

**«EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE  
INTERNACIONAL DE JUSTICIA COMO VERIFICADORA  
DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO  
Y EL CRIMEN INTERNACIONAL DE GENOCIDIO» (\*)**

Fabián Omar Raimondo  
*Universidad de Amsterdam*  
*Magíster en Relaciones Internacionales*  
*Y Abogado por la Universidad Nacional de*  
*La Plata. República Argentina*

*SUMARIO*

Introducción. I. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia como verificadora del Derecho Internacional Humanitario y del crimen internacional de genocidio. II. El valor de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en los Tribunales *ad hoc* de la Organización de las Naciones Unidas como verificadora del Derecho Internacional Humanitario y el crimen internacional de genocidio.

**INTRODUCCIÓN**

Una cuestión de sumo interés que se presenta en las ciencias jurídicas es aquella relativa a la respuesta que debe brindar un sistema jurídi-

---

(\*) El autor agradece profundamente a la Prof. Dra. Hortensia Gutiérrez Posse por su guía y consejo en la preparación del presente estudio.

co a los retos generados por la aparición de nuevas problemáticas. Así, surgió la necesidad de establecer mecanismos de protección internacional de los derechos humanos, regular el uso del espacio ultraterrestre, los fondos marinos, o preservar el medio ambiente. Lo mismo puede apuntarse en relación con las respuestas que el Derecho Internacional debe brindar a los desafíos impuestos por la constante emergencia de nuevos tipos de conflictos armados, ya que la necesidad de proteger a la persona humana y al medio ambiente se torna imperiosa en tales circunstancias.

La Carta de las Naciones Unidas (Carta) establece como uno de sus órganos principales a la Corte Internacional de Justicia (C. I. J.), otorgándole a ésta la posibilidad de ejercer su jurisdicción en controversias jurídicas que competen al Derecho Internacional y, por ende, en controversias en las que se debaten aspectos vinculados al Derecho Internacional Humanitario (D. I. H.) y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (D. I. D. H.) Es por esta razón, entonces, que ciertos tratados internacionales tales como la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Convención sobre Genocidio), la Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, el Financiamiento y la Instrucción de Mercenarios (Convención sobre Mercenarios) y la Convención sobre la Prohibición de la Preparación, la Fabricación, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y de su Destrucción (Convención sobre Armas Químicas) prevén la sumisión de controversias jurídicas atinentes a su interpretación o aplicación a la jurisdicción de la C. I. J..

Al poco tiempo de instalada, la C. I. J. fue requerida a ejercer su jurisdicción. Así, en la primera sentencia pronunciada sobre el fondo de un asunto, verificó, en un principio general aplicable tanto en tiempos de conflicto armado internacional como de paz, la expresión de una norma internacional consuetudinaria que favorece la protección de los derechos humanos más elementales, tales como la vida y la integridad física de las personas.

El tratamiento por parte de la C. I. J., tanto en procedimientos contenciosos como consultivos, de cuestiones atinentes al D. I. H. y al crimen internacional de genocidio en un período de tiempo que alcanza los 50 años, ha permitido sentar una jurisprudencia en la materia. La elaboración de tal jurisprudencia por parte de la C. I. J. —órgano judicial principal de la Organización de las Naciones Unidas (O. N. U.)— resulta de gran importancia no sólo porque un buen número de los asuntos inscriptos en su registro general se refiere a alegaciones de violaciones

a normas de D. I. H. y a la interpretación y aplicación de normas convencionales y consuetudinarias sobre el crimen internacional de genocidio, sino también porque la verificación de normas consuetudinarias de D. I. H. y las relativas al crimen internacional de genocidio interesa a todo otro Tribunal Internacional que deba aplicar este tipo de normas. El mejor ejemplo al respecto lo ofrecen el Tribunal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de las Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario Cometidas en el Territorio de la ex Yugoslavia a partir desde 1991 (T. P. I. Y.), y el Tribunal Internacional para el Enjuiciamiento de Presuntos Responsables de Actos de Genocidio u Otras Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario Cometidas en el Territorio de Ruanda y los Ciudadanos Ruandeses Presuntamente Responsables de tales Actos o Violaciones Cometidos en el Territorio de Estados Vecinos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994 (T. P. I. R.) ambos establecidos por el Consejo de Seguridad de la O. N. U. en virtud del Capítulo VII de la Carta. Por otra parte, debe tenerse presente que la Corte Penal Internacional (C. P. I.) una vez que se encuentre en funcionamiento deberá aplicar, de acuerdo a su Estatuto, principios y reglas de derecho internacional incluyendo los principios del derecho internacional de los conflictos armados.

Además, debe considerarse que el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg (T. M. I.) vinculó el crimen de genocidio con la existencia de un conflicto armado ya que lo consideraba una especie de los crímenes contra la humanidad. Con el surgimiento a partir del Artículo 1 de la Carta de la O. N. U. del D. I. D. H., se inició el proceso de desvinculación del genocidio con la existencia de un conflicto armado. Testimonio de ello es la adopción, en 1948, de la Convención sobre Genocidio. La Convención establece, así, que el crimen de genocidio puede cometerse tanto en tiempos de paz como de guerra.

Las razones mencionadas, en suma, merecen el estudio y análisis de la jurisprudencia de la C. I. J. vinculada al D. I. H. y al crimen internacional de genocidio; verificar como a lo largo de cincuenta años ella ha señalado e interpretado una serie de principios fundamentales en la materia y establecer el modo en que la jurisprudencia de la C. I. J.-que en tanto que «decisiones judiciales» sólo es un medio auxiliar para la determinación de la existencia de una regla de derecho impacta en la práctica judicial de los tribunales penales internacionales establecidos por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, resulta de particular interés.

# I. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA COMO VERIFICADORA DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DEL CRIMEN INTERNACIONAL DE GENOCIDIO

## A. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y EL CRIMEN INTERNACIONAL DE GENOCIDIO

Desde sus inicios, la C. I. J. desarrolló una importante actividad jurisprudencial como verificadora de la existencia de normas consuetudinarias de D. I. H. y del crimen internacional de genocidio.

A título preliminar, resulta pertinente precisar el concepto y alcance del D. I. H.. Este término tiene un origen relativamente reciente y su utilización por algunos publicistas data de 1950, aproximadamente, plasmándose en 1965 en la Resolución XXVIII de la XXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja que tuvo lugar en Viena. El D. I. H. se ocupa de cuestiones tales como el empleo de armas y otros medios de combate y el tratamiento de las víctimas de la guerra por el enemigo (1). Swinarski define al D. I. H. «como el cuerpo de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados, internacionales o no internacionales, que limita el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra, o que protege a las personas y los bienes afectados, o que pueden estar afectados, por el conflicto.» (2) Tal como comenta Pictet, el Artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 —que refiere a su ámbito de aplicabilidad situacional— no requiere una declaración formal de guerra, o de reconocimiento de un estado de guerra, como requisito preliminar para la aplicación de los Convenios. Estos se aplican desde la apertura de las hostilidades, ya que la existencia de un conflicto armado entre dos o más Partes Contratantes automática-

---

(1) Partsch, Karl Josef, «Humanitarian Law and Armed Conflict», en Rudolf Bernhardt (ed), *Encyclopedia of Public International Law*, North-Holland, Elsevier, 1995, Volume Two, p. 933 y ss.

(2) Swinarski, Cristophe, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Costa Rica —Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja— Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1984, p. 11. Es de destacar que el Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 incorpora normas relativas a los métodos y medios de combate como también al estatuto de combatiente. De este modo, el denominado Derecho de La Haya —Convenios de 1899 y 1907 sobre Usos y Costumbres de la Guerra— converge con el denominado Derecho de Ginebra —Convenios de 1949 sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados y sus bienes—.

mente permite la aplicación de las referidas convenciones. El autor agrega, acto seguido, que la noción de conflicto armado es más general que la noción de guerra. Así, observa que cualquier controversia que surja entre dos Estados conllevando la intervención de fuerzas armadas o similares es un conflicto armado, aún si una de las Partes negare la existencia de un estado de guerra, y sin importar la duración de aquélla ni la cantidad de muertes (3) O, como lo señala el T. P. I. Y., existe conflicto armado siempre que se recurra a la fuerza armada entre Estados o haya violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre estos grupos dentro de un Estado (4).

El D. I. H. es una rama del derecho internacional público y, como tal, presenta las características de este derecho: se encuentra sometido a la iniciativa de los Estados y a su buena voluntad; también, en gran medida, es un derecho de coordinación más que de subordinación. Por ser una rama del derecho internacional público, las fuentes formales del D. I. H. son las enumeradas en el Artículo 38, parágrafo 1 del Estatuto de la C. I. J.. Además de las convenciones humanitarias de 1949 y 1977 (5), deben resaltarse en D. I. H. el papel de la costumbre internacional y de los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas, papel a menudo esencial de complemento y sustituto en caso de laguna o de inaplicabilidad del derecho convencional (6). La Cláusula Martens es un ejemplo al respecto (7). En efecto, proclama por vez primera que podrían

---

(3) Pictet, Jean (ed), *Commentary, I Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Geneva, International Committee of the Red Cross, 1952, p. 32.

(4) *Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 October 1995, App. Ch. (Cassese, Li, Deschênes, Abi-Saab, Sidhwa), par. 70.

(5) Convenio I para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; Convenio II para aliviar la suerte que corren los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar; Convenio III relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; Convenio IV relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra, adoptados el 12 de agosto de 1949. Protocolo adicional I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y Protocolo adicional II relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

(6) Deyra, Michel, *Droit international humanitaire*, Paris, Gualino Éditeur, 1998, p. 25 y ss.

(7) La denominada Cláusula Martens fue inserta en el Convenio II de La Haya de 1899 relativo a los Usos y Costumbres de la Guerra Terrestre, a instancias del publicista ruso Fyodor Fyodorovic Martens. La Cláusula Martens estipulaba lo siguiente: «En attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties Contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par Elles, les populations et les belligérants restent sous la

existir principios o normas de derecho internacional consuetudinario resultantes no sólo de la práctica estatal, sino también de las leyes de humanidad y los dictados de la conciencia pública (8).

Finalmente, debe destacarse que las normas fundamentales del D. I. H. poseen carácter imperativo en razón de su aceptación y reconocimiento como tales por la comunidad internacional (9). En efecto, como se verá más adelante, C. I. J. ha determinado que los Convenios de Ginebra de 1949 constituyen, en algunos aspectos, la expresión de los principios fundamentales del D. I. H. (10).

En consideración de lo precedentemente expuesto, resulta oportuno referirse en modo sucinto a las relaciones existentes entre estas dos ramas del derecho internacional que son el D. I. H. y el D. I. D. H.. La literatura de los publicistas es prolífica en la materia (11). Por un lado, se menciona el carácter convergente —coordinado y complementario— de aquellas ramas del Derecho Internacional (12). También, se sostiene que la convergencia aludida no es racional ni organizada, que a menudo la diversidad prevalece sobre las similitudes y correspondencias, y que las lagunas y superposición entre las normas de D. I. H. y D. I. D. H. es una característica de esta interrelación (13). Así, el primer rasgo distintivo entre éstos es que el D. I. D. H. se aplica principalmente en tiempos de paz, en tanto que el D. I. H. se aplica principalmente en tiempos de

---

sauegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique. Elles déclarent que c'est dans ce sens que doivent s'entendre notamment les articles 1 et 2.» Esta cláusula fue también inserta en el Convenio IV de La Haya de 1907 sobre la misma materia, y en el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949.

(8) Cassese, Antonio, «The Martens Clause: half a loaf or simply pie in the sky?», *European Journal of International Law*, vol. 11, p. 188.

(9) Gutiérrez Posse, Hortensia D. T., *Moderno Derecho Internacional y Seguridad Colectiva*, Buenos Aires, Zavallá Editor, 1995, p. 348.

(10) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua Case (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, ICJ 1986, par. 218.

(11) Vinuesa, Raúl Emilio, «Interface, Correspondence and Convergence of Human Rights and International Humanitarian Law», en *Yearbook of International Humanitarian Law*, T.M.C. Asser Press, 1998, Vol. 1, pp. 69-110. Véase al respecto la bibliografía referida en la nota a pie de página n.º 1.

(12) Cañado Trindade, Antonio, «Aproximaciones o convergencias entre el derecho internacional humanitario y la protección internacional de los derechos humanos», *Seminario Interamericano sobre la Protección de la Persona en Situaciones de Emergencia*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, p. 88.

(13) Vinuesa, Raúl Emilio, «Interface, Correspondence and Convergence of Human Rights and International Humanitarian Law», en *Yearbook of International Humanitarian Law*, T.M.C. Asser Press, 1998, p. Vol. 1, 70.

conflicto armado (14). En otras palabras, este último es un derecho de excepción (15). El segundo rasgo distintivo se relaciona con los sujetos de uno y otro conjunto de normas: en el D. I. H., sujetos son las partes en conflicto y el C. I. C. R.; en el D. I. D. H., son los individuos quienes poseen derechos propios como también una determinada capacidad de peticionar (16).

Ahora bien, a pesar de los rasgos distintivos que poseen el D. I. H., por una parte, y el D. I. D. H., por la otra, es necesario subrayar que las normas fundamentales de uno como otro tienen por finalidad proteger valores esenciales a la supervivencia de la comunidad internacional, tales como la no discriminación, la inviolabilidad y seguridad de las personas (17).

En lo que concierne al crimen internacional de genocidio, es de resaltar que la fuente de derecho internacional clave en la materia es la Convención sobre Genocidio, adoptada por la Asamblea General de la O. N. U. el 9 de diciembre de 1948. Si bien hoy en día no existen dudas entre los Estados en cuanto a la condena universal del genocidio, éstos no la han ratificado en un número similar a los Convenios de Ginebra de 1949 (18). La razón parece obedecer a que los Estados desean evitar las pesadas obligaciones que el tratado impone a las Partes, tales como el enjuiciamiento o extradición de personas, incluyendo a Jefes de Estado (19).

Además de la Convención sobre Genocidio, existen otros instrumentos internacionales relativos a este crimen. Así, pueden enumerarse la Resolución AG 96 (I), los Estatutos del T. P. I. Y. y T. P. I. R., el Estatuto de Roma para una C. P. I..

La prohibición del genocidio se vincula estrechamente con el derecho a la vida, uno de los derechos humanos fundamentales definido en numerosos instrumentos internacionales (20). Si bien estos últimos se refieren

---

(14) Nótese que algunas normas de DIH obligan a los Estados a realizar determinada actividad en tiempos de paz, como por ejemplo la relativa a la difusión de los Convenios de Ginebra de 1949 (Artículos 47/48/127/144 de los Convenios I, II, III y IV, respectivamente; o de sus Protocolos Adicionales de 1977 (Artículos 83/19 de los Protocolos I y II, respectivamente).

(15) Gutiérrez Posse, Hortensia D. T., *Moderno Derecho Internacional y Seguridad Colectiva*, Buenos Aires, Zavalía Editor, 1995, p. 359.

(16) Gutiérrez Posse, Hortensia D. T., *Moderno Derecho Internacional y Seguridad Colectiva*, Buenos Aires, Zavalía Editor, Buenos Aires, 1995, p. 359.

(17) Pictet, Jean, *Développement et Principes de Droit International Humanitaire*, Genève, Institut Henry Dunant, 1983, p. 75.

(18) El número de Estados Partes a los Convenios de Ginebra de 1949 al 3 de diciembre de 2001 asciende a 189, en tanto que a la Convención sobre Genocidio al 9 de octubre de igual año asciende a 133. Al respecto, véanse [www.icrc.org](http://www.icrc.org) y [www.un.org](http://www.un.org) que fueron consultados el 28 de enero de 2002.

