



Asamblea General

Distr. general
13 de febrero de 2023
Español
Original: inglés

Comisión de Derecho Internacional

74º período de sesiones

Ginebra, 24 de abril a 2 de junio y

3 de julio a 4 de agosto de 2023

Primer informe sobre los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional

Por Charles Chernor Jalloh, Relator Especial*

* Publicado nuevamente por razones técnicas el 12 de mayo de 2023.

** El Relator Especial da las gracias a la Facultad de Derecho de la Universidad Internacional de Florida, en particular al decano, Antony Page, por el apoyo prestado para la celebración del simposio titulado “The Current and Future Work of the International Law Commission” en Miami (Estados Unidos) los días 4 y 5 de noviembre de 2022, en el que presentó los primeros proyectos de capítulo de su primer informe. Agradece a todos los ponentes y participantes en el simposio sus valiosas aportaciones. Da las gracias a tres colegas académicos por su valiosa ayuda en la investigación de algunas de las cuestiones tratadas en el presente informe: Eirik Bjorge, Sondre Torp Helmersen y Niccolò Ridi. También desea dar las gracias a Michael Wood, Marcelo Vázquez-Bermúdez y Dire Tladi, relatores especiales de la Comisión de Derecho Internacional para los temas conexos, por leer su primer borrador del presente informe y hacer útiles propuestas. Clea Strydom prestó una magnífica asistencia para la investigación, mientras que Jennifer Croslow, Lisa Ndyulo, Lauryn Reed, Ashira Vantrees, Adam Weiss y Sidney Young recopilaron el material de la investigación y ayudaron con las notas a pie de página. Quiere dar las gracias a todos. Por último, pero no por ello menos importante, agradece a la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas, en especial al equipo encargado de los medios auxiliares, Huw Llewellyn, Arnold Pronto, Paola Patarroyo y Raissa Urquiza, por su ardua labor en la preparación del memorando de la Secretaría sobre el tema publicado en febrero de 2023.



Índice

<i>Capítulo</i>	<i>Página</i>
I. Introducción.....	4
A. Inclusión del tema en el programa de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional .	4
B. Objetivo y estructura del presente informe.....	6
II. El debate sobre el tema en la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas	10
A. El debate de 2021 en la Asamblea General.....	10
B. Debate de 2022 en la Asamblea General.....	15
III. Alcance y resultado del tema.....	17
A. Cuestiones que se someten a la consideración de la Comisión.....	17
1. El origen, la naturaleza y el alcance de los medios auxiliares.....	18
2. La relación de los medios auxiliares con las fuentes del derecho internacional....	18
3. Otros medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional.....	19
B. Resultado final en forma de proyecto de conclusiones.....	20
C. Aclaraciones terminológicas.....	21
IV. Metodología.....	23
V. Labor anterior de la Comisión sobre los medios auxiliares.....	26
A. La evaluación por la Comisión del artículo 24 de su Estatuto y de los medios auxiliares	27
B. El uso habitual de los medios auxiliares en la labor de la Comisión.....	28
C. La invocación por la Comisión de las decisiones judiciales de cortes y tribunales internacionales y de otra índole.....	31
D. La invocación por la Comisión de la doctrina y la labor de los órganos de expertos....	43
E. Empleo por la Comisión de su labor anterior.....	52
F. Observaciones del Relator Especial sobre el empleo de medios auxiliares por parte de la Comisión.....	54
VI. La naturaleza y la función de las fuentes en el sistema jurídico internacional.....	57
A. Breve reseña del lugar que ocupan las fuentes en el derecho internacional.....	57
B. La definición de “fuentes” en derecho internacional.....	58
C. La distinción entre fuentes “formales” y “materiales”.....	59
D. La función del Artículo 38, párrafo 1, y de las fuentes del derecho internacional frente a las fuentes de obligaciones.....	61
E. Falta de jerarquía formal entre las fuentes.....	67
F. Los medios auxiliares como “procesos de creación del derecho” e “instrumentos determinantes del derecho”.....	70
VII. Historia de la redacción del Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.....	75
A. Redacción del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional por el Comité Consultivo de Juristas (1920).....	76

B.	Enmiendas del Comité de Juristas (1929)	84
C.	Pequeñas adiciones introducidas en el Artículo 38 durante la Conferencia de las Naciones Unidas (1945)	85
D.	Observaciones del Relator Especial a partir de la historia de la redacción del Artículo 38	87
VIII.	Análisis textual de los elementos del párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia	89
A.	Encabezamiento del párrafo 1: “La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar”	89
B.	El sentido de la expresión “resoluciones judiciales”	94
C.	El sentido del término “doctrinas”.	106
D.	El sentido de la expresión “los publicistas de mayor competencia”	114
E.	El sentido de la expresión “las distintas naciones”	116
F.	El sentido de la expresión “medio auxiliar”	118
G.	El sentido de la expresión “para la determinación de las reglas de derecho”.	120
H.	Observaciones del Relator Especial sobre los elementos de los medios auxiliares	122
IX.	Otros medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional	124
A.	El carácter no exhaustivo del Artículo 38 lleva a preguntarse si existen otros medios auxiliares	124
B.	El alcance de otros medios auxiliares dentro de las categorías establecidas	125
C.	Posibles medios auxiliares	128
D.	Distinción entre los medios auxiliares y la prueba de la existencia de normas de derecho internacional	131
E.	Cuestiones relativas a la autoridad	131
X.	Conclusión y futuro programa de trabajo	135
	Proyecto de conclusión 1	
	Alcance	135
	Proyecto de conclusión 2	
	Categorías de medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho	135
	Proyecto de conclusión 3	
	Criterios de evaluación de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho	135
	Proyecto de conclusión 4	
	Decisiones de las cortes y tribunales	135
	Proyecto de conclusión 5	
	Doctrina	136
Anexo		
	Proyectos de conclusión propuestos por el Relator Especial	137

I

Introducción

A. Inclusión del tema en el programa de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional

1. Durante su 72º período de sesiones (2021), la Comisión de Derecho Internacional decidió incluir en su programa de trabajo a largo plazo el tema “Medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional”¹. Al aprobar la sinopsis del tema², la Comisión se guió por los criterios de selección de nuevos temas acordados en su 50º período de sesiones (1998), a saber, a) que el tema reflejara las necesidades de los Estados; b) que el tema estuviera en una etapa suficientemente avanzada en cuanto a la práctica de los Estados; y c) que el tema fuera concreto y viable³. La Comisión, que históricamente ha dedicado mucho tiempo a aclarar las diversas fuentes del derecho enumeradas en el Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, llegó a la conclusión de que el examen de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional “constituiría una aportación útil al desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación”⁴.

2. En su septuagésimo sexto período de sesiones (2021), la Asamblea General aprobó la resolución 76/111 en la que *tomó nota* de la inclusión del tema en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión⁵. En la misma resolución, y en consonancia con su práctica, la Asamblea General también pidió a la Comisión que tomara en consideración los comentarios, inquietudes y observaciones expresados por los Gobiernos en los debates de la Sexta Comisión⁶.

3. En su 73º período de sesiones (2022), teniendo en cuenta que el tema de los medios auxiliares ya estaba suficientemente maduro y había tenido una acogida generalmente favorable entre los Estados que se habían pronunciado al respecto, y que quedaba un hueco en el programa de trabajo al haber concluido el examen de varios de sus temas, la Comisión decidió incluir el tema “Medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional” en su *actual* programa de trabajo⁷ y nombró al Sr. Charles Chernor Jalloh Relator Especial para el tema⁸.

4. En el mismo período de sesiones, por recomendación del Relator Especial, la Comisión solicitó a los Estados, las organizaciones internacionales y otras entidades información sobre su práctica relativa al uso de medios auxiliares en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁹, incluida la información que pudiera desprenderse de las decisiones de las cortes y tribunales nacionales, la legislación y cualquier otra práctica pertinente en el ámbito interno que se inspirase en decisiones judiciales y en la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones en el proceso de determinación de las normas de derecho internacional. La información también podía referirse a la práctica relativa al empleo de medios auxiliares para la interpretación de los tratados, la costumbre y

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/76/10)*, cap. X, secc. B., párr. 302, y anexo.

² *Ibid.*, anexo.

³ *Ibid.*, párr. 302.

⁴ *Ibid.*

⁵ Resolución 76/111 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2021, párr. 7.

⁶ *Ibid.*

⁷ Acta resumida provisional de la 3172ª sesión, pág. 8.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo séptimo período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/77/10)*, cap. III, secc. C, párr. 29.

los principios generales del derecho, así como de declaraciones formuladas en organizaciones internacionales y otros foros, incluidos alegatos ante cortes y tribunales internacionales.

5. La Comisión también pidió a la Secretaría que preparara un memorándum sobre el presente tema estructurado en dos partes. En la primera parte debían indentificarse elementos de trabajos anteriores de la Comisión, desde 1947 hasta la actualidad, que pudieran ser especialmente pertinentes para el tema¹⁰. Dicha información debía presentarse a tiempo para la elaboración del primer informe del Relator Especial que se debatiría en el 74º período de sesiones (2023). En la segunda parte, la Comisión, teniendo en cuenta las limitaciones de capacidad de la Secretaría, también solicitó que se elaborase un memorando en el que se estudiase la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales, así como de otros órganos, que fuera especialmente pertinente para el tema, y que dicha información se presentara antes del siguiente período de sesiones de la Comisión (el 75º período de sesiones, que se celebraría en 2024)¹¹.

6. En los debates de la Sexta Comisión celebrados durante su septuagésimo séptimo período de sesiones (2022), los Estados participantes apoyaron en general el estudio de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional y acogieron con satisfacción la adición del tema al actual programa de trabajo¹². En consecuencia, en su resolución 77/103, la Asamblea General tomó nota de la inclusión del tema en el actual programa de trabajo¹³. También señaló a la atención de los Gobiernos la importancia de que comunicaran a la Comisión sus observaciones sobre los temas de su programa y las cuestiones concretas mencionadas en el capítulo III de su informe de 2022, entre ellos el de los “Medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional”¹⁴.

7. En consonancia con lo solicitado por la Comisión, el Relator Especial agradecería que los Estados le remitieran información sobre su práctica relativa a los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional. Dicha información, con independencia de que se remita o no dentro del plazo inicial indicado para su presentación, sería de utilidad para sus futuros informes y para la labor de la Comisión sobre el tema. A este respecto, el Relator Especial toma nota de las comunicaciones de los Estados Unidos de América¹⁵ y la República de Sierra Leona. Ambos Estados proporcionaron información útil sobre aspectos de su práctica

¹⁰ *Ibid.*, cap. X, secc. B, párr. 245.

¹¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo séptimo período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/77/10)*, cap. X, secc. B, párr. 245.

¹² Véanse las observaciones de [Francia](#) (24 de octubre); [Australia](#) (25 de octubre); [Nigeria](#) (en nombre del Grupo de los Estados de África) (25 de octubre); [Austria](#) (25 de octubre); el [Brasil](#) (25 de octubre); la [República Checa](#) (25 oct.); la [India](#) (25 de octubre); [Jordania](#) (25 de octubre); [Malasia](#) (25 de octubre); [Noruega](#) (en nombre de los países nórdicos) (25 de octubre); [Filipinas](#) (25 de octubre); [Rumania](#) (25 de octubre); [Eslovaquia](#) (25 de octubre); [Armenia](#) (26 de octubre); [Estonia](#) (26 de octubre); [Portugal](#) (26 de octubre); [Sierra Leona](#) (26 de octubre); [Sudáfrica](#) (26 de octubre); [Tailandia](#) (26 de octubre); [Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte](#) (26 de octubre); el [Líbano](#) (27 de octubre); y [Uganda](#) (27 de octubre) (Pueden consultarse en el sitio web de la Sexta Comisión únicamente en el idioma en que se presentaron). Véase el resumen por temas de los debates elaborado por la Secretaría, disponible en todos los idiomas oficiales: Resumen por temas, preparado por la Secretaría, de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su septuagésimo séptimo período de sesiones, [A/CN.4/755](#).

¹³ Resolución 77/103 de la Asamblea General, de 7 de diciembre de 2022, párr. 7.

¹⁴ *Ibid.*, párr. 5.

¹⁵ Véase la comunicación de los Estados Unidos a la Comisión de Derecho Internacional sobre el uso de medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 12 de enero de 2023.

relativa al empleo de medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional en sus cortes y tribunales nacionales, que se ha tenido en cuenta. El Relator Especial da las gracias a las delegaciones de los Estados Unidos y Sierra Leona por la información presentada y acogería con agrado la información adicional que puedan presentar otros Estados. La información que presenten, en especial cuando sea representativa de las diferentes regiones geográficas y sistemas jurídicos del mundo, constituirá una parte esencial del importante diálogo entre la Comisión y los Estados sobre este tema y se tendrá debidamente en cuenta en los futuros informes.

B. Objetivo y estructura del presente informe

8. El presente primer informe es introductorio y tiene principalmente dos objetivos. En primer lugar, a partir de la sinopsis del tema, tratará de sentar las bases conceptuales básicas de la labor de la Comisión sobre los “medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional” exponiendo las opiniones iniciales del Relator Especial a ese respecto. Se analizarán las cuestiones fundamentales que plantea el tema sobre la base de un examen de la práctica y la doctrina más pertinentes para proponer el posible alcance de la labor de la Comisión sobre el tema. En segundo lugar, teniendo en cuenta que el inicio del examen del presente tema en el 74º período de sesiones de 2023 coincide con el comienzo de un nuevo quinquenio en el que ha habido importantes cambios en la composición de la Comisión, el presente informe debería ser una buena base para recabar las opiniones de los miembros sobre su enfoque del tema.

9. Dicho esto, conviene mostrar prudencia en esta fase inicial. Dado que el presente informe es de carácter introductorio y desarrolla algunos de los principales elementos de la sinopsis del tema aprobada, así como las cuestiones planteadas en relación con la práctica de los Estados y la doctrina jurídica primaria y secundaria, tanto las cuestiones conceptuales como el enfoque general adoptado por el Relator Especial son provisionales y pueden cambiar. Tendrán que ser flexibles para adaptarse a las necesidades del tema a medida que avancen los trabajos.

10. El presente informe está estructurado en diez capítulos y un anexo. El capítulo I es de carácter general. En él se analiza la adición del tema al programa de trabajo *a largo plazo* y *actual* de la Comisión, así como el objetivo y la estructura del presente informe.

11. Aunque las opiniones generalmente positivas de los Estados que han formulado observaciones sobre el tema ya se han reflejado en los resúmenes por temas elaborados por la Secretaría de la Sexta Comisión en 2021¹⁶ y 2022¹⁷, en consonancia con la práctica de la Comisión, en el capítulo II del presente informe también se analizarán las principales opiniones sobre el tema expresadas por los Estados en los debates mantenidos durante el septuagésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General (2021). Las observaciones formuladas por los Estados durante el septuagésimo séptimo período de sesiones (2022) de la Asamblea General reproducen en gran medida las observaciones iniciales del año anterior. Por ello, el presente capítulo se centra sobre todo en el debate mantenido en 2021.

12. En el capítulo III se expondrá de forma preliminar el posible alcance del tema teniendo en cuenta la sinopsis correspondiente aprobada. Se indicarán los elementos

¹⁶ Resumen por temas, preparado por la Secretaría, de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su septuagésimo sexto período de sesiones, [A/CN.4/746](#), párr. 115.

¹⁷ Resumen por temas, preparado por la Secretaría, de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su septuagésimo séptimo período de sesiones, [A/CN.4/755](#).

que, según la evaluación inicial del Relator Especial, podrían abordarse en el marco de la labor de la Comisión sobre el tema. La propuesta de estas cuestiones en el presente informe no impide que también se examinen otras cuestiones. Por lo que se refiere al resultado final, con arreglo a la decisión adoptada al respecto en 2021 y a la práctica reciente de la Comisión en lo relativo a las fuentes¹⁸, lo adecuado sería que el texto final revista la forma de proyecto de conclusiones con comentarios. En la práctica de la Comisión no existe todavía una definición única de proyecto de conclusiones. Por consiguiente, en aras de la claridad y la transparencia, el Relator Especial propone una definición práctica que pueda ser de utilidad para entender el concepto de “proyecto de conclusiones”, al menos en lo que respecta al presente tema.

13. El capítulo IV se ocupa de las cuestiones de metodología general. En él se propone que la Comisión siga el enfoque ya establecido para sus trabajos y se centre en la práctica de los Estados y, en su caso, de las organizaciones internacionales y otras entidades. No obstante, siempre hay que tener en cuenta las características específicas del tema. En particular, por su naturaleza, y quizás en mayor medida que muchos de los otros temas que ha examinado recientemente, en el presente estudio la Comisión debe prestar especial atención y conceder un peso especial a las decisiones y la práctica de los órganos judiciales y cuasijudiciales, ya sean internacionales, regionales o nacionales, y a la labor de los académicos y los órganos de expertos en derecho. La información de los Estados y otras entidades sobre esos medios auxiliares sería de especial interés para orientar a la Comisión de manera efectiva en su futura labor sobre el tema.

14. En el capítulo V se repasan los elementos esenciales de los trabajos anteriores de la Comisión sobre los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional. El Relator Especial da las gracias a la Secretaría por haber presentado a tiempo su memorando relativo a la práctica de la Comisión sobre los medios auxiliares, ya que ha sido una buena base para la preparación de este capítulo. En el memorando se confirma que, en los últimos decenios, la Comisión se ha remitido sistemáticamente a las decisiones de las cortes y tribunales y a la doctrina de los publicistas de las distintas naciones en casi todos los temas que ha examinado, aunque no en todos los casos lo haya hecho en relación con el Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. El memorando elaborado por la Secretaría, que debe leerse junto con este capítulo para tener una visión más completa, será un importante recurso para los miembros de la Comisión y los delegados en la Sexta Comisión a la hora de abordar este tema. También es probable que sea una referencia esencial para otros juristas, como los profesionales y académicos del derecho, así como para cualquiera que pueda tener motivos para entrar en el fondo de la cuestión de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional.

15. El capítulo VI es más teórico. Trata de situar el concepto de los medios auxiliares en el contexto más general del debate sobre las fuentes explicando por qué estas ocupan un lugar destacado en el derecho internacional en comparación con los sistemas jurídicos nacionales. También aborda la terminología esencial y cuestiones como el establecimiento de una definición básica de las “fuentes”, la distinción entre fuentes “formales” y “materiales” que suele hacerse en la doctrina y la jerarquía de las fuentes, así como la distinción entre “fuentes del derecho” y “fuentes de obligaciones”. Varias de las cuestiones expuestas en este capítulo se abordarán más adelante en otras partes del presente informe, pero la mayoría de ellas se analizarán de forma más detallada en futuros informes sobre el tema.

¹⁸ Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, “Methods of work” en <https://legal.un.org/ilc/methods.shtml> (consulta realizada el 12 de febrero de 2023).

16. El capítulo VII contiene un análisis no exhaustivo de los orígenes y los elementos de los medios auxiliares. En él se afirma que el Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se basa fundamentalmente en dos bloques o pilares, a saber, “las decisiones judiciales” y las “doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones”. En esta parte del informe se examinan en detalle los antecedentes de redacción de esa disposición, que obviamente es esencial para este proyecto, a fin de determinar en qué se centró el análisis y en qué estuvieron de acuerdo los redactores de la disposición hace aproximadamente un siglo con respecto al lugar que debían ocupar los medios auxiliares en la determinación de las normas de derecho.

17. A continuación, en el capítulo VIII se aborda el sentido corriente de los aspectos más esenciales del Artículo 38, párrafo 1. A este respecto, se analiza en primer lugar el encabezado del párrafo 1 del Artículo 38, que hace referencia a la función de la Corte de decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas. Luego se estudia el apartado d) de ese párrafo a fin de determinar el sentido corriente de los principales términos empleados en su enunciado en relación con las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones como medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho.

