



Estudio del CURI

Dr. Alejandro Pastori

**APLICACIÓN DE LA COSTUMBRE POR LA JURISPRUDENCIA
INTERNACIONAL EN RELACIÓN CON EL USO DE LA FUERZA**

*Consejo Uruguayo
para las Relaciones Internacionales*

10 de agosto de 2016

Estudio N° 7/16

El CURI mantiene una posición neutral e independiente respecto de las opiniones personales de sus Consejeros. El contenido y las opiniones de los “Estudios del CURI” y “Análisis del CURI” constituyen la opinión personal de sus autores.

Aplicación de la costumbre por la jurisprudencia internacional en relación con el uso de la fuerza.

Dr. Alejandro Pastori (*)

Introducción:

La prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza se encuentra establecida convencionalmente en el párrafo 4 del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. Este principio siempre ha sido considerado como la piedra angular del sistema alrededor del cual gira la seguridad colectiva, la necesidad de solucionar los conflictos de forma pacífica y, en definitiva, el mantenimiento de la paz internacional.

Este principio tiene excepciones que también se encuentran reguladas en el texto de la Carta. Tanto la legítima defensa como la autorización para el uso de la fuerza que puede otorgar el Consejo de Seguridad tienen también regulación convencional, aunque en su origen la primera de ellas fuera un concepto ya aceptado consuetudinariamente desde antes de la celebración de la Carta.

Dada esta regulación convencional existente respecto del principio de no uso de la fuerza en sí mismo y sus excepciones, el papel que actualmente podría atribuírsele a la costumbre en este tema sería el de fijar criterios sobre el alcance consuetudinario de los mismos o bien fundamentar interpretaciones restrictivas o ampliatorias estas normas convencionales.

En efecto, es fácil constatar que la evolución dentro de las formas del uso de la fuerza y la apariciones de nuevos actores internacionales han trastocado el concepto tradicional en cuyo marco se aplicaba el principio y sus excepciones, dando lugar a la aparición de interpretaciones de esta regla sustancial para la convivencia pacífica, o de sus excepciones, de manera tal de poder justificar acciones armadas que podrían ser consideradas contrarias al derecho internacional. La comprobación de una costumbre en este sentido podría ser la que viniera a darle legalidad a ciertas acciones.

Por ende, uno de los aspectos cruciales a considerar en este tema –tan amplio y con tantas aristas- es aquel de la determinación de la existencia de una norma consuetudinaria en este sentido, para así saber el bien fundado de su utilización o aplicación en relación con el uso de la fuerza.

Al respecto, el lugar favorito en el que la doctrina y los Estados bucean para encontrar una respuesta a si tal o cual regla tiene o ha alcanzado carácter consuetudinario es la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ).

(*) Profesor adjunto de Derecho Internacional Público. UDELAR

El presente trabajo se va a enfocar en considerar solamente este aspecto, analizando primero la pertinencia de buscar esta respuesta en la jurisprudencia de la Corte, para luego valorar con más detalle cuál ha sido el aporte real de dicho órgano judicial en relación con la determinación de una costumbre en casos vinculados con la aplicación del uso de la fuerza o sus excepciones.

1. Importancia de la jurisprudencia para la determinación de la norma consuetudinaria.

Como señala el literal d) del artículo 38 del Estatuto de la CIJ, la jurisprudencia es solo un medio auxiliar para la determinación de la regla de derecho aplicable¹. No establece el status de una norma sino que solo ayuda a determinarla. Además en principio solo tiene valor entre las partes (artículo 59 del Estatuto). Y puede, además, fácilmente modificarse.

Dada esta característica, es válido preguntarse inicialmente qué tan relevante es una opinión de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) para establecer la existencia de reglas consuetudinarias (en particular, para el caso, en relación con el uso de la fuerza).

Más allá de la disposición del Estatuto de la CIJ, ¿podemos decir que existe además una norma consuetudinaria que dice que la conclusión a la que llega la CIJ en un caso concreto acerca de la condición de norma consuetudinaria de determinada regla debe ser aceptada por toda la comunidad internacional?

¿O es acaso solamente una opinión calificada que tenemos que tener en cuenta siendo que el carácter consuetudinario de la norma debe ser determinado por los Estados en general analizando la verificación en los hechos de sus elementos constitutivos, es decir la práctica y la *opinio juris*, en un marco internacional general como por ejemplo la Asamblea General de la ONU?

¹ Artículo 38

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d. ***las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.***

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren.

