



Asamblea General

Distr. general
9 de febrero de 2016
Español
Original: inglés

Comisión de Derecho Internacional

68º período de sesiones

Ginebra, 2 de mayo a 10 de junio y
4 de julio a 12 de agosto de 2016

Identificación del derecho internacional consuetudinario

La función de las decisiones de los tribunales nacionales en la jurisprudencia de los tribunales y cortes internacionales de carácter universal a los fines de la determinación del derecho internacional consuetudinario

Memorando de la Secretaría

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción.....	2
II. Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia	5
III. Corte Permanente de Justicia Internacional	8
IV. Corte Internacional de Justicia	10
V. Tribunal Internacional del Derecho del Mar	20
VI. Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio	21
VII. Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia.....	22
VIII. Tribunal Penal Internacional para Rwanda	31
IX. Corte Penal Internacional	34
X. Observaciones generales.....	35



I. Introducción

1. En su 63º período de sesiones, celebrado en 2011, la Comisión de Derecho Internacional decidió incluir el tema titulado “Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario” en su programa de trabajo a largo plazo¹, y en su 64º período de sesiones, celebrado en 2012, la Comisión incluyó el tema en su programa de trabajo actual². En su 65ª período de sesiones, celebrado en 2013, la Comisión decidió cambiar el título del tema a “Identificación del derecho internacional consuetudinario”³. En el 67º período de sesiones de la Comisión, celebrado en 2015, el Presidente del Comité de Redacción presentó el informe del Comité de Redacción sobre “Identificación del derecho internacional consuetudinario”, que contenía los proyectos de conclusión 1 a 16 [15], aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en los períodos de sesiones 66º y 67º de la Comisión⁴. La Comisión tomó nota de esos proyectos de conclusión⁵.

2. En su 67º período de sesiones, celebrado en 2015, la Comisión solicitó asimismo que la Secretaría preparase un memorando sobre la función de las decisiones de los tribunales nacionales en la jurisprudencia de los tribunales y cortes internacionales de carácter universal a los fines de la determinación del derecho internacional consuetudinario⁶. El presente memorando se ha preparado en respuesta a esa solicitud.

3. El ámbito del memorando se limita a la jurisprudencia de los “tribunales y cortes internacionales de carácter universal”. No se ha de entender que el término “carácter universal” alude a la composición universal de los instrumentos constitutivos de los órganos judiciales examinados, sino al hecho de que estén abiertos a la composición universal y de que, por lo tanto, el órgano judicial en cuestión podría ejercer su competencia *ratione materiae* en el plano mundial⁷. En el presente memorando se ha considerado a la Corte Penal Internacional con arreglo a ese criterio. Por el contrario, no se ha considerado a los tribunales y cortes regionales. Del mismo modo, tampoco se ha incluido a los tribunales penales híbridos establecidos en virtud de negociaciones entre las Naciones Unidas y un solo Estado afectado. El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y el Tribunal Internacional para Rwanda se han incluido en vista de su establecimiento como órganos subsidiarios en virtud de decisiones del Consejo de Seguridad de las

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones*, Suplemento núm. 10 (A/66/10), párrs. 365 a 367. En su resolución 66/98, de 9 de diciembre de 2012, la Asamblea General tomó nota de la inclusión del tema en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión.

² *Ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/67/10), párr. 268.

³ *Ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10), párr. 65.

⁴ Documento A/CN.4/L.869. La declaración del Presidente del Comité de Redacción puede consultarse en el sitio web de la Comisión en <http://legal.un.org/ilc>.

⁵ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones*, Suplemento núm. 10 (A/70/10), párr. 60.

⁶ *Ibid.*, párr. 61.

⁷ En el comentario al artículo 1 del Proyecto de Artículos sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales, la Comisión de Derecho Internacional indicó que “[l]a cuestión del carácter universal de una organización internacional dependerá no sólo del carácter que tenga de hecho su composición sino también del alcance potencial de su composición y de sus atribuciones”. *Anuario ...*, 1971, vol. II (primera parte), pág. 308.

Naciones Unidas, decisiones que, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas, todos los Estados Miembros han convenido en aceptar y cumplir. Con arreglo a ese criterio, se los considera “universales” a los fines del presente memorando, independientemente de su competencia *ratione temporis*, *ratione loci* y *ratione personae*. Además, en el presente memorando no se ha procedido a un análisis sistemático de los laudos arbitrales en virtud del carácter especial de los tribunales arbitrales. Por igual razón, en el presente análisis no se han considerado ni los informes dimanados de los grupos especiales ni las decisiones de los árbitros conforme al Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

4. El término “tribunales nacionales” en el presente memorando se emplea como sinónimo de “tribunales o cortes internos” a fin de comprender todos los órganos judiciales que ejercen sus funciones dentro del ordenamiento jurídico interno independientemente de su posición en el sistema jurídico. En el presente memorando se examina exclusivamente la función de las decisiones de los tribunales nacionales a los fines de la identificación de las normas del derecho internacional consuetudinario. Los tribunales y cortes internacionales pueden hacer referencia a esas decisiones judiciales en otros contextos, o con otros fines, que escapan al ámbito del presente memorando. Como señaló la Corte Permanente de Justicia Internacional, “Desde el punto de vista del derecho internacional, y en la opinión de la Corte que es su órgano, las normas jurídicas nacionales son meros hechos que expresan la voluntad de los Estados y que constituyen su actividad, como ocurre con las decisiones o medidas administrativas”⁸. Por lo tanto, una decisión judicial interna se puede considerar con miras a esclarecer los hechos en que se sustenta la controversia dirimida⁹, o en verdad, como uno de los presuntos hechos internacionalmente ilícitos que constituyen el objeto de la controversia¹⁰. Las decisiones adoptadas por los tribunales nacionales también podrían ser objeto de litigio en un contexto de procedimiento, como las decisiones sobre la admisibilidad de las reclamaciones basadas en el ejercicio de la protección diplomática, que requiere el agotamiento de los recursos internos¹¹. Además, las

⁸ *Certain German interests in Polish Upper Silesia*, fallo, 1926, *P.C.I.J. Serie A*, núm. 7, pág. 19.

⁹ Véanse, por ejemplo, *Interhandel Case (Switzerland v. United States of America)*, objeciones preliminares, fallo, *I.C.J. Reports 1959*, págs. 6 y ss., en especial pág. 27; *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, fallo, *I.C.J. Reports 1989*, pág. 15; *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1999*, pág. 62; *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1999*, págs. 1045 y ss., en especial pág. 1066, párr. 33; *LaGrand (Germany v. United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 2001*, pág. 466; *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 2004*, pág. 12 y ss., en especial pág. 61, párr. 127; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Corte Internacional de Justicia, fallo de 3 de febrero de 2015, párrs. 238, 333 y 343; se puede consultar en <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf>.

¹⁰ Véanse, por ejemplo, *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France)*, medida provisional, providencia, *I.C.J. Reports 2003*, pág. 102; *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 99 y ss., en especial págs. 113 a 116, párrs. 27 a 36, y en págs. 145 y 146, párr. 109.

¹¹ Véase el artículo 14 del proyecto de artículos sobre la protección diplomática. *Anuario ... 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 49. Véase también, en fecha más reciente, *Ahmadou Sadio Diallo*

decisiones judiciales internas pueden ser pertinentes como práctica de los Estados en la aplicación de un tratado en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b), de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados¹², o podrían aducirse como prueba de la forma en que un Estado interpreta sus propias obligaciones dimanadas de tratados¹³. Una decisión judicial nacional también podría ser pertinente a los fines de la identificación de los principios generales del derecho¹⁴. Por último, se puede hacer referencia a las decisiones de los tribunales nacionales a fin de ilustrar los principios establecidos de derecho o de procedimiento, sin ninguna implicación directa en cuanto a su valor en derecho internacional¹⁵.

5. En este memorando solo se examinan las referencias explícitas a las decisiones de los tribunales nacionales en las decisiones de los tribunales y cortes internacionales que aplican o se remiten al derecho internacional consuetudinario. En el curso de sus deliberaciones, los tribunales y cortes internacionales bien pueden examinar las decisiones de tribunales nacionales y luego desestimarlas o hacerse eco de su razonamiento, sin hacer ninguna remisión a ellas en el texto definitivo del fallo. Este uso de las decisiones judiciales internas, sin embargo, es intrínsecamente incuantificable. Además, incluso cuando son explícitas, esas referencias, así como su finalidad, deben evaluarse con prudencia, teniendo en cuenta el contexto de la decisión y su razonamiento. Por consiguiente, es necesario examinarlas junto con las pruebas mencionadas por otros tribunales y cortes internacionales en la misma ocasión, tales como la legislación, las disposiciones de los tratados o los trabajos de los tratadistas del derecho.

6. En el presente memorando se examinan, en primer lugar, los trabajos preparatorios del Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (secc. II *infra*); A continuación, se procede al análisis de las decisiones de la Corte Permanente de Justicia Internacional (secc. III *infra*); la Corte Internacional de Justicia (secc. IV *infra*); el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (secc. V *infra*); el Órgano de Apelación establecido en virtud del artículo 17 del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (Órgano de Apelación de la OMC) (secc. VI *infra*); el Tribunal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de las Violaciones Graves del

(*Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo*), objeciones preliminares, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, pág. 582.

¹² Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, núm. 18232, pág. 331. Véase también el comentario al proyecto de conclusión 6 aprobado provisionalmente por la Comisión en relación con el tema “Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados” (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, Sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, párr. 76).

¹³ *Prosecutor v. Radislav Krstić*, fallo, causa núm. IT-98-33-A, A.Ch., 19 de abril de 2004, párr. 141; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, pág. 136 y ss., en especial págs. 176 y 177, párr. 100.

¹⁴ Véase, por ejemplo, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, fallo, *Reports 2003*, págs. 161 y ss., en especial págs. 354 a 358 (opinión separada del Magistrado Simma).

¹⁵ Véase también *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, fallo (fondo), *I.C.J. Reports 1986*, págs. 14 y ss., en especial pág. 171 (opinión separada del Magistrado Lachs); *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*, fallo, *I.C.J. Reports 1993*, pág. 38 y ss., en especial págs. 205 (opinión separada del Magistrado Shahabuddeen) y 220 (opinión separada del Magistrado Weeramantry).

Derecho Internacional Humanitario Cometidas en el Territorio de la ex-Yugoslavia desde 1991 (Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia) (secc. VII *infra*); el Tribunal Penal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de Genocidio y Otras Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario Cometidas en el Territorio de Rwanda y de los Ciudadanos Rwandeses Presuntamente Responsables de Genocidio y Otras Violaciones de Esa Naturaleza Cometidas en el Territorio de Estados Vecinos entre el 1 de Enero y el 31 de Diciembre de 1994 (Tribunal Internacional para Rwanda) (secc. VIII *infra*); y la Corte Penal Internacional (secc. IX *infra*). En cada una de esas secciones, las constataciones más pertinentes se examinan en la forma de observaciones con notas explicativas adjuntas. Algunas observaciones generales derivadas de todo el análisis se consignan en la última sección (secc. X *infra*).

II. Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

7. En la presente sección se ofrece un panorama general de la función de las decisiones de los tribunales nacionales en la determinación del derecho internacional consuetudinario, tal como se prevé en el Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Esta norma, que ha llegado a considerarse una enumeración autoritativa de las fuentes del derecho internacional, reza como sigue:

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

- a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

Observación 1

Las decisiones de los tribunales nacionales pueden constituir formas de prueba de la práctica de los Estados o la aceptación como derecho (*opinio juris*) con el fin de determinar la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario con arreglo al Artículo 38, párrafo 1 b), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

8. Los tribunales nacionales son órganos de los Estados y, por consiguiente, sus decisiones son pertinentes para la determinación de una práctica general aceptada como derecho (*opinio juris*). Desde el punto de vista del derecho internacional, todos los tribunales y cortes nacionales son órganos del Estado, razón por la cual

toda decisión judicial puede ser, en principio, pertinente a los efectos de la identificación de las normas consuetudinarias. Es común que los tribunales y cortes internacionales se refieran en general a las decisiones de los tribunales nacionales. Por ejemplo, en el asunto *Nottebohm*, la Corte Internacional de Justicia se refirió a la práctica de “los tribunales de terceros Estados ... ante una situación similar” cuando identificaba las normas de derecho internacional consuetudinario aplicables a la oponibilidad a terceros Estados de la adquisición de la nacionalidad por naturalización en el contexto de la protección diplomática¹⁶. Además, en la causa *Inmunidades jurisdiccionales*, la Corte Internacional de Justicia se refirió a las decisiones de los tribunales nacionales en su evaluación tanto de la práctica de los Estados como de la aceptación como derecho (*opinio juris*)¹⁷. Del mismo modo, en la causa *Tadić*, la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia hizo una referencia general a la “jurisprudencia nacional” como prueba de la formación del derecho internacional consuetudinario¹⁸.

Observación 2

De conformidad con el Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las decisiones judiciales constituyen el medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho internacional consuetudinario.

Observación 3

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no contiene ninguna definición del término “decisiones judiciales” ni aclara tampoco si el término abarca decisiones de tribunales y cortes tanto nacionales como internacionales.

9. De conformidad con el Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las “decisiones judiciales” constituyen un “medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”. Las reglas en cuestión son las que se derivan de las fuentes enumeradas en los párrafos a) a c), incluida la costumbre internacional.

10. Salvo por la adición de la frase “cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas”, el texto del Artículo 38 del Estatuto es idéntico a la disposición correspondiente del Estatuto de su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional. El proyecto de plan del Estatuto fue elaborado por una Comisión Consultiva de Juristas nombrada en 1920 por el Consejo de la Sociedad de las Naciones para presentar un informe sobre el establecimiento de la futura Corte Permanente de Justicia Internacional. Si bien, en la primera fase de las deliberaciones, algunos proyectos de propuestas solo mencionaban explícitamente las decisiones internacionales, en el texto final no se preservó esa limitación expresa, por motivos que se desconocen.

¹⁶ *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*, segunda fase, fallo, *I.C.J. Reports 1955*, pág. 4 y ss., en especial pág. 22 (véanse, en general, las págs. 21 a 23).

¹⁷ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 99 y ss., en especial pág. 123, párr. 55 (mención de la práctica de los Estados), y pág. 135, párr. 77 (mención de la *opinio juris*).

¹⁸ *Prosecutor v. Duško Tadić*, fallo, causa núm. IT-94-1-A, A.Ch., 15 de julio de 1999, párr. 292.

11. Por cierto, varias propuestas formuladas por los miembros de la Comisión Consultiva de Juristas de 1920 se limitaban explícitamente a las decisiones judiciales internacionales o a las decisiones de la futura Corte misma, y la propuesta inicial formulada por el Barón Edouard Descamps, Presidente de la Comisión Consultiva de Juristas, hablaba explícitamente de la “jurisprudencia internacional como medio para la aplicación y el desarrollo del derecho”¹⁹. El Barón Descamps también hizo referencia a la jurisprudencia internacional en su declaración sobre las normas de derecho que aplicaría la Corte²⁰. En el debate que siguió, varios miembros de la Comisión expresaron reservas en cuanto a la inclusión de las decisiones judiciales y la doctrina en el Artículo 38²¹. En lo que respecta a las deliberaciones subsiguientes, el acta literal indica que “seguidamente hubo un debate entre el Sr. de Lapradelle, el Presidente y Lord Phillimore, de resultas del cual el punto 4 se redactó de la siguiente manera: “La autoridad de las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones”²².

12. Las deliberaciones ulteriores en el seno del Consejo de la Sociedad de las Naciones no aportan mucho a modo de aclaración. En una declaración formulada por el subcomité pertinente nombrado por la Tercera Comisión de la Primera Asamblea de la Sociedad de las Naciones, en respuesta a una propuesta de la Argentina, se observó que la mención de las decisiones judiciales en el Artículo 38 tenía por finalidad facilitar la contribución de la Corte, por medio de su jurisprudencia, al desarrollo del derecho internacional²³. Sin embargo, no existe una constancia de deliberaciones sobre la función de los tribunales nacionales.

