinio juris*) y un elemento moral (concordancia con la justicia), o elementos subjetivos, si alguna función tiene es la de disimular el papel importante, por no decir dominante, que desempeña en la creación del derecho consuetudinario el arbitrio del órgano competente para aplicar el derecho. Este órgano es —especialmente durante el periodo inmediato al nacimiento de la costumbre— un órgano creador de derecho en una medida mucho más vasta que cualquier otro órgano de aplicación.

19. *La costumbre: creación descentralizada del derecho*

El derecho consuetudinario se caracteriza por el hecho de que sus normas no son creadas —como las leyes del derecho interno— por órganos especializados, centralizados. Las normas del derecho consuetudinario son creadas por los actos de los sujetos obligados o habilitados por esas normas. Los órganos creadores de normas y los sujetos sometidos a esas normas son idénticos. El legislador coincide —en principio y abstracción hecha de una restricción de la cual hablaremos más tarde— con el sujeto de derecho. Esto significa que la formación consuetudinaria del derecho es una creación descentralizada, en tanto que la legislación es una creación centralizada de normas.

20. *Los sujetos creadores del derecho consuetudinario: los Estados*

Pero, ¿cuáles son los sujetos cuyos actos constituyen la costumbre internacional, el estado de hecho creador del derecho internacional? Conforme a la doctrina dominante los Estados, como tales, representados por sus órganos competentes en sus relaciones con los otros Estados, por sus órganos internacionales, son los creadores del derecho internacional consuetudinario. El acto por el cual se funda la costumbre internacional o contribuye a fundarla, debe ser efectuado por el órgano competente de un Estado (u otra comunidad jurídica asimilada al Estado) y estar en relación con otro Estado. Debe, pues, tratarse, según la doctrina dominante, de una costumbre de los Estados o, por lo menos, de comunidades jurídicas que, en el curso del tiempo, participan al lado de los Estados en la creación del derecho internacional y, de ese modo, ad-

quieren por costumbre la capacidad de desempeñar el papel de sujetos creadores de derecho internacional.

Al principio éstos fueron exclusivamente Estados, y el antiguo derecho internacional consuetudinario, sin duda, fue creado sólo por Estados. Pero al lado de los Estados, la Iglesia Católica viene a ser un órgano de creación de derecho internacional, pues se ha observado que ciertos Estados concluyen con ella tratados que resultan, por costumbre, de derecho internacional. La Iglesia ha adquirido por costumbre el derecho (la capacidad jurídica) de concluir tratados internacionales. Desde entonces, puede considerársela, también, como un órgano de derecho internacional consuetudinario. La costumbre la ha convertido tanto en órgano creador de derecho internacional consuetudinario así como en convencional.

21. *Los sujetos creadores del derecho consuetudinario: órganos interiores de Estados y comunidades de Estados*

Pero no exclusivamente los Estados y la Iglesia Católica son capaces de crear, por los actos de sus órganos internacionales, el derecho internacional consuetudinario. Por una parte, este derecho puede constituirse por los actos de otros órganos técnicos de los órganos internacionales. Por otra parte, existen otras comunidades jurídicas, además del Estado y la Iglesia Católica, participantes en la formación del derecho internacional consuetudinario.

Por lo que se refiere al primer punto, es necesario hacer notar que ciertas reglas de derecho internacional consuetudinario han sido creadas por la actividad específica de órganos no del todo competentes para representar al Estado en sus relaciones con otros Estados, por la actividad específica de órganos interiores de Estados. Por ejemplo: las reglas de derecho internacional consuetudinario concernientes al tratamiento de extranjeros. Éste es un derecho creado en gran medida por la práctica interior de los Estados, e. d., por actos estatales impuestos por los órganos legislativos, judiciales y administrativos de los Estados. Las reglas de derecho internacional consuetudinario relativas a la situación jurídica de los extranjeros son, igualmente, ejemplo de un derecho consuetudinario en la formación del cual el elemento psíquico, *opinio juris sive necessitatis*, no es, evidentemente, esencial. Garantizando a los extranjeros ese *minimum* de derecho, que actualmente forma el contenido del derecho internacional de los extranjeros, el legislador estatal no tiene la intención de cumplir una obligación ya existente de derecho internacional.

