

**Tendencias contemporáneas sobre la *opinio juris*  
y la prueba material del derecho internacional  
consuetudinario**

*Contemporary Trends on opinio juris and the  
Material Evidence of International Customary Law*

*Tendances contemporaines sur l'opinio juris et la  
preuve matérielle du droit international coutumier*

Paulo Borba Casella\*

\* Universidade de São Paulo, Brasil; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6423-6985>, [pbca@usp.br](mailto:pbca@usp.br).

Artículo recibido el 22 de junio de 2022

Aprobado para publicación el 12 de octubre de 2022

*Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XXIII, 2023, pp. 33-64  
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons  
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IIJ-UNAM.

**RESUMEN:** El presente artículo tiene por objeto discutir cómo puede tener sentido el derecho internacional, a partir del estado actual de la técnica, frente a los desarrollos futuros, y qué características debe tener el mismo para hacer frente a los desafíos que plantea el surgimiento del actual contexto mundial posmoderno, interdependiente, multipolar y cada vez más complejo. La novedad en el contexto internacional actual es que, además del nivel individual de acción de los Estados, ya sea unilateral, bilateral y multilateral, existe un área creciente para la formación y el desarrollo del consenso común. En ese contexto, la *opinio juris* ya no debe entenderse en la actualidad como una opinión individual de uno o de ciertos Estados, sino como declaraciones colectivas, emitidas por la comunidad internacional, en su conjunto o de una parte sustancial de las mismas.

**Palabras clave:** derecho consuetudinario, posmodernidad, *opinio juris*, prueba material, desarrollo progresivo, fuentes del derecho internacional.

**ABSTRACT:** This essay aims to discuss how international law can make sense, based on the current state of the art, in the face of future developments. What characteristics does it have to have to face the challenges posed by the emergence of the current postmodern, interdependent, multipolar and increasingly complex world context? What is new in the current international context is that, in addition to the individual level of action by States, be it unilateral, bilateral and multilateral, there is a growing area for the formation and development of common consensus. In this context, the *opinio juris* should no longer be understood as an individual opinion of one or certain States, but today as collective declarations, issued by the international community, as a whole or a substantial part of them.

**Key words:** Customary law, postmodernity, *opinio juris*, material evidence, progressive development, sources of international law.

**RÉSUMÉ :** Cet essai vise à discuter de la façon dont le droit international peut avoir un sens, sur la base de l'état actuel de l'art, face aux développements futurs. Quelles caractéristiques doit-elle avoir pour faire face aux défis posés par l'émergence du contexte mondial actuel postmoderne, interdépendant, multipolaire et de plus en plus complexe? Ce qui est nouveau dans le contexte international actuel, c'est qu'au-delà du niveau d'action individuel des États, qu'il soit unilatéral, bilatéral et multilatéral, il existe un espace croissant pour la formation et le développement d'un consensus commun. Dans ce contexte, l'*opinio juris* ne doit plus être comprise comme une opinion individuelle d'un ou de certains États, mais aujourd'hui comme des déclarations collectives, émises par la communauté internationale, dans leur ensemble ou une partie substantielle d'entre elles.

**Mots clés:** Droit coutumier, postmodernité, *opinio juris*, preuve matérielle, développement progressif, sources du droit international.

El método de generación del derecho internacional consuetudinario se encuentra en la etapa de transformación de un proceso individualista a un proceso colectivista. Se puede decir que este fenómeno es la adaptación del proceso creativo tradicional del derecho internacional a la realidad del crecimiento de la comunidad internacional organizada. CIJ, Casos relativos al África Sudoriental (Sentencia del 18 de julio de 1965, voto disidente, juez Tanaka).<sup>1</sup>

El surgimiento del actual contexto mundial posmoderno, interdependiente, multipolar y cada vez más complejo no necesita más comentarios. Es algo evidente, nos guste o no. La Conferencia en Memoria de Gilberto Amado, pronunciada en Ginebra el 17 de julio de 2013, puede ser una ocasión oportuna y relevante para considerar algunos de estos aspectos, a la luz de la *opinio juris*.

El papel del derecho internacional para regular un mundo posmoderno, interdependiente, multipolar y cada vez más complejo también es claro, ya que se trata de una cuestión de supervivencia de la humanidad.<sup>2</sup> La pregunta es ¿cómo puede reaccionar el derecho internacional a los cambios y enfrentar los desafíos presentados por tal contexto mundial? Algunos afirman que debería volverse universal,<sup>3</sup> que debería convertirse en “intercivilizacional”, lo que significa un paso más allá de un enfoque multicultural

<sup>1</sup> ICJ, Casos relativos al África Sudoriental (sentencia del 18 de julio de 1965, ICJ Reports, 1966, disponible en: <https://www.icj-cij.org/docket/files/46/4945.pdf/>), voto disidente del Juez Tanaka, p. 250 y sig. citado p. 294) aunque no estoy de acuerdo con la opinión expresada en la siguiente frase: “Se puede caracterizar, desde el punto de vista sociológico, como una transición de la costumbre tradicional a la legislación internacional por medio de tratado”.

<sup>2</sup> Tomuschat, Christian, “International Law: Ensuring the Survival of Mankind in the Eve of a New Century”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 281, 1999, pp. 23 y 24. “Es cada vez es más urgente examinar el derecho internacional como una herramienta diseñada para promover políticas universales de interés común”. En su opinión: “El derecho internacional tiene un mandato al servicio de la humanidad en general, aunque formalmente sus principales sujetos siguen siendo Estados soberanos”. *Ibidem*, pp. 435 y 436; concluye que “La humanidad ha desarrollado un impresionante marco legal sabiendo que es necesaria una estrecha cooperación internacional para el desempeño de una serie de tareas de dimensiones globales”. Y, por lo tanto, “será el desafío de las próximas décadas fortalecer los sistemas de cooperación existentes”.

<sup>3</sup> Schmitt, Carl, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988. Véase también la versión en francés: *Le nomos de la terre dans le droit des gens du Jus Publicum Europaeum*, trad. de Lilyane Deroche-Gurcel, Paris, PUF-Quadri-

simplemente manteniendo las cosas separadas o podría presentarse como “transcivilizacional”,<sup>4</sup> mientras que otros afirman que ya se ha convertido en “posmoderno”,<sup>5</sup> considerando la “reestructuración imaginativa del derecho internacional para satisfacer las condiciones y necesidades sociales, y también las expectativas de la comunidad, que cambian rápidamente”.<sup>6</sup> Se pueden dar diferentes nombres para describir este fenómeno, se pueden adoptar diferentes enfoques para encarar el cambio, pero no se puede negar el cambio estructural en curso en el derecho internacional, y su impacto es irreversible.

A veces, un problema del pasado puede convertirse en un acontecimiento positivo. Un gran ejemplo de una carga convertida en un activo:

La noción de la “confianza sagrada en la civilización”, una ideología utilizada para justificar la dominación colonial fue asumida por el sistema de mandatos de la Liga

ge, 2001. Y también Charney, Jonathan L., “Universal International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 87, núm. 4, octubre de 1993, pp. 536-542.

<sup>4</sup> Onuma, Yasuaki, “Eurocentrism in the History of International Law”, *A Normative Approach to War: Peace, War and Justice in Hugo Grotius*, Oxford, Clarendon Press, 1993, pp. 371-386, y también p. 370; “Al ver la tragedia de la Guerra de los Treinta Años, Grotius cerró los ojos ante la violencia estructural de la “paz” y centró sus esfuerzos en reducir la violencia manifiesta. En este contexto, es interesante preguntarse cuál sería el trabajo equivalente en el mundo actual”. Véase también Onuma, Yasuaki, “A Transcivilizational Perspective on International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, 2009, vol. 342; Onuma, Yasuaki, “The ICJ: an Emperor without Clothes? International Conflict Resolution, Article 38 of the ICJ Statute and the Sources of International Law”, en Ando, Nisuke *et al.*, *Liber amicorum Judge Shigeru Oda*, Nueva York, Kluwer, 2002, p. 191, colocando dudas sobre la tradicional confianza en las fuentes del artículo 38. Sobre el tema, véase también, Becker Lorca, Arnulf, “Eurocentrism in the History of International Law”, en Fassbender, Bardo y Peters, Anne (eds.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 1034-1057.

<sup>5</sup> Borba Casella, Paulo, *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*, São Paulo, Quartier Latin, 2008. Como se ha propuesto para el derecho internacional privado en Jayme, Erik, “Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, 2000, vol. 282, pp. 9-40; Jayme, Erik, “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 251, 1995, pp. 9-267.

<sup>6</sup> McWhinney, Edward, “The Time Dimension in International Law, Historical Relativism and Intertemporal Law”, en Makarczyk, Jerzy, *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, La Haya, Martinus Nijhoff, Institute of State and Law of the Polish Academy of Sciences, pp. 179-199.

de Naciones y se ha utilizado para criticar no sólo el dominio de Sudáfrica sobre Namibia, sino también las actividades de los Estados Unidos en la Micronesia, y de Australia, Nueva Zelanda y el Reino Unido en Nauru. Al final, lo que los académicos pueden hacer es esforzarse, a través de profesionalismo y la técnica académica, para minimizar las distorsiones doctrinales —ya que eliminarlas es imposible— y asumir, con plena conciencia de las realidades políticas, la responsabilidad por esas (quizá limitadas) esferas donde la doctrina puede tener algún efecto.<sup>7</sup>

Estas son áreas por considerar tanto en la enseñanza<sup>8</sup> como en el aprendizaje del derecho internacional.

La mejor característica es que el derecho internacional parece ser permanentemente un “trabajo en progreso”, reinventándose y rediseñándose estructuralmente. Esto es algo puramente posmoderno: una carta del pasado puede escribirse con nuevos contenidos. Al igual que sucedió con la “confianza sagrada en la civilización”, también es el caso de la *opinio juris*.

La paradoja del derecho internacional es que se construye, como sistema, considerando su evolución en el tiempo.<sup>9</sup> Es necesario tener una pers-

<sup>7</sup> Onuma, Yasuaki, “Eurocentrism in the History of...”, *cit.*, p. 370. “En última instancia, ningún aprendizaje puede ser vívido y creativo a menos que esté respaldado por la imaginación y la curiosidad intelectual. Sin estos, ya no habrá aprendizaje, sino apenas el esqueleto de un aprendizaje.”

<sup>8</sup> Lachs, Manfred, “Teachings and Teaching of International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 151, 1976, pp. 161-252. “El elemento didáctico es fundamental para mi materia. Está la importancia de, por un lado, “las enseñanzas” sobre el derecho internacional y su evolución, y, por otro lado, el proceso continuo de “enseñanza”. Los dos, por supuesto, se compenetran y forman una vasta materia”.