13. Cabe señalar que, entre el fin del siglo XIX y la aprobación del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en 1945, en ocasiones los tribunales arbitrales se refirieron a las decisiones adoptadas por los tribunales nacionales como medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario²⁴.

¹⁹ Corte Permanente de Justicia Internacional, Comisión Consultiva de Juristas, *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee: June 16th-July 14th, 1920, with Annexes* (La Haya, Van Langernhuysen Frères, 1920), anexo 3, pág. 306.

²⁰ *Ibid.*, pág. 322 (“No facultar al juez a recurrir a la jurisprudencia internacional como medio para la determinación del derecho de las naciones significa, a mi juicio, privarlo de uno de sus recursos más valiosos.”).

²¹ Véanse, por ejemplo, la pág. 334 (donde el Sr. Ricci-Busatti afirma que era “inadmisibile poner [a la jurisprudencia y la doctrina] en pie de igualdad con las normas del derecho positivo”), y el anexo 4, pág. 351 (que contiene un proyecto de enmienda que añade las palabras “medio auxiliar” al artículo, a saber: “La Corte tendrá en cuenta las decisiones judiciales dictadas en causas análogas y las opiniones de los publicistas de mayor competencia de los distintos países, como medio para la aplicación y el desarrollo del derecho.”).

²² *Ibid.*, pág. 337.

²³ Sociedad de las Naciones, “Documents concerning the action taken by the Council of the League of Nations under Article 14 of the Covenant and the adoption by the Assembly of the Statute of the Permanent Court”, 1921, pág. 211; se puede consultar en http://www.icj-cij.org/pcij/serie_D/D_documents_conseil_de_la_societe_des_nations.pdf.

²⁴ Entre los ejemplos de la utilización de las decisiones de los tribunales nacionales como medio auxiliar para la determinación del derecho internacional consuetudinario por los tribunales arbitrales cabe mencionar los siguientes: *Disagreements between the United States and the United Kingdom, relating to the Treaty extending the right of fishing, signed at Washington, 5 June 1854*, UNRIAA vol. XXVIII, págs. 73 a 106, en especial págs. 87 y 88; *Aroa Mines case, British-Venezuelan Commission*, UNRIAA vol. IX, págs. 402 a 445, en especial págs. 413 y

14. Cuando se aprobó el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, se expresó la opinión en la Comisión de Juristas de las Naciones Unidas encargada de la preparación del proyecto de Estatuto de que “sería difícil hacer un proyecto mejor en el plazo de que dispone la Comisión”, y, dado que “la Corte había funcionado muy bien con arreglo al Artículo 38”, “no se debería dedicar tiempo a elaborar una nueva redacción”²⁵. El artículo fue objeto de un debate muy limitado salvo por la adición, a propuesta de Chile, de las palabras “cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas”²⁶.

III. Corte Permanente de Justicia Internacional

Observación 4

En la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional son equívocas las referencias a las decisiones de los tribunales nacionales a fin de determinar el derecho internacional consuetudinario.

15. Las referencias a las decisiones de tribunales nacionales en la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional se limitan a las primeras causas contenciosas ante la Corte (*Serie A*). Ni en la *Serie B* ni en la *Serie A/B* figuran referencias de esa índole. Dado que la Corte se ocupó principalmente del derecho de los tratados, el recurso al derecho internacional consuetudinario raramente se consideró necesario. Esta circunstancia se debería tener presente a la hora de

436; *Kummerow, Otto Redler and Co., Fulda, Fischbach, and Friedericy cases, Mixed Claims Commission Germany-Venezuela*, UNRIAA vol. X, págs. 369 a 402, en especial pág. 397; *American Electric and Manufacturing Company Case (damages to property), Mixed Claims Commission United States-Venezuela*, UNRIAA vol. IX, págs. 145 a 147, en especial pág. 146; *Jarvis case, Mixed Claims Commission United States-Venezuela*, UNRIAA vol. IX, págs. 208 a 213, en especial págs. 212 y 213; *E. R. Kelley (U.S.A.) v. United Mexican States, General Claims Commission (United Mexican States v. United States of America)*, UNRIAA vol. IV, págs. 608 a 615, en especial págs. 612 y 613; *The Diverted Cargoes Case (Greece/United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, UNRIAA vol. XII, págs. 53 a 81, en especial pág. 79. Un ejemplo particularmente notable es el asunto *Trail Smelter* entre los Estados Unidos de América y el Canadá; en el cual el tribunal arbitral tuvo ante sí una cuestión relativamente sin precedente en derecho internacional, y examinó explícitamente la pertinencia de las decisiones judiciales internas de los estados federales como medio auxiliar potencialmente útil para la identificación del derecho internacional consuetudinario en ausencia de decisiones internacionales en la materia (*Trail Smelter case (United States/Canada)*, UNRIAA vol. III, págs. 1905 a 1982, en especial págs. 1963 y 1964).

²⁵ Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Organización Internacional, “Summary of Seventh Meeting of the United Nations Committee of Jurists”, doc. G/30, 13 de abril de 1945, en *Documents of the United Nations Conference on International Organization*, vol. XIV, pág. 162, en especial págs. 170 y 171.

²⁶ Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Organización Internacional, “Summary Report of Nineteenth Meeting of Committee IV/1”, doc. 799, IV/1/63, 5 de junio de 1945, en *Documents of the United Nations Conference on International Organization*, vol. 13, págs. 279 y ss., en especial pág. 285. Además, Colombia solicitó que se anexara una declaración a las actas de la reunión para dejar constancia de su entendimiento de que las fuentes del derecho a que se hacía referencia en el Artículo 38 se deberían consultar “en orden consecutivo”. *Ibid.*, pág. 287. Véase también Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Organización Internacional, “Summary Report of Fifth Meeting of Committee IV/1”, doc. 193, IV/1/12, 10 de mayo de 1945, en *Documents of the United Nations Conference on International Organization*, vol. 13, págs. 162 y ss., en especial pág. 164.

interpretar los elementos que se exponen en esta sección, pues la ausencia de referencias bien puede decir más sobre la infrecuencia con que la Corte recurrió al derecho internacional consuetudinario que sobre la función de las decisiones de los tribunales nacionales en el proceso de su identificación.

16. La causa en la que las decisiones de los tribunales nacionales figuran de manera más prominente es la del buque *Lotus*²⁷. Uno de los argumentos de una de las partes fue que se había desarrollado una norma consuetudinaria a tenor de la cual los procedimientos penales en casos de colisión caían exclusivamente dentro de la competencia del Estado del pabellón del buque²⁸. Al evaluar esa pretensión, la Corte Permanente de Justicia Internacional se refirió a varias decisiones de tribunales nacionales invocadas por las partes, pero en definitiva las desestimó debido a su falta de coherencia. No se echa de ver con claridad si las decisiones mencionadas se consideraron medios auxiliares, además de las formas de prueba de la práctica de los Estados y la *opinio juris* en la identificación de la costumbre. Cabe señalar que la Corte utilizó el lenguaje del enfoque basado en dos elementos porque consideró la “conducta” de los Estados interesados y si “su concepción del derecho” era “generalmente aceptada”²⁹. Ello no obstante, la referencia de la Corte a las decisiones judiciales internacionales concurrentemente con las de los tribunales nacionales puede sugerir que también consideró esas causas como medio auxiliar³⁰. Así pues, quedó pendiente la cuestión relativa a saber si las decisiones judiciales internas pueden constituir un medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho internacional, además de formas de prueba de los elementos de las normas consuetudinarias. La Corte adoptó un enfoque prudente sobre la cuestión, pues se limitó a concluir que “habida cuenta de que la jurisprudencia nacional está, pues, dividida, difícilmente es posible considerarla como una indicación de la existencia de la norma restrictiva de derecho internacional”³¹. La Corte se pronunció de ese modo “sin detenerse a considerar el valor que se debería atribuir a los fallos de los tribunales nacionales en relación con la determinación de la existencia de una norma de derecho internacional”³².

17. Las decisiones de los tribunales nacionales se mencionaron con más frecuencia en las opiniones separadas y disidentes de magistrados de la Corte Permanente de Justicia Internacional, como formas de prueba de la práctica de los Estados o como *opinio juris*, y también como medio auxiliar. Por ejemplo, la opinión disidente del Magistrado Altamira en la causa *Lotus* se remitió a decisiones judiciales nacionales como práctica de los Estados³³. Otros magistrados se refirieron a las decisiones nacionales como medio auxiliar para la determinación de la costumbre, verbigracia, los Magistrados Weiss y Finlay en la causa *Lotus*³⁴ y el Magistrado Moore en las

²⁷ *Case of the S.S. “Lotus” (France v. Turkey)*, fallo núm. 9, de 7 de septiembre de 1927, P.C.I.J. Series A núm. 10. P.C.I.J. Reports 1928, Series A, núm. 10, págs. 18 y 19.

²⁸ *Ibid.*, págs. 28 a 30.

²⁹ *Ibid.*, pág. 29.

³⁰ *Ibid.*, pág. 28 (“Por lo que sabe la Corte, no hay decisiones de tribunales internacionales en esta materia; sin embargo, se han citado algunas decisiones de tribunales nacionales ...”).

³¹ *Ibid.*, pág. 29.

³² *Ibid.*, pág. 28.

³³ *Ibid.*, opinión disidente del Magistrado Altamira, págs. 96 a 99.

³⁴ *Ibid.*, pág. 47, y la opinión disidente de Lord Finlay en págs. 53 a 55 y en pág. 57 (obsérvense, en particular, las págs. 53 y 54: “A mí en principio la causa me parece clara, pero hay también precedentes que apuntan hacia la misma conclusión. En la causa *Franconia* (R. v. Keyn, 1877, 2 Ex Div. 63), se adujo en nombre de la Corona que los tribunales ingleses eran competentes para

causas *Lotus* y *Concesiones Mavrommatis en Palestina*³⁵. Estos ejemplos hacen pensar que la Corte tal vez haya tenido en cuenta esas decisiones nacionales en sus deliberaciones.

IV. Corte Internacional de Justicia

18. Del total de 667 providencias, fallos y opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia, entre el 31 de julio de 1947 y el 31 de diciembre de 2015 inclusive, en 64 se examinó o aplicó explícitamente el derecho internacional consuetudinario³⁶. De ese historial se desprende que la Corte ha examinado y

entender en una acusación de homicidio por la mismísima razón que ahora estamos considerando ... La decisión, claro está, se fundó en la opinión de que el tribunal inglés había tenido en cuenta el derecho internacional sobre el punto, pero era el derecho internacional lo que había que aplicar. La decisión no es vinculante para esta Corte, pero se la debe considerar de gran peso y no se la puede desestimar a la ligera diciendo que se refiere meramente a una cuestión de derecho interno inglés.”)

³⁵ *Ibid.*, opinión disidente del Magistrado Moore, págs. 68 a 69 71 a 83 y 85 a 89 (obsérvese, en particular, el siguiente texto en la pág. 74: “... los tribunales internacionales, ya sean permanentes o temporarios, que han de entender en causas entre Estados independientes, no han de considerar que los fallos de los tribunales de un Estado sobre cuestiones de derecho internacional son vinculantes para otros Estados, pero, si bien han de atribuir a esos fallos la ponderación debida a las expresiones judiciales de la opinión adoptada en un país determinado, han de seguirlos como precedente únicamente en la medida en que pueda considerarse que están en armonía con el derecho internacional, el derecho común a todos los países.”); *Mavrommatis Palestine Concessions*, fallo, 1924, *P.C.I.J. Series A, núm. 2*, 1924, opinión disidente del Magistrado Moore, pág. 57.

³⁶ *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, fallo, *I.C.J. Reports*, 1949, pág. 4 y ss., en especial págs. 22 y 28; *Colombian-Peruvian Asylum case (Colombia/Peru)*, fallo, *I.C.J. Reports*, 1950, pág. 266 y ss., en especial págs. 274 y 276 a 278; *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports* 1951, pág. 15 y ss., en especial págs. 23 y 24; *Fisheries Case (United Kingdom v. Norway)*, fallo, *I.C.J. Reports* 1951, págs. 116 y ss., en especial págs. 131 y 139; *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*, *objeción preliminar*, fallo, *I.C.J. Reports* 1953, págs. 111 y ss., en especial págs. 119 y 120; *Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy v. France, United Kingdom and United States)*, *cuestión preliminar*, fallo, *I.C.J. Reports* 1954, págs. 19 y ss., en especial pág. 32; *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*, *segunda fase*, fallo, *I.C.J. Reports* 1955, págs. 4 y ss., en especial págs. 21 y 22; *Interhandel Case (Switzerland v. United States of America)*, *objeción preliminar*, fallo, *I.C.J. Reports* 1959, págs. 6, y ss. en especial pág. 27; *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India) (fondo)*, fallo, *I.C.J. Reports* 1960, págs. 6 y ss., en especial págs. 39 y 43 y 44; *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, fallo, *I.C.J. Reports* 1969, págs. 3 y ss., en especial págs. 28 a 46, párrs. 37 a 82; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium v. Spain)*, *segunda fase*, fallo, *I.C.J. Reports* 1970, págs. 3 y ss., en especial pág. 46, párrs. 87 y 88; *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council resolution 276 (1970)*, *opinión consultiva*, *I.C.J. Reports* 1971, pág. 16 y ss., en especial pág. 31, párrs. 52 y 53, págs. 46 y 47, párr. 94, y págs. 47 y 48, párrs. 96 y 97; *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland) (fondo)*, fallo, *I.C.J. Reports* 1974, págs. 175 y ss., en especial págs. 191 a 198, párrs. 41 a 60; *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland) (fondo)*, fallo, *I.C.J. Reports* 1974, págs. 3 y ss., en especial págs. 22 a 29, párrs. 49 a 68; *Western Sahara, opinión consultiva*, *I.C.J. Reports* 1975, págs. 12 y ss., en especial págs. 31 a 33, párrs. 54 a 65; *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, fallo, *I.C.J. Reports* 1980, págs. 3 y ss., en especial pág. 24, párr. 45, pág. 31, párr. 62, y pág. 40, párr. 86;

Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), fallo, *I.C.J. Reports 1982*, págs. 18 y ss., en especial págs. 45 a 49, párrs. 42 a 48; *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 1948*, págs. 246 y ss., en especial págs. 289 a 295, párrs. 79 a 96, y págs. 297 a 300, párrs. 106 a 114; *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, fallo, *I.C.J. Reports 1985*, págs. 13 y ss., en especial págs. 29 a 34, párrs. 26 a 34, págs. 38 a 40, párrs. 45 a 48, y págs. 55 y 56, párr. 77; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 14, en especial pág. 27, párr. 34, págs. 92 a 115, párrs. 172 a 220, pág. 126, párrs. 245 a 247, y pág. 133, párrs. 263 a 265; *Frontier Dispute (Burkina Faso/Mali)*, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 554 y ss., en especial págs. 564 a 568, párrs. 19 a 30; *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1988*, págs. 12 y ss., en especial págs. 34 y 35, párr. 57; *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, fallo, *I.C.J. Reports 1989*, págs. 15 y ss., en especial págs. 42 y 43, párrs. 50 y 51, y págs. 66 y 67, párr. 111; *Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal)*, fallo, *I.C.J. Reports 1991*, págs. 53 y ss., en especial págs. 68 a 70, párrs. 46 a 48; *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras, Nicaragua intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 1992*, págs. 351 y ss., en especial págs. 386 a 388, párrs. 41 a 46; *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*, fallo, *I.C.J. Reports 1993*, págs. 38 y ss., en especial págs. 58 y 59, párrs. 46 a 48, y págs. 62 y 63, párrs. 55 y 56; *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, fallo, *I.C.J. Reports 1994*, págs. 6 y ss., en especial págs. 21 y 22, párr. 41; *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Jurisdiction and Admissibility*, fallo, *I.C.J. Reports 1994*, págs. 112 y ss., en especial págs. 125 y 126, párr. 40; *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Jurisdiction and Admissibility*, fallo, *I.C.J. Reports 1995*, págs. 6 y ss., en especial pág. 18, párr. 33; *East Timor (Portugal v. Australia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1995*, págs. 90 y ss., en especial pág. 102, párr. 29; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, opinión consultiva*, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 226 y ss., en especial pág. 240, párr. 26, pág. 245, párrs. 41 y 42, pág. 247, párr. 52, y págs. 253 a 263, párrs. 64 a 97; *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, objeción preliminar, fallo, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 803 y ss., en especial pág. 812, párr. 23; *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1997*, págs. 7 y ss., en especial pág. 39, párr. 46, págs. 40 y 41, párr. 51, págs. 64 y 65, párr. 104, págs. 66 y 67, párrs. 109 y 110, págs. 71 y 72, párrs. 123, y pág. 81, párr. 152; *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, opinión consultiva*, *I.C.J. Reports 1999*, págs. 62 y ss., en especial págs. 87 y 88, párr. 62; *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1999*, págs. 1029 y ss., en especial pág. 1059, párr. 18; *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain) (fondo)*, fallo, *I.C.J. Reports 2001*, págs. 40 y ss., en especial pág. 91, párr. 167, pág. 94, párrs. 174 a 176, pág. 97, párr. 185, págs. 100 y 101, párr. 201, págs. 101 y 102, párr. 205, y pág. 111, párr. 229; *LaGrand (Germany v. United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 2001*, págs. 466 y ss., en especial págs. 501 y 502, párrs. 99 a 101; *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 3 y ss., en especial págs. 20 a 25, párrs. 51 a 59; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 303 y ss., pág. 429, párrs. 263 y 264; *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 625 y ss., en especial págs. 645 y 646, párr. 37; *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France)*, medida provisional, providencia, *I.C.J. Reports 2003*, págs. 102 y ss., en especial pág. 111, párr. 36; *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 2003*, págs. 161 y ss., en especial págs. 182 y 183, párrs. 41 a 43, págs. 186 y 187, párr. 51, págs. 196 y 197, párr. 74, y pág. 198, párr. 76; *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 12 y ss., en especial pág. 48, párr. 83, y pág. 59, párrs. 119 y 120; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, opinión consultiva*, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 136 y ss., en especial pág. 167, párr. 78, págs. 171 y 172, párrs. 86 a 89, pág. 174, párr. 94, pág. 182, párr. 117, págs. 194 y 195, párr. 140, págs. 197 y 198, párrs. 150 a

aplicado cada vez más el derecho internacional consuetudinario en el curso del tiempo. Esta circunstancia se debe contrastar con el examen relativamente infrecuente del derecho internacional consuetudinario por parte de su predecesora.