(19) Schabas, William. *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, 2000, p. 3.

al derecho individual a la vida, la Convención sobre Genocidio se relaciona con el derecho a la vida de grupos enteros de personas.

Debe mencionarse que la adopción de la Convención sobre Genocidio obedeció principalmente a la necesidad de superar los inconvenientes suscitados como consecuencia de la restrictiva noción que de crímenes contra la humanidad imperaba en 1948. En efecto, el Tribunal Militar Internacional de Núremberg (T. M. I.) condenó a los jefes nazis por crímenes contra la humanidad, y no genocidio. Esto fue debido a que la Carta del T. M. I. establecía que los crímenes contra la humanidad sólo podían cometerse durante un conflicto armado (21). Por tanto, es la Convención sobre Genocidio que, primera en el tiempo, reconoció la idea de que las violaciones masivas a los derechos humanos cometidas en ausencia de conflicto armado constituyen, sin embargo, una preocupación de la comunidad internacional en su conjunto (22).

## B. ASUNTO DEL CANAL DE CORFÚ

La primera oportunidad en que la C. I. J. verificó normas consuetudinarias que forman parte del D. I. H., fue en oportunidad del pronunciamiento de la sentencia (fondo) del 9 de abril de 1949 concerniente al *Asunto del Canal de Corfú (Reino Unido c. Albania)* (23). Los temas centrales considerados por la C. I. J. (24) en la referida sentencia fueron, entre otros, la responsabilidad internacional por la explosión de minas situadas en aguas territoriales, minado efectuado por autores desconocidos, incumpli-

---

(20) *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Artículo 3; *Pacto Internacional Relativo a los Derechos Civiles y Políticos*, Artículo 6; *Convención Americana de Derechos Humanos*, Artículo 4; *Convenio Europeo para la Salvaguarda de los Derechos y Libertades Fundamentales*, Artículo 2.

(21) *Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis, and Establishing the Charter of the International Military Tribunal (IMT)*, annex, (1951) 82 UNTS 279, Art. 6 (c).

(22) A partir de 1948, el derecho relativo a los crímenes contra la humanidad evolucionó sustancialmente. En efecto, que éstos pueden producirse tanto en tiempos de paz como de guerra fue reconocido en la jurisprudencia del TPIY y del TPIR como también en el Estatuto de la CPI. Al respecto, véase Schabas, William, *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, 2000, p. 10 y ss.

(23) *Affaire du Déroit de Corfou (fond)*, Arrêt du 9 avril 1949: C.I.J. Recueil, 1949, p. 4.

(24) Sr. Guerrero, *cumpliendo funciones de Presidente*; Sr. Basdevant, *Presidente*; Sres. Alvarez, Fabela, Hackwort, Winiarski, Zoricic, De Visscher, sir Arnold McNair, Sr. Klaestad, Badawi Pacha, Sres. Krylov, Read, Hsu Mo, Azevedo, *jueces*; Sr. Ecer, *juez ad hoc*.



miento de las obligaciones derivadas del conocimiento del minado y el fundamento de la responsabilidad (25).

La C. I. J. constató que dos buques de guerra británicos chocaron con minas en aguas territoriales albanesas en un canal anteriormente desminado y verificado, precisamente en el lugar donde fuera descubierto tres semanas más tarde un campo de minas recientemente emplazado (26). La tesis británica según la cual las minas habrían sido emplazadas por las autoridades albanesas no fue aceptada por falta de comprobación y la C. I. J. concluyó que lo fueron por autores desconocidos. No obstante esta circunstancia, del conjunto de hechos y constataciones relevadas por ella misma, determinó que el emplazamiento del campo de minas que provocó las explosiones del 22 de octubre de 1946 no pudo escapar del conocimiento del gobierno albanés (27). Asimismo, observó que las obligaciones que derivan para Albania de este conocimiento no son contestadas por las partes, y que

«Las obligaciones que incumbían a las autoridades albanesas consistían en dar a conocer, en interés de la navegación en general, la existencia de un campo de minas en las aguas territoriales albanesas y de advertir a los buques de guerra británicos, al momento de su acercamiento, del peligro inminente al cual los exponía este campo de minas. Estas obligaciones se fundamentan no sobre la Convención VIII de La Haya de 1907, que es aplicable en tiempos de guerra, sino sobre ciertos principios generales y bien reconocidos, tales como consideraciones elementales de humanidad, más absolutas en tiempos de paz que en tiempos de guerra, el principio de la libertad de comunicaciones marítimas y la obligación, para todo Estado, de no permitir la utilización de su territorio para la realización de actos contrarios a los derechos de otros Estados.» (28).

---

(25) *Affaire du Déroit de Corfou (fond)*, Arrêt du 9 avril 1949: *C.I.J. Recueil*, 1949, p. 4.

(26) *Affaire du Déroit de Corfou (fond)*, Arrêt du 9 avril 1949: *C.I.J. Recueil*, 1949, p. 15.

(27) *Affaire du Déroit de Corfou (fond)*, Arrêt du 9 avril 1949: *C.I.J. Recueil*, 1949, p. 22.

(28) Traducción por el autor. Versión original: «Les obligations qui incombaient aux autorités albanaises consistaient à faire connaître, dans l'intérêt de la navigation en général, l'existence d'un champ de mines dans les eaux territoriales albanaises et à avertir les navires de guerre britanniques, au moment où ils s'approchaient, du danger imminent auquel les exposaient ce champs de mines. Ces obligations sont fondées non pas sur la Convention VIII de La Haye, de 1907, qui est applicable en temps de guerre, mais sur certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre, le principe de la liberté des communications maritimes et l'obligation, pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États.» *Affaire du Déroit de Corfou (fond)*, Arrêt du 9 avril 1949: *C.I.J. Recueil*, 1949, p. 22.

Por tanto, la C. I. J. concluyó que Albania era responsable internacionalmente ante el Reino Unido por las explosiones acaecidas el 22 de octubre de 1946 en sus aguas territoriales, y de los daños producidos en consecuencia (29).

El pasaje de la sentencia al que se hace referencia, sugiere que la C. I. J. determinó en la ocasión que las «consideraciones elementales de humanidad» expresan una fuente del derecho internacional. Esta afirmación se sustenta en que de ellas derivaban las obligaciones internacionales que pesaban sobre Albania en tanto que sujeto de derecho internacional. La interpretación de la frase «un principio general y bien reconocido» en una primera aproximación parece referirse a «los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas» en tanto que fuente del derecho internacional según el Artículo 38.1.c del Estatuto de la C. I. J.. Sin embargo, en los años posteriores al pronunciamiento de la sentencia de marras, un publicista dudó que «las consideraciones elementales de humanidad» tuvieran un contenido normativo propio, aún cuando hayan asistido en la formación de normas de derecho consuetudinario y convencional (30). Otro autor, basándose en la opinión citada, sostiene que el pronunciamiento de la C. I. J. en análisis fue una manifestación de su poder discrecional para superar un problema técnico, es decir, que la Convención VIII de La Haya de 1907 se aplica sólo en tiempo de conflicto armado de carácter internacional (31). Y que tales consideraciones podrían ser un principio rector pero no una norma *per se* (32).

Ahora bien, aún teniendo presente las dudas que expresaran los autores citados, no es menos cierto que la C. I. J. verificó el carácter normativo de «las consideraciones elementales de humanidad» y en ellas fundó su pronunciamiento, las que hoy en día son identificadas por la doctrina de los publicistas como normas internacionales de carácter consuetudinario. Eric David, afirma que el D. I. H. ha pasado de ser un Derecho de carácter esencialmente consuetudinario a un Derecho esencialmente codificado

---

(29) *Affaire du Déroit de Corfou (fond), Arrêt du 9 avril 1949: C.I.J. Recueil, 1949*, p. 23.

(30) Traducción por el autor. Versión original: «Such considerations have been assisted in the formation of important rules of customary and treaty law. By themselves, however, they are neither a law-creating process nor operative rules of international law. It would be equally difficult to found the admissibility of such considerations *per se* on a general principle of law recognized by civilized nations.» Schwarzenberger, George, *International Law*, Vol. 1 (1), 3rd. ed., 1957, p. 51. Citado por Il Yung Chung, *Legal Problems Involved in the Corfu Channel Incident*, Librairie Droz, Genève, Librairie Minard, Paris, 1959, p. 162.

(31) Il Yung Chung, *Legal Problems Involved in the Corfu Channel Incident*, Librairie Droz, Genève, Librairie Minard, Paris, 1959, p. 162.

(32) Il Yung Chung, *Legal Problems Involved in the Corfu Channel Incident*, Librairie Droz, Genève, Librairie Minard, Paris, 1959, p. 161.

por intermedio de tratados multilaterales. Y que, al mismo tiempo, las normas consuetudinarias permanecen junto a las convencionales, transformándose y aún desarrollándose (33). Agrega que ya sea con la finalidad de cubrir las lagunas del derecho internacional o compensando la falta de aplicación de ciertos tratados, la costumbre juega un rol de complemento o de sustituta de las reglas convencionales. En el asunto sometido a consideración de la C. I. J. que se analiza, ésta ha constatado que la obligación a cargo del Estado ribereño de un estrecho, de advertir a los buques que tal estrecho se encuentra minado, reposa no sobre la Convención VIII de La Haya, que es tan sólo aplicable en tiempos de guerra, sino sobre los principios generales y bien reconocidos que la misma C. I. J. describe en el párrafo precedentemente transcrito (34). De lo que se concluye, entonces, que para David los principios generales y bien reconocidos citados —entre los cuales se encuentran las «consideraciones elementales de humanidad»— forman parte del derecho internacional consuetudinario.

Otro importante aspecto que reviste el pasaje de la sentencia pronunciada por la C. I. J. es aquel por el cual «las consideraciones elementales de humanidad», en tanto que fundamento de una obligación internacional, resultan aplicables en tiempos de paz como de guerra. En efecto, tales normas humanitarias mínimas se aplican en todo tiempo con independencia de la existencia de un conflicto armado, evitando en la práctica la siempre difícil constatación de si una situación de violencia armada determinada constituye un conflicto armado según el derecho internacional.

En el pasaje transcrito de la sentencia, se reafirma, implícitamente, que el D. I. H. en su conjunto sólo puede ser aplicado en tiempos de conflicto armado: el incumplimiento por parte de Albania de advertir a los navíos británicos de la existencia de un campo de minas en sus aguas territoriales no violaba la Convención VIII de La Haya de 1907, pues ésta es tan sólo aplicable en tiempos de guerra.

La doctrina en general, sostiene que la C. I. J. afirmó que la obligación de notificar la existencia de los campos de minas deriva del derecho internacional consuetudinario y se aplica tanto en tiempos de guerra como de paz (35).

---

(33) David, Eric, *Principes de Droits des Conflits Armés*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 52.

(34) David, Eric, *Principes de Droits des Conflits Armés*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 53.

(35) Ronzitti, Natalino, *Droit humanitaire applicable aux conflits armés en mer*, Académie de Droit International, Recueil des Cours, Collected Courses, 1993, V, 242, p. 82. Véase también Jiménez de Aréchaga, Eduardo, «Balance sobre la actuación de la Corte Internacional de Justicia en los cuarenta años de su funcionamiento», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 13, p. 198; Schwebel, Stephen, «Human Rights in the World Court», *Justice in International Law, Selected Writings of Judge Stephen Schwebel*, Grotius Publications, Cambridge University Press, 1994, p. 159.

Esto se apoya en el pasaje de la sentencia de la C. I. J. en el *Asunto de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua* donde afirmó que el hecho por el cual un Estado haya emplazado minas submarinas de contacto en las aguas interiores o territoriales de otro Estado constituye un hecho ilícito y que si, además, un Estado emplaza tales minas en aguas donde los buques de otro Estado pueden tener derecho de acceso o de pasaje sin aviso ni notificación y en detrimento de la navegación pacífica, viola los principios de D. I. H. sobre los cuales reposan las disposiciones específicas de la citada Convención que ella misma se encargara de aplicar en el *Asunto del Canal de Corfú* como

«ciertos principios generales y bien reconocidos, tales como elementales consideraciones de humanidad, aún más rigurosas en tiempos de paz que de guerra.» (36).

Tal como puede apreciarse, la C. I. J. citando el pasaje de la sentencia pronunciada en el *Asunto del Canal de Corfú*, precisó que las «consideraciones elementales de humanidad» son un principio de D. I. H. que también resultan aplicables en tiempos de paz.

Por último, es importante resaltar que la decisión adoptada por la C. I. J. se vincula con una de las principales reglas de sustancia del D. I. H. en materia de conducción de hostilidades, más precisamente, en relación con el uso de minas submarinas de contacto: el respeto de la libertad de navegación prohíbe a los beligerantes emplazar tales minas no sólo en las aguas territoriales del adversario a los fines de interceptar la navegación comercial (Artículo 2, Convención VIII de La Haya de 1907), sino también en sus propias aguas territoriales sin notificación anterior al conjunto de la comunidad internacional.

#### C. OPINIÓN CONSULTIVA RELATIVA A LAS RESERVAS A LA CONVENCION PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO

Esta primera afirmación de un D. I. H., en la especie de fuente consuetudinaria, que ampara valores esenciales a la humanidad es retomada y desarrollada poco después. En efecto, la C. I. J. emitió el 28 de mayo de

---

(36) «certain general and well recognized principles, namely: elementary considerations of humanity, even more exacting in peace time than in war» (*I.C.J. Reports 1949*, p. 22.)» *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 112, par. 215.

1951 la *Opinion Consultiva Relativa a las Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (37) a pedido de la Asamblea General de la O. N. U.. En la oportunidad, consideró cuestiones tales como su competencia consultiva, y las reservas y sus efectos (38). Por lo cual, al analizar el carácter de las reservas que pueden formularse a la Convención sobre Genocidio como también las objeciones que pueden serles opuestas a aquéllas, sostuvo que los orígenes de la Convención revelan la intención de la O. N. U. de condenar y reprimir el genocidio como un crimen internacional que implica el rechazo del derecho a la existencia de grupos humanos enteros, rechazo que conmociona la conciencia humana, inflige grandes pérdidas a la humanidad, y es contrario, coetáneamente, a la ley moral y al espíritu y a los propósitos de la O. N. U. Agregó que esta concepción conlleva, por una parte, que los principios fundamentales de la Convención son reconocidos como tales por las naciones civilizadas y que obligan a los Estados incluso fuera de toda relación convencional; y, por la otra, el carácter universal de la condena del genocidio y de la cooperación necesaria para liberar la humanidad de tal flagelo (39).

Como puede apreciarse, la C. I. J. declaró que los principios fundamentales de la Convención sobre Genocidio obligan a todos los Estados

---

(37) *Réserves à la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide, Avis Consultatif du 28 mai 1951, C.I.J. Recueil, 1951*, p. 15. Composición de la Corte: Basdevant, Presidente; Guerrero, Vicepresidente; Alvarez, Hackworth, Winiarski, Zoricic, De Visscher, Mc Nair, Klaestad, Badawi Pacha, Read, Hsu Mo, jueces; Hambro, Secretario.

(38) *Réserves à la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide, Avis Consultatif du 28 mai 1951, C.I.J. Recueil, 1951*, p. 16.