18. El capítulo IX del informe pasa a examinar si, teniendo en cuenta la evolución de la práctica de los Estados y de las cortes y tribunales internacionales, pueden existir otros medios auxiliares implícitos en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que requieran un estudio más detenido de la Comisión. Por ejemplo, en la doctrina, incluidos los manuales de introducción al derecho internacional, se plantea con frecuencia si prácticas como los actos unilaterales de los Estados y las resoluciones o decisiones de las organizaciones internacionales pueden considerarse fuentes de obligaciones que pueden ponerse de manifiesto en los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional. El Relator Especial aborda de forma transparente estas dos cuestiones con objeto de aportar algo de contexto para que los miembros de la Comisión se pronuncien sobre la conveniencia de tratar estos asuntos. Huelga decir que las opiniones expresadas se tendrán en cuenta en futuros informes.

19. El capítulo X del informe contiene una conclusión y una propuesta de programa de trabajo futuro sobre el tema. El Relator Especial invita a que se expresen opiniones sobre el plan de trabajo propuesto, que, al igual que los demás aspectos del tema destacados anteriormente, sigue estando sujeto a cambios.

20. En el anexo se reproducen, para facilitar la labor de los miembros, los cinco proyectos de conclusión que el Relator Especial propone sobre la base del análisis contenido en el presente primer informe. El Relator Especial aprovecha para indicar su intención de respetar estrictamente los métodos de trabajo tradicionales de la Comisión en este tema. Así pues, cabe esperar que, siguiendo su práctica actual, la Comisión, tras el habitual debate en sesión plenaria que celebrará durante la primera mitad de su período de sesiones de 2023, transmita los proyectos de conclusión propuestos al Comité de Redacción. Cabe esperar también que el examen de los proyectos de conclusión propuestos concluya durante la primera mitad del período de sesiones y que se informe puntualmente a la Comisión en sesión plenaria para que esta los apruebe provisionalmente en la segunda mitad del período de sesiones. Si se aprueban provisionalmente los proyectos de conclusión propuestos antes de que concluya la primera parte del período de sesiones en junio de 2023, el Relator Especial podrá elaborar los comentarios durante el período comprendido entre las dos partes del período de sesiones y, con la cooperación de la Secretaría, dichos comentarios se podrán traducir a los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas

antes de la fecha habitual de presentación del informe de la Comisión a la Asamblea General en septiembre de 2023. Se trata, en última instancia, de que los Estados tengan la oportunidad de aportar sus importantes puntos de vista sobre el tema sobre la base de los proyectos de conclusión desde las primeras fases del examen del tema por parte de la Comisión.

II

El debate sobre el tema en la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas

21. Al igual que ha ocurrido con otros temas de la Comisión, el debate sobre el tema de los medios auxiliares en la Sexta Comisión de la Asamblea General se desarrolló en dos partes a lo largo de dos años. El primer debate tuvo lugar en 2021, cuando la Comisión incluyó el tema en su programa de trabajo *a largo plazo*. El segundo debate sobre el tema se celebró un año después, en 2022, en respuesta a la decisión de la Comisión de trasladar el tema al programa de trabajo *actual* y nombrar un relator especial. El resumen que figura a continuación también se ha estructurado en dos partes, aunque, para evitar repeticiones innecesarias, se destacarán sobre todo las principales opiniones expresadas durante el debate de 2021.

A. El debate de 2021 en la Asamblea General

22. En el debate del tema mantenido en la Sexta Comisión de la Asamblea General durante el septuagésimo sexto período de sesiones en 2021, la inmensa mayoría de los Estados participantes formularon observaciones positivas. Reflejaron un importante apoyo a la decisión de la Comisión de incluir el tema “Medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional” y darle prioridad en su programa de trabajo a largo plazo. En general, las delegaciones destacaron que los trabajos sobre el tema estarían en consonancia con la labor anterior de la Comisión sobre las fuentes del derecho internacional y podrían contribuir a remediar ciertas consecuencias de la fragmentación del derecho internacional. De las 28 declaraciones relativas a la decisión de la Comisión, aproximadamente 17, que representan a un total de 23 Estados, fueron positivas¹⁹. Parece un apoyo notable, dado que en general es representativo de las cinco regiones geográficas de las Naciones Unidas.

23. Por ejemplo, el Reino de Suecia, en su nombre y en el de los demás países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia y Noruega), convino con la Comisión en que la labor sobre el tema constituiría una útil contribución al desarrollo progresivo del derecho internacional y a su codificación²⁰. Asimismo, señaló que el tema también “completar[ría] la labor de la Comisión sobre las fuentes del derecho internacional” y, en consecuencia, instó a que “se incorpor[ara] sin demora al programa de trabajo actual de la Comisión”²¹. Portugal, por su parte, señaló que la Comisión había dedicado gran parte de su labor al clásico tema de las fuentes del derecho

¹⁹ Véanse las intervenciones de Alemania (A/C.6/76/SR.17, párr. 73); Belarús (A/C.6/76/SR.16, párr. 80); China (A/C.6/76/SR.17, párr. 5); Colombia (A/C.6/76/SR.16, párr. 90); el Ecuador (A/C.6/76/SR.17, párr. 84); Egipto (A/C.6/76/SR.23, párr. 57); Filipinas (A/C.6/76/SR.19 párr. 64) (“Filipinas apoya la decisión de la Comisión de incluir el tema ‘Medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional’ en su programa de trabajo a largo plazo”); Italia (A/C.6/76/SR.17, párr. 22); Jamaica (A/C.6/76/SR.18, párr. 45); Letonia (en nombre de los Estados bálticos) (A/C.6/76/SR.16, párr. 52); el Perú (A/C.6/76/SR.18, párr. 7); Portugal (A/C.6/76/SR.16, párr. 93); el Reino Unido (A/C.6/76/SR.18, párr. 13) (“[E]l Reino Unido toma nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema ‘Medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional’ en su programa de trabajo a largo plazo”); la República de Corea (A/C.6/76/SR.18, párr. 40); Sierra Leona (A/C.6/76/SR.20, párr. 30); Suecia (en nombre de los países nórdicos) (A/C.6/76/SR.16, párr. 45); y Türkiye (A/C.6/76/SR.18, párr. 59) (“[L]a delegación [...] se felicita por la decisión de la Comisión de incluir el tema ‘Medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional’ en su programa de trabajo a largo plazo”).

²⁰ Suecia (en nombre de los países nórdicos), declaración literal, grupo I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [archivado en la División de Codificación].

²¹ *Ibid.*, véase Sexta Comisión, A/C.6/76/SR.16 (10 de diciembre de 2021), párr. 45.

internacional y que, por lo tanto, acogía con satisfacción que aportara más aclaraciones sobre la contribución de las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia a la determinación de las normas de derecho internacional existentes²². Dicha delegación también expresó la esperanza de que la labor sobre el tema pudiera contribuir a remediar “ciertas consecuencias negativas de la fragmentación del derecho internacional”²³.

24. Los Estados Unidos de América también apoyaron la propuesta de incluir el presente tema en el programa de trabajo a largo plazo y observaron que la práctica relativa al empleo de los medios auxiliares había sido algo confusa e incoherente²⁴. En opinión de su delegación, teniendo en cuenta la labor anterior de la Comisión sobre los demás aspectos del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, tenía sentido completar el proyecto examinando los medios auxiliares²⁵. Del mismo modo, Alemania consideró que el tema sin duda contribuiría enormemente a avanzar en la interpretación común de las funciones de los medios auxiliares mencionados en el Artículo 38, párrafo 1 d), y su interacción con las fuentes previstas en el Artículo 38, párrafo 1 a), b) y c)²⁶. Italia señaló que, habida cuenta de “la creciente ‘judicialización’ del derecho internacional y la mayor producción de literatura académica”²⁷, sería útil para los Estados “contar con una orientación detallada de la Comisión sobre cómo deben aplicarse los medios auxiliares para determinar las normas de derecho internacional”²⁸.

25. Letonia, en nombre de los Estados bálticos, también señaló que el tema cumplía los criterios de la Comisión y destacó su pertinencia para los profesionales del derecho en las cortes y tribunales nacionales, regionales e internacionales afirmando que Letonia, Estonia y Lituania acogían con satisfacción la decisión de la Comisión de incluir también en su programa de trabajo a largo plazo el tema de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional. Señaló además que el tema cumplía los criterios de selección de los temas y que probablemente resultaría de particular importancia para los profesionales en sus actuaciones ante las cortes y tribunales nacionales, los tribunales internacionales especializados y regionales y los órganos de examen²⁹.

26. La República Popular China destacó que los medios auxiliares planteaban un problema fundamental en el ámbito del derecho internacional, recordó que la Comisión había abordado en sus trabajos anteriores el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y la alentó a que investigara el tema con una actitud rigurosa, prudente, tolerante y equilibrada para alcanzar conclusiones científicas y racionales³⁰. En el mismo sentido, la República de Corea también valoró positivamente la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo a largo plazo. Expresó la esperanza de que la labor de la Comisión sobre el tema sirviera para arrojar luz sobre la importante aunque sutil cuestión de la contribución

²² Portugal, declaración literal, grupo I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [archivado en la División de Codificación].

²³ *Ibid.*

²⁴ Estados Unidos de América, A/C.6/76/SR.17, párr. 13.

²⁵ Estados Unidos de América, declaración literal, grupo I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [archivado en la División de Codificación].

²⁶ Alemania, declaración literal, grupo I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [archivado en la División de Codificación]; véase A/C.6/76/SR.17, párr. 73.

²⁷ Italia, A/C.6/76/SR.17, párr. 22.

²⁸ Italia, declaración literal, grupo I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [archivado en la División de Codificación].

²⁹ Letonia (también en nombre de Estonia y Lituania), declaración literal, grupo I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [archivado en la División de Codificación].

³⁰ China, declaración literal, grupo I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [archivado en la División de Codificación]; véase A/C.6/76/SR.17, párr. 5.

de las decisiones judiciales y la doctrina a la identificación de las normas jurídicas internacionales³¹.

27. Egipto también expresó su apoyo al tema por entender que un estudio de la Comisión a este respecto sería muy beneficioso para los Estados en la práctica³². Aparte de la utilidad práctica del tema, la delegación consideró que el examen de los medios auxiliares complementaba de manera considerable el proyecto de conclusiones sobre los principios generales del derecho³³. Sierra Leona también coincidió con la Comisión en que el tema cumplía todos los criterios pertinentes para la adición de nuevos temas³⁴. En opinión de su delegación, que, al igual que otros Estados, instó a la pronta inclusión del tema en el actual programa de trabajo, los medios auxiliares eran un “tema clásico” para la Comisión que le permitiría continuar su conocida labor encaminada a aclarar las fuentes del derecho internacional³⁵.

28. Jamaica y el Perú también acogieron con satisfacción la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo a largo plazo. Jamaica subrayó la importante labor realizada con respecto a los demás ámbitos pertinentes para las fuentes del derecho³⁶, mientras que el Perú consideró que el análisis de las decisiones judiciales y la doctrina “permitir[ía] que la Comisión complet[ase] tan importante estudio sistemático de las fuentes del derecho internacional, conforme al Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia”³⁷. La delegación del Ecuador también expresó su “satisfacción” por la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo a largo plazo³⁸.

29. Un grupo relativamente pequeño de Estados pareció mostrar ciertas reservas ante la inclusión del tema en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión³⁹, entre ellos Francia y Ghana (en nombre del Grupo de los Estados de África)⁴⁰. La

³¹ República de Corea, declaración literal, grupo I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [archivado en la División de Codificación].

³² Véase Egipto, declaración literal, grupo III, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [archivado en la División de Codificación]; véase A/C.6/76/SR.23, párr. 57.

³³ Véase Egipto, declaración literal, grupo III, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [archivado en la División de Codificación]; véase A/C.6/76/SR.23, párr. 57.

³⁴ Sierra Leona, declaración literal, grupo I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [archivado en la División de Codificación].

³⁵ Sierra Leona, declaración literal, grupo I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [archivado en la División de Codificación].

³⁶ Jamaica, declaración literal, grupo I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [archivado en la División de Codificación]; véase A/C.6/76/SR.18, párr. 45.

³⁷ Perú, A/C.6/76/SR.18, párr. 7.

³⁸ Ecuador, declaración literal, grupo I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [archivado en la División de Codificación].

³⁹ Brasil, A/C.6/76/SR.17, declaración literal, grupo I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [en los archivos de la División de Codificación] (El “Brasil toma nota con interés de la decisión [de la Comisión] de incluir el tema ‘Medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional’ en su programa de trabajo a largo plazo” y cree que ello podría brindar orientación sobre la interpretación del Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia); Eslovaquia, A/C.6/76/SR.17, párr. 42; Francia, A/C.6/76/SR.16, párr. 73; Ghana (en nombre del Grupo de los Estados de África), A/C.6/76/SR.16, párr. 34; República Checa, A/C.6/76/SR.17, declaración literal, grupo I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [archivado en la División de Codificación] (La República Checa toma nota con interés de la inclusión del tema “Medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional” en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión).

⁴⁰ Véase Francia, A/C.6/76/SR.16, declaración literal, grupo I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml>, [archivado en la División de Codificación] (donde la delegación toma nota de la inclusión por la Comisión del tema “Medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional” en su programa de trabajo a largo plazo por recomendación del Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo. Señala además que Francia está dispuesta a cooperar con la Comisión y con las instituciones académicas interesadas para proporcionarles

delegación francesa se limitó a tomar debida nota del tema, pero luego ofreció de manera constructiva su ayuda a la Comisión diciendo que el país estaba dispuesto a cooperar con la Comisión y con las instituciones académicas interesadas para proporcionarles elementos de práctica que contribuyan al examen del tema, en particular elementos pertinentes de jurisprudencia y doctrina en francés⁴¹. El Relator Especial agradece esa oferta y espera con interés toda información que pueda facilitar el examen de la jurisprudencia y otros materiales redactados en francés. En cuanto a la declaración en nombre de los Estados de África, cabe señalar que Ghana hablaba en nombre de una coalición regional. En las declaraciones de su grupo sobre los informes anuales de la Comisión, más que aprobar las propuestas de inclusión de temas en el programa de trabajo a largo plazo, los Estados africanos parecen seguir la práctica de tomar nota de ellas. Ello permite a las distintas delegaciones expresar su apoyo (como Egipto y Sierra Leona, entre otros) o no a un tema concreto en sus intervenciones⁴².

30. Eslovaquia, aunque coincidió con muchas otras delegaciones en que el tema encajaba bien en la continuación de la labor de la Comisión destinada a aclarar las fuentes del derecho internacional enunciadas en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, advirtió sobre la complejidad del tema y la carga de trabajo efectiva de la Comisión y propuso que el tema no se incluyera en el programa de trabajo hasta después del examen del tema “Principios generales del derecho”⁴³.

31. La República Checa tomó nota con interés de la inclusión del tema en el programa de trabajo a largo plazo, pero destacó que, [p]ara trasladar un tema del programa de trabajo a largo plazo al actual programa, la Comisión ha[bía] de realizar un examen cuidadoso y ofrecer una explicación adecuada de las razones por las que da[ba] preferencia a ese tema concreto sobre los demás”⁴⁴.

32. Unos cinco Estados parecieron expresar algunas dudas en sus observaciones⁴⁵. En particular, los Países Bajos señalaron que, aunque entendían que deseara proseguir el examen del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, preferían “que la Comisión se centrara en cuestiones más pertinentes para la práctica internacional”⁴⁶. Austria, aunque apoyó el tema en el debate de 2022, expresó sus dudas de forma más directa al señalar que el estudio de los medios auxiliares no era “especialmente apremiante ni relevante en la práctica” para los Estados como otros temas del

elementos de práctica que contribuyan al examen del tema, en particular elementos pertinentes de jurisprudencia y doctrina en francés); Ghana (en nombre del Grupo Africano), declaración literal, grupo I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [en los archivos de la División de Codificación] (donde se afirma que el Grupo de los Estados de África toma nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema “Medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional” en su programa de trabajo a largo plazo).

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Incluso podría haber cierto apoyo implícito, ya que en la declaración del Grupo de los Estados de África también se pidió a la Comisión que estudiara la posibilidad de adoptar un enfoque equilibrado a la hora de decidir sobre la adición de nuevos temas y sobre el nombramiento de relatores especiales. Véase Ghana (en nombre del Grupo de los Estados de África), declaración literal, grupo I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [archivado en la División de Codificación].

⁴³ Véase Eslovaquia, declaración literal, grupo I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml>, [archivado en la División de Codificación]. Cabe señalar que, en el debate de 2022, Eslovaquia expresó su apoyo al tema.

⁴⁴ República Checa, *A/C.6/76/SR.17*, párr. 81.

⁴⁵ Véanse las intervenciones de Austria (*A/C.6/76/SR.18*, párr. 56); el Irán (*A/C.6/76/SR.16*, párr. 66); los Países Bajos (*A/C.6/76/SR.18*, párr. 50); Rumania (*A/C.6/76/SR.17*, para. 28); y Tailandia (*A/C.6/76/SR.18*, párr. 21).

⁴⁶ Países Bajos, *A/C.6/76/SR.18*. En el debate de 2022, los Países Bajos no hicieron observaciones sobre los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional. Véase, a este respecto, *A/C.6/77/SR.23*, párrs. 120 a 123.

programa de trabajo a largo plazo⁴⁷. Tailandia señaló que, debido al uso limitado que se hacía de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional, podía ser difícil que los Estados Miembros se interesaran e hicieran aportaciones⁴⁸.

33. Varios Estados, tanto entre los que respaldaron plenamente el tema como entre los que expresaron cierto recelo, hicieron observaciones útiles. El Relator Especial valora todas las observaciones formuladas. Así pues, aunque, inevitablemente, no siempre estará de acuerdo con todas las delegaciones en las cuestiones de fondo, siempre abordará sus observaciones con sensibilidad y profunda reflexión. De hecho, los relatores especiales y la Comisión han podido reforzar su labor en muchos de sus temas en el pasado gracias a las observaciones constructivas y las críticas de los Estados que parecían ser más reacios. Por lo tanto, siempre se valoran las aportaciones sustantivas de los Estados en relación con los temas considerados. Al fin y al cabo, los Estados y sus diversos órganos son los principales beneficiarios de la labor de la Comisión, y lo serán también en este tema.

34. En lo que respecta al alcance del tema, la mayoría de los Estados que formularon observaciones acogieron en general favorablemente el deseo de la Comisión de seguir aclarando el Artículo 38, párrafo 1 d). No obstante, unas pocas delegaciones han indicado que el análisis de la Comisión debe limitarse a esa disposición. La República Islámica del Irán dijo que la Comisión debía “tener en cuenta las limitaciones aplicables a los medios auxiliares, en particular la limitación establecida en el Artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia” sobre los efectos de las decisiones de la Corte. La Comisión tampoco debía excederse en el estudio de las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia. Por consiguiente, el estudio debía limitarse a la identificación y aplicación de ambas cuestiones⁴⁹.

35. El Brasil abordó de manera implícita las críticas de la doctrina en materia de derecho internacional sobre el posible recurso excesivo a las decisiones judiciales y los trabajos académicos de ciertas partes del mundo e instó a la Comisión a que tuviera debidamente en cuenta las contribuciones de todas las regiones del mundo al desarrollo del tema⁵⁰.

36. Del mismo modo, Belarús recomendó que, para identificar las normas, se formularan criterios justos y normativos “que reflej[asen] el grado de aceptación y reconocimiento de dichas normas en las distintas regiones [de la comunidad internacional] sobre la base de fuentes doctrinales”⁵¹. Al igual que el Brasil, otra delegación asiática, si bien acogió con satisfacción el posible estudio del tema, también alentó a la Comisión a que tuviera en cuenta una amplia variedad de prácticas de los Estados⁵². El Relator Especial presentará sus propuestas iniciales sobre el alcance del tema en las partes pertinentes del presente informe e invita a los Estados a que le remitan sus observaciones al respecto. Entretanto, conviene plenamente en que la labor de la Comisión, como principal órgano de codificación de diversas

⁴⁷ Austria, *A/C.6/76/SR.18*, párr. 56. Austria apoyó el tema en su declaración de 2022, como se verá en la sección que resume el debate de ese año. Es muy probable que la vacilación inicial de Austria en realidad refleje su posición de larga data, manifestada desde hace varios años en la Sexta Comisión, de que la Comisión debería dar prioridad a añadir a su actual programa de trabajo el tema “La jurisdicción penal universal”. Ese tema se incluyó en el programa de trabajo a largo plazo en 2018 a propuesta del autor actual.