(Artículo 59

La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido).

Debemos considerar varios factores para justificar una respuesta positiva a la primera pregunta y decir que las decisiones de la CIJ son definitorias para la identificación de las normas consuetudinarias.

Esto es así porque el peso de los fallos de la Corte puede variar según la calidad del razonamiento de la Corte, la composición de la misma, y la mayoría por la cual fue adoptada su decisión. Por lo demás se debe tener en cuenta que la costumbre internacional puede haber evolucionado desde la fecha de la decisión. En efecto como señala Green²: “Existe un peligro para los Estados y los doctores en percibir a las sentencias como una expresión de derecho internacional vigente, cuando en realidad cada sentencia representa a lo más, un marco congelado de ese derecho en un momento dado”.

Por otro lado, del análisis de la metodología que utiliza la CIJ para llegar a la conclusión de que una norma tiene carácter consuetudinario, se percibe que en la mayoría de los casos la Corte no ha analizado la práctica de los Estados y la *opinio juris*, mediante un procedimiento deductivo o inductivo sino que simplemente ha afirmado la existencia de estos elementos, siguiendo un método asertivo que ha sido criticado incluso por sus propios miembros.³

En ayuda de la CIJ debe decirse que este método es a veces inevitable a falta de elementos jurídicos o de hecho para aplicar un procedimiento deductivo o inductivo⁴; pero no deja de ser el precio que debe pagar la comunidad internacional para evitar un *non liquet*, y el que la Corte debe asumir al realizar sus afirmaciones de manera convincente para que los Estados sigan confiando en ella.

Sin embargo, pese a estas legítimas interrogantes de fondo y de forma, las sentencias judiciales, especialmente las de la CIJ (pero también las de ciertos Tribunales especiales), son generalmente percibidas como definitorias en la determinación del carácter consuetudinario de una norma.

² J.A.Green, “The International Court Justice and Self-Defense in International Law (Hart, 2009) At.p.25. Traducción del autor. “There exists a danger for States and Scholars in perceiving judgments as and expressions of International law, when in fact any judgment represents at best a freeze – frame of that law.

³En los siguientes casos citados en el excelente artículo de Stefan Talmon “Determining Customary International Law: The ICJ’s Methodology between Induction, Deduction and Assertion” publicado en “The European Journal of International Law Vol. 26 no. 2; 2015”:
-Navigational and Related Rights, parágrafo 27, Separate Opinion of Judge Sepúlveda-Amor;
-Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, ICJ Reports (2008) 413, at 611, para. 14, Dissenting Opinion of Judge Kreća;
-Arrest Warrant, supra note 7, at 151, parágrafo. 23, Dissenting Opinion of Judge Van den Wyngaert; -Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada), ICJ Reports (1998) 432, at 705, para. 339; 707, para. 343, Dissenting Opinion of Judge Torres Bernárdez.

⁴ Ibid cita anterior pgs 441-443

Es un hecho innegable que la costumbre, tanto en general como en especial en referencia al uso de la fuerza, debe ser en definitiva apreciada y declarada por un tercero. Y esta función no está impuesta a los Estados por el derecho internacional. De allí la relevancia de la función reveladora por parte de los órganos judiciales, nacionales o internacionales, pues son ellos quienes - si son requeridos para ello- están en mejor posición para determinar la existencia o no de la norma consuetudinaria, su contenido, su interpretación y la procedencia o no de su aplicación.

No se puede ignorar el prestigio y los generalmente bien fundados argumentos que la Corte entrega en sus decisiones. Por lo demás, más allá de su problema metodológico antes señalado, la CIJ ha ido construyendo a través de su jurisprudencia un suerte de teoría de la costumbre internacional, en relación con sus elementos constitutivos -la práctica y la *opinio juris*- , el elemento temporal, la interacción con los tratados, la costumbre regional o local, etc.. que se ha convertido en una forma de sistematización del tema que se ha proyectado pacíficamente sobre el resto de la comunidad internacional.⁵

De allí que Casadevante afirme, citando respectivamente a Haggemacher o a Pierre Marie Dupuy⁶, que en este papel de determinación de la norma consuetudinaria el juez o árbitro internacional posee en cierto sentido un papel “creador, cuasilegislativo y exige ser aprehendido como tal” o que tiene “una especie de poder normativo”. Lo cual se condice con algunas teorías generales de derecho que afirman que la jurisprudencia es una fuerte “acto” de derecho y en ese sentido se debe asimilar a las fuentes llamadas principales.⁷

En este mismo sentido se refirió Bernhardt⁸: “La fórmula del artículo 38 del Estatuto de la CIJ subestima el papel de las decisiones de las cortes internacionales en el proceso de creación de normas internacionales. Las sentencias convincentemente elaboradas a menudo tienen una importante influencia en el proceso generador de normas incluso si en teoría las cortes solo deben aplicar el derecho existente y no crear nuevo derecho”.