(39) «La réponse à ses questions doit être cherchée dans les traits particuliers que présente la Convention sur le génocide. Les origines et le caractère de la Convention, les fins poursuivies par l'Assemblée générale et par les parties contractantes, les rapports que présentent les dispositions de la Convention entre elles et avec ses fins, fournissent des éléments d'interprétation de la volonté de l'Assemblée générale et des parties. Les origines de la Convention révèlent l'intention des Nations Unies de condamner et de réprimer le génocide comme "un crime de droit de gens" impliquant le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers, refus qui bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'humanité, et qui est contraire à la fois à la loi morale et à l'esprit et aux fins des Nations Unies (résolution 96 (I) de l'Assemblée générale, 11 décembre 1946). Cette conception entraîne une première conséquence: les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel. Une deuxième conséquence est le caractère universel à la foi de la condamnation du génocide et de la coopération nécessaire "pour libérer l'humanité d'un fléau si odieux" (préambule de la Convention). La Convention sur le génocide a donc été voulue tant par l'Assemblée générale que par les parties contractantes comme une convention de portée nettement universelle. En fait, elle fut approuvée, le 9 décembre 1948, par une résolution qui fut votée unanimement par cinquante-six Etats.» *Réserves à la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide, Avis Consultatif du 28 mai 1951, C.I.J. Recueil, 1951*, p. 23.

incluso fuera de toda relación convencional. Pues bien, ¿cuáles son tales principios? En opinión de la C. I. J., esta convención internacional confirma y sanciona los principios de moral más elementales, y en él los Estados no poseen intereses propios sino uno común, que es el de preservar los fines superiores que constituyen su fundamento (40). La C. I. J. se refirió nuevamente a aquel principio cuando verificó que también existe otro de carácter fundamental en la Convención: el principio de humanidad. Los principios de moral y de humanidad que le dan fundamento, en su opinión, se verían minados por la exclusión completa de la Convención de uno o más Estados.» (41).

De lo expuesto, puede observarse que la C. I. J. determinó que los principios fundamentales de la Convención sobre Genocidio, que son los principios de moral y humanidad, obligan a los Estados incluso fuera de toda relación convencional (42). De este modo, parecería que la norma convencional —la Convención sobre Genocidio— codifica la consuetudinaria —ambas vigentes— y que su razón de ser interesa a la comunidad internacional. Es por esta razón, que prevenir y reprimir el genocidio posee una naturaleza imperativa para los Estados.

¿Los principios de moral y humanidad resultan obligatorios porque son principios generales del Derecho Internacional o por ser normas internacionales consuetudinarias?. Desde el momento en que la C. I. J. se refie-

---

(40) «Les fins d'une telle convention doivent être retenues. La Convention a été manifestement adoptée dans un but purement humain et civilisateur. On ne peut même pas concevoir une convention qui offrirait à un plus haut degré ce double caractère, puisqu'elle vise d'une part à sauvegarder l'existence même de certains groupes humains, d'autre part à confirmer et à sanctionner les principes de morale les plus élémentaires. Dans une telle convention, les États contractants n'ont pas d'intérêts propres, ils ont seulement, tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention. Il en résulte que l'on ne saurait, pour une convention de ce type, parler d'avantages ou de désavantages individuels des États, non plus que d'un exact équilibre contractuel à maintenir entre les droits et les charges. La considération des fins supérieures de la Convention est, en vertu de la volonté commune des parties, le fondement es la mesure de toutes les dispositions qu'elle renferme.» *Réserves à la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide, Avis Consultatif du 28 mai 1951, C.I.J. Recueil, 1951, p. 23.*

(41) «L'exclusion complète de la Convention d'un ou de plusieurs États, outre qu'elle restreindrait le cercle de son application, serait une atteinte à l'autorité des principes de morale et d'humanité qui sont à sa base.» *Réserves à la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide, Avis Consultatif du 28 mai 1951, C.I.J. Recueil, 1951, p. 24.*

(42) Al respecto se ha señalado que los principios en los cuales está basada la Convención sobre Genocidio fueron declarados por la CIJ de carácter obligatorio para todos los Estados, sean o no Partes a la Convención. Barboza, Julio, «The Customary Rule: From Chrysalis to Butterfly», en C.A. Armas Barea et al. (ed.), *Liber Amicorum José María Ruda*, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 2000, p. 4.

re a principios de moral y humanidad parece indudable que les otorga carácter normativo en tanto que principios generales del derecho internacional; pero, al mismo tiempo, el hecho constatado por la C. I. J. por cuanto el principio de moral «fue confirmado y sancionado» por los Estados en la Convención parece sugerir que tal principio, en tanto que norma consuetudinaria, cristalizó en una convencional. Por lo demás, es importante resaltar que no parece resultar de esta opinión consultiva el carácter consuetudinario de la Convención toda. Se ha sostenido que, en otras palabras, independientemente de la participación en la Convención sobre Genocidio la obligación de no cometer este crimen existe en el derecho internacional general (43), ya que la aceptación general de las normas allí contenidas por parte de la comunidad internacional a partir de su adopción en 1948 significa que los principios generales del derecho internacional que le dan fundamento deben ser considerados hoy en día como parte del derecho consuetudinario (44).

Es dable recordar que la C. I. J. en el citado pasaje de su pronunciamiento afirmó «el carácter universal de la condena del genocidio y de la cooperación necesaria para erradicar tal flagelo». ¿Significa tal afirmación la existencia de una norma internacional que impone a todos los Estados la obligación de condenar el genocidio y cooperar en la erradicación de tal crimen? En principio, puede avanzarse la idea de que la C. I. J. pareció ver en ese entonces la existencia de una norma consuetudinaria que impone a los Estados la obligación de condenar la comisión de actos de genocidio y de cooperar en la lucha contra tal crimen; pero, de este modo, surge un nuevo interrogante en relación con el contenido de tal norma (45). Por lo demás, parecería también que al afirmarse que los Estados Partes a la Convención sobre Genocidio tienen el interés común de preservar los fines superiores de ésta, vislumbró en la oportunidad el carácter de *ius cogens* de la prohibición de cometer actos de genocidio y de cooperar en la lucha contra tal crimen. Como se verá a continuación en el *Asunto de la Barcelona Traction*, la C. I. J. reafirmó el carácter consuetudinario de la

---

(43) Rodley, Nigel, «Human Rights and Humanitarian Intervention: the Case Law of the World Court», *The International and Comparative Law Quarterly*, 38, 1989, p. 322.

(44) Schabas, William, *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, 2000, pp. 4 y 47. Nótese la cita por la cual John Dugard opina que no es seguro que la Convención sobre Genocidio de 1948 se haya en sí misma convertido en derecho consuetudinario.

(45) Es importante destacar que en 1993, la CIJ reafirmó que los Estados se encontraban obligados a prevenir la comisión de cometer tales actos. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 8 April 1993, I.C.J. Reports 1993*, p. 22, par. 45.

obligación internacional que impone a los Estados condenar el genocidio y de cooperar en la lucha contra tal crimen, y, además, verificó el carácter *erga omnes* de esta obligación.

D. ASUNTO DE LA BARCELONA TRACTION, LIGHT AND POWER COMPANY LTD.

El 5 de febrero de 1970 la C. I. J. (46) pronunció la sentencia (segunda fase) en el *Asunto de la Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd* (47). El gobierno belga presentó el 19 de junio de 1962 una demanda cuya petición era la reparación de los daños que habrían sufrido ciudadanos belgas, accionistas de la sociedad Barcelona Traction, que se originaran en actos alegados como contrarios al derecho internacional y cometidos en perjuicio de la sociedad por órganos del Estado español.

En un pasaje de su pronunciamiento, la C. I. J. estableció una distinción entre las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto y aquellas que nacen *vis a vis* de otro Estado en el campo de la protección diplomática, otorgándole a las primeras el carácter de *erga omnes*, es decir, normas en la cuales todos los Estados pueden ser considerados como teniendo un interés jurídico a que sus derechos sean protegidos (48). Acto seguido, brindó como un ejemplo de este tipo de obligaciones, la derivada del derecho internacional general que establece la criminalidad del genocidio, tal como lo verificara en la opinión consultiva de 1951 y ella se encargara de recordar en el asunto en consideración (49). Se concluye, por una parte, que la C. I. J. confirmó que el deber de prevenir y castigar el

---

(46) Sr. Bustamante y Rivero, *Presidente*; Sr. Koretsky, *Vicepresidente*; sir Gerald Fitzmaurice, Sres. Tanaka, Jessup, Morelli, Padilla Nervo; Forster; Gros, Ammoun, Bengzon, Petré, Lachs, Onyeama, *jueces*; Sres. Armand-Ugon, Riphagen, *jueces ad hoc*; Sr. Aquarone, Secretario.

(47) *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 3.

(48) «...Une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre État dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les États. Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*.» *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 32, par. 33.

(49) «Ces obligations découlent, par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale. Certains droits de pro-



genocidio era de naturaleza consuetudinaria ya a la época de la opinión consultiva de 1951 y, por la otra, que existe una obligación internacional de carácter *erga omnes* en el Derecho Internacional contemporáneo que establece la prohibición de cometer actos de genocidio.

Al respecto, Schwebel sostiene que la decisión referida precedentemente reviste una importancia primordial para la protección internacional de los derechos humanos (50), en tanto que Higgins, por su parte, que los ejemplos de genocidio y agresión citados por la C. I. J. no fueron excepcionales en sí mismos (51).

Ahora bien, como puede apreciarse, la C. I. J. distinguió entre las llamadas obligaciones bilaterales y las obligaciones «hacia la comunidad internacional en su conjunto», es decir, *erga omnes*. Como lo nota un autor, ninguna opinión separada o disidente se apartó de esta constatación realizada por la C. I. J. (52). Si bien algún sector de la doctrina opina que la utilidad de tal distinción parece dudosa en vista de que resulta difícil describir más exactamente las obligaciones que pertenecen a la segunda categoría de obligaciones y de imaginar situaciones en las cuales su violación podría dar lugar a un proceso ante la C. I. J. (53), resulta necesario señalar que la importancia del *obiter dictum* en consideración estuvo al origen de la distinción entre crímenes y delitos internacionales que sugirió la Comisión de Derecho Internacional en su tarea de codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional: los primeros son aquellos actos de tal gravedad que afectan los intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto, entre los cuales se encuentra el crimen

---

tection correspondants se sont intégrés au droit international général (Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951, p. 23); d'autres sont conférés par des instruments internationaux de caractère universel ou quasi universel.» *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt*, C.I.J. Recueil 1970, p. 32, par. 34.

(50) Schwebel, Stephen, «Human Rights in the World Court», *Justice in International Law —Selected Writings of Judge Stephen M. Schwebel—*, Grotius Publications, Cambridge University Press, 1994, p. 164.

(51) Higgins, Rosalyn, «Aspects of the Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.», *Virginia Journal of International Law*, vol. 11, 1970-71, p. 328.

(52) Rodley, Nigel, «Human Rights and Humanitarian Intervention: the Case Law of the World Court», *The International and Comparative Law Quarterly*, 38, 1989, p. 323.

(53) Grisel, Etienne, «L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la Barcelona Traction (second phase): problèmes de procédure et de fond», *Annuaire suisse de droit de droit international*, 1971, XXVII, p. 44. Véase también Charpentier, Jean, «Cour internationale de Justice. Affaire de la Barcelona Traction. Arrêt du 5 février 1970», *Annuaire français de droit international*, Paris, Centre National de la Recherche Scientifique, 1970, p. 312, par. 15.

de genocidio. En esta situación, se autorizaría a otros Estados distintos del directamente lesionado a reclamar la responsabilidad contraída. En cambio, para el caso de los delitos internacionales, sólo el Estado lesionado estaría autorizado a reclamar (54). Charpentier, por su parte, remarca que las obligaciones *erga omnes* en el sentido del *obiter dictum* de la C. I. J. son obligaciones imperativas de *ius cogens*, convencionales o consuetudinarias, y de contenido incierto (55). En cuanto a su alcance, sostiene que sólo las obligaciones de *ius cogens* de origen consuetudinario otorgarían a todos los Estados legitimación para reclamar su respeto, ya que en el caso de obligaciones de *ius cogens* de origen convencional se verían afectadas por el principio del efecto útil de los tratados y, así, sólo los Estados Partes a dichas convenciones tendrían legitimación para actuar sin necesidad de tener que invocar la lesión de un interés subjetivo (56).

Por consiguiente, puede concluirse que la C. I. J. en su *obiter dictum* del *Asunto de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* verificó la obligación internacional *erga omnes* de la prohibición de cometer actos de genocidio, en tanto que norma positiva de carácter dual, es decir, consuetudinaria y convencional.

#### E. ASUNTO RELATIVO A LAS ACTIVIDADES MILITARES Y PARAMILITARES

El 27 de junio de 1986, la C. I. J. (57) pronunció la sentencia de fondo en el *Asunto Relativo a las Actividades Militares y Paramilitares (Nicaragua c. Estados Unidos de América)* (58). Cabe recordar, que el 9 de abril de 1984 el gobierno de Nicaragua presentó una demanda contra el de los Estados Unidos de América, en relación con una controversia relativa a la responsabilidad por actividades militares y paramilitares en y contra el

---

(54) Jiménez de Aréchaga, Eduardo, «Balance sobre la actuación de la Corte Internacional de Justicia en los cuarenta años de su funcionamiento», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 13, 1987, p. 201.

(55) Charpentier, Jean. «Cour internationale de Justice. Affaire de la Barcelona Traction. Arrêt du 5 février 1970», *Annuaire français de droit international*, Paris, Centre National de la Recherche Scientifique, 1970, p. 311, par. 13.

(56) Charpentier, Jean. «Cour internationale de Justice. Affaire de la Barcelona Traction. Arrêt du 5 février 1970», *Annuaire français de droit international*, Paris, Centre National de la Recherche Scientifique, 1970, p. 312, par. 15.

(57) Sr. Nagendra Singh, *Presidente*; Sr. de Lacharrière, *Vicepresidente*; Sres. Lachs, Ruda, Elias, Oda, Ago, Sette-Camera, Schwebel, Sir Robert Jennings, Mbaye, Bedjaoui, Ni, Evensen, *jueces*; Colliard, *juez ad-hoc*; Torres Bernárdez, *Secretario*.

(58) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14.

Estado demandante (59). A modo preliminar, es de destacar que la declaración de aceptación de la jurisdicción de la C. I. J. presentada por los Estados Unidos de América en 1946 excluye de su aplicación a las controversias concernientes a un tratado multilateral, al menos que las partes al tratado afectadas por la decisión sean también partes en el caso presentado ante la C. I. J., o que aquel país especialmente acepte su jurisdicción. Si bien este país no avanzó como argumento para el rechazo de la demanda incoada por Nicaragua la reserva formulada en tal declaración de aceptación de jurisdicción, la C. I. J. no presumió su renuncia y, consecuentemente, evaluó las eventuales consecuencias para el caso sometido a su consideración. En este contexto, recordó que el efecto de tal reserva es únicamente el de excluir la aplicación de la Carta de la O. N. U. y la de la O. E. A. en tanto que derecho convencional multilateral y que no tiene incidencia alguna sobre las fuentes de derecho internacional que el Artículo 38 de su Estatuto le impone aplicar (60). Como se verá mas adelante, la mencionada reserva tampoco fue impedimento para que los principios fundamentales de D. I. H. contenidos en los Convenios de Ginebra de 1949, tratados multilaterales, fueran aplicados por la C. I. J., en tanto que normas internacionales consuetudinarias, en la solución de la controversia.

La C. I. J. asimismo constató que entre 1981 y el 30 de septiembre de 1984 el gobierno de los Estados Unidos de América suministró fondos para actividades militares y paramilitares de los *contras* en Nicaragua, y luego de esa fecha, en concepto de «ayuda humanitaria» (61); que la ayuda estadounidense a las actividades desplegadas por los *contras* fue diversa, tal como soporte logístico, información sobre la ubicación y movimientos de las tropas sandinistas, sofisticados medios de comunicación, radares, etc.; y que un número de actividades militares y paramilitares de los *contras* fue decidido y planificado con la colaboración de las autoridades de los Estados Unidos (62). Luego, pasó a considerar si la relación de la fuerza *contra* con el gobierno estadounidense era sólo una relación de dependencia económica, o, por el contrario, una relación de control tal que, jurídicamente, atribuiría a aquella fuerza la calidad de órgano de los

---

(59) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 16, par. 1.