152, y pág. 199, párrs. 156 y 157; *Frontier Dispute (Benin/Niger)*, fallo, *I.C.J. Reports 2005*, págs. 90 y ss., págs. 108 a 110, párrs. 23 a 27, y pág. 120, párrs. 45 a 47; *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, fallo, *I.C.J. Reports 2005*, págs. 168 y ss., en especial págs. 226 y 227, párrs. 162 a 164, págs. 229 y 230, párr. 172, pág. 242, párrs. 213 y 214, pág. 243, párr. 217, pág. 244, párr. 219, pág. 251, párr. 244, pág. 256, párr. 257, pág. 257, párr. 259, y págs. 275 y 276, párrs. 329 y 333; *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *Jurisdiction and Admissibility*, fallo, *I.C.J. Reports 2006*, págs. 6 y ss., en especial pág. 27, párr. 46, págs. 31 a 33, párrs. 64 a 70, pág. 35, párr. 78, y págs. 51 y 52, párr. 125; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, págs. 43 y ss., en especial págs. 202 a 205, párrs. 385 a 395, págs. 207 a 211, párrs. 398 a 407, pág. 217, párrs. 419 y 420, y págs. 232 a 234, párrs. 459 a 462; *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, *objeciones preliminares*, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, págs. 582 y ss., en especial pág. 599, párrs. 39 y 42, pág. 606, párr. 64, y págs. 614 a 616, párrs. 86 a 94; *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, págs. 659 y ss., en especial pág. 706, págs. 151 a 154; *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, fallo, *I.C.J. Reports 2008*, págs. 177 y ss., en especial pág. 219, párr. 112, pág. 232, párr. 153, y pág. 238, párr. 174; *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, fallo, *I.C.J. Reports 2009*, págs. 213 y ss., en especial pág. 237, párr. 47, y págs. 265 y 266, párrs. 140 a 144; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 14 y ss., en especial pág. 46, párrs. 64 y 65, pág. 55, párra. 101, pág. 60, pág. 121, pág. 67, párr. 145, y pág. 83, párr. 204; *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, *opinión consultiva*, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 403 y ss., en especial págs. 436 a 439, párrs. 79 a 84; *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, *objeciones preliminares*, fallo, *I.C.J. Reports 2011*, págs. 70 y ss., en especial pág. 125, párrs. 131 y 133; *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 99 y ss., en especial pág. 120, párr. 50, págs. 122 a 135, párrs. 54 a 79, págs. 136 a 139, párrs. 83 a 91, págs. 140 a 142, párrs. 92 a 97, págs. 146 a 148, párrs. 113 a 118, y pág. 153, párr. 137; *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, *indemnización*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 324 y ss., en especial pág. 331, párr. 13; *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 422 y ss., en especial pág. 445, párr. 54, pág. 456, párr. 97, pág. 457, párr. 99, pág. 460, párr. 113, y pág. 461, párr. 121; *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 624 y ss., en especial pág. 645, párr. 37, págs. 666, párrs. 114 a 118, págs. 673 y 674, párrs. 137 a 139, pág. 690, párr. 177, pág. 693, párr. 182, y pág. 707, párr. 227; *Frontier Dispute (Burkina Faso/Niger)*, fallo, *I.C.J. Reports 2013*, págs. 44 y ss., en especial págs. 73 y 74, párrs. 62 y 63; *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*; *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, *medidas provisionales*, *I.C.J. Reports 2013*, págs. 398 y ss., en especial págs. 403 y 404, párr. 19; *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, págs. 3 y ss., en especial pág. 28, párr. 57, págs. 45 a 47, párrs. 112 a 117, y pág. 65, párr. 179; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, fallo de 3 de febrero de 2015; se puede consultar en <http://www.icj-cij.org/>, párrs. 87, 88, 95, 98, 104, 105, 115, 128, 129 y 138; *Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) - Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, fallo de 16 de diciembre de 2015; se puede consultar en <http://www.icj-cij.org/>, paras. 101, 104, 106, 118, 153, 157, 168 y 174.

Observación 5

En la identificación del derecho internacional consuetudinario, la Corte Internacional de Justicia a veces se ha referido a decisiones de tribunales nacionales como formas de prueba de la práctica de los Estados o, con menor frecuencia, de la aceptación como derecho (*opinio juris*).

Observación 6

Cuando la Corte Internacional de Justicia se ha referido a decisiones de los tribunales nacionales, como prueba de la práctica de los Estados o de la aceptación como derecho (*opinio juris*), esa mención ha ido muchas veces acompañada por otras formas de prueba del derecho internacional consuetudinario, como los actos legislativos o las disposiciones de los tratados.

19. Las referencias a decisiones de los tribunales nacionales figuran en 13 de las 64 decisiones en las que la Corte examinó o aplicó el derecho internacional consuetudinario³⁷. En 10 de estas decisiones, esas referencias no se hicieron en relación con la identificación del derecho internacional consuetudinario³⁸. En tres causas, las decisiones de los tribunales nacionales se consideran formas de prueba de la práctica de los Estados o de la aceptación como derecho (*opinio juris*)³⁹.

20. La remisión a las decisiones de los tribunales nacionales como formas de aceptación como derecho (*opinio juris*) fue hecha por la Corte Internacional de Justicia por primera vez en el asunto *Nottebohm*, sin mención de decisiones determinadas y en el contexto del examen de la práctica y la *opinio juris* en su conjunto. En esa causa, en que se examinan los requisitos para el ejercicio de la

³⁷ *Fisheries Case (United Kingdom v. Norway)*, fallo, *I.C.J. Reports 1951*, págs. 116 y ss., pág. 134; *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*, segunda fase, fallo, *I.C.J. Reports 1955*, págs. 4, y ss., pág. 22; *Interhandel Case (Switzerland v. United States of America)*, objeciones preliminares, fallo, *I.C.J. Reports 1959*, págs. 6 y ss., en especial pág. 18; *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, fallo, *I.C.J. Reports 1989*, pág. 15; *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1999*, pág. 62; *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1999*, págs. 1029, y ss., en especial pág. 1066, párr. 33; *LaGrand (Germany v. United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 2001*, págs. 466 y ss., en especial pág. 476, párrs. 18 y 19; *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 3 y ss., en especial págs. 23 y 24, párrs. 56 a 58; *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France)*, medida provisional, providencia, *I.C.J. Reports 2003*, pág. 102; *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 2004*, pág. 12 y ss., en especial pág. 61, párr. 127; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, pág. 136 y ss., en especial págs. 176 y 177, párr. 100; *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 404 y ss., en especial pág. 425, párr. 55; *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 99 y ss., en especial págs. 122 a 148, párrs. 55 a 120.

³⁸ Véase el párrafo 4 *supra*.

³⁹ *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*, segunda fase, fallo, *I.C.J. Reports 1955*, págs. 4, y ss., pág. 22; *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 3 y ss., en especial págs. 23 y 24, párrs. 56 a 58; *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 99 y ss., en especial pág. 123, párr. 55, pág. 127, párr. 64, pág. 131, párr. 71, págs. 131 a 134, párrs. 72 a 77, págs. 131 a 134, párrs. 72 a 77, y pág. 148, párr. 118;

protección diplomática, la Corte tuvo que determinar qué normas de derecho internacional consuetudinario eran aplicables a la oponibilidad a terceros Estados de la adquisición de la nacionalidad por naturalización. Así pues, la Corte examinó la práctica de los “tribunales de terceros Estados” y estimó que esta y otras formas de la práctica de los Estados (como las leyes internas) eran una “manifestación de la opinión de esos Estados”⁴⁰. También se hizo una referencia similar, en fecha más reciente, en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, en la que la Corte se remitió a la “jurisprudencia de diversos tribunales nacionales” para determinar la existencia de la *opinio juris*⁴¹.

21. En dos causas se hizo referencia a las decisiones de tribunales nacionales en la determinación de la práctica de los Estados. En la causa *Orden de detención*, a la hora de examinar la existencia de excepciones a la inmunidad en casos de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, la Corte Internacional de Justicia recordó los argumentos de las partes fundados en decisiones de los tribunales del Reino Unido y Francia, y seguidamente se expresó así:

La Corte ha examinado detenidamente la práctica de los Estados, inclusive la legislación nacional y las escasas decisiones de los más altos tribunales nacionales, como la Cámara de los Lores o el Tribunal de Casación de Francia. No ha podido deducir de esa práctica que exista con arreglo al derecho internacional consuetudinario ninguna forma de excepción a la norma que otorga inmunidad de jurisdicción penal e inviolabilidad a los ministros de relaciones exteriores en ejercicio, cuando sean sospechosos de haber cometido crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad⁴².

Cabe señalar que, en ese contexto, la Corte destacó las decisiones de “tribunales nacionales superiores” como práctica de los Estados.

22. En el asunto *Inmunidades jurisdiccionales*, la Corte Internacional de Justicia tuvo que determinar si ciertas excepciones a la inmunidad del Estado habían pasado a ser derecho internacional consuetudinario. Así pues, el tribunal observó en primer lugar que los fallos de los tribunales nacionales serían pertinentes en ese menester:

En el presente contexto, la práctica de los Estados, que sea especialmente trascendente, debe buscarse en los fallos de los tribunales nacionales que han tenido ante sí la cuestión relativa a saber si un Estado goza de inmunidad, la legislación de los Estados que han sancionado leyes relativas a la inmunidad, las pretensiones de inmunidad aducidas por los Estados ante tribunales extranjeros y las declaraciones hechas por estos, primero durante el curso del estudio amplio del tema por la Comisión de Derecho Internacional y, después, en el contexto de la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas⁴³.

A continuación, la Corte aludió a varias decisiones judiciales nacionales como práctica de los Estados en relación con la llamada “excepción del ilícito

⁴⁰ *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*, segunda fase, fallo, *I.C.J. Reports 1955*, págs. 4 y ss., en especial pág. 22.

⁴¹ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 99, y ss., en especial pág. 135, párr. 77.

⁴² *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 3 y ss., en especial págs. 23 y 24, párrs. 56 a 58.

⁴³ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 99 y ss., en especial pág. 123, párr. 55.

territorial”⁴⁴, la inmunidad por actos de las fuerzas armadas⁴⁵ y la supuesta excepción a la inmunidad en el caso de infracciones graves del derecho de los conflictos armados⁴⁶.

Observación 7

En la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, las decisiones de los tribunales nacionales han sido formas de prueba especialmente pertinentes de las normas de derecho internacional consuetudinario en temas que están estrechamente vinculados con las disposiciones del derecho interno o cuya aplicación requiere el concurso de tribunales nacionales.

23. En los tres fallos dictados por la Corte Internacional de Justicia en los que se hizo remisión a las decisiones de tribunales nacionales como práctica de los Estados, esas decisiones eran especialmente pertinentes para la identificación del derecho internacional consuetudinario en razón del tema de la norma consuetudinaria que se identificaba: las cuestiones de nacionalidad caen principalmente en el ámbito del derecho interno, y la inmunidad de los Estados y sus funcionarios ante los tribunales nacionales es una norma de derecho internacional que, por definición, se aplica ante esos tribunales. La cuestión fue ilustrada por el Magistrado Keith en su opinión separada en la causa *Inmunidades jurisdiccionales*:

Tengo presente naturalmente que es desusado, en la práctica de esta Corte y de su predecesora, fundarse en las decisiones de los tribunales nacionales. Sin embargo, como se desprende del fallo en esta causa, la Corte a justo título ha acordado una función esencial a esas decisiones. Es que, en verdad, en esta esfera del derecho que se examina son esas decisiones, así como la reacción o falta de reacción del Estado extranjero, las que constituyen una parte importante de la práctica de los Estados⁴⁷.

Observación 8

La Corte Internacional de Justicia nunca ha excluido expresamente la posibilidad de que las decisiones de los tribunales nacionales puedan constituir “decisiones judiciales” a tenor del Artículo 38, párrafo 1 d), de su Estatuto.

Observación 9

La Corte Internacional de Justicia nunca se ha referido explícitamente a las decisiones de los tribunales nacionales como medio auxiliar para la determinación del derecho internacional consuetudinario a tenor del Artículo 38, párrafo 1 d), de su Estatuto.

24. La Corte Internacional de Justicia nunca se ha pronunciado en abstracto respecto de si la referencia a las decisiones judiciales en el Artículo 38, párrafo 1 d), de su Estatuto excluía las decisiones de los tribunales internos. En su opinión consultiva sobre la *Aplicabilidad de la obligación de someter una controversia a*

⁴⁴ *Ibid.*, pág. 127, párr. 64.

⁴⁵ *Ibid.*, págs. 131 a 134, párrs. 72 a 77.

⁴⁶ *Ibid.*, págs. 136 a 138, párrs. 83 a 88.

⁴⁷ *Ibid.*, págs. 162 a 164, párr. 4 (opinión separada del Magistrado Keith).

arbitraje con arreglo a la sección 21 del Acuerdo relativo a la Sede de las Naciones Unidas de 26 de junio de 1947, la Corte sustentó su constatación del “principio fundamental del derecho internacional de que el derecho internacional tiene primacía sobre el derecho interno” en las “decisiones judiciales” como medio auxiliar, pero luego solo hizo referencia a un laudo arbitral internacional y a una decisión de su predecesora, y no a las decisiones de los tribunales nacionales⁴⁸. En ausencia de una declaración clara por la Corte en cuanto a los motivos por los que no se refirió a las decisiones de tribunales internos para llegar a dicha conclusión, es difícil inferir que esa elección implique una exclusión general de las decisiones de los tribunales nacionales del ámbito del Artículo 38, párrafo 1 d), de su Estatuto, especialmente a la luz de las menciones de esas decisiones de los tribunales internos por parte de diversos magistrados.