<sup>9</sup> En el sentido de la perspectiva histórica para el estudio y la comprensión del derecho internacional, Borba Casella, Paulo, *Direito internacional no tempo antigo*, São Paulo, Atlas, 2012; Borba Casella, Paulo, *Direito internacional no tempo medieval e moderno até Vitoria*, São Paulo, Atlas, 2012; Casella, Paulo Borba, *Direito internacional no tempo moderno de Suarez a Grócio*, São Paulo, Atlas, 2013. Ver también: Nys, Ernest, *Les origines du droit international*, Bruselas, Alfred Chastaigne, París, Thorin & Fils, 1894; Pillet, Anotina *et al.*, *Les fondateurs du droit international public*, París, V. Giard & E. Brière, 1904; Grewe, Wilhelm, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, Baden-Baden, Nomos, 1984; Nussbaum, Arthur, *A concise history of the law of nations*, Nueva York, MacMillan, 1954; Hélie, Jérôme, *Les relations internationales dans l’Europe moderne 1453-1789*, París, Armand Colin, 2008; Koskenniemi, Martti, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law (1870-1960)*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001; Fassbender, Bardo y Peters, Anne, *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 2, donde se advierte: “La historia eurocéntrica del

pectiva a largo plazo<sup>10</sup> para poder verla como una característica necesaria y comprender así los fenómenos de la civilización humana.

La codificación del derecho internacional ha sido uno de los grandes logros en nuestra área, durante la segunda mitad del siglo XIX y gran parte del siglo XX.<sup>11</sup> Particularmente porque el trabajo de codificación fue realizado por la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas, ya que fue creada a fines de la década de 1940.

Sin embargo, la codificación del derecho internacional no puede dejar de lado al derecho consuetudinario. Ni siquiera la codificación exitosa del derecho internacional, como lo ilustra uno de los mejores resultados jamás alcanzados en el proceso de codificación del derecho internacional. El preámbulo de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961: “Afirmando que las normas del derecho internacional consuetudinario han de continuar rigiendo las cuestiones que no hayan sido expresamente reguladas en las disposiciones de la presente Convención”.

Más allá de las etiquetas y las cuestiones teóricas, desde hace décadas se está produciendo un cambio sustancial en el papel y alcance del derecho internacional, ya que se erigió de acuerdo con el modelo clásico de reglas de

derecho internacional ha demostrado ser errónea porque es incompleta”. Véase también los varios volúmenes de Verzijl, J. H. W., *International Law in Historical Perspective*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1968. Para una visión crítica sobre el papel de la historia en el estudio del derecho internacional, Steiger, Heinhard, ¿“Was heisst und zu welchem Ende studiert man Völkerrechtsgeschichte?”), en Appel, Ivo *et al.* (coords.), *Öffentliches Recht in offenem Staaten. Festschrift für Rainer WAahl zum 70 Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 2011, pp. 211-223.

<sup>10</sup> Según explicó el historiador francés Braudel, Fernand, “Histoire et sciences sociales. La longue durée”, *Écrits sur l'histoire*, París, Flammarion/Champs, 1969, pp. 15-38.

<sup>11</sup> Tema tratado en todos y cada uno de los manuales de derecho internacional, permítase mencionar el mío propio, como evidencia de que desde hace mucho tiempo vengo enfatizando —no solo hoy y acá—, la relevancia del trabajo realizado por la ILC, junto con los Embajadores Hildebrando Accioly (1888-1962) y Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva (1917-2003). Véase Accioly, Hilderbando *et al.*, *Manual de direito internacional público*, 20a. ed., São Paulo, Saraiva, 2012, esp. pp. 211-255. También mi comentario al artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas: Casella, Paulo Borba, “Artigo 13”, en Brant, Leonardo Nemer Caldeira (coord.), *Comentário à Carta das Nações Unidas*, Belo Horizonte, Cedin, 2008, pp. 273-304, citado p. 275; el objetivo de fomentar el desarrollo del derecho internacional y su codificación progresiva, como en la Carta de las Naciones Unidas, ilustra el cambio progresivo en el papel de la erudición jurídica, desde el trabajo individual de los grandes maestros clásicos, al trabajo de asistencia al proceso de codificación del derecho internacional: “Campos enteros del derecho internacional se han consolidado en las últimas décadas”.

convivencia interestatal, avanzando en dirección a la cooperación. ¿Cómo se puede incorporar un sentido de interés comunitario en el derecho internacional como tal? Describir los cambios alegando que nos estamos apartando del derecho internacional no es una forma de resolver el problema.

En resumen, ¿cómo puede tener sentido el derecho internacional, a partir del estado actual de la técnica, frente a los desarrollos futuros?, ¿qué características debe tener el mismo para hacer frente a los desafíos?<sup>12</sup>

Como en otros aspectos del derecho internacional, recurrir a los “clásicos” puede ser una forma adecuada de afrontar los desafíos actuales. De acuerdo con este enfoque posmoderno, revisemos las lecciones dadas, entre otros, por A. Gentili (1598),<sup>13</sup> F. Suárez (1612), H. Grotius (1625) y C. van Bynkershoek (1737). Más que simplemente mirar hacia el pasado, ellos pueden proporcionar ahora respuestas aplicables al futuro.

A fines del siglo XVI, Gentili, en su *De jure belli* (1598), señaló que “el derecho de gentes es el que se aplica a todos los pueblos, establecido por la razón natural para todos los hombres, e igualmente observado por todos. Esta es la ley de la naturaleza”.<sup>14</sup>

Gentili explica el origen del derecho consuetudinario: “De ninguna otra forma se introduce el derecho no escrito sino a través, precisamente, de la costumbre”.<sup>15</sup> Así, “en cierto modo, se puede decir que nuestros juristas han recogido ese derecho de todos los pueblos. Podemos darnos cuenta de lo desconocido por lo conocido”.<sup>16</sup> Y “tal es la fuerza vinculante de la costumbre, como derecho no escrito, tanto para las ciudades, como para toda

<sup>12</sup> Borba Casella, Paulo, “International Law: the post-modern Approach to the Classics and the New Challenges”, *XXXVI Curso de derecho internacional*, Washington, OEA, vol. 36, 2010, pp. 3-46; véase también, Koskenniemi, Martti, “What is International Law for?”, in Evans, Malcolm (ed.), *International Law*, 3a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 32-57; Watts, Arthur, “The Importance of International Law”, en Byers, Michael, *The Role of Law in International Politics. Essays in International Relations and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 5-16.

<sup>13</sup> Gentili, Alberico, *De iure belli libri tres*, 1598. De las siguientes ediciones: Gentili, Alberico, *De jure belli libri tres*, trad. de John C. Rolfe, introducción de Coleman Phillipson, índices de John C. Rolfe, Oxford, Carnegie, 1933; Gentili, Alberico, *Direito de guerra*, trad. Ciro Mioranza, Ijuí, Unijuí, 2004.

<sup>14</sup> Gentili, Alberico, *Direito...*, cit., 2004, pp. 55 y 56.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 57 y 58.

la ciudad universal, aunque no sirva a todos, y algunos la contradigan”.<sup>17</sup> Costumbre no significa juzgar con ejemplos, pero lo que “se ha observado de forma constante se parece más a un juicio confirmado por la opinión de la mayoría”.<sup>18</sup>

En el siglo XVII, Francisco Suárez en su *De legibus ac deo legislatore* (1612),<sup>19</sup> destacó que los preceptos del derecho de gentes fueron introducidos por el libre consentimiento de los hombres, y lo califica como algo “de toda la humanidad, o la mayor parte de esta”. Estos mandamientos no son algo inscrito en el corazón de los hombres por obra de la naturaleza. Son derecho humano, no derecho natural.<sup>20</sup>

El derecho de gentes era de este modo resultado de usos compartidos entre los pueblos (*Gentium, quod ex communi usu gentium habetur*): los pueblos tienen usos comunes entre ellos. Y la pregunta sobre cómo determinar usos tan comunes permanece hasta nuestros días.

En la medida en que las reglas se basan en la costumbre, ¿qué costumbre puede ser considerada fuente del derecho y, por lo tanto, puede generar derecho internacional? Aquí, Suárez hace una distinción crucial: hay costumbres compartidas por muchos reinos y repúblicas, como las relativas a la compra y venta. Estos usos se engloban tradicionalmente como *ius gentium* según el derecho romano.<sup>21</sup> Suárez lo niega: estas son ciertamente reglas compartidas por todas las naciones —y, por lo tanto, generan una especie de conjunto de reglas transnacionales—, pero estas no son reglas entre naciones, debidamente establecidas. Forman parte de un *ius intra-gentes* dere-

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 59 y 60. “Y Baldo Degli Ubaldi añade: Lo que el mundo apruebe no será yo quien lo desapruébe”.

<sup>19</sup> Suárez, Francisco, *Tractatus de legibus ac deo legislatore in decem libros distributus*, Conimbricæ, apud Didacum Gomez de Loureyro, 1612. De las siguientes ediciones, *Tractatus de legibus ac de deo legislatore / Tratado de las leyes y de Dios legislador*, trad. de José Ramón Eguillor Muniozguren, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967-1968; Association Internationale Vitoria-Suarez, Vitoria et Suarez, *contribution des théologiens au droit international moderne*, Paris, Association Internationale Vitoria-Suarez, Pedone, 1939, *Selections from three works*, preparada por Gwladys L. Williams et al., Washington, Oxford, Clarendon Press, London, Humphrey Milford, 1944.

<sup>20</sup> *Ibidem*, II.XVII.8: “præcepta iuris gentium ad hominibus introducta sunt per arbitrium et consensus illorum, sive in tota hominum communitate, sive in maiori parte; ergo sunt iuris humani, et non naturalis”.

<sup>21</sup> *Idem*.



cho común a varios pueblos; sin embargo, no son derecho internacional. El derecho internacional propiamente dicho (*ius gentium*) es un derecho entre naciones, o *ius inter-gentes*, una regla que existe entre diferentes comunidades políticas.<sup>22</sup> La costumbre regiría el comportamiento de los Estados en ese momento como, por ejemplo, cuando el Estado haga la guerra, para compensar los daños sufridos o las agresiones recibidas por parte de otro Estado.

Durante la primera mitad del siglo XVII, con Suárez se dio un gran paso adelante, en el sentido específico de un derecho internacional positivo. Al contrario del papel que supuestamente jugó Suárez simplemente siguiendo la tradición escolástica,<sup>23</sup> no tenía en mente un “derecho natural” divinamente inspirado, sino un derecho humano, construido por consenso: “una ley no escrita, que se llama costumbre” (*de lege non scripta, quae consuetudo appellatur*).

