

Falsa costumbre

Fernando R. Tesón[†]

No es sencillo identificar una norma consuetudinaria. La regla de reconocimiento del derecho internacional consuetudinario es altamente imprecisa. Partiendo de esta idea, el autor sostiene que en el derecho internacional muchos “emprendedores de normas” afirman la existencia de una norma consuetudinaria cuando en realidad no la hay. El autor denomina esto “falsa costumbre”. Se trata de normas cuya existencia es deseada por quien las invoca, pero esa invocación no es más que parte de un intento de promocionarlas. En el presente artículo el autor analiza los diferentes componentes de la costumbre internacional para luego explorar las técnicas comunes y falacias que muchos practitioners del derecho internacional usan para promover la falsa costumbre.

Palabras clave: costumbre internacional, consenso, falsa costumbre, opinio juris, práctica estatal, falacia, teorías de la costumbre internacional, Derecho consuetudinario

[†] Fernando Tesón es un académico reconocido por sus importantes contribuciones en intervención humanitaria y en temas de filosofía del derecho. Algunas de sus publicaciones incluyen *Justice at a Distance: Expanding Global Freedom* (Cambridge University Press, 2015) [con Loren Lomasky]; *Humanitarian Intervention: An Inquiry into Law and Morality* (Transnational Publishers, 2005); *Rational Choice and Democratic Deliberation* (Cambridge University Press, 2006) [con Guido Pincione]; *A Philosophy of International Law* (Westview Press, 1998), entre numerosos artículos y ensayos. Actualmente es Tobias Simon Eminent Scholar en Florida State University College of Law y profesor visitante permanente en la Universidad Torcuato Di Tella.

I. INTRODUCCIÓN

La costumbre internacional es la sangre que le da vida al derecho internacional. Es a la vez también el concepto más problemático de nuestra disciplina. Un problema es la indeterminación de los criterios mediante los cuales los juristas identifican las reglas del derecho consuetudinario. Siguiendo a Hart, podemos decir que la regla de reconocimiento de un sistema jurídico es el conjunto de condiciones necesarias y suficientes para identificar a una norma como parte de un sistema.¹ El derecho internacional es problemático porque su regla de reconocimiento resulta seriamente indeterminada. No puedo intentar aquí formular una regla de reconocimiento completa para la totalidad del derecho internacional; en cambio, me focalizaré en una regla de reconocimiento parcial: ¿cuáles son las condiciones necesarias y suficientes para la existencia de una regla de costumbre en el derecho internacional? La teoría tradicional ha identificado la práctica estatal y la *opinio juris* como los elementos de la costumbre. Una regla es parte del sistema si (1) puede ser inferida de una práctica estatal y (2) los agentes del Estado creen que esa práctica es requerida o permitida por la ley. No voy a repasar aquí los problemas que incluso esta regla básica de reconocimiento tiene, tan bien discutidos por muchos autores (¿Qué es *opinio juris*? ¿Qué tan densa o antigua debe ser la práctica? ¿Qué hacemos con la práctica contraria?).²

Quiero referirme, en cambio, a un fenómeno diferente que se ha vuelto cada vez más común. Esta es la práctica llevada a cabo por juristas, promotores de normas y algunas cortes internacionales de proclamar el estatus de costumbre respecto de determinadas reglas a pesar de que estas reglas no puedan identificarse con ninguna regla de reconocimiento plausible. Esta práctica es la que denomino falsa costumbre. Distingo la falsa costumbre de otras actividades relacionadas, aunque diferentes. Las falsas reglas de costumbre son reglas que no son derecho a la luz de ninguna teoría jurídica plausible. La falsa costumbre resulta de un ejercicio retórico disfrazado de derecho. El orador las denomina reglas de derecho, pero en realidad ellas son reglas de derecho putativas. Es

¹ Ver H.L.A. Hart, *El Concepto del Derecho*, 2da Ed. (Oxford: Oxford University Press, 1990): 94-95

² Ver el estudio clásico de Anthony A. D'Amato, *The Concept of Custom in International Law* (Ithaca, NY: Cornell University Press, 1971) 3-20; y el reciente libro de Brian Leppard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications* (New York: Cambridge University Press, 2010) 3-43.

decir, quien afirma la falsa costumbre emite una falsa proposición jurídica. Esta actividad difiere de a) la afirmación de que ciertas reglas consuetudinarias podrían estar emergiendo y b) la afirmación de que cierta norma es deseable, justa o eficiente. Quien dice que una norma está emergiendo funda su afirmación en la observación de la práctica estatal; él no sostiene que la práctica ya es una norma de costumbre internacional. Quien sostiene que una norma es deseable, justa o eficiente no se pronuncia sobre si esa norma es o no costumbre. Puede ser un iusnaturalista, es decir, puede sostener que el derecho internacional incluye normas que son deseables, justas o eficientes. Sin embargo, el iusnaturalista no dice que la norma deseada es costumbre: en cambio, sostiene que la norma es legalmente vinculante porque es moralmente vinculante.³

De manera contraria, el practicante de la falsa costumbre intenta convencer a una audiencia que cree en la costumbre como una fuente de derecho internacional de que cierta regla es costumbre cuando en realidad no lo es. Él realmente quiere que la norma sea derecho vigente (es un promotor de normas) y una de las formas de lograr eso es convencer a otros que la norma es ley. Por su puesto, este ejercicio de promoción es común en otras áreas del derecho. Sin embargo, el fenómeno es más grave en el derecho internacional porque investigar la práctica estatal es arduo y demanda tiempo, por lo que pocos se molestan en chequear la veracidad de la afirmación. La falsa costumbre es difícil de desenmascarar. El orador espera que si suficientes personas repiten la proposición “X es costumbre”, X se convertirá en costumbre a los ojos de la mayoría de las personas incluso si no lo es. El abogado que afirma una falsa costumbre, entonces, opera en función de la indeterminación de la regla de reconocimiento aplicable y de los costos de información del público para saber qué han hecho y qué no han hecho los Estados en el pasado. En contraste, en el derecho interno es más fácil refutar una proposición jurídica errónea porque los tribunales están continuamente interpretando y refinando leyes, constituciones y fallos. La regla de reconocimiento en el derecho interno es útil porque está relativamente determinada. Quien intente convencer a una audiencia que X es una regla del sistema, simplemente mediante la repetición de que lo es, tendrá más

³ Ver Fernando R. Tesón, “Natural Law as Part of International Law: The Case of the Armenian Genocide”, *University of San Diego Law Review*, vol. 50 (2013): 813.

dificultad. Las proposiciones de derecho internacional son más difíciles de testear que las proposiciones de derecho interno.

El problema que identifico difiere a su vez de otros argumentos que critican al derecho consuetudinario. Estos autores están preocupados tanto por los incentivos de los Estados para cumplir con la costumbre internacional⁴, como por la importación del derecho consuetudinario en el derecho interno.⁵ Estos argumentos se refieren a la costumbre internacional genuina. Estos autores reconocen problemas con estas normas incluso para los casos en que cumplen con la definición clásica. Mi preocupación es diferente y previa a la suya: intento identificar proposiciones jurídicas falsas. Abordar este problema es una tarea que debe ser emprendida antes de abordar los interrogantes respecto del cumplimiento o la cuestión del efecto legal que la costumbre internacional tiene o debería tener en el derecho interno. Lo que me preocupa es identificar el derecho falso.