25. En ninguna de las 64 decisiones en las que la Corte Internacional de Justicia examinó o aplicó el derecho internacional consuetudinario hizo remisión explícita a las decisiones de los tribunales nacionales como medio auxiliar para la determinación del derecho internacional consuetudinario a tenor del Artículo 38, párrafo 1 d), de su Estatuto. Esto debe evaluarse en el contexto de la rareza de las referencias a la Corte a un medio auxiliar distinto de sus propias decisiones anteriores, las de su predecesora o las decisiones arbitrales⁴⁹.

26. Cabe señalar, sin embargo, que en la causa *Inmunidades jurisdiccionales*, la Corte Internacional de Justicia parece haber mencionado en un pasaje las decisiones de los tribunales nacionales como medio auxiliar para la determinación del derecho consuetudinario, junto con otros medios auxiliares, tales como los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Al explorar si la naturaleza de *jus cogens* de las normas de derecho humanitario impediría que se aplicaran las normas sobre la inmunidad de los Estados, la Corte constató que no había conflicto entre el *jus cogens* y la inmunidad del Estado porque las normas de procedimiento sobre la inmunidad no afectaban a la cuestión de la licitud de la conducta, ni tampoco esa naturaleza de *jus cogens* confería competencia a un tribunal cuando esta no existía⁵⁰. A continuación confirmó su propia interpretación mediante una remisión a ciertas decisiones internas, así como a decisiones del Tribunal Europeo de Derechos

⁴⁸ *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1988*, pág. 12, en especial págs. 34 y 35, párr. 57.

⁴⁹ Véanse, en particular, *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras, Nicaragua intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 1992*, págs. 593 y 594, párr. 394; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, pág. 136 y ss., en especial pág. 179, párr. 109; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, págs. 47 y ss., entre otras pág. 92, párr. 119; *Ibid.*, pág. 121, párr. 188; *Ibid.*, pág. 126, párr. 198; *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, *I.C.J. Reports 2008*, págs. 69 y 93, párrs. 176 y 263; *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo) (fondo)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 639 y ss., en especial pág. 663, párr. 66; *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, indemnización, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 324 y ss., en especial pág. 331, párr. 13.

⁵⁰ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 140 y 141, párrs. 92 a 95.

Humanos⁵¹. Sin embargo, no se echa de ver con claridad si la Corte se valió de esas decisiones como medio auxiliar o como práctica de los Estados. Las referencias ulteriores a la práctica de los Estados en la forma de legislación, así como la observación de que los tribunales en Italia era los únicos que seguían una interpretación determinada, parece indicar que la Corte también se valió de estas causas como formas de la práctica de los Estados en la determinación del derecho internacional consuetudinario, y no como medio auxiliar.

27. Por consiguiente, si bien la posibilidad nunca fue excluida como cuestión de principio, tampoco parece haber un claro precedente en la jurisprudencia de la Corte de que se haga referencia explícitamente a las decisiones de los tribunales nacionales como medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario a tenor del Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte.

Observación 10

Las opiniones individuales de los magistrados de la Corte Internacional de Justicia en ocasiones han mencionado las decisiones de los tribunales nacionales, como práctica de los Estados y como medio auxiliar para la determinación del derecho internacional consuetudinario.

28. Las referencias a decisiones de los tribunales nacionales figuran en 20 de las 64 decisiones en las que la Corte examinó o aplicó el derecho internacional consuetudinario⁵². Si bien algunas de esas referencias escapan al ámbito del presente

⁵¹ *Ibid.*, págs. 141 y 142, párr. 96: “Además, este argumento acerca de que el *jus cogens* desplaza al derecho de la inmunidad del Estado ha sido rechazado por los tribunales nacionales del Reino Unido (*Jones v. Saudi Arabia*, Cámara de los Lores, [2007] 1 AC 270; ILR, vol. 129, pág. 629), Canadá (*Bouzari v. Islamic Republic of Iran*, Court of Appeal of Ontario, *DLR*, 4th Series, vol. 243, pág. 406; ILR, vol. 128, pág. 586, Polonia (Natoniewski, Supreme Court, *Polish Yearbook of International Law*, vol. XXX, 2010, pág. 299), Eslovenia (causa núm. Up-13/99, Tribunal Constitucional Eslovenia), Nueva Zelanda (Fang v. Jiang, Tribunal Superior, 420 NZAR [2007], pág. 420; ILR, vol. 141, pág. 702) y Grecia (*Margellos*, Tribunal Supremo Especial, ILR, vol. 129, pág. 525), así como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las causas *Al-Adsani v. United Kingdom* y *Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany* (que se examinan en el párr. 90 *supra*) en cada caso, tras un detenido examen. La Corte no estima que el fallo del Tribunal de Casación de Francia de 9 de marzo de 2011 en la causa *La Réunion aérienne v. Libyan Arab Jamahiriya* (causa núm. 09-14743, Bull. civ., marzo de 2011, núm. 49, pág. 49) sustente una conclusión diferente. El Tribunal de Casación afirmó en esa causa solo que, incluso si una norma de *jus cogens* podría constituir una restricción legítima sobre la inmunidad de los Estados, esa restricción no podía justificarse con arreglo a los hechos de la causa. De ello se sigue, pues, que los fallos de los tribunales italianos que son objeto de las presentes actuaciones son las únicas decisiones de tribunales nacionales que han aceptado el razonamiento en el que se funda esta parte del segundo argumento de Italia. Además, ninguna de las leyes nacionales sobre la inmunidad de los Estados examinadas en los párrafos 70 y 71 *supra* ha limitado la inmunidad en los casos en que se alegan violaciones del *jus cogens*”.

⁵² *Fisheries Case (United Kingdom v. Norway)*, fallo, *I.C.J. Reports 1951*, pág. 116 y ss., en especial págs. 160 y 161 (opinión disidente de Sir Arnold Mc Nair); *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, págs. 3 y ss., en especial pág. 107 (opinión separada del Magistrado Fouad Ammoun); *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, fallo, *I.C.J. Reports 1980*, págs. 3 y ss., en especial pág. 63 (opinión disidente del Magistrado Tarazi); *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, fallo, *I.C.J. Reports 1982*, págs. 18 y ss., en especial pág. 175, párr. 31 (opinión disidente del Magistrado

memorando⁵³, otras fueron utilizadas como prueba de la práctica del Estado o como medio auxiliar en la identificación del derecho internacional consuetudinario.

29. Ejemplos de la utilización de las decisiones de los tribunales nacionales como prueba de la práctica de los Estados puede encontrarse en las opiniones individuales que acompañan a los fallos en las causas *Orden de detención e Inmunidades jurisdiccionales*, en las que los magistrados se valieron de decisiones de los tribunales nacionales como práctica de los Estados en la misma forma que la Corte Internacional de Justicia⁵⁴. No obstante, en algunos casos, determinados magistrados

Oda); *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 14 y ss., en especial pág. 171 (opinión separada del Magistrado Lachs); *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1988*, págs. 12 y ss., en especial pág. 60 (opinión separada del Magistrado Shahabuddeen); *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*, fallo, *I.C.J. Reports 1993*, pág. 38 y ss., en especial págs. 205 (opinión separada del Magistrado Shahabuddeen) y 220 (opinión separada del Magistrado Weeramantry). *East Timor (Portugal v. Australia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1995*, págs. 90 y ss., en especial págs. 211 y 212 (opinión disidente del Magistrado Weeramantry); *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 226 y ss., en especial pág. 292 (opinión separada del Magistrado Guillaume), págs. 400 a 402 (opinión disidente del Magistrado Shahabuddeen), y págs. 439 y 486 (opinión disidente del Magistrado Weeramantry); *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1999*, págs. 62 y ss., en especial pág. 94 (opinión separada del Vicepresidente Weeramantry en pág. 92); *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 3 y ss., en especial págs. 40 a 42 (opinión separada del Presidente Guillaume), págs. 69 y 70 y 88 y 89 (opinión separada conjunta de los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal), pág. 125 (opinión separada del Magistrado *ad hoc* Bula Bula) y págs. 140, 144, 155, 156, 161, 165, 166, 171 y 172 (opinión disidente de la Magistrada *ad hoc* Van den Wyngaert); *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France)*, medida provisional, providencia, *I.C.J. Reports 2003*, págs. 102 y ss., en especial pág. 123 (opinión disidente del Magistrado *ad hoc* De Cara); *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 2003*, págs. 161 y ss., págs. 354 a 358 (opinión separada del Magistrado Simma); *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 12 y ss., en especial pág. 110 (opinión separada del Magistrado Sepúlveda); *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 136 y ss., en especial págs. 229 (opinión separada del Magistrado Kooijmans) y 236 (opinión separada del Magistrado Al-Khasawneh); *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application : 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, fallo, *I.C.J. Reports 2006*, págs. 6 y ss., en especial pág. 88 (opinión separada del Magistrado *ad hoc* Dugard); *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, págs. 43 y ss., en especial pág. 391 (opinión disidente del Magistrado *ad hoc* Mahiou); *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, fallo, *I.C.J. Reports 2009*, pág. 214 y ss., en especial pág. 293 (declaración del Magistrado *ad hoc* Guillaume); *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, págs. 474 (opinión disidente del Magistrado Koroma) y 623 y 624 (opinión separada del Magistrado Yusuf); *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 99 y ss., en especial págs. 162 a 164, pág. 171 (opinión separada del Magistrado Keith), págs. 215 y 234 (opinión disidente del Magistrado Cañado Trindade), pág. 304 (opinión disidente del Magistrado Yusuf) y págs. 313 a 321 (opinión disidente del Magistrado Gaja).

⁵³ Véase el párrafo 4 *supra*.

⁵⁴ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*. págs. 40 a 42 (opinión separada del Presidente Guillaume), págs. 69, 70, 88 y 89 (opinión separada conjunta

mencionaron causas de los tribunales nacionales para ilustrar la práctica del Estado incluso cuando la Corte misma no lo había hecho explícitamente. Por ejemplo, el Magistrado Oda, en su opinión disidente en la causa *Plataforma Continental*, se refirió a un arbitraje nacional para explicar la práctica del Reino Unido⁵⁵, y el Vicepresidente Weeramantry, en la opinión consultiva sobre la *Controversia relacionada con la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos*, se refirió a la jurisprudencia de los tribunales nacionales como la práctica estatal en materia de inmunidad⁵⁶. Estos ejemplos pueden sugerir que la Corte misma, si bien no se fundó explícitamente en esas causas nacionales, podría tal vez haberlas considerado durante el proceso de deliberación.

30. Los magistrados también han hecho individualmente referencia directa a las decisiones de los tribunales nacionales como medio auxiliar para la determinación de las normas jurídicas, incluido el derecho internacional consuetudinario⁵⁷. Una referencia explícita a las decisiones judiciales internas como pertinentes para la determinación del derecho internacional consuetudinario en virtud del Artículo 38, párrafo 1 *d*), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia figura en la opinión disidente del Magistrado Shahabuddeen en la opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares*, en la que declaró que una decisión adoptada por un Tribunal de Distrito de Tokio debía considerarse como el único precedente existente que, “si bien no es, claro está, vinculante ... constituye una decisión judicial conforme al Artículo 38, párrafo 1 *d*), del Estatuto de la Corte; reúne los requisitos para que se la tenga en cuenta”⁵⁸. Además, a pesar de la ausencia de toda referencia a la sentencia del Tribunal de Distrito de Tokio en la

de los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal), pág. 125 (opinión separada del Magistrado *ad hoc* Bula Bula) y págs. 140, 144, 155, 156, 161, 165, 166, 171 y 172 (opinión disidente de la Magistrada *ad hoc* Van den Wyngaert); *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 99 y ss., en especial págs. 162 a 164, pág. 171 (opinión separada del Magistrado Keith), págs. 215 y 234 (opinión disidente del Magistrado Cançado Trindade), pág. 304 (opinión disidente del Magistrado Yusuf) y págs. 313 a 321 (opinión disidente del Magistrado *ad hoc* Gaja).

⁵⁵ *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, fallo, *I.C.J. Reports 1982*, págs. 18 y ss., en especial pág. 175 (opinión disidente del Magistrado Oda);

⁵⁶ *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1999*, págs. 62 y ss., en especial pág. 94 (opinión separada del Vicepresidente Weeramantry en pág. 92).

⁵⁷ *Fisher Case (United Kingdom v. Norway)*, fallo, *I.C.J. Reports 1951*, pág. 116 y ss., en especial págs. 160 y 161 (opinión disidente de Sir Arnold Mc Nair); *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, págs. 3 y ss., en especial pág. 107 (opinión separada del Magistrado Fouad Ammoun); *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, fallo, *I.C.J. Reports 1980*, pág. 3 y ss., en especial pág. 63 (opinión disidente del Magistrado Tarazi).

⁵⁸ En su opinión, la Corte debía explicar por qué se había apartado de las conclusiones a las que se había llegado en dicho fallo. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 226 y ss., en especial pág. 400 y 401 (opinión disidente del Magistrado Shahabuddeen). *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France)*, medida provisional, providencia, *I.C.J. Reports 2003*, págs. 102 y ss., en especial pág. 123 (opinión disidente del Magistrado *ad hoc* De Cara); *Armed Activities on the Territory of the Congo (nueva demanda, 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *Jurisdiction and Admissibility*, fallo, *I.C.J. Reports 2006*, págs. 6 y ss., en especial pág. 88 (opinión separada del Magistrado *ad hoc* Dugard); *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, págs. 474 (opinión disidente del Magistrado Koroma) y 623 y 624 (opinión separada del Magistrado Yusuf).

opinión consultiva de la Corte, los Magistrados Guillaume y Weeramantry se refirieron también a ella en sus opiniones individuales⁵⁹.

V. Tribunal Internacional del Derecho del Mar

Observación 11

El Tribunal Internacional del Derecho del Mar no ha hecho referencia a las decisiones de los tribunales nacionales en el contexto de la identificación del derecho internacional consuetudinario.

31. De un total de 80 providencias, fallos y opiniones consultivas del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, desde el 13 de noviembre de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2015, en cuatro se hizo referencia al derecho internacional consuetudinario⁶⁰.

32. El Tribunal Internacional del Derecho del Mar, al identificar el derecho internacional consuetudinario de la delimitación marítima en la causa del *Golfo de Bengala*, examinó explícitamente el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, al que se remiten los artículos 74, párrafo 1, y 83, párrafo 1, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. En esa ocasión, el Tribunal consideró que el Artículo 38, párrafo 1 d), se refería a las decisiones de los tribunales y cortes internacionales, sin hacer mención alguna de los tribunales nacionales⁶¹. Sin embargo, el propósito específico de la declaración

⁵⁹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, opinión consultiva, I.C.J. Reports 1996*, págs. 226 y ss., en especial pág. 292 (opinión separada del Magistrado Guillaume) pág. 439 (opinión disidente del Magistrado Weeramantry).

⁶⁰ *MOX Plant (Ireland v. United Kingdom), medidas provisionales, providencia de 3 de diciembre de 2001, International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS) Reports 2001*, págs. 95 y ss., en especial pág. 12, párr. 81; *Land Reclamation in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), medidas provisionales, providencia del 8 de octubre de 2003, ITLOS Reports 2003*, págs. 10 y ss., en especial pág. 25, párr. 92; “*Tomimaru*” (*Japan v. Russian Federation*), *pronta liberación*, fallo, *ITLOS Reports 2005–2007*, págs. 74 y ss., en especial pág. 94, párr. 63; *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area, opinión consultiva, ITLOS Reports 2011*, págs. 10 y ss., en especial pág. 28, párr. 57, págs. 47, párr. 135, pág. 50, párr. 145, pág. 51, párrs. 147 y 148, pág. 56, párr. 169, pág. 58, párr. 178, pág. 60, párrs. 182 y 183, pág. 62, párr. 194, págs. 65 y 66, párrs. 209, 210 y 211, págs. 75 y 77.