El proceso de cambio de reglas es diferente para el derecho internacional y para el derecho civil. En el derecho civil, las reglas pueden ser modificadas por un reino o una república, actuando por sí misma, mientras que en el derecho de gentes el cambio sólo puede producirse por consenso entre varios Estados.<sup>24</sup> Según Suárez, la costumbre tanto precede a la promulgación de la ley como la sucede: precede a la misma, inevitablemente, ya que la costumbre es un derecho no escrito y antecede a la escritura; también la sucede, ya que la costumbre está siempre presente. Las expresiones, utilizadas por Suárez, para significar<sup>25</sup> la costumbre —*usus, mos, consuetudo*— están mucho más próximas entre sí en sentido, y resultan de la acción libre y propiamente humana.<sup>26</sup>

Para su contemporáneo más joven, Hugo Grotius, como afirma en su obra maestra *De jure belli ac pacis* (1625),<sup>27</sup> además del derecho positivo (*jus*

<sup>22</sup> *Idem*.

<sup>23</sup> Véase Casella, Paulo Borba, *Direito internacional no tempo moderno...*, *op cit*.

<sup>24</sup> Suarez, Francisco, *op. cit.*, II.XX.7: “In quo etiam adverte talem mutationem aliter posset contingere in iure gentium quod solum est commune propter convenientiam plurium nationum in tali vel tali lege; aliter vero in illo, quod est commune ex usu et more gentium, quatenus inter se habent societatem, aliquam seu communicationem”.

<sup>25</sup> Suárez, Francisco, *Tractatus de legibus...*, *cit.* (livro VII, “De Lege non scripta, quae consuetudo appellatur”, c. I-XX).

<sup>26</sup> Brown Scott, James, *The Spanish Conception of International Law and of Sanctions*, Washington, Carnegie Endowment for Peace, 1934, p. 112. “La palabra «libre» no es de poca importancia, porque implica acción voluntaria, y sin acción voluntaria la costumbre, como tal, no puede surgir, como demuestra Suarez”.

<sup>27</sup> Grotius, Hugo, *De jure belli ac pacis libri tres*, 1625. De las siguientes ediciones, *De jure belli*

*voluntarium*), cuya existencia deriva de la voluntad de los Estados, existía el derecho natural, dominando la misma, en la medida en que es eterna y no está sujeta a cambios. Para él, ésta no es una teoría simple, es ley obligatoria para todos los Estados; la única distinción con el derecho positivo es su fuente. Es el resultado de la razón. Es la aplicación a los Estados, del mismo derecho divino, la que gobierna los individuos.<sup>28</sup>

Como evidencia de una costumbre sin el uso de palabras, Grotius consideró que “señales mudas que pueden significar algo, de acuerdo con la costumbre”:<sup>29</sup> como entre los macedonios alzar sus armas; entre los romanos poner los escudos encima de sus cabezas, como signos de rendición y de pedido de clemencia, obligando así a soltar las armas, y “en nuestros días, las banderas blancas son una señal tácita de llamado al diálogo. No son menos obligatorias que un pedido efectuado *viva voce*”.<sup>30</sup>

Grotius (1625) consideró los elementos para caracterizar la “costumbre”,<sup>31</sup> ya que “interesa a la sociedad humana que el poder se establezca de manera segura, lejos de las rivalidades”. Todo lo que se presume que pueda ser útil para tal sociedad “debe ser visto con buenos ojos”.<sup>32</sup>

Según Louis Le Fur, Grotius conocía las teorías del positivismo jurídico moderno, según las cuales la justicia está determinada por la opinión y la costumbre.<sup>33</sup> Pero supuestamente aborrecía esa doctrina como una “plaga hereje”.

*ac pacis*, vol. I: Reproducción fotográfica de la edición de 1646, Washington, Carnegie, 1913; vol. II, trad. de Francis W. Kelsey, *et al.*, Oxford, Carnegie, 1925; *O direito da guerra e da paz*, trad. de Ciro Mioranza, Ijuí, Unijuí, 2004; *De jure belli ac pacis*, trad. de Jean Barbeyrac, Amsterdam, Pierre Ducoup, 1724, ed. facsimilar: Caen, Publications de l’Univ. De Caen, 1984.

<sup>28</sup> Sobre la contribución de Grotius al derecho internacional moderno, véase Casella, Paulo Borba, *Direito internacional no tempo moderno...*, *cit.*, capítulo XVIII.

<sup>29</sup> Grotius, *op. cit.*, 1625, III.XXIV.V.

<sup>30</sup> *Ibidem*, III.XXIV.V y III.XXIV.VI. Donde considera la posible prórroga de la «aprobación tácita de una garantía».

<sup>31</sup> *Ibidem*, II.IV.V.2. Para establecer una costumbre: “exceptuando lo que las leyes civiles sólo admiten después de un lapso de un cierto tiempo y de cierto modo, puede ser introducido por los mismos hechos que tolera el que tiene soberanía. En cuanto al tiempo requerido para que la costumbre tenga algún efecto como derecho, no está limitado, pero debe ser lo suficientemente largo como para llegar a un consenso”.

<sup>32</sup> *Ibidem*, II.IV.VIII.3 y II.IV.VIII.4. “[S]e puede presumir que cada uno tenderá a conservar lo que posee, y por lo tanto una presunción más fuerte es no creer que alguien dejaría transcurrir mucho tiempo sin mostrar algún indicio de su voluntad”.

<sup>33</sup> Le Fur, Louis Érasme, “La théorie du droit naturel depuis le XVIIe siècle et la doctrine moderne”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 18,

En la primera mitad del siglo XVIII, Cornelius van Bynkershoek en *Quaestionum juris publici* (1737),<sup>34</sup> a su vez, advirtió que “todas las Repúblicas son de tal manera que no se les debe objetar ni grandes perfidias, ni se pueden esperar de ellas grandes virtudes singulares ni magnanimidades”.<sup>35</sup> Los Estados son lo que son: como dicho, no se debe esperar de cada Estado ni una gran perfidia ni virtud y magnanimidad. Repúblicas —o reinos, da lo mismo— son como son, y no se debe esperar que cambien. Bynkershoek advirtió sobre la necesidad de controlar “esa bestia... llamada razón de Estado”.<sup>36</sup>

Los Estados tienden a verse a sí mismos primero, y el resto viene después; esto se aplica tanto interna como externamente. Por lo tanto, se deben establecer límites a los Estados: y esto siempre debe recordarse.<sup>37</sup> Los Estados no deben permanecer indómitos<sup>38</sup> en todo el mundo.<sup>39</sup>

1927, pp. 323 y 324. Con algunas reservas sobre el carácter inmutable del derecho natural, como Le Fur llamó la “confusión entre obligación legal y moral”, él consideró que “los desarrollos en Grocio todavía pueden ser admitidos en sus líneas más generales”.

<sup>34</sup> Bynkershoek, Cornelius van, *Quaestionum juris publici libri duo*, Leiden, 1737; Oxford, Carnegie, 1930, vol. I. Reproducción fotográfica de la edición de 1737, vol. II, trad. de Tenney Frank.

<sup>35</sup> *Ibidem*, II.X. “Sed prudentiae erit haec omnia omitttere, hoc duntaxat superdicto: omnium Rerumpublicarum han ferem indolem esse, ut neque grandem perfidiam iis recte objeceris, nequem singularem animi magnitudinem ab iis facile expectaveris”.

<sup>36</sup> *Ibidem*, II.XXV.X. Resulta particularmente colorido en francés: “cette bête... qui s’appelle raison d’état”.

<sup>37</sup> Por esa razón, debe recordarse “el Estado es creado para el hombre y no el hombre para el Estado”, como advierte Jenks, Wilfred, “Economic and Social Change and the Law of Nations”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 138, 1973, pp. 455-502, p. 495; también: Bedjaoui, Mohammed y Thierry, Hubert, “Avenir du droit international”, en Bedjaoui, Mohammed (ed.), *Droit international: bilan et perspectives*, París, Pedone, UNESCO, 1991, pp. 1305-1317, citado p. 1313, par. 29, “C’est ainsi en fonction des limitations qu’il impose à la souveraineté que le droit international se construit”.

<sup>38</sup> Tomuschat, Christian, “Obligations arising for States without or against their will”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 241, 1993, pp. 195-374. Tomuschat, Christian, “International Law: Ensuring the Survival of Mankind in the Eve of a New Century: General Course on Public International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 281, 1999, pp. 9-438.

<sup>39</sup> Como lo demuestra la consolidación del derecho del espacio ultraterrestre, basado en las premisas de que no se debe permitir la soberanía ni el uso militar del espacio ultraterrestre, en beneficio de todos. Véase Borba Casella, Paulo, *Direito internacional dos espaços*, São Paulo, Atlas, 2009, esp. chap. XXII, ‘espaço ultraterrestre’, pp. 597-626; Borba Casella, Paulo y

Después de casi tres siglos de Bynkershoek, su afirmación no sólo sigue siendo cierta, sino que no se deben esperar cambios en la “naturaleza” de los Estados. No obstante, se han producido cambios sustanciales en el sistema internacional, no sólo en la forma en que se opera el mismo —un grupo más amplio de miembros y una agenda compartida más compleja—, sino especialmente en lo que se refiere a los contenidos de éste, agregando valores y principios más allá de las reglas de convivencia habituales y antiguas.<sup>40</sup>

Bittencourt, Neto, “Desafios do direito espacial”, em Casella, Paulo Borba et al. (ed.), *Direito internacional, Humanismo e globalidade*, São Paulo, Atlas, 2008, pp. 118-135; Cheng, Bin, *Studies in International Space Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998; Colliard, Claude-Albert, “Le droit de l’espace ou le ciel et la terre”, *Mélanges offerts à Charles Rousseau. La communauté internationale*, Paris, Pedone, 1974, pp. 63-74; Diederiks-Verschoor, I. H. Ph., “Similarities with and Differences Between Air and Space Law Primarily in the Field of Private International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 172, 1981, pp. 317-423; Goedhuis, D., “Conflicts of Law and Divergencies in the Legal Regimes of air Space and outer Space”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 109, 1963, pp. 257-346; Kerrest, Armel (ed.), *L’adaptation du droit de l’espace à ses nouveaux défis. Mélanges en l’honneur de Simone Courteix*, Paris, Pedone, 2007; Lachs, Manfred, “The International Law of Outer Space”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 113, 1964, pp. 1-116; Laferranderie, Gabriel, “Basic Principles Governing the Use of Outer Space in Future Perspective”, en Benkő, M. y Jolley, E. (eds.), *Space Law. Current Problems and Perspectives for Future Regulation*, Utrecht, Eleven, 2005, pp. 5-28.