Por lo que toca al segundo punto, a saber, la afirmación de que existen otras comunidades jurídicas, además del Estado y la Iglesia Católica, participantes en la formación de derecho internacional consuetudinario, reconócese que ciertas comunidades de Estados, como por ejemplo la Sociedad de Naciones, tienen capacidad de constituir por los actos de sus órganos, una costumbre internacional creadora de derecho. De esta manera las prácticas del consejo y de la asamblea de la Sociedad de Naciones han modificado, por vía de costumbre, el estatuto de la Sociedad de Naciones.

Son principalmente los tribunales internacionales los que, en tanto órganos de comunidades de Estados, crean por sus decisiones derecho internacional consuetudinario. La jurisprudencia internacional es una de las fuentes más importantes del derecho consuetudinario.

22. *Los sujetos creadores del derecho consuetudinario: los individuos*

Los individuos no son, no han sido aún, órganos de creación de derecho internacional consuetudinario ni contractual. Esto es perfectamente compatible con la idea de que los individuos pueden imponerse o conferirse, por normas internacionales creadas por los Estados, obligaciones o derechos internacionales. La regla de derecho internacional que prohíbe la piratería, por ejemplo, y autoriza a los Estados a proceder aún en alta mar, fuera de sus propios navíos, a medidas de apremio contra los piratas, establece la obligación jurídica para todos los hombres de abstenerse de la piratería. Esta regla ha sido creada por actos de Estados: Estados que tienen la costumbre de efectuar ciertos actos coercitivos contra los piratas, aun fuera de sus propios navíos; los otros Estados, en particular el Estado cuyo súbdito es el pirata, han tolerado esos actos coactivos contra los piratas.

Los particulares reciben, por un tratado concluido entre dos Estados, la facultad de recurrir —en tanto que individuos— ante los tribunales internacionales. Como tales, participan en la creación de la norma de derecho internacional que impondrá el tribunal. Los sujetos son, así, un órgano de creación de derecho internacional, pero no órgano de creación de derecho internacional consuetudinario, o de derecho internacional convencional. Participan en la creación de normas internacionales individuales, impuestas en virtud de un tratado por órganos internacionales, impuestas de la misma manera en que, en derecho interno, los tribunales estatales crean derecho para sus procedimientos judiciales.

Kopelmanas tiene recientemente publicado un estudio,³ donde habla de individuos "as agents in the formation of international custom". Basándose en una publicación del profesor Hamel, referente a las formas internacionales del crédito bancario,⁴ afirma la existencia de reglas de derecho internacional consuetudinario, relativas a ciertas formas de créditos bancarios, creadas por la práctica constante de los banqueros, de particulares o de sus organizaciones privadas. Sin embargo, sus argumentos no son convincentes. Kopelmanas está imposibilitado para probar la existencia de esas reglas, como reglas de derecho internacional.

De entre los hechos creadores de la costumbre compréndese, también, la actividad científica y especulativa de los teóricos del derecho internacional; las opiniones de jurisconsultos destacados contribuyen eficazmente a la creación del derecho internacional consuetudinario. No son, sin embargo, los representantes de la ciencia jurídica internacional los que deciden si una regla de derecho internacional es originada por costumbre, esto es competencia de las instancias que han sido instituidas por el derecho internacional para la aplicación del mismo.

23. *¿El derecho internacional consuetudinario es válido exclusivamente para los Estados participantes en la creación de la costumbre?*

De más alta importancia es la cuestión de saber si todos los Estados, para los cuales la norma creada por la costumbre es válida, deben o no tener participación en su creación por actos contribuyentes a efectuarla. La doctrina tradicional sostiene que una regla de derecho internacional consuetudinario vale exclusivamente para los Estados que —expresa o tácitamente— han participado en la formación de la costumbre creando esta regla. Supuesto que todas las reglas del derecho internacional general valen —por definición— para todos los actos de la comunidad internacional, resta probar que todos los Estados participan en la formación consuetudinaria de todas las normas del derecho internacional general.

