

La Corte Internacional de Justicia y el Derecho Internacional Consuetudinario: Respuesta a Stefan Talmon

 ejiltalk.org/la-corte-internacional-de-justicia-y-derecho-internacional-consuetudinario-una-respuesta-a-stefan-talmon/

Por Omri Sender y Michael Wood

30 de noviembre de 2015

Hay mucho en lo que estar de acuerdo en el artículo del profesor Talmon, que aborda la metodología de la Corte Internacional de Justicia para la determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario, y concluye que "el principal método empleado por la Corte no es ni la inducción ni la deducción, sino más bien la afirmación". Pero hay algunos aspectos cuestionables, incluida su conclusión.

El enfoque de la Corte para la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario

El profesor Talmon lamenta la falta de debate, tanto por parte de la propia Corte como de los autores, de la metodología utilizada por la Corte para determinar la existencia, el contenido y el alcance de las normas de derecho internacional consuetudinario. Pero, por supuesto, la Corte ha declarado en su sentencia de 2012 sobre *las inmunidades jurisdiccionales del Estado* que para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario "debe aplicar los criterios que ha establecido repetidamente para identificar una norma de derecho internacional consuetudinario", como de hecho lo ha hecho. La Corte recuerda sus pronunciamientos en los casos de la *Plataforma Continental del Mar del Norte* y la *Plataforma Continental (Jamahiriya Árabe Libia/Malta)*, en los que "dejó claro" que "la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario requiere que exista 'una práctica establecida' junto con *la opinio juris*" (I.C.J. Reports 2012, p. 99, en p. 122, párr. 55). Bien podría haber citado también otras decisiones, entre ellas *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* y *Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares*. En ellos se vislumbra una metodología coherente (individualmente y aún más en conjunto), aunque no se hayan abordado plenamente todas las cuestiones relacionadas con ella. Una cosa es sugerir, como algunos lo han hecho, que la Corte no se adhiere sistemáticamente a esta metodología establecida; otra cosa es sostener, como hace el profesor Talmon, que el Tribunal de Justicia "casi nunca ha declarado" esa metodología.

Tampoco los escritores –como sugieren algunas de las notas a pie de página del profesor Talmon– no han dejado intacta la cuestión de la metodología del Tribunal. "Métodos para la identificación del derecho internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia: 2000-2009" de Álvarez-Jiménez (citado en el nº 24 de Talmon), "El



derecho internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia: una valoración crítica" de Geiger, "La insoportable levedad del derecho internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia" de Ferrer Lloret", "Die Gewohnheit als Völkerrechtsquelle in der Rechtssprechung des internationalen Gerichtshofes" (Schweiz. Jahrb. X, 1953, 61-88), el libro de Benvenisti "El derecho internacional consuetudinario como herramienta judicial para promover la eficiencia" y, más recientemente, "Meta-Custom and the Court: A Study in Judicial Law-Making" de Tams, por nombrar sólo algunos, todos ellos atestiguan que la metodología de la Corte ha atraído mucho más que "poco interés".

La labor de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre el tema Identificación del derecho internacional consuetudinario demuestra, además, que se puede deducir mucho (más sobre esta palabra bastante inocente más adelante) de una lectura cuidadosa de las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia (y de la Corte Internacional de Justicia Internacional). Ciertas opiniones particulares y disidentes de los jueces, y varios de sus escritos extrajudiciales, también son valiosos a este respecto. Es una lástima que el artículo del profesor Talmon parezca haber sido finalizado en julio de 2014, por lo que es comprensible que no se tenga en cuenta el trabajo de la CIT en 2014 y 2015. En julio de 2015, el Comité de Redacción había aprobado provisionalmente un conjunto de 16 proyectos de conclusiones, basándose en gran medida en la jurisprudencia de la Corte Internacional.

Induction v. deduction

El profesor Talmon proporciona sus propias definiciones de los métodos "inductivos" y "deductivos", pero luego se queja del "uso inconsistente y no técnico de la inducción y la deducción" por parte de la Corte. De hecho, no está del todo claro que el Tribunal de Justicia aplique alguna vez un método verdaderamente "deductivo" a la determinación del derecho internacional consuetudinario. En cualquier caso, el propio Tribunal de Justicia no utiliza términos abstractos, como «inducción» y «deducción», para describir lo que hace. No se dedica a la especulación teórica; Ninguna cantidad de análisis forzado de varias formulaciones ocasionales o la dependencia de unas pocas referencias fugaces puede cambiar eso.