<sup>40</sup> Para decirlo sin rodeos, significaría la línea demarcatoria que separa las relaciones internacionales del derecho internacional: ¿esta línea está trazada por los Estados, que juegan el juego de la política de poder, o por una institución internacional y un sistema legal? Como considerado en Casella, Paulo Borba, *Fundamentos...*, cit., pp. 877-958. No sigo del todo la línea trazada por Slaughter, Anne-Marie, “International Law and International Relations”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, 2000, vol. 285, pp. 9-249. Para las críticas de una excesiva política de poder en el derecho internacional, véase, por ejemplo, Voos, Sandra, *Die Schule von New Haven: Darstellung und Kritik einer amerikanischen Völkerrechtslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, p. 17, “Die Schule von New Haven, die auch “policy-oriented approach” genannt wird, vertritt eine eigenständige, sich von herkömmlichen Vorstellungen in der Völkerrechtslehre erheblich unterscheidende völkerrechtliche Theorie und Methodik”, véase también, Delabie, Lucie, *Approches américaines du droit international: Entre unite et diversité*, Paris, Pedone, 2011, p. 11, “Peut-on considérer le droit international comme un ‘langage commun’? Au vu des oppositions entre juristes européens et américains on peut en douter. S’ils se réfèrent aux mêmes normes, ils n’apportent pas les mêmes réponses juridiques aux problèmes internationaux. Ces incompréhensions sont si fortes, qu’elles provoquent un véritable ‘schisme’ entre les deux communautés scientifiques. L’acuité des débats sur le recours à la force en droit international en témoigne”.

De tal valor agregado al derecho internacional, el surgimiento y consolidación de conceptos como *jus cogens*,<sup>41</sup> reglas *erga omnes* y *opinio juris* son evidencia material de esta búsqueda de valores “comunitarios” o principios “universales”, que podrían orientar el sistema institucional y legal.<sup>42</sup> No es casualidad que se susciten controversias y se desencadene mucha discusión sobre el contenido de los propios conceptos, así como sobre los niveles de posible implementación y el efecto que los mismos pueden tener en el escenario jurídico internacional.

Estos valores y principios agregados deben ordenarse dentro del llamado sistema de derecho internacional posmoderno: estos son cambios importantes, ya que el derecho internacional ya no sigue siendo un asunto estrictamente interestatal, sino que cada vez más lleva al ser humano a su núcleo. Este es un tema fascinante, pero no nos ocupará en esta ocasión.

Es interesante que la “costumbre” pueda verse como una forma “antigua” de establecer reglas<sup>43</sup> o como una “nueva” fuerza impulsora para la

<sup>41</sup> Riedmatten, Henri de, “Le catholicisme et le développement du droit international”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 151, 1976, pp. 115-159, p. 140, consideró la posibilidad «même si l'on rénonce à dresser une énumération des normes qui composent le *jus cogens*, de dégager un principe d'interprétation, donnant à cette notion une valeur plus concrète».

<sup>42</sup> Éstos son vastos y complejos temas del derecho internacional. Sin embargo, hasta cierto punto, los mismos están relacionados, tanto para la *opinio juris* como para las reglas de *jus cogens* y *erga omnes*.

<sup>43</sup> Como cada manual de derecho internacional contiene un capítulo sobre el tema, el examen exhaustivo de la cuestión sería totalmente imposible. Como prueba para el enfoque adoptado, véase, por ejemplo, junto con la revisión de las “fuentes del derecho internacional”, si la “costumbre” viene antes o después de los “tratados” como fuentes del derecho internacional. Esto puede ser una evidencia reveladora del enfoque adoptado por el autor o autores. Véase, por ejemplo, Lipartiti, Ciro, “Consuetudine (diritto internazionale)”, en Azara, Antonio y Eula, Ernesto (ed.), *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Unione Tipografico Editrice Torinese, vol. IV, 1960, pp. 327-333; pp. 327 y 328: “La norma consuetudinaria è diritto perchè espressione del senso della giuridicità collettiva che le conferisce ragion di essere e autorità”. Y el elemento tiempo tiene un papel que desempeñar en la consolidación de una regla consuetudinaria: “Nel contempo si perfeziona, cioè si distacca dal procedimento della sua produzione, allorchè la giuridicità di essa si afferma”. Como prueba del “enfoque tradicional” sobre la costumbre, continua: “la consuetudine è precisamente un sistema di apporti volontaristici e spontanei dei singoli partecipante nello stesso senso di condotta come portato dalla univoca coscienza giuridica dei partecipanti medesimi che da essa sono guidati”. Pero la característica principal sigue siendo sobresaliente como “una conformità di atti secondo il criterio del giusto che vive nella coscienza di ognuno e d'onde ciascuno trae il proprio

formación de normas internacionales, lo que demuestra que, a pesar de las controversias, la categoría permanece presente y necesaria en el derecho internacional actual,<sup>44</sup> como lo fue exactamente hace cien años.<sup>45</sup>

La novedad en el contexto internacional actual es que, además del nivel individual de acción de los Estados, ya sea unilateral, bilateral y multilateral, existe un área creciente para la formación y el desarrollo del consenso

imperativo agente, cioè quel senso della giuridicità che non consente di seguire un indirizzo diverso senza sollevare ostacolo nella propria coscienza come sofferenza dell'ingiusto”.

<sup>44</sup> Como ejemplo de estas perspectivas contradictorias, véase *i. a.*: Fidler, David P., “Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law”, *German Yearbook of International Law*, vol. 39, 1996, pp. 198, 216, 220; Goldsmith, Jack L. y Posner, Eric, “A Theory of Customary International Law”, *University of Chicago Law Review*, vol. 66, núm. 4, 1999, pp. 1113-1177, véase también Goldsmith, Jack L. y Posner, Eric, “Understanding the Resemblance Between Modern and Traditional Customary International Law”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 40, 2000, pp. 639-672. Hwang, Junshik, “A Sense and Sensibility of Legal Obligations: Customary International Law and Game Theory”, *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 20, 2006, pp. 111 y 130. Kelly, J. Patrick, “The Twilight of Customary International Law”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 40, 2000, pp. 449-543; Roberts, Anthea, “Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation”, *American Journal of International Law*, vol. 15, 2001, p. 757; Vagts, Detlev F., “International Relations Look at Customary International Law: A Traditionalist’s Defence”, *European Journal of International Law*, vol. 15, 2004, pp. 1031-1040.

<sup>45</sup> Solo para limitar la revisión a dos ejemplos de 1913, que reflejan el derecho internacional justo antes de la Primera Guerra Mundial: Mendes, José, *Direito internacional público*, São Paulo, Duprat & Cia., 1913; pp. 98 y 99, remite a la definición clásica del derecho romano “*Mores sunt tacitus consensus gentium longa consuetudine inveteratus*”, y luego como “costume jurídico internacional” explica: “é a observância constante de uma norma reguladora das relações internacionais, que se não baseia em tratado”. Costumbre según la lección de Mendes (*ibidem*, p. 100) se compone de dos elementos: “el elemento externo es el uso, la observancia constante” y el “elemento interno es la *opinio necessitatis*, la convicción de la necesidad sentida de que dicho uso es conforme a la ley” (*convicção da necessidade sentida de constituir direito esse uso*). A su vez, Liszt, Franz von, *Le droit international. Exposé systématique*, París, Pedone, 1928, p. 12: “Le droit international a pour fondement la conscience juridique commune des États civilisés: il existe dans la mesure où cette conscience a pris corps par une expression de la volonté juridique commune. Cette volonté juridique commune se manifeste à l’extérieur: partie au moyen de la pratique juridique, partie par l’établissement formel de règles de droit. Le droit coutumier ou non-écrit résulte de la répétition des faits envisagés comme manifestation de la conscience juridique (*opinio juris sive necessitatis*)”. Y Von Liszt explicó dónde se encontraba la misma (*id.*): “C’est à la conscience juridique commune que l’on pense comme dernière source interne du droit, lorsque l’on range inexactement parmi les sources externes du droit la nécessité (Gareis) ou la reconnaissance (Holtendorff)”.

común, como sucede con la *opinio juris*.<sup>46</sup> La determinación de los contenidos<sup>47</sup> y alcances<sup>48</sup> de la misma no es una tarea fácil.<sup>49</sup>

<sup>46</sup> Literalmente, *opinio juris* se puede traducir como “opinión jurídica”. La expresión utilizada para describir la convicción de los juristas sobre un determinado asunto jurídico, como en la *opinio doctorum* o *communis opinio*. También sucede como *opinio communis doctorum*, por la cual la opinión tiene la fuerza de ley, tiene el mismo valor que la ley, tratando sobre la interpretación de una determinada cuestión, como la dan los reconocidos doctores de la Iglesia católica (*doctor ecclesia*) donde se requería un mínimo de siete doctores, como menciona sobre la *opinio doctorum* por Macedo, Silvio de, en la entrada respectiva de la *Enciclopédia Saraiva do Direito* (ed. R. Limongi França, São Paulo, Saraiva, vol. 56, 1981, pp. 146 y 147), a partir de entonces, la *opinio doctorum* ya no fue aceptada en el mismo nivel que la Biblia o el derecho canónico, justo por debajo de ambas en la jerarquía de las fuentes jurídicas: “El *Doctor ecclesiae* es una expresión que tiene como objetivo unir dos conceptos [es decir, doctor = el más sabio y santo = puro, sagrado] justifica así una cierta autoridad para hablar y, en consecuencia, para ordenar”.

<sup>47</sup> *I.a.*, véase Casella, Paulo Borba, “Opinio juris’ e a questão da materialidade emergente no direito internacional pós-moderno”, *Revista de direito do estado*, Rio de Janeiro, vol. 3, núm. 10, abril-junio de 2008, pp. 367-386; Elias, Olufemi, “The Nature of the Subjective Element in Customary International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 44, julio de 1995; Giannattasio, Arthur R. C., “A «opinio juris sive necessitatis»: Do elemento subjetivo consuetudinário à intersubjetividade jurídica”, in Borba Casella, Paulo y Carvalho Ramos, A. de (ed.), *Direito internacional: homenagem a Adherbal Meira Mattos*, Brasília, FUNAG, São Paulo, Quartier Latin, 2009, pp. 575-617.

<sup>48</sup> Así, por ejemplo, Dupuy distinguió entre lo que él llamaba “*Coutume sage et coutume sauvage*”, en Dupuy, René-Jean, *La communauté internationale. Mélanges offerts à Charles Rousseau*, París, Pedone, 1974, pp. 75-87.

