

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Internacional
Público

Análisis crítico sobre la identificación de normas
consuetudinarias vinculadas a la CONVEMAR realizada por la
Corte Internacional de Justicia en el caso de Presuntas
Violaciones a Derechos Soberanos y Espacios Marítimos en el
Mar Caribe (Nicaragua c. Colombia), a la luz del proyecto de la
Comisión de Derecho Internacional sobre esa materia

Trabajo académico para optar el título de Segunda
Especialidad en Derecho Internacional Público

Autora:

Jeanine Patricia Calderón Huari

Asesor:

Gattās Elías Abugattās Giadalah

Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, GATTÁS ELÍAS ABUGATTÁS GIADALAH, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo Académico titulado “Análisis crítico sobre la identificación de normas consuetudinarias vinculadas a la CONVEMAR realizada por la Corte Internacional de Justicia en el caso de Presuntas Violaciones a Derechos Soberanos y Espacios Marítimos en el Mar Caribe (Nicaragua c. Colombia), a la luz del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre esa materia”, de la autora JEANINE PATRICIA CALDERON HUARI, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 28%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11/12/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 07 de febrero del 2024

GATTÁS ELÍAS ABUGATTÁS GIADALAH	
DNI: 40442495	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7237-7865	

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es examinar el proceso de identificación de normas consuetudinarias relacionadas con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR), seguido por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en su fallo del 2022, en el caso de *Presuntas violaciones a derechos soberanos y espacios marítimos en el Mar Caribe* entre Nicaragua y Colombia. Con esta finalidad, la autora hace una síntesis del caso y explica los principales argumentos que llevaron a la Corte a determinar la existencia de normas consuetudinarias referidas a la zona económica exclusiva, la zona contigua y las líneas de base rectas. Posteriormente, se presentan los antecedentes y la metodología propuesta por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en su proyecto de conclusiones sobre la identificación del Derecho internacional consuetudinario, para analizar a partir de éstas lo realizado por la CIJ. Como resultado de esta investigación, se observa que el proceso seguido por la Corte difiere de la metodología propuesta por la CDI, puesto que en la identificación de normas consuetudinarias la CIJ ha desarrollado suficientemente el elemento material, pero sólo ha hecho referencias tangenciales a actuaciones estatales que podrían indirectamente evidenciar la *opinio iuris*, sin hacer referencia expresa alguna a ella.

Palabras clave

Costumbre internacional, identificación de normas consuetudinarias, Derecho del mar, Corte Internacional de Justicia, Comisión de Derecho Internacional, zona contigua, zona económica exclusiva, líneas de base

ABSTRACT

This paper focuses on the examination of the process of identification of customary international law in connection with the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), as followed by the International Court of Justice (ICJ) in its 2022 decision, on *Alleged violations of sovereign rights and maritime spaces in the Caribbean Sea* between Nicaragua and Colombia. To this end, the author makes a synthesis of the case and explains the main arguments that lead the Court to determine the existence of customary international law related to an exclusive economic zone, a contiguous zone and straight baselines. Subsequently, the author presents the background and methodology proposed by the International Law Commission (ILC) in its Draft conclusions on identification of customary international law, using those to analyze ICJ's decision. This research shows that the Court's process differs from ILC's methodology, since the ICJ develops the material element in depth, but only makes tangential references to State actions that could indirectly support *opinio juris*, without making mention of it.

Keywords

International custom, identification of customary international law, Law of the sea, International Court of Justice, International Law Commission, contiguous zone, exclusive economic zone, baselines

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
1. La identificación de normas consuetudinarias vinculadas a la CONVEMAR realizada por la Corte Internacional de Justicia en el caso de <i>Presuntas violaciones a derechos soberanos y espacios marítimos en el Mar Caribe (Nicaragua c. Colombia)</i>	4
1.1. Contexto del caso	4
1.2. Identificación de normas consuetudinarias vinculadas a la CONVEMAR 9	
1.2.1. Costumbre referida a la zona económica exclusiva	10
1.2.2. Costumbre referida a la zona contigua	11
1.2.3. Costumbre referida a las líneas de base rectas	19
2. El proyecto de conclusiones sobre la identificación del Derecho internacional consuetudinario de la Comisión de Derecho Internacional	21
2.1. Antecedentes del Proyecto de la CDI	21
2.2. La metodología propuesta por la Comisión de Derecho Internacional	27
2.2.1. Conclusiones 2 y 3: Enfoque básico	28
2.2.2. Conclusiones 4 a 8: Práctica General	30
2.2.3. Conclusiones 9 y 10: <i>Opinio iuris</i>	32
2.2.4. Conclusiones 11 y 13: Alcance de ciertos medios de identificación del Derecho internacional consuetudinario	34
3. Análisis crítico del caso a partir del proyecto de conclusiones sobre la identificación del Derecho internacional consuetudinario de la Comisión de Derecho Internacional	37
3.1 Análisis a partir de las conclusiones 2 y 3: Enfoque básico	37
3.2 Análisis a partir de las conclusiones 4 a 8: Práctica General	38
3.3 Análisis a partir de las conclusiones 9 y 10: <i>Opinio iuris</i>	42
3.4 Análisis a partir de las conclusiones 11 y 13: Alcance de ciertos medios de identificación del Derecho internacional consuetudinario	46
CONCLUSIONES	51
BIBLIOGRAFÍA	53

INTRODUCCIÓN

La costumbre internacional es una práctica constante y uniforme (elemento objetivo) cuya ejecución se justifica en una *opinio iuris* (elemento subjetivo) (Novak & García-Corrochano, 2016, Tomo I, p. 82; Salmón, 2014, p. 229). Este segundo elemento también es conocido por la doctrina como consciencia jurídica (Cançado Trindade, 2005), convicción jurídica (Novak & García-Corrochano, 2016, Tomo I, p. 94), sentimiento de obligatoriedad (Truyol y Serra, 1998), o aceptación como derecho (CDI, 2018, p.99). En adelante me referiré indistintamente a la costumbre o a las normas consuetudinarias.

Al ser una fuente principal del Derecho internacional, la costumbre genera derechos y obligaciones para los Estados y otros sujetos de Derecho internacional. Su importancia se acentúa especialmente en los casos en que no exista un Tratado, o el mismo no haya entrado en vigor; o, incluso, en los supuestos en los que, teniendo un Tratado vigente, se requiera regular las relaciones entre un Estado parte en aquel y uno que no lo sea, o entre varios Estados no parte.

Asimismo, a diferencia de los Tratados que solo vinculan a sus Estados parte, la costumbre tiene la capacidad de vincular a todos los Estados de la comunidad internacional (Tanaka, 2023, p. 12). En ese sentido, el análisis de la costumbre internacional del mar tiene especial importancia, toda vez que aún existen Estados que no son parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (en adelante, CONVEMAR o la Convención), pero que estarían vinculados por las normas consuetudinarias generales reflejadas en algunas de sus disposiciones¹.

¹ Entre los Estados que no son parte de la CONVEMAR se puede listar, por orden alfabético, a: Afganistán, Bután, Burundi, Camboya, República Africana Central, Colombia, El Salvador, Emiratos Árabes Unidos, Estados Unidos de América, Etiopía, Irán, Libia, Liechtenstein, República Árabe Siria, República del Perú, República Popular Democrática de Corea.

La Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha aplicado y desarrollado el concepto de «costumbre internacional» en numerosa jurisprudencia. De este modo, ha identificado la existencia de normas consuetudinarias reflejadas en los artículos 2.2 (CIJ, 1986, p. 111, párr. 212),³ (CIJ, 2012, p. 690, párr. 177), 7 (CIJ, 2022, p. 83, párr. 242), 13.1 (CIJ, 2001, p.100, párr. 201), 15 (CIJ, 2001, p.100, p. 94, párr. 176), 18.1.b (CIJ, 1986, p. 111, párr. 214), 33 (CIJ, 2022, p. 58, párr. 155), 56 (CIJ, 2022, p. 32, párr. 57; CIJ, 2023, p. 27, párr. 69), 58 (CIJ, 2022, p. 32, párr. 57; CIJ, 2023, p. 27, párr. 69), 61 (CIJ, 2022, p. 32, párr. 57; CIJ, 2023, p. 27, párr. 69), 62 (CIJ, 2022, p. 32, párr. 57; CIJ, 2023, p. 27, párr. 69), 73 (CIJ, 2022, p. 32, párr. 57; CIJ, 2023, p. 27, párr. 69), 74 (CIJ, 2012, p. 674, párr. 139; CIJ, 2014, p. 65, párr. 179), 76 (CIJ, 1985, p. 55, párr. 77; CIJ, 2012, p. 666, párr. 118; CIJ, 2023, p. 24, párr. 52), 83 (CIJ, 1985, p. 55, párr. 77; CIJ, 2012, p. 674, párr. 139; CIJ, 2014, p. 65, párr. 179), 121 (CIJ, 2012, p. 674, párr. 139; CIJ, 2001, p.100, p. 97, párr. 185) y 303.2 (CIJ, 2022, p. 66, párr. 186) de la CONVEMAR. Pese a este amplio desarrollo, el proceso de formación e identificación de normas consuetudinarias no ha dejado de tener un carácter complejo, siendo reiterado objeto de estudio por parte de la doctrina.

Ante este escenario, la identificación de las normas consuetudinarias es particularmente importante, pues el incumplimiento de las obligaciones derivadas de ellas podría resultar en la atribución de responsabilidad internacional, como ocurrió en el caso *Presuntas violaciones a derechos soberanos y espacios marítimos en el Mar Caribe* que analizaré en las siguientes páginas.

En la primera sección de este trabajo haré una síntesis del caso y explicaré los principales argumentos que llevaron a la Corte a determinar la existencia de normas consuetudinarias referidas a la zona económica exclusiva (artículos 56, 58, 61, 62 y 73), la zona contigua (artículos 33 y 303.2) y las líneas de base rectas (artículo 7). Escogí esta sentencia, pues en ella la Corte recurrió al Derecho internacional consuetudinario reflejado en la CONVEMAR para realizar

el análisis del caso, habida cuenta de que solo Nicaragua era parte de esta Convención (CIJ, 2022, p. 29, párr. 48).

En la segunda sección, presentaré los antecedentes y la metodología propuesta por la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, la CDI o la Comisión) en su proyecto de conclusiones sobre la identificación del Derecho internacional consuetudinario (en adelante, el Proyecto de la CDI o el Proyecto). Este Proyecto fue elaborado por la Comisión entre los años 2012 a 2018, con la finalidad de orientar el trabajo de los profesionales encargados de determinar y aplicar dichas normas, promoviendo un análisis minucioso que garantice la credibilidad de la norma identificada (CDI, 2011, p. 201). Pese a no ser un documento con carácter vinculante, a partir del mismo, se puede analizar el proceso seguido por cualquier Tribunal para la identificación de costumbre en un caso concreto, pues consolida algunos criterios desarrollados en la jurisprudencia y la doctrina, que brindan una orientación práctica para la identificación de normas consuetudinarias.

Finalmente, en la tercera sección, realizaré el análisis crítico del proceso de identificación de normas consuetudinarias conducido por la CIJ en el caso mencionado, a partir del Proyecto de la CDI, con la finalidad de determinar si se siguió o no la metodología allí propuesta. Dicho análisis estará organizado en función a las conclusiones del Proyecto de la CDI que sean aplicables al caso, para seguir la misma secuencia lógica empleada en la segunda sección. El propósito de este trabajo va más allá del análisis concreto del caso estudiado, y busca promover la discusión en torno al complejo proceso de identificación de las normas consuetudinarias, que es transversal a los distintos ámbitos del Derecho internacional.

1. La identificación de normas consuetudinarias vinculadas a la CONVEMAR realizada por la Corte Internacional de Justicia en el caso de *Presuntas violaciones a derechos soberanos y espacios marítimos en el Mar Caribe* (Nicaragua c. Colombia)

1.1. Contexto del caso

El 26 de noviembre de 2013 Nicaragua presentó ante la CIJ una demanda de inicio de procedimiento contra Colombia por la violación de sus derechos soberanos y espacios marítimos definidos por la Corte en un caso anterior entre ambos Estados, denominado *Controversia Territorial y Marítima*. En la sentencia de fondo de dicho caso, emitida el 19 de noviembre de 2012 (en adelante, la sentencia de 2012), la CIJ definió una frontera marítima única que delimitó las plataformas continentales (PC) y zonas económicas exclusivas (ZEE) de Nicaragua y Colombia en el Mar Caribe (CIJ, 2012, pp. 718-720, párr. 251)².

Los hechos del caso bajo análisis se desarrollaron entre los años 2013 y 2018, en los espacios marítimos determinados en favor de Nicaragua en la referida sentencia de 2012. De acuerdo con este Estado, Colombia vulneró sus derechos de soberanía y jurisdicción ya que, en su ZEE, realizó las siguientes conductas:

² Se entiende por «frontera marítima única» a la línea trazada para delimitar, al mismo tiempo, la ZEE y la plataforma continental (PC) reclamadas por Estados con costas adyacentes o situados frente a frente (Franckx, 2023, p. 1). La CIJ ha sostenido que esta noción no tiene su origen en tratados multilaterales, sino en la práctica de los Estados, que desean delimitar varios de sus espacios marítimos, parcialmente coincidentes, a través de una línea de frontera continua (CIJ, 2001, p. 93, párr. 173). El primer caso relacionado a este tema ante la CIJ fue el relativo a la *Delimitación de una frontera marítima en la zona del Golfo de Maine* entre Canadá y los Estados Unidos de América (CIJ, 1984, p. 345, párr. 243). Algunas de las sentencias en las que la CIJ ha definido una frontera marítima única son: *Caso relativo a la delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Catar y Bahrain* (CIJ, 2001, p. 117, párr. 252(6)), *caso relativo a la controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe* (Nicaragua c. Honduras) (CIJ, 2007, p. 760, párr. 321 (3)), *Caso relativo a la controversia marítima entre Perú y Chile* (CIJ, 2014, p. 71, párr. 198), *Delimitación marítima en el Mar Caribe y el Océano Pacífico entre Costa Rica y Nicaragua* (CIJ, 2018, p. 190, párr. 135), *Delimitación marítima en el Océano Índico entre Somalia y Kenia* (CIJ, 2021, p. 284, párr. 214(4)). Sobre este tema, Franckx agrega que algunos foros judiciales internacionales como el Tribunal Internacional del Derecho del Mar ha incluido al mar territorial (además de la ZEE y la PC) en la delimitación realizada a través de una frontera marítima única, como ocurrió en la *Controversia relativa a la delimitación de la frontera marítima entre Ghana y Costa de Marfil en el Océano Atlántico* (Tribunal Internacional del Derecho del Mar, 2017, p. 145, párr. 540) (Franckx, 2023, p. 5).