⁴⁸ Tailandia, *A/C.6/76/SR.18*, párr. 21.

⁴⁹ Irán, *A/C.6/76/SR.16*, párr. 66.

⁵⁰ Brasil, *A/C.6/76/SR.17*, párr. 27.

⁵¹ Belarús, *A/C.6/76/SR.16*, declaración literal, grupo I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml>, [archivado en la División de Codificación].

⁵² China, *A/C.6/76/SR.17*, párr. 5.

naciones, debe ser representativa de los principales sistemas jurídicos y regiones del mundo. Ello también es acorde con el Estatuto y la práctica de la Comisión, por lo que el Relator Especial siempre tendrá presente esta importante consideración⁵³. Huelga decir que también actuará con rigor científico.

B. Debate de 2022 en la Asamblea General

37. Las opiniones expresadas por los Estados en el debate de 2022 reproducen en gran medida las observaciones formuladas en el debate de 2021. Por ello, para evitar repeticiones, a continuación se destacarán únicamente las dos tendencias más notables.

38. En primer lugar, como se aprecia tras repasar el debate de la Sexta Comisión (en 2022) durante el septuagésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General, la mayoría de los Estados que se pronunciaron sobre el tema expresaron su firme apoyo a la decisión de la Comisión de incluir el tema en su actual programa de trabajo. Como era de esperar, muchos de los Estados que se habían mostrado favorables a la inclusión del tema en el programa de trabajo a largo plazo reiteraron su apoyo a su inclusión en el programa activo. En varios casos, algunas de las delegaciones que inicialmente habían expresado ciertas dudas, reflejadas en la sección anterior, como por ejemplo Austria, el Brasil, Eslovaquia y Rumania, parecieron apoyar la decisión de la Comisión de iniciar un estudio y nombrar un relator especial. Otras delegaciones que no habían participado en el debate de 2021 de la Asamblea General también respaldaron el tema.

39. En el debate de 2022, 24 Estados expresaron su apoyo a la decisión de la Comisión de ir adelante con el tema. Cabe citar, entre otros, Armenia⁵⁴, Australia⁵⁵, Austria⁵⁶, el Brasil⁵⁷, Colombia⁵⁸, Eslovaquia⁵⁹, los Estados Unidos de América⁶⁰, Estonia⁶¹, Filipinas⁶², la India⁶³, Jordania⁶⁴, Malasia⁶⁵, Noruega (en nombre de los

⁵³ Véase el Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional, art. 8. Aunque el estatuto hace referencia a los miembros de la Comisión, cabe deducir que la labor de la Comisión también debe reflejar “las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo”.

⁵⁴ Armenia, *A/C.6/77/SR.24*, párr. 13.

⁵⁵ Australia, *A/C.6/77/SR.21*, párr. 82.

⁵⁶ Austria, *A/C.6/77/SR.22*, párr. 43.

⁵⁷ Brasil, *A/C.6/77/SR.22*, párr. 87.

⁵⁸ Colombia, *A/C.6/77/SR.22*, párr. 124.

⁵⁹ Eslovaquia, *A/C.6/77/SR.22*, párr. 97.

⁶⁰ Estados Unidos, *A/C.6/77/SR.22*, párr. 12.

⁶¹ Estonia, *A/C.6/77/SR.22*, párr. 105.

⁶² Filipinas, *A/C.6/77/SR.22*, párr. 25.

⁶³ India, *A/C.6/77/SR.22*, párr. 48.

⁶⁴ Jordania, *A/C.6/77/SR.29*, párr. 108.

⁶⁵ Malasia, *A/C.6/77/SR.22*, párr. 31.

países nórdicos)⁶⁶, Portugal⁶⁷, el Reino Unido⁶⁸, Rumania⁶⁹, Sierra Leona⁷⁰, Sudáfrica⁷¹, Türkiye⁷² y Uganda⁷³.

40. En segundo lugar, y como es lógico habida cuenta de lo que antecede, el número de delegaciones anteriormente neutrales o indecisas cambió. Aun así, la República Checa⁷⁴, Francia⁷⁵ y Tailandia⁷⁶ reflejaron en sus observaciones puntos de vista similares a los expuestos en 2021, y al menos una delegación que habló del tema en 2021 no lo mencionó en 2022. Un par de delegaciones plantearon cuestiones de fondo que se tendrán debidamente en cuenta.

41. En general, para concluir este capítulo destacando los aspectos fundamentales del debate de la Asamblea General sobre este tema en 2021 y 2022, parece evidente que la inmensa mayoría de los Estados que hablaron sobre la inclusión del tema de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional, ya sea en el programa de trabajo a largo plazo o en el actual, en general acogieron con satisfacción o apoyaron la decisión de la Comisión de identificar y abordar el tema. El Relator Especial da las gracias a todas las delegaciones que hicieron aportaciones sobre el tema y espera con interés su contribución en futuros debates. También espera que otras delegaciones, de todos los grupos regionales, aprovechen la oportunidad anual que se les ofrece de intercambiar opiniones sobre la labor de la Comisión sobre el presente tema.

⁶⁶ Noruega (en nombre de los países nórdicos), [A/C.6/77/SR.21](#), párr. 43; véase [A/C.6/77/SR.29](#), párr. 91 (Los países nórdicos también abordaron una cuestión de fondo y argumentaron que, si bien estaban de acuerdo con el enunciado fundamental de los proyectos de conclusión 8 y 9 del proyecto de conclusiones sobre los principios generales del derecho, consideraban que su inclusión no era necesaria ni apropiada. Señalaron que era mejor examinar la pertinencia de las decisiones judiciales y la doctrina para la determinación del derecho internacional en el contexto de la labor específica relativa a los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional, tema recientemente incluido en el programa de trabajo de la Comisión.

⁶⁷ Portugal, [A/C.6/77/SR.23](#), párr. 7.

⁶⁸ Reino Unido, [A/C.6/77/SR.23](#), párr. 86.

⁶⁹ Rumania, [A/C.6/77/SR.22](#), párr. 111.

⁷⁰ Sierra Leona, [A/C.6/77/SR.23](#), párr. 37. Sierra Leona, al igual que otras delegaciones, también insistió en que la Comisión debería haber añadido el tema “La jurisdicción penal universal” a su actual programa de trabajo.

⁷¹ Sudáfrica, [A/C.6/77/SR.23](#), párr. 82.

⁷² Türkiye, [A/C.6/77/SR.23](#), párr. 66.

⁷³ Uganda, [A/C.6/77/SR.25](#), párr. 5.

⁷⁴ República Checa, [A/C.6/77/SR.22](#), párr. 122. Es posible que esta delegación se encontrara en una situación similar a la de Austria mencionada anteriormente. Lleva mucho tiempo opinando, y así lo ha manifestado varios años en la Sexta Comisión, que la Comisión debería dar prioridad a añadir a su programa de trabajo actual el tema “La jurisdicción penal universal” incluido en el programa de trabajo a largo plazo en 2018 a propuesta del autor actual.

⁷⁵ Francia, [A/C.6/77/SR.25](#), párr. 44.

⁷⁶ Tailandia, [A/C.6/77/SR.23](#), párr. 114.

III Alcance y resultado del tema

A. Cuestiones que se someten a la consideración de la Comisión

42. En la sinopsis del presente tema aprobada por la Comisión en su 71^{er} período de sesiones de 2021, a partir de la cual se realiza el presente estudio, se recuerda la importancia fundamental de las fuentes en el sistema jurídico internacional. También se pone de relieve la contribución esencial de la Comisión a estudiar y aclarar de forma sistemática las fuentes fundamentales del derecho internacional enunciadas en el Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. El análisis del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia por la Comisión comenzó con la elaboración de un proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados en la década de 1960 (1 a)), continuó con el examen del derecho consuetudinario, que comenzó en 2012 y terminó con la aprobación de un proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario en 2018 (1 b)), y más recientemente, prosiguió con los principios generales del derecho (1 c)). La labor sobre este último tema comenzó en 2019 y se espera que llegue a la fase de primera lectura en 2023 y que la segunda y última lectura se realice en 2025. Así pues, a lo largo de varios decenios, la Comisión ha realizado un examen sistemático de los tres primeros apartados del párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, relativos a las fuentes del derecho internacional: los tratados, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho. En el presente informe sobre este tema y los que se elaboren en el futuro se tendrá en cuenta esa labor anterior, según proceda.

43. No obstante, como también se explica en la sinopsis del tema elaborada en 2021, quedan por estudiar otros aspectos del párrafo 1 del Artículo 38 mencionados en el apartado d), a saber, las *decisiones judiciales* y las *doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones* que la Corte debe aplicar como medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho. Estos medios auxiliares, que corresponden claramente a dos categorías distintas pero pretenden cumplir una función de asistencia similar, no han sido objeto de un estudio exhaustivo por la Comisión a fin de aclarar el importante papel que desempeñan en el desarrollo de diversos ámbitos del derecho internacional. No obstante, al igual que en los trabajos anteriores de la Comisión sobre las fuentes propiamente dichas, hay aspectos de los medios auxiliares y de su interacción y relación con las fuentes que no se conocen bien. En efecto, hay cierto debate sobre la naturaleza de las decisiones judiciales y la función que cumplen en la determinación de las normas de derecho internacional, y ocurre algo similar con respecto al papel de las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones. Por consiguiente, para que no quede ninguna laguna en detrimento de la claridad, previsibilidad y uniformidad del derecho internacional, la Comisión (y algunos Estados en la Sexta Comisión) ha considerado útil completar el examen del párrafo 1 del Artículo 38 centrándose también de manera específica en los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional.

44. Así pues, teniendo en cuenta la sinopsis de 2021, el Relator Especial propone que la Comisión aborde las siguientes cuestiones. Se trata de una lista ilustrativa, no exhaustiva. La idea es proporcionar una base suficiente que permita a los miembros de la Comisión y los Estados dar su opinión sobre el alcance propuesto para el tema. Es evidente que con la lista de cuestiones que figura a continuación no se pretende restringir el examen del tema, ya que, para que este resulte útil, lo lógico es que la Comisión tenga la posibilidad de abordar otras cuestiones o aspectos relacionados con el tema.

45. En general, por lo que respecta a las principales cuestiones que deben abordarse, se propone que la Comisión estudie las cuestiones fundamentales que plantean los medios auxiliares para aclarar y dilucidar cómo se han utilizado las decisiones judiciales, la doctrina y posiblemente otros medios auxiliares en la práctica de los Estados, las cortes y tribunales internacionales y otros actores pertinentes, como los órganos de expertos, en el proceso de identificación, determinación y aplicación de las normas de derecho internacional. Sin excluir en modo alguno otras cuestiones o aspectos que puedan salir a la luz a medida que avance la labor sobre el tema, cabe sugerir que la Comisión analice principalmente tres aspectos fundamentales del tema.

1. El origen, la naturaleza y el alcance de los medios auxiliares

46. El primer aspecto que habría que aclarar en relación con el tema es la naturaleza de la categoría de los medios auxiliares en el proceso de determinación de las normas de derecho internacional. Cabe destacar tres elementos muy importantes: primero, los orígenes de los medios auxiliares; segundo, las cuestiones de terminología; y, tercero, la cuestión conexa del alcance. Es importante decidir si conviene adoptar un enfoque restringido (tradicional) o amplio (moderno), ya que ello determinará en gran medida la posible utilidad de la contribución de la Comisión sobre este tema. La cuestión fundamental a que la que es preciso responder es si el universo de los medios auxiliares se limita únicamente a las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones o si, en cambio, incluye también otros medios auxiliares teniendo en cuenta el carácter no exhaustivo del enunciado del Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y, lo que es muy importante, la práctica de los Estados y de las cortes y tribunales internacionales.

47. Para establecer el alcance del tema y aclarar la terminología, cuestiones respecto de las cuales parece existir cierta confusión en la práctica, podrían analizarse tanto el sentido corriente del Artículo 38, párrafo 1 d), como sus antecedentes de redacción y, lo que es más importante, la forma en que se ha aplicado en los últimos decenios. Ello requiere aclarar el ámbito de expresiones esenciales como “decisiones judiciales” y “doctrinas de los publicistas de mayor competencia”. En el caso de la primera, hay que estudiar las decisiones de las cortes y tribunales judiciales y de otra índole, y determinar si cabe incluir también las opiniones consultivas, y el papel de las cortes y tribunales nacionales con respecto a las decisiones de las cortes y tribunales internacionales a la hora de abordar cuestiones de derecho internacional. En cuanto a las “doctrinas”, podría examinarse qué alcance tienen, cuán general o restringida es esa categoría, quiénes pueden establecerlas y cuál es su importancia. Por ejemplo, ¿cómo debe clasificarse la labor de la gran variedad de órganos de expertos existentes para aclarar mejor esta cuestión? ¿Constituye doctrina esa labor? ¿Qué hay de las decisiones o pronunciamientos de algunos de esos órganos de expertos, en especial los que tienen un mandato oficial, y cómo se comparan con los emitidos por grupos de expertos de carácter privado simplemente por las cortes y tribunales de justicia? También deben tenerse en cuenta la interacción y la relación de esos órganos con los Estados. Algunas de estas cuestiones se abordan de forma preliminar más adelante en el presente informe.

2. La relación de los medios auxiliares con las fuentes del derecho internacional

48. El segundo aspecto del tema, que en cierto modo podría considerarse que constituye una parte esencial del posible valor añadido del tema, se centra en la función de los medios auxiliares enumerados en el párrafo 1 d) y en la relación entre estos y las fuentes del derecho internacional, a saber, los tratados, el derecho consuetudinario y los principios generales del derecho, enumeradas en los apartados a) a c) del párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

A este respecto, es preciso tener en cuenta, entre otras cuestiones, el peso y el valor que se atribuyen a los medios auxiliares, en especial a las decisiones judiciales de las cortes y tribunales internacionales para aclarar y desarrollar el derecho internacional y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones. Es necesario examinar la idea de que las conclusiones de los órganos judiciales al interpretar y aplicar los tratados, el derecho consuetudinario y los principios generales del derecho pueden determinar o generar obligaciones jurídicas vinculantes para los Estados, las organizaciones internacionales y otros organismos. Hay que aclarar la relación entre los Artículos 38 y 59 y la noción de los precedentes o supuesta falta de ellos en derecho internacional, así como el vínculo con los derechos de terceros. La cuestión de los precedentes judiciales viene de antiguo, pero parece especialmente importante para el tema, habida cuenta de la teoría a ese respecto y de la realidad de la práctica que los Estados han consentido necesariamente. Un estudio jurídico cada vez más empírico de la evolución *de facto* de los precedentes en las cortes y tribunales internacionales ayudaría a establecer, o al menos confirmar, las pautas que pueden encontrarse en la práctica y que podrían ayudar a la Comisión a sacar conclusiones útiles.

3. Otros medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional

49. El tercer aspecto o pilar del tema, dependiendo de si se adopta un enfoque restringido o amplio respecto de los medios auxiliares, puede brindar la oportunidad de aclarar los otros medios auxiliares que no son decisiones judiciales ni doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones. Aquí la Comisión podría dar un paso atrás para tener una visión más general que vaya más allá de los límites estrictos de las dos categorías distintas mencionadas en el Artículo 38, párrafo 1 d). Teniendo en cuenta el carácter aparentemente no exhaustivo de esta disposición, debería ser posible analizar la evolución de los medios auxiliares a lo largo del tiempo en la práctica de los Estados, las organizaciones internacionales y las cortes y tribunales internacionales. Es probable que ese análisis ponga de manifiesto que, en los últimos decenios, los Estados han pedido a las cortes y tribunales internacionales que empleen diversos instrumentos jurídicos para resolver sus controversias. Para ello, las cortes y tribunales han examinado algunas fuentes de obligaciones de los Estados que no solo guardan relación con las fuentes del derecho expresamente mencionadas en el Artículo 38, párrafo 1. A este respecto, cabe afirmar que las dos fuentes modernas de obligaciones de los Estados más citadas en derecho internacional son los actos y declaraciones unilaterales de los Estados y/o las resoluciones de las organizaciones internacionales. Por lo tanto, se abordarán en el presente informe. Podría estudiarse también, de acuerdo con la práctica y la doctrina en la materia, si existen otros medios auxiliares como la equidad, el derecho religioso o los acuerdos entre Estados y empresas internacionales.

50. Hay una última cuestión, la de la coherencia⁷⁷ y unidad del derecho internacional, que también podría afectar al alcance y, por tanto, a la utilidad y complejidad del presente tema, por lo que es necesario mencionarla. Esta cuestión se plantea porque, indudablemente, uno de los fundamentos de este tema será el análisis

⁷⁷ Véase un análisis de las distintas fases del debate, y de la posición actual de los juristas internacionales con respecto a la supuesta fragmentación provocada por la creciente “judicialización” del derecho internacional, en Chiara Giorgetti y Mark Pollack (eds.), *Beyond Fragmentation: Cross-Fertilization, Cooperation and Competition among International Courts and Tribunals* (Cambridge: Cambridge University Press, 2022), pág. 6. Véase un primer análisis exhaustivo de los posibles conflictos de competencias jurisdiccionales en el contexto de la aparente proliferación de cortes y tribunales internacionales en Yuval Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals* (Oxford: Oxford University Press, 2003).

de las decisiones judiciales. En la sinopsis de 2021 se explicó que, en algunos casos, se había expresado preocupación por que diferentes cortes y tribunales internacionales pudieran conocer simultáneamente de la misma controversia y llegar a decisiones o conclusiones contradictorias con respecto a la misma cuestión jurídica internacional. Esto, entre otras cosas, ha suscitado debates sobre las respectivas competencias institucionales de dichas cortes y tribunales y la relación jerárquica entre ellos⁷⁸. Si bien en la sinopsis se reconoce que estas cuestiones se plantean en la práctica, se afirma que, aunque las preocupaciones por la existencia de decisiones judiciales contradictorias revisten cierta importancia, quedan fuera del alcance del presente tema. Se llegó a esa conclusión sin analizar en profundidad esa cuestión concreta.

51. Dada la importancia de la cuestión, a juzgar por el estudio del papel de las decisiones judiciales como medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho internacional y por las observaciones de al menos un Estado (Portugal), el Relator Especial considera que ha llegado el momento de que la Comisión en su conjunto determine si debe quedar fuera del alcance del presente tema. El Relator Especial se siente obligado a plantear la cuestión con el único objetivo de recabar la orientación de la Comisión al respecto. Está dispuesto a proporcionar más detalles sobre este asunto que, si así lo desean los miembros, podría tratar en mayor profundidad en futuros informes.

B. Resultado final en forma de proyecto de conclusiones

52. El Relator Especial apoya la decisión adoptada por la Comisión en 2021, en la que se indica que lo más adecuado es que el resultado final del tema revista la forma de proyecto de conclusiones acompañadas de comentarios. Como se afirma en la sinopsis⁷⁹, la elección de un proyecto de conclusiones encaja y se complementa con el enfoque adoptado anteriormente por la Comisión con respecto a varios temas recientes relativos a las fuentes del derecho internacional y cuestiones conexas, como los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados⁸⁰, la identificación del derecho internacional consuetudinario⁸¹, los principios generales del derecho⁸² y la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)⁸³.

53. Dicho esto, tanto la Comisión como los Estados en la Sexta Comisión han abordado, en el contexto de los otros temas mencionados, el sentido de los proyectos de conclusiones en la práctica. Ese interés parece deberse en parte a que la Comisión recurre cada vez más a proyectos de conclusiones, en lugar de a los tradicionales proyectos de artículos más conocidos por los Estados, para dar forma al texto resultante de sus estudios. Por otra parte, también se debe a la importancia práctica de la elección. Por ello, conviene hacer dos breves pero importantes observaciones a ese respecto.

⁷⁸ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/76/10)*, cap. IV, párr. 27.

⁷⁹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/76/10)*, anexo, párr. 8.

⁸⁰ *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), cap. IV, págs. 25 a 94, párrs. 39 a 52.

⁸¹ *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), cap. V, págs. 95 a 121, párrs. 53 a 66.