Sin duda, esta prueba es imposible y, por tanto, la tesis de la doctrina dominante no puede mantenerse sino a base de ficciones inadmisibles. Una regla de derecho consuetudinario es una regla de derecho internacional general si el sentido subjetivo de esta regla es la de obligar a todos los Estados de la comunidad internacional. No obstante, la

³ Kopelmanas: "Custom as a Means of the Creation of International Law", *British Year Book of International Law*, vol. 18, 1937, p. 127 y ss.

⁴ Hamel: "Les formes internationales des crédits bancaires." *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international*, vol. 51, 1935, T. I, p. 207 y ss.

práctica de los Estados no exige, cuando se afirma la existencia de una regla de derecho internacional general consuetudinario, la prueba de que todos los Estados han participado en la formación de esta costumbre. Se descarta, desde luego, a los Estados que no están del todo en situación de aplicar la regla de derecho. Cuando se trata, por ejemplo, de una norma de derecho internacional marítimo, se descartará a los Estados que no son ribereños del mar. Para esos Estados basta, se dice, que no hayan contradicho la norma afirmada por otros Estados. Esto, naturalmente, es una ficción que quiere ver en ese hecho un consentimiento o un reconocimiento tácito; una ficción destinada, como toda afirmación de un reconocimiento tácito, al servicio de la doctrina que pretende ver en los tratados el único medio de creación del derecho internacional. Se está generalmente de acuerdo en reconocer que un Estado que no hubiera tenido ocasión de aplicar una norma del derecho internacional general consuetudinario, por ejemplo una norma de derecho marítimo, durante el periodo en que esta norma no estaba todavía definitivamente constituida sino en vía de formación, tal Estado no por eso estaría vinculado a esta norma consuetudinaria ya constituida desde la primera oportunidad en que habrá de aplicarla; por ejemplo, en el caso donde el Estado sin costas se transformara en un Estado ribereño, entonces estará vinculado a esta norma consuetudinaria aunque, en ningún momento la hubiese "reconocido", e. d., consentido directa o indirectamente en su aplicación. De él no depende sustraerse a la validez de esta norma. Pero, asimismo los Estados que han tenido oportunidad de aplicar la norma en cuestión, no se les exigirá la prueba de haberla aplicado efectivamente en todos los casos donde debieron haberlo hecho. Es muy frecuente que un Estado se vincule con una regla de derecho consuetudinario sin poder probar haber colaborado, por sí mismo, en la formación de la costumbre constituyente de esa regla. Lo decisivo aquí es, principalmente, la práctica de los tribunales internacionales. Al aplicar una regla de derecho internacional consuetudinario estos tribunales no examinan si el Estado, pro o contra el cual debe ser aplicada la regla en cuestión, ha participado en la creación de esa regla por vía consuetudinaria. Tampoco examinan si ese Estado ha reconocido tácitamente la regla a aplicar.

24. *La función de los Estados importantes y de los Estados nuevos*

De hecho, para considerar una norma como aplicable en la práctica de los Estados en calidad de norma de derecho internacional consuetudinario, es bastante que haya sido aplicada o reconocida, en diversas oca-

siones, por los Estados más "importantes" por su cultura y desempeño en favor del desarrollo del derecho internacional y, asimismo, aceptada como regla de derecho por los teóricos eminentes. Ciertos autores destacados (por ejemplo Oppenheim) opinan que para establecer una costumbre creadora de derecho, no es necesario el uso prolongado. El derecho internacional general consuetudinario puede originarse de un uso del que manifiestamente se da un número limitado de casos. Esto significa la suficiencia de un número limitado de Estados —de alguna "importancia"— participantes en la formación del derecho internacional general consuetudinario.