<sup>49</sup> La costumbre como fuente del derecho internacional ocupó un lugar relevante en los escritos de Michael Virally, véase Virally, Michael, “À propos de la lege ferenda”, *Le droit international: unité et diversité. Mélanges offerts à Paul Reuter*, París Pedone, 1981, pp. 519-533; Virally, Michael, *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des années*, París, PUF/Publications de l’Institut universitaire de hautes études internationales de Genève, 1990, pp. 213-227; Virally, Michael, “Panorama du droit international contemporain”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 138, 1983, pp. 9-382; nota 6, p. 182: “En réalité, le droit coutumier est l’expression des contraintes résultant de la coexistence d’une pluralité d’États et de la nécessité ressentie par ceux-ci de conduire leurs relations mutuelles de façon réglée”; véase también Dupuy, Pierre-Marie, “À propos de l’opposabilité de la coutume générale: enquête breve sur l’objecteur persistant”, *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, París, Pedone, 1991, pp. 257-272; Barberis, Julio A., “La coutume est-elle une source de droit international?”, *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, París, Pedone, 1991, pp. 43-52; llegó a las siguientes conclusiones: “a) les normes coutumières ne sont créées au moyen d’aucun procédé juridiquement établi, autrement dit la coutume n’est pas une source de droit international; b) l’existence de normes coutumières internationales peut être cons-

Una prueba de ello es la amplia jurisprudencia<sup>50</sup> tanto de la Corte Permanente<sup>51</sup> como de la CIJ<sup>52</sup> sobre la existencia y el contenido de la *opinio juris*. Mientras que, por un lado, la Corte llegó a la conclusión de que nin-

taté par les juges ou par les organes des États grâce à certaines règles techniques, dont l'une est constitué par la présence de l'élément matériel et de l'*opinio juris* dans la formation d'une pratique déterminée".

<sup>50</sup> La convicción sobre la legalidad de una práctica va más allá del alcance del derecho, y puede encontrar apoyo en la moral, en el interés, en el puro uso u otras razones. En la medida en que existe la norma consuetudinaria, el Estado no tiene otra opción en su práctica sino observarla: debe ajustarse a una norma jurídica vinculante. Se puede afirmar que no se requiere que la norma exista, sino que los sujetos de derecho internacional que la aplican sí crean que existe: "*La conviction ne doit pas être confondue avec l'obligation. Il s'agit ici d'une conscience 'collective' de vouloir créer l'obligation, et une fois acquise, la coutume lie les sujets indépendamment de leur concours à sa formation (sauf opposition par protestations expresses et dûment et régulièrement manifestées). Ce qui permet de différencier la coutume de la convention qui est une manifestation de volonté limitée aux cercles des états contractants*". Kdhir, Moncef, *Dictionnaire juridique de la Cour internationale de justice*, 2a. ed., Bruselas, Bruylant, 2000, pp. 248-250. "*Opinio juris* est la conviction dans une pratique de se conformer à une obligation juridique. La CIJ évoque le sentiment ou la conscience de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique. La Cour vise une concordance de sentiments. La coutume internationale n'existe qu'avec le concours nécessaire et cumulatif de deux éléments: un élément matériel —une pratique répétée et un élément psychologique— l'*opinio juris*. Celle-ci est difficile à prouver puisqu'il faut évaluer l'existence d'un sentiment psychologique, dépourvu de données objectives. La preuve de l'*opinio juris* se révèle parfois impossible à obtenir".

<sup>51</sup> Entre muchos otros, véase, por ejemplo, el caso Lotus (1927), cuando la CPJI consideró que la competencia penal exclusiva del Estado de la bandera no era una norma consuetudinaria por falta de *opinio juris*: "C'est seulement si l'abstention était motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir que l'on pourrait parler de coutume internationale. Le fait allégué ne permet pas de conclure que les États étaient conscients de pareil devoir", PCIJ, Recueil, serie A, n. 10, p. 4.

<sup>52</sup> La CIJ ha considerado la falta de *opinio juris* en la sentencia del caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte (20 de febrero de 1969), relativa a la norma de equidistancia: "Il faut que la pratique des États ait été fréquente et pratiquement uniforme... et se soit manifestée de manière à établir une reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit ou une obligation juridique est en jeu". Solo la prueba material no es suficiente: "Les États intéressés doivent avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique. Ni la fréquence, ni même le caractère habituel des actes ne suffisent... Il existe nombre d'actes internationaux, dans le domaine du protocole par exemple, qui sont accomplis presque invariablement, mais qui sont motivés par des simples considérations de courtoisie, d'opportunité ou de tradition, et non par le sentiment d'une obligation juridique", véase ICJ, Recueil, 1969, pp. 43 y 44.



guna norma consuetudinaria prohíbe el uso o la amenaza del uso de armas nucleares;<sup>53</sup> por otro lado, la Corte encontró motivos para afirmar que ninguna adquisición de territorio puede ser admitida por medio de uso de la fuerza,<sup>54</sup> y que la autodeterminación de los pueblos no sólo se convirtió en parte del derecho internacional vigente,<sup>55</sup> sino que puede afirmarse como uno de los principales avances del derecho internacional en la segunda mitad del siglo pasado.<sup>56</sup>

La *opinio juris* ya no debe verse como una opinión individual de uno o de ciertos Estados, sino en la actualidad como declaraciones colectivas, emitidas por la comunidad internacional, en su conjunto, o de una parte sustancial de las mismas. La *opinio juris*, como tal, se presentará no sólo reflejando los puntos de vista de los poderes dominantes de la época, sino también reflejando la convicción del contenido legal de una determinada declaración —la *opinio juris*, en sentido estricto—, y no sólo como un accesorio a la repetición de actos realizados de la misma manera, como se reflejó, por ejemplo, en la valoración de la *opinio necessitatis*.<sup>57</sup>

Desde el predominio anterior de la pura práctica, de ciertos Estados, y la declaración agregada de que ésta debería ser *el* derecho, o al menos *su* derecho, podemos estar avanzando hacia una visión y tratamiento más comprensivos de los valores comunes, los principios básicos, como son considerados por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, según proceda, comprobando la existencia y contenido del *jus cogens*,

<sup>53</sup> ICJ, Opinión consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Empleo de las Armas Nucleares del 8 de julio de 1996.

<sup>54</sup> ICJ, *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro*, Opinión Consultiva, 9 de julio de 2004, esp. par. 115, 117 y la mención a la Res. 242 (1967) del Consejo de Seguridad, en el párr. 74.

<sup>55</sup> ICJ, *Opinión consultiva sobre la conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia respecto de Kosovo* (Lista general núm. 141, 22 de julio de 2010).

<sup>56</sup> ICJ, Opinión consultiva sobre Kosovo, 22 de julio de 2010, párr. 82: “uno de los principales avances del derecho internacional durante la segunda mitad del siglo XX ha sido la evolución del derecho a la autodeterminación”.

<sup>57</sup> *Opinio necessitatis* hace a la opinión de cada uno, la propia convicción, de que una determinada norma consuetudinaria debe ser observada y cumplida. *Opinio necessitatis* sería, por lo tanto, la característica llamada “interna” de la costumbre, de la cual el elemento externo era la repetición de la práctica. La costumbre como fuente no escrita del derecho combinaría necesariamente ambos elementos, la práctica y la *opinio necessitatis*.

de conformidad con los artículos 53 y 64 de la misma. No es casualidad que el reconocimiento de éstos siga provocando reticencias y objeciones.<sup>58</sup>

La *opinio juris* en el derecho internacional actual también se puede constatar a través del actuar de los organismos institucionales ya existentes y en el funcionamiento desde hace décadas, las organizaciones intergubernamentales, especialmente desde las guerras mundiales I y II, o más de un siglo, considerando las primeras iniciativas adoptadas en ese sentido. Durante la segunda mitad del siglo XIX, para la regulación de áreas técnicas de importancia internacional como la propiedad industrial e intelectual, que resultaron en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), o también las comunicaciones por telégrafo, radio y satélite, que dieron lugar a la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), sin olvidar otras áreas igualmente relevantes del derecho internacional, donde se ha construido una *opinio juris* consistente y ampliamente reconocida por pura necesidad, como la Aviación Civil Internacional, dentro de la OACI, o los problemas relativos a salud mundial, dentro de la OMS. Estos funcionan correctamente y son campos de operación e implementación efectivos del derecho internacional, porque requieren obligatoriamente que las normas sean al mismo tiempo “efectivas” e “internacionales”.

Hay un cambio sustancial en la forma tradicional de reconocer la costumbre y el derecho consuetudinario.<sup>59</sup> El antiguo concepto de costumbre efectiva enfatizaba mucho más la “acción” que el “contenido” de la misma.

<sup>58</sup> Sin extender demasiado la especulación, Francia y Estados Unidos, por ejemplo, aún no forman parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Brasil tardó mucho tiempo en unirse: esto sólo ocurrió en 2009. La renuencia para no estar obligado por las reglas de *jus cogens* contra su voluntad, o sin haber dado el consentimiento del Estado en sujetarse a una norma internacional de carácter obligatorio, fue declarada durante mucho tiempo en la Cámara de Diputados del Congreso de Brasil como la razón de la demora en la ratificación.

<sup>59</sup> I.a., véase Tasioulas, John, “Customary International Law and the Quest for Global Justice”, en Perreau-Saussine, A. y Murphy, J. B. (ed.), *The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, esp. pp. 97-335, véase también Dinstein, Y., “The Interaction Between Customary International Law and Treaties”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 322, 2007, p. 427: “La costumbre juega un papel importante y permanente como estrato del derecho internacional en el mundo de la realidad”. Y señala que “en ciertos conjuntos de circunstancias, la costumbre (preeminentemente como *jus cogens*) puede anular o terminar con un tratado, o provocar su desuso. En otros, un tratado, directa o indirectamente (a través de una decisión vinculante del Consejo de Seguridad), puede acabar por completo con la

Y la acción debía ser llevada a cabo por los actores “relevantes” para ser reconocidos como capaces de generar una “nueva” costumbre —*ex facto jus oritur*— no era un simple detalle operativo; ésta fue la premisa conceptual para el surgimiento de la “*consuetudo*” o costumbre.

Charles de Visscher (1953) describe acertadamente el cuadro de formación de la “costumbre” tradicional:<sup>60</sup>

...muchas costumbres deben su origen sólo a las decisiones o actos de grandes potencias, quienes, siguiendo su repetición y su conexión, en vista especialmente de la idea de orden que de ahí resultaba, poco a poco perdieron su rasgo personal, como contingencia, en fin, como acto político, para adoptar el aspecto de costumbre en la formación.<sup>61</sup>

Por lo tanto, la “costumbre” era la encarnación de la opinión y de la acción de las potencias dominantes, vestida adecuadamente<sup>62</sup> y presentada como un estándar de conducta aceptable para la comunidad de Estados. Era más acto que contenido. En ese sentido, la costumbre podría compararse hasta cierto punto con la reciprocidad.<sup>63</sup>

costumbre o crear una *lex specialis*”. Termina señalando la “interacción entrelazada entre estos dos pilares del derecho internacional”.