⁸² *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo séptimo período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/77/10)*, cap. VIII, págs. 334 a 353 (primera lectura prevista para finales del presente quinquenio).

⁸³ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo séptimo período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/77/10)*, cap. IV, págs. 10 a 96.

54. En primer lugar, cabe destacar que, incluso antes de que algunos delegados en la Sexta Comisión pidieran a la Comisión de Derecho Internacional que aclarara qué es un proyecto de conclusiones, esta ya estaba debatiendo sobre la compleja cuestión de las implicaciones de la elección de proyectos de conclusiones para dar forma a sus textos finales frente a otras opciones elegidas para otros temas, como los proyectos de artículos. Esa cuestión ya se había planteado en relación con otros tipos de resultados de su labor. Luego se mencionó públicamente en el informe del órgano subsidiario competente para tratar estas cuestiones: su grupo de trabajo permanente sobre los métodos de trabajo⁸⁴. Como se indica en el informe de la Comisión a la Asamblea General de 2022, las deliberaciones de ese grupo de trabajo sobre la cuestión de la nomenclatura, entre otras, proseguirán a lo largo del quinquenio 2023-2027⁸⁵. Como es habitual, las conclusiones que se extraigan se transmitirán a los Estados y a la Asamblea General para que formulen observaciones. De ello se deduce que, por importante que sea la cuestión, el presente informe no es el lugar adecuado para abordarla y mucho menos resolverla.

55. En segundo lugar, y en cualquier caso, todavía no existe en la práctica de la Comisión una definición única de los “proyectos de conclusiones”. La elección del resultado de su labor parece guiarse principalmente por las necesidades específicas del tema de que se trate. Dicho esto, para disipar cualquier duda que pueda surgir sobre la intención con que se utiliza el proyecto de conclusiones para este tema, conviene hacer una aclaración fundamental. En el sentido en que aquí se emplea, debe entenderse que el proyecto de conclusiones es fruto de un proceso de deliberación razonada y una reafirmación sobre las prácticas constatadas en el empleo de medios auxiliares para determinar las normas de derecho internacional. Su función esencial es aclarar el derecho a partir de la práctica actual. Así pues, en consonancia con el Estatuto y la práctica habitual de la Comisión con respecto a las fuentes y otros temas conexos, el contenido de ese proyecto de conclusiones reflejará principalmente una codificación y quizás elementos de desarrollo progresivo del derecho internacional.

56. En general, para concluir y teniendo en cuenta que, en su labor sustantiva relativa a los apartados b) y c) del párrafo 1 del Artículo 38, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la Comisión ha optado por proyectos de conclusiones para dar forma a sus textos finales, es lógico que esta haga lo mismo con el resultado de su labor relativa a los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional previstos en el apartado d). Todo planteamiento que se aparte de esa forma de proceder ya decidida por la Comisión en 2021 generaría una confusión y dudas innecesarias.

C. Aclaraciones terminológicas

57. El último aspecto de este capítulo se refiere a la terminología. Al elaborar el presente informe, el Relator Especial constató que en la práctica y en la doctrina se emplea terminología muy diversa en el examen del tema. Por consiguiente, y a fin de evitar, o al menos minimizar, toda ambigüedad en el presente informe y en este tema en la Comisión, considera que sería útil establecer una interpretación común de los principales términos. A este respecto, cabe hacer dos observaciones.

58. En primer lugar, como punto de partida, toda referencia a los “medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho” en el contexto de este tema debe entenderse en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. A efectos del tema, la expresión “medios auxiliares para la

⁸⁴ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo séptimo período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/77/10)*, cap. X, secc. C 2, pág. 376, párr. 255.

⁸⁵ *Ibid.*, cap. X, secc. C 2, pág. 377, párr. 256.

determinación de las *normas de derecho internacional*” que se utilizará en el presente informe debe considerarse equivalente a la expresión “medio auxiliar para la determinación de las *reglas de derecho*”. En otras palabras, la expresión “reglas de derecho” que figura en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se sustituirá a menudo, aunque no siempre, por “normas de derecho internacional”. Así se hará para mantener la coherencia con el título del tema, que se eligió a fin de poner de relieve la idea central del proyecto, a saber, la determinación de las *normas de derecho internacional*. Es importante destacar que en ningún caso se ha pretendido que se considere que la expresión “reglas de derecho” es más amplia que “normas de derecho internacional”, por lo que el empleo de esta última no limita en modo alguno el alcance del tema.

59. En segundo lugar y por último, es evidente que el Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia menciona expresamente dos categorías de “medios” calificados de “auxiliares” cuando se redactaron los Estatutos de la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia: “las decisiones judiciales” y “las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones”. Mientras que la expresión “resoluciones judiciales”, puede abreviarse como “decisiones”, para hacer referencia a las “doctrinas” a veces se habla de doctrina, escritos, estudios académicos, bibliografía, obras o incluso resultados o pronunciamientos. Ambos conceptos deben entenderse en su sentido más amplio. En ocasiones, el término “publicistas”, que suena algo arcaico, puede sustituirse por otros más empleados en la actualidad, como académicos, juristas, autores, escritores o comentaristas. En lo esencial, estas interpretaciones van en consonancia con los trabajos anteriores de la Comisión⁸⁶.

60. En conclusión, con el estudio de este tema y de las principales cuestiones mencionadas más arriba y cualesquiera otras cuestiones conexas que puedan surgir en el curso de esta labor, se espera que la Comisión proporcione una orientación útil a los Estados, las organizaciones internacionales, las cortes y tribunales nacionales e internacionales y todos aquellos, incluidos los juristas y profesionales del derecho internacional, que puedan tener motivos para abordar de manera sustantiva los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional.

⁸⁶ En general, los términos utilizados siguen la terminología similar empleada por la Comisión en las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario. Véanse, a este respecto, las conclusiones 13 y 14 y sus comentarios en el informe de 2018 de la Comisión a la Asamblea General de las Naciones Unidas, que se analizan en el memorando de la Secretaría.

IV Metodología

61. En lo que respecta a la metodología, el Relator Especial propone que, en consonancia con su estatuto y su práctica establecida⁸⁷, la Comisión también adopte su metodología establecida para su labor sobre este tema. Para ello tendrá que examinar de manera integrada, y de la forma más exhaustiva y objetiva posible, una amplia variedad de documentación primaria y secundaria y bibliografía jurídica sobre el tema. A este respecto, las investigaciones del Relator Especial para sus informes se complementarán con las aportaciones de los demás miembros de la Comisión. Se tendrá muy en cuenta cualquier información que presenten los Estados, ya sea en declaraciones realizadas en los debates anuales sobre el tema en la Sexta Comisión de la Asamblea General o en respuesta a solicitudes específicas. Se dará ese mismo tratamiento a los estudios elaborados por la Secretaría a petición de la Comisión.

62. La labor sobre el tema debe guiarse principalmente por la práctica de los Estados, lo que puede llevar a preguntarse en qué consiste dicha práctica. Esta puede, naturalmente, adoptar formas muy diversas. La Comisión ha tratado de aclarar las formas más comunes de de práctica los Estados en el contexto de sus conclusiones de 2018 sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario. Ha aclarado que la práctica de los Estados consiste en el comportamiento del Estado, ya sea en el ejercicio de sus funciones ejecutivas, legislativas, judiciales o de otra índole, y puede revestir diversas formas que *comprenden* las declaraciones públicas, las decisiones de cortes y tribunales internacionales y nacionales competentes; la legislación, los decretos y otra documentación nacional; los tratados y otros instrumentos internacionales, incluidos los trabajos preparatorios que estén disponibles; y los intercambios diplomáticos, así como los alegatos ante cortes y tribunales internacionales de carácter universal o regional. En la medida en que sea pertinente para los fines del tema, también se tendrá en cuenta la práctica de las organizaciones internacionales⁸⁸, ya sean de carácter universal o regional.

63. Habida cuenta de la naturaleza del tema, que examina los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho comenzando por las *decisiones judiciales*, debe prestarse especial atención a la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales. Al fin y al cabo, el Artículo 38 pretende servir de orientación para los procesos judiciales sustanciados en cualquier corte o tribunal. A este respecto, al igual que en los estudios anteriores de la Comisión sobre las fuentes del derecho internacional, se estudiará la labor de la Corte Internacional de Justicia y de su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional, en cuyas decisiones aquella se basa con frecuencia⁸⁹. Las decisiones de los tribunales arbitrales

⁸⁷ Véase, a este respecto, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/76/10)*, anexo, párrs. 32 a 34, 39 (donde se citan, entre otros, los artículos 20 y 24 del Estatuto de la Comisión).

⁸⁸ Como se verá más adelante, se establece una distinción entre la práctica de las organizaciones internacionales como tales y la práctica de las cortes y tribunales internacionales, incluidas sus decisiones.

⁸⁹ Véase, entre los múltiples ejemplos de decisiones y opiniones consultivas que pueden encontrarse, *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of Charter)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1948*, págs. 57 y ss., en especial pág. 63 (“La Corte considera que el texto es suficientemente claro; por consiguiente, no considera necesario apartarse de la práctica constante de la Corte Permanente de Justicia Internacional, según la cual no hay motivo para recurrir a los trabajos preparatorios si el texto de una convención es en sí mismo suficientemente claro”) y *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1949*, págs. 174 y ss., en especial pág. 182 (“con arreglo al derecho internacional, se debe entender que la Organización tiene las competencias que, aunque no estén expresamente previstas en la Carta, se deduce necesariamente que son

interestatales, aunque no son decisiones judiciales propiamente dichas, se tendrán en cuenta en relación con este tema, como también lo fueron en temas anteriores examinados por la Comisión. Esto parece justificado porque los tribunales arbitrales interestatales y de otra índole aplican a menudo el derecho internacional y, en cualquier caso, tanto los Estados como las cortes y tribunales internacionales se remiten a ellos para resolver controversias sobre cuestiones de derecho internacional⁹⁰.

64. Sin cuestionar la pertinencia general de las decisiones de las cortes y tribunales nacionales, que también deben tenerse en cuenta, es preciso examinar la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales e internacionalizados. Entre ellos cabe citar, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, los tribunales penales internacionales establecidos *ad hoc* para la ex-Yugoslavia y Rwanda, el Tribunal Especial para Sierra Leona y los órganos de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio. También se hará referencia a la jurisprudencia de las cortes y tribunales regionales, como la Corte y la Comisión Africanas de Derechos Humanos y de los Pueblos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos, así como a los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. No obstante, aunque se haga referencia a la jurisprudencia de determinadas cortes y tribunales, lo que se pretende es elaborar conclusiones de carácter general aplicables por igual a todas las cortes y tribunales: tanto los existentes como los que puedan crearse en el futuro.

65. En opinión del Relator Especial, teniendo en cuenta que el presente estudio versa sobre los medios auxiliares, siempre merece la pena tener en cuenta al menos dos consideraciones importantes cuando se recurre a una jurisprudencia tan diversa. En primer lugar, cabe preguntarse si las otras cortes y tribunales internacionales aplican una metodología similar la de la Corte Internacional de Justicia, sobre todo habida cuenta de que tienen un fundamento jurídico distinto. En segundo lugar, aunque técnicamente no estén obligados a seguirlas, sería importante determinar si, al ocuparse de cuestiones de derecho internacional, la Corte Internacional de Justicia y los Estados tratan las decisiones de dichas cortes y tribunales como un tipo de medio auxiliar persuasivo, con independencia de su posible valor como prueba de práctica estatal.

66. Es evidente que, además de la práctica de los Estados, también se examinarán los trabajos académicos pertinentes relativos a las fuentes y a los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional. Parece importante examinar una amplia variedad de trabajos académicos, en especial habida cuenta de la naturaleza del tema, así como de la letra y el espíritu del Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto. Se hará todo lo posible por tener en cuenta los diversos puntos de vista sobre el tema, para lo que, una vez más siguiendo la práctica establecida, se estudiarán

esenciales para el ejercicio de sus funciones”. La Corte señala además que “este principio del derecho fue aplicado por la Corte Permanente de Justicia Internacional a la Organización Internacional del Trabajo en su opinión consultiva núm. 13, de 23 de julio de 1926 (Serie B, núm. 13, pág. 18), y debe aplicarse a las Naciones Unidas”). Recalcando su fidelidad a esa jurisprudencia, la Corte también ha llegado a distinguir sus propios fallos de los de la Corte Permanente de Justicia Internacional en otras decisiones, como, por ejemplo, en *Nuclear Tests (Australia v. France)*, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, págs. 253 y ss., en especial pág. 270, párr. 54.

⁹⁰ Esta cuestión no estaba clara en las primeras publicaciones doctrinales, en las que se debatió mucho sobre si las decisiones de los tribunales arbitrales constituían “decisiones judiciales” en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 d). Aunque se abordará más adelante en el presente informe, en este momento basta con señalar que esta cuestión no ha resultado realmente problemática porque, en la práctica, la Corte se remite a tales decisiones. Véase un excelente análisis en Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court* (Cambridge: Grotius Publications, Cambridge University Press, 1996), pág. 35.

los trabajos académicos tanto de expertos como de grupos de expertos, ya sean de carácter privado o establecidos por los Estados.

67. El Relator Especial agradecerá enormemente a los miembros de la Comisión y a los Estados toda propuesta que deseen hacer sobre material pertinente en cualquier idioma. Ello contribuiría a lograr una mayor representatividad de los principales sistemas jurídicos, idiomas y regiones del mundo.

68. Por último, como en otros estudios recientes, la Comisión podría incluir una bibliografía multilingüe al final de su estudio. Una bibliografía es útil sobre todo porque ofrece a los juristas y otros investigadores que puedan tener motivos para abordar la cuestión de los medios auxiliares un punto de partida para sus investigaciones. El inconveniente es que, por naturaleza, una bibliografía corresponde a un momento fijo y, por tanto, puede quedar obsoleta rápidamente. Al mismo tiempo, una bibliografía exhaustiva compilada al final de la labor sobre este tema puede resultar útil en la medida en que ofrecería a los futuros investigadores una guía práctica de los principales trabajos académicos sobre el tema publicados hasta la fecha⁹¹. Dada la enorme cantidad de publicaciones sobre el tema, probablemente convendría hacer una selección, lo que lleva a preguntarse por los criterios que deben seguirse para ello. Uno de los criterios de selección podría ser la calidad y representatividad de las obras en relación con los principales sistemas jurídicos y regiones e idiomas del mundo. Una vez más, el Relator Especial agradecería enormemente cualquier sugerencia de los miembros de la Comisión y de los Estados sobre materiales primarios y secundarios pertinentes que convenga incluir en la bibliografía multilingüe.

⁹¹ La idea de incluir una bibliografía ya se menciona en la sinopsis del tema. *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/76/10)*, cap. VI, párr. 38 v).

V Labor anterior de la Comisión sobre los medios auxiliares

69. A efectos del presente informe, es esencial recordar la labor anterior de la Comisión que resulte especialmente pertinente para el examen del tema. Así pues, el Relator Especial, basándose en gran medida en el memorando de la Secretaría, tratará de indicar en este capítulo algunos antecedentes que deberían permitir a la Comisión trabajar a partir de su labor anterior cuando proceda. Hará una reseña de las principales observaciones formuladas con las explicaciones necesarias. No obstante, por limitaciones de espacio, hay aspectos que no se abordan. Para tener una visión más completa, se insta a los miembros a que lean este capítulo junto con el memorando de la Secretaría.

70. Como es lógico teniendo en cuenta la amplia labor que ha llevado a cabo en los últimos decenios sobre las fuentes del derecho internacional, la Comisión ha recurrido a medios auxiliares para examinar casi todos los temas que ha completado. No obstante, como se verá en su momento, no siempre se ha remitido a esos medios en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 d)⁹². Así lo confirma el memorando de la Secretaría, que “adopta un enfoque amplio en el sentido de que se incluyen ejemplos de tales referencias a las decisiones judiciales y la doctrina sin que la Secretaría se pronuncie sobre si la Comisión se basó o no en estos materiales como medios auxiliares en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 d)”⁹³. Así es como debe ser dado que, en última instancia, corresponde a la Comisión determinar, a la luz de sus propios trabajos anteriores recopilados por la Secretaría, si ha concluido de manera expresa o implícita que una “referencia concreta [en su labor] a las decisiones judiciales o la doctrina”⁹⁴ constituye o no un uso de esos materiales como medios auxiliares en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

71. En lo que respecta a la forma, el memorando de la Secretaría contiene una serie de observaciones sobre trabajos anteriores de la Comisión que podrían ser especialmente pertinentes para el tema. En este sentido, después de abordar algunas cuestiones preliminares en la introducción, el memorando analiza, en primer lugar, la forma en que la Comisión conceptualiza e interpreta las decisiones judiciales y la doctrina para la determinación de las normas de derecho internacional (cap. II), incluidos los elementos relativos a los “medios auxiliares”, las “decisiones judiciales” y las “doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones”, y, en segundo lugar, la manera en que la Comisión utiliza las decisiones judiciales y la doctrina en su labor (cap. III, secc. A). El capítulo III también contiene ejemplos del uso de decisiones judiciales y doctrina para determinar normas de derecho convencional y derecho internacional consuetudinario y principios generales del derecho (secc. B). A continuación, el memorando hace un repaso general de los casos en que la Comisión ha recurrido a las decisiones judiciales y a la doctrina para examinar cuestiones más amplias relativas al sistema jurídico internacional y a la relación entre las fuentes y las normas de derecho internacional (cap. III, secc. C), antes de concluir con un análisis de la forma en que la Comisión ha incorporado las decisiones judiciales y la doctrina en sus métodos de trabajo (cap. IV)⁹⁵.

⁹² Memorando de la Secretaría, Medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional – Elementos de trabajos anteriores de la Comisión de Derecho Internacional que podrían ser especialmente pertinentes para el tema (Memorando de la Secretaría), [A/CN.4/759](#), párr. 3.

⁹³ Memorando de la Secretaría, [A/CN.4/759](#), párr. 3.

⁹⁴ Memorando de la Secretaría, [A/CN.4/759](#), párr. 3.

⁹⁵ Memorando de la Secretaría, [A/CN.4/759](#), resumen.

72. Si bien todos los aspectos que se abordan en el memorando de la Secretaría pueden resultar muy útiles para fundamentar la labor de la Comisión sobre el tema, a los efectos del presente informe este capítulo se centrará en el uso de las decisiones judiciales y la doctrina en la práctica de la Comisión. Otros aspectos que se explican en el memorando, en especial sobre la conceptualización de los medios auxiliares, pueden ser pertinentes para otras partes del presente informe centradas en las cuestiones teóricas. La forma en que la Comisión utiliza los medios auxiliares en su labor relativa a las cuestiones más generales relativas al sistema jurídico internacional y a la relación entre las fuentes del derecho internacional, así como los criterios para determinar el valor que debe darse a los distintos medios auxiliares, se abordarán en gran medida en futuros informes del Relator Especial.

A. La evaluación por la Comisión del artículo 24 de su Estatuto y de los medios auxiliares

73. Antes de pasar a las principales observaciones del memorando sobre la práctica de la Comisión en el uso de medios auxiliares, es esencial tener en cuenta algunas observaciones preliminares sobre el artículo 24 del Estatuto de la Comisión⁹⁶, que la Secretaría también señala, y destacar lo siguiente:

74. La Comisión presentó un informe a la Asamblea General en 1950 sobre los “[m]edios para hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario” en el que se ponía de relieve la distinción hecha en el Estatuto⁹⁷:

El artículo 24 del Estatuto de la Comisión parece apartarse de la clasificación que figura en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte, al incluir entre las pruebas del derecho internacional consuetudinario las decisiones judiciales en materias de derecho internacional. Sin embargo, esa divergencia puede defenderse lógicamente, porque tales decisiones, en especial las de los tribunales internacionales, pueden formular y aplicar principios y reglas de derecho internacional consuetudinario. Además, las decisiones de los tribunales nacionales pueden indicar la práctica seguida por un Estado⁹⁸.

75. El citado informe de la Comisión señalaba además lo siguiente:

La prueba de la práctica de los Estados debe buscarse en diversos tipos de documentos. La referencia del artículo 24 del Estatuto de la Comisión a los “documentos relativos a la práctica de los Estados” no indica el criterio con que deba juzgarse la naturaleza de tales “documentos”. Tampoco es posible enumerar todos los diversos tipos de documentos que revelan la práctica de los Estados sobre cada uno de los numerosos problemas que surgen en las relaciones internacionales⁹⁹.