- i) Interfirió en las actividades pesqueras y de investigación científica de las embarcaciones de bandera o con licencia nicaragüense, bajo pretexto de estar implementando medidas de conservación ambiental; así como en las operaciones navales de la armada nicaragüense.
- ii) Concedió permisos de pesca a través de la Dirección General Marítima (DIMAR) del Ministerio de Defensa Nacional de Colombia y de la Gobernación del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.
- iii) Ofreció y adjudicó licencias de exploración petrolera, a través de la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH) del Ministerio de Minas y Energía de Colombia.
- iv) Constituyó una zona contigua integral (ZCI) correspondiente a los territorios insulares colombianos, a través del Decreto Presidencial 1946³, que se superponía con su ZEE y que no se ajustaba al Derecho internacional consuetudinario, reflejado en el artículo 33 (zona contigua) de la CONVEMAR, en dos aspectos: 1) su anchura máxima, pues superaba el límite de 24 millas náuticas y 2) el ámbito material de las facultades de control que Colombia se atribuía en su zona contigua (ZC) como Estado ribereño, pues consideraba temas adicionales (seguridad, protección de los intereses marítimos nacionales, preservación del medio ambiente y patrimonio cultural) a las materias permitidas (aduanera, fiscal, de inmigración o sanitaria).

Por su parte, Colombia argumentó que las actuaciones de los miembros de su armada y de otras autoridades colombianas involucradas en los hechos se ajustaban al Derecho Internacional. En particular, sostuvo que:

³ El Decreto Presidencial 1946 se encuentra disponible en el Sistema Único de Información Normativa (SUIN) de Colombia, en el siguiente enlace: <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1374866>. Visitado el 18 de noviembre de 2023.

- i) Las intervenciones realizadas por las fragatas de la Armada de la República de Colombia (ARC) a las embarcaciones de bandera o con licencia nicaragüense, así como a los barcos de la armada nicaragüense, se amparaban en las libertades de navegación y sobrevuelo de las que gozan otros Estados en la ZEE de cualquier Estado ribereño.
- ii) Los permisos de pesca concedidos por las autoridades colombianas no se extendieron sobre la ZEE nicaragüense.
- iii) La oferta y adjudicación de bloques petroleros se realizó en el 2010, antes de la determinación de una frontera marítima única entre Nicaragua y Colombia. Además, no se suscribieron los contratos respectivos.
- iv) Tenía derecho a constituir una zona contigua integral (ZCI) correspondiente a sus territorios insulares, incluso si esta se superponía con la ZEE nicaragüense, dado que las facultades de control que un Estado ribereño ejecuta en su ZC son compatibles con los derechos de soberanía y jurisdicción que otro Estado ribereño tiene sobre su ZEE. Por lo tanto, ambos espacios marítimos podrían coexistir. Además, defendió que su ZCI era conforme con el Derecho internacional consuetudinario, toda vez que la costumbre había evolucionado respecto de lo establecido en el artículo 33 de la CONVEMAR, de modo que “a coastal State is permitted to establish zones contiguous to its territorial sea, of varying breadth and for a range of purposes, going in some respects beyond those expressly envisaged in Article 33 of UNCLOS” (Colombia, 2018, p. 175, párr. 4.49)⁴. El Decreto Presidencial 1946 disponía que, en su ZCI, Colombia podía ejercer las facultades de control necesarias para prevenir y sancionar las infracciones de sus normas, cometidas en su territorio insular o en su mar territorial, en materia de: seguridad, protección de los intereses marítimos nacionales, asuntos

⁴ De acuerdo con Colombia, si la Corte determinaba que la regla de las 24 millas náuticas es parte del Derecho consuetudinario contemporáneo, dicho Estado aún podía justificar el trazado de una ZCI que excediera el ancho máximo permitido en lo que llamó una «excepción consuetudinaria», aplicable cuando se intentará delimitar una ZC de geografía compleja (CIJ, 2022, p. 61, párr. 168).

aduaneros, fiscales, de inmigración y sanitarios, preservación del medio ambiente y patrimonio cultural. En particular, argumentó que la inclusión del «patrimonio cultural» se amparaba en la norma consuetudinaria reflejada en el artículo 303.2 de la CONVEMAR referida a la fiscalización del tráfico y remoción de objetos arqueológicos e históricos hallados en la ZC.

En adición, Colombia planteó cuatro contrademandas, dos de las cuales (la tercera y la cuarta) fueron admitidas a trámite por la CIJ, para su posterior análisis en la sentencia de fondo. La tercera contrademanda estuvo referida a la determinación de la existencia de derechos de pesca tradicionales de los habitantes del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, que Nicaragua debía respetar. Por su parte, la cuarta contrademanda cuestionó la conformidad con el Derecho internacional consuetudinario de las líneas de base rectas (LBR) establecidas por Nicaragua a través del Decreto 33.

El proceso ante la CIJ tuvo un carácter complejo, pues duró un poco más de ocho años y tuvo dos procedimientos incidentales; uno fue el referido a las excepciones preliminares presentadas por Colombia y, el otro, a las contrademandas planteadas por ese mismo país. Además, se trata de un caso muy interesante para efectos de estudiar la identificación de normas consuetudinarias vinculadas a Tratados, dado que la CIJ realizó el análisis del caso con base en el Derecho internacional consuetudinario reflejado en la CONVEMAR, habida cuenta de que solo Nicaragua era parte de esta Convención.

El 21 de abril de 2022 la CIJ emitió su sentencia de fondo, determinando la responsabilidad internacional de Colombia por la vulneración de los derechos de soberanía y jurisdicción que Nicaragua tiene en su ZEE. Consideró que Colombia vulneró la costumbre internacional reflejada en los artículos 56 (Derechos, jurisdicción y deberes del Estado ribereño en la ZEE), 58 (Derechos y deberes de otros Estados en la ZEE) y 73 (Ejecución de leyes y reglamentos del Estado

ribereño) de la CONVEMAR⁵. La violación de esos derechos, según la CIJ, se habría producido por: (i) las intervenciones de las fragatas colombianas a las actividades pesqueras y de investigación científica de las embarcaciones de bandera o con licencia nicaragüense llevadas a cabo en la ZEE de Nicaragua, así como con las operaciones navales de la armada nicaragüense, bajo pretexto de implementar actividades de conservación ambiental; (ii) la concesión de permisos de pesca que se extendieron a la ZEE de Nicaragua emitidos por autoridades colombianas; y, (iii) la constitución de una ZCI que no se ajustaba al Derecho internacional consuetudinario, reflejado en el artículo 33 de la CONVEMAR, debido a que excede el ancho máximo de 24 millas náuticas prevista para la ZC y el ámbito material permitido de las facultades de control que un Estado ribereño ejerce en este espacio marítimo (CIJ, 2022, pp. 68-69, párr. 195 y 196).

Sin perjuicio de la responsabilidad internacional de Colombia por la constitución de una ZC que no se ajustaba al Derecho internacional consuetudinario, la Corte confirmó el argumento de dicho Estado respecto a que el artículo 303.2 de la CONVEMAR, que dispone la facultad del Estado ribereño de fiscalizar el tráfico y remoción de objetos de carácter arqueológico e histórico hallados en su ZC, refleja una norma consuetudinaria. En ese sentido, en la medida en que el término «patrimonio cultural» incluido entre las facultades de control que Colombia se atribuía en su ZCI se refiriera a dicha costumbre, no había vulneración del Derecho consuetudinario (CIJ, 2022, p. 66, párr. 186).

Sobre la oferta y adjudicación de bloques petroleros en la ZEE de Nicaragua por parte de Colombia, la CIJ rechazó la pretensión de Nicaragua, por ausencia de pruebas que demostraran que Colombia seguía ofreciendo, luego de la

⁵ La CIJ también identificó la existencia de normas consuetudinarias en los artículos 61 y 62 de la CONVEMAR, referidos a la conservación y utilización de recursos vivos en la ZEE. Sin embargo, no se determinó el incumplimiento de Colombia de esas normas, toda vez que desarrollan las facultades que tiene un Estado ribereño en su ZEE de acuerdo con lo establecido en el artículo 56 de la Convención referido a los derechos de soberanía, jurisdicción y deberes del referido Estado sobre este espacio marítimo.

sentencia de 2012, bloques petroleros en los espacios que ahora corresponden a la ZEE nicaragüense (CIJ, 2022, p. 55, párr. 143).

En lo que se refiere a las contrademandas presentadas por Colombia, la Corte desestimó la referida a una supuesta vulneración por parte de Nicaragua de los derechos de pesca tradicionales de los habitantes del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, dado que las pruebas presentadas por Colombia no fueron suficientes para demostrar que los habitantes del archipiélago tuvieran tales derechos sobre la ZEE de Nicaragua (CIJ, 2022, p. 80, párr. 231).

Por el contrario, la cuarta contrademanda, referida a la afectación de los derechos colombianos por el incorrecto uso de líneas de base rectas (LBR) por parte de Nicaragua, sí fue aceptada por la CIJ, determinando en su sentencia que las LBR establecidas por Nicaragua en el Decreto 33 no eran conformes con el Derecho internacional consuetudinario reflejado en el artículo 7 de la CONVEMAR (CIJ, 2022, p. 89, párr. 260).

1.2. Identificación de normas consuetudinarias vinculadas a la CONVEMAR

En la sentencia del caso *Presuntas violaciones a derechos soberanos y espacios marítimos en el Mar Caribe* la CIJ identificó normas consuetudinarias en relación con ocho artículos de la CONVEMAR. En la tabla que está líneas abajo presento esas normas, organizadas en tres grupos: aquellas que se refieren a la zona económica exclusiva, las que se relacionan con la zona contigua y, finalmente, las vinculadas a las líneas de base rectas. Además, las he ordenado en función a su aparición en la sentencia.

Tabla 1: Normas consuetudinarias identificadas por la CIJ en el caso *Presuntas Violaciones a Derecho Soberanos y Espacios Marítimos en el Mar Caribe (Nicaragua c. Colombia)*

N°	Espacio / Herramienta	Artículos de la CONVEMAR cuyas normas reflejan normas consuetudinarias	Párrafo de la sentencia
i	Zona económica exclusiva (ZEE)	<p>Artículo 56: Derechos, jurisdicción y deberes del estado ribereño en la zona económica exclusiva</p> <p>Artículo 58: Derechos y deberes de otros Estados en la zona económica exclusiva</p> <p>Artículo 61: Conservación de los recursos vivos.</p> <p>Artículo 62: Utilización de los recursos vivos.</p> <p>Artículo 73: Ejecución de leyes y reglamentos del Estado ribereño</p>	56 y 57
ii	Zona contigua (ZC)	Artículo 33: Zona contigua	146-155, 177-180
		Artículo 303.2: Objetos arqueológicos e históricos hallados en el mar	181-186
iii	Líneas de base recta (LBR)	Artículo 7: Líneas de base rectas	241-242

Fuente: Elaboración propia

A continuación resumiré los principales argumentos empleados por la CIJ para sustentar la existencia de las normas consuetudinarias antes mencionadas, con la finalidad de identificar los criterios comunes o los patrones seguidos por la Corte que, más adelante, analizaré a la luz del proyecto de conclusiones sobre la identificación del Derecho internacional consuetudinario elaborado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI).

1.2.1. Costumbre referida a la zona económica exclusiva

La zona económica exclusiva (ZEE) es una “franja de mar adyacente al mar territorial, así como el lecho y el subsuelo marino que se encuentran debajo de ella” (Abugattās, 2023, p. 67). Empieza en la milla náutica 12 y se extiende como máximo hasta la milla náutica 200, contadas desde las líneas de base. En dicho espacio el Estado ribereño ejerce derechos de soberanía para la exploración, explotación, conservación y administración de recursos naturales; así como la jurisdicción para la generación y utilización de islas artificiales, instalaciones y

estructuras, investigación marina y protección y preservación medioambiental (Novak & García-Corrochano, 2016, Tomo II, p. 239).

En los párrafos 56 y 57 de su sentencia, la CIJ identificó la existencia de normas consuetudinarias en los artículos 56, 58, 61, 62 y 73 de la CONVEMAR, referidos a los derechos y deberes que un Estado ribereño y otros Estados tienen en la ZEE, así como a las medidas que se puede adoptar para la exploración, explotación, administración y conservación de sus recursos naturales.

Para sustentar la existencia de normas consuetudinarias en dichos artículos, la Corte se remitió a su sentencia de fondo, emitida el 03 de junio de 1985, en el caso de la *Plataforma Continental* entre Libia y Malta, en la cual reconoció que “the institution of the exclusive economic zone (...) is shown by the practice of States to have become a part of customary law” (CIJ, 1985, pp. 33-34, párr. 34). Cabe resaltar que en esa sentencia la Corte no se refirió a artículo alguno de la CONVEMAR sobre la ZEE.