⁶¹ *Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), Judgment, ITLOS Reports 2012*, págs. 4 y ss., en especial pág. 61, párrs. 183 y 184: “Las decisiones de las cortes y tribunales nacionales, a las que se hace referencia en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, reviste particular importancia cuando se trata de determinar el contenido del derecho aplicable a la delimitación marítima con arreglo a los artículos 74 y 83 de la Convención. En ese sentido, el Tribunal concuerda con la declaración que figura en el laudo arbitral de 11 de abril de 2006, a saber: “En un asunto que ha evolucionado tan significativamente a lo largo de los pasados 60 años, el derecho consuetudinario también ha de desempeñar una función particular que, junto con las decisiones judiciales y arbitrales, contribuye a configurar las consideraciones que se aplican a todo proceso de delimitación (*Arbitraje entre Barbados y la República de Trinidad y Tabago, en relación con la delimitación de la zona económica exclusiva y la plataforma continental entre ambos países. Decisión de 11 de abril de 2006, Reports of International Arbitral Awards, vol. XXVII*, págs. 147 y ss., en especial págs. 210 y 211, párr. 223).

era justificar que el Tribunal se fundara en un laudo arbitral, sin indicar por ello una posición general sobre la pertinencia de las decisiones de los tribunales nacionales⁶².

33. En general, no se encontraron referencias a las decisiones de los tribunales nacionales en la identificación del derecho internacional consuetudinario.

Observación 12

En sus opiniones individuales los magistrados del Tribunal Internacional del Derecho del Mar han hecho a veces referencia a las decisiones de los tribunales nacionales como medio auxiliar para la determinación del derecho internacional consuetudinario.

34. Las referencias a las decisiones de los tribunales nacionales pueden encontrarse en opiniones separadas y disidentes de los magistrados del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, en el contexto de la identificación del derecho internacional consuetudinario y las normas de procedimiento relativas a la prueba. A fin de determinar el “derecho internacional general” relativo a la situación de un buque de guerra que había sido autorizado por el Estado ribereño a entrar en aguas territoriales, el Magistrado Rao hizo referencia, en su opinión separada en la causa *Fragata ARA Libertad*, al fallo en la causa *Schooner Exchange*, ventilada ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, junto con un artículo académico “de igual tenor”⁶³. Los magistrados hicieron otras referencias a las decisiones de los tribunales nacionales en el contexto de la identificación de las normas de procedimiento relativas a la prueba⁶⁴. Esas referencias indican que, al menos en el caso de esos magistrados, las decisiones de los tribunales nacionales eran pertinentes como medio auxiliar para la identificación de las tres categorías principales de las fuentes del derecho internacional enumeradas en el Artículo 38, párrafo 1, apartados *a)* a *c)*.

VI. Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio

Observación 13

El Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio no ha hecho referencia a las decisiones de los tribunales nacionales en la identificación del derecho internacional consuetudinario.

35. De los 139 informes del Órgano de Apelación de la OMC, dados entre el 29 de abril de 1996 y el 31 de diciembre de 2015, en 42 se menciona o aplica el derecho

⁶² *Ibid.*, pág. 61, párrs. 183 y 184.

⁶³ “*ARA Libertad*” *Case (Argentina v. Ghana), medidas provisionales, ITLOS Reports 2012*, pág. 332, opinión separada del Magistrado Rao, pág. 4, párrs. 10 y 11.

⁶⁴ Véanse *Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, fallo, *ITLOS Reports 2012*, opinión disidente del Magistrado Lucky, pág. 26; *M/V “VIRGINIA G” Case (Panama/Guinea-Bissau)*, fallo, *ITLOS Reports 2014*, págs. 4 y ss., opinión separada del Magistrado Lucky, en pág. 17, párr. 53, y opinión disidente del Magistrado *ad hoc* Correia, en págs. 24 y 25, párr. 20.

internacional consuetudinario⁶⁵. La gran mayoría de esas menciones se refería a la aplicación de las “normas usuales de interpretación del derecho internacional público”, que el Órgano de Apelación consideró que se habían codificado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁶⁶. Otras se relacionaban con la buena fe como “principio general del derecho internacional”⁶⁷, o a cuestiones de responsabilidad del Estado⁶⁸. En ninguna de esas referencias se mentaron las decisiones de los tribunales nacionales como prueba de la práctica de los Estados, prueba de la aceptación como derecho (*opinio juris*) o medio auxiliar para la determinación del derecho internacional consuetudinario.

VII. Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia

36. En el artículo 1 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia se dispone que el Tribunal tendrá competencia para “enjuiciar a los presuntos

⁶⁵ Como se indicó en el párrafo 3 *supra*, ni los informes de los Grupos Especiales ni los laudos de los árbitros de la Organización Mundial del Comercio se han considerado a los efectos del presente memorando, por cuanto los Grupos Especiales y los árbitros no son órganos permanentes como el Órgano de Apelación, sino mecanismos especiales establecidos a petición de una parte demandante.

⁶⁶ Véase el Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (US – Gasoline)*, WT/DS2/AB/R, aprobado el 20 de mayo de 1996, DSR 1996:I, págs. 3 y ss., en especial pág. 17; Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages (Japan – Alcoholic Beverages II)*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, aprobado el 1 de noviembre de 1996, DSR 1996:I, pág. 97, en págs. 10 y 11; Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *United States – Countervailing Duties on Certain Corrosion-Resistant Carbon Steel Flat Products from Germany (US – Carbon Steel)*, WT/DS213/AB/R y Corr.1, aprobado el 19 de diciembre de 2002, DSR 2002:IX, pág. 3779, en pág. 23; Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *United States – Final Countervailing Duty Determination with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada (US – Softwood Lumber IV)*, WT/DS257/AB/R, aprobado el 17 febrero de 2004, DSR 2004:II, pág. 571, en pág. 22; Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *United States – Continued Existence and Application of Zeroing Methodology (US – Continued Zeroing)*, WT/DS350/AB/R, aprobado el 19 de febrero de 2009, DSR 2009:III, pág. 1291, en págs. 106 y 107.

⁶⁷ Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *United States – Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations” (US – FSC)*, WT/DS108/AB/R, aprobado el 20 de marzo de 2000, DSR 2000:III, pág. 1619, en pág. 56; Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *United States – Anti-Dumping Measures on Certain Hot-Rolled Steel Products from Japan (US – Hot-Rolled Steel)*, WT/DS184/AB/R, aprobado el 23 de agosto de 2001, DSR 2001:X, pág. 4697, en pág. 38; Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *United States – Continued Suspension of Obligations in the EC – Hormones Dispute (US – Continued Suspension)*, WT/DS320/AB/R, aprobado el 14 de noviembre de 2008, DSR 2008:X, pág. 3507, en pág. 117.

⁶⁸ Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *United States – Transitional Safeguard Measure on Combed Cotton Yarn from Pakistan (US – Cotton Yarn)*, WT/DS192/AB/R, aprobado el 5 de noviembre de 2001, DSR 2001:XII, pág. 6027, en pág. 37; Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *United States – Definitive Safeguard Measures on Imports of Circular Welded Carbon Quality Line Pipe from Korea (US – Line Pipe)*, WT/DS202/AB/R, aprobado el 8 marzo de 2002, DSR 2002:IV, pág. 1403, en pág. 82; Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *United States – Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties On Certain Products From China (US – Anti-Dumping and Countervailing Duties (China))*, WT/DS379/AB/R, aprobado el 25 de marzo de 2011, DSR 2011:V, pág. 2869, en pág. 119 a 121.

responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario”⁶⁹. En su informe sobre el establecimiento del Tribunal, que posteriormente hizo suyo en su totalidad el Consejo de Seguridad, el Secretario General opinó que el Tribunal solo aplicaría las normas del derecho internacional humanitario que sin duda alguna formarían parte del derecho internacional consuetudinario, de tal modo que se respetaría el principio *nullum crimen sine lege* y no se plantearía el problema de que algunos de los Estados, pero no todos, se hubieran adherido a determinadas convenciones de derecho humanitario internacional⁷⁰. En la causa *Vasiljević*, la Sala de Primera Instancia confirmó que el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia no pretendía tipificar nuevos delitos penales y que el Tribunal únicamente “tiene competencia respecto de un delito enumerado si este es reconocido como tal en el derecho internacional consuetudinario en el momento en el que presuntamente se lo cometió”⁷¹. El derecho internacional consuetudinario es, por lo tanto, una fuente importante del derecho para el Tribunal. De las 81 sentencias dictadas por el Tribunal hasta el 1 de diciembre de 2015, 49 se remitieron a decisiones de tribunales nacionales en el contexto de la identificación del derecho internacional consuetudinario⁷².

⁶⁹ El 3 de mayo de 1993, el Secretario General presentó un informe al Consejo de Seguridad de conformidad con el párrafo 2 de la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad en relación con el establecimiento de un 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 desde 1991” (Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, documento S/24704, de 3 de mayo de 1993). El 25 de mayo de 1993, el Consejo de Seguridad, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, aprobó la resolución 827 (1993) por la que se estableció el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia sobre la base de dicho informe.

⁷⁰ *Ibid.*, párrs. 29 y 33. En el informe se destacó que “si bien existe un derecho internacional consuetudinario internacional no consagrado en instrumentos jurídicos, una parte importante del derecho convencional humanitario ha pasado a formar parte del derecho internacional consuetudinario”; se indicaron a continuación los tratados que sin duda alguna formarían parte del derecho internacional consuetudinario y se indicó que los tratados se considerará sin duda reflejan el derecho humanitario internacional consuetudinario eran la Cuarta Convención de La Haya de 1907 relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre y el Reglamento conexo, de 18 de octubre de 1907 (Carnegie Endowment for International Peace, “The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907”, James Brown Scott (compilador) (Nueva York, Oxford University Press., 1915), en pág. 100); el Estatuto anexo al Acuerdo concerniente al juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje europeo (Londres, 8 de agosto de 1945), Naciones Unidas, Treaty Series, vol. 82, núm. 251, pág. 279; la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948), *ibid.*, vol. 78, núm. 1021, pág. 277; y los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949), *ibid.*, vol. 75, núms. 970 a 973, págs. 31 y ss.

⁷¹ *Prosecutor v. Vasiljević*, fallo, causa núm. IT-98-32-T, T.CH II, 29 de noviembre de 2002, párr. 198. Véanse también *Prosecutor v. Duško Tadić*, dictamen y fallo, causa núm. IT-94-1-T, T.CH., 7 de mayo de 1997, párr. 654; *Prosecutor v. Blaškić*, fallo, causa núm. IT-95-14-A, A.Ch., 29 de julio de 2004, párr. 141.

⁷² *Prosecutor v. Duško Tadić*, dictamen y fallo, causa núm. IT-94-1-T, T.CH., 7 de mayo de 1997; *Prosecutor v. Delalić et al.*, fallo, causa núm. IT-96-21-T, T.Ch., 16 de noviembre de 1998; *Prosecutor v. Furundžija*, fallo, causa núm. IT-95-17/1-T, T.Ch., 10 de diciembre de 1998; *Prosecutor v. Aleksovski*, fallo, causa núm. IT-95-14/1-T, T.Ch., 25 de junio de 1999; *Prosecutor v. Duško Tadić*, fallo, causa núm. IT-94-1-A, A.Ch., 15 de julio de 1999; *Prosecutor v. Jelisić*, fallo, causa núm. IT-95-10-T, T.Ch., 14 de diciembre de 1999; *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, fallo, causa núm. IT-95-16-T, T.Ch., 14 de enero de 2000; *Prosecutor v.*

Observación 14

En la identificación del derecho internacional consuetudinario, el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia ocasionalmente se refirió a las decisiones de los tribunales nacionales como formas de prueba de los dos elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario, si bien solo a veces señaló que una decisión dada constituía o bien práctica de los Estados o prueba de la aceptación como derecho (*opinio juris*) específicamente.

37. El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia ha hecho suyo explícitamente el enfoque de dos elementos respecto de la identificación del derecho internacional consuetudinario, y ocasionalmente ha utilizado las decisiones de los tribunales

Blaškić, fallo, causa núm. IT-95-14-T, T.Ch., 3 de marzo de 2000; *Prosecutor v. Delalić et al.*, fallo, causa núm. IT-96-21-A, A.Ch., 20 de febrero de 2001; *Prosecutor v. Kunarac et al.*, fallo, causa núm. IT-96-23-T e IT-96-23/1-T, T.Ch., 22 de febrero de 2001; *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, fallo, causa núm. IT-95-14/2-T, T.Ch., 26 de febrero de 2001; *Prosecutor v. Krstić*, fallo, causa núm. IT-98-33-T, T.Ch., 2 de agosto de 2001; *Prosecutor v. Kvočka et al.*, fallo, causa núm. IT-98-30/1-T, T.Ch. 2 de noviembre de 2001; *Prosecutor v. Krnojelac*, fallo, causa núm. IT-97-25-T, T.Ch.II, 15 de marzo de 2002; *Prosecutor v. Kunarac et al.*, fallo, causa núm. IT-96-23 e IT-96-23/1-A, A.Ch., 12 de junio de 2002; *Prosecutor v. Vasiljević*, fallo, causa núm. IT-98-32-T, T.Ch.II, 29 de noviembre de 2002; *Prosecutor v. Naletilić and Martinović*, fallo, causa núm. IT-98-34-T, T.Ch., 31 de marzo de 2003; *Prosecutor v. Stakić*, fallo, causa núm. IT-97-24-T, T.Ch.II, 31 de julio de 2003; *Prosecutor v. Krnojelac*, fallo, causa núm. IT-97-25-A, A.Ch., 17 de septiembre de 2003; *Prosecutor v. Simić et al.*, fallo, causa núm. IT-95-9-T, T.Ch.II, 17 de octubre de 2003; *Prosecutor v. Galić*, fallo y dictamen, causa núm. IT-98-29-T, T.Ch.I, 5 de diciembre de 2003; *Prosecutor v. Krstić*, fallo, causa núm. IT-98-33-A, A.Ch., 19 de abril de 2004; *Prosecutor v. Blaškić*, fallo, causa núm. IT-95-14-A, A.Ch., 29 de julio de 2004; *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, fallo, causa núm. IT-95-14-/2-A, A.Ch., 17 de diciembre de 2004; *Prosecutor v. Blagojević and Jokić*, fallo, causa núm. IT-02-60-T, T.Ch.I.A, 17 de enero de 2005; *Prosecutor v. Strugar*, fallo, causa núm. IT-01-42-T, T.Ch.II, 31 de enero de 2005; *Prosecutor v. Halilović*, fallo, causa núm. IT-01-48-T, T.Ch.I.A, 16 de noviembre de 2005; *Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura*, fallo, causa núm. IT-01-47-T, T.Ch., 15 de marzo de 2006; *Prosecutor v. Stakić*, fallo, causa núm. IT-97-24-A, A.Ch., 22 de marzo de 2006; *Prosecutor v. Orić*, fallo, causa núm. IT-03-68-T, T.Ch.II, 30 de junio de 2006; *Prosecutor v. Krajišnik*, fallo, causa núm. IT-00-39-T, T.Ch.I, 27 de septiembre de 2006; *Prosecutor v. Galić*, fallo, causa núm. IT-98-29-A, A.Ch., 30 de noviembre de 2006; *Prosecutor v. Brđanin*, fallo, causa núm. IT-99-36-A, A.Ch., 3 de abril de 2007; *Prosecutor v. Halilović*, fallo, causa núm. IT-01-48-A, A.Ch., 16 de octubre de 2007; *Prosecutor v. Boškoski and Tarčulovski*, fallo, causa núm. IT-04-82-T, T.Ch.II, 10 de julio de 2008; *Prosecutor v. Strugar*, fallo, causa núm. IT-01-42-A, A.Ch., 17 de julio de 2008; *Prosecutor v. Delić*, fallo, causa núm. IT-04-83-T, T.Ch.I, 15 de septiembre de 2008; *Prosecutor v. Martić*, fallo, causa núm. IT-95-11-A, A.Ch., 8 de octubre de 2008; *Prosecutor v. Milutinović et al.*, fallo, causa núm. IT-05-87-T, T.Ch., 26 de febrero de 2009; *Prosecutor v. Boškoski and Tarčulovski*, fallo, causa núm. IT-04-82-A, A.Ch., 19 de mayo de 2010; *Prosecutor v. Popović et al.*, fallo, causa núm. IT-05-88-T, T.Ch.II, 10 de junio de 2010; *Prosecutor v. Đorđević*, fallo público, causa núm. IT-05-87/1-T, T.Ch.II, 23 de febrero de 2011; *Prosecutor v. Gotovina et al.*, fallo, causa núm. IT-06-90-T, T.Ch.I, 15 de abril de 2011; *Prosecutor v. Perišić*, fallo, causa núm. IT-04-81-T, T.Ch.I, 6 de septiembre de 2011; *Prosecutor v. Tolimir*, fallo, causa núm. IT-05-88/2-T, T.Ch.II, 12 de diciembre de 2012; *Prosecutor v. Perišić*, fallo, causa núm. IT-04-81-A, A.Ch., 28 de febrero de 2013; *Prosecutor v. Šainović et al.* (antes *Milutinović et al.*), fallo, causa núm. IT-05-87-A, A.Ch., 23 de enero de 2014; *Prosecutor v. Đorđević*, fallo, causa núm. IT-05-87/1-A, A.Ch., 27 de enero de 2014. El presente memorando se refiere únicamente a los fallos dictados por las Salas de Primera Instancia y de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia sobre el fondo de la causa. No abarca los fallos dictados en causas en que se negociaron declaraciones de culpabilidad, los fallos por desacato y las decisiones de imposición de penas.