76. No obstante, la Comisión proporcionó una lista no exhaustiva de “elementos” o tipos de prueba del derecho internacional consuetudinario, a saber, los textos de los instrumentos internacionales, las decisiones de los tribunales internacionales, las

⁹⁶ El artículo 24 del Estatuto de la Corte reza así:

“La Comisión examinará los medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario, tales como la compilación y publicación de documentos relativos a la práctica de los Estados ya las decisiones de los tribunales nacionales e internacionales en materias de derecho internacional, y presentará un informe sobre este asunto a la Asamblea General”.

⁹⁷ Memorando de la Secretaría, A/CN.4/759, párr. 10.

⁹⁸ *Yearbook... 1950*, vol. II, pág. 368, párr. 30.

⁹⁹ *Yearbook... 1950*, vol. II, pág. 368, párr. 31.

decisiones de los tribunales nacionales, la legislación nacional, la correspondencia diplomática, las opiniones de los consejeros jurídicos nacionales y la práctica de las organizaciones internacionales¹⁰⁰.

B. El uso habitual de los medios auxiliares en la labor de la Comisión

77. Habida cuenta de lo que antecede y de la importancia que la Comisión reconoce a los medios auxiliares, en especial a las decisiones judiciales en el contexto del derecho internacional consuetudinario, en el memorando se aborda el enfoque general adoptado por la Comisión con respecto al uso de las decisiones judiciales. También se proporcionan ejemplos concretos de la forma en que la Comisión ha utilizado no solo las decisiones y fallos judiciales, sino también la doctrina, incluidas las obras de académicos y órganos de expertos.

78. La Secretaría llega a dos conclusiones en relación con el enfoque que la Comisión adopta al utilizar las decisiones judiciales y la doctrina. En primer lugar, que la naturaleza y el alcance del empleo de las decisiones judiciales y la doctrina por parte de la Comisión varían en función del tema que se trate y de los medios por los que se haya desarrollado el derecho en ese ámbito¹⁰¹. Por ejemplo, en el tema de las declaraciones unilaterales de los Estados, en que el derecho se desarrolló principalmente a partir de la práctica interestatal y de las decisiones de la Corte Internacional de Justicia derivadas de dicha práctica, la Comisión se basó principalmente en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia. La Comisión señaló que los comentarios a los Principios Rectores que aprobó posteriormente eran "... notas explicativas en las que se pasa revista a la jurisprudencia de la [Corte] Internacional de Justicia] y a la práctica pertinente de los Estados"¹⁰².

79. En cambio, en el tema de la responsabilidad del Estado, la Comisión, para determinar las normas básicas del derecho internacional relativas a la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, tomó en consideración una gran variedad y cantidad de materiales disponibles, como causas juzgadas por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia, laudos arbitrales, decisiones de cortes y tribunales regionales de derechos humanos, pronunciamientos de los órganos de expertos creados en virtud de tratados, casos examinados por comisiones de reclamaciones, decisiones de cortes y tribunales nacionales y doctrina¹⁰³. Por otra parte, en los artículos sobre la protección diplomática, "en el que el Estado puede ejercer su derecho a presentar reclamaciones internacionales contra otros Estados en nombre de sus nacionales perjudicados, siempre que hayan agotado los recursos internos, la Comisión volvió a examinar las normas y principios pertinentes señalados por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia¹⁰⁴, junto con una serie de decisiones de otras cortes y tribunales y la doctrina pertinentes para determinar las normas y principios contenidos en los artículos"¹⁰⁵.

¹⁰⁰ *Ibid.*, párr. 31, y págs. 368 a 372, párrs. 32 a 78.

¹⁰¹ Véase el Memorando de la Secretaría, A/CN.4/759, observación 20, párrs. 65 a 69.

¹⁰² Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas, *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 178, nota 873.

¹⁰³ Véanse los comentarios a los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), párr. 77.

¹⁰⁴ Véanse, por ejemplo, los párrafos 3) y 4) del comentario al artículo 1 de los artículos sobre la protección diplomática, texto aprobado en segunda lectura con sus comentarios, *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), págs. 28 y 29.

¹⁰⁵ Memorando de la Secretaría, A/CN.4/759, párr. 68. Véanse, por ejemplo, los párrafos 6) y 7) del comentario al artículo 4, el párrafo 3) del comentario al artículo 6 y el párrafo 3) del comentario

80. La Comisión se ha basado a menudo en las decisiones de la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia y en otros materiales para confirmar o apoyar normas y principios establecidos en numerosos tratados multilaterales, declaraciones y otros instrumentos internacionales, reglamentos y resoluciones de organizaciones internacionales pertinentes para el tema de la responsabilidad internacional en caso de pérdida por daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas¹⁰⁶.

81. La segunda conclusión de la Secretaría sobre el enfoque general que la Comisión ha adoptado respecto del uso de medios auxiliares es que esta se ha basado en decisiones judiciales y doctrinas tanto en el contexto de la codificación del derecho internacional como en el de su desarrollo progresivo¹⁰⁷. Así ha ocurrido en muchos temas, en especial, más recientemente, en el de los principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, para cuya formulación la Comisión se basó, entre otras cosas, en las decisiones judiciales y en la doctrina, y que contienen “disposiciones de distinto valor normativo, incluidas algunas que reflejan el derecho internacional consuetudinario y otras que contienen recomendaciones para el desarrollo progresivo de este”¹⁰⁸.

82. En el comentario al principio 3, párrafo 1, la Comisión, además de mencionar los tratados internacionales pertinentes, hace referencia a dos causas de la Corte Internacional de Justicia¹⁰⁹, así como a una serie de estudios, directrices y comentarios del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)¹¹⁰, para respaldar las obligaciones de derecho internacional consuetudinario enunciadas en el principio 3, que establece la obligación general de mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, que incluye la obligación de divulgar el derecho de los conflictos armados entre las fuerzas armadas y de que los Estados, en la medida de lo posible, ejerzan su influencia para impedir la vulneración del derecho de los conflictos armados y poner fin a dicha vulneración¹¹¹.

al artículo 7 de los artículos sobre la protección diplomática, *Anuario... 2006, ibid.*, págs. 32, 36 y 37.

¹⁰⁶ Véase el párrafo 3) del comentario general a los artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 158.

¹⁰⁷ Véase el Memorando de la Secretaría, *A/CN.4/759*, observación 21, párrs. 70 a 78.

¹⁰⁸ Memorando de la Secretaría, *A/CN.4/759*, párr. 71. Véase, por ejemplo, el párrafo 4) del comentario al artículo 3 de los artículos referentes al derecho del mar, *Anuario... 1956*, vol. II, págs. 261 y 262. Párrafo 4) del comentario al principio 3; y Principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo séptimo período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/77/10)*, pág. 105.

¹⁰⁹ Párrafos 1) a 10) del comentario al principio 3 de los principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo séptimo período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/77/10)*, págs. 109 a 112, notas 345 a 360, donde se hace referencia a la causa *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* y a la opinión consultiva en *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*.

¹¹⁰ Párrafos 1) a 10) del comentario al principio 3, *ibid.*, págs. 109 a 112, notas 345 a 360, donde se hace referencia al estudio titulado *El derecho internacional humanitario consuetudinario* y a las *Guidelines on the Protection of the Natural Environment in Armed Conflict* y el *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, del CICR.

¹¹¹ Memorando de la Secretaría, *A/CN.4/759*, párr. 72. También se menciona la doctrina del CICR “en apoyo del párrafo 2 del principio 3 que, como se indica en su comentario, se extiende en algunos aspectos a las medidas voluntarias y, por lo tanto, va más allá de las obligaciones consuetudinarias y convencionales de los Estados”. Véanse los párrafos 11) a 13), notas 361 a 363, del comentario al principio 3, *A/77/10*, págs. 112 y 113.

83. La Secretaría hace una observación interesante sobre los materiales en que la Comisión se basa para formular los principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados.

[L]os aspectos del principio que se caracterizan por reflejar obligaciones jurídicas existentes (*lex lata*) se apoyan principalmente en referencias a disposiciones convencionales y decisiones de la Corte Internacional de Justicia, mientras que los aspectos que van más allá de las obligaciones jurídicas existentes (*de lege ferenda*) se apoyan principalmente en la doctrina¹¹².

84. También hace esta observación atendiendo al comentario a los artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre, que no solo se basa en instrumentos internacionales fundamentales¹¹³ e instrumentos internacionales no vinculantes pertinentes, “sino también en una serie de publicaciones y otros documentos que pueden considerarse “doctrina”¹¹⁴.

85. En el comentario al artículo 10 de los artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, la Comisión invocó el artículo 43 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, así como el pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, para sostener que las obligaciones de derecho internacional consuetudinario seguían siendo exigibles independientemente de las obligaciones establecidas en tratados que se hubieran dado por terminados o cuya aplicación se hubiera suspendido¹¹⁵.

86. Con todo, la Secretaría señala que, aunque los ejemplos citados más arriba pueden indicar que la Comisión tiende a basarse principalmente en disposiciones de tratados, otros instrumentos internacionales y decisiones de cortes y tribunales

¹¹² Memorando de la Secretaría, A/CN.4/759, párr. 74, “Este enfoque se pone de manifiesto también, por ejemplo, en el párrafo 4) del comentario al principio 4, relativo a la designación de zonas protegidas, donde la Comisión se basa, entre otras cosas, en las directrices del CICR sobre la protección del medio ambiente natural en los conflictos armados y en el *Manual de San Remo sobre el derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar* para ilustrar los tipos de zonas ambientales que pueden entrar en el ámbito de aplicación del principio; véase el párrafo 4) del comentario al principio 4 de los principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, A/77/10, pág. 114. Véase también el párrafo 11) del comentario al principio 8, relativo a los desplazamientos humanos, en el que la Comisión se basa en diversas publicaciones de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y la Organización Internacional para las Migraciones en apoyo de una interpretación amplia de los términos “ubicación” y “tránsito” en relación con las zonas en las que deben adoptarse medidas para prevenir, mitigar y reparar los daños al medio ambiente, véase el párrafo 11) del comentario al principio 8 de los principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, A/77/10, pág. 130”.

¹¹³ Entre ellos la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

¹¹⁴ Entre ellos las Directrices sobre la Facilitación y Reglamentación Nacionales de las Operaciones Internacionales de Socorro en Casos de Desastre y Asistencia para la Recuperación Inicial, de la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, la resolución del Instituto de Derecho Internacional relativa a la asistencia humanitaria y las Directrices de la OCHA para la Utilización de Recursos Militares y de la Defensa Civil Extranjeros en Operaciones de Socorro en Casos de Desastre (“Directrices de Oslo”). Véanse en general los comentarios a los artículos 4 y 5 de los artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre, *Anuario... 2016*, vol. II (segunda parte), págs. 31 a 37.

¹¹⁵ Memorando de la Secretaría, A/CN.4/759, párr. 78; párrafos 1) y 2) del comentario al artículo 10 de los artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, con sus comentarios, *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), pág. 127.

internacionales para codificar el derecho internacional vigente, esta no debe considerarse una práctica uniforme. Por ejemplo, en el comentario al artículo 3 (Principio general) de los artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, en el que se señala que dicho artículo es de primordial importancia, la Comisión, al sentar el principio general de estabilidad y continuidad jurídicas, se basó exclusivamente en decisiones de cortes y tribunales nacionales (del Reino Unido y los Estados Unidos) y en doctrina, a saber, una resolución aprobada en 1985 por el Instituto de Derecho Internacional sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados y las obras *International Law*, de Oppenheim, y *The Law of Treaties*, de McNair, para determinar la existencia de una norma jurídica: ha quedado “de manifiesto que, según el derecho internacional contemporáneo, la existencia de un conflicto armado no pone fin *ipso facto* a los acuerdos existentes ni suspende su aplicación”¹¹⁶.

C. La invocación por la Comisión de las decisiones judiciales de cortes y tribunales internacionales y de otra índole

87. El memorando contiene varias observaciones en que se confirma el frecuente empleo de decisiones judiciales en la labor de la Comisión. Concretamente, hay seis observaciones generales, que se exponen brevemente a continuación, sobre el uso que hace la Comisión de las decisiones de la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia.

88. *En primer lugar*, en el memorando se confirma que, de todas las decisiones judiciales en que se ha basado, la Comisión ha concedido especial importancia a las de la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia, como puede deducirse del hecho de que haya referencias a dichas decisiones en la mayoría de los temas que ha examinado desde 1949¹¹⁷. También puede apreciarse la especial importancia de estas decisiones en la prominencia y el peso que se les da en los comentarios de la Comisión, incluidos los de algunos de sus trabajos fundamentales, como los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y los artículos sobre el derecho de los tratados¹¹⁸. Entre los ejemplos citados en el memorando, cabe citar el comentario al artículo 1 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente

¹¹⁶ Memorando de la Secretaría, A/CN.4/759, párr. 77; párrafo 2) del comentario al artículo 3 de los artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), pág. 123.

¹¹⁷ Memorando de la Secretaría, A/CN.4/759, observación 22, párrs. 79 a 83.

¹¹⁸ Memorando de la Secretaría, A/CN.4/759, párr. 80.

ilícitos¹¹⁹, el comentario al artículo 6 de los artículos sobre el derecho de los tratados¹²⁰ y el tema de los actos unilaterales de los Estados¹²¹.

89. *En segundo lugar*, en numerosas ocasiones la Comisión ha considerado que las decisiones de la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia constituyen declaraciones de derecho internacional vigente y ha formulado disposiciones en que retoma directamente o sigue de cerca el texto de dichas decisiones¹²². La Comisión se ha inspirado en esas decisiones para la formulación de algunos de sus proyectos de artículo, de conclusión o de principio¹²³. Por ejemplo, en un comentario a los artículos referentes al derecho del mar se afirma que el texto de algunas de las normas aprobadas en primera lectura se reformula para ajustarlo a las conclusiones de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Pesquerías*¹²⁴. Esos artículos también incluyen “una prohibición absoluta de dificultar el paso de los estrechos que sirven para poner en comunicación dos partes de la alta mar. La expresión ‘los estrechos que, por poner en comunicación dos partes de la alta mar, sirven normalmente para la navegación internacional’ ha sido inspirada por la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el litigio del Canal de Corfú”¹²⁵.

90. Los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos contienen numerosos ejemplos de disposiciones basadas en decisiones de la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia, así

¹¹⁹ Véanse los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte): párrafo 2) del comentario al artículo 1, párr. 77, donde se citan las causas *Phosphates in Morocco*, 1938 *P.C.I.J.*, serie A/B, núm. 74, págs. 10 y ss., en especial pág. 28; *Corfu Channel* [Cuestiones de fondo], fallo, *I.C.J. Reports 1949*, págs. 4 y ss., en especial pág. 23; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, [Cuestiones de fondo], fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 14 y ss., en especial pág. 142, párr. 283, y pág. 149, párr. 292; *Gabčíkovo-Nagymaros Project case (Hungary/Slovakia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1997*, págs. 7 y ss., en especial pág. 38, párr. 47; *Factory at Chorzow* [Competencia], fallo núm. 8, 1927, *P.C.I.J.*, Serie A, núm. 9, pág. 21; e *ibid.* [Cuestiones de fondo], fallo núm. 13, 1928, *P.C.I.J.*, serie A, núm. 17, pág. 29. 1938 *P.C.I.J.*, serie A/B, núm. 74, págs. 10 y ss., en especial pág. 28.

¹²⁰ Véanse los artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II: párrafo 2) del comentario al artículo 6, párr. 38, *Legal Status of Eastern Greenland*, *P.C.I.J.*, (1933) serie A/B, núm. 53, pág. 71; y párrafo 1) del comentario al artículo 15, párr. 38, *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, *P.C.I.J.* (1926), serie A, núm. 7, pág. 30.

¹²¹ Véanse los principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas, *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte): párrafo 2) del comentario general, pág. 179, donde se hace referencia a *Nuclear Tests, (Australia v. France)*, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 253, y *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, *ibid.*, pág. 457; y párrafo 1) del comentario al principio rector 4, pág. 163, donde se hace referencia a la causa *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)* [Competencia de la Corte y admisibilidad de la demanda], fallo, *I.C.J. Reports 2006*, pág. 28.

¹²² Memorando de la Secretaría, *A/CN.4/759*, observación 23, párrs. 84 a 100.

¹²³ Memorando de la Secretaría, *A/CN.4/759*, párr. 84.

¹²⁴ Artículos referentes al derecho del mar, *Anuario... 1956*, vol. II: en el párrafo 2) del comentario al artículo 5, pág. 263, relativo a las líneas de base rectas, se indica que “[I]a Comisión ha interpretado el fallo de la Corte, que en lo que se refiere a esta cuestión fue dictado por una mayoría de 10 votos contra 2, como la expresión del derecho vigente; por ello, se ha inspirado en él al redactar este artículo...”; párrafo 4) del comentario al artículo 5, pág. 263, donde se señala que, en su séptimo período de sesiones, celebrado en 1955, “... la Comisión realizó algunos cambios que tendían a armonizar aún más ese texto con el fallo que la Corte había dictado en el litigio de las pesquerías antes mencionado”; párrafo 1) del comentario al artículo 7, relativo a las bahías, pág. 264, donde la Comisión señala que, con la aprobación de esa disposición, “la Comisión ha llenado la laguna señalada ya por la Conferencia de La Haya para la codificación del derecho internacional de 1930, y sobre la cual la Corte Internacional de Justicia había llamado otra vez la atención en el fallo que dictó en el litigio de las pesquerías”.

¹²⁵ Párrafo 3) del comentario al proyecto de artículo 17, *ibid.*, pág. 269.

como de otras cortes y tribunales internacionales¹²⁶. Cabe citar la obligación del Estado de reparar el daño resultante de la comisión de un hecho ilícito y la forma de dicha reparación, basadas en la causa relativa a la *Fábrica de Chorzów*, y la referencia a la causa relativa a la *Barcelona Traction* en el comentario al artículo 48 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado.

91. Pueden encontrarse otros dos ejemplos en que la Comisión se basa directamente en el texto de decisiones de la Corte Internacional de Justicia para formular disposiciones, en primer lugar, en los artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, donde la Comisión afirma, en un comentario, que el texto del párrafo 2 del artículo 17, relativo a las negociaciones... “se inspira principalmente en el fallo dictado por la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Compétence en matière de pêcheries (Reino Unido c. Islandia)* y el laudo arbitral en el asunto del *Lac Lanoux*”¹²⁷. En segundo lugar, en el comentario a los artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados se destaca que la exigencia de un

¹²⁶ Memorando de la Secretaría, A/CN.4/759, párr. 86. Véanse los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte): párrafo 2) del comentario al artículo 2, pág. 35, donde se hace referencia a la causa *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, fallo, *I.C.J. Reports 1980*, págs. 3 y ss., en especial pág. 29, párr. 56. Véase pág. 41, párr. 90. Véanse también *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* [Cuestiones de fondo], fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 14 y ss., en especial págs. 117 y 118, párr. 226; y *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1997*, págs. 7 y ss., en especial pág. 54, párr. 78; párrafo 4) del comentario al artículo 3, pág. 38, donde se cita la causa *Fisheries*, fallo, *I.C.J. Reports 1951*, págs. 116 y ss., en especial pág. 132; *Nottebohm* [Excepción preliminar], fallo, *I.C.J. Reports 1953*, págs. 111 y ss., en especial pág. 123; *Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants*, fallo, *I.C.J. Reports 1958*, págs. 55 y ss., en especial pág. 67; *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; y *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, fallo, *I.C.J. Reports 1989*, págs. 15 y ss., en especial pág. 51, párr. 73; párrafo 3) del comentario al artículo 3, págs. 37 y 38, donde se hace referencia a la causa *S.S. “Wimbledon”*, 1923, *P.C.I.J., serie A*, núm 1, págs. 15 y ss., en especial págs. 29 y 30; párrafo 1) del comentario al artículo 53, pág. 76 (“El texto del presente artículo es idéntico al artículo 51 sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Reproduce, con algunas palabras añadidas, el principio enunciado por la CIJ en el asunto del *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia)*, según el cual ‘los efectos de una contramedida deben ser proporcionales al daño sufrido, habida cuenta de los derechos en cuestión’”); párrafo 7) del comentario al artículo 2, pág. 36, donde se hace referencia a la causa *Factory at Chorzów* [Competencia], fallo núm. 8, 1927, *P.C.I.J., serie A*, núm. 9, pág. 21; e *ibid.* [Cuestiones de fondo], fallo núm. 13, 1928, *P.C.I.J., serie A*, núm. 17, pág. 29. *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1949*, págs. 174 y ss., en especial pág. 184; *Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior affair*, U.N.R.I.A.A., vol. XX (núm. de venta E/F.93.V.3), págs. 215 y ss. (1990), en especial pág. 251, párr. 75; párrafo 3) del comentario al artículo 31, pág. 97, donde se cita la causa *Factory at Chorzów* [Competencia], fallo núm. 8, 1927, *P.C.I.J., serie A*, núm. 9, pág. 21; e *ibid.* [Cuestiones de fondo], fallo núm. 13, 1928, *P.C.I.J., serie A*, núm. 17, pág. 47; párrafo 8) del comentario al artículo 48, págs. 137 y 138, donde se hace referencia a la causa de la Corte Internacional de Justicia *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 3.