<sup>60</sup> Visscher, Charles de, *Théories et réalités en droit international public*, París, Pedone, 1953. “C’est ainsi qu’après avoir imprimé à l’usage une orientation définie, les grandes puissances s’en constituent encore les garants et les défenseurs. Leur rôle qui de tout temps fut décisif dans la formation du droit international coutumier, est de conférer aux usages ce degré d’effectivité sans lequel la conviction juridique, condition de l’assentiment général, ne trouverait pas une base suffisante dans la réalité sociale”.

<sup>61</sup> *Idem*.

<sup>62</sup> Mendelson, Maurice H., “The Formation of Customary International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 272, 1998, pp. 155-410; esp. pp. 165-196: explicó dos razones para su enfoque: en primer lugar, tornar animado un asunto que puede sonar áspero y técnico; y, en segundo lugar, la necesidad de situar la formación del derecho internacional consuetudinario en una perspectiva social y jurídicamente adecuada.

<sup>63</sup> Sorensen, Max, “Principes de droit international public”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 101, 1960, pp. 1-254; cap. II, “*la coutume*”, pp. 35-51: “Dans une société de structure décentralisée sans pouvoir législatif, la coutume prend forcément une place primordiale parmi les différentes catégories de normes juridiques. Malgré l’essor des organisations internationales, avec leurs tendances centralisatrices, la société internationale n’a pas encore atteint un degré d’unité comparable à celle des sociétés étatiques. L’évolution du droit international par la voie des traités collectifs qui a eu

La comunidad internacional sigue siendo en gran medida una sociedad consuetudinaria. La formación de reglas en una sociedad consuetudinaria es totalmente diferente de la promulgación de leyes en los Estados nacionales. Por tanto, sigue siendo necesario evitar una lectura excesivamente literal del artículo 38.1.b del Estatuto de la CIJ, en el que se presenta la “costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”.

Por eso era fácil criticar o incluso descartar la costumbre como antigua y anticuada, para ser reemplazada por tratados, como reglas codificadas. Como tantas otras cosas en la vida, esto no es tan simple. Y no es viable que se establezca en una distinción tan simplista: tanto la costumbre como el tratado son necesarios, y permanecen presentes y válidos en el proceso de formación de las normas y principios del derecho internacional.

Debido a que la sociedad internacional no tiene entidades equivalentes a los órganos internos o nacionales para la creación e implementación de normas jurídicas, el proceso de elaboración de leyes es necesariamente distinto en el escenario internacional. Es por eso que tanto el tratado como la costumbre, además de otros dispositivos para la formación de normas de derecho internacional, siguen siendo válidos y se tienen en cuenta. Hasta cierto punto, se debate cuáles son y cuál es el papel de cada una de las “fuentes” del derecho internacional. Pero esto supera el propósito de este trabajo.

La existencia y actuación de un organismo institucional internacional como la Asamblea General de la ONU —donde están presentes casi todos los Estados de la actual sociedad internacional— es un rasgo que no puede ser ignorado en este proceso de transformación de la costumbre, en la medida en que las resoluciones emitidas por la AGNU son una fuerte evidencia de una *opinio juris* que tiende a volverse universal. Lo mismo ha contribuido al surgimiento de una *opinio juris* colectiva, que va más allá de declaraciones y opiniones separadas de los Estados.

lieu au cours du dernier siècle et demi, commençant par le Congrès de Vienne et continuant à une allure plus vive à l'époque actuelle, n'a pas encore pris la place d'un processus législatif dans le sens national du mot. En outre, les règles relatives à la conclusion des traités, collectifs comme bilatéraux, dépendent elles-mêmes de la coutume. La coutume est donc appelée à jouer un rôle important dans la société internationale contemporaine. Elle constitue l'élément de stabilité qui est essentiel au système juridique, même à une époque de profondes transformations sociales”.

Hay evidencias de la reformulación de la costumbre y la formación de reglas consuetudinarias internacionales en conexión con la práctica de las organizaciones internacionales. La formación de costumbres internacionales dentro de la sociedad internacional, a través de la adopción de declaraciones como las resoluciones de la AGNU es el principal ejemplo: la “autodeterminación de los pueblos” sería un caso fundamental de tal desarrollo.

La CIJ reconoció la importancia de la “autodeterminación de los pueblos” en la Opinión jurídica de Kosovo de 2010.<sup>64</sup> La Corte declaró expresamente el derecho a la libre determinación como uno de los “principales avances del derecho internacional durante la segunda mitad del siglo XX”.<sup>65</sup>

Aunque lo mismo ya se mencionó en la Carta de la ONU (1945), en el artículo 55, el contenido del derecho a la autodeterminación fue tomando forma progresivamente con las sucesivas resoluciones de la AGNU. A esto le puede seguir el proceso masivo de los años de “descolonización” 1945-1960.<sup>66</sup>

El contenido de la “autodeterminación de los pueblos” se construyó en la práctica, dentro de la AGNU, y luego se hizo eco en el exterior, convir-

<sup>64</sup> ICJ, *Opinión consultiva sobre la conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia respecto de Kosovo* (Lista general n. 141, 22 de julio de 2010, par. 79): “Durante los siglos XVIII, XIX y principios del XX, hubo numerosos casos de declaraciones de independencia, a menudo enérgicamente contestadas por el Estado respecto del cual se declaraba la independencia. A veces una declaración dio lugar a la creación de un nuevo Estado, en otras no. Sin embargo, en ningún caso la práctica de los Estados en su conjunto sugiere que el acto de promulgar la declaración se considere contrario al derecho internacional... A great many new States have come into existence as a result of the exercise of this right”.

<sup>65</sup> ICJ, *Opinión consultiva sobre Kosovo*, 22 de julio de 2010, párr. 82: “uno de los principales avances del derecho internacional durante la segunda mitad del siglo XX ha sido la evolución del derecho a la autodeterminación”.

<sup>66</sup> Borba Casella, Paulo, *Fundamentos...*, cit.: “A autodeterminação dos povos fez-se muitas vezes sem modelos conceituais nem planejamento. Aconteceu em lapso temporal bastante determinado e despeja no sistema internacional, em cerca de quinze anos, número de estados que triplica o total nesse tempo. Ainda recentemente, o caso de *Timor Leste*, mostra que não progrediu o modelo. O impacto e os desdobramentos desse quadro ainda estão sendo absorvidos. O sistema internacional muda irreversivelmente a partir de 1960. / Embora se admita como marco inicial de uso corrente a instauração da autodeterminação dos povos como princípio de direito internacional após a primeira guerra mundial, a ideia remonta ao Iluminismo do século xviii. A inspiração histórica, exportada a partir da França revolucionária, dos conceitos de soberania popular e da renúncia às guerras de conquista, se combina com o triplice imperativo filosófico do liberalismo, nacionalismo e independência”.

tiéndose en un “desarrollo importante del derecho internacional”: aunque no todas las resoluciones adoptadas, *per se*, crearon, modificaron o extinguieron derechos, en su conjunto, expresaron el cambio producido en el derecho internacional sobre el tema, y la creación de la “autodeterminación de los pueblos” como uno de los “principales desarrollos del derecho internacional durante la segunda mitad del siglo XX”. Ésta es la *opinio juris* de la comunidad internacional en su conjunto, más allá del alcance de la acción y opinión de uno u otro poder estatal.

Las resoluciones de organizaciones internacionales pueden reflejar la práctica de los Estados o representar la *opinio juris*, como consentimiento general. Por tanto, la *opinio juris* se ha convertido en un elemento institucional del derecho internacional actual.

No sólo se debe reconocer la “práctica”: a menudo se puede señalar la práctica. Pero no necesariamente se debe considerar que la “práctica” está en conformidad con la ley, la práctica debe contar con el “valor agregado”, la convicción de que dicha práctica está en conformidad con la ley.

Sólo para quedarnos con un buen ejemplo, se pueden construir muros, pero mientras se construyen los mismos Estados, a menudo no reclaman ni cuentan con los elementos necesarios para que se argumente que tales muros están de acuerdo con el derecho internacional. Esto es la práctica. No se le agregó ninguna calificación.

Además del tema específico de la opinión consultiva solicitada sobre Kosovo en 2010, la CIJ trazó un paralelismo con este caso, en comparación con otras situaciones, e hizo distinciones claras, como la relativa al estatus de la Franja de Gaza, citando extensamente su Opinión Consultiva de 2004 sobre las consecuencias legales de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, y también menciona los casos de Chipre, Rhodesia del Sur, la tentativa de la “República Srpska”,<sup>67</sup> y también se refirió

<sup>67</sup> CIJ, Opinión consultiva sobre Kosovo, 22 de julio de 2010, párr. 81. Varios participantes han invocado resoluciones del Consejo de Seguridad en las que se condenan determinadas declaraciones de independencia: véanse, *inter alia*, las resoluciones del Consejo de Seguridad 216 (1965) y 217 (1965), relativas a Rhodesia del Sur; la resolución 541 (1983) del Consejo de Seguridad, relativa a Chipre septentrional; y la resolución 787 (1992) del Consejo de Seguridad, relativa a la República Srpska. La Corte observa, sin embargo, que en todos esos casos el Consejo de Seguridad estaba tomando una determinación con respecto a la situación concreta existente en el momento en que se hicieron esas declaraciones de independencia; por lo tanto, la ilegalidad asociada a las declaraciones de independencia no se deriva del ca-

ampliamente al caso de Quebec,<sup>68</sup> como había sido revisitado por la Corte Suprema de Canadá.<sup>69</sup>

En un mundo cada vez más fluido, donde la noción y la función de territorio está experimentando cambios sustanciales y tiende a desmaterializarse,<sup>70</sup>

rácter unilateral de esas declaraciones como tales, sino del hecho de que estaban o habrían estado relacionadas con el uso ilícito de la fuerza u otras violaciones flagrantes de las normas del derecho internacional general, en particular las de carácter imperativo (*jus cogens*). En el contexto de Kosovo, el Consejo de Seguridad nunca ha adoptado esta posición. El carácter excepcional de las resoluciones enumeradas anteriormente parece confirmar a la Corte que de la práctica del Consejo de Seguridad no puede deducirse ninguna prohibición general de las declaraciones unilaterales de independencia”.