Al criticar el abuso de la costumbre, me mantengo agnóstico en cuanto al valor de fondo de las posiciones defendidas con la técnica antes descripta. Sobre el fondo, acepto algunas de esas posiciones y rechazo otras. Mi argumento es metodológico: es una observación conceptual sobre la solidez de los argumentos jurídicos, y un llamado a la por la transparencia y la honestidad intelectual.

II. COSTUMBRE GENUINA

A. Teoría clásica de la costumbre

Con el fin de diagnosticar cuándo una proposición jurídica es falsa costumbre, debo identificar la costumbre genuina. Propongo aquí una regla de reconocimiento de la costumbre genuina. Distingo entre dos conceptos de costumbre, los cuales, sostengo, son legítimos y suplementarios. Conforme a la teoría clásica, una norma consuetudinaria resulta de una práctica estatal relativamente robusta durante un período de tiempo relativamente prolongado. Esta práctica en algún punto de la historia ha sido internalizada por los participantes como legalmente requerida o permitida. Algunos de los problemas del concepto tradicional de *opinio juris* (¿cómo podemos meternos en la cabeza de los

⁴ Ver Jack Goldsmith and Eric Posner, *The Limits of International Law* (Oxford: Oxford University Press):

⁵ Ver John O. McGinnis and Ilya Somin, "Should International Law Be Part of Our Law?" *Stanford Law Review* 59 (2007): 1175.

gobernantes para saber qué creen y qué no creen?) pueden ser resueltos apelando a elementos sociológicos de la formación de normas. Una práctica empieza de forma más o menos espontánea y en un momento de la práctica los participantes experimentan una presión normativa por cumplirla. Esta presión es, como explica Hart, una disposición para criticar fuertemente las violaciones y responder a ellas, algunas veces incluso con el uso de la fuerza.⁶ Por lo tanto, no hay misterio alguno en los elementos “psicológicos” en la definición clásica de costumbre. Una norma consuetudinaria surge cuando los gobiernos con sus acciones muestran que la desviación de la norma es inaceptable. Un razonamiento análogo se aplica a las normas permisivas. Cuando se desarrolla una práctica que parece apartarse de la práctica previa, entonces la omisión de los gobiernos de criticar la nueva práctica equivale a una aprobación de la permisión en ella consagrada. Una práctica es robusta cuando es suficientemente densa y convergente.

La teoría clásica de la costumbre está reflejada en el artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y ha sido reafirmada frecuentemente en la jurisprudencia internacional e interna. Un buen ejemplo lo representa la regla de costumbre descubierta por la Corte Suprema de Estados Unidos en el famoso caso Paquete Habana. En dicho caso, la Corte investigó adecuadamente la práctica diplomática y así logró establecer que los barcos de pesca estaban exentos de la regla de captura prevalente en ese momento.⁷ Otro buen ejemplo moderno de la aplicación de la clásica teoría de la costumbre internacional es el estudio del Derecho Internacional Humanitario realizado por la Cruz Roja Internacional.⁸ Allí, los autores investigaron una práctica estatal densa – la práctica de la guerra– para extraer conclusiones sobre el derecho humanitario basado en dicha práctica.

La teoría clásica de la costumbre es atractiva porque supone que los miembros de una comunidad deben honrar sus usos establecidos. La costumbre evoca los valores de la tradición, la estabilidad, la justicia y la buena fe, incluso en tiempos de conflicto. Apelar a la costumbre es rechazar la conducta oportunista: uno debe observar los usos establecidos de su comunidad, incluso cuando el apartarse pueda significar el obtener una ganancia a corto plazo. Esto es particularmente

⁶ Ver Hart, *El Concepto del Derecho*, 57

⁷ *Paquete Habana*, 175 U.S. 677 (1900)

⁸ Jean-Marie Henckaerts Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law* (Ginebra: ICRC y Cambridge University Press, 2005-2009), 2 vol.

importante en el derecho internacional. Cuando un nuevo Estado se une a la comunidad internacional (como sucedió tras el colapso de la Unión Soviética y Yugoslavia) no debe hacerlo en sus propios términos, sino en los términos de esa comunidad. Esos términos están definidos, en gran parte, por una antigua práctica reafirmada como obligatoria por los miembros de esa comunidad.

B. Teoría moderna de la costumbre

A pesar de lo descrito en el apartado anterior, resultó obvio que la teoría clásica de la costumbre debía ser modernizada ya que para los Estados resultaba cada vez más difícil interactuar de una forma mutuamente beneficiosa con un método de creación de normas tan estricto. En el nuevo mundo de la comunicación rápida y la interacción instantánea, la noción clásica de costumbre es inadecuada para situaciones en las cuales la realidad requiere un método más flexible de creación de normas. Esta visión moderna aceptó la noción de que un amplio consenso internacional puede crear leyes, siempre y cuando sea realmente universal y razonablemente preciso. Conforme a esta noción moderna de costumbre, es posible crear una nueva regla mediante un consenso internacional específico y robusto, incluso cuando la norma no se encuentre suficientemente respaldada por una práctica estatal previa. En Estados Unidos, la Corte Suprema reconoció esta tendencia en el caso *Sosa*. Al establecer el estándar para identificar el derecho consuetudinario en materia de jurisdicción bajo la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros [Alien Tort Statute] expresó:

“[L]as Cortes deben requerir que cualquier reclamo basado en el derecho internacional consuetudinario esté apoyado en una norma de carácter internacional aceptada por el mundo civilizado y definido con una especificidad comparable a las características de los paradigmas del siglo XVIII que hemos reconocido”.⁹

Si bien la Corte Suprema aplicó este examen en un contexto jurídico específico, este examen puede ser generalizado al concepto internacional de costumbre internacional. Podemos, entonces, establecer la regla de reconocimiento para la costumbre internacional de la siguiente forma:

La costumbre genuina consiste en 1) una práctica estatal robusta (teoría de la costumbre clásica) o 2) un consenso

⁹ *Sosa v. Alvarez-Machain* 542 U.S. 692 (2004) 331 F.3d 604.

internacional universal y suficientemente preciso (teoría de la costumbre moderna). Tal vez podría decirse que en la visión clásica la práctica estatal resulta central, mientras que en la visión moderna la opinión *juris* es lo decisivo. La diferencia entre ambas concepciones no es tan fuerte como parece, ya que la costumbre en su concepción moderna necesita de un consenso internacional universal y específico. Una nueva regla de costumbre no puede establecerse por una mayoría de Estados, ya sea votando en un órgano como la Asamblea de la Naciones Unidas o en algún otro foro internacional. A todos los efectos, la teoría moderna de la costumbre requiere una unanimidad virtual para que una regla califique como tal. La característica saliente del método moderno de creación de derecho es que el consenso preciso y universal es suficiente para crear una regla: no se requiere una práctica anterior o simultánea. Este es un agregado razonable y saludable para la teoría de la costumbre.