¹²⁷ Véase el párrafo 3) del comentario al artículo 17 de los artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 124, donde se hace referencia a *Fisheries Jurisdiction cases (United Kingdom v. Iceland) (Federal Republic of Germany v. Iceland)* [Cuestiones de fondo], fallo, *I.C.J. Reports 1974*, págs. 3 y 175, y al arbitraje del caso *Lake Lanoux*, U.N.R.I.A.A., vol. XII (núm. de venta 63.V.3), págs. 281 y ss.

vínculo “efectivo” entre la persona y el Estado pretende “utilizar la terminología de la [Corte Internacional de Justicia] en el asunto *Nottebohm*”¹²⁸.

92. La *tercera* observación de la Secretaría sobre la forma en que la Comisión emplea las decisiones de la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia es que, en muchas ocasiones, aunque no se ha inspirado necesariamente en el texto de dichas decisiones, la Comisión sí se ha basado en ellas para fundamentar o justificar disposiciones¹²⁹. La Comisión ha recurrido a esas decisiones para fundamentar y sustentar su labor en casi todos los temas que ha examinado. Por ejemplo, a veces a señalado que su labor es “conforme” a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia¹³⁰, o que se inspira en ella¹³¹. A diferencia de lo señalado en la observación anterior, en este caso el recurso a la Corte Permanente de Justicia Internacional y a la Corte Internacional de Justicia suele hacerse en el comentario.

93. Por ejemplo, en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la Comisión indica, en el comentario general al capítulo V, relativo a las circunstancias que excluyen la ilicitud, que esas circunstancias no anulan ni dan por terminada la obligación en cuestión, sino que sirven de justificación del incumplimiento mientras subsisten. La Comisión considera que “[e]sta distinción se desprende claramente de las decisiones de tribunales internacionales”, en particular de la causa de la Corte Internacional de Justicia relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*¹³². Esta distinción fundamenta los artículos del capítulo V, pero solo se aborda en el comentario.

94. En los artículos sobre la protección diplomática, se invoca en el comentario una decisión de la Corte Permanente de Justicia Internacional como base del principio de que incumbe a cada Estado decidir quiénes son sus nacionales¹³³. Ese principio

¹²⁸ Párrafo 5) del comentario al artículo 19 de los artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados, *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 43.

¹²⁹ Memorando de la Secretaría, *A/CN.4/759*, observación 24, párrs. 101 a 105.

¹³⁰ Párrafo 9) del comentario a la directriz 1.5.3. sobre las reservas, *Anuario... 2011*, vol. II (tercera parte), pág. 80. (“Esas observaciones son conformes a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y, en particular, a su sentencia de 4 de diciembre de 1998 en el asunto de la *Jurisdicción en materia de pesquerías* entre España y el Canadá”).

¹³¹ Véase, por ejemplo, el párrafo 7) del comentario al principio 9 de los principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, *A/77/10*, págs. 133 y 134. (“El párrafo 1 del proyecto de principio se inspira además en el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a *Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua)*, en el que la Corte dictaminó que ‘es conforme a los principios del derecho internacional que rigen las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos, incluido el principio de reparación íntegra, considerar que los daños causados al medio ambiente en sí mismo son indemnizables’”). Véase también el párrafo 5) del comentario al principio 19 de los principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, *A/77/10*, págs. 174 y 175. (“La referencia a las consideraciones ambientales encuentra su origen e inspiración en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares*”).

¹³² Párrafos 2) y 3) del comentario general al capítulo V de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 75, donde se citan casos relativos a la diferencia entre Nueva Zelanda y Francia acerca de la interpretación o aplicación de dos acuerdos celebrados el 9 de julio de 1986 entre ambos Estados sobre los problemas derivados del caso *Rainbow Warrior*, U.N.R.I.A.A., vol. XX (núm. de venta E/F.93.V.3), págs. 215 y ss., (1990), en especial pág. 251, párr. 75. *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1997*, págs. 7 y ss., en especial pág. 63, párr. 101; véase también la pág. 38, párr. 47.

¹³³ Párrafo 2) del comentario al artículo 4 de los artículos sobre la protección diplomática, *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 31, *Nationality Decrees Issued in Tunis and*

fundamenta el texto del artículo 4, pero no se reproduce en el texto del artículo. También pueden encontrarse ejemplos de esta práctica en los principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas¹³⁴ y en los artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas¹³⁵.

95. *En cuarto lugar*, en algunas ocasiones la Comisión ha invocado decisiones de la Corte Internacional de Justicia como bases autorizadas para contribuir a lograr el objetivo del tema que examina¹³⁶, por ejemplo cuando, en los artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, se basó en la opinión consultiva de la Corte en la causa relativa a la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, junto con el principio 2 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, para confirmar que el objetivo del tema, la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, “formaba parte del *corpus* de normas del derecho internacional”¹³⁷.

96. *En quinto lugar*, a veces la Comisión también recurre a decisiones de la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia como bases autorizadas para demostrar o reconocer que se ha producido una evolución en el derecho internacional¹³⁸. A este respecto, en los artículos sobre la protección diplomática, la Comisión se remitió a decisiones de la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia en los comentarios para demostrar que el derecho internacional había evolucionado desde la posición de 1924 (la causa *Mavrommatis* de la Corte Permanente de Justicia Internacional) de que, al asumir la causa de sus nacionales, los Estados hacían valer sus propios derechos¹³⁹, hasta la posición actual (causas *LaGrand* y *Avena* de la Corte Internacional de Justicia) de que el derecho internacional reconoce la existencia de determinados derechos, de carácter tanto convencional como consuetudinario, destinados a la protección de las personas¹⁴⁰.

Morocco (French Zone), opinión consultiva, *P.C.I.J. Reports*, serie B, núm. 4, 1923, págs. 6 y ss., en especial pág. 24.

¹³⁴ Párrafo 3) del comentario al principio 5 de los principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas, *Anuario... 2006*, vol. II (Parte II), págs. 180 y 181, donde se hace referencia a las causas *Nuclear Tests, (Australia v. France)*, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 269, párr. 49, y *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, fallo, *I.C.J. Reports*, pág. 474, párr. 51.

¹³⁵ Párrafo 14) del comentario al artículo 1 de los artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 161, donde se hace referencia a *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*, págs. 16 y ss., en especial pág. 54, párr. 118.

¹³⁶ Véase el Memorando de la Secretaría, *A/CN.4/759*, observación 25, párr. 106.

¹³⁷ Párrafo 3) del comentario general a los artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario... 2001*, vol. II, segunda parte, pág. 158, donde se hace referencia a la causa *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Reports 1996*, págs. 226 y ss., en especial págs. 241 y 242, párr. 29.

¹³⁸ Memorando de la Secretaría, *A/CN.4/759*, observación 26, párrs. 107 a 110.

¹³⁹ Párrafo 3) del comentario al artículo 1 de los artículos sobre la protección diplomática, *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 28, donde se hace referencia a *Mavrommatis Palestine Concessions*, fallo núm. 2, 1924, *P.C.I.J.*, serie A, núm. 2, pág. 12.

¹⁴⁰ Párrafo 4) del comentario al artículo 1 de los artículos sobre la protección diplomática, *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), págs. 28 y 29, donde se hace referencia a las causas *LaGrand (Germany v. United States of America)*, *I.C.J. Reports 2001*, págs. 466 y ss., en especial págs. 493 y 494, párrs. 76 y 77; y *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, fallo de 31 de marzo de 2004, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 12 y ss., en especial págs. 35 y 36, párr. 40.

97. La Secretaría proporciona otros ejemplos en apoyo de esta observación, que se pueden encontrar en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, donde se habla de la forma en que la Corte Permanente de Justicia Internacional expresa la función de la indemnización en el derecho internacional¹⁴¹. en los comentarios a las directrices sobre la protección de la atmósfera, donde la Comisión afirma que en la causa relativa a las *Plantas de celulosa*, la Corte “señaló que debía realizarse una evaluación del impacto ambiental cuando la actividad industrial proyectada pudiera tener un ‘importante impacto perjudicial en un marco transfronterizo, en particular, en un recurso compartido’”¹⁴², y en los comentarios a las directrices sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, donde la Comisión se remite a la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros* en relación con la evolución del marco jurídico relativo a la explotación y conservación de los recursos naturales, las consideraciones ambientales y la sostenibilidad¹⁴³.

98. En su *última* observación referida de forma específica a las decisiones de la Corte Internacional de Justicia y la Corte Permanente de Justicia Internacional, la Secretaría dice que es poco frecuente que la Comisión discrepe expresamente de una decisión de la Corte Internacional de Justicia¹⁴⁴. Puede encontrarse un ejemplo destacado en el comentario al artículo 48 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, relativo a la invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado. La Comisión se refirió a la “decisión, muy criticada” de 1966 de la Corte Internacional de Justicia en las causas relativas al *África Sudoccidental* [Segunda fase], “de la que el artículo 48 se desvía deliberadamente”¹⁴⁵. Así, la Comisión sentó las bases para incluir en los artículos el concepto de obligaciones *erga omnes* y, por ende, el derecho de los terceros Estados (es decir, distintos del Estado lesionado) que tengan un interés jurídico en el cumplimiento de tales obligaciones a invocar la responsabilidad del Estado infractor¹⁴⁶.

99. Aunque en las siguientes observaciones del memorando de la Secretaría no se mencionan de forma específica ni exclusiva las decisiones de la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia como en las seis observaciones anteriores, se hace referencia a casos en que la Comisión se inspira en decisiones judiciales tomadas fundamentalmente por ambas Cortes. Sin embargo, ello no significa necesariamente que las decisiones de otras cortes y tribunales internacionales no sean importantes o no se mencionen en la labor de la Comisión.

100. En el memorando de la Secretaría se observa que la Comisión también ha tomado en consideración las decisiones de otros órganos de arreglo de controversias judiciales y no judiciales¹⁴⁷, y que, “a menudo, la Comisión se ha referido

¹⁴¹ Párrafo 3) del comentario al artículo 36 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 105.

¹⁴² Párrafo 4) del comentario a la directriz 4 de las directrices sobre la protección de la atmósfera, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/76/10)*, pág. 31.

¹⁴³ Párrafo 7) del comentario al principio 20 de los principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo séptimo período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/77/10)*, págs. 182 y 183.

¹⁴⁴ Véase *A/CN.4/759*, observación 27, párr. 111.

¹⁴⁵ Párrafo 7) del comentario al artículo 48 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), nota 725.

¹⁴⁶ Memorando de la Secretaría, *A/CN.4/759*, párr. 111.

¹⁴⁷ Véase el memorando de la Secretaría, *A/CN.4/759*, observación 28, párrs. 112 a 122.

ampliamente a las decisiones de las cortes y tribunales regionales¹⁴⁸, los tribunales de arbitraje, los tribunales nacionales, las comisiones de reclamaciones¹⁴⁹ y, en ocasiones, a las decisiones de las comisiones de conciliación”¹⁵⁰.

101. En el memorando se dan primero varios ejemplos en los que la Corte ha invocado decisiones de órganos internacionales y regionales, y más adelante ejemplos en que se ha hecho referencia a jurisprudencia nacional. En el primer caso, cabe citar el comentario al artículo 1 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en el que la Comisión cita laudos arbitrales y casos examinados por comisiones de conciliación que han “afirmado repetidas veces” el principio de que todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional¹⁵¹.

102. En el comentario al artículo 4 de los artículos sobre la protección diplomática se cita una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para apoyar la conclusión de la Comisión de que “[h]oy en día, en los convenios, y sobre

¹⁴⁸ Párrafo 5) del comentario al principio 5 de los principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo séptimo período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/77/10)*, pág. 118, en el que se señala que el párrafo 1 de dicho principio “se basa en la jurisprudencia de cortes y tribunales regionales” y se hace referencia a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativa a la protección de las comunidades indígenas.

¹⁴⁹ Véanse, por ejemplo, los artículos sobre la expulsión de extranjeros, *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte): párrafo 1) del comentario al artículo 3, págs. 29 y 30, donde se señala que el derecho de expulsión “se ha reconocido en particular en varios laudos arbitrales y decisiones de comisiones de reclamaciones, así como en diversas decisiones de órganos jurisdiccionales y comisiones regionales” y se hace referencia, entre otras, a las decisiones de la Comisión Mexicana, la Comisión Mixta de Reclamaciones Italia-Venezuela, la Comisión Mixta de Reclamaciones Bélgica-Venezuela y el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos; párrafo 6) del comentario al artículo 20, pág. 48, donde se afirma que, si bien la cuestión de los derechos de propiedad del enemigo en tiempo de conflicto armado no se aborda específicamente en dicha disposición, “[c]abe señalar [...] que la cuestión de los derechos de propiedad en caso de conflicto armado fue objeto de un examen detallado por la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía”.

Véanse también las referencias a la labor de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas en los principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, por ejemplo, en el párrafo 6) del comentario al principio 9, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo séptimo período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/77/10)*, pág. 133.

¹⁵⁰ Memorando de la Secretaría, *A/CN.4/759*, párr. 112. Véase, por ejemplo, el párrafo 8) del comentario a la directriz 2.9.8. de la guía de la práctica sobre las reservas a los tratados, donde se hace referencia a la decisión relativa a la delimitación de la frontera entre Eritrea y Etiopía de 13 de abril de 2002, Corte Permanente de Arbitraje, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXV (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta E/F.05.V.5), pág. 111, párr. 3.9, y se señala que “es especialmente difícil determinar cuándo y en qué circunstancias precisas la inacción ante una declaración interpretativa equivale a consentimiento”, *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), pág. 210.

¹⁵¹ Véanse los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), párrafo 2) del comentario al artículo 1, párr. 77, donde se citan los casos *Claims of Italian nationals resident in Peru*, U.N.R.I.A.A., vol. XV (núm. de venta 66.V.3) págs. 399 a 411; y *Dickson Car Wheel Company (USA v. United Mexican States)*, U.N.R.I.A.A., vol. IV, (núm. de venta 1951.V.1), págs. 669 y ss., en especial pág. 678 (1931). Véanse también el párrafo 2) del comentario al artículo 1, párr. 77, donde se cita *Case concerning the difference between New Zealand concerning the interpretation or application of two agreements concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair*, U.N.R.I.A.A., vol. XX (núm. de venta E/F.93.V.3), pág. 215 (1990); y el párrafo 1) del comentario al artículo 13, pág. 60, donde se cita el caso *Island of Palmas (Netherlands/United States of America)*, U.N.R.I.A.A., vol. II (núm. de venta 1949.V.1), págs. 829 y ss., en especial pág. 845 (1928).

todo en materia de derechos humanos, se exige a los Estados que observen las normas internacionales al conceder la nacionalidad”¹⁵². En el examen de ese mismo tema también invocan las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “en apoyo de un enfoque amplio de los recursos existentes en el derecho interno que debían agotarse, incluidos los recursos administrativos, antes de que el Estado de la nacionalidad pudiera asumir una reclamación en nombre de su nacional”¹⁵³.

103. La Comisión se ha basado en el laudo arbitral del caso relativo a la *Trail Smelter*, en el comentario general a los artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, para “poner de relieve” el “principio bien establecido de la prevención”, que posteriormente se reafirmó en el principio 21 de la Declaración de Estocolmo, en el principio 2 de la Declaración de Río y en la resolución 2995 (XXVII) de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1972¹⁵⁴. Se volvió a invocar el arbitraje relativo a la *Trail Smelter* para fundamentar “[e]l principio básico de que el Estado debe velar por el pago de una pronta y adecuada indemnización en caso de daño resultante de actividades peligrosas”¹⁵⁵.

104. En los artículos sobre la protección diplomática, en un comentario se hace referencia a asuntos examinados por comisiones de reclamaciones para respaldar diversas conclusiones de la Comisión, entre otras cosas sobre ciertos aspectos de las normas relativas a las reclamaciones de las personas con doble nacionalidad¹⁵⁶ y las reclamaciones de las empresas¹⁵⁷.

105. El último ejemplo de invocación de órganos jurisdiccionales internacionales por parte de la Comisión es el de las decisiones de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas citadas en los principios sobre la asignación de la pérdida para apoyar una interpretación amplia de la expresión “daños al medio ambiente” y el pago

¹⁵² Párrafo 6) del comentario al artículo 4 de los artículos sobre protección diplomática, texto aprobado en segunda lectura con sus comentarios, *Anuario... 2006*, vol. II, (segunda parte), pág. 32, donde se cita la opinión consultiva emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto *Propuesta de modificación a la Constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización* (opinión consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, Serie A, núm. 4, párr. 38).

¹⁵³ Memorando de la Secretaría, A/CN.4/759, párr. 114, donde se hace referencia a los párrafos 3) a 5) del artículo 14 de los artículos sobre la protección diplomática, texto aprobado en segunda lectura con sus comentarios, *Anuario... 2006*, vol. II, (segunda parte), págs. 48 y 49, donde se cita *De Becker v. Belgium*, demanda núm. 214/56, decisión de 9 de junio de 1958, Comisión y Tribunal Europeos de Derechos Humanos, *Yearbook of the European Convention on Human Rights 1958-1959*, pág. 238.

¹⁵⁴ Memorando de la Secretaría, A/CN.4/759 párr. 115, donde se hace referencia al párrafo 4) del comentario general a los artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario... 2001*, vol. II, (segunda parte), págs. 158 y 159, donde se cita el caso relativo a la *Trail Smelter*, U.N.R.I.A.A., vol. III, (núm. de venta 1949. V.2), págs. 1905 y ss.

¹⁵⁵ Párrafo 6) del comentario al principio 4 de los principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 86, donde se cita el caso relativo a la *Trail Smelter*, U.N.R.I.A.A., vol. III (núm. de venta 1949.V.2), págs. 1905 y ss.

¹⁵⁶ Véase el párrafo 3) del comentario al artículo 7 de los artículos sobre la protección diplomática, *Anuario... 2006*, vol. II, (segunda parte), pág. 37, donde se citan los asuntos *Mathison, Stevenson* (Comisión Mixta de Reclamaciones Británico-venezolana), *Brignone y Miliani*, (Comisión Mixta de Reclamaciones Italo-venezolana), U.N.R.I.A.A., vol. IX, (núm. de venta 59.V.5), págs. 485 y 494, y vol. X (núm. de venta 60.V.4) págs. 542 y 584, respectivamente. Véase también el párrafo 3) del comentario al artículo 7, pág. 37, donde se cita la reclamación en el asunto *Mergé*, Comisión de Conciliación Italo-americana, 10 de junio de 1955, U.N.R.I.A.A., vol. XIV (núm. de venta 65.V.4), pág. 236.

¹⁵⁷ Párrafos 1) a 3) del comentario al artículo 10 de los artículos sobre la protección diplomática, *ibid.*, págs. 41 y 42, donde se cita el asunto *Orinoco Steamship Company*, Comisión Mixta de Reclamaciones Estados Unidos-Venezuela, U.N.R.I.A.A., vol. IX, pág. 180.

de indemnizaciones por los daños causados a recursos naturales carentes de valor comercial¹⁵⁸.