Por otra parte, se dice que el Estado recientemente creado no está ligado por las normas o, al menos, por ciertas normas de derecho internacional general originadas por vía de costumbre antes de su existencia, por razón de no haber participado en la costumbre creadora de derecho. De este modo, podría decirse de los hombres nacidos en el medio de un orden jurídico establecido por costumbre. Tienen obligaciones y derechos en virtud de las normas de ese orden, sin haber colaborado con sus actos a la creación de las normas en cuestión. Sin duda, el desplazamiento de los miembros componentes de la comunidad no es inmediato en derecho internacional como en derecho interno. Pero, muchos Estados que han creado normas de derecho internacional general actualmente en vigor no existen más. En su lugar, nuevos Estados son constituidos posteriormente al nacimiento de normas de derecho internacional general. Estos Estados no han podido tomar parte en la creación de las normas que los ligan.

25. *Reconocimiento y creación de una norma*

Así se acepta la ficción imposible conforme a la cual el nuevo Estado creado debe reconocer las normas del derecho internacional general para estar sujeto a ellas, sin importar si tuvo participación en la costumbre creadora de derecho. No contribuiría a crear las normas del derecho internacional pero, por lo que le concierne, reconoce el derecho ya instituido. Hay una diferencia esencial entre la creación de una norma y el reconocimiento de una norma ya creada por otros sujetos. La pretendida necesidad de reconocer una norma a fin de dotarla de validez, no tiene nada que ver con la creación consuetudinaria de esta norma. La ficción del reconocimiento del derecho internacional general, por parte de los Estados sometidos a ese derecho, sirve para mantener la ideología de la soberanía de los Estados, conforme a la cual un Estado no puede estar obligado sino por su propia voluntad.

26. *El derecho consuetudinario obligatorio para los Estados que no tienen participación en la creación de la costumbre*

Según esto, el concepto del derecho internacional consuetudinario, formado al contacto del derecho consuetudinario interno, no expresa que todas las personas sujetas a la norma deben haber colaborado en la costumbre, cuyo resultado es el nacimiento de una norma. Pero, en tanto un Estado recientemente creado está vinculado por las normas del derecho internacional general consuetudinario, cuya existencia es anterior a su advenimiento y a la formación de las cuales no ha contribuido, podría, también, concebir una situación donde el derecho internacional general consuetudinario se aplicara exclusivamente a Estados no participantes en su formación. Esta situación podría presentarse si todos los Estados concurrentes en la formación del derecho internacional general consuetudinario vinieran a desaparecer y fuesen reemplazados por nuevos Estados.

27. *El derecho consuetudinario como derecho convencional*

En consecuencia, es absolutamente imposible reducir el derecho internacional general consuetudinario y, por consiguiente, el derecho internacional, a su vez, al libre consentimiento de los Estados a los cuales ese derecho obliga; a menos de recurrir, con este fin, a la grosera ficción de un consentimiento tácito, indirecto y, a veces, inconsciente, que frecuentemente priva, por desgracia, en el dominio de la teoría del derecho internacional. No es necesario discutir ampliamente tal método. La teoría del derecho interno que había recurrido a dicho método hasta principios del siglo XIX, ha renunciado desde hace mucho a servirse de él para explicar el carácter obligatorio del orden jurídico interno, para los individuos que le están sometidos. Es típico para este método hacer intervenir, con la finalidad de protegerse, al menos en apariencia, cierta ideología individualista cuya existencia se manifiesta, en derecho internacional, en el dogma de la soberanía del Estado; se trata de afirmar esta ideología a despecho de las realidades contrarias del derecho positivo.⁵

⁵ Por ejemplo L. Oppenheim: "Zur Lehre vom internationalen Gewohnheitsrecht", *Niemeyers Zeitschrift für internationale Recht*, vol. 25, 1915, p. 1 y ss. Si bien Oppenheim parte del principio anteriormente enunciado, y define el derecho internacional consuetudinario como una regla que "todos los miembros de la comunidad de Estados han reconocido por vía de costumbre", e. d., como una regla creada por actos de todos los Estados, contesta, sin embargo, que formalmente falta establecer, en cada caso particular, "que cada uno de los miembros de la comunidad de Estados