(60) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 48, par. 57.

(61) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 58, par. 99.

(62) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 61, par. 106.

Estados Unidos. Sin embargo, no entendió que esto último hubiese sido suficientemente probado (63). Sí constató que la fuerza *contra*, al menos en un período, fue muy dependiente del gobierno del Estado demandado en un grado tal que no hubiera podido realizar sus más cruciales y significativas actividades militares y paramilitares sin la multifacética ayuda de los Estados Unidos (64). No obstante, no pudo concluir que los *contras* pudieran ser equiparados a un órgano del gobierno de los Estados Unidos (65). La cuestión de conocer qué grado de control el gobierno de este país tenía sobre los *contras* era crucial a los fines de atribuir responsabilidad internacional a los Estados Unidos por los asesinatos, lesiones y secuestros realizadas por aquéllos en territorio nicaragüense, y así la C. I. J. lo estableció (66).

El razonamiento seguido por la C. I. J. fue que, aún siendo preponderante o decisiva la participación del Estado demandado en la financiación, organización, entrenamiento, suministro y equipamiento de los *contras*, la selección de sus objetivos militares y paramilitares y la planificación de toda la operación, resulta insuficiente en sí misma para atribuir responsabilidad internacional a los Estados Unidos por las actividades militares y paramilitares de aquéllos. La C. I. J. sostuvo que aún el control general ejercido por el Estado demandado sobre una fuerza con un alto grado de dependencia de aquél no significa —sin contar con prueba adicional— que los Estados Unidos hayan dirigido u obligado a cometer las violaciones a los derechos humanos y al D. I. H. alegadas en la demanda, ya que dichos actos podrían haber sido cometidos por miembros de la fuerza *contra* sin el control del gobierno demandado. Para atribuir responsabilidad internacional a los Estados Unidos, la C. I. J. sostuvo que debería ser probado en principio que este Estado tenía un control efectivo sobre las operaciones militares o paramilitares en el curso de las cuales las alegadas violaciones se habrían producido.

Una vez adentrada, la C. I. J., en la cuestión relativa al derecho aplicable al caso en estudio, decidió que ante la reserva formulada por el Estado

---

(63) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 62, par. 109. Acerca de si una ayuda financiera decisiva no puede ser asimilada a una forma de control, véase Lang, Caroline, *L'affaire Nicaragua / États-Unis devant la Cour internationale de Justice*, Bibliothèque de Droit international, Tome 100, L.G.D.J., Paris, 1990, p. 220.

(64) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 63, par. 111.

(65) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, pp. 62-63, par. 110.

(66) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 63, par. 113.

demandado en relación con los tratados multilaterales no aplicaría aquellos invocados por Nicaragua en apoyo de sus argumentos sin perjuicio de aplicar otros tratados u otras fuentes de derecho internacional mencionadas en el Artículo 38 de su Estatuto (67). Nicaragua no invocó de modo expreso las normas jurídicas que conforman el D. I. H., sino que fundó su reclamo en relación con actos cometidos en su territorio que a la postre podrían resultar violaciones a las disposiciones de tal rama del derecho internacional (68). Por otro lado, la C. I. J. consideró que de acuerdo a la prueba producida en el proceso no pudo atribuir a los Estados Unidos responsabilidad por los actos cometidos por los *contras* en el curso de sus actividades militares y paramilitares en Nicaragua (69). La C. I. J. se abocó entonces a analizar el derecho aplicable a los actos cometidos por el Estado demandado en relación con las actividades de los *contras*, y en particular la producción y circulación del manual de operaciones psicológicas descrito en los párrafos 117-122 de la sentencia (70). Entonces, decidió juzgar la conducta del Estado demandado de acuerdo a los principios generales fundamentales del D. I. H., y expresó que los Convenios de Ginebra son, en algunos aspectos, un desarrollo, y, en otros, la expresión, de tales principios —lo que conlleva la verificación como norma consuetudinaria de éstos últimos—; que las normas mínimas de protección establecidas en el Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 —previstas para aplicarse durante los conflictos armados no internacionales— resultan también aplicables en los conflictos armados internacionales sin perjuicio de las normas específicas aplicables en estas situaciones en razón de que reflejan consideraciones elementales de humanidad, de acuerdo a su pronunciamiento en el *Asunto del Canal de Corfú*. De este modo, la C. I. J. evitó el requerimiento de decidir qué papel jugaba la reserva a los tratados multilaterales opuesta por los Estados Unidos en los Convenios de Ginebra de 1949 (71).

---

(67) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 92, par. 172.

(68) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, pp. 63-64, par. 113.

(69) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, pp. 64-65, par. 115.

(70) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, pp. 112-113, par. 216.

(71) «The Court observes however sees no need to take a position on that matter, since in its view the conduct of the United States may be judged according to the fundamental general principles of humanitarian law; in its view, the Geneva Conventions are in some respects a development, and in other respects no more than the expression, of such principles. It is significant in this respect that, according to the terms of the Conventions, the

El pasaje de la sentencia transcrito es remarcable porque la C. I. J. declaró que los Convenios de Ginebra de 1949 son, en algunos aspectos, la expresión de los principios generales de D. I. H. de carácter fundamental, es decir, la expresión de abstracciones de normas tanto convencionales como consuetudinarias. A partir de esta afirmación, puede inferirse el carácter consuetudinario de los principios generales fundamentales de D. I. H. contenidos en aquellos convenios. Asimismo, parecería que esta constatación posee una consecuencia práctica limitada debido el amplísimo grado de ratificación o adhesión a tales instrumentos jurídicos por parte de los Estados que componen la comunidad internacional. En segundo lugar, es de resaltar la determinación de que el Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 —el cual en los términos de estos instrumentos es tan sólo aplicable en conflictos armados de carácter no internacional— contiene reglas mínimas que también resultan aplicables en los conflictos armados de carácter internacional. Al respecto, un comentarista, ha remarcado que la asimilación de los principios generales del D. I. H. a la costumbre que realizó la C. I. J. es un tanto infeliz por cuanto se sirvió del concepto de «consideraciones elementales de humanidad» tan sólo en el ámbito del Derecho de los conflictos armados y agregó que los principios generales del D. I. H. inspiran tanto las normas convencionales como consuetudinarias (72).

En otro pasaje de la sentencia, la C. I. J. afirmó que las obligaciones de respetar y hacer respetar los Convenios de Ginebra de 1949 derivan no sólo de la disposición específica plasmada en el Artículo 1 común a los cuatro convenios, sino también de los principios genera-

---

denunciation on one of them “shall in no way impair the obligations which the Parties to the conflict shall remain bound to fulfill by virtue of the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity and the dictates of the public conscience» (Convention I, Art. 63; Convention II, Art. 62; Convention III, Art. 142; Convention IV, Art. 158) Article 3 which is common to all four Geneva Conventions of 12 August 1949 defines certain rules to be applied in the armed conflicts of a non-international character. There is no doubt that, in the event of international armed conflicts, these rules also constitute a minimum yardstick, in addition to the more elaborate rules which are also to apply to international conflicts; and they are rules which, in the Court’s opinion, reflect what the Court in 1949 called “elementary considerations of humanity» (Corfu Channel, Merits, I.C.J. Reports 1949, p. 22; paragraph 215 above) The Court may therefore find them applicable to the present dispute, and is thus not required to decide what role the United States multilateral treaty reservation might otherwise play in regard to the treaties in question.» *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, pp. 113-114, par. 218.

(72) Bruderlain, Claude, «De la coutume en droit international humanitaire», *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, 792, novembre-décembre 1991, p. 618.

les de D. I. H. (73). Es decir, verificó el carácter consuetudinario de tal obligación internacional. Así, un interrogante que surge del referido pasaje es saber si el carácter consuetudinario de la obligación de respetar y hacer respetar los Convenios de Ginebra de 1949 contenida en el Artículo 1 común es extensiva, *mutatis mutandi*, a la misma obligación pero contenida en el Artículo 1 del Protocolo Adicional I de 1977. Finalmente, tal pasaje reviste gran importancia dado que establece que la obligación de referencia incluye la situación prevista en el Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, es decir, es aplicable también en una situación de conflicto armado de carácter no internacional.

Por último, la C. I. J. decidió que los Estados Unidos violaron las normas consuetudinarias relativas a la notificación de la existencia y emplazamiento de minas (74) y declaró que este mismo país, en razón de haber producido en 1983 un manual intitulado «Operaciones Sicológicas en Guerra de Guerrillas» y distribuido éste entre los *contras*, instigó a éstos a cometer actos contrarios a los principios generales del D. I. H., agregando que no encontró elementos suficientes para concluir que los actos mencionados que pudieran haberse cometido fueran imputables a los Estados Unidos en tanto que hechos suyos (75). En opinión de la C. I. J. se desprende que la responsabilidad internacional sólo es atribuible a un Estado en tales circunstancias, en la medida que dicho Estado posea un control efectivo sobre las operaciones militares o paramilitares en cuyo transcurso se produzcan las violaciones al D. I. H.» (76). La verificación de tales normas consuetudinarias de D. I. H. efectuada por la C. I. J. fue puesta en duda o controvertida por algu-

---

(73) Su versión original, reza: «The Court considers that there is an obligation on the United States Government, in the terms of Article 1 of the Geneva Conventions, to “respect» the Conventions and even “to ensure respect» for them “in all circumstances», since such an obligation does not derive only from the Convention themselves, but from the general principles of humanitarian law to which the Conventions merely give specific expression. The United States is thus under an obligation not to encourage persons or groups engaged in the conflict in Nicaragua to act in violation of the provisions of Article 3 common to the four 1949 Geneva Conventions.» *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 114, par. 220.

(74) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, pp. 147-148, par. 292 (8).

(75) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 148, par. 292 (9).

(76) Rodríguez Carrión, Alejandro J., «El Derecho Internacional en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el Asunto Nicaragua-Estados Unidos», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1987, p. 49.

nos de sus miembros (77). Un buen ejemplo de ello lo constituyen las opiniones emitidas por los Jueces Ago (78) y Jennings (79) acerca de la identidad de contenidos entre los Convenios de Ginebra y «ciertos principios generales de base del D. I. H.» —para el primero de ellos— o del valor consuetudinario de aquellos instrumentos —para el segundo de los nombrados—.

#### F. OPINIÓN CONSULTIVA SOBRE LA LEGALIDAD DE LA AMENAZA O EMPLEO DE ARMAS NUCLEARES

El 8 de julio de 1996 la C. I. J. (80) emitió la *Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o Empleo de Armas Nucleares* (81). Esta opinión consultiva, fue la respuesta al requerimiento contenido en la Resolución 49/75 K que fuera adoptada por la Asamblea General de la O. N. U. el día 15 de diciembre 1994 en los siguientes términos:

«La Asamblea General... decide... requerir a la Corte Internacional de Justicia emitir urgentemente su opinión consultiva en relación con la pregunta siguiente: ¿la amenaza o empleo de armas nucleares, según el Derecho Internacional, es permitida en toda circunstancia?» (82).

---

(77) Rodríguez Carrión, Alejandro J., «El Derecho Internacional en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el Asunto Nicaragua-Estados Unidos», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1987, p. 51; Schwebel, Stephen, «Human Rights in the World Court», *Justice in International Law —Selected Writings of Judge Stephen M. Schwebel—*, Grotius Publications, Cambridge University Press, 1994, p. 166.

(78) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, Separate Opinion of Judge Ago, p. 184.

(79) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J., Reports 1986, Dissenting Opinion of Judge Jennings, p. 537.

(80) Composición de la Corte: Bedjaoui, *Presidente*; Schwebel, *Vicepresidente*; Oda, Guillaume, Shahabuddeen, Weeramantry, Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Koroma, Vereschetin, Ferrari Bravo, Higgins, *Jueces*; Valencia-Ospina, *Secretario*.

(81) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226.

(82) Traducción del autor. Su versión original, reza: «The General Assembly... decides... to request the International Court of Justice urgently to render its advisory opinion on the following question: is the threat or use of nuclear weapons in any circumstance permitted under international Law.» *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 228. Algunos autores señalan que la cuestión de principio subyacente —aquella de saber si la Corte debería buscar una autorización o una prohibición— resulta incierta incluso en la Opinión Consultiva misma. Véase Greenwood, Christopher. «L'avis consultatif sur les armes nucléaires de la CIJ», *Revue Internationale de la Croix-Rouge, janvier-février 1997*, 823, p. 73.



La literatura que se aboca al tratamiento de la importancia que de un modo u otro han tenido las reflexiones de la C. I. J. para el conjunto del D. I. H. es muy abundante (83).

En su pronunciamiento, la C. I. J. declaró que de acuerdo al Artículo II de la Convención sobre Genocidio, un acto de genocidio sólo es configurable en la medida que se compruebe la intención específica de destruir un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal. En su opinión, sólo sería posible llegar a tal conclusión luego de haber considerado las circunstancias específicas de cada caso (84).

La C. I. J. también reconoció que el empleo de armas nucleares podría constituir una catástrofe para el medio ambiente y verificó la existencia de una obligación general que pesa sobre los Estados de velar por que las actividades desarrolladas en su jurisdicción y control respeten el medio ambiente de otros Estados o de áreas situadas fuera de su control nacional, que forma parte del cuerpo de normas del derecho internacional del medio ambiente (85). Opinó también que la cuestión planteada no pasa por determinar si los tratados relativos a la protección del medio ambiente son aplicables o no en tiempos de conflicto armado, sino más bien de determinar si las obligaciones derivadas de tales tratados han sido concebidas como imponiendo una abstención total durante un conflicto que reviste tal carácter. Así, consideró que los instrumentos internacionales considerados no fueron concebidos en el entendimiento de privar a un Estado de su derecho de legítima defensa a causa de proteger el medio ambiente, y que no

---

(83) Para una primera aproximación, véase: Sandoz, Yves. «Avis consultatif de la Cour Internationale de Justice sur la licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires. Remarques préliminaires», p. 6; Condorelli, Luigi. «La Cour Internationale de Justice sous le poids des armes nucléaires: jura non novit curia?», p. 9; David, Eric. «L'avis de la Cour Internationale de Justice sur la licéité de l'emploi des armes nucléaires», p. 22; Doswald-Beck, Louis. «Le Droit International Humanitaire et l'avis consultatif de la Cour Internationale de Justice sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires», p. 37; Fujita, Hisakazu. «Au sujet de l'avis consultatif de la Cour Internationale de Justice rendu sur la licéité des armes nucléaires», p. 60; Greenwood, Christopher. «L'avis consultatif sur les armes nucléaires et la contribution de la Cour Internationale de Justice au Droit International Humanitaire», p. 70; McComarck, Timothy L.H. «Un non liquet sur les armes nucléaires. La Cour Internationale de Justice élude l'application des principes généraux du Droit International Humanitaire», p. 82; Mohr, Manfred. «Avis consultatif de la Cour Internationale de Justice sur la licéité de l'emploi d'armes nucléaires. Quelques réflexions sur ses points forts et ses points faibles», p. 99; McNeill, John H. «L'avis consultatif de la Cour Internationale de Justice en l'affaire des armes nucléaires. Première évaluation», p. 110. En *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, 823, janvier-février, 1997.

(84) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 240, par. 26.

(85) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 241-242, par. 29.

obstante lo apuntado, los Estados deben tomar en cuenta las consideraciones ecológicas al momento de decidir aquello que es necesario y proporcional al momento de una acción militar. Para ello se fundó en el Principio 24 de la Declaración de Río, que dispone:

«La guerra es, por definición, enemiga del desarrollo sostenible. En consecuencia, los Estados deben respetar las disposiciones de derecho internacional que protegen al medio ambiente en tiempos de conflicto armado, y cooperar en su ulterior desarrollo, según sea necesario.» (86).