106. En el memorando también se hace referencia a los casos en que la Comisión se ha basado en jurisprudencia nacional. El primero de esos ejemplos se refiere a los artículos sobre la protección diplomática, en los que la Comisión invoca la jurisprudencia nacional “para respaldar su conclusión de que el Estado de la nacionalidad tiene algún tipo de obligación, por limitada que sea, de proteger a sus nacionales en el extranjero cuando han sido víctimas de una violación grave de sus derechos humanos. Este concepto subyace a la formulación de la Comisión en el artículo 19, en el sentido de que el Estado ‘debería’ ejercer la protección diplomática en los casos apropiados”¹⁵⁹.

107. En los comentarios al Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, la Comisión invocó las decisiones de cortes y tribunales nacionales con respecto a la cuestión de saber “si las leyes de la guerra imponen al jefe de un ejército el deber de tomar todas las medidas apropiadas a su alcance para controlar a las tropas que están a sus órdenes e impedir que cometan actos en violación de las leyes de la guerra”¹⁶⁰.

108. Los últimos ejemplos del memorando con respecto a la invocación del derecho interno pueden encontrarse en el comentario al artículo 10 de los artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas¹⁶¹, en el

¹⁵⁸ Párrafo 18) del comentario al principio 2 de los principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario... 2006*, vol. II, (segunda parte), págs. 76 y 77, donde se citan el informe y las recomendaciones del Grupo de comisionados acerca de la quinta serie de reclamaciones “F4”, (S/AC.26/2005/10): “La Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas era un órgano subsidiario del Consejo de Seguridad establecido en 1991 en virtud de la resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad para tramitar reclamaciones y pagar indemnizaciones por las pérdidas y daños sufridos como consecuencia directa de la invasión y ocupación de Kuwait por el Iraq. No era un órgano judicial, sino que consistía en grupos de comisarios encargados de examinar y evaluar las reclamaciones presentadas por Gobiernos, organizaciones internacionales, empresas y particulares”. Véase también el párrafo 11) del comentario al principio 6, pág. 98. Los otros tribunales internacionales de reclamaciones a los que se hace referencia en estos comentarios son el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos y el Tribunal de Reclamaciones Nucleares de las Islas Marshall.

¹⁵⁹ Memorando de la Secretaría, A/CN.4/759, párr. 118, donde se hace referencia al párrafo 3) del comentario al artículo 2 de los artículos sobre la protección diplomática, *Anuario... 2006*, vol. II, (segunda parte), pág. 30, donde se citan los casos *Rudolf Hess, International Law Reports*, vol. 90 (1992), pág. 387; *Abbasi and Juma v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Secretary of State for the Home Department*, Decisión del Tribunal Supremo de la Judicatura-Tribunal de Apelación (Sala de lo Civil) de 6 de noviembre de 2002, *International Legal Materials*, vol. 42 (2003), pág. 358; y *Kaunda and Others v. President of the Republic of South Africa and Others*, decisión del Tribunal Constitucional de 19 y 20 de julio de 2004 y 4 de agosto de 2004, *The South African Law Reports 2005*, pág. 235.

¹⁶⁰ Párrafo 2) del comentario al artículo 6 del Código de Crímenes Contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 28, donde se hace referencia a la causa *Yashamita* juzgada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos y a las causas *German High Command Trial* y el *Hostages Trial* juzgadas por el Tribunal Militar de los Estados Unidos.

¹⁶¹ A/CN.4/759, párr. 119, donde se hace referencia a los artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte): párrafo 4) del comentario al artículo 10, pág. 173, donde se cita *Streitsache des Landes Württemberg und des Landes Preussen gegen das Land Baden (Württemberg and Prussia v. Baden)*, *betreffend die Donauversinkung*, German Staatsgerichtshof, 18 de junio de 1927, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* (Berlín), vol. 116, apéndice, págs. 18 y ss.; y a los principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo, párrafo 14) del

comentario a los principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo¹⁶² y en la versión aprobada en primera lectura de los artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado¹⁶³.

109. En el memorando de la Secretaría se observa que la Comisión a menudo ha tenido en cuenta el sentido que las cortes y tribunales internacionales han dado a términos concretos¹⁶⁴, en especial “cuando arrojan luz sobre el significado que debe atribuirse a determinados términos que aquella está examinando”¹⁶⁵. Así ocurre en los artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, en los que la Comisión hace referencia a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que “ha interpretado la desaparición forzada o involuntaria como un hecho ilícito continuado, que persiste mientras el interesado se encuentre en paradero desconocido”¹⁶⁶.

110. La Secretaría da otros tres ejemplos en apoyo de esta observación, empezando por la referencia de la Comisión al uso de los términos “órgano” y “agente” en los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, donde esta afirma que “la Corte Internacional de Justicia, al referirse a la condición de las personas que actúan en nombre de las Naciones Unidas, solo consideró pertinente el hecho de que un órgano de las Naciones Unidas hubiere atribuido funciones a una persona”¹⁶⁷.

111. Además, en las conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, la Comisión señaló que la regla general sobre la “práctica ulterior en la aplicación de un tratado” había sido formulada por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, que había determinado que dicha práctica había de ser “... una práctica de las partes en el tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado”¹⁶⁸.

112. Por último, en los artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad, la Comisión se remitió a la interpretación de los términos “generalizado” y “sistemático” en la jurisprudencia del Tribunal Internacional para la

comentario al principio 2, pág. 75, donde se cita *Burgess v. M/V Tamano*, opinión de 27 de julio de 1973, United States District Court, Maine, *Federal Supplement*, vol. 370 (1973), pág. 247.

¹⁶² Memorando de la Secretaría, A/CN.4/759, párr. 119, donde se hace referencia al párrafo 8) del comentario al principio 3 de los principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario... 2006*, vol. II, (segunda parte), donde se citan *Blue Circle Industries PLC v. Ministry of Defence*, *The All England Law Reports 1998*, vol. 3, pág. 385; y *Merlin and another v. British Nuclear Fuels PLC*, *The All England Law Reports 1990*, vol. 3, pág. 711.

¹⁶³ Párrafo 31) del comentario al artículo 2 del proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, pág. 212, donde se hace referencia a decisiones de cortes y tribunales nacionales de Alemania, los Estados Unidos, Francia, Italia y el Reino Unido.

¹⁶⁴ Memorando de la Secretaría, A/CN.4/759, observación 29, párrs. 123 a 126.

¹⁶⁵ Memorando de la Secretaría, A/CN.4/759, párr. 123.

¹⁶⁶ Memorando de la Secretaría, A/CN.4/759, párr. 123. Párrafo 4) del comentario al artículo 14 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II, segunda parte, pág. 63, donde se cita el caso *Blake*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 36, párr. 67 (1998).

¹⁶⁷ Párrafo 2) del comentario al artículo 6 de los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, *Anuario... 2011*, vol. II, (segunda parte), pág. 62; véase también el párrafo 4) del comentario al artículo 6.

¹⁶⁸ Párrafo 9) del comentario a la conclusión 5 de las conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, *Anuario... 2018*, vol. II, (segunda parte), pág. 43, donde se cita, entre otros, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, *United States of America and others v. Islamic Republic of Iran and others*, laudo núm. 108-A-16/582/591-FT, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 5 (1984), págs. 57 y ss., en especial pág. 71.

ex-Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda y la Corte Internacional de Justicia para definir los “crímenes de lesa humanidad”¹⁶⁹.

113. La Secretaría ha observado que, en algunos casos, la Comisión ha invocado opiniones separadas o disidentes en que se expresa una posición o se explica con más detalle el razonamiento de una corte o un tribunal en una determinada decisión¹⁷⁰ para ayudar a comprender la decisión de la corte o el tribunal en cuestión o el razonamiento en que se basó¹⁷¹. En este sentido, en el comentario a los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la Comisión se remitió a una opinión disidente del Magistrado Schwebel para respaldar la tesis de que la doctrina de las “manos limpias” se ha invocado sobre todo en el contexto de la admisibilidad de reclamaciones ante cortes y tribunales internacionales, aunque rara vez se ha aplicado¹⁷².

114. Por otra parte, “[e]n el informe final del Grupo de Trabajo sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), la Comisión se refirió a las opiniones disidentes y separadas de las decisiones de la Corte Internacional de Justicia que examinaban la tipología de los tratados que contenían la ‘fórmula *aut dedere aut judicare*’”¹⁷³.

115. Otro de los ejemplos aportados en apoyo de esta observación figura en el comentario a los artículos sobre la protección diplomática, donde se hace referencia a las opiniones separadas de los magistrados de la Corte Internacional de Justicia, por ejemplo, “a favor de una excepción que permitiera al Estado de la nacionalidad de los accionistas de una sociedad reclamar contra el Estado de constitución cuando este fuera responsable del perjuicio causado a la sociedad”¹⁷⁴. En el mismo tema, la Comisión se remitió a una opinión disidente del Magistrado Oda en la causa *Elettronica Sicula S.p.A* de la Corte Internacional de Justicia para respaldar la invocación de “los principios generales del derecho relativos a las sociedades” en lugar del derecho interno para garantizar los derechos de los accionistas extranjeros

¹⁶⁹ Párrafos 10) a 16) del comentario al artículo 2 de los artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/74/10)*, págs. 32 a 36.

¹⁷⁰ Memorando de la Secretaría, *A/CN.4/759*, observación 30, párrs. 127 a 130.

¹⁷¹ Memorando de la Secretaría, *A/CN.4/759*, párr. 127.

¹⁷² Véanse el párrafo 9) del comentario al capítulo V y la nota 319 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), párr. 77, donde se hace referencia a la opinión disidente del Magistrado Schwebel en *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, (Nicaragua v. United States of America)* [Cuestiones de fondo], fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 14 y ss., en especial págs. 392 a 394.

¹⁷³ Memorando de la Secretaría, *A/CN.4/759*, párr. 128, donde se hace referencia al informe final del grupo de estudio sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), *Anuario... 2014*, vol. II, (segunda parte), pág. 103, párrafo 11): “En su opinión separada, en relación con el fallo de la Corte Internacional de Justicia de 20 de julio de 2012, en la causa relativa a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, el Magistrado Yusuf también se refería a la tipología de ‘los tratados que contienen la fórmula *aut dedere aut judicare*’ y los dividía en dos categorías principales”.

¹⁷⁴ Memorando de la Secretaría, *A/CN.4/759*, párr. 129, donde se hace referencia al párrafo 10) del comentario al artículo 11 de los artículos sobre la protección diplomática, *Anuario... 2006*, vol. II, (segunda parte), págs. 44 y 45, donde se citan las opiniones separadas de los Magistrados Fitzmaurice, Jessup y Tanaka en la causa relativa a la *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* [Segunda fase], fallo, *I.C.J. Reports 1970*, págs. 3 y ss., en especial pág. 48: “Sin embargo, la Comisión optó por una excepción de alcance más limitado”. Véase el artículo 11 b), de los artículos sobre la protección diplomática, *ibid.*, págs. 42 y 43.

en circunstancias en que la sociedad hubiera sido constituida en el Estado autor del hecho lesivo¹⁷⁵.

116. En sus comentarios a los artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre, la Comisión también se remitió a una opinión separada del Magistrado Álvarez en la causa relativa al *Canal de Corfú*¹⁷⁶ y a las opiniones separadas de varios magistrados en la causa relativa a las *Plataformas petroleras*¹⁷⁷.

117. La penúltima observación de la Secretaría con respecto a las decisiones judiciales es que, en algunos casos, la Comisión las ha invocado para recordar la práctica de los Estados en sus alegatos o se ha remitido directamente a dichos alegatos ante una corte o un tribunal internacional sobre una determinada cuestión de derecho¹⁷⁸. La Secretaría añade que la Comisión también ha invocado declaraciones de los Estados ante cortes y tribunales internacionales, o decisiones de cortes y tribunales internacionales que reflejan las opiniones y la práctica de los Estados en relación con una cuestión de derecho específica¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Memorando de la Secretaría, A/CN.4/759, párr. 129, donde se hace referencia al párrafo 4) del comentario al artículo 12, nota 162, de los artículos sobre la protección diplomática, *Anuario... 2006, ibid.*, pág. 45, donde se cita la causa relativa a la *Elettronica Sicula S.p.A (ELSI)*, fallo, *I.C.J. Reports 1989*, pág. 15.

¹⁷⁶ Párrafo 4) del comentario al artículo 10 de los artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre, *Anuario... 2016*, vol. II (segunda parte), párr. 49, donde se cita la opinión separada del Magistrado Álvarez en la causa *Corfu Channel* [Cuestiones de fondo], fallo, *I.C.J. Recueil 1949*, págs. 39 y ss., en especial pág. 43.

¹⁷⁷ *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 2003*, págs. 161 y ss., en especial págs. 278 y 279 (opinión separada del Magistrado Buergenthal), 326 a 334 (opinión separada del Magistrado Simma), 236 a 240 (opinión separada de la Magistrada Higgins), y 261 (opinión separada del Magistrado Koojijmans). Informe final del grupo de estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, *Anuario... 2006*, vol. II, (segunda parte), adición 2, pág. 95, párrs. 455 a 457. La Comisión también se ha remitido a las opiniones separadas de magistrados en relación con el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, *ibid.*, pág. 80, párr. 356, donde se hace referencia, por ejemplo, a *Case concerning the Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden)*, fallo de 28 de noviembre de 1958, *I.C.J. Reports 1958*, págs. 55 y ss., en especial pág. 107 (opinión separada del Magistrado Moreno Quintana); a *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)* [Excepciones preliminares], fallo de 21 de diciembre de 1962, *I.C.J. Reports 1962*, págs. 319 y ss., en especial pág. 407 (opinión separada del Magistrado Jessup); a *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*, págs. 16 y ss., en especial pág. 99 (opinión separada del Magistrado Ammoun); y a *Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the Case concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)* (*Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya*), fallo, *I.C.J. Reports 1985*, págs. 192 y ss., en especial págs. 232 y 233 (opinión separada del Magistrado Ruda).

¹⁷⁸ Memorando de la Secretaría, A/CN.4/759, observación 31, párrs. 131 a 136.

¹⁷⁹ Memorando de la Secretaría, A/CN.4/759, párr. 131. Véase también la observación 17 del informe Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario. Elementos de la labor realizada anteriormente por la Comisión de Derecho Internacional que podrían ser de particular interés para el tema. Memorando de la Secretaría, 14 de marzo de 2013, documento A/CN.4/659, pág. 29, donde se cita, entre otros, el párrafo 10) del comentario al artículo 5 de los artículos sobre los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 105 (donde se incluyen las “decisiones de tribunales internacionales” en su “análisis de todos los datos de que se dispone sobre la práctica de los Estados, generalmente aceptada como derecho”). Véase también el párrafo 4) del comentario al artículo 39 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), págs. 117 y 118 (donde se citan los casos *Delagoa Bay Railway* y *S.S. “Wimbledon”* como prueba de la “práctica de los Estados” con respecto a “[l]a pertinencia de la contribución del Estado lesionado al perjuicio para determinar la reparación adecuada”).

118. Por ejemplo, en los artículos sobre el derecho de los tratados, la Comisión consideró “que el principio de presumir el consentimiento en una reserva, por no haberse hecho objeción a la reserva, ha sido admitido en la práctica de los Estados; la propia Corte en el asunto de las *Reservas a la Convención sobre el Genocidio* dijo que en la práctica internacional se admitía la aceptación tácita de reservas”¹⁸⁰.

119. En el comentario al artículo 12 de los artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, la Comisión se remitió a los alegatos de Tailandia y Camboya en la causa relativa al *Templo de Preah Vihear*¹⁸¹; y en los artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida, la Comisión se remitió a los alegatos de los Estados Unidos ante la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a los *Derechos de las nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos*¹⁸².

120. En los comentarios a los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales por hechos internacionalmente ilícitos, la Comisión señaló que “[l]a opinión de que los Estados miembros no se pueden considerar en general internacionalmente responsables de los hechos internacionalmente ilícitos de la organización ha sido defendida por varios Estados en diferentes litigios”¹⁸³.

121. La última observación de la Secretaría sobre las decisiones judiciales es que la Comisión ha observado que las decisiones de las cortes y tribunales internacionales, a pesar de que no sientan precedente formal, pueden influir en las decisiones de otras cortes y tribunales internacionales¹⁸⁴. Así se demuestra en el análisis de múltiples decisiones arbitrales contenido en el informe final del Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida, en el que la Comisión afirmó lo siguiente:

Si bien los tribunales han señalado que las decisiones de otros tribunales no sientan precedente formal, el deseo de uniformidad ha influido claramente en la toma de decisiones¹⁸⁵.

D. La invocación por la Comisión de la doctrina y la labor de los órganos de expertos

122. En lo que respecta a la invocación por la Comisión de las decisiones judiciales y la doctrina, el memorando de la Secretaría concluye con algunas observaciones sobre el segundo elemento del Artículo 38, párrafo 1 d), a saber, las doctrinas de los publicistas de mayor competencia. En primer lugar, se observa que la Comisión se ha remitido a escritos, doctrina o estudios, así como a las opiniones de académicos, para

¹⁸⁰ Párrafo 23) del comentario a los artículos 16 y 17 de los artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 228, donde se cita *Reservations to the Convention on Genocide*, opinión consultiva, *I.C.J Reports 1951*, págs. 15 y ss., en especial pág. 21; véase también el párrafo 4) del comentario al artículo 59, págs. 281 y 282, donde se hace referencia a los alegatos de Francia en el caso *Nationality Decrees issued in Tunis and Morocco*, de China en el caso *Denunciation of the Treaty of 2 November 1865 between China and Belgium*, y de Francia en el caso *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*.

¹⁸¹ Párrafo 7) del comentario al artículo 12 de los artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 199.

¹⁸² Párrafo 21) del comentario al artículo 10 de los artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida, *Anuario... 1978*, vol. II, (segunda parte), págs. 32 y 33.

¹⁸³ Párrafo 3) del comentario al artículo 62 de los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), pág. 111.

¹⁸⁴ Memorando de la Secretaría, *A/CN.4/759*, observación 32, párr. 137.

¹⁸⁵ Informe final del Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida, *Anuario... 2015*, vol. II, (segunda parte), pág. 117, párr. 135.

indicar la aprobación o el apoyo de un determinado enfoque respecto de una norma de derecho internacional examinada en sus trabajos¹⁸⁶.

123. En el memorando de la Secretaría también se observa que, en algunas ocasiones, la Comisión ha intentado aclarar que se aparta del enfoque adoptado en ciertos escritos¹⁸⁷. A este respecto, en su labor en relación con la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, la Comisión indica que “optó por no emplear, en el enunciado de esta directriz, la expresión ‘acuerdo en forma simplificada’, de uso corriente en la doctrina de lengua francesa pero que no figura en las Convenciones de Viena”¹⁸⁸.

124. La Comisión también ha señalado, en el comentario a los artículos sobre la protección diplomática, escritos en que se da “cierto apoyo” a la opinión según la cual, si el nacional perjudicado muere antes de la presentación oficial de la reclamación, esta puede continuar por haber adquirido “carácter nacional”¹⁸⁹. No obstante, habida cuenta de la existencia de decisiones de la Comisión de Reclamaciones en contra de esa opinión, la Comisión concluyó que la posición poco concluyente de las autoridades hacía desaconsejable proponer una norma sobre esa cuestión¹⁹⁰.

125. En el memorando de la Secretaría también se señala que la Comisión invocó ampliamente la doctrina en su examen del tema de la asignación de la pérdida¹⁹¹.

126. Por otra parte, en el memorando se afirma, con ejemplos, que, en algunos temas, la Comisión ha invocado la doctrina para aportar antecedentes sobre el ámbito del derecho examinado y su evolución¹⁹².