Todo esto muestra que la tentativa de interpretar la costumbre de derecho internacional como un tratado tácitamente concluido entre todos los miembros de la comunidad internacional y, por consecuencia, de presentar todo derecho internacional como un derecho convencional, revélase en una ficción, en contradicción patente con la realidad del derecho internacional positivo. La costumbre creadora de derecho internacional no es un tratado, pues es posible formarla sin la participación de los Estados vinculados a la norma consuetudinaria, e. d., que tienen por ella derechos u obligaciones.

28. *La teoría del derecho consuetudinario y el dogma de la soberanía*

La ficción que busca presentar el derecho internacional consuetudinario como un derecho convencional, contiene sin disputa —como tantas ficciones semejantes— motivos políticos. Es el dogma de la soberanía

tiene reconocida la regla por vía de costumbre. Si tal debe ser el caso, no habría sino muy pocas reglas que pudieran considerarse como pertenecientes al derecho internacional general; pues sería imposible establecer que todos los miembros de la comunidad están sometidos a la regla en cuestión. Él sostiene el principio siguiente: "Una regla, es una regla de derecho internacional consuetudinario si todos los Estados que tienen oportunidad de aplicarla la han reconocido por vía consuetudinaria, y si el número y la importancia de esos Estados son tales que dan lugar a admitir que la regla en cuestión responde a intereses imperiosos de la comunidad de Estados en su totalidad". Es claro que la segunda condición no concuerda con la primera. Pues, o bien son todos los Estados los que tienen ocasión de aplicar y reconocer esta regla, o bien solamente los más importantes de ellos. Además, es notorio que exclusivamente los más importantes de esos Estados cuentan aquí; es suficiente que ellos hayan reconocido la regla por vía de costumbre. De esta manera, resulta innecesario seguir preguntándose si todos los Estados efectúan el reconocimiento. Y, superfluo también, añadir que el número y la importancia de los Estados que crean la costumbre por sus actos, deben ser suficientemente considerables para poder admitir la existencia de un interés imperioso de la comunidad internacional en su totalidad. Conforme a este criterio, se podrá siempre admitir de inmediato, que algunos Estados importantes tendrán participación en la creación de una regla de derecho consuetudinario. Esta existencia de un interés imperioso de la comunidad internacional en su totalidad, se la invoca aquí sólo para crear la apariencia de un consentimiento unánime, cuya existencia de hecho débese a que todos los miembros están vinculados por la regla, según la cual deben haber participado en su formación. El número de Estados importantes participantes en la creación de una norma de derecho internacional general consuetudinario no debe ser necesariamente muy grande, según Oppenheim. Pues sostiene la tesis siguiente: "es imposible fijar el tiempo durante el cual un uso internacional debe haber sido observado para valer como costumbre". Y es posible hablar, según él, de ciertos casos de costumbre internacional "en que el número de casos donde el uso fue observado estaría limitado". Pero, decir que el número de casos donde el uso fue observado es limitado, equivale a decir: no hay sino un pequeño número de Estados que han participado, por sus actos, en la formación de la costumbre.

que debe ser mantenida por la ficción del carácter convencional de la costumbre, como por la ficción del reconocimiento necesario del derecho internacional por el Estado nuevo.

29. *La regla pacta sunt servanda como norma fundamental del derecho internacional*

Si han de considerarse el derecho internacional consuetudinario y el derecho internacional convencional como dos complejos de normas jurídicas constitucionalmente diferentes y, en este sentido, dos grados diferentes de el orden jurídico internacional, es menester descartar la

En cuanto a la primera de las dos condiciones necesarias para que una regla pueda ser considerada como regla de derecho consuetudinario general, a saber, que: "todos los Estados que tienen oportunidad de aplicarla la hayan reconocido por vía consuetudinaria", Oppenheim la formula, sin duda, para poder incluir los hechos siguientes: 1o. Un Estado que no haya tenido ocasión de aplicar una regla consuetudinaria en vía de formación y el cual tiene oportunidad de hacerlo cuando está definitivamente constituida, estará vinculado a esta regla aunque no la hubiese reconocido. 2o. No es necesario que un Estado recientemente creado haya reconocido las reglas del derecho internacional general consuetudinario, creado antes de su advenimiento, para que esas reglas sean obligatorias para él.