nacionales como formas pertinentes de prueba de cada elemento. En la causa *Hadžihasanović y Kubura*, la Sala de Primera Instancia destacó que para “probar la existencia de una norma consuetudinaria, se deben establecer los dos elementos constitutivos de la costumbre, a saber, la existencia de prácticas suficientemente uniformes (elemento material) y la convicción de los Estados de que están obligados por esta práctica no codificada de la misma manera que lo están por una norma de derecho positivo (elemento intelectual)”⁷³. Añadió que, al considerar la práctica judicial de los Estados, “al parecer la práctica de los Estados está más dividida, e incluso tiende a sugerir que no tienen obligación de enjuiciar los crímenes de guerra únicamente sobre la base del derecho internacional humanitario”⁷⁴. La Sala de Primera Instancia procedió, además, a hacer un examen de una serie de decisiones de tribunales nacionales⁷⁵. En lo que respecta a la *opinio juris*, la Sala de Primera Instancia llegó a la conclusión de que “puede inferirse de la ausencia de una práctica suficientemente uniforme que la mayoría de los Estados no se consideran obligados en virtud del derecho internacional a acusar y enjuiciar a los responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario únicamente sobre la base del derecho penal internacional”⁷⁶.

38. En ciertas ocasiones, las Salas del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia han calificado explícitamente como práctica de los Estados ciertas decisiones de tribunales nacionales⁷⁷. En otros casos, sin embargo, las Salas no calificaron a esas decisiones como práctica de los Estados u *opinio juris*. En la causa *Tadić*, por ejemplo, una Sala de Primera Instancia aclaró que las decisiones de los tribunales nacionales, junto con la legislación nacional, las disposiciones de los tratados y el Estatuto de Núremberg, establecían “el fundamento en derecho internacional consuetudinario de la responsabilidad individual y de la participación en las diversas modalidades señaladas en el artículo 7 del Estatuto”⁷⁸. En algunos

⁷³ *Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura*, causa núm. IT-01-47-T, T.Ch., 15 de marzo de 2006, párrs. 255 a 257, en especial párr. 253. Se debe señalar a la atención el hecho de que la Sala de Primera Instancia primero se tornó al estudio de 2005 del Comité Internacional de la Cruz Roja sobre el derecho consuetudinario internacional (Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, vol. I, Rules*, Cambridge, Cambridge University Press., 2005). Por cuanto el estudio nada decía sobre el asunto, la Sala decidió examinar entonces la práctica de los Estados y la *opinio juris*.

⁷⁴ *Ibid.*, párr. 255.

⁷⁵ *Ibid.*, párrs. 256 y 257.

⁷⁶ *Ibid.*, párr. 258.

⁷⁷ Véanse, por ejemplo, *Prosecutor v. Duško Tadić*, dictamen y fallo, causa núm. IT-94-1-T, T.CH., 7 de mayo de 1997, párrs. 665 a 669; *Prosecutor v. Duško Tadić*, fallo, causa núm. IT-94-1-A, A.Ch., 15 de julio de 1999, párr. 94; *Prosecutor v. Jelisić*, fallo, causa núm. IT-95-10-T, T.Ch., 14 de diciembre de 1999, párr. 61; *Prosecutor v. Halilović*, fallo, causa núm. IT-01-48-T, T.Ch.I.A., 16 de noviembre de 2005, párrs. 82 y 83 (cuando la Sala examinó por primera vez la “jurisprudencia después de la Segunda Guerra Mundial”, en el contexto de la prevención de la comisión de delitos por los mandos, para luego examinar la codificación de la responsabilidad de los mandos y la existencia de un deber de prevención, el comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja al Protocolo Adicional I y la propia jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia) y párr. 91; *Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura*, fallo, causa núm. IT-01-47-T, T.Ch., 15 de marzo de 2006, párr. 255; *Prosecutor v. Milutinović et al.*, fallo, causa núm. IT-05-87-T, T.Ch., 26 de febrero de 2009, párr. 197, nota de pie de página 356; *Prosecutor v. Šainović et al.* (antes Milutinović et al.), fallo, causa núm. IT-05-87-A, A.Ch., 23 de enero de 2014, párrs. 1622 a 1646.

⁷⁸ *Prosecutor v. Duško Tadić*, dictamen y fallo, causa núm. IT-94-1-T, T.CH., 7 de mayo de 1997, párr. 669 (véanse también los párrs. 665 a 669).

asuntos, las Salas se han fundado directamente en la legislación nacional y las decisiones de los tribunales nacionales para llegar a una constatación acerca de la existencia o el contenido de las normas consuetudinarias⁷⁹.

Observación 15

Cuando el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia se ha referido a decisiones de los tribunales nacionales, como prueba de los dos elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario, esa mención ha ido muchas veces acompañada por otras formas de prueba, como los actos legislativos o las disposiciones de los tratados.

39. Las referencias a las decisiones de los tribunales nacionales se complementaron muchas veces con otras formas de prueba, como los actos legislativos o las disposiciones de los tratados, a fin de demostrar la existencia de una norma consuetudinaria o establecer cuándo se dio cima al proceso de formación de una norma consuetudinaria⁸⁰. Por ejemplo, en la causa *Halilović*, una Sala de Primera Instancia analizó el contexto histórico de la naturaleza de la responsabilidad de los mandos como una modalidad de la responsabilidad penal individual, y declaró que esta “surgió en el período de posguerra de la Segunda Guerra Mundial en la legislación nacional sobre los crímenes de guerra, así como en algunas decisiones judiciales después de la Segunda Guerra Mundial”⁸¹. La Sala de Primera Instancia examinó primero la legislación nacional⁸² y luego las decisiones de los tribunales nacionales⁸³, lo que la llevó a observar que “la jurisprudencia de la posguerra de la Segunda Guerra Mundial no había sido uniforme en su determinación de la naturaleza de la responsabilidad derivada del concepto de responsabilidad de los mandos⁸⁴. La Sala de Primera Instancia llegó a la conclusión de que el concepto de responsabilidad de los mandos solo se había “codificado” con la aprobación del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, y en relación con la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)⁸⁵.

⁷⁹ Véanse *Prosecutor v. Kunarac et al.*, fallo, causa núm. IT-96-23 e IT-96-23/1-A, A.Ch., 12 de junio de 2002, párrs. 130 y 131 (cuando se examina la tipificación del delito de violación); *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, fallo, causa núm. IT-95-14/2-A, A.Ch., 17 de diciembre de 2004, párr. 66, nota de pie de página 73 (después de analizar la legislación y jurisprudencia nacionales, la Sala decidió que “La prueba adicional de la falta de uniformidad de la práctica y la *opinio juris* de los Estados ... se pone de manifiesto en las controvertidas negociaciones, que se prolongaron hasta 1999, de los delegados en el Grupo de Trabajo sobre los Elementos de los Crímenes para el Estatuto de Roma”); *Prosecutor v. Halilović*, fallo, causa núm. IT-01-48-T, T.Ch.I.A, 16 de noviembre de 2005, párrs. 43 a 47.

⁸⁰ Véanse, por ejemplo, *Prosecutor v. Duško Tadić*, fallo, causa núm. IT-94-1-A, A.Ch., 15 de julio de 1999, párr. 290; *Prosecutor v. Blaškić*, fallo, causa núm. IT-95-14-T, T.Ch., 3 de marzo de 2000, párrs. 316 a 332; *Prosecutor v. Galić*, fallo, causa núm. IT-98-29-A, A.Ch., 30 de noviembre de 2006, párrs. 92 a 97; *Prosecutor v. Šainović et al.* (antes *Milutinović et al.*), fallo, causa núm. IT-05-87-A, A.Ch., 23 de enero de 2014, párrs. 1626 a 1646.

⁸¹ *Prosecutor v. Halilović*, fallo, causa núm. IT-01-48-T, T.Ch.I.A, 16 de noviembre de 2005, párr. 42.

⁸² *Ibid.*, párr. 43.

⁸³ *Ibid.*, párrs. 44 a 47.

⁸⁴ *Ibid.*, párr. 48.

⁸⁵ *Ibid.*, párrs. 49 a 54.

Observación 16

En la jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, las decisiones de los tribunales nacionales han constituido formas especialmente pertinentes de prueba de las normas consuetudinarias del derecho penal internacional, un tema que en parte se ha derivado de la legislación interna y de las decisiones de los tribunales nacionales.

40. Se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia que las normas consuetudinarias relativas al derecho penal internacional a menudo han surgido de la práctica de los Estados y de la aceptación como derecho (*opinio juris*) plasmadas en las decisiones de los tribunales nacionales. La decisión de la Sala de Apelaciones en la causa *Tadić* ilustra esta acentuada utilización de las decisiones de los tribunales nacionales en este ámbito del derecho⁸⁶. La Sala de Apelaciones afirmó que, habida cuenta de la ausencia en el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia de los elementos objetivos y subjetivos de la criminalidad colectiva, era necesario recurrir al derecho internacional consuetudinario para identificar esos elementos y que “las normas consuetudinarias en la materia son discernibles sobre la base de diversos elementos: principalmente la jurisprudencia y los pocos casos de legislación internacional”⁸⁷. En particular, la Sala se fundó en las decisiones de los tribunales nacionales como prueba de la práctica de los Estados cuando constató que “en la esfera que se examina, el derecho interno no se origina en la aplicación del derecho internacional, sino que, por el contrario, en gran medida, corre paralelo y precede a la normativa internacional”. Ello llevó a la Sala de Apelaciones a concluir que “la coherencia y la solidez de la jurisprudencia y los tratados mencionados ... así como su consonancia con los principios generales sobre la responsabilidad penal establecidos tanto en el derecho penal de los Estados como en el derecho penal internacional general y en la legislación nacional, justifican la conclusión de que la jurisprudencia refleja las normas consuetudinarias del derecho penal internacional”⁸⁸.

Observación 17

El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia ha indicado en términos generales que las decisiones de los tribunales nacionales son pertinentes como medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Observación 18

El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia ha recurrido con frecuencia a las decisiones de los tribunales nacionales como medio auxiliar particularmente pertinente para la determinación de la existencia o el contenido de las normas de derecho penal internacional.

⁸⁶ *Prosecutor v. Duško Tadić*, fallo, causa núm. IT-94-1-A, A.Ch., 15 de julio de 1999, párrs. 192 a 226.

⁸⁷ *Ibid.*, párr. 194.

⁸⁸ *Ibid.*, párrs. 225 y 226.

Observación 19

El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia ha hecho hincapié en que las decisiones judiciales internacionales tienen primacía sobre las decisiones de los tribunales nacionales como medio auxiliar para la identificación de las normas de derecho. Las Salas han ido reduciendo la remisión a las decisiones de los tribunales nacionales en el curso del tiempo, a medida que ha ido en aumento el número de las decisiones de otros tribunales y cortes penales internacionales.

41. El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia ha afirmado que recurriría a las “decisiones judiciales” como medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 *d*), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁸⁹. También constató que las decisiones de los tribunales nacionales podían utilizarse a tal efecto, pero destacó la importancia primordial de las decisiones judiciales internacionales. En la causa *Kupreškić et al.*, la Sala de Primera Instancia constató que las decisiones judiciales:

solo deben utilizarse como “medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho (para usar las palabras del Artículo 38, párrafo 1 *d*), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que deben considerarse declarativas del derecho internacional consuetudinario) ... por cuanto ... el precedente judicial no es una fuente de derecho definida en la justicia penal internacional. El Tribunal no está obligado por los precedentes establecidos por otros tribunales penales internacionales, tales como los Tribunales de Núremberg y Tokio, y mucho menos por las causas incoadas ante los tribunales nacionales que entienden en delitos internacionales ... y ... la autoridad de los precedentes (*auctoritas rerum similiter judicatarum*) puede consistir únicamente en poner de manifiesto la posible existencia de una norma internacional. En particular, los precedentes pueden constituir prueba de una norma consuetudinaria por cuanto son indicativos de la existencia de la *opinio juris sive necessitatis* y de la práctica internacional sobre cierta cuestión, o, en su defecto, pueden ser indicativos del nacimiento de un principio general del derecho internacional ... Los tribunales penales internacionales como el Tribunal Internacional deben siempre evaluar cuidadosamente las decisiones de otros tribunales antes de fundarse en su autoridad convincente *qua* derecho vigente. Además, deben aplicar un escrutinio más estricto a las decisiones nacionales que a los fallos internacionales, pues estos últimos se sustentan por lo menos en el mismo *corpus juris* aplicado por los tribunales internacionales, en tanto las primeras tienden a aplicar el derecho nacional, o principalmente ese derecho, o en su

⁸⁹ “Habrá que recurrir a las diversas fuentes del derecho internacional enumeradas en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, a saber, las convenciones internacionales, la costumbre internacional y los principios generales del derecho, así como otras fuentes subsidiarias como las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas. A la inversa, es evidente que el Tribunal no está obligado a aplicar las disposiciones del derecho nacional de ningún ordenamiento jurídico en particular.” *Prosecutor v Delalić et al.* fallo, causa núm. IT-96-21-T, T.CH, 16 de noviembre de 1998, párr. 414. Véase también *Prosecutor v Furundžija*, fallo, causa Núm. IT-95-17/1-T, T.CH, 10 de diciembre de 1998, párr. 196, en la que la Sala afirmó que los pronunciamientos de los tribunales militares británicos respecto de los juicios de los criminales de guerra fueron “menos útiles a los efectos de establecer normas de derecho internacional”, pues el derecho aplicable era nacional.

defecto interpretar normas internacionales a través del prisma de la legislación nacional⁹⁰.

42. En su jurisprudencia, las decisiones de los tribunales nacionales muchas veces han sido citadas por el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia como medio auxiliar para determinar una regla de derecho. Por ejemplo, en la causa *Tadić*⁹¹, la Sala recurrió a las decisiones de los tribunales nacionales en relación con varias cuestiones⁹², y se valió de ellas como medio auxiliar para la definición de los conceptos de “población civil” y “crímenes de lesa humanidad”⁹³. En cuanto al concepto de “población civil”, la Sala de Primera Instancia se remitió expresamente a la jurisprudencia nacional a la que calificó de “instructiva” porque el tribunal pertinente había aplicado “legislación nacional” que “tipificaba como delito los crímenes de lesa humanidad mediante una remisión a la resolución de las Naciones Unidas de 13 de febrero de 1946 que, a su vez, se remitía al Estatuto de Núremberg” y, por lo tanto, era pertinente a los fines de un análisis contemporáneo de derecho internacional consuetudinario⁹⁴. Cuando examinó la definición de crímenes de lesa humanidad, la Sala de Primera Instancia declaró que, por ser “el primer tribunal internacional que entiende en cargos por la comisión de crímenes de lesa humanidad presuntamente ocurridos después de la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal Internacional no está obligado por la doctrina anterior, sino que debe aplicar el derecho internacional consuetudinario en vigor al tiempo de la comisión de los delitos”⁹⁵. La Sala de Primera Instancia procedió a analizar una decisión anterior del Tribunal, un informe de la Comisión de Derecho Internacional y una decisión del Tribunal de Apelación de los Estados Unidos (segundo circuito) para arribar a su conclusión sobre el asunto⁹⁶. Análogamente, en los asuntos que siguieron a la causa *Tadić*, las Salas muchas veces se sustentaron en la autoridad de las decisiones de los tribunales nacionales juntamente con otros medios auxiliares⁹⁷. Un ejemplo claro de

⁹⁰ *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, fallo, causa núm. IT-95-16-T, T.Ch., 14 de enero de 2000, párrs. 540 a 542.