Dada esta importancia que se le atribuye a las decisiones de la CIJ es difícil argumentar en contra de una disposición de la Corte que establece el estándar consuetudinario de una determinada norma. Al respecto se debe revalorizar el alcance (que probablemente sea más general) de lo dispuesto por el artículo 38 del Estatuto de la Corte en el sentido de que la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales así como la doctrina también deben ser consideradas

⁵ “Derecho Internacional Público”; Carlos Fernández de Casadevante. Ed Dilex; 2003, Pg 61 y notas al pie 109 y ss.

⁶ Notas al pie 120 y 121 de la obra citada en la nota anterior.

⁷ Aguiló Regla, Josep (2000). Teoría general de las fuentes del Derecho y del orden jurídico. Editorial Ariel. Pág. 115-121. Barcelona

⁸ Rudolf Bernhardt “Encyclopedia of Public International Law. Vol 1. 1992 ; Capítulo sobre “The nature of Customary International Law”.

como fuentes secundarias para la identificación de la norma aplicable sobre un tema en particular⁹.

En suma, aplicando lo mencionado al caso concreto del uso de la fuerza, puede decirse que pese a las limitaciones referidas y con la inevitable constatación política de que los asuntos relacionados con este tema son generalmente derivados al Consejo de Seguridad como la institución natural para decidir sobre ellos, las decisiones de la CIJ han tenido pese a ello la posibilidad, en algunas oportunidades, de jugar un papel en la consideración de la existencia de reglas consuetudinarias en relación con el uso de la fuerza y de sentar jurisprudencia al respecto.

En la segunda parte de este trabajo procuraremos señalar en qué ocasiones este tema fue tratado por la Corte y dicha jurisprudencia podría eventualmente ser considerada como relevante para nuestra materia, o dicho de otra forma, en qué casos el derecho se superpuso a los aspectos políticos en temas relacionados con el uso de la fuerza vinculándose con la determinación de una costumbre.

Veremos en función de ello si estos asuntos, que han sido pocos, se han transformado en “leading cases” y si el papel de la CIJ en estos casos fue de una relevancia especial para establecer la existencia y por tanto la necesaria aplicación de una norma consuetudinaria en este tema.

En tiempos en donde los fundamentos para el uso de la fuerza –unilateral o multilateral- parecen exceder lo establecido por la Carta por la aparición de nuevos contextos fácticos, la costumbre pasa a ser una fuente de importancia capital. En este trabajo consideraremos solamente su relación con su determinación jurisprudencial y el aporte que ha realizado la CIJ al respecto.

2. La jurisprudencia de la Corte en relación con la costumbre y el uso de la fuerza

2.1. Derecho consuetudinario y tratados (Nicaragua/EE.UU)

En el Asunto de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua de 1986, la cuestión que se planteaba era saber si una norma de derecho consuetudinario sigue estando vigente entre Estados partes de un tratado multilateral que codifica dicha norma. Incluso en el caso en que las dos normas sean idénticas.

Estados Unidos argumentaba que la Corte debía abstenerse de aplicar las normas de derecho consuetudinario porque habían sido subsumidas y derogadas por aquellas del tratado internacional multilateral, especialmente aquellas incluidas en la Carta de las Naciones Unidas donde se hace referencia al uso de la fuerza.

⁹ El Estatuto no fue hecho por la Corte sino por los Estados, que son quienes le han dado ese alcance a la jurisprudencia.

De esta forma los Estados Unidos tomaron la posición de que la existencia de principios en la Carta de las Naciones Unidas impedía la posibilidad de que una regla similar pudiera existir de manera independiente en el marco del derecho consuetudinario internacional, sea porque las normas consuetudinarias existentes ya fueron incorporadas en la Carta, o bien porque la Carta ha influenciado la consolidación posterior de la costumbre con un contenido similar al del texto convencional.