En su libro sobre costumbre internacional, Brian Leppard ha propuesto recientemente una teoría sobre la costumbre que, a primera vista, respalda la teoría moderna. El autor sostiene que “una norma de costumbre internacional surge cuando los Estados generalmente creen que es deseable, ahora en un futuro cercano, tener un principio legal autoritativo o una norma que prescriba, permita o prohíba una conducta estatal determinada”.¹⁰ Esta creencia no necesita vincularse a una práctica preexistente o contemporánea, por lo que, superficialmente, la teoría de Leppard se parece a la teoría de la costumbre moderna que he avalado. Sin embargo, examinándola más de cerca, la definición de Leppard es demasiado amplia porque no incluye las dos características cruciales que, según la teoría moderna, se requieren para reconocer la costumbre: una creencia en la deseabilidad de la norma que sea universal y no propuesta meramente por mayoría, y un acuerdo que apunte a un objeto específico y preciso, y no vago o aspiracional. Respecto del requisito de la mayoría, Leppard ofrece un sistema con varios niveles conforme al cual la mayoría apta para crear una nueva norma con sus “creencias” depende de la naturaleza de la norma en cuestión.¹¹ A pesar de estas distinciones, el uso que hace Leppard de la palabra “generalmente” y el reconocimiento que le da a la comunidad internacional como una especie de “parlamento global” sugiere un

¹⁰ Brian Leppard, *Customary international Law*, págs. 8; ver también págs. 97-98.

¹¹ *Id.*, págs. 151-161.

número muy por debajo del consenso universal. A su vez, en ninguna parte Lepard incluye el importante requisito de precisión y especificidad verbal. En este sentido, la teoría de la costumbre que propone Lepard se presta fielmente al abuso por parte de los que proponen reglas jurídicas falsas. Sería suficiente para un emprendedor de normas encontrar un número significativo de Estados que “generalmente” cree en la norma que él defiende para venderla como parte del derecho internacional. Lamentablemente, los Estados “generalmente creen” en cosas objetables o falsas (ver más abajo el ejemplo de la criminalización de la blasfemia). Además, el mundo está profundamente dividido respecto a algunas cuestiones y lo que una mayoría de Estados generalmente cree es ferozmente resistido por una minoría de Estados. Por ejemplo, una gran mayoría de Estados (alentados por la Unión Soviética) generalmente creía en los años ‘70 que los gobiernos no debían pagar una indemnización al valor de mercado cuando nacionalizaban propiedad extranjera. Bajo la teoría de Lepard dichas creencias conformarían una norma. A pesar de ello, el proceso de la costumbre no funcionó de ese modo. Los Estados occidentales fueron capaces de bloquear esta gestión (la cual, por cierto, habría sido dañina para los propios Estados que la proponían, ya que hubiera desalentado la tan necesitada inversión) y el derecho se inclinó, en este tema, hacia el lado liberal.

En rigor de verdad, y para mérito suyo, Lepard no valida normas de costumbre que violan principios éticos. No importa, en estos casos, cuánto apoyo gubernamental tengan (una visión que comparto, como se verá más adelante). Sin embargo, todavía hay problemas con esta idea. Supongamos que una mayoría de Estados cree generalmente que todos los Estados deben reducir sus emisiones de carbono en un 50% con el fin de desacelerar el calentamiento global. Supongamos también que una minoría de Estados se opone a esto. Algunos de ellos honestamente dudan de la validez de la ciencia en la cual dichas creencias están basadas, otros piensan que dicha medida resultaría catastrófica para sus economías, e incluso otros piensan que la distribución de los costos resultaría injusta. Ahora bien, es posible argumentar que, si el calentamiento global es capaz de causar el colapso de la Tierra o algo similar en el largo plazo, tenemos una obligación ética de actuar. ¿Cuál es el estatus de la norma propuesta bajo la teoría de Lepard? ¿Es la urgencia de desacelerar el cambio climático suficiente como para permitirle a una mayoría legislar de esta forma e ignorar la oposición de una minoría? No lo creo así. La comunidad internacional no ha alcanzado el punto

(afortunadamente, me permito agregar) de la regla de la mayoría sin más; al menos no para cualquier norma que no resulte perentoriamente requerida por una norma ética clara, como la prohibición de la tortura, caso en el cual los números no cuentan. Si hay una obligación de actuar para desacelerar el calentamiento global, es una obligación imperfecta. Eso significa una obligación que alguien debe cumplir, pero de acuerdo a todas las circunstancias que rodean el caso, incluyendo los costos de cumplimiento. Por ejemplo, si el peso de cumplir está injustamente distribuido, entonces la obligación queda suspendida.¹²

III. TÉCNICAS DE LA FALSA COSTUMBRE

Pero, ¿cómo operan los argumentos de la falsa costumbre? Los practicantes de la falsa costumbre recurren a un número de técnicas. Sus argumentos parecen ser argumentos de costumbre internacional porque citan profusamente fuentes documentales y ocasiones varias en las que la regla deseada fue articulada. Aquí ofrezco una lista no exhaustiva de técnicas de la falsa costumbre.

La Falacia Ad Nauseam consiste en citar profusamente resoluciones no vinculantes, discursos, memorándums y similares que contienen la regla en cuestión; cuanto más mejor. Por ejemplo, las resoluciones de Naciones Unidas no vinculantes son una de las fuentes favoritas de la falsa costumbre, como lo son los pronunciamientos de organizaciones no gubernamentales y otros grupos de defensa. Este pasaje imperceptible de meras ilusiones a derecho es un aspecto central de la técnica de la falsa costumbre. Consideremos el principio precautorio, una norma fuertemente favorecida por muchos ambientalistas. De acuerdo con tal principio:

“Cuando una actividad plantea amenazas de daño a la salud humana o al medioambiente, deben tomarse medidas precautorias incluso si algunas relaciones de causa y efecto no están plenamente establecidas científicamente. En este contexto, quien propone la actividad es quien debe soportar la carga de la prueba”.¹³

Como ya dije, no pretendo tratar aquí los méritos del principio descripto. En cambio, la cuestión radica en si el principio es o no

¹² Uso el término “obligación imperfecta” en el sentido en que lo usan Immanuel Kant y John Stuart Mill, esto es, como una obligación que permite latitud en su cumplimiento. Una obligación perfecta es una que no deja dicha latitud. Ver George Rainbolt, “Perfect and Imperfect Obligations”, *Philosophical Studies* 98, (2000): 233-256.

¹³ La formulación es de la Science and Environmental Health Network, disponible en <http://www.sehn.org/precaution.html>

vinculante como costumbre internacional; es decir, si los Estados que no prohíben la actividad potencialmente peligrosa están violando el derecho internacional. Un libro sobre medio ambiente, en su capítulo titulado “Costumbre internacional y Principios”, enuncia la numerosa cantidad de veces que el principio aparece en documentos no vinculantes. La supuesta inferencia es que esta repetición (ya sea por oradores, ONGs, resoluciones de conferencias académicas) convierte al principio en una norma de costumbre internacional.¹⁴ Esta es la Falacia Ad Nauseam. El método es cuestionable. Citar una multiplicidad de documentos no vinculantes no convierte una norma propuesta en una costumbre vinculante, ya que dicha norma ni está anclada a la práctica estatal (teoría clásica) ni es objeto de un consenso específico y universal (teoría moderna). Esto resulta especialmente cierto con respecto a los Estados que han rechazado el principio. Si el principio precautorio fuese parte de la costumbre internacional, muchos Estados que utilizan tecnologías con consecuencias inciertas (¿acaso no todas las tecnologías tienen malas consecuencias no deseadas?) estarían violando constantemente el derecho internacional. Esto no es plausible. Nuevamente, el promotor de la norma confía en que la repetición por sí misma vaya a crear en su audiencia la sensación de normatividad que no puede ser encontrada en la práctica de los Estados o del consenso.