<sup>68</sup> ICJ, Opinión consultiva sobre Kosovo, 22 de julio de 2010, párr. 55: “Si bien muchos de los que participaron en el presente procedimiento hicieron referencia a la opinión del Tribunal Supremo del Canadá en *la referencia del Gobernador General sobre ciertas cuestiones relativas a la secesión de Quebec de Canadá* ([1998] 2 S.C.R. 217; 161 D.L.R. (4th) 385; 115 *Int. Law Reps.* 536), el Tribunal de Justicia observa que la cuestión planteada en el presente asunto es marcadamente diferente de la planteada por la Suprema Corte de Canadá. La pregunta pertinente en ese caso era: ¿Otorga el derecho internacional a la Asamblea Nacional, la legislatura o el gobierno de Quebec el derecho a realizar la secesión de Quebec de Canadá unilateralmente? A este respecto, ¿existe un derecho a la autodeterminación desde el derecho internacional que otorgue a la Asamblea Nacional, la legislatura o el gobierno de Quebec el derecho a efectuar la secesión de Quebec de Canadá unilateralmente?”.

<sup>69</sup> ICJ, Opinión consultiva sobre Kosovo, 22 de julio de 2010, párr. 56. “La pregunta formulada a la Suprema Corte de Canadá se refería a si existía el derecho a “efectuar la secesión” y si existía una norma de derecho internacional que otorgaría una legitimidad a cualquiera de los órganos mencionados. Por el contrario, la Asamblea General ha preguntado si la declaración de independencia estaba “de acuerdo” con el derecho internacional. La respuesta a esta pregunta gira en torno a si el derecho internacional aplicable prohibió o no la declaración de independencia. Si la Corte concluye que sí, entonces debe responder a la pregunta planteada diciendo que la declaración de independencia no se ajusta al derecho internacional. De ello se deduce que la tarea que debe realizar la Corte es determinar si la declaración de independencia se adoptó o no en violación del derecho internacional. La cuestión que se le ha pedido no exige a la Corte que adopte una posición sobre si el derecho internacional otorga unilateralmente a Kosovo un derecho a declarar su independencia o, a *fortiori*, sobre si el derecho internacional confiere en general un derecho a las entidades situadas en un Estado a separarse unilateralmente de él. De hecho, es totalmente posible que un acto determinado, como una declaración unilateral de independencia, no constituya una violación del derecho internacional sin constituir necesariamente el ejercicio de un derecho conferido por él. A la Corte se le solicitó una opinión sobre el primer punto, no sobre el segundo”.

<sup>70</sup> Sobre la evolución y transformaciones del territorio y sus categorías jurídicas en el derecho internacional actual, véase, i.a., Borba Casella, Paulo, *Direito internacional dos...*, cit.

la construcción de muros, compatible o no con el derecho internacional,<sup>71</sup> parece seguir siendo una práctica corriente. Esto se puede lamentar, pero no se puede negar: el muro de Berlín ha desaparecido, y el símbolo de la era de la Guerra Fría ha sido borrado. Pero surgen nuevos muros, sólo para mostrar cómo no entienden el punto: hacen más mal que bien. Acumulan más ilusiones que seguridad para ambos lados.

Por un lado, se puede estudiar la evolución de la *opinio juris* y su estado actual de desarrollo en el derecho internacional;<sup>72</sup> por otro lado, en qué medida esto conduce a la formación y determinación del contenido de normas de derecho internacional, y la prueba final será en qué medida puede ser oponible a los Estados considerados individualmente.

Esto se puede presentar y se percibe no sólo en el caso de los tratados multilaterales, donde las organizaciones intergubernamentales (OI) han desempeñado cada vez más el papel de foro donde se han generado, negociado y celebrado los mismos, sino también<sup>73</sup>

...muchas otras fuentes de obligaciones internacionales involucran a las OI como partes o beneficiarias, incluidas las normas relativas a la interpretación de sus instrumentos constitutivos, su personalidad jurídica o los privilegios e inmunidades de que disfrutaban ellas o las personas asociadas a ellas. Y un cuerpo aún mayor de normas internacionales, la mayoría generadas por estas organizaciones, ahora son materia de diversas formas de solución de controversias institucionalizadas, for-

<sup>71</sup> Sorel, Jean-Marc, *Les murs et le droit international*, París, Pedone, 2010.

<sup>72</sup> Huesa Vinaixa, Rosario, *El nuevo alcance de la opinio juris en el derecho internacional contemporáneo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, p. 18, “el surgimiento y evolución del concepto de *opinio juris* como elemento subjetivo o psicológico necesario para la existencia de la costumbre jurídica ha desempeñado un papel fundamental, cuyo alcance en el Derecho internacional contemporáneo ha perfilado el Tribunal Internacional de Justicia en su mencionada sentencia en el asunto Nicaragua c. Estados Unidos”.

<sup>73</sup> Álvarez, José E., *International Organizations as Law-Makers*, Oxford, Oxford University Press, 2006; prefacio, pp. IX-X, “Las organizaciones intergubernamentales (OI) tienen un impacto generalizado en la promulgación e implementación del derecho en todas las diversas subespecialidades del derecho internacional (y algunos domésticos), e incluso a través de las divisiones que supuestamente separan los mundos de la regulación «pública» y «privada»... Una gran parte de las reglas que tenemos para gobernar a las naciones, tanto las que son formalmente legalmente vinculantes como las que no lo son, ahora se inician, formulan, negocian, interpretan y, a menudo, se implementan a través de los esfuerzos de las OIs”.



males e informales, creando un cuerpo cada vez mayor de opiniones judiciales y casi-judiciales en discretas áreas del derecho.<sup>74</sup>

La observancia de tales disposiciones, incluso por parte de Estados no miembros de tales organizaciones, sugeriría que tales resoluciones sean reconocidas como fuentes del derecho internacional.<sup>75</sup>

Los cambios que se produjeron en materias vinculadas a la costumbre internacional, debido a la acción y participación de las organizaciones internacionales en la sociedad internacional se diversifican, y entre los mismos cabe mencionar los resultantes de la adopción de declaraciones, por parte de estos nuevos integrantes de la sociedad internacional, como nuevos sujetos de derecho internacional. Aunque se pueda discutir la aceptación total de estas declaraciones —como las resoluciones de la AGNU— como reglas vinculantes, y también se pueda discutir en qué medida son expresiones de la costumbre internacional, no se puede negar la relación entre las mismas y las normas consuetudinarias internacionales.

Se requieren elecciones conceptuales para conocer la existencia y el contenido del derecho internacional, por las características específicas del mismo como sistema y por las circunstancias en las que se determina, interpreta y aplica. A veces son necesarias opciones radicales para obtener la innovación. Paul Reuter solía afirmar<sup>76</sup> que estas son las razones que hacen que el derecho internacional sea interesante. Como ningún otro campo del derecho, el trabajo académico es tan relevante como en el derecho internacional público. No sólo por la complejidad y la relevancia de los temas,

<sup>74</sup> *Ibidem*, véase también Szasz, Paul, “General Law-making Processes”, en Schachter, Oscar y Joyner, Christopher (ed.), *United Nations Legal Order*, Washington, ASIL, 1995, pp. 35-59.

<sup>75</sup> Cançado Trindade, Antonio Augusto, *Repertório da prática brasileira de direito internacional público* (1961-1981), 2a. ed., Brasília, FUNAG, 2012, p. 28; también establece la posibilidad de que tales resoluciones induzcan el comportamiento de los Estados, en contra del lapso generalmente requerido para la formación de la costumbre internacional.

<sup>76</sup> Reuter, Paul, “Quelques remarques sur la situation juridique des particuliers en droit international public (1950)”, *Le développement de l'ordre juridique international. Ecrits de droit international*, París, Economica, 1995, pp. 51-64; citado pp. 51 y 52: “Les constructions systématiques du droit international de ces dernières années qui ont visé à la plus grande rigueur, qui ont voulu ordonner l'ensemble des règles de droit en un tout parfaitement cohérent pour constituer ce que nos anciens auteurs appelaient justement ‘un corps de droit’ sont nécessairement celles qui sont appelées à prendre les positions les plus radicales sur la situation des particuliers en droit international public”.

por lo incompleto de este campo relativamente nuevo del derecho y las características anárquicas que permanecen en la sociedad internacional, sino más aún por la falta de una base fundamental formal, como la que ofrecen las Constituciones en sistemas legales nacionales.<sup>77</sup> Enunciar las fuentes del derecho internacional, o enunciar las instituciones competentes para interpretar el derecho y aplicarlo, son cuestiones fundamentales que no se pueden responder en el derecho internacional sin conocer las opciones académicas.

La última palabra puede ser difícil en asuntos legales en general, y más aún en asuntos legales internacionales. No sería diferente en lo que respecta a la *opinio juris*.

#### BIBLIOGRAFÍA

ACCIOLY, Hilderbando *et al.*, *Manual de direito internacional público*, 20a. ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

ÁLVAREZ, José E., *International Organizations as Law-Makers*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

BARBERIS, Julio A., “La coutume est-elle une source de droit international?”, *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, París, Pedone, 1991.

BECKER LORCA, Arnulf, “Eurocentrism in the History of International Law”, en FASSBENDER, Bardo y PETERS, Anne (ed.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

BEDJAOUÏ, Mohammed y THIERRY, Hubert, “Avenir du droit international”, en BEDJAOUÏ, Mohammed (ed.), *Droit international: bilan et perspectives*, París, Pedone, UNESCO, 1991.

BORBA CASELLA, Paulo, “Artigo 13”, en BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coord.), *Comentário à Carta das Nações Unidas*, Belo Horizonte, Cedin, 2008.

<sup>77</sup> En el ambiente jurídico internacional las condiciones son sustancialmente diferentes. Lauterpacht, Elihu, “The Development of the Law of International Organizations by the Decisions of International Tribunals”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 152, 1976, pp. 377-478; en p. 468: “los problemas constitucionales de la organización internacional”, véase también Menezes, Wagner, *Tribunais internacionais*, São Paulo, Saraiva, 2013.