Sin embargo la Corte no estuvo de acuerdo con esta posición. Al contrario consideró que, en las áreas de derecho relevantes para el caso, no debe concluirse que todas las reglas consuetudinarias que puedan ser invocadas tengan necesariamente un contenido exactamente idéntico al de las normas contenidas en los tratados¹⁰.

Por el contrario fue de la opinión que en una cantidad de aspectos, las áreas reguladas por las dos fuentes de derecho no se superponen exactamente y no son idénticas en su contenido.

Pero además la Corte agrega que, incluso si una norma convencional y una norma consuetudinaria aplicables a una disputa llegaran a tener exactamente el mismo contenido, esto no sería una razón para que la Corte entendiera que la circunstancia de la existencia del tratado debe necesariamente quitarle a la norma consuetudinaria la posibilidad de ser aplicada separadamente:

“Hay numerosas razones para considerar que aún cuando dos normas pertenecientes a dos fuentes de derecho internacional aparecen como idénticas en su contenido, y aun si los Estados involucrados están vinculados por estas normas tanto en el plano de los tratados como en el derecho consuetudinario, las referidas normas mantienen una existencia separada”¹¹.

¹⁰ Los que no podían ser aplicados en este caso en virtud de la reserva que había efectuado Estados Unidos, de allí la importancia de saber si la costumbre seguía en pie pese a todo.

¹¹ Esta afirmación de la Corte se percibe claramente desde la perspectiva de la aplicabilidad de las mismas: en una controversia jurídica que afecta a dos Estados, uno de ellos puede argumentar que la aplicabilidad de una disposición del tratado a su propia conducta depende de la conducta del otro Estado respecto de la aplicación de otras normas, en otros temas, también incluidos en el mismo tratado, lo cual difícilmente suceda al aplicar la costumbre.

Asimismo normas que son idénticas en el derecho de los tratados y en el derecho consuetudinario también pueden distinguirse en referencia a los métodos de interpretación y aplicación de las mismas. Un Estado puede aceptar una norma contenida en un tratado no solamente porque está a favor de la aplicación de la norma en sí misma, pero también porque el tratado establece lo que ese Estado entiende como deseable en materia de instituciones o mecanismos para asegurar el cumplimiento de dicha norma. En consecuencia aunque esa norma sea idéntica a una norma de derecho consuetudinario, las dos normas con el mismo contenido son sujetas a un tratamiento diferente en lo que respecta a los órganos competentes para verificar su cumplimiento, dependiendo de si son normas consuetudinarias o convencionales, por lo cual existe una diferencia en este aspecto entre ambas.

Esto significa que la Corte entendió, respecto del uso de la fuerza, que se le imputaba (entre otras violaciones) a los Estados Unidos, que estaba en condiciones de aplicar las normas consuetudinarias independientemente y más allá de que las mismas difirieran o no de las normas convencionales, las que no podía aplicar –como se dijo- debido a la reserva de los Estados Unidos.

En consecuencia, procedió a analizar si respecto de la obligatoria abstención del uso de la fuerza existía una costumbre internacional, concluyendo: primero, que la práctica de los Estados involucrados en el caso se correspondía con una aceptación de la regla de la prohibición del uso de la fuerza, y luego que existía una *opinio juris* sobre el carácter obligatorio de esta prohibición, la cual encontró en la aceptación general de Resoluciones de la AG de las NN.UU tales como la Resolución 2625.

Motivo por el cual en el punto 4 de su fallo condenó a los Estados Unidos basado en su violación al principio consuetudinario de la prohibición de la amenaza o uso de la fuerza.

2.2. Responsabilidad del Estado (Bosnia/Serbia)

En el Asunto sobre la Aplicación de la Convención sobre la Prevención y Represión del Crimen de Genocidio¹², la Corte encontró que a la luz de la información existente al respecto no le fue posible establecer que la masacre de Srebrenica fuera cometida por personas o entidades calificables como órganos de la parte demandada (Serbia).

De la misma forma tampoco pudo concluir que esa masacre fuese cometida guiada por instrucciones, o bajo la dirección de órganos del Estado demandado, ni que el mismo ejerciera control efectivo sobre las operaciones en el transcurso del cual se perpetró dicha masacre, la que constituyó un crimen de genocidio.

En la opinión de la Corte el demandante (Bosnia) no pudo probar que instrucciones fuesen emitidas por las autoridades federales de Belgrado o por cualquier otro órgano de la ex República de Yugoslavia para cometer la masacre, y aún menos que dichas instrucciones fueran dadas con el propósito específico (*dolus specialis*) que caracteriza al crimen de genocidio.