La Falacia del Tratado es la práctica de afirmar que una norma de costumbre es vinculante para el Estado A citando tratados internacionales de los cuales A no es parte e incluso cuando frecuentemente A ha declinado de manera expresa o ha repudiado esos tratados. La idea es que, a través de la costumbre, la norma es vinculante para los Estados que no son parte. Esta una variante de la idea de que si muchos Estados adoptan una regla, entonces ésta se convierte en vinculante también para aquellos que la rechazaron. Brian Lepard discute un ejemplo de esta técnica retórica. Algunos autores, basándose en el hecho de que ha sido incorporada en muchos tratados fiscales bilaterales, argumentan que la regla de la “plena competencia” para determinar la renta imponible de sociedades relacionadas se ha convertido en costumbre internacional.¹⁵ Lepard correctamente rechaza esta conclusión: muchos Estados se han rehusado expresamente a incluir esta regla. Este hecho no puede ser obviado al pretender vincular a

¹⁴ Alexandre Kiss & Dinah Shelton, *International Environmental Law*, 3era edición. (Transnational, 2003), págs. 206-212.

¹⁵ Ver la discusión en Lepard, *Customary International Law*, págs. 285-305

estados disidentes mediante tratados que otros han acordado.¹⁶ En el caso Plataforma Continental del Mar del Norte, la Corte Internacional de Justicia aceptó que las normas en los tratados ocasionalmente pueden crear costumbre vinculante para quienes no son parte del tratado, pero las circunstancias tendrían que ser tan extraordinarias como para que equivalgan a un consentimiento virtualmente uniforme. Ciertamente, los tratados no crean obligaciones para los Estados que no son parte y a cuyas reglas no han consentido.

La Falacia Legislativa es la práctica de aseverar que una norma consuetudinaria es vinculante para un Estado A basándose en el hecho de que otros Estados han adoptado esa norma en sus propias legislaciones. El derecho internacional establece claramente que los Estados carecen de jurisdicción para legislar en el territorio de otros Estados. Lo contrario significaría que cualquier número (una mayoría) de Estados tendrían el poder de legislar para el mundo entero. No conozco ninguna teoría jurídica plausible que apoye esta postura. La Corte Internacional de Justicia, en el caso Inmunidades Jurisdiccionales del Estado, sostuvo que la regla que Italia invocó contra Alemania (a saber, que los crímenes de lesa humanidad eran reconocidos como una excepción a la inmunidad de los Estados soberanos en las cortes domésticas extranjeras) no era reconocida por otros Estados europeos.¹⁷ Este no es un caso donde una norma de costumbre resulta vinculante para Alemania en virtud de haber sido promulgada en otros países. Es un caso donde la Corte rechaza la existencia de tal excepción, citando, inter alia, el hecho de que ni siquiera los socios europeos de Italia habían reconocido la excepción.

Sin embargo, más allá del hecho de que los Estados carecen de jurisdicción para obligar a otros Estados promulgando legislación doméstica, la Falacia de Legislación, de aceptarse, tendría consecuencias desagradables, simplemente porque en muchas ocasiones los Estados promulgan legislaciones ofensivas. Un ejemplo es la criminalización de la blasfemia. Una coalición de 56 Estados, la Conferencia Islámica, recientemente ha promovido, con cierto éxito, por la criminalización de la blasfemia.¹⁸ Hicieron esto a nivel internacional, pero, lo que es igual de

¹⁶ De acuerdo al artículo 34 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, "Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento".

¹⁷ Corte Internacional de Justicia, Inmunidades Jurisdiccionales del Estado (3 de febrero, 2012)

¹⁸ 27 de marzo, 2009, Consejo de Derechos Humanos de la ONU adoptó la resolución patrocinada por la Conferencia Islámica recomendando la criminalización de la "difamación de las religiones". Ver http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/resolutions/A_HRC_RES_7_19.pdf.

importante, promulgaron este delito en su legislación doméstica.¹⁹ El problema con la criminalización de la blasfemia es que se encuentra en grave tensión con la libertad de expresión, reconocida por las normas de derechos humanos. Si la promulgación reiterada de una norma crea costumbre, entonces estos Estados habrían triunfado en introducir una norma permisiva que autoriza a los gobiernos a criminalizar la blasfemia; dicho de otro modo, penalizar la disidencia religiosa. Una razón por la que tenemos derechos humanos es para no autorizar estas excepciones. Un gobierno no debe escapar a su obligación constitucional de proteger la libertad de expresión argumentando que el derecho internacional lo permite. En estos casos, es más sensato sostener que los mencionados Estados están violando el derecho internacional, y no creando una nueva norma.

Dicho al pasar, cualquier gobierno liberal que se precie de tal debe oponerse vigorosamente a tales demarches diplomáticas. Importa poco si los proponentes de la medida actúan pacíficamente, o si sinceramente creen hacer lo correcto. Al promover la criminalización de la blasfemia esos gobiernos incitan a conductas represivas y a la denegación de derechos humanos fundamentales. Los gobiernos liberales deben confrontar la diplomacia que promueve la violación de los derechos humanos con la convicción de que dicha política no es solamente una concepción del bien distinta merecedora de tolerancia y respeto, sino sabiendo que es una política moralmente objetable, que busca racionalizar la represión en sus propias sociedades y promoverla en el exterior.

La Falacia de la Selectividad es la práctica de citar solamente las fuentes no vinculantes que apoyan la norma deseada, y por tanto omitir aquellas que la rechazan. Los ejemplos abundan. El principio precautorio, ya citado, es sólo uno de ellos: sus defensores raramente citan voces disidentes. Otro ejemplo es la opinión de la Corte Internacional de Justicia en el sentido de que las declaraciones de independencia no violan el

Afortunadamente este documento no tiene fuerza vinculante. Los observadores occidentales ha criticado extensamente estas acciones. Ver Paula Schriefer, "The Wrong Way to Combat 'Islamophobia'", New York Times, Nov. 9, 2010, Op-ed sección, en www.nytimes.com/2010/11/10/opinion/10iht-edschriefer.html.

¹⁹ Por ejemplo, el Código Penal Paquistaní, Artículo 295-C dice: "El Uso de Comentarios Despectivos con Respeto al Santo Profeta" Quien con palabras, ya sea habladas o escritas, o por representación visible, o por cualquier imputación, indirecta o insinuación, directa o indirectamente profana el sagrado nombre del Santo Profeta Mahoma (la paz sea con él) debe ser castigado con la muerte, o prisión perpetua y debe también ser sujeto a multa."

derecho internacional.²⁰ Como reconoce la Corte, los Estados metropolitanos (aquellos de los que se busca independencia) invariablemente se han opuesto a estas declaraciones. ¿Por qué su oposición no cuenta? No es difícil para la Corte imaginar que la mayoría de los Estados del mundo sería hostil a la declaración de independencia de sus gobernados. Entonces, ¿por qué las conclusiones del derecho internacional permiten tales declaraciones? (esta opinión es absurda en muchos aspectos, pero sólo me estoy refiriendo al tema de la costumbre).