La doctrina señala que, consecuencia de lo afirmado por la C. I. J., es la demostración de que el derecho de los conflictos armados es un derecho con un contenido específico pero no excluyente de otras normas, tales como las relativas a la protección del medio ambiente (87). En este contexto, la C. I. J. notó que los Artículos 35, parágrafo 3, y 55 del Protocolo Adicional I proveen protección adicional para el medio ambiente y que estas son poderosas limitaciones para los Estados que hubieran suscripto tales provisiones (88), de lo que podría deducirse que para aquélla el último instrumento legal señalado no reviste en su totalidad carácter consuetudinario. Asimismo, opinó que la obligación de los Estados de respetar y proteger el medio ambiente es aplicable al empleo de armas nucleares durante un conflicto armado (89). Por tanto, concluyó que si bien el derecho internacional existente relativo a la protección y salvaguardia del medio ambiente no prohíbe específicamente el uso de armas nucleares (90), existen factores ambientales que deben ser tenidos en cuenta en el contexto de la implementación de los principios y reglas aplicables duran-

---

(86) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 242, par. 30.

(87) David, Eric, *Principes de Droit des Conflits Armés*, Bruxelles, Bruylant, pp. 64-67.

(88) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 242, par. 31.

(89) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 242, par. 32.

(90) Algunos autores sostienen que hubiera sido extraordinario que la Corte concluya que los Estados dotados de armas nucleares, los cuales se esmeraron en asegurarse que los tratados sobre armamento y el derecho de los conflictos armados no prohíban el empleo de armas nucleares, hayan abandonado toda posibilidad de emplearlas convirtiéndose en Partes de convenios generales sobre protección al medio ambiente. Véase Greenwood, Christopher, «L'avis consultatif sur les armes nucléaires de la CIJ», *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, 823, janvier-février 1997, p. 75.

te los conflictos armados (91), Como consecuencia de lo expuesto, David opina que la C. I. J. ha consagrado implícitamente la aplicación consuetudinaria del Derecho del medio ambiente en los conflictos armados (92).

La C. I. J. sostuvo que la práctica de los Estados demuestra que la ilegalidad del empleo de ciertas armas como tales se formula en forma de prohibición (93) y no encontró prohibición específica alguna en cuanto al empleo de armas nucleares en los tratados que prohíben expresamente el empleo de ciertas armas de destrucción masiva (94). En este marco, pasó a examinar entonces el Derecho Internacional consuetudinario con la finalidad de determinar si existe alguna prohibición de la amenaza o empleo de las armas nucleares como tal, concluyendo que la aparición en tanto que *lex lata* de una norma consuetudinaria que prohíba el empleo de armas nucleares se ha visto frustrada por las tensiones que subsisten entre, por una parte, una *opinio juris* en estado naciente y, por la otra, una fuerte adhesión a la práctica de la disuasión (95).

En lo que principalmente interesa al presente trabajo, señaló que numerosas normas de carácter consuetudinario han sido desarrolladas por medio de la práctica de los Estados y que ahora forman parte de los principios y reglas del D. I. H., el que, en su opinión, resulta de los llamados «Derecho de La Haya» y «Derecho de Ginebra» (96).

La C. I. J. sostuvo que los principios cardinales del D. I. H. son, en primer lugar, el de la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, que establece la distinción entre combatientes y no combatientes. En este caso, los Estados no deben hacer objeto de un ataque a la población civil y, consecuentemente, no deben emplear armas incapaces de distinguir entre civiles y objetivos militares (97). Tal como fuera formulado,

---

(91) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 242, par. 33.

(92) David, Eric. *Principes de Droit des Conflits Armés*, Bruylant, Bruxelles, p. 268.

(93) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 247, par. 52.

(94) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 248, par. 57.

(95) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 255, par. 73.

(96) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 256, par. 75.

(97) La doctrina señala la importancia de esta declaración del carácter consuetudinario de tal principio, ya que su única formulación convencional tiene lugar en el Protocolo Adicional I de 1977. Doswald-Beck, Louise, «Le Droit international Humanitaire et l'Avis Consultatif de la CIJ», *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, 823, janvier-février 1997, p. 41.

este principio resulta aplicable en todo conflicto armado, ya que no surtió tal formulación con una distinción entre aquellos que poseen carácter internacional de aquellos que no lo son. El segundo principio, establece la prohibición de causar sufrimientos innecesarios a los combatientes. De este modo, se prohíbe el uso de armas que causen tales sufrimientos o puedan agravarlos. En aplicación de este segundo principio, los Estados no tienen una elección ilimitada de los medios de combate que utilizan.

La C. I. J. mencionó que los Estados se han adherido en gran número a las reglas de D. I. H. contenidas en los Convenios de La Haya y de Ginebra, en razón de que son fundamentales para el respeto de la persona humana y por «consideraciones elementales de humanidad» —tal como ella pusiera de relieve en su Sentencia del 9 de abril de 1949 en el *Asunto del Canal de Corfú (I.C.J. Reports 1949, p. 22)*— y que estas reglas fundamentales se imponen a todos los Estados independientemente de que hayan o no ratificado estos instrumentos, porque constituyen principios intransigibles de derecho internacional consuetudinario (98). David, apunta que «principios intransigibles» y normas imperativas a las cuales «ninguna derogación es permitida» (Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, Artículo 53) significan lo mismo, y que la C. I. J. reconoció así, implícitamente, que la mayoría de las reglas del D. I. H., sobre todo aquellas que son «fundamentales para el respeto de la persona humana», se asimilan a normas de *ius cogens* (99). Condorelli, por su parte, sostiene que tales «principios intransigibles» son sólo un acercamiento al *ius cogens*, dada la aclaración efectuada por la C. I. J. en el párrafo 83, por cuanto ésta no debía en la ocasión expedirse acerca de la naturaleza de tales normas (100). La C. I. J. señaló entonces que la amplia tarea de codificación del D. I. H. y los tratados que así resultaron, proveyó a la comunidad internacional un cuerpo de reglas convencionales que hoy en día ha alcanzado carácter consuetudinario en su gran mayoría y que se corresponden con los principios humanitarios universalmente reconocidos (101). Uno podría preguntarse, así, dado el amplio alcance que tiene esta proposición de la C. I. J., si ella hizo también referencia a otros tratados distin-

---

(98) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 257, par. 79.*

(99) David, Eric, *Principes de Droit des Conflits Armés*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 92.

(100) Condorelli, Luigi, «La CIJ sous le poids des armes nucléaires», *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, 823, janvier-février 1997, p. 18.

(101) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 258, par. 82.*

tos de los Convenios de Ginebra de 1949, tales como sus dos Protocolos Adicionales de 1977.

La C. I. J. determinó que los principios y reglas fundamentales del D. I. H. resultan aplicables a las armas nucleares (102) y agregó que ve en la cláusula Martens, siempre vigente, la confirmación de que los principios y reglas del D. I. H. se aplican a las armas nucleares (103). Por lo demás, reconoció que si bien la aplicación de los principios y reglas aludidos no se encuentra casi controvertida, las consecuencias a extraer de tal aplicación, por el contrario, sí lo son (104). Acto seguido, consideró que en razón de las características únicas de las armas nucleares su empleo parece escasamente conciliable con el respeto de los principios de distinción y el de evitar sufrimientos innecesarios a los combatientes, estimando no poseer elementos suficientes para concluir con certeza que el uso de armas nucleares resulte necesariamente contrario a los principios y reglas de Derecho aplicables en los conflictos armados y en toda circunstancia (105). También, la C. I. J. declaró que no puede perder de vista el derecho que posee todo Estado a su supervivencia, y, por consiguiente, su derecho de legítima defensa de acuerdo al Artículo 51 de la Carta de la O. N. U., cuando tal supervivencia está en juego; como que tampoco podía perder de vista la llamada «política de disuasión» a la cual adhirió una buena parte de la comunidad internacional. En conclusión, la C. I. J. manifestó que en vista del estado actual del Derecho Internacional tomado en su conjunto, tal como lo hubo examinado, y así como también a los elementos de hecho que se encontraron a su disposición, no poder concluir en forma definitiva acerca de la legalidad o ilegalidad del empleo de armas nucleares por un Estado en una circunstancia extrema de legítima defensa en la cual su supervivencia estaría en causa (106).

La C. I. J., por unanimidad, respondió que ni el Derecho Internacional consuetudinario ni el convencional autorizan específicamente la amenaza

---

(102) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 259, par. 85. Véase también Fujita, Hisakazu, «Au sujet de l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice rendu sur la licéité des armes nucléaires», *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, 823, janvier-février 1997, p. 61.

(103) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 260, par. 87.

(104) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 261, par. 90.

(105) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 261, par. 95.

(106) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 261, par. 96 y 97.

o el empleo de armas nucleares; por once votos contra tres, que ni el derecho internacional consuetudinario ni el convencional comportan una prohibición completa y universal de la amenaza o empleo de armas nucleares como tales; por unanimidad, que son ilícitos la amenaza o empleo de armas nucleares que serían contrarios al Artículo 2, parágrafo 4, de la Carta de la O. N. U., y que no satisfacen a todas las prescripciones del Artículo 51 de la Carta; por unanimidad, que la amenaza o empleo de armas nucleares debería también ser compatible con las exigencias del derecho internacional aplicable en los conflictos armados, especialmente con los principios y reglas del D. I. H., como también con las obligaciones específicas en virtud de tratados y otros compromisos que se refieren a las armas nucleares; por siete votos contra siete, y el voto preponderante de su Presidente, que se deriva de las exigencias arriba mencionadas, que la amenaza o empleo de armas nucleares sería en general contrario a las reglas del derecho internacional aplicable en los conflictos armados, especialmente a los principios y reglas del D. I. H.. La C. I. J. agregó que en vista del estado actual del derecho internacional así como también de los elementos de hecho que ella posee, no puede concluir en forma definitiva que la amenaza o empleo de armas nucleares sería lícito o ilícito en una circunstancia extrema de legítima defensa en la cual la supervivencia de un Estado estuviera en causa (107); por último y por unanimidad, que existe una obligación de negociar de buena fe y de arribar a término un desarme nuclear en todos sus aspectos, bajo un control internacional y eficaz.

De lo expuesto precedentemente, se aprecia que la C. I. J. constató que la novedad de las armas nucleares no excluye la aplicación del D. I. H., que la cláusula Martens confirma la aplicación de tal derecho a tales armas, y la prohibición del empleo de todo método o medio de guerra que no distingue entre civiles y objetivos militares, o que puedan causar sufrimientos inútiles a los combatientes (108). Además, puede apreciarse que el pronunciamiento del carácter ilícito del empleo o amenaza de empleo de armas nucleares fue temperado por la observación que la C. I. J. realizara en cuanto a su imposibilidad de concluir en forma definitiva si tal recurso al arma nuclear acaeciera en circunstancias extremas de legítima defensa

---

(107) Esta afirmación de la Corte ha sido fuertemente criticada por la doctrina en razón de atentar al principio fundamental por el cual el DIH debe ser respetado de igual manera por las partes en conflicto: Condorelli, Luigi, «La CIJ sous les poids des armes nucléaires», p. 16-17; David, Eric, «L'Avis de la CIJ sur la licéité des armes nucléaires», p. 32-33. Greenwood, Christopher, «L'avis consultatif sur les armes nucléaires de la CIJ», p. 81, *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, 823, janvier-février 1997.

(108) David, Eric, *Principes de Droit des Conflits Armés*, Bruxelles, Bruylant, p. 317.

donde la supervivencia misma del Estado estuviera en juego. Esta conclusión fue fuertemente criticada por parte de la doctrina (109), considerada como una situación de *jura non novit curia* (110), en el sentido de que no concluyó que el empleo de armas nucleares sea contrario al Derecho de los conflictos armados en toda circunstancia (111), y que constituye un *non liquet* (112).

#### G. ASUNTO SOBRE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCION SOBRE GENOCIDIO

El último caso al que cabe referirse en el aspecto que aquí interesa es la resolución dictada el 11 de julio de 1996 (113), al pronunciarse en las excepciones preliminares en el *Asunto sobre la Aplicación de la Convención sobre Genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia)* (114). En la oportunidad, la C. I. J. constató que las obligaciones a cargo de cada Estado Parte a la convención no se encuentran limitadas territorialmente por ésta, y, para ello, tomó en consideración el carácter *erga omnes* de tales obligaciones (115), sin necesidad de expedirse acerca de si Yugoslavia fue parte —directa o indirectamente— del conflicto en causa (116). Al respecto, se ha observado que la C. I. J. hizo justicia de la interpretación yugoslava en cuanto al tipo de responsabilidad instituida por la Convención, entendiéndose por responsabilidad

---

(109) David, Eric, *Principes de Droit des Conflits Armés*, Bruxelles, Bruylant, p. 318 y ss.

(110) Condorelli, Luigi, «La CIJ sous le poids des armes nucléaires», *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, 823, janvier-février 1997, p. 11.

(111) Greenwood, Christopher, «L'avis consultatif sur les armes nucléaires de la CIJ», *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, 823, janvier-février 1997, p. 79.

(112) McCormack, Timothy L.H., «Un non liquet sur les armes nucléaires. La Cour internationale de Justice élude l'application des principes généraux du droit international humanitaire», *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, 823, janvier-février 1997, p. 84, 90 *in fine*.

(113) Sr. Bedajoui, *Presidente*; Sr. Schwebel, *Vicepresidente*; Sres. Oda, Guillaume, Shahabuddeen, Weeramantry, Ranjeva, Herczegh, Shi, Koroma, Vereschetin, Ferrari Bravo, Parra-Aranguren, *jueces*; Sres. Lauterpacht, Kreca, *jueces ad hoc*; Sr. Valencia-Ospina, *Secretario*.

(114) *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J., Recueil 1996*, p. 595.

(115) *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J., Recueil 1996*, p. 616, par. 31.

(116) *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J., Recueil 1996*, p. 615, par. 31; en sentido contrario, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires, Dissenting Opinion of Judge Kreca, C.I.J., Recueil 1996*, pp. 766-767.

indirecta aquella por la cual los Estados sólo responderían por el incumplimiento de la obligación de prevenir los actos de genocidio y de su represión (117).

En relación con el tipo de responsabilidad internacional del Estado previsto por el Artículo IX de la Convención sobre Genocidio, la C. I. J. observó que tratando éste acerca de la responsabilidad de un Estado por genocidio o por cualquiera de los actos enumerados en el Artículo III, la responsabilidad internacional del Estado por actos de genocidio perpetrados por aquél no estaría excluida del campo de aplicación de la convención (118). Subrayó que tampoco la responsabilidad internacional del Estado por el hecho de sus órganos se encuentra excluida por la circunstancia de haberse previsto en el Artículo IV de la Convención que actos de genocidio pueden ser cometidos por gobernantes u otros funcionarios públicos (119). ¿De qué tipo de responsabilidad internacional trata entonces la Convención sobre Genocidio? Que la atribución de responsabilidad criminal a un Estado fue rechazada por sus redactores, parece indudable (120). Pero la doctrina también se pregunta cómo de un instrumento internacional donde la atribución de responsabilidad penal individual resulta clara, puede derivar también responsabilidad internacional atribuible a un Estado (121). James Crawford —Relator Especial sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados— avanzó la idea de que la referencia de la C. I. J. a cualquier forma de responsabilidad no debe ser interpretada como refiriéndose a la responsabilidad penal del Estado, sino más bien como la atribución directa del crimen de genocidio a un Estado como tal (122). Así, podría concluirse que tácitamente el Relator Especial sostiene que la C. I. J. aludió a la clásica responsabilidad internacional del Estado. Los jueces Shi y Vereshchetin, en declaración concurrente, sostuvieron que la Convención sobre Genocidio, en sustancia, es un instrumento jurídico que se

---

(117) Wyler, Eric, «Les rapports entre exceptions préliminaires et fond du litige à la lumière de l'arrêt de la CIJ du 11 juillet 1996 dans l'affaire du génocide», *Revue Générale de Droit International Public*, Tome 105, 2001, p. 43.