Asimismo, la CIJ (2022) agregó que, pese a tratarse de un espacio marítimo nuevo, la ZEE recibió amplia aceptación desde 1982, año en que se adoptó la Convención; alcanzando, al momento de emisión de la sentencia, la cifra de 130 Estados (partes y no partes de la CONVEMAR) que han declarado una ZEE a través de su derecho interno.

1.2.2. Costumbre referida a la zona contigua

La zona contigua (ZC) es una franja de mar, adyacente al mar territorial, que se extiende hasta un máximo de 24 millas náuticas, medidas desde las líneas de base (Abugattās, 2023, p. 65). Sirve como un espacio funcional sobre el que el Estado ribereño tiene facultades de control para la prevención y sanción de las infracciones cometidas en su territorio y mar territorial a su normativa en materia aduanera, fiscal, de inmigración o sanitaria (Pastor Ridruejo, 2016, pp. 394-395). A diferencia del mar territorial y la ZEE, en este espacio marítimo el Estado

ribereño no tiene soberanía (Roach, 2021, p. 143) ni derechos de soberanía (Novak & García-Corrochano, 2016, Tomo II, p. 237).

La Corte realizó un análisis más detallado sobre la existencia de normas consuetudinarias vinculadas a los artículos 33 y 303.2 de la Convención, referidos a la ZC, debido a los desacuerdos que existieron entre las partes. Con respecto al artículo 33 el desacuerdo consistió en determinar si el mismo reflejaba la costumbre vigente o si esa norma consuetudinaria se había modificado (evolucionado) a lo largo de los años. Por otro lado, en el caso del artículo 303.2 la discusión entre las partes giró en torno a si tal artículo reflejaba o no una costumbre internacional.

El análisis del artículo 33 de la CONVEMAR fue relevante, puesto que, si la Corte concluía que el mismo reflejaba una norma consuetudinaria contemporánea, entonces podría analizar la zona contigua integral (ZCI) constituida por Colombia a partir de dicha costumbre internacional, para determinar su conformidad o no con el Derecho internacional.

Nicaragua sostenía que el artículo 33 de la Convención reflejaba la norma consuetudinaria vigente, por lo que, a su criterio, la ZCI colombiana contravenía el Derecho internacional de dos maneras. Primero, al pretender ejercer control sobre materias que exceden aquellas sobre las que se tiene competencia en dicha zona (aduanera, fiscal, de inmigración y sanitaria), dispuestas en el primer párrafo del citado artículo; y, segundo, al superar, en varias secciones del trazo de esa ZCI, el ancho máximo de 24 millas náuticas que establece el segundo párrafo del referido artículo (CIJ, 2022, p. 56, párr. 147).

Por su parte, Colombia alegó que la norma consuetudinaria sobre la ZC había evolucionado respecto de lo señalado en el artículo 33 de la CONVEMAR. De esa manera, sostuvo que es posible para los Estados establecer una ZC de un ancho variable, que podría superar el máximo establecido en la milla 24, cuando se enfrentaran circunstancias geográficas particulares. Además, consideró que en la ZC se tiene competencia para una nueva variedad de propósitos (entre los

que incluía temas de seguridad, protección de los intereses marítimos nacionales, conservación medioambiental y del patrimonio cultural) que respondieran a las necesidades actuales de los Estados (CIJ, 2022, p. 56, párr. 148).

Entre los párrafos 146 – 155 y 177 – 180, la CIJ determinó que el artículo 33 de la Convención refleja una norma consuetudinaria contemporánea. Sus principales argumentos fueron los siguientes:

- a) El concepto de la ZC recibió amplia aceptación por parte de los Estados, quienes la establecieron incluso antes del 29 de abril de 1958, fecha de la adopción de la Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua (en adelante, la Convención de 1958) y de la CONVEMAR, adoptada el 10 de diciembre de 1982⁶.
- b) A la fecha de emisión de la sentencia (abril de 2022), cerca de 100 Estados (parte y no parte de la CONVEMAR) han establecido una ZC⁷. Entre los Estados que no son parte de la CONVEMAR y que han establecido una ZC de 24 millas náuticas se encuentran: Camboya, Colombia (respecto a su territorio continental), Emiratos Árabes Unidos, Estados Unidos de América, Guinea, Iran, Siria y Venezuela.
- c) El contexto histórico en el que se redactaron los artículos 24, de la Convención de 1958, y 33, de la CONVEMAR, demuestra:
 - La aceptación general por los Estados del ámbito material (asuntos aduaneros, fiscales, de inmigración y sanitarios) de las facultades de control de las que goza el Estado ribereño sobre sus ZC.

⁶ En el marco del artículo 24 de la Convención de 1958, la ZC tenía una extensión máxima de 12 millas náuticas, que se amplió a un máximo de 24 con la CONVEMAR, tras acordar que el mar territorial se extendería hasta las 12 millas náuticas.

⁷ La CIJ no detalla los Estados; sin embargo, puede encontrarse una lista de Estados que han establecido una ZC al 2019 en la Tabla 7 del libro *Excessive Maritime Claims* de Ashley Roach (2021, p. 145).

- El establecimiento de una ZC de hasta 24 millas náuticas por la mayoría de Estados.
- La reducción del ancho de las ZC previamente establecidas por algunos Estados, para ajustarse al límite de 24 millas náuticas.

Sobre lo anterior, en la siguiente tabla, Roach (2021) muestra como, a partir de la adopción de la CONVERMAR, y sobre todo desde su entrada en vigor, los Estados han establecido zonas contiguas de hasta 24 millas náuticas:

Tabla 2: Reclamaciones de zonas contiguas

Ancho	1958	1981	1996	2019
3 M				0
4 M		1	4	0
6 M	1	2	1	0
10 M	1		1	0
12 M	3	10	1	0
14 M				1
15 M	2	1	1	1
18 M	2	5	4	3
24 M		10	53	93
30 M		1		0
41 M			1	0
Otro	1 (20 km)	1 (20 km)		5 (coord.)
TOTAL	10	31	66	103

Fuente: Roach, A. (2021). *Excessive Maritime Claims*. p. 145 (Tabla 6).

Asimismo, aunque la CIJ no mencionó casos concretos, se tiene que Siria es un ejemplo de uno de los Estados que no son parte de la CONVEMAR, que redujo el ancho de su ZC. Con el Decreto Legislativo N° 304, del 28 de diciembre de 1963, Siria estableció un mar territorial que se extendía hasta la milla náutica 35 y una ZC que llegaba hasta la milla 41. Sin embargo, a través de la Ley N° 28 del 08 de noviembre de 2003, redujo ambos espacios mártimos, hasta las millas náuticas 12 y 24, respectivamente (Roach, 2021, p. 152).

- d) Los comentarios de la CDI al artículo 66 del Proyecto de artículos relativos al Derecho del Mar (1956, p. 291), que luego se convirtió en el artículo 24 de la Convención de 1958, explicaron que:
- Abarcar temas de «seguridad» dentro de las competencias del Estado ribereño en su ZC podría prestarse a abusos por parte de los Estados, debido a la vaguedad del término, pues cualquier intervención podía justificarse bajo pretexto de proteger la misma.
 - La seguridad de los Estados se encuentra suficientemente protegida por la inclusión de los asuntos «aduaneros y sanitarios» en el ámbito material de las facultades de control del Estado ribereño en su ZC.
 - La defensa contra amenazas directas e inminentes a la seguridad del Estado, están cubiertas en el marco de la legítima defensa contemplada en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas.
- e) En los registros oficiales de la I Conferencia de la ONU sobre el Derecho del Mar (1958) sobre los términos que se incluirían al ámbito material de las facultades de control que tenía el Estado ribereño sobre su ZC, se evidenció que se propuso la inclusión del término «seguridad»; sin embargo, no alcanzó la votación requerida en la sesión plenaria.
- f) En las discusiones de la III Conferencia de la ONU sobre el Derecho del Mar (1973-1982) se decidió mantener en la CONVEMAR el ámbito material de las competencias de los Estados ribereños sobre su ZC dispuesta previamente en el artículo 24 de la Convención de 1958, que abarcaba los asuntos aduaneros, fiscales, de inmigración y sanitarios.
- g) Si bien existen casos de algunos Estados ribereños que, a través de sus dispositivos legales internos, han ampliado el ámbito material de las facultades de control en sus ZC, al incluir asuntos de «seguridad», esta práctica ha sido objetada por otros Estados que han planteado reclamaciones.

En el caso bajo análisis, y como prueba de la evolución de la norma consuetudinaria, Colombia adjuntó a su Contramemoria una lista de Estados que, a través de su derecho interno, ampliaron el ámbito material de sus facultades de control en su ZC para proteger intereses marítimos, protección medioambiental, seguridad del Estado, entre otros (Colombia, 2016, Apéndice B). Sin embargo, de acuerdo con la CIJ esto no probaba que la norma consuetudinaria haya evolucionado y consideró, además, como uno de sus argumentos, la objeción presentada por otros Estados frente a esas ampliaciones del ámbito material a temas de «seguridad»⁸.

En la lista presentada por Colombia, se observa que son 16 los Estados que ampliaron las facultades de control en sus ZC, a través de dispositivos legales internos, para incluir temas de «seguridad». Al respecto, Estados Unidos de América presentó notas de reclamo contra 11 de ellos, recordándoles que:

“customary international law, as reflected in the 1958 Geneva Convention (...) and in the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, does not recognize the right of coastal states to assert powers or rights for security purposes in peacetime that would restrict the exercise of the high seas freedoms of navigation and overflight beyond the territorial sea” (como se citó en Roach, 2021, pp. 146-147).

Tabla 3: Estados ribereños que contemplan en su Derecho interno a la «seguridad» como facultad en su ZC y han recibido reclamos por EEUU

N°	Contemplan «seguridad» como facultad en la ZC	Dispositivo legal interno	EEUU reclamó
1	Egipto	Real Decreto sobre las Aguas Territoriales del Reino de Egipto, artículo 9 (15.01.1951)	-
2	Arabia Saudita	Real Decreto N° 33, artículo 8 (16.02.1958) y Real Decreto N° 6, artículo 11 (13.12.2011)	-
3	Bangladesh	Ley N° XXVI, Ley de aguas territoriales y zonas marítimas, sección 4 (1974)	Sí
4	Burma	Ley Pyithu Hluttaw N° 3, Ley de Mar Territorial y Zonas Marítimas, artículo 11 (09.04.1977)	Sí

⁸ La CIJ no detalla en su sentencia los casos de los Estados que han planteado objeciones a las ampliaciones del ámbito material de las facultades de control sobre la ZC realizadas por otros Estados.

N°	Contemplan «seguridad» como facultad en la ZC	Dispositivo legal interno	EEUU reclamó
5	Camboya	Decreto del Consejo de Estados, artículo 4 (13.07.1982)	-
6	China	Ley del Mar Territorial y de la Zona Contigua, artículo 13 (25.02.1922)	Sí
7	Emiratos Árabes Unidos	Ley Federal N° 19 of 1993 sobre la delimitación de las zonas marítimas de los Emiratos Árabes Unidos, artículo 10 (17.10.1993)	-
8	Haití	Decreto N° 38, artículo 4 (08.04.1977)	Sí
9	India	Ley N° 80, Ley de Aguas Territoriales, Plataforma Continental, Zona Económica Exclusiva y otras Zonas Marítimas, artículo 5 (28.05.1976)	Sí
10	Irán	Ley sobre las zonas marinas de la República Islámica de Irán en el Golfo Pérsico y el Mar de Omán, artículo 13 (20.04.1993)	Sí
11	Pakistán	Ley de Aguas Territoriales y Zonas Marítimas, artículo 2 (22.12.1976)	Sí
12	Siria	Ley N° 28, artículo 20 (19.11.2003)	Sí
13	Sudan	Ley de aguas territoriales y plataforma continental, artículo 9 (01.01.1970)	Sí
14	Venezuela	Ley sobre Mar Territorial, Plataforma Continental Protección de la Pesca y Espacio Aéreo (23.07.1956)	Sí
15	Vietnam	Declaración sobre el Mar Territorial, la Zona Contigua, la Zona Económica Exclusiva y la Plataforma Continental de Vietnam, (12.05.1997) y Decreto del 17.03.1980	-
16	Yemen	Decretos republicano N° 15 y 16 of 1967	Sí

Fuente: Elaboración propia a partir del Apéndice B de la Contramemoria de Colombia y Roach, A. (2021). *Excessive Maritime Claims*, p. 149 (Tabla 8).

Asimismo, la Corte negó que la norma consuetudinaria reflejada en el artículo 33 de la Convención hubiera evolucionado para abarcar a los intereses marítimos nacionales o a la protección ambiental en el ámbito material de las facultades de control de las que goza un Estado ribereño, pues de lo contrario se estaría afectando a los derechos reconocidos a Nicaragua en su ZEE en virtud, también, del Derecho consuetudinario (CIJ, 2022, p. 65, párr. 178 y 180).

Antes de pasar al análisis realizado por la Corte para la identificación de una norma consuetudinaria en el artículo 303.2 de la CONVEMAR, es preciso recordar que, aun cuando dicho artículo se encuentra entre las Disposiciones Generales (Parte XVI) de la Convención, está vinculado a las competencias del Estado ribereño en la zona contigua, pues señala que:

“2. A fin de fiscalizar el tráfico de [los objetos de carácter arqueológico e histórico hallados en el mar] el Estado ribereño, al aplicar el artículo 33, podrá presumir que la remoción de aquellos de los fondos marinos de la

zona a que se refiere ese artículo sin su autorización constituye una infracción, cometida en su territorio o en su mar territorial, de las leyes y reglamentos mencionados en dicho artículo.” (ONU, 1982)

Al respecto, las partes estaban en desacuerdo sobre si tal inciso del artículo 303 reflejaba o no una norma consuetudinaria. Colombia sostenía que sí, mientras Nicaragua se oponía, argumentando que el referido artículo solo podía ser aplicado por un Estado parte de la CONVEMAR.