La Falacia del Pedigrí corrupto es un fenómeno muy interesante. Un Tribunal (digamos la Corte Internacional de Justicia) usa una norma jurídica para resolver un caso. Asumamos, por simplicidad, que la afirmación es obiter, es decir, innecesaria para la disposición del caso. Por ejemplo, la Corte dice que la “práctica general” apoya la regla que los Estados no tienen el derecho a la legítima defensa colectiva contra el uso de fuerzas menores contra ellos.²¹ Para afirmar esto la Corte no cita ninguna práctica precedente o consenso. Ahora, este fracaso no necesariamente significa que la mencionada proposición de derecho sea falsa. Simplemente, la Corte en sí misma no muestra que sea verdadera: no cita ni práctica ni consenso que apoyen la regla. Ahora asumamos que la afirmación de la Corte es en realidad falsa: de hecho, no hay precedentes, práctica o consenso apoyando la regla. Si esto es así, las constantes citas a este pasaje por parte de los juristas consolidarán el error. Una proposición jurídica falsa pronunciada por un tribunal no se convierte en verdadera al citarla una y otra vez en subsecuentes casos o escritos académicos. Entonces, algo mágico ocurre: ¡las citas repetidas de los practicantes de la falsa costumbre se convierten ellas mismas en “precedentes” que apoyan la regla! Y así, de la nada, una norma es creada. Un error judicial perpetuado reemplaza los componentes que conforman a la costumbre: práctica y consenso. Esta situación es incluso más seria cuando el tribunal formula una afirmación falsa, no en un proceso contencioso, sino en una opinión consultiva. Allí, no solamente la afirmación es falsa (no refleja práctica ni consenso), sino que además la afirmación no tiene fuerza jurídica alguna: es simplemente consultiva. Aun así y a pesar de todo, los practicantes de la falsa costumbre la

²⁰ Corte Internacional de Justicia, Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo, (22 de julio, 2010).

²¹ Ver Corte Internacional de Justicia, Actividades Militares y Para-militares en y contra Nicaragua (27 de enero, 1986).

tratarán como un precedente vinculante. En mi opinión, por ejemplo, el argumento de la Corte en el caso del Muro de Israel, respecto de que el Estado carece legítima defensa contra los ataques palestinos, y el argumento de la Corte en Kosovo, en cuanto a que el principio de integridad territorial es sólo aplicable entre Estados y no tiene aplicación en conflictos internos, son apreciaciones erradas del derecho vigente.²² Puedo estar equivocado sobre esto, pero supongamos que estoy en lo cierto y esas opiniones declaran erróneamente el derecho. Mi punto es que, quienes citan los errores como proposiciones jurídicas genuinas crean el espejismo de una nueva norma, una norma que, por definición, sufre de un defecto congénito: nunca fue una norma. La Corte y los juristas han perpetuado el error judicial.

Inferencias falsas provenientes de generalidades vagas: esta también resulta una técnica de falsa costumbre y una variación de la falacia del pedigrí corrupto. Un tribunal establece, sin argumentos, que un amplio cuerpo de normas, tales como el derecho de responsabilidad de Estado o de la autodeterminación, son ahora parte del “derecho internacional general”. Debido a su amplitud, esta afirmación será casi siempre verdadera: muchas de las reglas en cuestión forman parte del derecho internacional general. Aun así, es virtualmente imposible inferir normas específicas de esta generalidad. La Corte Internacional de Justicia, por ejemplo, ha dicho en una opinión consultiva no vinculante que “la existencia de la obligación general de los Estados de asegurar que las actividades dentro de su jurisdicción y control respeten el medio ambiente, tanto de otros Estados como de otras áreas más allá del control nacional, es a partir de ahora parte del cuerpo de la ley internacional relacionada con el medioambiente”.²³ Eso está bien, pero ¿qué podemos inferir de esta declaración en términos de normas precisas? Virtualmente nada, por dos razones. La primera es que la opinión en sí misma no es vinculante, por lo tanto el hecho que la Corte lo diga no puede por sí mismo crear una norma. La segunda razón es que el hecho de que el cuerpo del derecho ambiental se haya convertido por lo general en costumbre internacional no significa que normas específicas de ese cuerpo sean ahora costumbre internacional. Supongamos que alguien

²² La opinión sobre Kosovo fue citada arriba. La opinión del “muro” de la Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, (9 de julio, 2004). La discusión de la Corte sobre legítima defensa está en los párrafos 138-142.

²³ Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, 1993, CIJ, párrafo 29.

reclama que, de acuerdo a esta sentencia, ahora todos los Estados tienen una obligación consuetudinaria de reducir las emisiones de carbono en un 50%. Esto es absurdo, por supuesto. La obligación ambiental específica debe provenir de lo que los Estados creen y hacen. Esto significa que cualquier aserción jurídica responsable debe contemplar las prácticas de los Estados (teoría clásica) o el consenso universal de los Estados (teoría moderna), para determinar cuáles normas ambientales son obligatorias y cuáles no. Una estrategia frecuente de los practicantes de la falsa costumbre es la de evitar este paso. Al hacerlo, perpetúan una doble falacia. Primero toman la opinión no vinculante de la CIJ como reflejo de una norma verdadera. En segundo lugar, pretenden inferir desde la generalidad de la declaración de la Corte cualquier regla medioambiental que ellos favorezcan, como la obligación de restringir las emisiones de carbono. En este ejemplo en particular, incluso si la Corte hubiera expresado la regla en términos suficientemente precisos, no habría pasado la prueba de la costumbre: la declaración de la Corte debe ser verdad, es decir, debe ser verdad que los Estados están de acuerdo universalmente con esa norma (precisa). Al contrario, si la declaración de la Corte fuese verdadera, pero la norma fuese una generalidad vaga (como en este caso), entonces el consenso universal sobre esa generalidad es insuficiente para producir una norma específica obligatoria, tal como lo es la obligación de restringir las emisiones al 50%.

Los practicantes de la falsa costumbre ni siquiera se molestan en citar algún tipo de documentos: simplemente asumen, como en el ejemplo dado, que X está respaldado por “prácticas generales”. La audiencia, por supuesto, no tiene los medios para refutar esta afirmación. Contrasten esto con la afirmación de que la norma X está respaldada por un tratado. La audiencia puede consultar dicho tratado, un documento escrito, y así (más allá de su interpretación) puede fácilmente falsear esa afirmación. Un rasgo prominente de la falsa costumbre es que sus practicantes intentan embaucar a sus audiencias, quienes para poder chequear la veracidad de las declaraciones (la alegación de la norma consuetudinaria) deberían proceder a complicadas y prolongadas búsquedas de historia diplomática. Los practicantes de la falsa costumbre, básicamente, se aprovechan de los altos costos de información del público.

IV. OTROS EJEMPLOS DE FALSAS COSTUMBRES JUDICIALES

Los siguientes ejemplos son de la Corte Internacional de Justicia. Me apresuro a decir que no todos los tribunales internacionales abusan de la costumbre de la misma manera; por ejemplo, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha hecho un trabajo creíble revisando precedentes para establecer la existencia de una regla consuetudinaria con un grado de solidez respetable. Y la misma Corte Internacional de Justicia ha mejorado también en este punto.²⁴

Como ya mencionamos, en Nicaragua la Corte llegó a la sorprendente conclusión de que los Estados no tenían el derecho de legítima defensa colectiva en contra del uso de la fuerza que no llegara a constituir un ataque armado. Hasta este fallo, la mayoría de los juristas creían que los Estados tenían el derecho de legítima defensa en contra de cualquier violación del artículo 2(4), y que en esos casos debían atenerse, como siempre, a la regla de la proporcionalidad. La mayoría de los expertos creía que un ataque armado menor autorizaba una respuesta defensiva menor, y esto incluía el derecho de pedir y recibir la ayuda proporcional de aliados.²⁵ Al llegar a la conclusión opuesta, la Corte no citó ni un precedente; sólo citó una resolución no vinculante de la Asamblea General, y asumió que la costumbre internacional podía deducirse de ella.²⁶ Dejando de lado el hecho de que del texto de la resolución no se seguía la conclusión de la Corte sobre el derecho a la legítima defensa colectiva, un método jurídico sólido requiere que el uso de las resoluciones de la Asamblea General sea respaldado por un examen de la práctica de los Estados. Sin embargo, la Corte no hizo nada de eso. Nicaragua, el caso más importante sobre el uso de la fuerza, no cita ninguna práctica estatal que respalde su conclusión. La conclusión de la Corte en Nicaragua podría haber sido defendida, quizás, por razones de política normativa: confinar la legítima defensa colectiva a ataques armados ayuda a reducir la intensidad de los conflictos, ya que los Estados solo serán capaces de convocar a sus aliados en los peores casos (asumiendo que el derecho internacional pone limitaciones efectivas

²⁴ Ver caso Inmunidad de Jurisdicción en la CIJ.