(118) Ver, en sentido contrario, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires, Joint Declaration of Judges Shi and Vereshchetin, C.I.J., Recueil 1996*, p. 631.

(119) *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J., Recueil 1996*, p. 616, par. 32.

(120) «First Report on State Responsibility by Mr. James Crawford, Special Rapporteur», UN Doc. A/CN.4/490/Add. 2, par. 61.

(121) Schabas, William, *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, 2000, p. 434.

(122) «First Report on State Responsibility by Mr. James Crawford, Special Rapporteur», UN Doc. A/CN.4/490/Add. 2, par. 63.



refiere a la responsabilidad penal del individuo (123); el Juez Oda, también en opinión disidente, sostuvo que la Convención sobre Genocidio fue concebida como un nuevo tipo de tratado que se ocupa del derecho de los individuos en su conjunto y no de los derechos y obligaciones de los Estados (124); por último, el Juez *ad hoc* Kreca concluyó, por distintas razones, que la convención no prevé la atribución de responsabilidad civil de un Estado (125). Como lo señala Schabas, la cuestión de saber si a un Estado puede atribuírsele algún tipo de responsabilidad civil en razón de actos de genocidio aún no está resuelta (126).

El *Asunto sobre la Aplicación de la Convención sobre Genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia)* en trámite por ante la C. I. J. se vincula estrechamente con uno de los procedimientos penales incoados por el T. P. I. Y. contra Slobodan Milosevic. En efecto, la Fiscalía del T. P. I. Y. formuló una acusación contra Slobodan Milosevic por genocidio, crímenes contra la humanidad, violaciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949, y violaciones a las leyes y costumbres de la guerra cometidos en el territorio de Bosnia-Herzegovina durante el período comprendido entre el 1 de agosto de 1991 y 31 de diciembre de 1995, en su carácter de Presidente de la República de Serbia (127). En este contexto, es probable que el pronunciamiento de una sentencia en el fondo de cualquiera de estos dos asuntos incida en el otro, lo que podría suceder en lo atinente a la cuestión del «control efectivo» o «control general» que Slobodan Milosevic tuviera sobre las fuerzas armadas regulares e irregulares desplegadas en el territorio de Bosnia-Herzegovina durante el conflicto armado que opuso a las partes intervinientes en el caso en examen (128). De esta manera, se destaca el carácter potencialmente conflictivo de esta situación en razón de que, como se analizará más adelante, la C. I. J. y el T. P. I. Y. aplican crite-

---

(123) *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J., Recueil 1996, Joint Declaration of Judge Shi and Judge Vereshchetin.*

(124) *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J., Recueil 1996, Declaration of Judge Oda,* par. 9.

(125) *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J., Recueil 1996, Dissenting Reasons of Judge ad hoc Kreca.*

(126) Schabas, William, *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, 2000, p. 440.

(127) *Prosecutor v. Slobodan Milosevic —Bosnia and Herzegovina—*, Indictment, 22 November 2001, Case N.º: IT-01-51.

(128) Véase *Prosecutor v. Slobodan Milosevic —Bosnia and Herzegovina—*, Indictment, 22 November 2001, Case N.º: IT-01-51, par. 25 (a).

rios jurídicos distintos en lo relativo a la responsabilidad internacional de un Estado por actos ilícitos cometidos por individuos u órganos de facto.

\*\*\*

En definitiva, en un período de casi cincuenta años, la C. I. J. ha verificado un buen número de normas consuetudinarias de DIH y relativas al crimen internacional de genocidio, a saber: las «consideraciones elementales de humanidad» —aplicables incluso en tiempos de paz (*Asunto del Canal de Corfú*)—; la obligación internacional de prevenir y sancionar el genocidio (*Opinión Consultiva sobre las Reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio*); el carácter *erga omnes* de la prohibición de cometer actos de genocidio (*Asunto de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.*); los principios generales fundamentales del D. I. H. —que incluyen las consideraciones elementales de humanidad y la obligación para los Estados de respetar y hacer respetar los Convenios de Ginebra—, la identidad de las normas mínimas aplicables en favor de las víctimas irrespectivamente del carácter internacional o no del conflicto armado, (*Asunto de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*); y, por último, que el principio de la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil que establece la distinción entre combatientes y no combatientes, al igual que la prohibición de causar sufrimientos innecesarios a estos últimos, son principios cardinales del D. I. H. (*Opinión Consultiva acerca de la Legalidad de la Amenaza o Empleo de Armas Nucleares*).

## II. EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN LOS TRIBUNALES AD HOC DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS COMO VERIFICADORA DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DEL CRIMEN INTERNACIONAL DE GENOCIDIO

### A. CONCORDANCIAS INTERPRETATIVAS

#### i. Consideraciones elementales de humanidad

Según se ha analizado, la primera oportunidad en que la C. I. J. constató normas consuetudinarias de D. I. H. fue en ocasión del pronunciamiento de la sentencia (fondo) del 9 de abril de 1949 concerniente al *Asun-*

to del Canal de Corfú (129). Allí, la C. I. J. verificó que las «consideraciones elementales de humanidad» constituyen un principio «general y bien reconocido» aplicable tanto en tiempos de paz como de guerra (130). Previsiblemente, un principio tan elemental para la tutela de los derechos fundamentales de las personas, tales como la vida e integridad física de los seres humanos, fue también verificado y aplicado por el T. P. I. Y. en distintas oportunidades.

En la primera de ellas, la Sala de Primera Instancia reconoció el carácter consuetudinario del Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 refiriéndose expresamente a la verificación efectuada por la C. I. J. en la sentencia pronunciada en el *Asunto de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, la que, como también se ha visto, reiteró lo por ella establecido en el *Asunto sobre el Canal de Corfú*. La Sala de Primera Instancia, declaró:

«La CIJ sostuvo, en el Asunto Nicaragua, que el Artículo 3 común, aunque convencional en origen, ha cristalizado en derecho consuetudinario y establece las reglas mínimas obligatorias aplicables en conflictos armados de cualquier tipo, dado que constituyen ‘consideraciones elementales de humanidad’.» (131).

La decisión en comentario es un claro ejemplo del modo en que una norma de derecho internacional consuetudinario es verificada por el órgano judicial principal de la O. N. U., la C. I. J., y, en razón de la autoridad y respeto que emanan de sus decisiones judiciales, la verificación operada

---

(129) *Affaire du Déroit de Corfou (fond), Arrêt du 9 avril 1949: C.I.J. Recueil, 1949*, p. 4.

(130) «Les obligations qui incombait aux autorités albanaises consistaient à faire connaître, dans l'intérêt de la navigation en général, l'existence d'un champ de mines dans les eaux territoriales albanaises et à avertir les navires de guerre britanniques, au moment où ils s'approchaient, du danger imminent auquel les exposaient ce champs de mines. Ces obligations sont fondées non pas sur la Conventions VIII de La Haye, de 1907, qui est applicable en temps de guerre, mais sur certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre, le principe de la liberté des communications maritimes et l'obligation, pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États.» *Affaire du Déroit de Corfou (fond), Arrêt du 9 avril 1949: C.I.J. Recueil, 1949*, p. 22.

(131) Traducción del autor. Versión original: «The International Court of Justice held, in the Nicaragua case, that common Article 3, though conventional in origin, has crystallized into customary international law and sets out the mandatory minimum rules applicable in armed conflicts of any kind, constituting as they are “elementary considerations of humanity».» *The Prosecutor v. Zlatko Alekskovski, Judgment, 25 June 1999, T. Ch. (Rodrigues, Vohrah, Nieto), Case No. IT-95-14-1-T*, par. 50.

de una norma de Derecho Internacional general es finalmente recogida por otro Tribunal Internacional, el T. P. I. Y., que a más de aplicar normas convencionales, funda sus decisiones en normas jurídicas que sin duda alguna forman parte del Derecho Internacional Consuetudinario. La declaración del carácter consuetudinario del principio «general y bien reconocido» que son las «consideraciones elementales de humanidad», verificado oportunamente por la C. I. J. y retomado por la Sala de Primera Instancia del T. P. I. Y., resultó ser la primera de la serie en relación con el principio en cuestión. En decisiones posteriores, otra Sala de Primera Instancia e incluso la Sala de Apelaciones reconocieron el carácter de principio general de Derecho Internacional de las ‘consideraciones elementales de humanidad’. Así, el Tribunal sostuvo:

«Sin embargo, esta es un área donde las ‘consideraciones elementales de humanidad’ acertadamente puestas de manifiesto por la CIJ en los Asuntos del Canal de Corfú, Nicaragua y sobre la Legalidad de la Amenaza o Empleo de Armas Nucleares, deberían ser íntegramente utilizadas al interpretar y aplicar normas internacionales perdidas, en razón de que ilustran un principio general de Derecho Internacional.» (132).

Puede observarse que el Tribunal interviniente, por una parte, atribuye valor de jurisprudencia tanto a las sentencias pronunciadas por la C. I. J. —*Canal de Corfú, Nicaragua*— como a sus opiniones consultivas —*Legalidad del Empleo o Amenaza de Armas Nucleares*—; por el otro, reconoce el carácter consuetudinario de las «consideraciones elementales

---

(132) Traducción del autor. Versión original: «Nevertheless this is an area where the «elementary considerations of humanity» rightly emphasized by the International Court of Justice in the Corfu Channel, Nicaragua and Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons cases should be fully used when interpreting and applying loose international rules, on the basis that they are illustrative of a general principle of international Law.» *Prosecutor v. Zoran Kupreskic et al., Judgment, 14 January 2000, T. Ch. (Cassese, May, Mumba), Case No. IT-95-16-T*, par. 524. Véase también *Prosecutor v. Zejnil Delalic et al., Judgment, 21 February 2001, App. Ch. (Hunt, Riad, Nieto-Navia, Bennouna, Pocar), Case No. IT-96-21-A*, par. 140. En relación con el primero de los casos citados, Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Vladimir Santic, Dragan Papic, Drago Josipovic, Stipo Ali-lovic y Marinko Katava fueron acusados de violaciones a las leyes y costumbres de la guerra por la alegada participación de las personas mencionadas en los dos conflictos que tuvieron lugar en Ahmici en el valle del Río Lasva en Bosnia-Herzegovina el 20 de octubre de 1992 y el 16 de abril de 1993. Durante estos conflictos, un gran número de ciudadanos musulmanes de aquel pueblo fue asesinado y expulsados de sus hogares como parte de la campaña de “limpieza étnica” llevada a cabo por las fuerzas armadas croatas.

de humanidad» y, asimismo, su carácter de principio general de Derecho Internacional.

La Sala de Apelaciones del T. P. I. Y., como se ha hecho referencia, también se expidió sobre el particular. En efecto, observó que las «consideraciones elementales de humanidad» se identifican con las reglas mínimas establecidas por el Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, que forman parte, a su vez, del Derecho Internacional Consuetudinario (133). Acto seguido, siempre siguiendo el razonamiento empleado por la C. I. J. en el *Asunto Nicaragua*, reafirmó, como lo verificara esta última, que las «consideraciones elementales de humanidad» constituyen un principio fundamental del D. I. H.:

«Es indudable que el Artículo 3 común, que establece un estándar mínimo de reglas imperativas, refleja los principios humanitarios fundamentales que subyacen en el DIH como un todo, y sobre los cuales los Convenios de Ginebra se basan enteramente. Estos principios, cuyos propósitos son el respeto de la dignidad de la persona humana, desarrollados como resultado de siglos de luchas armadas y que se habían ya transformado en Derecho Consuetudinario al momento de adoptarse los Convenios de Ginebra, reflejan los principios humanitarios universalmente reconocidos.» (134).

## ii. Principios fundamentales de Derecho Internacional Humanitario

Ahora bien, tal como se ha visto en la parte general de este trabajo, la C. I. J. identificó una serie de principios «fundamentales» o «cardinales»

---

(133) *Prosecutor v. Zejnil Delalic et al., Judgment, 21 february 2001, App. Ch. (Hunt, Riad, Nieto-Navia, Bennouna, Pocar), Case No. IT-96-21-A*, par. 140.

(134) Traducción del autor. Versión original: «It is indisputable that common Article 3, which sets forth a minimum core of mandatory rules, reflects the fundamental humanitarian principles which underlie International Humanitarian Law as a whole, and upon which the Geneva Conventions in their entirety are based. These principles, the object of which is the respect for the dignity of the human person, developed as a result of centuries of warfare and had already become customary Law at the time of the adoption of the Geneva Conventions because they reflect the most universally recognised humanitarian principles. These principles were codified in common Article 3 to constitute the minimum core applicable to internal conflicts, but are so fundamental that they are regarded as governing both internal and international conflicts. In the words of the ICRC, the purpose of common Article 3 was to «ensur(e) respect for the few essential rules of humanity which all civilised nations consider as valid everywhere and under all circumstances and as being above and outside war itself». These rules may thus be considered as the «quintessence» of the humanitarian rules found in the Geneva Conventions as a whole.» *Prosecutor v. Zejnil Delalic et al., Judgment, 21 February 2001, App. Ch. (Hunt, Riad, Nieto-Navia, Bennouna, Pocar), Case No. IT-96-21-A*, par. 143.

del D. I. H. y verificó su carácter consuetudinario. En razón de la importancia que revistió, y reviste, este procedimiento de verificación de los principios «fundamentales» o «cardinales» del D. I. H. como normas internacionales consuetudinarias, la jurisprudencia de la C. I. J. sobre el particular fue de utilidad para las Salas de Primera Instancia y la Sala de Apelaciones del T. P. I. Y..

En este orden de ideas, se ha explicado en la parte general de esta tesis que la C. I. J. declaró en el *Asunto Nicaragua* que juzgaría ciertos hechos cometidos por el Estado demandado, los Estados Unidos, de acuerdo a los principios «generales y fundamentales» del D. I. H., de los cuales los Convenios de Ginebra son, en algunos aspectos, su expresión (135). Se ha comentado también la importancia del pasaje de la sentencia pronunciada por la C. I. J. en el *Asunto Nicaragua*, por cuanto determinó que las normas mínimas de protección que benefician a las víctimas de un conflicto armado de carácter no internacional prevista en el Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 resultan también aplicables en un conflicto armado de carácter internacional. Este principio, fue recogido por vez primera por un Tribunal de Primera Instancia del T. P. I. Y., del siguiente modo:

«Que el Artículo 3 común es parte del derecho internacional consuetudinario fue definitivamente decidido por la CIJ en el Asunto Nicaragua en el cual la Corte, aplicando derecho internacional consuetudinario, verificó que las normas contenidas en el Artículo

---

(135) 248. Traducción del autor. Versión original: «The Court observes however sees no need to take a position on that matter, since in its view the conduct of the United States may be judged according to the fundamental general principles of humanitarian law; in its view, the Geneva Conventions are in some respects a development, and in other respects no more than the expression, of such principles. It is significant in this respect that, according to the terms of the Conventions, the denunciation on one of them “shall in no way impair the obligations which the Parties to the conflict shall remain bound to fulfill by virtue of the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity and the dictates of the public conscience» (Convention I, Art. 63; Convention II, Art. 62; Convention III, Art. 142; Convention IV, Art. 158) Article 3 which is common to all four Geneva Conventions of 12 August 1949 defines certain rules to be applied in the armed conflicts of a non-international character. There is no doubt that, in the event of international armed conflicts, these rules also constitute a minimum yardstick, in addition to the more elaborate rules which are also to apply to international conflicts; and they are rules which, in the Court’s opinion, reflect what the Court in 1949 called “elementary considerations of humanity» (Corfu Channel, Merits, I.C.J. Reports 1949, p. 22; paragraph 215 above). The Court may therefore find them applicable to the present dispute, and is thus not required to decide what role the United States unilateral treaty reservation might otherwise play in regard to the treaties in question.» *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, pp. 113-114, par. 218.