Todas las indicaciones en el presente caso llevaron a su juicio a la conclusión contraria: que la decisión de matar a la población masculina adulta de la comunidad musulmana en Srebrenica fue tomada por algunos miembros del VRS Main Staff,¹³ pero sin instrucciones ni control efectivo desde las autoridades de la ex Yugoslavia.

La Corte concluye de lo antedicho que los actos de aquellos que cometieran el genocidio en Srebrenica no pueden ser atribuidos a Serbia y Montenegro basado

¹² Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro.

¹³ VRS era el “Ejército de los Serbios de Bosnia” durante el conflicto.

en las disposiciones del derecho internacional en materia de responsabilidad del Estado. Por ende concluye que la responsabilidad internacional del demandante no está comprometida por este motivo.

La clave para llegar a esta conclusión está en la noción de “control efectivo” que la Corte aplicó, separándose de la opinión su “colega”, el Tribunal para la Ex Yugoslavia (caso Tadic) que empleó el criterio del “control global”¹⁴.

En efecto, la CIJ entendió que la aplicación de una noción de “control global”, (esto es, más amplia de la noción de “control efectivo”) vulneraría el alcance de las normas sobre la responsabilidad estatal previstas en los artículos de la CDI sobre “La Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos” del año 2001. Según la Corte el artículo 8 de este conjunto normativo, aplicable al caso, debe ser interpretado restrictivamente en el sentido de que no existe responsabilidad para el Estado cuando los crímenes son ejecutados por fuerzas militares que actúan en su favor pero que no han sido mandatadas para ejecutar dicho acto.¹⁵

Lo contrario sucedería si un órgano del Estado impartiera las instrucciones o directrices que guían la actuación de los autores del hecho ilícito o cuando ejerce un control efectivo sobre la acción en cuyo transcurso se comete el hecho ilícito.

Más allá de compartir o no esta posición¹⁶, esta norma, como todo el conjunto de artículos establecidos en este tema por la CDI, solo puede tener un sustento consuetudinario para ser invocada, ya que no ha sido recogido por ninguna otra fuente formal de derecho internacional. Por lo cual su referencia como fundamentación de la calificación de la naturaleza estatal o no de la responsabilidad por el uso de la fuerza (esto es la atribución de un comportamiento al Estado) es una aplicación de la costumbre en relación con este punto que la CIJ ha tenido directamente en cuenta en un caso donde el uso de la fuerza desmedido e ilegal estaba en el centro del debate.

¹⁴ Concluyó este otro Tribunal en el caso Tadic que la medida del control que se exige del Estado puede variar según los casos y que en relación a la conducta de fuerzas armadas, milicias o unidades paramilitares subordinadas, la responsabilidad se imputa a un Estado si éste tiene un control “de carácter general”. El “control general” se concreta cuando el Estado interviene en la organización, coordinación o planificación de las actividades militares del grupo militar, además de la financiación, la formación y el equipamiento o el apoyo operacional a ese grupo. También, declaró que la obligación de un “control general” no incluye la emisión de órdenes específicas por el Estado ni su dirección en cada operación concreta.

¹⁵ **Artículo 8:** Comportamiento bajo la dirección o control del Estado

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento.

¹⁶ ¿Qué sucede en los casos de omisiones de actuar por parte del Estado, o en los casos en que se deja actuar, sin impartir instrucciones, pero en conocimiento de causa, situaciones en las cuales la responsabilidad es eventualmente atribuible al Estado en virtud del artículo 9 de los artículos de la CDI?

2.3 La Costumbre Internacional y la Legalidad del Uso de Armas Nucleares (Opinión Consultiva)

La Asamblea General de las Naciones Unidas le preguntó a la Corte su opinión acerca de si: "... la amenaza o el uso de armas nucleares en cualquier circunstancia está permitido por el derecho internacional"¹⁷.

En considerar si existe en el derecho consuetudinario una prohibición respecto de la amenaza o el uso de las armas nucleares, la Corte confirmó su aproximación tradicional al derecho internacional consuetudinario enfatizando que dicha costumbre debe ser buscada ante todo en la práctica actual y en la *opinio juris* de los Estados.

Al respecto, la Corte procuró determinar la existencia o emergencia de una *opinio juris* a partir de la forma en la cual las armas nucleares han sido usadas en los pasados cincuenta años con un propósito de disuasión y procedió asimismo a examinar una serie de Resoluciones de la Asamblea General que afirman la ilegalidad de las armas nucleares.