²⁵ Como dije no me pronuncio sobre si la posición de fondo de la Corte es buena, mala, deseable o indeseable. Solamente me interesa saber si la Corte creíblemente apoya sus conclusiones en la práctica estatal.

²⁶ En su reciente fallo sobre Uganda-Congo, la Corte reiteró su postura de que algunos párrafos de la Resolución 2625 son declarativos de costumbre internacional. No cita precedente alguno en apoyo de esto. Uganda-Congo CIJ, párrafo 162.

sobre el accionar de los Estados en esta clase de situaciones). Si la Corte hubiese hecho esto, en vez de inventar una regla de la nada, su decisión habría resultado más creíble.

En el Caso Actividades Armadas en el Territorio del Congo, la Corte recurrió en múltiples ocasiones a la costumbre internacional. Al igual que en Nicaragua, la Corte concluyó que los párrafos en la Resolución 2625 en relación con la asistencia a los rebeldes eran declarativos de costumbre internacional.²⁷ Para ello no citó ningún precedente. Nadie duda de que exista algún tipo de norma default contra ese tipo de intervención, pero un examen de la práctica estatal habría sido sumamente conveniente en este caso, aunque más no fuera para definir los contornos de esa norma (la intervención en apoyo a los rebeldes democráticos que luchan contra el genocidio o contra un régimen ilegítimo, ¿también está prohibida?). Citar las resoluciones de la Asamblea General de la ONU es un método perezoso de determinar la costumbre internacional. En otro punto de la decisión, la Corte decidió nuevamente no examinar la práctica estatal: la naturaleza de la ocupación conforme al derecho consuetudinario, para la Corte, está incluida en la Convención de la Haya de 1907. Puede que la Corte haya estado en lo cierto esta vez: es probable que la Convención de la Haya de 1907 refleje costumbre internacional. Sin embargo, nuevamente, esta conclusión debe ser respaldada por un examen actual de la práctica estatal. Mi objeción no se refiere a la exactitud de la decisión en sí misma, sino a la poca solidez de los métodos utilizados por la Corte.

Como indiqué, el fracaso de la Corte en justificar el pedigrí de la costumbre crea una cadena falsa de justificaciones jurídicas. La primera vez, la Corte afirma que un principio es parte de la costumbre internacional sin ningún tipo de demostración. La segunda vez, dado que la Corte ya ha dicho que es costumbre internacional, la Corte lo hará costumbre internacional citando su propio precedente.

En la decisión del caso Orden de Arresto, la Corte concluyó que la costumbre internacional otorga a los ministros extranjeros inmunidad absoluta en cuanto a la jurisdicción penal.²⁸ Sin embargo, uno puede buscar en vano cualquier tipo de cita de cualquier incidente o precedente internacional que concierna esta declaración. En cambio, la Corte realizó

²⁷ Corte Internacional de Justicia, Caso relativo a las Actividades Armadas en el Territorio del Congo, (19 de diciembre, 2005), párrafo 172. Ver también párrafo 214.

²⁸ Corte Internacional de Justicia, Caso Relativo a la Orden de Arresto del 11 de abril del 2000 (14 de febrero del 2002), párrafos 52-54.

un análisis estrictamente funcional: los ministros extranjeros gozan de inmunidad absoluta debido a que, si no, no podrían cumplir con sus deberes. Este argumento puede estar bien o mal, pero mi punto es que seguramente existan incidentes en la historia diplomática, de la práctica estatal, que la Corte podría haber citado para respaldar este punto de vista. Y, lamentablemente, la Corte sostuvo la posición controvertida de que los ministros extranjeros son inmunes por los actos cometidos durante su mandato, incluso después de haber cesado con sus funciones.²⁹ Esta afirmación, que resultó innecesaria para la resolución del caso, no contaba con ningún tipo de fundamento: ninguna cita de práctica estatal (o de ninguna otra autoridad, exceptuando el bastante débil análisis funcional de la propia Corte). En sus conclusiones la Corte dijo que “ha examinado cuidadosamente la práctica estatal, incluidas las legislaciones nacionales y los pocos fallos de altas cortes nacionales, tales como la Casa de los Lores y la Corte de Casación Francesa”. Incluso así, la Corte se declara a sí misma “incapaz de deducir de esa práctica la existencia conforme a la costumbre internacional de cualquier tipo de excepción a la regla sobre la inmunidad de jurisdicción penal e inviolabilidad que incumba a los Ministros de Asuntos Exteriores, aún si ellos están bajo sospecha de haber cometido crímenes de guerra o de lesa humanidad”.³⁰ No se nos ha dicho, sin embargo, qué práctica estatal ha examinado la Corte, ni tampoco el razonamiento por el cual la Corte cree que esta práctica respalda su punto de vista sobre el asunto. Este tipo de técnica judicial es deplorable y perjudica la autoridad y credibilidad de los fallos de la Corte.

En ocasiones, la Corte Internacional de Justicia se niega a establecer consecuencias de normativas de prácticas, sin presentar una explicación suficiente respecto de por qué la práctica no cuenta. La Corte hace esto manipulando el concepto de *opinio juris*. En uno de sus principales casos sobre costumbre, el Caso de la Plataforma Continental del mar del Norte, la Corte negó el valor probatorio de costumbre a las instancias en las que los Estados habían utilizado la regla de equidistancia para la delimitación de la plataforma continental. Para hacer esto, la Corte simplemente alegó que no había *opinio juris* ya que Holanda y Dinamarca no habían podido demostrar que los Estados utilizaban la regla de

²⁹ Ver párrafo 61.

³⁰ Ver párrafo 58.

equidistancia en la creencia de estar cumpliendo un deber jurídico.³¹ Pero por supuesto, la prueba que la Corte solicitaba a Holanda y Dinamarca era imposible de producir. El resultado de ese caso, en mi opinión, se apoya solamente en el hecho de que a los ojos de la Corte el uso del método de equidistancia hubiese sido injusto, y no en un simulado análisis de la costumbre.