Entre los párrafos 181 – 186 la Corte analizó el tema y concluyó que el referido inciso del artículo 303 también refleja una norma consuetudinaria. La CIJ sostuvo su decisión en los siguientes criterios:

- a) Los trabajos preparatorios de la CONVEMAR y los comentarios de la CDI al artículo 68 del Proyecto de artículos relativos al Derecho del Mar (1956, p. 294) evidencian que los Estados negociadores se opusieron a que la protección de los objetos que son patrimonio cultural, encontrados en el mar, se incluyera dentro de la regulación sobre la plataforma continental.
- b) En las discusiones de la III Conferencia de la ONU sobre el Derecho del Mar (1973-1982) se decidió otorgarle al Estado ribereño el control de los objetos de naturaleza arqueológica e histórica encontrados en su ZC y considerar la remoción de estos como una infracción de sus normas aduaneras, fiscales, de inmigración o sanitarias. Esta facultad se estableció en el artículo 303.2 de la CONVEMAR.
- c) El incremento del número de Estados ribereños que consideran en sus dispositivos legales internos, la facultad para prevenir la remoción de objetos que son patrimonio cultural, encontrados en su ZC, con posterioridad a la adopción de la CONVEMAR.

Un ejemplo de esto es el caso de los Estados Unidos de América, que pese a no ser un Estado parte de la CONVEMAR, ha considerado la protección de

los objetos que son patrimonio cultural dentro del ámbito material de las facultades de control en su ZC, cuando extendió este espacio de 12 a 24 millas náuticas (Roach, 2021, p. 150).

- d) La suscripción de tratados multilaterales sobre la protección de patrimonio cultural subacuático. El 02 de noviembre de 2001 se adoptó en París la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático en el marco de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Su artículo 8 hace referencia a la facultad de los Estados parte para la reglamentación y autorización de las actividades dirigidas a proteger el patrimonio cultural subacuático en su ZC de acuerdo con lo establecido en el artículo 303.2 de la CONVEMAR.

1.2.3. Costumbre referida a las líneas de base rectas

Las líneas de base son “el punto de referencia que se toma en cuenta para realizar la medición de las diferentes zonas marítimas reguladas por la CONVEMAR” (Abugattās, 2023, p. 60). La Convención hace referencia a dos tipos de líneas de base, normales (artículo 5) y rectas (artículo 7), que se trazan siguiendo metodologías diferentes. Abugattās define a las líneas de base rectas (LBR) como aquellas que “se alejan, con ciertos límites, de la línea de baja mar, en supuestos en los que las costas del Estado ribereño presentan accidentes geográficos que no permiten el trazado de una línea de base normal” (2023, p. 60)

A diferencia de los desacuerdos entre las partes con respecto de la identificación de normas consuetudinarias vinculadas a la ZC, en este caso se encontraban de acuerdo en que el artículo 7 de la CONVEMAR refleja una costumbre internacional (CIJ, 2022, p. 83, párr. 241). Es por esta razón que la Corte solo se refirió a este tema en los párrafos 241 y 242 de su sentencia.

Para confirmar que el artículo 7 de la Convención refleja una norma consuetudinaria, la CIJ se refirió a su sentencia de *Pesquerías* entre Reino Unido

y Noruega, emitida el 18 de diciembre de 1951, en la que estableció una serie de criterios para el empleo de LBR ante circunstancias geográficas especiales (CIJ, Pesquerías, 1951). La Corte mencionó que dichos criterios fueron luego codificados en la Convención de 1958 (artículo 4) y casi transcritos a la CONVEMAR (artículo 7).



2. El proyecto de conclusiones sobre la identificación del Derecho internacional consuetudinario de la Comisión de Derecho Internacional

2.1. Antecedentes del Proyecto de la CDI

Desde su creación, a través de la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AG-ONU) N° 174 (II) del 21 de noviembre de 1947, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) se ha encargado de “promover el desarrollo progresivo del Derecho internacional y su codificación” (AG-ONU, 1947), con la finalidad de apoyar a la AG-ONU en el cumplimiento del mandato que tiene en virtud del artículo 13.1.a de la Carta de las Naciones Unidas⁹.

En el marco de dicho objetivo, en su 63° período de sesiones realizadas en el 2011, la CDI dio su visto bueno a la inclusión del tema «Formación y prueba del derecho internacional consuetudinario» en su programa de trabajo de largo plazo, a propuesta del Grupo de Trabajo de Planificación (CDI, 2011, p. 191). La investigación estaría centrada en el proceso de elaboración e identificación de las normas consuetudinarias internacionales, con la finalidad de alcanzar un entendimiento común sobre el mismo, que orientara el trabajo de los operadores de justicia (nacionales e internacionales) y de otros profesionales encargados de aplicar las normas de Derecho internacional. De este modo, aunque la investigación tuvo un fin eminentemente práctico y metodológico, no aspiraba a lograr una regulación comprehensiva del tema, pues se reconoció que el componente esencial del Derecho internacional consuetudinario es, precisamente, la flexibilidad de su proceso de formación (CDI, 2011, p. 201).

⁹ Artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas:
1. La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes:
a) Fomentar la cooperación internacional en el campo político e impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación.

Al año siguiente, la CDI decidió incluir el tema en su programa de trabajo y designó al comisionado Michael Wood como su relator especial (CDI, 2012, p. 72)¹⁰. A partir de ese momento, inició la investigación y el debate sobre el proyecto, que se desarrolló durante siete años, hasta su aprobación en el 70° período de sesiones realizado en el año 2018 (CDI, 2018, p. 95).

Es importante mencionar que, a sugerencia del relator especial, en su 65° periodo de sesiones la Comisión decidió cambiar el título del tema a «Identificación del derecho internacional consuetudinario», el cual se mantuvo hasta su aprobación final. El cambio buscó reflejar la intención de la CDI al elaborar el proyecto, que no consistía en generar un debate sobre el fundamento teórico del Derecho internacional consuetudinario ni en examinar el contenido sustantivo de la costumbre, sino en estudiar el “proceso práctico de identificación” (CDI, 2013, p. 72).

Durante el desarrollo del trabajo sobre esta materia, la Comisión optó por un formato de «conclusiones», con una redacción concisa y clara, con comentarios para su desarrollo, pues era lo más adecuado a la naturaleza dinámica y flexible del Derecho internacional consuetudinario, dejando de lado estructuras más rígidas como la de un proyecto de Convenio (CDI, 2012, p. 76)¹¹.

¹⁰ La inclusión de un tema en el programa de trabajo de largo plazo de la CDI no implica el inicio de su estudio, pues requiere de una decisión adicional de la Comisión para su inclusión en el programa de trabajo. En el siguiente enlace se puede revisar el procedimiento y los criterios de selección de temas en la CDI: <https://legal.un.org/ilc/programme.shtml>. Visitada el 27 de noviembre de 2023.

¹¹ El artículo 20 del Estatuto de la CDI establece que la Comisión elabora proyectos de artículos; sin embargo, cuando se estima que el producto final de su trabajo no conducirá a la adopción de un instrumento vinculante o cuando existe un menor consenso en la comunidad internacional respecto del tema en cuestión, la Comisión se ha inclinado por la elaboración de conclusiones, guías o principios. No existe un desarrollo normativo ni una clasificación clara sobre estos tres formatos de documentos; sin embargo, tienen en común que buscan contribuir al desarrollo progresivo del Derecho internacional. En el caso particular de las conclusiones, la propia CDI reconoce que se usan para aclarar una práctica relacionada con un proceso concreto. Sobre este tema se puede revisar: United Nations (2021). *Seventy Years of the International Law Commission: Drawing a Balance for the Future*. Brill. Asimismo, en el siguiente enlace de la CDI se puede encontrar más detalle sobre los métodos de trabajo de la Comisión: <https://legal.un.org/ilc/methods.shtml#a26>. Visitada el 27 de noviembre de 2023.

La investigación tuvo en cuenta la práctica de los distintos sistemas jurídicos del mundo, la doctrina de diversos autores en diferentes idiomas, así como la jurisprudencia de tribunales judiciales y arbitrales internacionales, con particular énfasis en la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Además, cabe mencionar que la versión preliminar de las conclusiones, aprobada por la CDI en primera lectura en el año 2016, se puso a consideración de los Estados, quienes enviaron comentarios y observaciones que se tuvieron en cuenta para la versión final (Wood, 2018).

Con la Resolución A/RES/73/203, del 20 de diciembre de 2018, la AG-ONU tomó nota del proyecto de conclusiones sobre la identificación del Derecho internacional consuetudinario elaborado por la CDI (en adelante, el Proyecto de la CDI o el Proyecto) y lo difundió a los Estados en sus versiones original y con comentarios¹².

El Proyecto de la CDI contiene dieciséis conclusiones organizadas en siete partes: i. Introducción (conclusión 1); ii. Enfoque Básico (conclusiones 2 y 3); iii. Práctica General (conclusiones 4 a 8); iv. Aceptada como Derecho (*Opinio iuris*) (conclusiones 9 y 10); v. Alcance de ciertos medios de identificación del Derecho internacional consuetudinario (conclusiones 11 a 14); vi. Objeto persistente (conclusión 15); y, vii. Derecho internacional consuetudinario particular (conclusión 16).

En la primera parte, se define el alcance del proyecto, el cual tiene por objeto establecer una metodología para la identificación de la existencia y contenido de las normas consuetudinarias, de modo tal que se promueva una evaluación minuciosa, que garantice la credibilidad en el proceso de determinación de la norma (CDI, 2018, p. 98). En ese sentido, se aclara que no se abordan ni el contenido, ni el proceso de formación de la norma

¹² El detalle completo sobre el proceso de elaboración del Proyecto se encuentra en la Guía Analítica del Trabajo de la CDI, disponible en el siguiente enlace: https://legal.un.org/ilc/guide/1_13.shtml. Visitada el 19 de noviembre de 2023.

consuetudinaria, aunque se reconoce que, a veces, resulta inevitable referirse a este último.

En la segunda parte se plantea que todo proceso de identificación de normas consuetudinarias debe basarse en el enfoque de los dos elementos de la costumbre: (i) práctica general y (ii) *opinio iuris* o, en términos de la CDI, “aceptación de la práctica como derecho” (CDI, 2018, p. 99)¹³. En consecuencia, la determinación de la existencia de una norma consuetudinaria debe responder a la pregunta: “¿existe una práctica general aceptada como derecho?” (CDI, 2018, p. 100).

Sobre lo anterior, se enfatiza que se requerirá de un análisis riguroso de las evidencias de manera separada para cada elemento, a fin de responder a dicha pregunta, pues la ausencia de alguno haría imposible la identificación de una norma consuetudinaria (CDI, 2018, p. 100). Para no dejar de lado el carácter flexible del proceso de formación de la costumbre, se destaca también que la valoración de las evidencias debe considerar el contexto general, la naturaleza de la norma (v.g. si es prohibitiva, si permite una conducta o si requiere un comportamiento) y las circunstancias particulares de cada medio de prueba, los que desarrollaré en el punto 2.2.1 de este trabajo.

En las partes tercera y cuarta, se examina a detalle cada uno de los elementos constitutivos de una norma consuetudinaria. La CDI planteó listas no exhaustivas de las formas que adopta la práctica general y las formas a través de las cuales se podría probar la *opinio iuris*. Se mencionan también

¹³ Si bien una parte de la doctrina emplea cuatro términos distintos para la clasificación de la costumbre en función a su ámbito de aplicación: general, regional, particular y bilateral (por ejemplo, Novak & García-Corrochano, 2016, pp. 104-106), la CDI solo la clasifica en costumbre en general y particular, recogiendo dentro de esta última a las otras variantes. La CDI se refiere a la costumbre particular en la conclusión 16 de su Proyecto, en la que destaca que la identificación de la norma consuetudinaria también debe basarse en el enfoque de los dos elementos de la costumbre (práctica general y *opinio iuris*), precisando que “la práctica ha de ser general en el sentido de que se trate de una práctica constante entre los Estados interesados” (CDI, 2018, conclusión 16, comentario 7).

algunos criterios que se deben tener en cuenta al momento de evaluar la existencia de los elementos, por ejemplo: el análisis del comportamiento del Estado como un todo (tanto en sus relaciones con los demás sujetos de derecho internacional, como con sus nacionales y entidades a su interior), la ausencia de primacía entre las posibles evidencias, la necesidad de evaluar las evidencias de los elementos por separado, entre otros.

En particular, se destaca que la conducta del Estado para probar cualquiera de los dos elementos de la costumbre podría expresarse de tres maneras: (i) lo que el Estado hace; (ii) lo que el Estado dice, verbalmente o por escrito; o, (iii) la inacción del Estado en aquellos casos en los que se vea afectado por la situación a la que se refiere la norma y, por ende, se espere una reacción (CDI, 2018, pp. 103-112).

La quinta parte está referida a los medios de prueba auxiliares que contribuyen al proceso de identificación de una norma consuetudinaria, que pueden ser: los tratados, las resoluciones de organizaciones internacionales y de conferencias intergubernamentales, la jurisprudencia y la doctrina. La CDI elaboró una conclusión sobre cada uno de estos medios de prueba, precisando cómo podrían aportar en la identificación de una norma consuetudinaria. Ahora bien, la Comisión deja en claro que, por sí solos, los medios auxiliares no constituyen un criterio determinante para el establecimiento de la existencia o del contenido de la norma consuetudinaria, refiriéndose nuevamente a la necesidad de probar sus dos elementos constitutivos (CDI, 2018, pp. 112-118).