Es para el segundo de estos casos, y no para el primero, que Oppenheim hace intervenir la ficción de un reconocimiento tácito de normas de derecho internacional creadas antes del advenimiento del Estado recientemente creado.

Resulta así, de la propia exposición de Oppenheim, que el derecho internacional general consuetudinario es válido, también, sin participación o reconocimiento de su parte, para las siguientes categorías de Estados: 1o. Los Estados de menor importancia y, de igual manera y en ciertos casos, los Estados más importantes, sobre todo cuando la costumbre es originada por un uso observado exclusivamente por algunos otros Estados importantes ("donde el uso no ha sido observado sino en un pequeño número de casos"); 2o. todos los Estados que se han formado después de la creación de la regla o que no tuvieron oportunidad de observarla sino después de la creación.

Es comprensible, que en presencia de estos hechos Oppenheim haya recurrido, para mantener su dogma según el cual el derecho internacional reposaría totalmente sobre el libre consentimiento de los miembros de la comunidad internacional, a la noción de un consentimiento "tácito", "indirecto" y, a veces, "inconsciente". Esto es para poder mantener las apariencias de la soberanía de los Estados.

En último análisis, Oppenheim se ve cuando menos obligado a renunciar a la concepción, penosamente edificada, de un derecho internacional fundado únicamente en la libre voluntad de las partes, o dicho de otro modo, sobre la soberanía de los Estados. Y si renuncia a ello es para admitir en general la existencia de un derecho internacional, e. d., un derecho objetivo independiente de la voluntad de los sujetos a los cuales obliga. De esta forma, Oppenheim critica la objeción, a pesar de todo fundada, según la cual si el derecho internacional reposa sólo sobre el libre consentimiento de los Estados particulares, ellos podrían en cualquier momento retirar su consentimiento y poner fin, en lo que les concierne, a la validez del derecho internacional. Esta objeción se derrumbaría, según Oppenheim, porque el "derecho in-

tentativa de ver la norma fundamental del derecho internacional en la regla *pacta sunt servanda*. Es, particularmente, el célebre jurista italiano Anzilotti⁶ quien sostiene la tesis: la norma fundamental del derecho internacional es la regla *pacta sunt servanda*. Pero, esta regla no puede ser la norma fundamental del derecho internacional en su totalidad, pues es impotente para servir de fundamento al derecho internacional consuetudinario. El estado de hecho creador de derecho denominado 'costumbre', es muy diferente del estado de hecho creador de derecho llamado "conclusión de un tratado". La regla *pacta sunt servanda* es —tanto en derecho internacional como en derecho interno— una regla de derecho creada por la costumbre. Y hay, en derecho interno como en derecho internacional, periodos durante los cuales esta regla no está aún en vigor. Existen, en derecho internacional como en derecho interno, normas mucho más antiguas que la regla *pacta sunt servanda*. Es más, puede concebirse fácilmente un orden jurídico que ignore el contenido de esta regla que en derecho internacional es la base de las relaciones económicas entre los individuos, y funda en derecho internacional una gran parte de las relaciones interestatales. Un orden jurídico socialista que no reconoce la propiedad privada, o un orden jurídico estrictamente autori-