V. LA FALSA COSTUMBRE DEBE SER RECHAZADA

La costumbre internacional, tanto la clásica cuanto la moderna, es una fuente indispensable del derecho internacional. Sin embargo, la falsa costumbre debe ser rechazada. Si el derecho internacional va a ser relevante y ganar el respeto del público y de los juristas en general, los internacionalistas deberían identificar una definición práctica y operativa de la costumbre internacional que sirva a las metas éticas y funcionales para las cuales se supone que el derecho internacional sirve. De no hacerlo, la costumbre internacional se convertirá en una herramienta más de debate político y partidismo. Si el derecho internacional carece del respaldo de un sólido pedigrí del derecho consuetudinario –una teoría objetiva e imparcial de qué es lo que cuenta como costumbre internacional– resulta entonces, irremediamente indefinido. Todo es posible. Cualquier posición que tomemos puede ser calificada como “costumbre”. Esto es exactamente lo que está sucediendo hoy en día en el mundo de derecho internacional. No me refiero sólo a los juristas internacionales, sino también a los fallos de algunos tribunales internacionales y a las posiciones que adoptan los gobiernos. Estamos siendo testigos del fenómeno inflacionario de la costumbre. Los juristas a menudo llaman costumbre internacional a cualquier norma que los favorezca. Si realmente están a favor de la norma, entonces la llaman *ius cogens*. Al hacerlo, estos promotores de normas carecen de una intención seria de aplicar una norma respaldada por la práctica estatal, ni de justificarla dentro de los campos políticos o morales, ni mucho menos aún, de averiguar si la regla se apega a los requerimientos estrictos de la *opinio juris*. Sin embargo, como ya dije, la costumbre internacional es atractiva porque refleja la noción acumulada de las preferencias dentro de una comunidad. Las normas así formadas han sido elaboradas durante un período relativamente largo de tiempo, o, alternativamente, han sido

³¹ Corte Internacional de Justicia, Caso de la Plataforma Continental del mar del Norte (20 de Febrero, 1969), párrafo 77.

genuinamente aceptadas por la comunidad internacional. La costumbre internacional genuina refleja un equilibrio. La práctica de la falsa costumbre carece de ello. Carece de lo más importante de la costumbre: su habilidad para reflejar la historia institucional y las expectativas del Estado sobre lo que es justo, mutuamente beneficioso, ético, o eficiente y que, por alguna de estas razones, está vigente.

Debido a la ubicuidad y la frecuencia de la práctica de la falsa costumbre, dentro de la práctica del derecho internacional los argumentos de costumbre internacional han perdido solidez y, por lo tanto, el respaldo que esas posiciones podían ganar al ser etiquetadas como “derecho” resulta solo ilusorio. El problema con esa tendencia no es tanto que los juristas tomen decisiones subjetivas: todos lo hacemos. El problema es que disfrazan esa elección subjetiva como una norma objetiva, una que (ellos pretenden) no fue elegida por ellos como la mejor opción, sino que ya estaba contenida en el derecho. Este punto requiere de mayor elaboración.

VI. ¿PUEDE EL DERECHO NATURAL SALVAR LA COSTUMBRE INTERNACIONAL?

El practicante de la falsa costumbre puede tal vez replicar de esta manera: “Las normas que burlescamente usted llama falsa costumbre son de hecho normas altamente recomendables por razones de moral, equidad, y eficiencia. El concepto de costumbre no debería ser entendido en términos meramente positivistas. ‘Costumbre’ es un término técnico. No sólo incluye el proceso diplomático —la práctica y el consenso de los Estados—, sino que también incluye normas que son éticamente requeridas o deseables. Si una reducción en las emisiones de carbonos es requerida por razones éticas, entonces forma parte de la costumbre, entendida en una forma no positivista. En consecuencia, la costumbre incluye normas que son requeridas por razones positivistas (lo que usted llama teorías clásicas y modernas de la costumbre) y normas requeridas por razones éticas. La obligación del Estado de no torturar, por ejemplo, no depende de la práctica o el consenso. Es una obligación ética, y como tal, forma parte del derecho internacional tanto como las normas con pedigrí positivista”.

Esta respuesta introduce una cuestión central de teoría general del derecho: la relación entre el derecho y la moral. Supongamos que la posición del objetor es correcta y que las reglas moralmente obligatorias son parte del derecho internacional tanto como las normas con pedigrí

internacional lo único importante es quién tiene el mejor reclamo.³² Desde este punto de vista, cualquier reclamo que una parte haga en una disputa internacional, sin importar lo poco fundado que esté, puede potencialmente convertirse en costumbre. El mismo hecho de articular ese reclamo lo convierte en parte del precedente —una regla embrionaria, por así decirlo— el cual puede fallar o triunfar, dependiendo de cual sea su fuerza persuasiva al enfrentar el alegato rival. Supongamos que un gobierno argumenta ante un tribunal que la costumbre internacional permite a los Estados soberanos renegar la jurisdicción de la corte en lo que concierne a su deuda internacional.³³ Supongamos que su reclamo no está respaldado por la práctica estatal o el consenso general. No obstante, en la teoría que estamos discutiendo la mismísima articulación de este falso alegato acrecienta su estatus normativo. Si el tribunal da lugar al reclamo, se supone que ha alcanzado estatus legal, se ha convertido, tal vez, en una nueva norma del derecho internacional.³⁴

Esta tesis tiene un sabor liberador. Podemos alegar lo que queramos y esperar que nuestra retórica superior persuada a la audiencia —en particular, a un tribunal—. No necesitamos las teorías clásicas o modernas de la costumbre; no necesitamos la práctica estatal ni el consentimiento universal. Cualquier tipo de reclamo bastará. Sin embargo, la tesis debe ser rechazada. En realidad, se basa en la premisa escéptica de que no hay derecho internacional positivo: todas las proposiciones jurídicas son *ex aequo et bono*. Tal vez esa postura es correcta y no hay derecho internacional; todo es un espejismo. Sin embargo, si así fuese, el teórico debería reconocer este hecho y no disfrazarlo su propia posición de costumbre jurídica.

VIII. ¿SON LOS DERECHOS HUMANOS COSTUMBRE INTERNACIONAL?

Ninguna otra área del derecho ejemplifica la falsa costumbre mejor que el del derecho internacional de los derechos humanos. Sólo voy a esbozar mi postura aquí; una defensa completa y elaborada deberá esperar.

³² Ver D'Amato, *The Concept of Custom*.

³³ Inspirado por el reciente default de Argentina.

³⁴ Digo "tal vez" porque la visión de la reclamación orientada debe permitir una teoría del error judicial.

Supongamos que intentamos determinar si un derecho humano enumerado en una declaración o tratado es también parte de la costumbre internacional. Para hacerlo debemos ver si el derecho en cuestión responde a los cánones de la costumbre genuina. Según la primera versión de la costumbre genuina, la teoría clásica, el derecho humano en cuestión resultaría de una densa y sólida práctica por parte de los Estados, que no sólo respeten dicho derecho, sino también se sientan normativamente presionados a hacerlo. La prohibición del genocidio cae seguramente dentro de esta categoría. Los Estados se abstienen del genocidio y sienten una fuerte presión para continuar absteniéndose. Según la segunda versión de la costumbre genuina, los Estados han alcanzado un consenso universal y específico sobre tales derechos humanos, incluso si esos consensos no son apoyados por la práctica estatal. Dos ejemplos son la prohibición de la tortura cometida por parte de funcionarios públicos y la prohibición de la detención arbitraria indefinida. No hay dudas de que muchos gobiernos violan estos derechos con una frecuencia alarmante. Por ello, de la teoría clásica de la costumbre no respalda estos derechos porque falta la práctica estatal; de hecho hay una significativa práctica contraria. Sin embargo, estos derechos están respaldados por la teoría moderna de la costumbre, ya que hay un consenso específico y universal sobre ellos. Los Estados (¡incluso los tiránicos!) proclaman públicamente que la tortura oficial y la detención arbitraria e indefinida son actividades gubernamentales prohibidas y que por lo tanto los ciudadanos tienen el derecho a no sufrir esos ultrajes. Si esto es correcto, entonces, ambos derechos son costumbre internacional ya que satisfacen la segunda versión de la costumbre genuina. En el otro extremo, existen derechos humanos en tratados que casi todos concuerdan que no son parte de la costumbre internacional —por ejemplo, el derecho a las vacaciones anuales pagas.³⁵

Pero, ¿cuál es el estatus consuetudinario de otros derechos humanos sumamente importantes enumerados en tratados y declaraciones? Para ordenar las ideas, consideremos un derecho humano muy específico: el derecho a criticar al gobierno en la prensa. La primera tarea es evitar una falsa inferencia de generalidades. Dicha falsa inferencia ocurriría si alguien dijera que la libertad de expresión es “generalmente reconocida” en documentos y declaraciones, y por lo tanto los individuos tienen el derecho humano consuetudinario de criticar al gobierno en la prensa.