Finalmente, en las partes sexta y séptima se abordan dos supuestos que restringen la aplicación de la norma consuetudinaria; las figuras del objetor persistente y la costumbre particular. Se entiende por objetor persistente a aquel respecto del cual no resulta oponible una norma consuetudinaria, al haberse opuesto a la misma durante su proceso de formación (Crawford, 2008, p. 28). En el Proyecto se identifican las condiciones necesarias para

que un Estado pueda ser considerado un objetor persistente: (i) la oposición debe darse mientras la norma consuetudinaria esté en proceso de formación; (ii) debe ser clara o inequívoca; (iii) debe ser manifestada internacionalmente, es decir que no puede quedar en la esfera interna de los Estados; y, (iv) debe ser reiterada en el tiempo, tanto antes como después de cristalizada la costumbre, cuando el contexto demande que el Estado reafirme su objeción (CDI, 2018, pp. 119-120).

Por su parte, una costumbre particular es aquella que vincula a un número determinado de Estados (Crawford, 2008, pp. 29-30). En el Proyecto se enfatiza que este tipo de costumbre también tiene como base el enfoque de los dos elementos constitutivos. Además, en los comentarios de dicho documento se mencionan algunas sentencias en las cuales la CIJ ha analizado este tema, como el *caso relativo al Derecho de Asilo* entre Colombia y Perú (CIJ, 1950, p. 277) o el caso relativo al *Derecho de paso por territorio de la India* entre Portugal y la India (CIJ, 1960, pp. 39-43).

Ahora bien, como se puede apreciar, la labor de identificación de normas consuetudinarias es, sin duda, un trabajo complejo; el tiempo que tardó la elaboración del Proyecto de la CDI lo demuestra. Si bien uno de los grandes retos que enfrentó la Comisión fue evitar caer en una regulación que afecte la flexibilidad inherente al proceso de formación de las normas consuetudinarias, es claro que esa tarea fue difícil tratándose de la propuesta de una metodología (Murphy, 2014, p. 172). Por esta razón, el Proyecto ha sido objeto de algunas críticas que lo han calificado como anacrónico (Cárdenas, 2020, p. 17) o que lo han acusado de poseer una metodología aparente (Hakimi, 2020, p. 1520).

Sin perjuicio de lo anterior, considero que el Proyecto de la CDI es un aporte relevante de cara al desarrollo progresivo del Derecho internacional consuetudinario, pues sistematizó importantes criterios que se deben tener en cuenta al momento de analizar si se está, o no, ante una norma

consuetudinaria. Como señaló el propio relator, la incorporación del tema al programa de trabajo de la CDI respondió a la necesidad de brindar una guía autorizada sobre el proceso de identificación de las normas consuetudinarias, a aquellos que cumplieran la labor de aplicarlas (Wood, 2016, p. 6).

Esta justificación alcanza mayor relevancia al ser la costumbre una fuente principal del Derecho Internacional, muy importante en los supuestos en los que no exista un Tratado o cuando éste no haya entrado en vigor; o, incluso, en los casos en los que, teniendo un Tratado vigente, se necesite regular las relaciones entre un Estado parte en aquel y uno que no lo sea, o entre dos o más Estados que no sean parte de dicho Tratado (CDI, 2018, p. 98). Precisamente, la situación que se presenta en el caso bajo análisis, es una en la que la CIJ recurre al Derecho internacional consuetudinario ante la imposibilidad de aplicar la CONVEMAR, debido a que solo una de las partes en litigio era Estado parte en ella.

A continuación, explicaré la metodología propuesta por la CDI, centrándome en las conclusiones a partir de las cuales analizaré, en la tercera sección de este trabajo, la identificación de normas consuetudinarias vinculadas a la CONVEMAR, realizada por la CIJ en el caso *Presuntas violaciones a derechos soberanos y espacios marítimos en el Mar Caribe*.

2.2. La metodología propuesta por la Comisión de Derecho Internacional

Como he señalado líneas arriba, el Proyecto de la CDI tiene conclusiones expresamente referidas a la identificación de normas consuetudinarias generales en las partes segunda, tercera, cuarta y quinta. A continuación identificaré y explicaré las conclusiones y los comentarios de esas partes del Proyecto que sean aplicables para el análisis del caso.

2.2.1. Conclusiones 2 y 3: Enfoque básico

El pilar del Proyecto de la CDI es su enfoque en los dos elementos constitutivos de la costumbre (práctica general y *opinio iuris*), a lo que la Comisión denomina «enfoque básico» (CDI, 2018, segunda parte). En la conclusión 2, la Comisión enfatiza que ambos elementos, en conjunto, son esenciales para determinar la existencia y el contenido de la costumbre (CDI, 2018, conclusión 2, comentario 2). La CDI reconoce, por cierto, que existen algunos autores que defienden teorías alternativas, pero concluye que aquellas no están respaldadas por la práctica de los Estados ni por la jurisprudencia (CDI, 2018, conclusión 2, comentario 4)¹⁴.

En ese sentido, para la CDI:

“La práctica sin aceptación como derecho (*opinio iuris*), aunque sea generalizada y constante, solo puede tener un uso no vinculante, mientras que la convicción de que algo es (o debe ser) derecho sin respaldo en la práctica es una mera aspiración” (2018, conclusión 2, comentario 4).

Por su parte, en la conclusión 3 se identifican algunos criterios comunes referidos a la valoración de los medios de prueba para determinar la existencia de los elementos constitutivos. Así, se establece que la valoración de la prueba de esos elementos debe tener en cuenta el contexto general, la naturaleza de la norma y las circunstancias particulares de cada medio de prueba, así como la necesidad de evaluar dichos elementos constitutivos de manera independiente (CDI, 2018, conclusión 3).

En cuanto al primer criterio, la Comisión recomienda que la valoración de los medios de prueba que se empleen para determinar la existencia de los

¹⁴ Por teorías o enfoques alternativos la CDI se refiere a aquellos que apuestan por la prevalencia de uno de los elementos sobre el otro o que defienden que solo se necesita uno de ellos. En el Proyecto, no se citan ejemplos de los autores que defienden dichas teorías alternativas.

elementos constitutivos de la costumbre sea “cuidadosa y contextual” (CDI, 2018, conclusión 3.1, comentario 2). En ese sentido, recomienda que dentro del contexto se tomen en cuenta:

- i) El contexto general vinculado a la materia sobre la versa la norma consuetudinaria, pues podría relacionarse a determinados principios de Derecho internacional que resulten aplicables en el análisis. Un ejemplo que plantea la CDI es la consideración del principio de igualdad soberana de los Estados cuando se evalúa la existencia de una costumbre referida a la inmunidad de jurisdicción (CDI, 2018, conclusión 3, comentario 3).
- ii) La naturaleza de la norma, dado que los medios de prueba pueden ser distintos dependiendo de si se trata de una norma prohibitiva o de una que requiera o permita un comportamiento. Por ejemplo, la CDI menciona que en los casos de las normas que establezcan una prohibición, se tendrá que valorar la inacción de los Estados, más que comportamientos afirmativos (CDI, 2018, conclusión 3, comentario 4).
- iii) Las circunstancias particulares de cada medio de prueba, pues estas afectarán el valor que se le asigne al mismo. Entre los ejemplos citados por la Comisión se señala que al determinar la existencia de la práctica general, se dará mayor valor a la interpretación y aplicación de una norma de Derecho interno que al propio texto aprobado; o en el caso de las declaraciones de funcionarios públicos, se valorará mejor las realizadas en un contexto oficial y por funcionarios de mayor rango; o en el caso de decisiones de tribunales nacionales, se asignará menor valor a aquellas que no lleguen a ejecutarse debido a cuestionamientos sobre su compatibilidad con el Derecho internacional, o que son revocadas por un tribunal superior (CDI, 2018, conclusión 3, comentario 5).

En cuanto al segundo criterio, la necesidad de evaluar los elementos constitutivos de la costumbre de manera independiente, en el comentario 8 la Comisión destaca que no es posible deducir la existencia de un elemento de la sola presencia del otro, requiriendo que cada uno se pruebe individualmente (2018, conclusión 3.2, comentario 8). Dicha regla se mantiene, incluso, en los casos en que un mismo medio se emplee para probar la práctica general y la *opinio iuris*. Se agrega, también, que no existe un orden preestablecido para el análisis de los elementos, aunque lo común es verificar primero la existencia de una práctica general y, luego, de su aceptación como derecho.

2.2.2. Conclusiones 4 a 8: Práctica General

En las conclusiones 4 a 8 la CDI examina ampliamente el primer elemento constitutivo de la costumbre internacional, la práctica general, también denominado elemento objetivo o material.

La conclusión 4 destaca que la costumbre internacional se genera principalmente por la práctica de los Estados, pero también podría generarse por la práctica de las organizaciones internacionales que son sujetos de derecho internacional con una voluntad independiente a la de sus Estados miembros (CDI, 2018, conclusiones 4.1 y 4.2).

En la conclusión 5 se señala que el comportamiento de los Estados que constituye la práctica general abarca las actuaciones de cualquiera de sus órganos, cualquiera que sea su nivel en la estructura organizacional de ese Estado, ya sea que cumpla funciones ejecutivas, legislativas o judiciales, así como cualquier otra función pública (CDI, 2018, conclusión 5, comentarios 1 y 2). Además, se pueden tomar en cuenta tanto las actuaciones externas del Estado, en su relación con otros sujetos de Derecho internacional, como los comportamientos internos vinculados a asuntos internacionales (CDI, 2018, conclusión 5, comentario 3).

La conclusión 6 establece que la práctica general que configura el elemento material de la costumbre puede adoptar diversas formas, sin que prevalezca ninguna de ellas (CDI, 2018, conclusiones 1 y 3). La CDI agrega una lista no taxativa de las formas en que la práctica puede manifestarse, que incluye, el comportamiento de los Estados en el proceso de celebración de tratados, al interior de las organizaciones internacionales y en conferencias intergubernamentales, la emisión de notas diplomáticas, así como de normativa en su Derecho interno, entre otros, (2018, conclusión 2). En particular, precisa que el comportamiento puede expresarse de tres formas: mediante acciones concretas, expresiones verbales o escritas, o la inacción (en casos de abstención deliberada).

Por su parte, en la conclusión 7 la CDI destaca la importancia de valorar los comportamientos del Estado de manera integral, con el objetivo de determinar si constituyen una práctica coherente o si, por el contrario, presentan demasiada incertidumbre, lo que podría disminuir su valor en la identificación de la costumbre (CDI, 2018, conclusión 7).

En la conclusión 8.1 la Comisión describe las dos condiciones esenciales para que la práctica sea considerada general: la primera, es que sea lo suficientemente extensa en cuanto al número de Estados involucrados que, al mismo tiempo, representen a un amplio sector de la comunidad internacional; y, la segunda, es que sea uniforme.

La primera condición no implica necesariamente la participación de todos los Estados de la comunidad internacional, sino solo de aquellos que se encuentren en posición de aplicar la norma consuetudinaria en función a su contenido, por ejemplo, solo los Estados con salida al mar podrían declarar una zona económica exclusiva (ZEE), y que su número sea representativo de la comunidad internacional (CDI, 2018, conclusión 8, comentarios 3 y 4).

Por su parte, la uniformidad significa que la práctica debe revelar un patrón de conducta ante circunstancias similares, sin ser afectada por pequeñas inconsistencias (CDI, 2018, conclusión 8, comentarios 5 al 7). Sobre esta última característica, la CDI plantea que una inconsistencia que resulte en el incumplimiento de la norma no siempre representa un obstáculo en la configuración de la práctica general, ya que, en ocasiones, al justificar su conducta o ampararse en una excepción, el Estado no hace sino confirmar la existencia de dicha práctica (2018, conclusión 8, comentario 8); a lo que personalmente agregaría que también podría implicar la confirmación de la *opinio iuris*.

Finalmente, en el segundo párrafo de la conclusión 8 la CDI confirma la idea esbozada por la doctrina (Novak & García-Corrochano, 2016, Tomo I, p. 89; Pastor Ridruejo, 2016, pp.75-76; Salmón, 2014, p. 238) de que la repetición de la práctica durante un breve periodo de tiempo no impide la configuración de una norma consuetudinaria. Esto mismo, fue reconocido por la CIJ en el caso de la *Plataforma Continental del Mar del Norte*, en la que sostuvo que el transcurso de un breve periodo tiempo no necesariamente impedía la generación de una nueva norma consuetudinaria, pues el requisito indispensable era que la práctica de los Estados, configurada durante ese tiempo, cumpla con ser lo suficientemente extensa y uniforme, y se ejecute de tal manera que demuestre la existencia de una consciencia de obligatoriedad (CIJ, 1969, p. 43, párr. 74)

2.2.3. Conclusiones 9 y 10: *Opinio iuris*

La CDI dedica la cuarta parte de su Proyecto de conclusiones al examen del segundo elemento de la costumbre, denominado «aceptación como derecho» u «*opinio iuris*», también conocido por la doctrina como el elemento subjetivo o psicológico.

En la conclusión 9, la Comisión explica que la *opinio iuris* es la convicción jurídica que acompaña a la práctica general de los Estados. De este modo,

solo se podrá identificar una norma consuetudinaria cuando se demuestre que dichos Estados actuaron con la certeza de cumplir con una obligación jurídica, de ejercer un derecho o, por el contrario, se abstuvieron de actuar con la certeza de estar frente a una prohibición jurídica (2018, conclusión 9, comentarios 1 y 2).

La CDI destaca que la falta de esta convicción o conciencia jurídica conduciría a considerar la práctica como un "simple uso o (...) hábito" (CDI, 2018, Conclusión 9.2). Al igual que con la práctica general, no se requiere que todos los Estados de la comunidad internacional reconozcan la práctica como derecho, bastando con una "aceptación amplia y representativa y escasa o nula oposición" (CDI, 2018, Conclusión 9, Comentario 5).