La Corte primero consideró la *opinio juris* en conexión con la política de disuasión. Aquellos que sostenían la ilegalidad de las armas nucleares argumentaban que el hecho de que las mismas no hayan sido utilizadas en conflictos armados desde 1945 es evidencia de una *opinio juris* que considera su uso como contrario a derecho.

En cambio, los Estados que adherían a la política de disuasión argumentaron que las armas nucleares no fueron utilizadas en los conflictos armados desde 1945 porque las circunstancias que podrían haber justificado su utilización afortunadamente no se verificaron, y que la utilización de las armas nucleares al servicio de una política de disuasión es evidencia de una *opinio juris* que considera su uso acorde a derecho.

Así las cosas, en lo respecta a este primer punto la conclusión de la Corte fue razonable: con una comunidad internacional profundamente dividida sobre el tema, no hay una *opinio juris* que pueda sostener ninguna de las posiciones.

Pero la Corte también examinó Resoluciones de la Asamblea General "afirmando" la ilegalidad de las armas nucleares como evidencia de la *opinio juris* como requisito para el establecimiento de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario.

¹⁷ ¿Ley permisiva o prohibición? Planteada de esta manera la pregunta de la AG asume incorrectamente que el derecho internacional aplicable al uso de las armas es permisivo en vez de prohibitivo. La Corte afirmó en cambio que "la practica estatal muestra que la ilegalidad del uso de ciertas armas, como tales, no resulta de una ausencia de autorización sino, por lo contrario que la misma es formulada en términos de prohibición "(párrafo 52 de la Opinión Consultiva). La Corte por tanto reformula correctamente la pregunta de la AG y procede a evaluar si la amenaza o el uso de las armas nucleares está prohibido.

Al respecto nota que aquellos defensores de la ilegalidad del uso de las armas nucleares argumentaron la no utilización de las mismas desde 1945 sumado a una serie de resoluciones de la Asamblea General (comenzando con la Resolución 1653 (XVI) del 24 de noviembre de 1961) a los efectos de considerar que las armas nucleares son ilegales y expresan por ese motivo la existencia de una *opinio juris* en apoyo de su posición.

Los Estados que, en cambio, afirmaban la legalidad de la amenaza y el uso de las armas nucleares bajo ciertas circunstancias, argumentaban que ninguna de las resoluciones de la Asamblea General declarando a las armas nucleares ilegales reflejaban la costumbre internacional existente ni generaban suficiente base o apoyo para crear derecho internacional consuetudinario. Dichos Estados reiteraron que las armas nucleares han sido empleadas cada día desde 1945 al servicio de la disuasión.

La Corte determinó que las resoluciones de la Asamblea General relevantes para el caso son evidencia de una “profunda preocupación” respecto del problema de las armas nucleares, aunque “todavía se quedan cortas en establecer la existencia de una *opinio juris* sobre la ilegalidad del uso de dichas armas”¹⁸

La Corte concluyó que: “la emergencia, como *lex lata*, de una norma consuetudinaria que específicamente prohíba el uso de las armas nucleares como tales está condicionada o impedida de prosperar por las continuas tensiones entre una naciente *opinio juris* por un lado y una todavía fuerte adhesión a la llamada práctica de disuasión por el otro”¹⁹.

Esta conclusión de la Corte afirma pues que es la práctica estatal y no la teoría retórica lo que constituye el factor decisivo para determinar la *opinio juris*.

También cuando analiza la Carta de la ONU, la Corte dice que el derecho de usar la fuerza armada en legítima defensa está condicionado por las normas de necesidad y proporcionalidad que emanan del derecho consuetudinario internacional.

En relación con la determinación de la existencia de una norma consuetudinaria, la Corte finalmente decidirá:

-Por unanimidad que no existe en ninguna norma convencional o consuetudinaria autorización específica alguna para la amenaza o el uso de armas nucleares.

-Por once votos contra tres, que no existe en ninguna norma convencional o consuetudinaria una prohibición general y universal de la amenaza o el uso de armas nucleares como tales.

¹⁸ Párrafos 64 y ss de la Opinión Consultiva

¹⁹ Ibid, nota anterior

2.4. El derecho consuetudinario y el derecho internacional humanitario (Nicaragua/Estados Unidos y Opinión Consultiva sobre la legalidad del Uso de la fuerza)

En el Asunto Nicaragua/Estados Unidos la Corte es llevada a realizar consideraciones relativas a la aplicación del derecho internacional humanitario a la controversia. Resulta entendible ya que el uso de la fuerza puede en muchas circunstancias levantar la cuestión de dicha rama del derecho internacional.

