



"IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO"

Observaciones de la República de El Salvador

La República de El Salvador remite el presente informe en atención a la resolución A/72/460, titulada "Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 69º período de sesiones", por medio de la cual se señaló a la atención de los gobiernos, la importancia que comuniquen a la Comisión de Derecho Internacional, sus comentarios y observaciones sobre diversos aspectos de los temas del programa de la Comisión, especialmente, el examen sobre el proyecto de conclusiones relativo al tema "Identificación del Derecho Internacional Consuetudinario".

Al respecto, es importante tener en cuenta que - tal como lo ha indicado el relator especial en el marco del análisis de este tema- la manera de aplicar el derecho internacional consuetudinario depende del derecho interno de los Estados; por lo que, previo a comentar específicamente respecto al citado proyecto de conclusiones, se procederá en el presente informe, a precisar los siguientes aspectos: (I) Particularidades del sistema jurídico salvadoreño; (II) Reconocimiento del derecho internacional consuetudinario a partir de la jurisprudencia de los tribunales nacionales de El Salvador y, (III) comentarios relacionados al proyecto de conclusiones aprobado en primera lectura por la Comisión (referencia A/CN.4/L.872).

(I) *Del sistema jurídico salvadoreño: su naturaleza*

Las características del sistema jurídico salvadoreño no se rigen por el sistema del *common law*, puesto que se encuentra basado en el sistema de derecho escrito, de conformidad al cual, las normas son desarrolladas previamente por el legislador, todo ello en congruencia con el principio de seguridad jurídica que se preserva en el artículo 1 de la Constitución de la República.

En este sentido, el ordenamiento jurídico nacional se encuentra conformado por un conjunto de normas producidas por las diferentes fuentes que operan en él, y de las cuales, la costumbre, no constituye fuente principal de derecho interno.

Sin embargo, existen áreas específicas en las que expresamente se permite su utilización, tales como: el área de derecho privado, social o comercial. Un ejemplo de esto ha sido la regulación contemplada en el artículo 2 del Código Civil, el cual, establece que: "la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella".

En todo caso, debido a la naturaleza que reviste el sistema jurídico salvadoreño, no existe mayor pronunciamiento sobre la formación y vinculación de la costumbre jurídica; aunque ello no obsta que dentro de la jurisprudencia de tribunales como la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sí se haya reconocido la importancia y vinculación del derecho internacional consuetudinario.

(II) ***Reconocimiento del derecho internacional consuetudinario a partir de la jurisprudencia de los tribunales nacionales de El Salvador***

Tal como se ha afirmado anteriormente, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha determinado en su reciente jurisprudencia, el reconocimiento al derecho internacional consuetudinario y sus efectos en cuanto a la vinculación que adquiere el Estado salvadoreño respecto de distintas obligaciones comprendidas en él.

Un ejemplo ha sido la Sentencia sobre el proceso de inconstitucionalidad número 73-2013, de fecha 1 de agosto de 2016, en la cual, refiriéndose a las disposiciones contempladas en la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (1982) ha sostenido que: "*los conceptos aprobados, consignados en la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, que apropiadamente ha sido llamada como "la Constitución de los océanos [...] **son considerados ya por la doctrina y los tribunales judiciales y arbitrales, como derecho internacional consuetudinario, de validez universal.** Dicha Convención ha dado gran impulso al desarrollo progresivo y a la codificación del derecho de gentes, a la vez que a la realización de un orden económico internacional justo y equitativo que tenga en cuenta los intereses y necesidades de toda la humanidad, y en particular, los intereses y necesidades especiales de los países en desarrollo, sean ribereños o sin litoral.*"

Adicionalmente, en otras materias, la referida Sala también ha pronunciado su reconocimiento a la validez universal que posee el contenido de normas de derecho internacional consuetudinario. Por ejemplo, en la sentencia número 44-2013/145-2013, de fecha 13 de julio de 2016, la Sala consideró que: "[...]las <Garantías fundamentales> de

<Trato humano>, [...] a fin de garantizar la protección de la vida y demás derechos fundamentales de la población civil y de las personas especialmente protegidas en el marco de los conflictos armados internos, **constituyen obligaciones derivadas de una norma imperativa del derecho internacional consuetudinario** y del Derecho Internacional Humanitario vigente durante el conflicto armado salvadoreño.”

En definitiva, a pesar de que las características del sistema jurídico salvadoreño no hayan posibilitado la profundización jurisprudencial sobre la costumbre y su formación, esto no ha sido obstáculo para que en el criterio derivado de la citada Sala de lo Constitucional, se haya realizado importantes consideraciones acerca del valor universal que posee el derecho internacional consuetudinario y el alcance de sus obligaciones.