Por otro lado, el cumplimiento de obligaciones convencionales (tratados) o de dispositivos legales internos, no constituye una prueba de la *opinio iuris* de la norma consuetudinaria (CDI, 2018, Conclusión 9, Comentario 4). En el caso en el que estén involucradas normas convencionales, la Comisión sugiere que se preste especial atención al comportamiento de los Estados no parte del Tratado en cuestión o a la relación entre Estados parte y no parte, pues el cumplimiento de la norma en estos supuestos sí podría indicar su aceptación como Derecho (CDI, 2018, conclusión 9, comentario 4).

La conclusión 10 está referida a las formas de prueba de la *opinio iuris*. Al igual que en la conclusión 6 (relacionada a la práctica general), la CDI presenta una lista, no taxativa, de formas a través de las cuales podría probarse la aceptación de la práctica como derecho (2018, conclusión 10.2). Menciona que quien realiza la labor de identificación de normas consuetudinarias, debe conducir una evaluación minuciosa, a fin de determinar la opinión jurídica del Estado.

Entre las formas de prueba listadas, se encuentran las declaraciones hechas en representación del Estado; las notas diplomáticas enviadas a sus misiones

en el exterior o a otros sujetos de Derecho internacional; los procesos de celebración de Tratados o la participación diplomática en conferencias internacionales, en los que el Estado pudo haber manifestado su posición; entre otros (CDI, 2018, conclusión 10.2, comentarios 3 al 6).

Además, la CDI agrega que la *opinio iuris* puede derivarse de una conducta concreta del Estado, de expresiones verbales o escritas a través de las que se reconozca la existencia de la costumbre, o de su inacción (2018, conclusión 10, comentario 2). En este último caso, para poder inferir la *opinio iuris*, se requiere que se cumplan dos condiciones: la primera, que la práctica afecte los intereses o derechos de un determinado Estado y, por lo tanto, se espere una reacción de este; y la segunda, que el Estado haya tenido conocimiento de dicha práctica y que no haya reaccionado a ella en un tiempo razonable (CDI, 2018, conclusión 10, comentario 8). Si dichas condiciones no se cumplen, no será posible afirmar que la inacción del Estado denota el reconocimiento de determinada práctica como derecho.

2.2.4. Conclusiones 11 y 13: Alcance de ciertos medios de identificación del Derecho internacional consuetudinario

Las conclusiones de esta sección del Proyecto de la CDI se enfocan en los medios de prueba auxiliares que contribuyen a la recopilación e interpretación de la práctica aceptada como derecho, durante el proceso de identificación de una norma consuetudinaria. Entre dichos medios puede incluirse a los tratados, las resoluciones de las organizaciones internacionales y las conferencias intergubernamentales, la jurisprudencia y la doctrina.

Adicionalmente, como parte de estos medios auxiliares, la Comisión destaca su propia labor, pues en cumplimiento de su mandato de “promoción del desarrollo progresivo del Derecho internacional y su codificación” (AG-ONU, 1947, artículo 1.1), realiza investigaciones exhaustivas en las que muchas veces determina la existencia y el contenido de normas consuetudinarias o,

por el contrario, concluye que no se han configurado los elementos constitutivos (2018, quinta parte, comentario 2). De acuerdo con la Comisión, las determinaciones que realiza en ese sentido tienen especial valor para la identificación de la existencia o no de una costumbre, aunque esto dependerá de diversos factores, como son las fuentes usadas, el respaldo a sus resultados recibido de los Estados, entre otros.

La conclusión 11 aborda la interacción entre los Tratados y la costumbre, pues precisa que una norma de carácter convencional podría declarar, cristalizar o generar una norma consuetudinaria, dependiendo del momento en el que esta última se configure (CDI, 2018, conclusión 11.1, comentario 4). Aunque los Tratados desempeñan un papel crucial, la CDI destaca de manera enfática que, por sí solos, no tienen la capacidad de crear normas consuetudinarias ni de ser un criterio decisivo para determinar su existencia o su contenido, lo que recomienda que sea verificado a partir de los dos elementos constitutivos (CDI, 2018, conclusión 11, comentario 2).

Adicionalmente, la Comisión menciona algunos elementos que se pueden considerar al evaluar la existencia de costumbres vinculadas a tratados. Entre estos se incluyen la adopción del tratado por consenso o con una amplia mayoría, el número de Estados parte involucrados y la reacción de los Estados no parte, tanto en el momento de la adopción como después (2018, conclusión 11, comentario 3).

Asimismo, para determinar si la disposición de un tratado ha declarado o codificado una norma consuetudinaria, la CDI sugiere examinar el texto del propio tratado, verificar la existencia de autorizaciones expresas a la formulación de reservas y revisar los trabajos preparatorios asociados (2018, conclusión 11, comentario 5). Aunque ninguno de estos factores resulta determinante *per se*, todos contribuyen a esclarecer el contexto en el cual se origina la norma consuetudinaria, sirviendo como indicios valiosos para su identificación.

De acuerdo con la CDI, incluso cuando se determine la existencia de una norma consuetudinaria codificada en la disposición de un tratado, persiste la necesidad de respaldarla con una práctica que sea extendida, representativa y uniforme. Esto se debe a que la intención de las partes de codificar una costumbre en un tratado se considera, únicamente, como un elemento de prueba de la *opinio iuris*, y porque podría darse el caso de que la costumbre haya cambiado o caído en desuso desde la adopción del referido tratado (CDI, 2018, conclusión 11, comentario 5).

Por otro lado, la conclusión 13 hace referencia a la contribución de los tribunales nacionales e internacionales al proceso de identificación de normas consuetudinarias. Se destaca especialmente el papel de la CIJ como órgano judicial principal de la ONU, al ser la “única corte internacional permanente de jurisdicción general” (CDI, 2018, conclusión 13, comentario 4).

Aunque se admite que las decisiones (sentencias, opiniones consultivas, laudos) pueden proporcionar orientación sobre la existencia y el contenido de una norma consuetudinaria, la Comisión reconoce que su valor dependerá de varios factores, como la naturaleza del tribunal, la votación por la que se adoptó la decisión y la calidad del razonamiento expuesto en el fallo. Asimismo, la Comisión es clara al afirmar que las decisiones de los tribunales no congelan la existencia y contenido de las normas consuetudinarias, pues estas “pueden haber evolucionado desde la fecha de una determinada decisión” (2018, conclusión 13, comentario 3).

3. Análisis crítico del caso a partir del proyecto de conclusiones sobre la identificación del Derecho internacional consuetudinario de la Comisión de Derecho Internacional

En el caso *Presuntas violaciones a derechos soberanos y espacios marítimos en el Mar Caribe*, la CIJ identifica costumbre internacional referida a la zona contigua (ZC), a la zona económica exclusiva (ZEE) y a las líneas de base rectas (LBR). Ahora bien, en relación con la ZEE y con las LBR, el análisis de la CIJ no es exhaustivo, a diferencia de lo que ocurre con la identificación de normas consuetudinarias vinculadas a la ZC.

En atención a lo señalado en el párrafo anterior, el análisis crítico que se presenta a continuación está enfocado, principalmente, en los argumentos empleados por la CIJ para la identificación de la costumbre referida a la ZC, sin dejar de hacer, por cierto, algunos comentarios sobre el proceso de identificación de costumbre referida a la ZEE y las LBR, para lo que he reservado la sección 3.4. Este análisis está organizado en función al orden de las conclusiones del Proyecto de la CDI, que resumí en la sección 2.2 del presente trabajo.

3.1 Análisis a partir de las conclusiones 2 y 3: Enfoque básico

A partir de la lectura de la sentencia del caso bajo análisis, puedo concluir que el proceso de identificación de normas consuetudinarias referido a la ZC seguido por la CIJ se concentró, principalmente, en el elemento material de la costumbre, es decir, la práctica general de los Estados.

De este modo, en los párrafos 149 y 186 de su sentencia, la CIJ hizo mención expresa a dicho elemento y listó una serie de medios de prueba que acreditaron su existencia, a partir de la cual concluyó que los artículos 33 y 303.2 de la CONVEMAR reflejan normas consuetudinarias.

A pesar de que en el fallo no existe referencia expresa alguna a la *opinio iuris*, en la sección 3.3 de este trabajo demostraré que, si se evalúan los medios de prueba listados por la CIJ para acreditar la práctica general, a la luz de las recomendaciones metodológicas del Proyecto de la CDI (conclusiones 9 y 10), es posible concluir también la existencia del elemento subjetivo de la costumbre. Sobre este asunto, es preciso recordar que la exigencia de realizar evaluaciones independientes para demostrar la existencia de cada uno de los elementos de la costumbre no impide que se empleen los mismos medios de prueba, lo que fue reconocido por la CDI en el comentario 8 a la conclusión 3 de su Proyecto.

En consecuencia, el proceso de identificación de normas consuetudinarias referidas a la ZC realizado por la CIJ no siguió el enfoque básico propuesto por la CDI (conclusiones 2 y 3). Si bien hizo un análisis diferenciado del elemento material, no hizo una evaluación expresa de la existencia o no de la *opinio iuris*, sino que se limitó a hacer referencias a actuaciones estatales que, indirectamente, podrían evidenciar la existencia del elemento subjetivo.

3.2 Análisis a partir de las conclusiones 4 a 8: Práctica General

Revisando la sentencia de la CIJ en el caso bajo análisis, se evidencia en ella una valoración adecuada de los medios de prueba para determinar la existencia de una práctica general referida a la zona contigua (ZC), reflejada en los artículos 33 y 303.2 de la CONVEMAR.

En efecto, la CIJ evaluó el comportamiento de los Estados (conclusión 4), manifestado a través de acciones concretas, así como de expresiones verbales y escritas (conclusión 6). Además, no solo se consideró el comportamiento externo de los Estados, sino también el que se da al interior de estos (conclusión 5), valorado de manera integral y sin observarse inconsistencias que afecten la coherencia de la práctica (conclusión 7). Finalmente, también se hizo referencia, aunque indirectamente, a las

condiciones de extensión y representatividad, así como a la uniformidad de la práctica de los Estados, lo que confirmó su carácter general (conclusión 8).

En cuanto a las acciones concretas, la CIJ consideró como medios de prueba de la práctica general:

- Vinculada al artículo 33 de la CONVEMAR: la amplia aceptación y el establecimiento de ZC por casi 100 Estados (parte y no parte de la CONVEMAR); el establecimiento de ZC que no superaran las 24 millas náuticas e, incluso, la reducción a 24 millas de ZC establecidas con anterioridad que superaban ese ancho; y la aceptación y regulación interna de las atribuciones que los Estados ribereños tienen en sus ZC, limitadas a asuntos aduaneros, fiscales, de inmigración y sanitarios.
- Vinculada al artículo 303.2 de la CONVEMAR: el incremento del número de Estados que contemplan, en sus dispositivos legales internos, la facultad para prevenir la remoción de objetos, considerados patrimonio cultural, hallados en sus ZC, así como la suscripción de tratados multilaterales sobre protección del patrimonio cultural subacuático.

Igualmente, la Corte consideró el comportamiento de los Estados expresado verbalmente o por escrito, cuando valoró los registros oficiales de las discusiones en las Conferencias de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, pues en ellas los Estados manifestaron su posición a través de opiniones o votos. Esto también se evidencia cuando la CIJ se refirió a los reclamos que algunos Estados presentaron a aquellos Estados ribereños que ampliaron sus competencias sobre la ZC para incluir temas de seguridad, toda vez que dichas objeciones normalmente se formulan a través de notas diplomáticas.

Los registros de la participación de los Estados en conferencias internacionales y las notas diplomáticas de reclamo mencionados en el párrafo anterior, se refieren claramente a las relaciones externas de los Estados en su interacción con otros sujetos de derecho internacional. Por su parte, el comportamiento al interior de los Estados es tenido en cuenta por la CIJ al considerar la adopción de normativa en el Derecho interno, para el establecimiento de las ZC y la determinación de las facultades que se ejercerán en ella.

La CIJ tuvo en consideración, principalmente, el comportamiento de los Estados en ejercicio de su función ejecutiva, dado que dicho poder se suele encargar de la conducción de la política exterior. Ahora bien, al considerar como medio de prueba de la práctica al establecimiento de ZC a través de las normas de Derecho interno, también se ha incluido el ejercicio de la función legislativa, pues en algunos Estados dicha materia es reservada a las competencias del Parlamento. El comportamiento del Estado ha sido considerado de manera integral, por lo que no se han identificado inconsistencias en la práctica.

En su sentencia, la CIJ se refirió indirectamente a las condiciones esenciales para que la práctica sea considerada general. La condición de ser lo suficientemente extensa y representativa, se desprende del empleo de términos como la «mayoría de Estados», o al decir que la práctica tuvo una «amplia aceptación» o una «aceptación general», e incluso al hacer una mención a una cantidad considerable de Estados que han adoptado la práctica, por ejemplo, cuando se dice que “about 100 States (...) have established contiguous zones” (CIJ, 2022, p. 57, párr. 149). Como se señala en el Proyecto de la CDI, no se necesita que se haya acreditado la participación de todos los Estados de la comunidad internacional, por lo que podría concluirse que esta condición se cumplió.

Por otro lado, en el párrafo 154 de la sentencia, parecía que el requisito de «uniformidad» de la práctica de los Estados se podría haber visto comprometido cuando, la Corte reconoció que un número reducido de Estados había incluido asuntos relacionados con la seguridad en sus facultades de control en la ZC. No obstante, la CIJ desestimó que esta inconsistencia hubiera alterado la práctica general, argumentando que dichos comportamientos fueron posteriormente objetados por otros Estados.

