

¿LO SABÍA?

Una versión moderna del derecho internacional consuetudinario

El artículo 38 de la Corte Internacional de Justicia se refiere a “la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”. Independientemente de los méritos o deméritos de esta fórmula, no existen dudas de que la costumbre internacional constituye una de las fuentes del derecho internacional.

Se trata, ciertamente, de un concepto cuya definición y contenido resultan elusivos, que ha dado lugar a profusos debates y que ha sido interpretado de maneras divergentes por distintas corrientes teóricas del derecho internacional. Una de los más recientes, y desafortunadas, de estas disquisiciones sobre el tema nos llega desde la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos que, al emitir su decisión en el caso “United States v. Yousef”, sostiene:

“Si bien no es posible afirmar que la práctica o las políticas de ningún Estado en particular, incluyendo a los Estados Unidos, tienen una autoridad tal que los contornos del derecho internacional consuetudinario podrían ser determinados simplemente por referencia a ese Estado, es altamente improbable que pueda considerarse que un supuesto principio de derecho internacional consuetudinario que se halle en conflicto directo con las prácticas reconocidas y las costumbres de los Estados Unidos y/o de otros jugadores preeminentes en la comunidad de Estados califica, *bona fide*, como un principio de derecho internacional consuetudinario”¹.

¹ US Court of the Appeals for the Second Circuit, “United States v. Yousef”, 327 F.3d 56 (2nd Cir. 2003). El texto original en inglés lee: “While it is not possible to claim that the practice or policies of any one country, including the United States, has such authority that the contours of customary international may be determined by reference only to that country, it is highly unlikely that a purported principle of customary international law in direct conflict with the recognized practices and customs of the United States and/or other prominent players in the community of States could be deemed to qualify as a *bona fide* customary international law principle”.

No existen dudas respecto de que, bajo ciertas circunstancias de hecho, la participación de determinados Estados en una práctica es necesaria para la formación de una norma de costumbre internacional y que, sin ella, no hay tal norma. Sin embargo, el fragmento va mucho más allá y parece sostener que existe una calidad intrínseca a los Estados Unidos que hace que su participación sea siempre necesaria y que sin ella no existe derecho (casi un regreso a la desafortunada idea de que solo los principios generales de derecho reconocidos por las “naciones civilizadas” eran relevantes como fuentes del derecho internacional). Peor aún, el fragmento es también evidencia de la marcada tendencia de los Estados Unidos hacia el unilateralismo o un “multilateralismo a la carta” en el que se pretende elegir de forma arbitraria por qué normas se quiere estar obligado y por cuáles no. Por lo visto, todas las ramas del poder se alinean detrás de esta estrategia de solo sentirse obligado cuando conviene. Las peligrosas implicancias del fragmento resultan obvias cuando se piensa en la nueva doctrina de uso de la fuerza desarrollada por la administración Bush. Una pregunta se impone inmediatamente: ¿es que acaso el hecho de que la práctica de los Estados Unidos en esta materia se oponga a una firmemente establecida norma de derecho consuetudinario hace que esta última pierda su carácter de tal?