Al respecto la Corte valora que la conducta de los Estados Unidos debe ser juzgada de acuerdo con los principios del derecho internacional humanitario respecto a la no notificación del minado de puertos nicaragüenses del que, entre muchas otras cosas, también se le acusaba. Asimismo esa rama del derecho les obligaba a abstenerse de fomentar la comisión de ciertos delitos previstos en el art 3, común, de las cuatro Convenciones humanitarias, lo que no había sido el caso ya que los EE.UU habían publicado un manual sobre “Operaciones psicológicas en la guerra de guerrillas” que aconsejaba ciertos actos que debían considerarse violaciones a ese artículo.

En opinión de la Corte las Convenciones de Ginebra son en algunos aspectos un desarrollo y en otros no más que la expresión de dichos principios, lo que justifica dicha aplicación a los Estados Unidos en el caso señalado acudiendo a la costumbre (ya que recordemos que EE.UU, para este caso, no estaba ligado por estos textos convencionales en relación con la CIJ por la reserva que había hecho al respecto al aceptar su jurisdicción).

En apoyo a esta interpretación, resulta significativo para la Corte que de acuerdo a los términos de las Convenciones, la denuncia de una de ellas expresamente señale que *“No surtirá efecto alguno sobre las obligaciones que las Partes en conflicto hayan de cumplir en virtud de los principios del derecho de gentes, tal como resulta de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública.”* (Convención I art. 63; Convención II, art. 62; Convención III, art. 142; Convención IV, art. 158).

Por otra parte, no hay duda para la Corte que en el caso de un conflicto armado internacional, el art. 3, que es común a las cuatro Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949, y que define ciertas normas que deben ser aplicadas en los conflictos armados de carácter no internacional, también constituyen una mínima base, que se agrega a las normas más elaboradas que también hay que aplicar a los conflictos internacionales. Estas son normas que en la opinión de la Corte reflejan lo que la misma llamó en 1949 “elementales consideraciones de humanidad” (Asunto del Canal de Corfú, fondo del asunto, párrafo 215 supra).

Así las cosas, el carácter consuetudinario de estas normas humanitarias quedó avalado en la sentencia del caso Nicaragua y resultó por ende el fundamento de una de las condenas que recibió Estados Unidos en el marco de un asunto donde la no intervención y no uso de la fuerza fueron los principios sustancialmente violados.

Años más tarde, la propia Corte tuvo una percepción algo diferente respecto de este tema puntual, al tratarlo en su Opinión Consultiva sobre la Legalidad de las Armas Nucleares que ya hemos mencionado. Al respecto, y en referencia al Derecho Internacional Humanitario, concluyó que “no se cuenta con elementos suficientes para llegar con certeza a la conclusión de que la utilización de las armas nucleares está forzosamente reñida con las normas y principios aplicables a los conflictos armados en cualquier circunstancia”

Para concluir luego que “cabe deducir de las exigencias antes mencionadas que la amenaza o el empleo de armas nucleares sería generalmente contrario a las normas del derecho internacional aplicable en los conflictos armados y, en particular, a los principios y las normas del derecho humanitario”²⁰.

De alguna forma aparece como difícil conciliar esta solución con la anterior conclusión de que el DIH es también una norma de derecho consuetudinario bien establecida, siendo a nuestro juicio evidente que es virtualmente imposible en la práctica usar un arma nuclear, incluso en legítima defensa, sin matar civiles y por tanto violar ese derecho.

La primera formulación y la introducción de la palabra “generalmente” plantean dudas sobre el carácter absoluto del respeto que se debe tener por el DIH en ciertas circunstancias- como cuando se debe usar la fuerza porque está en juego la supervivencia del Estado- y por ello puede sugerir que un Estado, por la necesidad de una legítima defensa de este tipo, haga caso omiso de los principios del derecho humanitario utilizando un arma nuclear, lo cual “pondría en peligro todos los progresos alcanzados en los últimos cien años en este derecho, corriéndose el riesgo de volver a las teorías de la “guerra justa”²¹.

²⁰ Puntos 78 y ss de la Opinión Consultiva y literal D) del punto 105 donde da su respuesta a la pregunta que motiva la misma.