3 constituyen un ‘estándar mínimo’ aplicables en conflictos armados internacionales y no internacionales, por consiguiente, que estas prohibiciones forman parte del Derecho Internacional.» (136).

Como corolario, este reconocimiento efectuado por la Sala de Primera Instancia fue reafirmado por la Sala de Apelaciones del T. P. I. Y. y aplicado muy frecuentemente en el tribunal (137). La Sala de Apelaciones, sostuvo que la emergencia de normas que regulan los conflictos armados de carácter internacional se manifestó convencional y consuetudinariamente; que este carácter dual no es inconsistente ni contradictorio entre sí, sino más bien complementario; y, finalmente, que el Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra es un claro ejemplo de lo expuesto. Para ello, se apoyó en la verificación operada por la C. I. J. en el *Asunto Nicaragua* (138).

### iii. Obligación de respetar y hacer respetar los Convenios de Ginebra de 1949

Tal como se ha visto y considerado en la parte general de este trabajo, la C. I. J. verificó que la obligación internacional de respetar y hacer respetar los Convenios de Ginebra de 1949 en toda circunstancia, establecida

---

(136) Traducción del autor. Versión original: «The fact that common Article 3 is part of customary international law was definitively decided by the International Court of Justice in the Nicaragua case (Military and Paramilitary Activities (Nicar. v. U.S.)), 1986 I.C.J. 4 (Merits Judgement of 27 June 1986) in which the Court, applying customary international law, determined that the rules contained in common Article 3 constitute a «minimum yardstick» applicable in both international and non-international armed conflicts, thus finding that these prohibitions are part of customary international law.» *Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction*, 10 August 1995, T. Ch. (McDonald, Stephen, Vohrah), Case No. IT-94-1-T, par. 67.

(137) *Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 October 1995, App. Ch. (Cassese, Li, Deschênes, Abi-Saab, Sidwa), Case No: IT-94-1-AR72, pars. 98 y 102; *Prosecutor v. Anto Furundzija, Judgment*, 10 December 1998, T. Ch. (Mumba, Cassese, May), Case IT-95-17/1-T, par. 138; *The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Judgment*, 25 June de 1999, T. Ch. (Rodrigues, Vohrah, Nieto-Navia), Case No: IT-95-14-1-T, par. 50; *The Prosecutor v. Zoran Kupreskic et al., Judgment*, 14 January 2000, T. Ch. (Cassese, May, Mumba), Case No. IT-95-16-T, par. 534; *Prosecutor v. Zejnil Delalic et al (Celebici Case), Judgment*, 20 February 2001, App. Ch. (Hunt, Riad, Nieto-Navia, Bennouna, Pocar), Case No IT-96-21-A, pars. 140-142-144.

(138) *Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 October 1995, App. Ch. (Cassese, Li, Deschênes, Abi-Saab, Sidwa), Case No: IT-94-1-AR72, pars. 98 y 102; *Prosecutor v. Zejnil Delalic et al (Celebici Case), Judgment*, 20 February 2001, App. Ch. (Hunt, Riad, Nieto-Navia, Bennouna, Pocar), Case No IT-96-21-A, pars. 140-142-144.

en el Artículo 1 común de estos convenios, es una obligación de carácter dual, es decir, convencional y consuetudinaria, y que se erige en un principio general del D. I. H. (139). Como fuera puesto de resalto, esta obligación internacional es aplicable incluso para los conflictos armados de carácter no internacional. Este proceso de verificación de normas consuetudinarias realizado por la C. I. J. fue tenido en cuenta por la Sala de Apelaciones del T. P. I. Y. y una Sala de Primera Instancia (140).

#### iv. Principio de distinción

Como se ha visto en la parte general, la C. I. J. verificó en la *Opinión Consultiva acerca de la Legalidad del Empleo o Amenaza de Armas Nucleares* que la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, que establece la distinción entre combatientes y no combatientes, es uno de los principios cardinales del D. I. H. de carácter consuetudinario. Por tanto, los Estados no deben tener como objetivo de un ataque a la población civil, consecuentemente, no deben emplear armas incapaces de distinguir entre población civil y objetivos militares. Como fuera formulado por la C. I. J., este principio resulta aplicable en todo conflicto armado independientemente de su carácter. Una Sala de Primera Instancia del T. P. I. Y., recurrió a la decisión en comentario a los fines de determinar la existencia de tal norma internacional de carácter consuetudinario. En efecto, declaró que la protección de la población civil durante los conflictos armados, internacionales o no, es la piedra angular del D. I. H. moderno; que resulta ser un principio universalmente reconocido; y que tal como fuera establecido por la C. I. J. en la circunstancia apuntada, existe una prohibición absoluta de atacar la población o los bienes de

---

(139) Traducción del autor. Versión original: «The Courts considers that there is an obligation on the United States Government, in the terms of Article 1 of the Geneva Conventions, to “respect» the Conventions and even “to ensure respect» for them “in all circumstances», since such an obligation does not derive only from the Convention themselves, but from the general principles of humanitarian law to which the Conventions merely give specific expression. The United States in thus under an obligation not to encourage persons or groups engaged in the conflict in Nicaragua to act in violation of the provisions of Article 3 common to the four 1949 Geneva Conventions.» *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 114, par. 220.

(140) *Prosecutor v. Zejnir Delalic et al (Celebici Case)*, Judgment, 20 February 2001, App. Ch. (Hunt, Riad, Nieto-Navia, Bennouna, Pocar), Case No IT-96-21-A, par. 164; *The Prosecutor v. Zoran Kupreskic et al.*, Judgment, 14 January 2000, T. Ch. (Cassese, May, Mumba), Case No. IT-95-16-T, par. 534.



carácter civil (141). Una vez más, el procedimiento de verificación de una norma consuetudinaria realizado por la C. I. J. fue identificado y sirvió como medio de determinar la existencia de una norma internacional general a una Sala de Primera Instancia del T. P. I. Y.

## v. Cláusula Martens

En la *Opinión Consultiva acerca de la Legalidad del Empleo o Amenaza de Armas Nucleares*, la C. I. J. verificó el carácter consuetudinario de la cláusula Martens. Una Sala de Primera Instancia del T. P. I. Y., por su parte, reconoció el proceso de verificación empleado por la C. I. J. e interpretó que los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública no son fuentes independientes de derecho internacional, pero que brindan, sin embargo, una referencia a tales preceptos cuando las normas de D. I. H. aplicables en un caso concreto no resulta suficientemente precisa (142).

## B. CRITERIOS DISPARES

Responsabilidad internacional del Estado por actos ilícitos cometidos por órganos de *facto*.

Por último, es necesario recordar que la C. I. J. afirmó que para atribuir responsabilidad internacional a los Estados Unidos de América por las violaciones al D. I. H. cometidas por la fuerza *contra*, que combatían

---

(141) *Prosecutor v. Zoran Kupreskic et al., Judgment, 14 January 2000, T. Ch. (Cassese, May, Mumba), Case No: IT-95-16-T*, par. 521.

(142) Traducción del autor. Versión original: «More specifically, recourse might be had to the celebrated Martens Clause which, in the authoritative view of the International Court of Justice, has by now become part of customary international law. True, this Clause may not be taken to mean that the «principles of humanity» and the «dictates of public conscience» have been elevated to the rank of independent sources of international law, for this conclusion is belied by international practice. However, this Clause enjoins, as a minimum, reference to those principles and dictates any time a rule of international humanitarian law is not sufficiently rigorous or precise: in those instances the scope and purport of the rule must be defined with reference to those principles and dictates. In the case under discussion, this would entail that the prescriptions of Articles 57 and 58 (and of the corresponding customary rules) must be interpreted so as to construe as narrowly as possible the discretionary power to attack belligerents and, by the same token, so as to expand the protection accorded to civilians.» *Prosecutor v. Zoran Kupreskic et al., Judgment, 14 January 2000, T. Ch. (Cassese, May, Mumba), Case No: IT-95-16-T*, par. 525.

al gobierno nicaragüense, debería ser probado en principio que el primero de los Estados tenía control efectivo de las operaciones militares o paramilitares en el curso de las cuales las alegadas violaciones se habrían producido. La aplicación del criterio del «control efectivo» por parte de la C. I. J. a los fines de determinar la responsabilidad internacional de un Estado por actos ilícitos cometidos por órganos *de facto*, tuvo un seguimiento dispar en la jurisprudencia del T. P. I. Y.. En efecto, en la primera ocasión brindada a este último, una Sala de Primera Instancia pasó a determinar si las personas bosnio-croatas podían ser tenidos por agentes de Croacia respecto de actos reputados como violaciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949 y señaló que una «relación de agencia» es suficiente a los fines de establecer si el conflicto armado entre los bosnio-croatas y el gobierno de Bosnia-Herzegovina era de carácter internacional (143). La Sala interviniente, argumentó que la C. I. J. aplicó tal criterio en un diferente contexto ya que se trataba de un pronunciamiento final acerca de la responsabilidad internacional de un Estado por actos cometidos por un grupo de personas; y en el caso sometido a su consideración, se trataba de un procedimiento que podía ser revisado durante el juicio. Adujo también que la C. I. J. en aquella oportunidad debía determinar la responsabilidad internacional de un Estado en razón de violaciones al D. I. H.; y que éste no era su caso. Esta Sala señaló, por último, que debía decidir acerca de si los bosnio-croatas podrían ser tenidos por agentes de Croacia a los fines del establecimiento de la competencia *ratione-materiae* sobre las violaciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949 (144). En otras palabras, esta Sala tenía como propósito establecer si el conflicto entre los bosnio-croatas y el gobierno de Bosnia-Herzegovina era de carácter internacional a los fines de determinar si el Convenio IV de Ginebra de 1949 era aplicable en el caso concreto.

La misma Sala de Primera Instancia, compuesta de un modo parcialmente distinto, adoptó en otro caso una posición diferente a la anterior. En

---

(143) *Prosecutor v. Ivica Rajic, Review of the Indictment pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 13 September 1996, T. Ch. (McDonald, Sidhwa, Vohrah), Case No: IT-95-12-R61*, par. 23. En la oportunidad, el día 6 de marzo de 1996, el juez Sidhwa invitó a la Fiscalía a informar acerca de sus esfuerzos para notificar el acta de acusación. Luego de una audiencia, el juez resultó satisfecho de los esfuerzos realizados por la Fiscalía. En este contexto, el mismo día, el juez ordenó que el acta de acusación contra Ivica Rajic sea sometido al Tribunal interviniente en pleno para considerarlo de acuerdo a la Regla 61 del Reglamento de Procedimiento y Prueba.

(144) *Prosecutor v. Ivica Rajic, Review of the Indictment pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 13 September 1996, T. Ch. (McDonald, Sidhwa, Vohrah), Case No: IT-95-12-R61*, par. 25.

la ocasión, se trató también de determinar si el conflicto armado era de carácter internacional y si las víctimas se encontraban en poder de una parte al conflicto de la cual no eran nacionales, a los fines de concluir si el Convenio IV de Ginebra de 1949, era aplicable en el caso. Es decir, debía en primer lugar calificar el carácter internacional o interno del conflicto armado. Si bien el Tribunal consideró que la C. I. J. utilizó un criterio sumamente exigente —el llamado estándar del «control efectivo»— a los fines de determinar el requerido grado de control (145), no encontró razón alguna para apartarse del mismo (146). Como puede apreciarse, la Sala de Primera Instancia basó su convicción, implícitamente, en la autoridad que emana de una decisión judicial adoptada por la C. I. J. en relación con la verificación de una regla de Derecho Internacional general, a pesar —como fuera explicado en la parte general de este trabajo— de la inexistencia de la obligatoriedad del precedente judicial en el Derecho Internacional.

Ahora bien, una consecuencia que puede derivarse de la inexistencia de la obligatoriedad del precedente judicial en el Derecho Internacional sería que dos Tribunales Internacionales, en relación con las mismas cuestiones, adopten decisiones contradictorias. Esta hipótesis se hizo realidad, ya que la suerte corrida por el estándar del «control efectivo» resultó adversa una vez que el caso de referencia fuera decidido por la Sala de Apelaciones del T. P. I. Y. En efecto, ésta se abocó al tratamiento de la cuestión de determinar cuáles son los criterios legales aplicables para saber si las fuerzas armadas que combaten en un conflicto *prima facie* de carácter interno podrían ser consideradas como actuando por cuenta de una potencia extranjera (147). Esta cuestión, revestía gran importancia a los fines de determinar el carácter del conflicto armado que tenía lugar en Bosnia-Herzegovina, y por ende, las normas de D. I. H. aplicables en tal situación. En el caso sometido a su consideración, la Sala de Apelaciones se abocó entonces al trata-

---

(145) *Prosecutor v. Dusko Tadic, Opinion and Judgment, 7 may 1997, T. Ch. (McDonald, Stephen, Vohrah), Case No: IT-94-1-T*, par. 585. Este caso se desarrolló como consecuencia de la acusación y proceso seguido contra Dusko Tadic, ciudadano de la ex Yugoslavia, de etnia serbia, y residente en la República de Bosnia-Herzegovina al tiempo en el que se cometieron los crímenes que se le enrostran. Fue la primera sentencia concerniente a serias violaciones al DIH pronunciada por un Tribunal verdaderamente internacional, establecido por las Naciones Unidas.

(146) *Prosecutor v. Dusko Tadic, Opinion and Judgment, 7 may 1997, T. Ch. (McDonald, Stephen, Vohrah), Case No: IT-94-1-T*, par. 588. Ver asimismo *Separate and Dissenting Opinion of Judge McDonald Regarding the Applicability of Article 2 of the Statute*, para quien, en el *Asunto Nicaragua*, la CIJ aplicó el test de «agencia y control» y no de «control efectivo».

(147) *Prosecutor v. Dusko Tadic, Judgment, 15 July 1999, App. Ch. (Shahabuddeen, Cassese, Teya, Nieto-Navia, Mumba), Case No: IT-94-1-A*, par. 81.

miento de la cuestión de determinar si las fuerzas armadas bosnio-serbias —en cuyas manos se encontraban las víctimas de nacionalidad bosnia— podían ser consideradas órganos *de iure* o *de facto* de una potencia extranjera, en la ocasión, la República Federal de Yugoslavia (148).

La Sala de Apelaciones sostuvo preliminarmente que la solución planteada podría elucidarse dentro del conjunto de normas y principios que componen el D. I. H. y que el estándar jurídico aplicado por éste podría ser distinto al criterio requerido por el derecho internacional en cuanto a cuestiones atinentes a la responsabilidad internacional de los Estados (149). Desde el primer punto de vista, es decir, desde el D. I. H., aquélla determinó que el Convenio de Ginebra III de 1949 —relativa al tratamiento de los prisioneros de guerra— en su Artículo 4 (150), el requerimiento de «pertenecer a una Parte al conflicto» refiere implícitamente a un criterio de «control» (151). Acerca del interrogante de saber cuál debe ser el grado de control o autoridad que una potencia extranjera debe ejercer sobre fuerzas armadas que combaten por su cuenta en orden de transformar un conflicto armado inicialmente de carácter interno en uno internacional, sostuvo que las consecuencias jurídicas de la caracterización de un conflicto como de uno u otro carácter es extremadamente importante ya que si lo es como de carácter internacional, un Estado extranjero puede en ciertas circunstancias resultar responsable de las violaciones al D. I. H. perpetradas por los grupos armados que actúan por su cuenta (152).