ternacional es un producto de la comunidad de intereses de los Estados civilizados". En la teoría fundamental de Oppenheim, el derecho internacional resulta un producto de la voluntad de los Estados particulares (de 'la volonté de tous', para hablar con J. J. Rousseau), y no de una "comunidad de intereses", distinta de esa voluntad. Esta "comunidad de intereses" no es otra cosa, sin duda, que la voluntad colectiva (la 'volonté générale' de Jean-Jacques). Oppenheim abandona completamente su punto de vista anterior, cuando expresa: "Esta comunidad de intereses es totalmente independiente de la voluntad de los Estados, ella es más fuerte que la voluntad de los Estados particulares y les obliga a consentir en la creación de reglas jurídicas". Este pasaje está en contradicción absoluta con la tesis que Oppenheim sostiene algunas líneas más arriba, donde dice: "Los Estados soberanos no podrían estar vinculados por una regla si no se someten voluntariamente. El derecho internacional reposa totalmente sobre el libre consentimiento de la comunidad internacional"; y está en contradicción, igualmente, con la concepción conforme a la cual "el derecho internacional no es un derecho superestatal sino un derecho interestatal". Estas concepciones —que son la expresión de un individualismo radical (en las relaciones interestatales)— resultan inconciliables con las realidades del derecho internacional positivo, de tal manera que Oppenheim, después de instituir las, las abandona para sustituirlas por una construcción universalista. La 'comunidad de intereses', completamente independiente de la voluntad de los Estados, es más fuerte que la voluntad de los Estados particulares a los cuales obliga a aceptar, e. d., les fuerza a dar su 'libre' consenso en la creación normativa y, en consecuencia, validez a las normas jurídicas; la 'comunidad de intereses' es, en el fondo, la expresión ingenua de la validez objetiva de un orden jurídico internacional superior a los Estados particulares, y cuya existencia cree poder negar Oppenheim al principio de su exposición.

⁶ Anzilotti: *Cours de Droit international*, vol. I, 1929. p. 66 y ss.

tario, reglamentario de todas las relaciones entre los sujetos por mandatos, e. d., por normas decretadas unilateralmente de parte de las autoridades superiores a los sujetos, puede renunciar a toda posibilidad de reglamentar las relaciones entre los individuos por contratos.

30. *La teoría del contrato social en derecho internacional*

La doctrina conforme a la cual la regla *pacta sunt servanda* es la norma fundamental del derecho internacional, sólo es una nueva versión de una teoría, abandonada hace mucho tiempo en derecho interno, conocida bajo el nombre de "teoría del contrato social". El sentido verdadero de esta teoría es el de fundar el orden estatal, e. d., el derecho interno sobre la regla *pacta sunt servanda*, de explicar la fuerza obligatoria del orden jurídico estatal por la voluntad de los individuos sometidos a ese orden, por la *volonté de tous* de J. J. Rousseau. Pero ya Rousseau no estaba en situación de mantener esta construcción o, más bien, esta ficción individualista: él se ve obligado a completar su sistema con la concepción de la "voluntad general", enteramente incompatible con aquella de la "voluntad de todos", incompatible con la idea del "contrato social". De igual manera, la doctrina moderna del derecho internacional, cuya teoría de Oppenheim es un ejemplo típico, muéstrase incapaz de mantener la concepción individualista, según la cual el derecho internacional reposa sobre el libre consentimiento de todos los miembros de la comunidad internacional, y ensaya completar esta concepción con la idea de un interés común de la comunidad internacional, distinta de las voluntades de los Estados particulares y más fuerte que esas voluntades, de un interés común que "fuerza" a los Estados a expresar su "libre consentimiento" en favor del derecho internacional. El paralelismo entre esta teoría del derecho internacional y la teoría del "contrato social" salta a la vista. Esto lo dice Rousseau, en su *Contract social*, al expresar que la voluntad general puede, si ello es necesario, forzar a los sujetos a ser libres.⁷ La voluntad general hace desaparecer la voluntad de todos y suprime así la idea del contrato social, la cual es sólo otra expresión de la regla *pacta sunt servanda* en tanto que norma fundamental del Estado.

Traducción del original en inglés por
Ariel Peralta García.

⁷ *Contract social*, I, 7: "... que quiconque refusera d'obéir a la volonté générale y sera contraint par tout le corps: ce qui ne signifie autre chose sinon qu'on le forcera d'être libre..."