No se concede ninguna importancia al uso ocasional por parte del Tribunal de Justicia de la palabra «deduce», que en un lenguaje llano significa simplemente «llegar a una conclusión». (Por lo tanto, es un poco injusto referirse, como lo hace el profesor Talmon, al "uso peculiar y poco técnico del término 'deducir' por parte de la Corte".) El párrafo 94 de *la sentencia Barcelona Traction* apenas hace referencia a un "método deductivo" para la determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario. Asimismo, el profesor Talmon se basa en gran medida en los términos «puede ser» que figuran en el apartado 111 de la sentencia de la Sala de lo Penal Internacional en el *asunto Gulf of Maine*. Sin embargo, este párrafo no sugiere que el Tribunal de Justicia adopte a veces un método

deductivo. Plantea un punto diferente (aunque no del todo convincente), al distinguir las "normas fundamentales" de las normas del derecho internacional consuetudinario. El texto francés de la sentencia (el texto autorizado, sea cual fuere su signo) no tiene ningún equivalente de las palabras «puede ser»; se refiere simplemente a "*une série de règles coutumières dont la présence dans l'opinio juris des États se prouve par voie d'induction en partant de l'analyse d'une pratique suffisamment étoffée et convaincante, et non pas par voie de déduction en partant d'idées préconstituées à priori*". Es decir, inducción 'sí', deducción 'no'.

Además, el análisis del profesor Talmon no distingue entre los casos en los que la Corte se ha referido explícitamente a las normas del derecho internacional consuetudinario y los casos en los que bien puede haber recurrido a otras fuentes de derecho (de hecho, la propia Corte no siempre deja clara esa distinción). El recurso incondicional a las referencias de la Corte a normas y principios de derecho internacional general que no se aplicaron claramente como costumbre no ayuda a la tesis de que la Corte determina las normas de derecho internacional consuetudinario mediante un razonamiento deductivo a fin de evitar un *non liquet*.

Aserción

A diferencia de la inducción y la deducción, es evidente que la aserción *no* es una metodología para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario. Es, esencialmente, una forma de redactar una sentencia, una forma de exponer una conclusión familiar para los juristas que trabajan en determinados sistemas nacionales.

Como para responder al Profesor Talmon, el Magistrado Tomka ha explicado en un importante discurso pronunciado cuando era Presidente de la Corte Internacional que:

"... Los autores tienen razón al llamar la atención sobre el uso frecuente de enunciados generales de reglas en la práctica moderna de la Corte, aunque llevan el punto demasiado lejos al insistir en teorizar este desarrollo. De hecho, la Corte nunca ha abandonado su punto de vista, firmemente arraigado en la redacción del Estatuto, de que el derecho internacional consuetudinario es "una práctica general aceptada como derecho", es decir, en palabras de un caso reciente, que "la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario requiere que exista una 'práctica establecida' junto con la *opinio juris*". Sin embargo, en la práctica, la Corte nunca ha considerado necesario llevar a cabo una investigación de este tipo para cada norma que se alega que es consuetudinaria en un caso particular y, en cambio, ha hecho uso de las mejores y más convenientes pruebas disponibles para determinar si existe una norma consuetudinaria de este tipo. A veces esto implica un examen directo de los elementos materiales de la costumbre por sí solos, mientras que más a menudo bastará con examinar las opiniones ponderadas expresadas por los Estados y órganos como la Comisión de Derecho Internacional en cuanto a si existe una norma de derecho consuetudinario y cuál es su contenido, o al menos utilizar normas que estén claramente formuladas en una expresión escrita como punto focal para enmarcar y orientar una indagación de los elementos materiales de la costumbre".

Este enfoque "pragmático" ha sido criticado severamente recientemente, por falta de rigor, por el profesor Sienho Yee, Relator Especial de un Grupo Informal de Expertos de la AALCO, quien ha propuesto que se añada el siguiente "mandato" al final del actual proyecto de conclusión 2 [3] de la CDI: "En la identificación del derecho internacional consuetudinario, se aplicará un enfoque riguroso y sistemático". Con todo respeto, la crítica es injustificada. Un «enfoque riguroso y sistemático» no excluye el enfoque «pragmático» en los casos apropiados, por ejemplo, cuando el texto escrito en el que se basa el Tribunal de Justicia es en sí mismo el resultado de un examen riguroso y sistemático de la práctica y de la aceptación como ley, y como tal ha encontrado la aceptación general de los Estados.

Algunas declaraciones audaces

Más allá de esto, hay algunas afirmaciones audaces en el artículo que pueden levantar una ceja o dos, cada una de las cuales podría ser objeto de una publicación por derecho propio. Entre ellas se encuentran las siguientes:

- "El hecho de que determinar la ley también signifique siempre desarrollar y, en última instancia, crear la ley".
- "Hay ciertas situaciones en las que el método inductivo es imposible de usar. Se pueden identificar cuatro situaciones de este tipo... Si la inducción fuera el único método para determinar las normas del derecho internacional consuetudinario, el tribunal tendría que pronunciarse no *liquet* siempre que el método inductivo fuera prácticamente imposible de aplicar (y las normas de los tratados o los principios generales fueran inaplicables)".

- "Una regla lógica requiere un conjunto más pequeño de práctica estatal y *opinio juris*".
- "El método inductivo es, sin embargo, tan subjetivo, impredecible y propenso a la creación de leyes por parte de la Corte como el método deductivo".
- "No hay mayor peligro de creación de leyes en la deducción que en la inducción".
- "La puerta de entrada para la legislación judicial no es ni la inducción ni la deducción, sino más bien el uso por parte de la CIJ de la afirmación como método para determinar las normas del derecho internacional consuetudinario".