- BORBA CASELLA, Paulo, *Direito internacional dos espaços*, São Paulo, Atlas, 2009.
- BORBA CASELLA, Paulo, *Direito internacional no tempo antigo*, São Paulo, Atlas, 2012.
- BORBA CASELLA, Paulo, *Direito internacional no tempo moderno de Suarez a Grócio*, São Paulo, Atlas, 2013.
- BORBA CASELLA, Paulo, *Direito internacional no tempo medieval e moderno até Vitoria*, São Paulo, Atlas, 2012.
- BORBA CASELLA, Paulo, *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*, São Paulo, Quartier Latin, 2008.
- BORBA CASELLA, Paulo, “International Law: The Post-Modern Approach to the Classics and the New Challenges”, *XXXVI Curso de Derecho Internacional*, Washington, OEA, vol. 36, 2010.
- BORBA CASELLA, Paulo, “Opinio juris’ e a questão da materialidade emergente no direito internacional pós-moderno”, *Revista de direito do estado*, Rio de Janeiro, vol. 3, núm. 10, abril-junio 2008.
- BORBA CASELLA, Paulo y BITTENCOURT, Neto, “Desafios do direito espacial”, en CASELLA, Paulo Borba et al. (ed.), *Direito internacional, Humanismo e Globalidade*, São Paulo, Atlas, 2008.
- BRAUDEL, Fernand, “Histoire et sciences sociales. La longue durée”, *Écrits sur l’histoire*, París, Flammarion/Champs, 1969.
- BROWN SCOTT, James, *The Spanish Conception of International Law and of Sanctions*, Washington, Carnegie Endowment for Peace, 1934.
- BYNKERSHOEK, Cornelius van, *Quaestionum juris publici libri duo*, Leiden, 1737, BYNKERSHOEK, Cornelius van, Oxford, Carnegie, 1930, vol. I. Reproducción fotográfica de la ed. 1737, vol. II, trad. de Tenney Frank.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, *Repertório da prática brasileira de direito internacional público (1961-1981)*, 2a. ed., Brasília, FUNAG, 2012.
- CHARNEY, Jonathan L., “Universal International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 87, núm. 4, octubre de 1993.
- CHENG, Bin, *Studies in International Space Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998.
- COLLIARD, Claude-Albert, “Le droit de l’espace ou le ciel et la terre”, *Mélanges offerts à Charles Rousseau. La communauté internationale*, París, Pedone, 1974.
- DELABIE, Lucie, *Approches américaines du droit international: Entre unite et diversité*, París, Pedone, 2011.

- DIEDERIKS-VERSCHOOR, I. H. Ph., “Similarities with and Differences between Air and Space Law Primarily in the Field of Private International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 172, 1981.
- DINSTEIN, Y., “The Interaction between Customary International Law and Treaties”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 322, 2007.
- DUPUY, Pierre-Marie, “À propos de l’opposabilité de la coutume générale: enquête breve sur l’objecteur persistant”, *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, París, Pedone, 1991.
- DUPUY, René-Jean, *La communauté internationale. Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974; ELIAS, Olufemi, “The Nature of the Subjective Element in Customary International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 44, julio de 1995.
- FASSBENDER, Bardo y PETERS, Anne, *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- FIDLER, David P., “Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law”, *German Yearbook of International Law*, vol. 39, 1996.
- GENTILI, Alberico, *De iure belli libri tres*, 1598. (trad. de ROLFE, John C., introducción de Coleman Phillipson, índices de John C. Rolfe, Oxford, Carnegie, 1933.) (trad. Ciro Mioranza, Ijuí, Unijuí, 2004).
- GIANNATTASIO, Arthur R. C., “A «*opinio juris sive necessitatis*»: Do elemento subjetivo consuetudinário à intersubjetividade jurídica”, in BORBA CASELLA, Paulo y CARVALHO RAMOS, Andre de (ed.), *Direito internacional: homenagem a Adherbal Meira Mattos*, Brasília, FUNAG, São Paulo, Quartier Latin, 2009.
- GOEDHUIS, D., “Conflicts of Law and Divergencies in the Legal Regimes of Air Space and outer Space”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 109, 1963.
- GOLDSMITH, Jack L. y POSNER, Eric, “A Theory of Customary International Law”, *University of Chicago Law Review*, vol. 66, núm. 4, 1999.
- GOLDSMITH, Jack L. y POSNER, Eric, “Understanding the Resemblance Between Modern and Traditional Customary International Law”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 40, 2000.

- GREWE, Wilhelm, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, Baden-Baden, Nomos, 1984.
- GROTIUS, Hugo, *De jure belli ac pacis libri tres*, 1625 (vol. I: Reproducción fotográfica de la edición de 1646, Washington, Carnegie, 1913; vol. II: trad. de Francis W. Kelsey, *et al.*, Oxford, Carnegie, 1925.) (*O direito da guerra e da paz*, trad. de Ciro Mioranza, Ijuí, Unijuí, 2004) (trad. de Jean Barbeyrac, Amsterdam, Pierre Ducoup, 1724, Ed. Facsimilar: Caen, Publications de l'Univ. de Caen, 1984).
- HÉLIE, Jérôme, *Les relations internationales dans l'Europe moderne 1453-1789*, París, Armand Colin, 2008.
- HUESA VINAIXA, Rosario, *El nuevo alcance de la opinio juris en el derecho internacional contemporáneo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991.
- HWANG, Jun-shik, "A Sense and Sensibility of Legal Obligations: Customary International Law and Game Theory", *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 20, 2006.
- JAYME, Erik, "Identité culturelle et intégration: Le Droit International Privé Postmoderne", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 251, 1995.
- JAYME, Erik, "Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 282, 2000.
- JENKS, Wilfred, *Economic and Social Change and the Law of Nations*", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 138, 1973.
- KELLY, J. Patrick, "The Twilight of Customary International Law", *Virginia Journal of International Law*, vol. 40, 2000.
- KERREST, Armel (ed.), *L'adaptation du droit de l'espace à ses nouveaux défis. Mélanges en l'honneur de Simone Courteix*, París, Pedone, 2007.
- KDHIR, Moncef, *Dictionnaire juridique de la Cour internationale de justice*, 2a. ed., Bruselas, Bruylant, 2000.
- KOSKENNIEMI, Martti, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law (1870-1960)*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
- LACHS, Manfred, "Teachings and Teaching of International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 151, 1976.

- LACHS, Manfred, "The International Law of outer Space", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, 1964, vol. 113.
- LAFERRANDERIE, Gabriel, "Basic Principles Governing the Use of outer Space in Future Perspective", en BENKÖ, M. y JOLLEY, E. (eds.), *Space Law. Current Problems and Perspectives for Future Regulation*, Utrecht, Eleven, 2005.
- LAUTERPACHT, Elihu, "The Development of the Law of International Organizations by the Decisions of International Tribunals", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 152, 1976.
- LE FUR, Louis Érasme, "La théorie du droit naturel depuis le XVIIIe. siècle et la doctrine moderne", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 18, 1927.
- LIPARTITI, Ciro, "Consuetudine (diritto internazionale)", en AZARA, Antonio y EULA, Ernesto (eds.), *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Unione TipograficoEditrice Torinese, vol. IV, 1960.
- LISZT, Franz von, *Le droit international. Exposé systématique*, Paris, Pedone, 1928.
- MCWHINNEY, Edward, "The Time Dimension in International Law, Historical Relativism and Intertemporal Law", en MAKARCZYK, Jerzy, *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, La Haya, Martinus Nijhoff, Institute of State and Law of the Polish Academy of Sciences.
- MCWHINNEY, Edward, "What is International Law for?", en EVANS, Malcolm (ed.), *International Law*, 3a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2010.
- MENDELSON, Maurice H., "The Formation of Customary International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, 1998, vol. 272.
- MENDES, José, *Direito internacional público*, São Paulo, Duprat & Cia., 1913.
- MENEZES, Wagner, *Tribunais internacionais*, São Paulo, Saraiva, 2013.
- NUSSBAUM, Arthur, *A Concise History of the Law of Nations*, Nueva York, Macmillan, 1954.
- NYS, Ernest, *Les origines du droit international*, Bruselas, Alfred Chastaigne, Paris, Thorin & Fils, 1894.
- ONUMA, Yasuaki, "A Transcivilizational Perspective on International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, 2009, vol. 342.

- ONUMA, Yasuaki, “Eurocentrism in the History of International Law”, *A Normative Approach to War: Peace, War and Justice in Hugo Grotius*, Oxford, Clarendon Press, 1993.
- ONUMA, Yasuaki, “The ICJ: an Emperor without Clothes? International Conflict Resolution, Article 38 of the ICJ Statute and the Sources of International Law”, en ANDO, Nisuke *et al.*, *Liber amicorum Judge Shigeru Oda*, Nueva York, Kluwer, 2002.
- PILLET, Anotine *et al.*, *Les fondateurs du droit international public*, París, V. Giard & E. Brière, 1904.
- REUTER, Paul, “Quelques remarques sur la situation juridique des particuliers en droit international public (1950)”, *Le développement de l'ordre juridique international. Ecrits de droit international*, París, Economica, 1995.
- RIEDMATTEN, Henri de, “Le catholicisme et le développement du droit international”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 151, 1976.
- ROBERTS, Anthea, “Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation”, *American Journal of International Law*, vol. 95, 2001.
- SCHMITT, Carl, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Berlín, Duncker & Humblot, 1988.
- SLAUGHTER, Anne-Marie, “International Law and International Relations”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 285, 2000.
- SOREL, Jean-Marc, *Les murs et le droit international*, París, Pedone, 2010.
- SORENSEN, Max, “Principes de droit international public”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, 1960, vol. 101.
- STEIGER, Heinhard, “Was heisst und zu welchem Ende studiert man Völkerrechtsgeschichte?”, en APPEL, Ivo *et al.* (coord.), *Öffentliches Recht in offenem Staaten. Festschrift für Rainer Wahl zum 70 Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humblot, 2011.
- SUÁREZ, Francisco, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore in decem libros distributus*, Conimbricæ, 1612 (*Tratado de las leyes y de Dios legislador*, trad. de José Ramón Eguillor Muniozgueren, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967-1968) (*Vitoria et Suarez, contribution des théologiens au droit international moderne*, París, Association Internationale Vitoria-Suarez, Pedone, 1939) (*Selections from three works*, Williams, Gwladys L. *et al.*

- (comp.), Washington, Oxford, Clarendon Press, London, Humphrey Milford, 1944.
- SZASZ, Paul, “General Law-making Processes”, en SCHACHTER, Oscar y JOYNER, Christopher (eds.), *United Nations Legal Order*, Washington, ASIL, 1995.
- TASIOULAS, John, “Customary International Law and the Quest for Global Justice”, en PERREAU-SAUSSINE, A. y MURPHY, J. B. (ed.), *The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- TOMUSCHAT, Christian, “International Law: Ensuring the Survival of Mankind in the Eve of a New Century”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, t. 281, 1999, disponible en: [https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/\\*A9789041114884\\_01](https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*A9789041114884_01).
- VAGTS, Detlev F., “International relations look at customary international law: a traditionalist’s defence”, *European Journal of International Law*, vol. 15, 2004.
- VERZIJL, J. H. W., *International law in historical perspective*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1968.
- VIRALLY, Michael, “À propos de la lege ferenda”, *Le droit international: unité et diversité. Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris Pedone, 1981.
- VIRALLY, Michael, *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des années*, Paris, PUF / Publications de l’Institut universitaire de hautes études internationales de Genève, 1990.
- VIRALLY, Michael, “Panorama du droit international contemporain”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 183, 1983.
- VISSCHER, Charles de, *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 1953.
- VOOS, Sandra, *Die Schule von New Haven: Darstellung und Kritik einer amerikanischen Völkerrechtslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000.
- WATTS, Arthut, “The Importance of International Law”, en BYERS, Michael, *The Role of Law in International Politics. Essays in International Relations and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000.