(III) Comentarios relacionados al proyecto de conclusiones aprobado en primera lectura por la Comisión (referencia A/CN.4/L.872)

Como complemento a la intervención pronunciada por la delegación de El Salvador sobre el tema que nos ocupa, en el 71º período de sesiones de la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se adicionan los comentarios siguientes:

- **Respecto de las formas de práctica (Proyecto de conclusión 6)**

Cuando se manifiesta que una práctica consuetudinaria puede revestir una gran variedad de formas; se considera que, en efecto, este tema no puede ceñirse a una lista taxativa que nomine tales manifestaciones, pues lo esencial es la identificación de que en tal práctica reiterada, existe el elemento relativo a la convicción jurídica.

En este sentido, la referida Sala de lo Constitucional, ha hecho alusión a la vinculación que existe entre las declaraciones internacionales y la costumbre, al manifestar que: *“las declaraciones anticipan una opinio iuris (conciencia de obligatoriedad) a la que la práctica de los Estados debe adecuarse, con miras a cristalizar, a mediano o largo plazo, una costumbre internacional [...] De modo que las declaraciones internacionales, aunque no sean obligatorias, sí contribuyen significativamente a la formación de fuentes obligatorias del derecho internacional, ya sea, adelantando la convicción de*

obligatoriedad de una determinada práctica estatal; o bien, incitando la elaboración de un tratado a partir de ciertas recomendaciones" (Sentencia de inconstitucionalidad 26-2006, del 12 de marzo de 2007).

Por otro lado, respecto a la redacción del párrafo 1 del citado proyecto de conclusión, la redacción de la frase "en determinadas circunstancias" resulta poco efectiva. En este sentido, es importante recordar que la inacción, en tanto realizada con la convicción jurídica, puede devenir siempre en una forma de práctica.

- **Proyecto de conclusión 15: "Objetor persistente"**

Finalmente, se advierte que respecto al proyecto de conclusión 15 que se refiere a la figura del "objetor persistente", es importante incorporar dentro de la redacción de este texto, que el ejercicio de tal figura se entiende sin perjuicio de cualquier cuestión de *ius cogens*, a fin de dar mayor claridad en su regulación.

En definitiva, el carácter universal y obligatorio de las normas de *ius cogens*, es un precepto del cual no se plantea figura que lo contradiga. Así se ha reconocido en la jurisprudencia derivada de la Sala de lo Constitucional, la cual, refiriéndose a la obligación internacional de asegurar la represión legal efectiva de los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, ha sostenido que: "la imprescriptibilidad de dichos delitos se afirma como expresión de un reconocimiento común y consuetudinario de los Estados, **elevado a la categoría de principio imperativo de Derecho Internacional (ius cogens), general y obligatorio**, independientemente de su incorporación en convenciones específicas o en el derecho interno, es decir, sin necesidad de un vínculo específico, derivado de un tratado internacional determinado" (Inconstitucionalidad 44-2013/145-2013, de fecha 13 de julio de 2016).

- **Proyecto de conclusión 16: "Derecho Internacional Consuetudinario Particular"**

Al respecto, aunque se considere un poco impreciso el término de "particular", se comparte la definición establecida en el párrafo 1 del artículo 16. En efecto, las normas de derecho internacional consuetudinario de carácter no general que se aplican a

determinados ámbitos o regiones, son aquellas que corresponden a lo que la doctrina especializada reconoce como *costumbre regional*.

Esta última se caracteriza por haber nacido entre un grupo de Estados con características propias. Por ejemplo, desde 1991, con la firma y posterior ratificación del Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos, la República de El Salvador ha formado parte de la comunidad económico-política de Estados denominada como: Sistema de la Integración Centroamericana. En ella el ejercicio de la Presidencia Pro Témpore ha consistido en una práctica consuetudinaria, de conformidad a la cual, un Estado Parte del Sistema desempeña la función de articulación entre los gobiernos y los órganos e instituciones del Sistema, para el desarrollo continuado de la Agenda de la Integración Regional, durante un período de seis meses según el orden de rotación que los propios Estados centroamericanos acuerden en un instrumento normativo. En el contexto del proceso de la integración centroamericana, se encuentra vigente hasta el momento, el Reglamento de la Presidencia Pro Témpore del Sistema de la Integración Centroamericana, adoptado en marzo del año dos mil nueve, el cual, constituye un instrumento jurídico en el que se ha cristalizado ya esta figura consuetudinaria, pues los Estados han reconocido la convicción jurídica en su desarrollo.

Así, dadas las particularidades que representa la configuración de este tipo de figuras consuetudinarias regionales, se considera que la frase dispuesta en el párrafo dos del proyecto de conclusión 16, "Estados Interesados", no aparece apropiada al correcto sentido que puede atribuirse a tales prácticas consuetudinarias, pues los Estados se obligan a ellas en virtud de la convicción jurídica que les atribuyen, lo cual, es un aspecto que va más allá de la sola expresión de interés.