⁹¹ *Prosecutor v. Duško Tadić*, dictamen y fallo, causa núm. IT-94-1-T, T.CH., 7 de mayo de 1997;

⁹² *Ibid.*, párrs. 638 a 643, 650 a 655, 657 y 658, 669, 678 a 687 y 694 y 696.

⁹³ *Ibid.* La Sala de Primera Instancia comenzó aclarando que ni el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, ni el informe del Secretario General sobre el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, imparten orientación en cuanto a la definición de “civil” (párr. 637). En consecuencia, la Sala se valió de las disposiciones de los tratados, las decisiones de los tribunales nacionales, los documentos de las Naciones Unidas y una decisión de una Sala de Primera Instancia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en otra causa, a fin de llegar a una constatación sobre el significado de “civil” (párrs. 638 a 643).

⁹⁴ *Prosecutor v. Duško Tadić*, dictamen y fallo, causa núm. IT-94-1-T, T.CH., 7 de mayo de 1997, párr. 642. La jurisprudencia nacional en cuestión se refiere a la causa *Barbie* incoada ante la Sala en lo Penal del Tribunal de Casación francés, titulada *Fédération nationale des déportés, internés, résistants et patriotes et autres v. Barbie*.

⁹⁵ *Ibid.*, párr. 654.

⁹⁶ *Ibid.*, párrs. 654 y 655.

⁹⁷ Véanse, por ejemplo, *Prosecutor v. Duško Tadić*, fallo, causa núm. IT-94-1-A, A.Ch., 15 de julio de 1999, párrs. 255 a 270; *Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura*, fallo, causa núm. IT-01-47-T, T.Ch., 15 de marzo de 2006, párr. 188, nota de pie de página 318; *Prosecutor v. Orić*, fallo, causa núm. IT-03-68-T, T.Ch.II, 30 de junio de 2006, párr. 304, notas de pie de página 860 y 861, y párr. 588, notas de pie de página 1579 a 1581; *Prosecutor v. Jelisić*, fallo, causa núm. IT-95-10-T, T.Ch., 14 de diciembre de 1999, párr. 68; *Prosecutor v. Blaškić*, fallo, causa núm. IT-95-14-T, T.Ch., 3 de marzo de 2000, párrs. 221, 223, 224, 229 y 230; *Prosecutor v. Kunarac et al.*, fallo, causa núm. IT-96-23 e IT-96-23/1-A, A.Ch., 12 de junio de 2002, párr. 123; *Prosecutor v. Krnojelac*, fallo, causa núm. IT-97-25-A, A.Ch., 17 de septiembre de 2003,

ello puede encontrarse en la causa *Kunarac*⁹⁸. La Sala de Primera Instancia examinó la definición de “esclavitud” mediante la consulta de “varias fuentes que se relacionan con el mismo tema o temas similares, incluido el derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos”, pues la esclavitud no está tipificada como delito en el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia⁹⁹. La Sala de Primera Instancia se valió de las disposiciones de los tratados¹⁰⁰, la jurisprudencia internacional, regional y nacional¹⁰¹ y los informes de la Comisión de Derecho Internacional¹⁰².

43. En el contexto específico del derecho penal internacional, un determinado tipo de decisión judicial interna era especialmente pertinente. En su calidad de primer tribunal penal internacional establecido desde los tribunales militares internacionales de Núremberg y Tokio, el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia tuvo a su disposición un número reducido de decisiones de tribunales penales internacionales que podían servirle de fundamento en las primeras causas en las que debía entender. Una importante fuente de información judicial, de considerable autoridad para el Tribunal, fueron las decisiones emanadas de los tribunales establecidos en Alemania en virtud de la Ley núm. 10 del Consejo de Control relativa a las causas por crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. Aunque dictadas por tribunales internos, se hizo remisión a esas decisiones en aplicación del derecho internacional y, en particular, del derecho internacional consuetudinario. En la causa *Furundžija*, por ejemplo, la Sala de Primera Instancia indicó los criterios para determinar la pertinencia de las decisiones de los tribunales nacionales en los términos siguientes:

Para una evaluación correcta de esta jurisprudencia, es importante tener presente, en cada una de las causas examinadas, el foro en el que se ventilaron y el derecho aplicado, dado que esos factores determinan su valor de fuentes autorizadas. Además, se debiera siempre presente la necesidad de obrar con

párr. 96; *Prosecutor v. Stakić*, fallo, causa núm. IT-97-24-A, A.Ch., 22 de marzo de 2006, párrs. 289 a 300 y 315; *Prosecutor v. Simić et al.*, fallo, causa núm. IT-95-9-T, T.Ch.II, 17 de octubre de 2003, párr. 102, nota de pie de página 186; *Prosecutor v. Blagojević and Jokić*, fallo, causa núm. IT-02-60-T, T.Ch.I.A, 17 de enero de 2005, párr. 624, nota de pie de página 2027. párrs. 646 y 664; *Prosecutor v. Strugar*, fallo, causa núm. IT-01-42-T, T.Ch.II, 31 de enero de 2005, párrs. 363 y 364; *Prosecutor v. Halilović*, fallo, causa núm. IT-01-48-T, T.Ch.I.A, 16 de noviembre de 2005, párr. 60, nota de pie de página 143, y párr. 63, nota de pie de página 149; *Prosecutor v. Brđanin*, fallo, causa núm. IT-99-36-A, A.Ch., 3 de abril de 2007, párrs. 392 a 404 y 410; *Prosecutor v. Delić*, fallo, causa núm. IT-04-83-T, T.Ch.I, 15 de septiembre de 2008, párrs. 73 y 74; *Prosecutor v. Popović et al.*, fallo, causa núm. IT-05-88-T, T.Ch.II, 10 de junio de 2010, párr. 807, nota de pie de página 2911; *Prosecutor v. Đorđević*, fallo público, causa núm. IT-05-87/1-T, T.Ch.II, 23 de febrero de 2011, párr. 1771; y *Prosecutor v. Perišić*, fallo, causa núm. IT-04-81-A, A.Ch., 28 de febrero de 2013, párr. 44, nota de pie de página 115.

⁹⁸ *Prosecutor v. Kunarac et al.*, fallo, causa núm. IT-96-23-T e IT-96-23/1-T, T.Ch., 22 de febrero de 2001. Véase también *Prosecutor v. Krnojelac*, fallo, causa núm. IT-97-25-T, T.Ch.II, 15 de marzo de 2002, párr. 58, nota de pie de página 197 (la Sala enumeró “precedentes” que justificaban su constatación respecto del derecho internacional consuetudinario que, a su vez, incluía el Estatuto de Núremberg, la jurisprudencia internacional y nacional y los documentos de la Comisión de Derecho Internacional), y párr. 474, nota de pie de página 1429.

⁹⁹ *Prosecutor v. Kunarac et al.*, fallo, causa núm. IT-96-23-T e IT-96-23/1-T, T.Ch., 22 de febrero de 2001, párr. 518.

¹⁰⁰ *Ibid.*, párrs. 519 a 522, 528 a 533 y 536.

¹⁰¹ *Ibid.*, párrs. 523 a 527 y 534 y 535.

¹⁰² *Ibid.*, párr. 537.

suma prudencia en lo que respecta a valerse de la jurisprudencia nacional para determinar si las normas consuetudinarias del derecho penal internacional han evolucionado en un asunto en particular¹⁰³.

Por consiguiente, varias Salas del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia se han remitido frecuentemente, en general, a la “jurisprudencia de los juicios de la Segunda Guerra Mundial” o a la “jurisprudencia de la posguerra de la Segunda Guerra Mundial” como fuente autorizada con el fin de establecer la existencia y, en particular, el contenido exacto de las normas consuetudinarias del derecho penal internacional¹⁰⁴. Esa jurisprudencia representaba, en ese momento, los únicos pronunciamientos judiciales autoritativos relativos a la aplicación del derecho internacional humanitario en el contexto de un juicio penal. Merced a la elaboración de su jurisprudencia, el Tribunal se ha fundado cada vez más en su propia jurisprudencia, o en la del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, y, en consecuencia, las referencias a las decisiones adoptadas por tribunales nacionales, como medio auxiliar, han pasado a ser menos frecuentes.

VIII. Tribunal Penal Internacional para Rwanda

Observación 20

En la identificación del derecho internacional consuetudinario, el Tribunal Internacional para Rwanda rara vez se ha referido a decisiones de tribunales nacionales como formas de prueba de la práctica de los Estados o de la aceptación como derecho (*opinio juris*).

Observación 21

En la identificación del derecho internacional consuetudinario, el Tribunal Internacional para Rwanda se refirió a las decisiones de los tribunales nacionales como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, aunque con menos frecuencia que las remisiones a su propia jurisprudencia y a la del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia.

44. El artículo 1 del Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda dispone que este “tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y a los ciudadanos de Rwanda responsables de violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994”. En cuanto al derecho aplicable, el Tribunal Internacional para Rwanda tenía una competencia ligeramente más amplia que la del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia. El Consejo de Seguridad, que estableció el Tribunal, no sobre la base de un proyecto de estatuto preparado por el Secretario General, sino mediante negociaciones entre los miembros del Consejo, incluyó “en la competencia del Tribunal para Rwanda en razón de la materia instrumentos

¹⁰³ *Prosecutor v. Furundžija*, fallo, causa núm. IT-95-17/1-T, T.Ch., 10 de diciembre de 1998, párr. 194.

¹⁰⁴ Véanse, por ejemplo, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, fallo, causa núm. IT-98-30/1-T, T.Ch., 2 de noviembre de 2011, párr. 186; *Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura*, fallo, causa núm. IT-01-47-T, T.Ch., 15 de marzo de 2006, párrs. 255 a 261; *Prosecutor v. Brdanin*, fallo, causa núm. IT-99-36-A, A.Ch., 3 de abril de 2007, párr. 415.

internacionales, independientemente de que sean considerados parte del derecho internacional consuetudinario o de que hayan consuetudinariamente entrañado la responsabilidad penal individual del autor del crimen¹⁰⁵. No obstante, en la causa *Akayesu*, una Sala de Primera Instancia aclaró lo siguiente:

A pesar de que el Consejo de Seguridad decidió adoptar un criterio más amplio en cuanto a la elección de la competencia del Tribunal en razón de la materia que la del [Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia], mediante la incorporación de los instrumentos internacionales, independientemente de que fueran considerados parte del derecho internacional consuetudinario o que consuetudinariamente hubieran entrañado la responsabilidad penal individual del autor del delito, la Sala estima que una cuestión fundamental que debería abordarse en esta etapa es la relativa a saber si el artículo 4 del Estatuto abarca normas que, en el momento en que se habrían cometido los crímenes alegados en la acusación, no formaban parte del derecho internacional consuetudinario vigente. Además, la Sala recordó que la constitución del [Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia], en el curso de la cual el Secretario General de las Naciones Unidas afirmó que, por aplicación del principio *nullum crimen sine lege*, el Tribunal internacional debería aplicar las normas del derecho internacional humanitario que sin duda alguna formarían parte del derecho consuetudinario¹⁰⁶.

Del total de 85 fallos dictados por el Tribunal Internacional para Rwanda y analizados a los efectos del presente memorando, 12 hicieron referencia a decisiones de los tribunales nacionales en el contexto de la identificación del derecho internacional consuetudinario¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Informe presentado por el Secretario General en cumplimiento del párrafo 5 de la resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad, documento S/1995/134, de 13 de febrero de 1995 (“informe del Secretario General sobre el Tribunal Internacional para Rwanda”), párr. 12.

¹⁰⁶ *Prosecutor v. Akayesu*, fallo, causa núm. ICTR-96-4-T, T.Ch.I, 2 de septiembre de 1998, párr. 605 (las cursivas figuran en el texto original; se han omitido las notas de pie de página).

¹⁰⁷ *Prosecutor v. Akayesu*, fallo, causa núm. ICTR-96-4-T, T.Ch.I, 2 de septiembre de 1998; *Prosecutor v. Musema*, fallo, causa núm. ICTR-96-13-A, T.Ch.I, 27 de enero de 2000; *Prosecutor v. Bagilishema*, fallo, causa núm. ICTR-95-1A-T, T.Ch.I, 7 de junio de 2001; *Prosecutor v. Bagilishema*, fallo, causa núm. ICTR-95-1A-A, A.Ch., 3 de julio de 2002; *Prosecutor v. Nahimana et al.*, fallo y sentencia, causa núm. ICTR-99-52-T, T.Ch.I, 3 de diciembre de 2003; *Prosecutor v. Gacumbitsi*, fallo, causa núm. ICTR-2001-64-A, A.Ch. 7 de julio de 2006; *Prosecutor v. Nahimana et al.*, fallo, causa núm. ICTR-99-52-A, A.Ch., 28 de noviembre de 2007; *Prosecutor v. Seromba*, fallo, causa núm. ICTR-2001-66-A, A.Ch., 12 de marzo de 2008; *Prosecutor v. Bikindi*, fallo, causa núm. ICTR-01-72-T, T.Ch.III, 2 de diciembre de 2008; *Prosecutor v. Munyakazi*, fallo y sentencia, causa núm. ICTR-97-36A-T, T.Ch.II, 5 de julio de 2010; *Prosecutor v. Bagosora and Nsengiyumva*, fallo, causa núm. ICTR-98-41-A, A.Ch., 14 de diciembre de 2011; y *Prosecutor v. Nzabonimana*, fallo, causa núm. ICTR-98-44D-A, A.Ch., 29 de septiembre de 2014. El presente memorando se refiere únicamente a los fallos dictados por las Salas de Primera Instancia y de Apelaciones del Tribunal Internacional para Rwanda sobre el fondo de la causa antes del 31 de diciembre de 2015. No abarca los fallos dictados en causas en que se negociaron declaraciones de culpabilidad, los fallos por desacato y decisiones de imposición de penas. Además, el memorando se limita exclusivamente a la utilización de las decisiones nacionales por las Salas de Primera Instancia y de Apelaciones sobre cuestiones de derecho internacional consuetudinario. La referencia a las decisiones nacionales a los efectos de los principios generales del derecho y las cuestiones de procedimiento escapa al ámbito del presente memorando.

45. La jurisprudencia del Tribunal Internacional para Rwanda se valió, a veces, de las decisiones de los tribunales nacionales para interpretar y aclarar las modalidades de la responsabilidad penal individual¹⁰⁸, los elementos de los crímenes¹⁰⁹ y el alcance y significado de los crímenes¹¹⁰. Por ejemplo, la Sala de Primera Instancia hizo varias referencias a las decisiones de tribunales nacionales en la causa *Akayesu*, que fue la primera causa en que se dictó sentencia de primera instancia¹¹¹. En esa causa, en unas pocas ocasiones, la Sala recurrió exclusivamente a las decisiones de los tribunales nacionales para arribar a su constatación¹¹², en tanto en otras causas se fundó en instrumentos internacionales, la jurisprudencia internacional y las leyes nacionales, además de las decisiones de los tribunales nacionales¹¹³.

46. En las causas que siguieron a la causa *Akayesu* se hicieron pocas menciones de las decisiones de los tribunales nacionales. Por ejemplo, las decisiones de los tribunales nacionales se mencionaron como prueba de la práctica de los Estados en la causa *Bogosora y Nsengiyumva*¹¹⁴. En la causa *Bagilishema*, la Sala de Primera Instancia y la Sala de Apelaciones mencionaron las decisiones de tribunales nacionales como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho¹¹⁵.