³⁵ Ver Brian Leppard, *International Customary Law*, 326.

Esto es, como ya expliqué, una mala lógica, falsa costumbre: que algunos conceptos vagos sobre la libertad de expresión sean “reconocidos generalmente” no significa ipso facto que este derecho específico, el derecho de criticar al propio gobierno en la prensa, esté respaldado por la práctica estatal. Más de medio mundo reprime disidencias de cualquier tipo y algunos gobiernos, aunque sean más liberales en términos del respeto hacia la libre expresión, prohíben expresamente las críticas hacia el gobierno.³⁶ Me temo que tampoco este derecho satisface la segunda prueba de costumbre genuina. Es cierto que los gobiernos no andan alardeando de cuánto disenso suprimen. Sin embargo, no hay consenso sobre los límites de la libertad de expresión. Para unos pocos Estados dicha libertad debería ser extremadamente sólida; para otros, la libre expresión admite importantes restricciones legales; y otros han declarado expresamente que el derecho de libertad de expresión no incluye el derecho a criticar al gobierno.³⁷ Así, parece que incluso bajo una teoría liberal de la costumbre genuina deberíamos concluir que el derecho a criticar a nuestro propio gobierno en la prensa no es parte de la costumbre internacional. Un positivista que no quiere perpetrar la falsa costumbre debería decir que el derecho en cuestión puede ser protegido por un tratado (e incluso así el tema es dudoso, debido a la generalidad del término de “libertad de expresión” dentro de los tratados de derechos humanos) o que el derecho en cuestión puede ser un derecho moral, pero no un derecho humano establecido por el derecho internacional.

Esta postura me parece deficiente, pero al menos es honesta ya que no simula que el derecho a criticar al gobierno es costumbre internacional. Quien sostiene que este derecho es moralmente imperativo, aunque lamentablemente no forma parte de la costumbre internacional, está evitando la falsa costumbre. Entonces, ¿por qué creo que esta postura es deficiente? Porque no creo que todo lo que es jurídicamente vinculante en el derecho internacional deba ser rastreable a un tratado o costumbre. En particular, creo que los derechos humanos moralmente imperativos son vinculantes jurídicamente tanto como si hubiesen sido decretados por tratados o costumbre. El derecho a criticar

³⁶ Ver Freedom House, Freedom of the Press 2014 at 4, http://freedomhouse.org/sites/default/files/FOTP2014_Overview_Essay.pdf

³⁷ Por ejemplo, ver Symposium, “Human Rights in Asia: China and the Bangkok Declaration,” Buffalo Journal of Int’l Law 2, (1996): 215, 220; y Human Rights Watch, World Report 2014, pág. 239.

al propio gobierno en la prensa es jurídicamente vinculante para los gobiernos debido a que es moralmente vinculante. Nuevamente, no puedo ofrecer una demostración completa aquí. Simplemente observo que el discurso político es la esencia de la libertad de expresión y que sería nulificado si los ciudadanos no pudiesen criticar a quienes tienen poder sobre ellos. Así que no necesitamos fundar el derecho a criticar al gobierno en una teoría falsa de costumbre internacional. No es necesario inventar normas extraídas de prácticas no existentes o consensos imaginarios. Suprimir el disenso es inaceptable, punto; y el derecho internacional no merece ser etiquetado como “derecho” si no reconoce el derecho en cuestión. Ahora bien, concedo que el determinar cuáles derechos son moralmente vinculantes en este sentido no es más fácil que pergeñar un argumento de falsa costumbre. Sin embargo, abrigo la esperanza de que una teoría moral sobre los derechos humanos, los derechos que poseemos contra los gobiernos, resulte menos problemática que una teoría abarcativa sobre la moral o sobre la naturaleza humana, o algo por el estilo. Un enfoque enriquecido de Locke o Kant ayudaría mucho a especificar qué derechos son indispensables para las instituciones libres.³⁸

IX. CONCLUSIÓN

En resumen, propongo que se distinga entre la costumbre internacional genuina y la costumbre internacional falsa. La costumbre internacional genuina comprende dos sub-categorías. La primera, la versión clásica, define la costumbre como una práctica robusta respaldada por una fuerte presión de actuar conforme a ella (*opinio juris*). La segunda, la versión moderna, define a la costumbre como un consenso internacional robusto y específico, incluso si no fuese respaldado por una práctica sólida.³⁹ Mi propuesta es más liberal que la versión tradicional: no sólo incluye normas respaldadas por la práctica estatal, sino que incluye además normas que han sido avaladas por la mayor parte de los actores. Por lo tanto, la costumbre internacional genuina, así definida, refleja el sentido agregado de la juridicidad dentro

38 Para una defensa completa del liberalismo como el fundamento del derecho internacional y la justicia, ver Loren Lomasky y Fernando R. Tesón, *Justice at a Distance: Expanding Freedom Globally* (Cambridge University Press, 2015)

39 A los ejemplos discutidos arriba, agrego la pena de muerte para menores, declarada inconstitucional (en parte sobre la base de consenso internacional) por la Corte Suprema de Estados Unidos. Ver *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

de la comunidad en la cual fue, ya sea elaborada durante un período relativamente largo, o ya sea plasmada en un fuerte consenso.

La falsa costumbre, por otro lado, consiste, como ya expliqué, en normas putativas promovidas por quienes desean imponerlas, pero no apoyadas por los procesos de creación de la costumbre genuina descriptos anteriormente. Son “normas” que sus partidarios desearían que fueran genuinas, pero que en realidad no lo son. Una norma de falsa costumbre está caracterizada no por la práctica estatal o por un sólido consenso, sino por su retórica partidaria y falta de fundamentos. La práctica de la falsa costumbre lamentablemente ha degradado al derecho internacional a los ojos del público en general, los tribunales y la comunidad jurídica convencional.

Rechazar la falsa costumbre no significa adoptar la tesis positivista de la separación entre el derecho y la moral. Por el contrario, una visión honesta sobre las obligaciones internacionales nos permite reconocer las normas que no llegan a ser consuetudinarias, pero que son indispensables para un orden jurídico internacional mínimo. Estas normas son jurídicamente vinculantes aun cuando carezcan de una base positivista. Pero la falsa costumbre carece de la autoridad del derecho genuino, es intelectualmente deshonesto y, por lo tanto, no tiene lugar dentro del derecho internacional.

Foto: obra de Rosana Schoijett