La temporalidad de la práctica de los Estados no se analizó en la sentencia de la CIJ; no obstante, el medio de prueba más antiguo al que se hizo referencia fueron los registros de la I Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1958, por lo que, podemos considerar que se evaluó la práctica desde dicho año.

El análisis realizado por la CIJ evidencia que la importancia del elemento temporal es relativa, pues lo esencial es que, durante el tiempo en que se desarrolle la práctica, esta cumpla con las condiciones de generalidad (suficientemente extensa y representativa) y uniformidad, las que se evidenciaron en el presente caso. La CDI ha reconocido esto en su proyecto de conclusiones, al señalar que “no se requiere que la práctica tenga una duración concreta, siempre que sea general” (2018, conclusión 8.2).

Finalmente, considero que en su argumentación para refutar lo dicho por Colombia sobre la existencia de una situación excepcional que justificaba un ancho mayor de su ZC, la CIJ pudo haber empleado lo señalado por la CDI en el comentario 8 a la conclusión 8 de su Proyecto, según el cual, cuando un Estado incumple una norma y se justifica o se ampara en un supuesto de excepción, no hace sino confirmar la consistencia de la práctica¹⁵.

¹⁵ Como he señalado en la sección 2.2.2 de este trabajo, considero que el justificar el incumplimiento de una norma consuetudinaria o el ampararse en una excepción también podría implicar la confirmación de la *opinio iuris* de la referida norma.

Según la posición colombiana, incluso en el caso en que la Corte confirmara que la zona contigua tuviera una extensión máxima de 24 millas náuticas de acuerdo con el Derecho internacional consuetudinario, dicho Estado podía justificar el trazado de una zona contigua integral (ZCI) que excediera el ancho máximo permitido, debido a la existencia de en una «excepción consuetudinaria», aplicable en los supuestos en que el Estado ribereño tuviera una geografía compleja.

Si bien la CIJ refutó este argumento reafirmando que “Colombia must respect the 24-nautical-mile rule, as required by customary international law reflected in Article 33, paragraph 2, of UNCLOS” (2022, p. 64, párr. 174), pudo haber reforzado su posición señalando que, al haber alegado una excepción y justificarse en ella, Colombia estaría reafirmando la práctica y la *opinio iuris* de la referida norma consuetudinaria. Sobre todo, considerando que la CIJ ha empleado anteriormente dicho argumento en el caso relativo a las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, recogido en el Proyecto de la CDI:

“If a State acts in a way prima facie incompatible with a recognized rule, but defends its conduct by appealing to exceptions or justifications contained within the rule itself, then whether or not the State's conduct is in fact justifiable on that basis, the significance of that attitude is to confirm rather than to weaken the rule” (como se citó en CDI, 2018, conclusión 8, comentario 8).

3.3 Análisis a partir de las conclusiones 9 y 10: *Opinio iuris*

Como mencioné en la sección 3.1 del presente trabajo, en la sentencia de la CIJ no existe referencia expresa al elemento subjetivo o psicológico de la costumbre cuando se determina que los artículos 33 y 303.2 de la CONVEMAR reflejan normas consuetudinarias vinculadas a la ZC. En consecuencia, aunque puede decirse que hay un análisis diferenciado, el

mismo está incompleto, pues no se analiza ni determina la existencia de la *opinio iuris*.

Sin perjuicio de esta ausencia, considero que es posible determinar la existencia del elemento subjetivo, analizando los medios de prueba listados por la CIJ para acreditar la práctica general, a partir de las recomendaciones metodológicas contenidas en las conclusiones 9 y 10 del Proyecto de la CDI.

Antes de empezar, es preciso recordar que, como señala la CDI en su comentario 8 a la conclusión 3, es posible recurrir a los mismos medios de prueba para comprobar la existencia de la práctica general y de su aceptación como derecho (*opinio iuris*). Ahora bien, lo importante es hacer un análisis separado de cada elemento de la costumbre, puesto que no es posible deducir la existencia de un elemento de la mera existencia del otro (CDI, 2018, conclusión 3, comentario 8).

Uno de los elementos probatorios empleados por la CIJ para demostrar que existió una práctica general relativa al establecimiento de ZC con un ancho máximo de 24 millas náuticas y para el control de asuntos aduaneros, fiscales, de inmigración y sanitarios, fue que al menos 100 Estados (parte y no parte de la CONVEMAR) establecieron ZC de estas características. Al respecto, el establecimiento de ZC de este tipo por aquellos Estados ribereños que son parte de la CONVEMAR, aporta poco o nada para determinar la existencia de la *opinio iuris*, ya que es difícil discernir si este comportamiento fue motivado por la conciencia de obligatoriedad vinculada a la norma consuetudinaria o, más bien, por el ejercicio de un derecho reconocido convencionalmente.

Ahora bien, el que la CIJ haya precisado que esta práctica también fue realizada por Estados no parte de la citada Convención, indica que la convicción jurídica trascendió a aquellos Estados vinculados por la norma convencional. En efecto, en la sección 1.2.2 mencioné algunos ejemplos de

Estados ribereños, no parte de la CONVEMAR, que establecieron una ZC, entre los que se encuentran: Camboya, Irán, Emiratos Árabes Unidos, Estados Unidos de América y Siria.

El caso de Siria reviste especial importancia, siendo un ejemplo de Estado no parte de la CONVEMAR que ya tenía establecida una ZC con un ancho superior a las 24 millas náuticas y que, voluntariamente, la redujo para alinearse a la norma consuetudinaria¹⁶. Aunque la CIJ no mencionó el caso concreto de Siria, destacó entre sus argumentos que, algunos Estados optaron por disminuir el ancho de sus ZC para ajustarse al límite de 24 millas náuticas (CIJ, 2022, p. 57, párr. 151). Si se tratara de un Estado parte de la Convención, podríamos decir que su conducta respondió al cumplimiento del Tratado en vigor, pero al no ser este el caso, su comportamiento refleja la consciencia de una obligación que acompaña a la práctica estatal evidenciada en la sección 3.2 del presente trabajo.

Un detalle, no menos importante, y que también aporta a la determinación de la *opinio iuris*, es que el 21 de noviembre de 1989 (después de la adopción de la CONVEMAR, pero antes de su entrada en vigor), Estados Unidos de América, que tampoco es parte de la Convención, envió una nota diplomática a Siria reclamando el ajuste de sus espacios marítimos (Roach, 2021, p. 152).

Otro medio de prueba considerado por la CIJ para demostrar la existencia de la práctica general, a partir del cual es posible determinar la *opinio iuris*, son las reclamaciones que presentaron algunos Estados contra los Estados ribereños que, a través de su Derecho interno, ampliaron el alcance de sus facultades de control sobre la ZC para incluir asuntos de seguridad. Este es el caso de Estados Unidos de América, que, a pesar de no ser parte de la

¹⁶ Mediante el Decreto Legislativo N° 304, del 28 de diciembre de 1963, Siria estableció un mar territorial que se extendía hasta la milla náutica 35 y una zona contigua de seis millas adicionales, que iban hasta la milla náutica 41. No obstante, el 8 de noviembre de 2003, a través de la Ley N° 28, redujo la extensión de ambos espacios marítimos, ajustando el mar territorial hasta la milla náutica 12 y la zona contigua hasta la milla náutica 24 (Roach, 2021, p. 152).

CONVEMAR, ha enviado notas de protesta contra varios Estados que incumplen la norma consuetudinaria¹⁷.

Con relación a las normas consuetudinarias reflejadas en el artículo 303.2 de la CONVEMAR, también es posible emplear algunos de los medios de prueba que la CIJ consideró para determinar la existencia de la práctica general, a efectos de probar la *opinio iuris*. Un ejemplo de ello es la alusión al aumento del número de Estados que han ampliado su legislación sobre la protección del patrimonio cultural a los objetos encontrados en su ZC (CIJ, 2022, p. 66, párr. 185).

Aunque en este caso la CIJ no especifica que quienes han realizado dicha conducta son Estados parte y no parte de la CONVEMAR, he identificado, como ejemplo de estos últimos, a los Estados Unidos de América, que a través de la Proclamación 7219 emitida en el año 1999, extiende su ZC de 12 a 24 millas náuticas, señalando entre sus considerandos que dicha extensión contribuirá a prevenir la remoción del patrimonio cultural de su ZC (Roach, 2021, p. 150).

Finalmente, y con respecto a las normas consuetudinarias reflejadas en ambos artículos de la CONVEMAR, otro aspecto que puede considerarse para probar la *opinio iuris*, es la amplia aceptación recibida respecto a la adopción de los artículos 33 y 303.2 en el proceso de celebración de la Convención. Como mencionaré en la sección 3.4 de este trabajo, la CONVEMAR fue un Tratado que se negoció con base en el consenso, por lo que la adopción de cada artículo tuvo un amplio respaldo.

La sentencia de la CIJ no tiene un análisis completo para determinar la existencia de las normas consuetudinarias vinculadas a la ZC, pues omite referencias expresas a la presencia del elemento subjetivo, necesario para

¹⁷ En la Tabla 3 se lista a los Estados ribereños que ampliaron las facultades de control sobre su ZC para incluir asuntos de seguridad y que recibieron notas diplomáticas de reclamo de EEUU.

la identificación de costumbre, según menciona la CDI en su Proyecto. Pese a ello, lo que quise demostrar aquí es que era posible probar directamente la *opinio iuris* a través de los propios medios de prueba mencionados en la sentencia para la determinación de la práctica general.

A mi criterio, la omisión del análisis directo de la *opinio iuris* en esta sentencia, no puede considerarse como un cambio en la definición de costumbre en la jurisprudencia de la CIJ. Esto se refuerza al constatar que en su más reciente sentencia, emitida en julio de 2023, respecto de la *Cuestión de la delimitación de la plataforma continental entre Nicaragua y Colombia más allá de las 200 millas náuticas*, la Corte vuelve a la definición de costumbre empleada en 1985, en el asunto sobre la *Plataforma Continental* entre Libia y Malta, según la cual: “*the material of customary international law is to be looked for primarily in the actual practice and opinio juris of States*” (como se citó en (CIJ, 2023, p. 22, párr. 46)

3.4 Análisis a partir de las conclusiones 11 y 13: Alcance de ciertos medios de identificación del Derecho internacional consuetudinario

Con relación a las conclusiones 11 y 13, y continuando con el análisis de las normas consuetudinarias referidas a la zona contigua (ZC) identificadas por la CIJ en los artículos 33 y 303.2 de la CONVEMAR, considero que la Corte hizo un uso correcto de los medios de prueba auxiliares.

En el caso del artículo 33, la CIJ buscó determinar si dicha disposición de la CONVEMAR reflejaba la costumbre vigente o si esta había evolucionado como argumentó Colombia. Si bien la Corte tomó en cuenta el proyecto de artículos relativos al Derecho del Mar elaborado por la CDI en el año 1956 y el proceso de celebración de la Convención de 1958 y de la CONVEMAR, también listó otros medios de prueba a partir de los que puede demostrarse

la existencia de la práctica general y la *opinio iuris*, como analicé en las secciones 3.2 y 3.3 del presente trabajo.

Lo mismo ocurrió con respecto a la identificación de las normas consuetudinarias reflejadas el artículo 303.2 de la CONVEMAR, pues además de las referencias a los trabajos preparatorios de la Convención y al proyecto de la CDI de 1956, antes citados, se tomaron en cuenta otros medios de prueba, a partir de los cuales es posible demostrar la presencia de los dos elementos constitutivos de la costumbre.

Lo establecido en estas conclusiones del Proyecto de la CDI, me permite hacer un breve análisis sobre la identificación de las normas consuetudinarias realizada por la CIJ referidas a la zona económica exclusiva (ZEE) y a las líneas de base rectas (LBR).

Como expliqué en la sección 1.2.1 del presente artículo, la CIJ identificó normas consuetudinarias referidas a la ZEE reflejadas en los artículos 56, 58, 61, 62, 73 de la CONVEMAR, a partir de una referencia a su fallo en el caso *Plataforma Continental* entre Libia y Malta de 1985, en la que reconoció que la institución de la ZEE se había convertido en parte del Derecho internacional consuetudinario.

Si la identificación de la costumbre se hubiera basado únicamente en la referencia a dicha sentencia, a partir de lo señalado en la conclusión 13 del Proyecto de la CDI, podría criticarse que no hubo un adecuado análisis, pues lo decidido por la CIJ en el 1985 no congela la costumbre, y esta debe demostrarse a partir de la determinación de la existencia de sus dos elementos constitutivos. Ahora bien, la Corte complementó la referencia a su jurisprudencia con una mención a que, a la fecha de emisión del fallo, existen al menos 130 Estados (parte y no parte de la CONVEMAR) que han declarado una ZEE mediante dispositivos legales internos (CIJ, 2022, p. 32, párr. 56).

En ese sentido, aplicando los criterios desarrollados en las secciones 3.2 y 3.3 del presente trabajo respecto de la ZC, considero que la inclusión de esta referencia a los Estados que han declarado una ZEE podría servir para probar la presencia de una práctica general y una *opinio iuris* en relación a la ZEE. No obstante, lo criticable en este caso es que no se hizo un análisis de cada uno de los elementos de la costumbre por separado, por cada una de las normas consuetudinarias identificadas en los respectivos artículos de la CONVEMAR, ni en la sentencia bajo análisis, ni en la de 1985 a la que se hizo referencia.

Lando califica las referencias que los tribunales internacionales hacen a sus propias decisiones o a las de otros tribunales que han determinado la existencia de una norma consuetudinaria como “argumentative shortcuts” (2022, p. 565). Según el autor, estos atajos son cada vez más frecuentes, cuando el proceso de deliberación final se lleva a cabo de manera colegiada, ya que resulta complicado llegar a una versión definitiva que obtenga el voto de la mayoría de los y las magistrados/as (Lando, 2022, pp. 565-568). Según menciona, estas referencias pueden ser fuente confiable para la identificación de costumbre, siempre que la decisión que se cite este bien sustentada (Lando, 2022, p. 567). Lo que no se da en el fallo de la *Plataforma Continental* entre Libia y Malta.