²¹ Christopher Greenwood; “Opinión consultiva sobre las armas nucleares y la contribución de la Corte Internacional de Justicia al derecho internacional humanitario” disponible en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlb3.htm>

Conclusiones:

- a) Se constata que por el carácter altamente político que tiene en el sistema de las Naciones Unidas el uso de la fuerza, el tema de la costumbre en relación con el mismo no ha sido tratado más que en contadas oportunidades en la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia.
- b) Cuando lo ha sido, aunque la jurisprudencia como “fuente auxiliar”, puede levantar algunas dudas sobre el hecho de ser el mejor lugar donde encontrar la confirmación del status de una regla de derecho, técnicamente hablando, parecería que en la práctica del derecho internacional la jurisprudencia de la CIJ es considerada como un “pronunciamiento fidedigno acerca del estado actual del derecho internacional”²².
- c) Esto parece resultar evidente además en la práctica estatal en respuesta a las decisiones de la Corte respecto de la costumbre internacional y el uso de la fuerza. En efecto, luego del Asunto Nicaragua/Estados Unidos el carácter consuetudinario de los artículos comunes 1 y 3 de las Convenciones de Ginebra de 1949 es ahora “generalmente aceptado y virtualmente nunca cuestionado” (Crawford). Resulta también evidente la influencia que la CIJ ejerce sobre otros Tribunales Internacionales en este aspecto.
- d) Por lo demás, cuando la Corte ha sido llamada a intervenir, en los casos en que una norma consuetudinaria o una potencial norma consuetudinaria estaba en juego, la CIJ ha adoptado decisiones que han resultado de importancia significativa para la determinación de la aplicación o no de una norma como derecho consuetudinario.
- e) Su contribución puede ser criticada en cierta medida en lo que se refiere a las conclusiones alcanzadas o en la resolución final que ha adoptado en algún caso en cuestión- lo cual es un tema diferente- pero no puede ser ignorada respecto de su importancia en la determinación del carácter consuetudinario de las normas involucradas en cada asunto.
- f) No ha tenido sin embargo oportunidad de enfrentarse a situaciones donde la ampliación de la noción tradicional de prohibición de uso de la fuerza, de legítima defensa o de sujetos de DIP están en juego. En esa medida su contribución en este aspecto frente a los acontecimientos recientes de la vida internacional es aún muy relativa e insuficiente para poder ser considerada como factor indicador de la existencia o no de una modificación consuetudinaria del principio del no uso de la fuerza, o sus excepciones, respecto de estas nuevas realidades.-

²² Comisión de Derecho Internacional. Informe sobre la costumbre del 22 de mayo 2014. La CDI ha considerado además en numerosas ocasiones a los pronunciamientos judiciales y a la doctrina de los publicistas en sus análisis sobre la costumbre internacional.

Bibliografía:

A) Libros, artículos e informes:

- Aguiló Regla, Josep. Teoría general de las fuentes del Derecho y del orden jurídico. Editorial Ariel, (2000)Barcelona.

-Berhardt, R “Encyclopedia of Public International Law. Vol 1. 1992 ; Capítulo sobre “The nature of Customary International Law”.

-Casadevante, C.F. “Derecho Internacional Público” Ed Dilex; 2003.

-Crawford, J. “Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos” en United Nations Audiovisual Library of International Law , 2009, disponible en www.un.org/law/avl

- Green, J.A “The International Court Justice and Self-Defense in International Law” (Hart, 2009)

- Greenwood, C; “Opinión consultiva sobre las armas nucleares y la contribución de la Corte Internacional de Justicia al derecho internacional humanitario” disponible en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlb3.htm>

-Pastori, A, “Jurisprudencia Internacional Esencial de Derecho Internacional Público y de la Integración Regional” “2009 Ed. CURI

- Talmon, S “Determining Customary International Law: The ICJ’s Methodology between Induction, Deduction and Assertion” en “The European Journal of International Law Vol. 26 no. 2; 2015”

-Wood, M, Special Rapporteur. “Second report on identification of customary international law” Informe de la Comisión de Derecho Internacional del 22 de mayo de 2014. Disponible en http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_672.pdf

B) Asuntos de la Corte Internacional de Justicia mencionados:

-Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (1986)

- Aplicación de la Convención sobre la Prevención y Represión del Crimen de Genocidio (2007)

-Asunto del Canal de Corfú (1949)

C) Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia referida:

-OC sobre la Legalidad del Empleo de las Armas Nucleares (1996)