La Sala tuvo presente que el D. I. H. no posee un criterio único para establecer cuándo un grupo de individuos puede ser considerado bajo el control de un Estado, es decir, para determinar si actúan en calidad de órganos *de facto* de éste. En este contexto, pasó a examinar las reglas relativas a la responsabilidad internacional de los Estados que establecen los criterios para atribuir responsabilidad internacional a un Estado por los hechos cometidos por individuos que no son formalmente órganos del mismo.

---

(148) *Prosecutor v. Dusko Tadic, Judgment, 15 July 1999, App. Ch. (Shahabuddeen, Cassese, Tieya, Nieto-Navia, Mumba), Case No: IT-94-I-A*, par. 87.

(149) *Prosecutor v. Dusko Tadic, Judgment, 15 July 1999, App. Ch. (Shahabuddeen, Cassese, Tieya, Nieto-Navia, Mumba), Case No: IT-94-I-A*, par. 90.

(150) *Convención de Ginebra III de 1949*, Artículo 4.A: son prisioneros de guerra, en el sentido de la presente Convención, las personas que, perteneciendo a una de las categorías siguientes, se encuentran en poder del enemigo: 1) los miembros de las fuerzas armadas de una Parte al conflicto...

(151) *Prosecutor v. Dusko Tadic, Judgment, 15 July 1999, App. Ch. (Shahabuddeen, Cassese, Tieya, Nieto-Navia, Mumba), Case No: IT-94-I-A*, par. 95.

(152) *Prosecutor v. Dusko Tadic, Judgment, 15 July 1999, App. Ch. (Shahabuddeen, Cassese, Tieya, Nieto-Navia, Mumba), Case No: IT-94-I-A*, par. 97.

También tomó nota de que la C. I. J. en el *Asunto de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua* sugirió un alto grado de control a los efectos de atribuir tal responsabilidad (153). A los fines de resolver la cuestión planteada, la Sala de Apelaciones consideró dos cuestiones preliminares: la primera, acerca de cuáles son las condiciones que el Derecho Internacional establece para que un individuo pueda ser considerado como actuando en tanto que órgano *de facto* de un Estado; la segunda, acerca de la interpretación de la sentencia pronunciada por la C. I. J. (154).

En relación con la primera cuestión preliminar, la Sala de Apelaciones del T. P. I. Y. estimó que la C. I. J. utilizó el estándar de «agencia» a los fines de determinar cuándo un individuo o grupo de individuos reviste la calidad de órgano u oficiales del Estado, y el de «control efectivo» a los fines de determinar si los actos de los *contras* eran atribuibles a los Estados Unidos (155). Concluyó que en su opinión, la C. I. J. utilizó dos estándares distintos a los fines de determinar la responsabilidad internacional: uno, para atribuir la responsabilidad derivada de los actos ilícitos cometidos por oficiales del Estado y otro, para atribuir la responsabilidad derivada de los actos ilícitos cometidos por individuos que actúan en tanto que órganos *de facto* de un Estado (156). En este último caso utilizó el estándar del «control efectivo».

La Sala consideró que el estándar del «control efectivo» no resultaba persuasivo por dos razones: una, no se condice con la lógica del derecho aplicable a la responsabilidad internacional de los Estados, y la otra, que difiere de la práctica judicial y estatal (157).

En relación con el primer aspecto, la Sala sostuvo que en el caso de un grupo organizado de individuos es distinta de aquel de un individuo privado que realiza un acto por cuenta de un Estado. Agregó que si el grupo se encuentra bajo el control general de un Estado compromete la responsabilidad internacional de este último por sus actividades, hayan sido o no éstas específicamente impuestas, requeridas o dirigidas por el Estado en cuestión (158). En relación con el segundo aspecto, la Sala sostuvo que la

---

(153) *Prosecutor v. Dusko Tadic, Judgment, 15 July 1999, App. Ch. (Shahabuddeen, Cassese, Tieya, Nieto-Navia, Mumba), Case No: IT-94-I-A*, par. 99.

(154) Ver parágrafos 104-109, *Prosecutor v. Dusko Tadic, Judgment, 15 July 1999, App. Ch. (Shahabuddeen, Cassese, Tieya, Nieto-Navia, Mumba), Case No: IT-94-I-A*.

(155) *Prosecutor v. Dusko Tadic, Judgment, 15 July 1999, App. Ch. (Shahabuddeen, Cassese, Tieya, Nieto-Navia, Mumba), Case No: IT-94-I-A*, par. 112-113.

(156) *Prosecutor v. Dusko Tadic, Judgment, 15 July 1999, App. Ch. (Shahabuddeen, Cassese, Tieya, Nieto-Navia, Mumba), Case No: IT-94-I-A*, par. 114.

(157) *Prosecutor v. Dusko Tadic, Judgment, 15 July 1999, App. Ch. (Shahabuddeen, Cassese, Tieya, Nieto-Navia, Mumba), Case No: IT-94-I-A*, par. 115 y ss.

(158) *Prosecutor v. Dusko Tadic, Judgment, 15 July 1999, App. Ch. (Shahabuddeen, Cassese, Tieya, Nieto-Navia, Mumba), Case No: IT-94-I-A*, par. 122.

práctica estatal y judicial ha atribuido responsabilidad internacional en circunstancias donde el grado de control era menor y que el estándar del «control efectivo» sólo es aplicado en casos de individuos o grupos no organizados que actúan por cuenta del Estado, pero no en situaciones donde los grupos eran militares o paramilitares (159). Agregó que para atribuir responsabilidad internacional a tales grupos debe probarse el control general de un Estado sobre aquéllos, no sólomente equipándolo y financiándolo, sino también coordinándolo y ayudándolo en la planificación general de las actividades militares (160).

Por último, la Sala de Apelaciones del T. P. I. Y. remarcó también que existe un tercer estándar que el derecho internacional utiliza y es el de la asimilación de los individuos a un órgano del Estado en razón de su actual comportamiento dentro de la estructura de éste e independientemente de la existencia de instrucciones (161).

La doctrina emanada de la decisión adoptada por la Sala de Apelaciones del T. P. I. Y. al respecto, fue reiterada en las decisiones adoptadas posteriormente por las Salas de Primera Instancia (162). Esta oposición de tesis contradictorias en lo relativo al criterio aplicable para atribuir responsabilidad internacional a un Estado por actos contrarios al D. I. H. cometidos por órganos *de facto*, opuestas, por una parte, por la C. I. J., y, por la otra, la Sala de Apelaciones del T. P. I. Y., ha sembrado la preocupación de quienes privilegian la unidad y consistencia del derecho internacional general y demuestra, una vez más, el límite formal de la jurisprudencia internacional en tanto que fuente del Derecho Internacional.

### C. CRIMEN INTERNACIONAL DE GENOCIDIO

La C. I. J., como pudo apreciarse en el primer capítulo de esta parte, tuvo algunas oportunidades en las cuales explayarse acerca de cuestiones

---

(159) *Prosecutor v. Dusko Tadic, Judgment, 15 July 1999, App. Ch. (Shahabuddeen, Cassese, Tieya, Nieto-Navia, Mumba), Case No: IT-94-1-A*, par. 124.

(160) *Prosecutor v. Dusko Tadic, Judgment, 15 July 1999, App. Ch. (Shahabuddeen, Cassese, Tieya, Nieto-Navia, Mumba), Case No: IT-94-1-A*, par. 131.

(161) *Prosecutor v. Dusko Tadic, Judgment, 15 July 1999, App. Ch. (Shahabuddeen, Cassese, Tieya, Nieto-Navia, Mumba), Case No: IT-94-1-A*, par. 141.

(162) Véanse *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgment, 3 March 2000, T. Ch. (Jorda, Rodrigues, Shahabuddeen), Case No: IT-95-14-T*, pars. 96 y ss.; *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Judgment, 24 March 2000, App. Ch. (May, Mumba, Hunt, Tieya, Robinson), Case No: IT-95-14-1-A*, pars. 137 y ss.; *Prosecutor v. Kordic et al., Judgment, 26 February 2001, T. Ch. (May, Bennouna, Robinson), Case No. IT-95-14-2-T*, par. 112.

atinentes a la Convención sobre Genocidio. En la primera de ellas, verificó que sus principios fundamentales de moral y de humanidad son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para todos los Estados incluso fuera de toda relación convencional. Asimismo, estableció el carácter universal de la condena al genocidio y la necesidad de la cooperación para erradicar el crimen.

En la primera sentencia por la que se condena un acusado por la comisión de actos de genocidio en el T. P. I. Y., la Sala de Primera Instancia reconoció, sirviéndose de la verificación efectuada por la C. I. J. al respecto, que la Convención sobre Genocidio persigue la salvaguardia de la existencia de grupos humanos enteros y confirma los más elementales principios de humanidad (163). En este caso, el General Krstic había sido acusado por genocidio, crímenes contra la humanidad y violaciones a las leyes y costumbres de la guerra, por su participación en el enclave musulmán de Srebrenica en los eventos que tuvieron lugar entre el 11 de julio de 1995 y el 1 de noviembre del mismo año (164).

El T. P. I. R. tuvo el privilegio de pronunciar la primera sentencia por actos de genocidio que fuera realizada por un tribunal de la O. N. U.. La oportunidad, el *Caso Akayesu*. Akayesu, alcalde de la comuna de Taba, fue acusado inicialmente por actos de genocidio, complicidad en genocidio, crímenes contra la humanidad e incitación pública y directa a cometer genocidio. La Sala de Primera Instancia sostuvo que la Convención sobre Genocidio forma parte del D. I. H. tal como lo verificó la C. I. J. en la *Opinión Consultiva sobre el Efecto de las Reservas a la Convención sobre Genocidio* y en el Informe del Secretario General de la O. N. U. al Consejo de Seguridad para el Establecimiento de un Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (165).

---

(163) *Prosecutor v. Radislav Krstic, Judgment, 2 August 2001, T. Ch. (Rodrigues, Riad, Wald), Case No.: IT-98-33-T, par. 552.*

(164) *Prosecutor v. Radislav Krstic, Judgment, 2 August 2001, T. Ch. (Rodrigues, Riad, Wald), Case No.: IT-98-33-T, par. 2.*

(165) Traducción del autor. Versión original: The Genocide Convention is undeniably considered part of customary international law, as can be seen in the opinion of the International Court of Justice on the provisions of the Genocide Convention, and as was recalled by the United Nations» Secretary-General in his Report on the establishment of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.» *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Judgment, 2 September 1998, T. Ch. I (Lama, Aspegren, Pillay), Case No.: ICTR-96-4-T, par. 494.* Véanse también *The Prosecutor v. Georges Anderson Rutaganda, Judgment, T. Ch. I (Lama, Aspegren, Pillay), Case No. ICTR-96-3-T, par. 46; The Prosecutor v. Ignace Baglishema, Judgment, 7 June 2001, T. Ch. I (Mose, de Zeysa Gunawardana, Güney), Case No. ICTR-95-1A-T, par. 54.*

Por cierto, parecería que la interpretación brindada por La Sala de Primera Instancia atribuye a la opinión consultiva de la C. I. J. un alcance mayor del que ésta última, según se ha explicado en la parte general, parece haberle dado al original: en palabras de ésta, los principios que subyacen dicha Convención forman parte del derecho internacional general, pero no la Convención misma. Sí es correcto, en cambio, que el Secretario General de la O. N. U. considera en el informe citado por la Sala de Primera Instancia a la Convención sobre Genocidio toda como parte del derecho internacional consuetudinario.

Otras Salas de Primera Instancia, también interpretaron que la C. I. J. en ocasión de emitir la *Opinión Consultiva acerca del Efecto de las Reservas a la Convención sobre Genocidio* verificó el carácter consuetudinario de este instrumento internacional. Por ejemplo, en el *Caso Jelisic*, al cual se lo acusaba de 32 cargos de genocidio, violaciones a las leyes y costumbres de la guerra y crímenes contra la humanidad, la Sala de Primera Instancia interviniente declaró lo siguiente:

«El Artículo 4 del Estatuto adopta palabra por palabra las disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada el 9 de diciembre de 1948 y en vigor desde el 12 de enero de 1951. Los conceptos de genocidio y de crímenes contra la humanidad surgieron como una reacción a los horrores cometidos por los nazis durante la segunda guerra mundial —el genocidio— resultando particularmente asociado con el holocausto. Subsecuentemente, la Convención se ha convertido en uno de los más ampliamente aceptados instrumentos internacionales de derechos humanos. No hay duda alguna de que sus disposiciones poseen naturaleza consuetudinaria, tal como, además, fuera señalado por la CIJ en 1951.»

Resulta interesante señalar que el T. P. I. Y. en esta decisión entendió que la C. I. J. incluso clasificó tal crimen al nivel de *ius cogens* en razón de su extrema gravedad (166).

---

(166) Traducción del autor. Versión original: «Article 4 of the Statute takes up word for word the provisions of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (hereinafter «the Convention»), adopted on 9 December 1948 and in force as of 12 January 1951. The concepts of genocide and crimes against humanity came about as a reaction to the horrors committed by the Nazis during the Second World War, genocide being more particularly associated with the holocaust. Subsequently, the Convention has become one of the most widely accepted international instruments relating to human rights.



En definitiva, independientemente de la controversia acerca de si la C. I. J. verificó como integrante del Derecho Internacional de carácter consuetudinario la totalidad de la Convención sobre Genocidio o tan sólo los principios fundamentales de moral y humanidad que en ella subyacen, lo importante para la hipótesis que se ha planteado en este trabajo es que el T. P. I. Y. se ha servido del derecho internacional general verificado por la C. I. J. en la opinión consultiva de referencia. Además, tal razonamiento se ve reforzado ante la circunstancia de que otro punto de importancia de estos pronunciamientos de ambas Salas de Primera Instancia del T. P. I. Y. radica en que también interpretaron que la C. I. J. verificó el carácter de *ius cogens* de la Convención sobre Genocidio. Ello, sin perjuicio de la controversia que pudiera plantear tal afirmación, ya que, como se ha visto precedentemente, la C. I. J. no ha utilizado nunca la expresión *ius cogens* en relación con el crimen de genocidio, sino más bien señalando sus efectos *erga omnes* (167).

Por último, habrá de recordarse que en opinión de la C. I. J., según lo afirmara en la *Opinión Consultiva acerca de la Legalidad del Empleo o Amenaza de Armas Nucleares*, declaró que el crimen de genocidio se compone de un elemento subjetivo que se caracteriza por la específica intención. Una Sala de Primera Instancia del T. P. I. Y., al considerar que la definición del crimen de genocidio requiere un particular estado de ánimo o intención específica con respecto a las consecuencias del acto, trajo a colación la verificación de tal extremo efectuada por la C. I. J. en el asunto citado (168).

---

There can be absolutely no doubt that its provisions fall under customary international law as, moreover, noted by the International Court of Justice as early as 1951. The Court went even further and placed the crime on the level of *jus cogens* because of its extreme gravity.» *The Prosecutor v. Goran Jelusic, Judgment, 14 December 1999, T. Ch. (Jorda, Riad, Rodrigues), Case No.: IT-95-10-7*, par. 60, notas a pie de páginas omitidas. Véase también *Prosecutor v. Radislav Krstic, Judgment, 2 August 2001, T. Ch. (Rodrigues, Riad, Wald), Case No.: IT-98-33-T*, nota a pie de página 1409.

(167) *Prosecutor v. Radislav Krstic, Judgment, 2 August 2001, T. Ch. (Rodrigues, Riad, Wald), Case No.: IT-98-33-T*, par. 541.

(168) *Prosecutor v. Radislav Krstic, Judgment, 2 August 2001, T. Ch. (Rodrigues, Riad, Wald), Case No.: IT-98-33-T*, par. 571.