Otros autores, son más críticos de estas referencias a decisiones anteriores en las que se ha identificado la existencia de normas consuetudinarias, a las que denomina “institutional circularity”, pues conllevan el riesgo de calificar como costumbre a una norma que ya no tiene base en la práctica estatal (Tanaka, 2023, p. 16).

El caso de las normas consuetudinarias referidas a las LBR identificadas en el artículo 7 de la CONVEMAR es un supuesto diferente. Si bien la CIJ también hizo una referencia a su jurisprudencia anterior, pues se remitió al caso *Pesquerías* entre Reino Unido y Noruega de 1951, en dicha sentencia no se identificó una costumbre relativa al establecimiento de líneas de base rectas, sino que se sentaron los criterios para su empleo, los que, de acuerdo

con la CIJ, luego se codificaron en el artículo 4 de la Convención de 1958 y fueron casi transcritos al artículo 7 de la CONVEMAR (CIJ, 2022, p. 83, párr. 242).

En relación con este aspecto, el procedimiento de identificación de normas consuetudinarias seguido por la CIJ difiere de la metodología propuesta por la CDI. En su quinto comentario sobre la conclusión 11, la CDI sugiere que, incluso en los supuestos en los que se haya determinado que una costumbre se encuentra codificada en una norma convencional, la misma debe respaldarse con una práctica extendida, representativa y uniforme, dado que la norma consuetudinaria pudo haber cambiado o caído en desuso desde la adopción del tratado. Sin embargo, este análisis no se hace en la sentencia, ni tampoco se menciona algún medio de prueba, a partir del que podamos concluir que la práctica y la *opinio iuris* se mantienen vigentes, como sí hizo en el caso de la ZEE.

Finalmente, aunque la CIJ no tuvo la necesidad de valorar los criterios adicionales relacionados a los tratados, sugeridos por la CDI en los comentarios 3 y 5 a la conclusión 11, es posible afirmar que con relación a la CONVEMAR, estos sí se cumplían:

- Negociación y Estados parte: La CONVEMAR fue el resultado de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que se desarrolló en once periodos de sesiones llevadas a cabo entre los años 1973 y 1982 (Salmón, 2014, p. 108). Tuvo una composición universal, pues en ella participaron todos los Estados de la comunidad internacional (Pastor Ridruejo, 2016, p. 370). Actualmente, tiene 168 Estados parte y la Unión Europea (ONU, 2023).
- Adopción por consenso o con una amplia mayoría: En su segundo periodo de sesiones se adoptó el Reglamento de la Conferencia, que anexó una declaración incorporando el «acuerdo de caballeros» aprobado por la AG-

ONU, según el cual, el consenso sería el principal método de adopción de las decisiones, y solo cuando se agotaran todos los esfuerzos para alcanzar el mismo, se recurriría a la votación (ONU, 1974, Apéndice).

Al final de la III Conferencia se hicieron los máximos esfuerzos para alcanzar el consenso del texto completo del Tratado; sin embargo, al no lograrse, se adoptó por una amplia mayoría de 130 votos a favor, 4 en contra y 18 abstenciones (2016, p. 372). Por este motivo, Pastor Ridruejo calificó a la CONVEMAR como “una Convención elaborada básicamente por consenso aunque adoptada por votación” (2016, p. 372).

- Imposibilidad de plantear reservas: En el artículo 309 de la CONVEMAR se prohíbe la formulación de reservas a la Convención, salvo que estén expresamente autorizadas, lo que no ocurre respecto de ninguno de los artículos analizados en el presente trabajo.
- Reacción de los Estados no parte: Como ha sido ampliamente desarrollados en las secciones 1.2.2, 3.2 y 3.3, existen varios casos de Estados no parte de la CONVEMAR que declarado y respetado los espacios marítimos establecidos en la Convención.

CONCLUSIONES

En su sentencia del 2022 sobre el caso *Presuntas violaciones a derechos soberanos y espacios marítimos en el Mar Caribe* entre Nicaragua y Colombia, la CIJ identificó normas consuetudinarias en ocho artículos de la CONVEMAR, referidas a la zona contigua (artículos 33 y 303.2), a la zona económica exclusiva (artículos 56, 58, 61, 62 y 73) y a las líneas de base rectas (artículo 7).

Luego del análisis realizado, considero que el proceso de identificación de normas consuetudinarias seguido por la CIJ difiere del propuesto por la CDI en su proyecto de conclusiones, toda vez que al determinar la existencia de la costumbre no se realizó un análisis completo de cada uno de sus elementos constitutivos: práctica general y la *opinio iuris*.

En la identificación de las normas consuetudinarias referidas a la zona contigua, la Corte priorizó la verificación del elemento objetivo de la costumbre, sin hacer referencia expresa al elemento subjetivo. Ahora bien, sí hizo referencias tangenciales a actuaciones estatales a partir de las que era posible comprobar directamente la *opinio iuris*, como demostré en la sección 3.3 del presente trabajo.

Para la identificación de costumbre referida a la zona económica exclusiva, la CIJ recurrió a su propia jurisprudencia anterior y la acompañó con una mención a un medio de prueba, a partir del cual podía determinarse la existencia de la práctica general y la *opinio iuris*. La inclusión de esta referencia es importante, dado que los medios auxiliares (como son las decisiones de los tribunales internacionales) no constituyen, por sí solos, un criterio determinante para la identificación de una norma consuetudinaria. Ahora bien, en este ejercicio la CIJ se apartó nuevamente de lo recomendado por la CDI, al no haber realizado un análisis de cada uno de los elementos de la costumbre y por cada una de las normas consuetudinarias identificadas.

Respecto de las líneas de base rectas, la Corte se limitó a reafirmar que la Convención de 1958 codificó los criterios para su empleo, los que luego fueron casi transcritos al artículo 7 de la CONVEMAR. Aquí también observé una divergencia respecto a lo recomendado por la CDI, dado que no se respaldó la referencia a la costumbre codificada, con un análisis que confirmara la existencia de la práctica general y de su aceptación como derecho.

Para concluir este trabajo, quisiera destacar que la omisión de un análisis directo de la *opinio iuris* en esta sentencia no implica, en mi opinión, un cambio en la definición de la costumbre internacional empleada por la CIJ. De haber sido así, la Corte no habría hecho referencias tangenciales a acciones estatales que podrían evidenciar indirectamente el elemento subjetivo.



BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- Abugattās, G. (2023). La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982: estructura y principales características. En: Roncagliolo, N. y Vidarte, O. (Eds.). *El Perú y la Convención del Mar: Balance y Perspectivas* (pp. 55-94). Fundación Academia Diplomática del Perú.
- Cançado Trindade, A. (2005). International law for humankind: towards a new *ius gentium* (I): general course on public international law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 151-175.
- Cárdenas, F. (2020). ¿Un caso de “volver al futuro”? Las Conclusiones sobre la Identificación del Derecho Internacional Consuetudinario de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU. *Vniversitas*, 69, 1-30. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.cvfc>
- Crawford, J. (2008). *Brownlie's Principles of Public International Law* (8 ed.). Oxford University Press.
- Franckx, E. (2023). A single maritime boundary: From UNCLOS III to present-day developments. *Marine Policy*, 148, 1-10. <https://doi.org/10.1016/j.marpol.2022.105425>
- Hakimi, M. (2020). Making Sense of Customary International Law. *Michigan Law Review*, 118, 1487-1537. <https://doi.org/10.36644/mlr.118.8.making>
- Lando, M. (2022). Secret custom or the impact of judicial deliberations on the identification of Customary International Law. *Cambridge Law Journal*, 81(3), pp. 550-580. <https://doi.org/10.1017/S0008197322000253>
- Murphy, S. (2014). Identifying the Rules for Identifying Customary International Law. *American Journal of International Law*, 108, 169-173. <https://doi.org/10.1017/S2398772300002105>
- Novak, F. y García-Corrochano, L. (2016). *Derecho Internacional Público. Tomo I: Introducción y fuentes* (2 ed). Thomson Reuters.
- Novak, F. y García-Corrochano, L. (2016). *Derecho Internacional Público. Tomo II: Sujetos de Derecho Internacional* (2 ed). Thomson Reuters.

- Pastor Ridruejo, J. A. (2016). Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales (20 ed.). Tecnos.
- Roach, J.A. (2021). Excessive Maritime Claims (4.a ed.). Brill Nijhoff.
- Salmón, E. (2014). Curso de Derecho Internacional Público. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Tanaka, Y. (2023). The International Law of the Sea (4th ed.). Cambridge University Press.
- Truyol y Serra, A. (1998). Historia del derecho internacional público. Tecnos.
- United Nations (2021). Seventy Years of the International Law Commission: Drawing a Balance for the Future. Brill
- Wood, M. (2016). The present position within the ILC on the topic “Identification of customary international law”: in partial response to Sienho Yee, Report on the ILC Project on “Identification of Customary International Law”. Chinese Journal of International Law, 15(1), 3-15. <https://doi.org/10.1093/chinesejil/jmv056>
- Wood, M. (2018). Quinto informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario.

DOCUMENTOS DE LAS NACIONES UNIDAS

- AG-ONU. (1947). Resolución N° 174 (II) Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional.
- ONU. (1974). Reglamento de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, adoptado el 27 de junio de 1974.
- CDI. (1956). Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. Publicación de las Naciones Unidas.
- CDI. (2011). Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. Publicación de las Naciones Unidas.
- CDI. (2012). Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. Publicación de las Naciones Unidas.

- CDI. (2013). Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. Publicación de las Naciones Unidas.
- CDI. (2018). Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. Publicación de las Naciones Unidas.
- CDI. (2018). Proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, con comentarios.

JURISPRUDENCIA

- CIJ. (1950). *Derecho de Asilo* (Colombia / Perú), Sentencia de fondo.
- CIJ. (1951). *Pesquerías* (Reino Unido c. Noruega), Sentencia de fondo.
- CIJ. (1960). *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India* (Portugal c. India), Sentencia de fondo.
- CIJ. (1969). *Plataforma Continental del Mar del Norte* (República Federal de Alemania / Dinamarca), Sentencia de fondo.
- CIJ. (1969). *Plataforma Continental del Mar del Norte* (República Federal de Alemania / Países Bajos), Sentencia de fondo.
- CIJ. (1984). *Caso relativo a la delimitación de una frontera marítima en la zona del Golfo de Maine* (Canadá / Estados Unidos de América), Sentencia de fondo.
- CIJ. (1985). *Caso relativo a la Plataforma Continental* (Libia / Malta), Sentencia de fondo.
- CIJ. (1986). *Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos de Améric), Sentencia de fondo.
- CIJ. (2001). *Caso relativo a la delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Catar y Bahrain* (Catar c. Bahrain), Sentencia de fondo.
- CIJ. (2002). *Caso relativo a la frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria* (Camerún c. Nigeria), Sentencia de fondo.

- CIJ. (2007). *Caso relativo a la controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe* (Nicaragua c. Honduras), Sentencia de fondo.
- CIJ. (2012). *Controversia territorial y marítima* (Nicaragua c. Colombia), Sentencia de fondo.
- CIJ. (2014). *Caso relativo a la controversia marítima* (Perú c. Chile), Sentencia de fondo.
- CIJ. (2018). *Delimitación marítima en el Mar Caribe y el Océano Pacífico* (Costa Rica c. Nicaragua), Sentencia de fondo.
- CIJ. (2021). *Delimitación marítima en el Océano Índico* (Somalia c. Kenia), Sentencia de fondo.
- CIJ. (2022). *Presuntas violaciones a derechos soberanos y espacios marítimos en el Mar Caribe* (Nicaragua c. Colombia), Sentencia de fondo.
- CIJ. (2023). *Cuestión de la delimitación de la plataforma continental entre Nicaragua y Colombia más allá de las 200 millas náuticas desde las costas de Nicaragua* (Nicaragua c. Colombia), Sentencia de fondo.
- Tribunal Internacional del Derecho del Mar. (2017). *Controversia relativa a la delimitación de la frontera marítima entre Ghana y Costa de Marfil en el Océano Atlántico*, Sentencia de fondo.

RECURSOS WEB

- CDI. (2023, 17 de mayo). Guía Analítica del Trabajo de la Comisión de Derecho Internacional. https://legal.un.org/ilc/guide/1_13.shtml
- CDI. (2023, 21 de junio). Acerca de la Comisión: Organización, programa y métodos de trabajo. <https://legal.un.org/ilc/methods.shtml#a26>
- Ministerio de Justicia y Derecho de Colombia (2023, 18 de noviembre). Sistema Único de Información Normativa (SUIN). <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1374866>.
- ONU (2023, 03 de noviembre). Estado al 03.11.2023 Capítulo XXI Derecho del Mar: 6. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Colección de Tratados de las Naciones Unidas. https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=en

TRATADOS

- Carta de las Naciones Unidas, adoptada el 26 de junio de 1945.
- Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua, adoptada el 29 de abril de 1958.
- Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, adoptada el 10 de diciembre de 1982.
- Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, adoptada el 02 de noviembre de 2001.

OTROS

- Colombia (2016). Contramemoria en el caso de las Presuntas Violaciones a Derechos Soberanos y Espacios Marítimos en el Mar Caribe (Nicaragua c. Colombia) ante la CIJ.
- Colombia (2018). Dúplica en el caso de las Presuntas Violaciones a Derechos Soberanos y Espacios Marítimos en el Mar Caribe (Nicaragua c. Colombia) ante la CIJ.