¹⁰⁸ *Prosecutor v. Akayesu*, fallo, causa núm. ICTR-96-4-T, T.Ch.I, 2 de septiembre de 1998, párrs. 556 y 633; *Prosecutor v. Musema*, fallo, causa núm. ICTR-96-13-A, T.Ch.I, 27 de enero de 2000, párrs. 142 y 270 a 274; *Prosecutor v. Bagilishema*, fallo, causa núm. ICTR-95-1A-T, T.Ch.I, 7 de junio de 2001, párrs. 37 (nota de pie de página 32) 44 y 50 (nota de pie de página 55); *Prosecutor v. Bagilishema*, fallo, causa núm. ICTR-95-1A-A, A.Ch., 3 de julio de 2002, párr. 35, nota de pie de página 50; *Prosecutor v. Nahimana et al.*, fallo y sentencia, causa núm. ICTR-99-52-T, T.Ch.I, 1 de diciembre de 2003, párr. 1045; *Prosecutor v. Munyakazi*, fallo y sentencia, causa núm. ICTR-97-36A-T, T.Ch.I, 5 de julio de 2010, párr. 430, nota de pie de página 866.

¹⁰⁹ *Prosecutor v. Akayesu*, fallo, causa núm. ICTR-96-4-T, T.Ch.I, 2 de septiembre de 1998, párrs. 502 a 504, 534, 539 a 548 y 584, nota de pie de página 148; *Prosecutor v. Bagilishema*, fallo, causa núm. ICTR-95-1A-T, T.Ch.I, 7 de junio de 2001, párr. 34, nota de pie de página 30; *Prosecutor v. Nahimana et al.*, fallo, causa núm. ICTR-99-52-A, A.Ch., 28 de noviembre de 2007, párr. 896, nota de pie de página 2027, y párr. 898, notas de pie de página 2030 y 2031; *Prosecutor v. Gacumbitsi*, fallo, causa núm. ICTR-2001-64-A, A.Ch., 7 de julio de 2006, párr. 60, nota de pie de página 145; *Prosecutor v. Seromba*, fallo, causa núm. ICTR-2001-66-A, A.Ch., 12 de marzo de 2008, párr. 161, nota de pie de página 389.

¹¹⁰ *Prosecutor v. Akayesu*, fallo, causa núm. ICTR-96-4-T, T.Ch.I, 2 de septiembre de 1998, párrs. 567 a 576; *Prosecutor v. Nahimana et al.*, fallo, causa núm. ICTR-99-52-A, A.Ch., 28 de noviembre de 2007, párr. 692, nota de pie de página 1657; *Prosecutor v. Nzabonimana*, fallo, causa núm. ICTR-98-44D-A, A.Ch., 29 de septiembre de 2014, párr. 125, nota de pie de página 372.

¹¹¹ *Prosecutor v. Akayesu*, fallo, causa núm. ICTR-96-4-T, T.Ch.I, 2 de septiembre de 1998, párrs. 502 a 504, 534, 539 a 548, 556, 567 a 576 y 584, nota de pie de página 148, y párr. 633.

¹¹² *Ibid.*, párrs. 502 a 504 y párr. 584.

¹¹³ *Ibid.* párrs. 525 a 548, 549 a 562, 563 a 577 y 630 a 634.

¹¹⁴ *Prosecutor v. Bagosora and Nsengiyumva*, fallo, causa núm. ICTR-98-41-A, A.Ch., 14 de diciembre de 2011, párr. 729, nota de pie de página 1680. Al dilucidar la cuestión de la tipificación como delito de actos degradantes de la dignidad del cadáver o de profanar un cadáver, la Sala declaró que “un examen del derecho internacional consuetudinario sobre esta cuestión debería tener en cuenta el gran número de jurisdicciones que tipifican como delito la degradación de la dignidad de los cadáveres o la profanación de estos”. La Sala procedió a citar varias disposiciones de la legislación nacional y, por último, añadió que “en varios juicios después de la Segunda Guerra Mundial los acusados fueron condenados por cargos de mutilación de cadáveres”.

¹¹⁵ *Prosecutor v. Bagilishema*, fallo, causa núm. ICTR-95-1A-T, T.Ch.I, 7 de junio de 2001, párr. 34, nota de pie de página 30, párr. 37, nota de pie de página 32, párr. 44, párr. 50, nota de pie de

47. La utilización de las decisiones de los tribunales nacionales como medio auxiliar fue ligeramente más frecuente en la jurisprudencia del Tribunal Internacional para Rwanda. En algunos casos, las Salas analizaron las decisiones de los tribunales nacionales en conjunción con diferentes formas de prueba ya sea para hacer una constatación o llegar a una conclusión sobre la interpretación, el alcance o el significado de una disposición. En la causa *Musema*, dentro del contexto de la responsabilidad del superior jerárquico, la Sala tuvo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y de los tribunales de Núremberg y Tokio, las doctrinas de los publicistas y las decisiones de los tribunales nacionales¹¹⁶. En la causa *Nzabonimana*, la Sala se valió de las decisiones de los tribunales nacionales, la jurisprudencia del Tribunal Internacional para Rwanda, un informe de la Comisión de Derecho Internacional y las doctrinas de los publicistas al examinar el significado del concepto de “incitación pública” en relación con el genocidio¹¹⁷. En otras oportunidades, las Salas recurrieron exclusivamente a las decisiones de los tribunales nacionales, junto con la jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, para arribar a una constatación¹¹⁸ o solo a decisiones de los tribunales nacionales para interpretar una disposición¹¹⁹.

IX. Corte Penal Internacional

Observación 22

En la identificación del derecho internacional consuetudinario, la Corte Penal Internacional se ha referido tanto a las decisiones de los tribunales y cortes internacionales como a las decisiones de los tribunales nacionales como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.

48. Habida cuenta de que solo un fallo en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional se consideró pertinente a los efectos del presente memorando, sería prematuro extraer de él observaciones generales¹²⁰. En cambio, cabe formular algunas observaciones generales en relación con el fallo en cuestión, que fue

página 55, párrs. 142 y 143, párr. 1012, nota de pie de página 1188; *Prosecutor v. Bagilishema*, fallo, causa núm. ICTR-95-1A-A, A.Ch., 3 de julio de 2002, párr. 35, nota de pie de página 50.

¹¹⁶ *Prosecutor v. Musema*, fallo, causa núm. ICTR-96-13-A, T.Ch.I, 27 de enero de 2000, párrs.

127 a 148. Véanse también los párrs. 264 a 275, en que la Sala examinó la categoría de perpetradores de crímenes que pertenecían a las fuerzas armadas y recurrió a la jurisprudencia del Tribunal Internacional para Rwanda, los tribunales de Núremberg y Tokio y las decisiones de los tribunales nacionales.

¹¹⁷ *Prosecutor v. Nzabonimana*, fallo, causa núm. ICTR-98-44D-A, A.Ch., 29 de septiembre de 2014, párrs. 125 a 127.

¹¹⁸ *Prosecutor v. Bagilishema*, fallo, causa núm. ICTR-95-1A-T, T.Ch.I, 7 de junio de 2001, párrs. 34 y 44 a 46.

¹¹⁹ *Prosecutor v. Akayesu*, fallo, causa núm. ICTR-96-4-T, T.Ch.I, 2 de septiembre de 1998, párrs. 502 a 504.

¹²⁰ El presente memorando se refiere únicamente a los fallos dictados por las Salas de Primera Instancia y de Apelaciones de la Corte Penal Internacional sobre el fondo de la causa. No se refiere a las decisiones de imposición de penas ni a las decisiones sobre confirmación de los cargos antes del juicio. Por consiguiente, en total se analizaron cinco fallos, de los cuales uno se consideró pertinente y cuatro no se consideraron pertinentes a los efectos del estudio. La jurisprudencia pertinente comprende fallos dictados por las Salas de la Corte Penal Internacional hasta el 31 de diciembre de 2015.

dictado por la Sala de Apelaciones en la causa *Lubanga*¹²¹. En dicha oportunidad, la Sala de Apelaciones recurrió a las decisiones nacionales al examinar el nivel de previsibilidad de los acontecimientos en relación con el plan común necesario para la coautoría¹²². Si bien las decisiones nacionales se citaron en las notas de pie de página en sustento de la afirmación de la Sala de que el nivel de previsibilidad era una certidumbre virtual, la Sala no dio una explicación de su función. Además de las decisiones de los tribunales nacionales, la Sala mencionó la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional y otros medios auxiliares para la determinación de las reglas de derecho, por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y las doctrinas de los publicistas sobre el tema¹²³. En consecuencia, bien podría inferirse que la Sala se valió de las decisiones nacionales en esta causa como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.

X. Observaciones generales

Observación 23

En la identificación del derecho internacional consuetudinario, se puede recurrir a las decisiones de los tribunales nacionales con dos propósitos distintos: como forma de prueba de los elementos constitutivos de las normas de derecho internacional consuetudinario o como medio auxiliar para la determinación de esas normas.

49. Las decisiones de los tribunales nacionales cumplen dos funciones generales en la determinación del derecho internacional consuetudinario. En primer lugar, constituyen una importante forma de prueba, entre otras cosas, de que existe una determinada práctica del Estado o de que es aceptada como derecho (*opinio juris*) de conformidad con el Artículo 38, párrafo 1 *b*), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; a decir verdad, por cuanto los tribunales nacionales son órganos del Estado, sus decisiones a veces pueden constituir directamente la práctica de los Estados o ser una expresión de la aceptación como derecho (*opinio juris*). En segundo lugar, las decisiones de los tribunales nacionales pueden contarse entre las “decisiones judiciales” mencionadas como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, incluido el derecho internacional consuetudinario, en el Artículo 38, párrafo 1 *d*), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

50. Esta naturaleza dual de las decisiones de los tribunales nacionales se refleja en las decisiones de los tribunales y cortes internacionales analizados hasta ahora. Si bien los tribunales y cortes internacionales han mencionado fundamentalmente decisiones de los tribunales nacionales como prueba de la práctica de los Estados o de la aceptación como derecho (*opinio juris*) de determinados Estados, a fin de establecer que existe derecho internacional, algunas cortes y tribunales, en particular los tribunales penales internacionales, también se han referido a ellas como medio auxiliar para confirmar la existencia de una norma que ya se ha dado por existente.

¹²¹ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, fallo en la apelación del Sr. Thomas Lubanga Dyilo contra su condena, causa núm. ICC-01/04-01/06 A5, A.Ch., 1 de diciembre de 2014.

¹²² *Ibid.*, párr. 447, notas de pie de página 827 y 828.

¹²³ *Ibid.*, párrs. 445 a 449.

Observación 24

Las decisiones de los tribunales nacionales son mencionadas periódicamente por los tribunales y cortes internacionales cuando sopesan los dos elementos constitutivos de las normas de derecho internacional consuetudinario, en particular con respecto a las cuestiones de derecho internacional que están más estrechamente vinculadas con el derecho interno.

51. Las decisiones de los tribunales nacionales constituyen una forma de prueba, entre otras, para la determinación de la existencia de una práctica general aceptada como derecho (*opinio juris*). Los tribunales y cortes internacionales han aplicado las decisiones de los tribunales nacionales en este contexto mediante una remisión a ellas, en conjunción con otros elementos, como el derecho interno o la práctica administrativa, con el fin de evaluar la práctica de un Estado, y en conjunción con otros elementos, como las posiciones adoptadas por los gobiernos, a efectos de determinar la existencia de la aceptación como derecho (*opinio juris*) de esos Estados. A la hora de examinar las decisiones de los tribunales nacionales para esos efectos, las cortes y tribunales internacionales se han fundado en particular, dentro de lo posible, en las decisiones de los más altos tribunales nacionales. Esas decisiones suelen asumir una significación particular con respecto a la legislación ya que los tribunales y cortes internacionales generalmente no hacen interpretaciones de la legislación nacional, sino que se fundan en la interpretación dada por los tribunales encargados de la aplicación de ese derecho.

52. Cuando mencionan las decisiones de los tribunales nacionales como prueba de la práctica de los Estados o la aceptación como derecho (*opinio juris*), los tribunales y cortes internacionales muchas veces han hecho un análisis cuantitativo de las decisiones pertinentes y de la variedad de los Estados de los que emanan, y no de los detalles de la argumentación de cada una. A este respecto, las decisiones examinadas son a menudo las que han sido invocadas por las partes que comparecen ante la corte o tribunal internacional que ha de decidir. Además, al evaluar el acervo de decisiones disponibles, los tribunales internacionales por lo común hacen una evaluación general, razón por la cual la falta de coherencia entre jurisdicciones bien puede llevar a la conclusión de que una norma determinada o bien no existe o no ha plasmado enteramente todavía.

53. Las decisiones de los tribunales nacionales han sido invocadas especialmente como práctica de los Estados o de la aceptación como derecho (*opinio juris*) cuando se establece la existencia de una norma consuetudinaria de derecho internacional que se refiere a determinados ámbitos del derecho internacional —tales como la inmunidad de jurisdicción, el derecho penal y la protección diplomática—, debido a la especial pertinencia de la práctica judicial nacional en esos ámbitos específicos.

Observación 25

Las constataciones de los tribunales nacionales sobre las normas de derecho internacional consuetudinario han sido mencionadas por los tribunales y cortes internacionales como medio auxiliar para la determinación de la existencia o el contenido de esas normas.

54. En la aplicación del derecho internacional consuetudinario, las decisiones de los tribunales nacionales pueden servir asimismo como medio auxiliar para

confirmar la constatación sobre la existencia o el alcance de una determinada norma de derecho internacional consuetudinario por un tribunal o una corte internacional, sin necesidad de proceder a una evaluación *de novo* de la práctica de los Estados o de la aceptación como derecho (*opinio juris*). A este respecto, cabe señalar que algunos tribunales y cortes internacionales, así como magistrados de la Corte Internacional de Justicia en sus opiniones individuales, han interpretado que el término “decisiones judiciales” en el Artículo 38, párrafo 1 *d*), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia abarca las decisiones de los tribunales nacionales. Además, no se ha encontrado instancia alguna en la que los tribunales o cortes internacionales hayan excluido la posibilidad de que las decisiones de los tribunales nacionales puedan tener esa función auxiliar en virtud del Artículo 38, párrafo 1 *d*), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

55. De ello se sigue que las decisiones de los tribunales nacionales pueden considerarse un “medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”, incluidas las normas de derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, no se echa de ver con claridad que todos los medios auxiliares mencionados en el Artículo 38, párrafo 1 *d*), del Estatuto tengan igual autoridad. En la jurisprudencia analizada en el presente memorando, las decisiones de los tribunales nacionales fueron mencionadas con menos frecuencia y encaradas con más prudencia que las decisiones emanadas de los tribunales y cortes internacionales. Por otra parte, el recurso auxiliar a las decisiones de los tribunales nacionales se produjo principalmente en relación con cuestiones que no habían sido objeto de una jurisprudencia desarrolladas en el plano internacional, en los casos en que no existían decisiones judiciales internacionales o en relación con esferas temáticas en las cuales la práctica judicial interna era especialmente pertinente. Así sucede, en particular, en lo que concierne a los principios de la jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, pues a medida que la jurisprudencia internacional se fue desarrollando con el correr del tiempo, fue disminuyendo el recurso a las decisiones de los tribunales nacionales.

56. Cuanto los tribunales y cortes internacionales se valen de las decisiones de los tribunales nacionales como medio auxiliar, es la decisión misma lo que el tribunal o la corte que ha de decidir considera, y no la posición del tribunal nacional en el sistema jurídico nacional. Por lo tanto, la decisión de un tribunal de distrito que entiende en cuestiones de derecho internacional similares a las examinadas por el tribunal o la corte que ha de decidir no necesariamente es menos pertinente como medio auxiliar con arreglo al Artículo 38, párrafo 1 *d*), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que la decisión de un tribunal superior de un sistema jurídico distinto. La autoridad de una declaración contenida en la decisión de un tribunal nacional como medio auxiliar para la determinación de una norma de derecho reside fundamentalmente en la calidad del razonamiento y su pertinencia para el derecho internacional.