127. La Secretaría también observa que, en algunos casos, la Comisión ha tenido en cuenta, para la formulación de sus textos, la interpretación dada por los órganos de expertos a las disposiciones de los tratados¹⁹³. En general, la Comisión se ha remitido

¹⁸⁶ Memorando de la Secretaría, [A/CN.4/759](#), observación 33, párrs. 138 a 142. Véase, por ejemplo, el párrafo 2) del comentario a la directriz 2.2.4 de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, *Anuario... 2011*, vol. II, tercera parte, pág. 122, donde la Comisión señala que la regla según la cual la expresión del consentimiento en obligarse por un tratado constituye el último momento en que se puede formular una reserva está “unánimemente reconocida por la doctrina”.

¹⁸⁷ Memorando de la Secretaría, [A/CN.4/759](#), observación 34, párrs. 143 y 144.

¹⁸⁸ Memorando de la Secretaría, [A/CN.4/759](#), párr. 143; párrafo 4) del comentario a la directriz 2.2.2. de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, *Anuario... 2011*, vol. II, tercera parte, pág. 120.

¹⁸⁹ Párrafo 14) del comentario al artículo 5 de los artículos sobre la protección diplomática, *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 35, donde se hace referencia a Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims* (Nueva York: The Banks Law Publishing Co., 1922), pág. 628.

¹⁹⁰ Párrafo 14) del comentario al artículo 5 de los artículos sobre la protección diplomática, *Anuario... 2006, ibid.*, pág. 35, donde se hace referencia al caso *Eschauzier (Great Britain v. United Mexican States)*, decisión de 24 de junio de 1931, U.N.R.I.A.A., vol. V (núm. de venta 1952.V.3), pág. 209.

¹⁹¹ Véanse los principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), párrafo 9) y nota 306 del comentario general, págs. 66 y 67, donde se hace referencia a Patricia W. Birnie y Alan E. Boyle, *International Law and the Environment*, 2ª ed. (Oxford: Oxford University Press, 2002), pág. 113; y párrafo 7) del comentario al principio 1, pág. 70, donde se hace referencia a P. Wetterstein, “A proprietary or possessory interest: A *Conditio sine qua non* for claiming damages for environmental impairment?”, en P. Wetterstein (ed.), *Harm to the Environment: The Right to Compensation and Assessment of Damages*, (Oxford: Clarendon Press, 1997), págs. 29 a 54, en especial pág. 30; y Hanqin Xue, *Transboundary Damage in International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), págs. 19 a 105 y 113 a 182.

¹⁹² Memorando de la Secretaría, [A/CN.4/759](#), observación 35, párrs. 145 y 146.

¹⁹³ Memorando de la Secretaría, [A/CN.4/759](#), observación 36, párrs. 147 a 152.

en diversos textos a las interpretaciones de órganos de expertos creados en virtud de tratados como el Comité de Derechos Humanos¹⁹⁴, el Comité contra la Tortura¹⁹⁵ y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales^{196,197}.

128. A este respecto, en los artículos sobre los crímenes de lesa humanidad, la Comisión se ha remitido a la labor del Comité de Derechos Humanos sobre varias cuestiones, como el derecho a la verdad¹⁹⁸ y el derecho a un juicio imparcial, y ha señalado que “el Comité de Derechos Humanos ha entendido [...] que el derecho a un juicio imparcial es un ‘elemento fundamental de la protección de los derechos humanos’ y un ‘medio procesal para salvaguardar el imperio de la ley’”¹⁹⁹.

129. En el comentario a los artículos sobre la expulsión de extranjeros, la Comisión se remitió a las directrices elaboradas por el Comité contra la Tortura para examinar las reclamaciones en que se alegaba que la expulsión de extranjeros a determinados Estados era contraria a la Convención contra la Tortura²⁰⁰.

¹⁹⁴ Véase, por ejemplo, el párrafo 6) del comentario al artículo 18 de los artículos sobre la expulsión de extranjeros, *Anuario... 2011*, vol. II, (segunda parte), pág. 44, donde la Comisión señala que “[e]l criterio del ‘justo equilibrio’ parece también compatible con el enfoque adoptado por el Comité de Derechos Humanos al examinar la conformidad de una medida de expulsión con el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.

¹⁹⁵ Párrafo 3) del comentario al artículo 8 de los artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/74/10)*, pág. 95, donde se afirma que dicha disposición “requiere que se proceda a una investigación siempre que haya ‘motivos razonables para creer’ que se ha cometido un delito. Según el Comité contra la Tortura, esos motivos surgen cuando se presenta o pone a disposición de las autoridades competentes información pertinente, pero no es necesario que las víctimas hayan presentado una denuncia oficial ante esas autoridades”.

¹⁹⁶ Véase, por ejemplo, el párrafo 3) del comentario al artículo 11 de los artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre, *Anuario... 2016*, vol. II (segunda parte), pág. 51, donde se hace referencia a la observación general núm. 12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativa al derecho a una alimentación adecuada. Párrafo 14) del comentario a la conclusión 13 de las conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), pág. 91. Véase también el párrafo 11) del comentario al principio 10 de los principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo séptimo período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/77/10)*, págs. 141 y 142, anexo IV, párr. 30, donde se hace referencia a las decisiones que han establecido un vínculo entre la degradación ambiental y la salud humana en el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 14 (2000), relativa al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12).

¹⁹⁷ Memorando de la Secretaría, *A/CN.4/759*, párr. 147.

¹⁹⁸ Párrafo 24) del comentario al artículo 12 de los artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/74/10)*, pág. 119, donde se hace referencia al derecho a la información o al derecho a la verdad inferidos en las decisiones del Comité de Derechos Humanos “como una forma de poner fin a la tortura psicológica de las familias de las víctimas de desapariciones forzadas o ejecuciones secretas, o de evitarla”.

¹⁹⁹ Memorando de la Secretaría, *A/CN.4/759*, párr. 45: “Por consiguiente, el párrafo 1 del proyecto de artículo 11 hace referencia a un trato justo, ‘incluido un juicio imparcial’”. Párrafo 5) del comentario al artículo 11 de los artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/74/10)*, pág. 108, donde se cita el Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 32 (2007), relativa al derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, suplemento núm. 40 (A/62/40)*, vol. I, anexo VI, párr. 2.

²⁰⁰ Párrafos 2) a 4) del comentario al artículo 24 de los artículos sobre la expulsión de extranjeros, *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), págs. 52 y 53.

130. A veces la Comisión ha invocado la evolución de los órganos de tratados en su interpretación de determinados instrumentos. Por ejemplo, en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, la Comisión incluyó en la definición propuesta del crimen de genocidio “las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo” y señaló que las palabras “las medidas destinadas” se utilizaban para indicar la necesidad de un elemento de coacción, citando el artículo II d), de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y la labor del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer²⁰¹.

131. En las conclusiones sobre los acuerdos posteriores y la práctica posterior en relación con la interpretación de los tratados, la Comisión hace referencia a la forma en que la Corte Internacional de Justicia²⁰² y diversas cortes y tribunales regionales de derechos humanos²⁰³ se remiten a los pronunciamientos de los órganos de expertos creados en virtud de tratados; y, en el comentario a los artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre, la Comisión se remite, por ejemplo, a diversas observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto del deber de cooperación entre Estados²⁰⁴.

132. La Comisión también se ha remitido a la labor de órganos de expertos y otras instituciones para examinar varios temas²⁰⁵. A veces ha invocado la labor de instituciones privadas como doctrina²⁰⁶. La Comisión se ha remitido a dicha labor para sus estudios sobre diversos temas, como, entre ellos los siguientes:

- El derecho de los tratados²⁰⁷

²⁰¹ Párrafo 16) del comentario al artículo 17 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), donde se cita el informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, suplemento núm. 38 (A/47/38)*), cap. I, párr. 22.

²⁰² Párrafo 21) del comentario a la conclusión 13 de las conclusiones sobre los acuerdos posteriores y la práctica posterior en relación con la interpretación de los tratados, *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), pág. 93.

²⁰³ Párrafo 22) del comentario a la conclusión 13 de las conclusiones sobre los acuerdos posteriores y la práctica posterior en relación con la interpretación de los tratados, *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), pág. 93.

²⁰⁴ Párrafo 2) del comentario al artículo 7 de los artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre, *Anuario... 2016*, vol. II (segunda parte), párr. 49, donde se hace referencia, en la nota 84, a las observaciones generales núms. 2, 3, 7, 14 y 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

²⁰⁵ Memorando de la Secretaría, *A/CN.4/759*, observación 37, párrs. 153 a 155; véase el párrafo 7) del comentario al proyecto de conclusión 9 del proyecto de conclusiones sobre la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo séptimo período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/77/10)*, págs. 49 y 50 (“En el párrafo se enumeran, como ejemplos de otros medios auxiliares, la labor de los órganos de expertos y la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, denominada también escritos académicos”).

²⁰⁶ Véase, por ejemplo, el párrafo 12) del comentario a la directriz 1.4. de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, nota 243, en *Anuario... 2011*, vol. II (tercera parte), pág. 70. (“El carácter intrínsecamente condicional de las reservas se subraya en numerosas definiciones doctrinales, en particular en la Harvard Law School (Research in International Law of the Harvard Law School, “Draft Convention on the Law of Treaties”, *AJIL*, 1935, Suplemento núm. 4, pág. 843...”).

²⁰⁷ Los artículos sobre el derecho de los tratados señalan en el párrafo 1) del comentario al artículo 28 que “[e]n 1956, el Instituto de Derecho Internacional aprobó una resolución en la que formulaba, con cierta cautela, dos artículos que contenían un pequeño número de principios básicos de interpretación”. *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 239. Pueden encontrarse referencias al proyecto de convención sobre el derecho de los tratados de Harvard en el párrafo 3) del

- La nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados²⁰⁸
- La cláusula de la nación más favorecida en los tratados²⁰⁹
- La prevención y el castigo de delitos contra los agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas²¹⁰
- La responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos²¹¹
- El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales con fines distintos de la navegación²¹²

comentario a la directriz 2.2.1 de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, *Anuario... 2011*, vol. II (tercera parte), pág. 117.

²⁰⁸ Véase, por ejemplo, el párrafo 4) del comentario al artículo 26 de los artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados, *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 49, donde se afirma, con respecto a la regla de que el Estado sucesor atribuirá su nacionalidad a las personas afectadas que tengan su residencia habitual en su territorio, que “una disposición análoga acerca del caso de la separación figuraba en el apartado b) del artículo 18 del proyecto de convención sobre la nacionalidad elaborado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard” y se hace referencia a la Facultad de Derecho de Harvard, *Research in International Law: I. Nationality*, Suplemento del *American Journal of International Law* (Cambridge (Massachusetts), 1929), vol. 23, pág. 13. El texto remite a la resolución aprobada por el Instituto de Derecho Internacional relativa al conflicto de leyes en materia de nacionalidad (naturalización y expatriación), *Annuaire de l’Institut de droit international*, vol. 15, parte II (1896), págs. 270 y 271) en el párrafo 2) del comentario al artículo 12 de los artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados, *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 38.

²⁰⁹ En los artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida, la Comisión se remite varias veces a la labor llevada a cabo por el Instituto de Derecho Internacional en 1936. Véase, por ejemplo, el párrafo 2) del comentario al artículo 16, *Anuario... 1978* vol. II (segunda parte), pág. 43 (“La norma propuesta en el artículo 16 se aplica a las cláusulas de la nación más favorecida independientemente de que tengan carácter incondicional o de que se trate de cláusulas condicionadas a alguna forma de contraprestación, en particular el trato recíproco. La norma fue enunciada en los siguientes términos en el párrafo 2 de la resolución aprobada en 1936 por el Instituto de Derecho Internacional, en su 40º período de sesiones...”).

²¹⁰ Véase, por ejemplo, la nota 473 al párrafo 3) del comentario al artículo 7 de los artículos sobre la prevención y el castigo de los delitos contra los agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas, *Anuario... 1972*, vol. II, pág. 349, donde se hace referencia al “... artículo 2 del proyecto de convención sobre extradición preparado por la ‘Research in International Law’ of the Harvard Law School [*Supplement to the American Journal of International Law*, Washington D. C. (enero y abril de 1935), vol. 29, núms. 1 y 2, pág. 21]”.

²¹¹ Véase, por ejemplo, el párrafo 6) del comentario al artículo 50 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 141, donde se señala que “[e]l Instituto de Derecho Internacional, en su resolución I de 1934, declaró que al adoptar contramedidas un Estado debe ‘abstenerse de cualquier medida de rigor que sea contraria a las leyes de la humanidad y a las exigencias de la conciencia pública’” y se cita el *Annuaire de l’Institut de droit international*, vol. 38 (1934), pág. 710.

²¹² Véase el párrafo 12) del comentario al artículo 2 de los artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua para fines distintos de la navegación, *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 100, nota 184, donde se hace referencia a la resolución de Nueva York, aprobada en 1958 por la Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Forty-Eighth Conference*, Nueva York, 1958 (Londres, 1959), anexo II, pág. 99; y a las Reglas de Helsinki sobre los Usos de las Aguas de los Ríos Internacionales, *Report of the Fifty-Second Conference*, Helsinki, 1966 (Londres, 1967), págs. 484 y ss.; reproducido en parte en el documento [A/CN.4/274](#), págs. 357 y ss., párr. 405). Véanse la resolución de Salzburgo, relativa al uso de las aguas internacionales no marítimas (aparte de la navegación), aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en su período de sesiones de 1961, (*Annuaire de l’Institut de droit international* (Basilea), vol. 49, parte II (1961), págs. 381 a 384), y la resolución de Atenas aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en su período de sesiones de Atenas de 1979, relativa a la contaminación de ríos y

- La fragmentación del derecho internacional²¹³
- El derecho de los acuíferos transfronterizos²¹⁴
- La responsabilidad de las organizaciones internacionales²¹⁵
- La sucesión de Estados en materia de bienes del Estado²¹⁶

lagos y el derecho internacional (*ibid.*, vol. 58, parte II (1980), pág. 196). Un grupo privado de juristas, la Federación Interamericana de Abogados, aprobó en 1957 una resolución donde se decía que “todo curso de agua o sistema de ríos o lagos [...] que atraviere o divida los territorios de dos o más Estados [...] se llamará en adelante ‘sistema de aguas internacionales’” (Federación Interamericana de Abogados, Actuaciones de la Décima Conferencia realizada en Buenos Aires del 14 al 21 de noviembre de 1957, 2 vols. (Buenos Aires, 1958), págs. 82 y 83, reproducida en el documento A/5409, pág. 208, párr. 1092). Véase también el párrafo 5) del comentario al artículo 24 de los artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua con fines distintos de la navegación, *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), págs. 134 y 135, donde se hace referencia a la resolución relativa a la reglamentación internacional del uso de los cursos de agua internacionales (resolución de Madrid) (en la que se basó el artículo 5 de la Declaración de Montevideo), aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en su período de sesiones de Madrid en 1911 (*Annuaire de l’Institut de droit international, 1911* (París), vol. 24, pág. 366); norma reproducida en el documento A/5409, pág. 212, párr. 1072.

²¹³ Véase el informe final del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), adición 2, págs. 95 y 96, párr. 431, donde se hace referencia a la resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre la interpretación de los tratados, *Annuaire de l’Institut de droit international*, vol. 46 (período de sesiones de Granada), págs. 364 y 365.

²¹⁴ Véanse el párrafo 5) del comentario general (“La Comisión también celebró una reunión oficiosa en 2004 con el Comité de Recursos Hídricos de la Asociación de Derecho Internacional y desea expresar su gratitud por los comentarios recibidos acerca del proyecto de artículos aprobado en primera lectura por la Comisión, así como su reconocimiento de las Normas de Berlín de 2004 de dicha Asociación”), y el párrafo 1) del comentario al proyecto de artículo 2 de los artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos con sus comentarios, *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), pág. 30.

²¹⁵ En el párrafo 5) del comentario al artículo 62 de los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales se hace referencia a una resolución del Instituto de Derecho Internacional, relativa a las consecuencias jurídicas para los Estados miembros del incumplimiento por las organizaciones internacionales de sus obligaciones respecto de terceros, *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), pág. 111. La Comisión también se remite a un proyecto propuesto por el Comité de la Asociación de Derecho Internacional que se ocupa de la responsabilidad de las organizaciones internacionales. (*Report of the Seventy-First Conference, Berlin, 16-21 August 2004*, Londres, 2004, pág. 200). Véanse el párrafo 1) del comentario al artículo 14, (*Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), pág. 74; el párrafo 8) del comentario al artículo 7 (*Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), pág. 65); el párrafo 7) del comentario al artículo 8 (*Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), pág. 68), el comentario al artículo 11 (*Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), pág. 72); y el párrafo 7) del comentario al artículo 45, *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), págs. 96 y 97.

²¹⁶ Véase el párrafo 27) del comentario al artículo 31 de los artículos sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas del Estado con sus comentarios, *Anuario... 1981*, vol. II (segunda parte), pág. 79, donde se hace referencia a International Law Association, *Report of the Fifty-fourth Conference, held at The Hague, 23rd-29th August, 1970* (Londres, 1971), pág. 108.

Véase también el párrafo 7) del comentario a la directriz 5.1.1 de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, *Anuario... 2011*, vol. II (tercera parte), pág. 347. Véase el párrafo 6) del comentario al artículo 3 de los artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre, *Anuario... 2016*, vol. II (segunda parte), pág. 32, donde se afirma que el elemento de las “pérdidas masivas de vidas humanas” se inspira en el Código de Conducta relativo al Socorro en Casos de Desastre para el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja y las Organizaciones No Gubernamentales, de 1995, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 36 (1996), núm. 310, anexo VI. (“[La presunción del mantenimiento de las reservas del Estado precesor] ya había sido propuesta por el profesor P. O’Connell, relator de la Asociación de Derecho Internacional sobre

- La expulsión de extranjeros²¹⁷
- Los efectos de los conflictos armados en los tratados²¹⁸
- La protección de las personas en caso de desastre²¹⁹
- Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados²²⁰
- La protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados²²¹

133. Esta tendencia no se limita a los temas más recientes. En su labor sobre el derecho del mar, iniciada a mediados de la década de 1950, la Comisión se remitió a la labor de órganos privados de expertos en codificación y a escritos académicos

la cuestión de ‘la sucesión de los nuevos Estados en los tratados y en otras obligaciones de sus predecesores’, un año antes de que la hiciera suya Waldock”); véase *Anuario... 2011*, vol. II (tercera parte), pág. 347.

²¹⁷ Párrafo 2) del comentario al artículo 5 de los artículos sobre la expulsión de extranjeros, *Anuario... 2014*, pág. 32, donde se hace referencia a las Normas Internacionales sobre Admisión y Expulsión de Extranjeros aprobadas el 9 de septiembre de 1892 en el período de sesiones de Ginebra del Instituto de Derecho Internacional, art. 30.

²¹⁸ Párrafo 2) del comentario al artículo 3 de los artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), págs. 122 y 123, nota 407, donde se hace referencia al Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire de l’Institut de droit international*, vol. 61, primera parte, período de sesiones de Helsinki (1985), págs. 8 y 9.

²¹⁹ Véase también el párrafo 4) del comentario al artículo 3 de los artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre, *Anuario... 2016*, vol. II (segunda parte), pág. 32, donde se hace referencia a la resolución sobre asistencia humanitaria aprobada por el Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire de l’Institut de droit international*, vol. 70, parte II, período de sesiones de Brujas (2003), pág. 263.

²²⁰ Véase, por ejemplo, el párrafo 11) del comentario a la conclusión 13 de las conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), pág. 91 (“No obstante, los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de un tratado pueden dar lugar, o referirse, a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior de las partes por la cual conste el acuerdo de estas acerca de la interpretación del tratado en virtud del artículo 31, párrafo 3 a o b. Esta posibilidad ha sido reconocida por los Estados, la Comisión y también la Asociación de Derecho Internacional, así como por un considerable número de autores”).

²²¹ Se hace referencia a la labor del Instituto de Derecho Internacional sobre el uso de la fuerza en el párrafo 3) del comentario a la directriz 20 del proyecto de directrices sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo séptimo período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/77/10)*, pág. 181 (nota 784: “Como resume el Instituto de Derecho Internacional, la Potencia ocupante solo puede disponer de los recursos del territorio ocupado en la medida necesaria para su administración y para satisfacer las necesidades básicas de la población”. Véase Instituto de Derecho Internacional, *Yearbook*, vol. 70, segunda parte, período de sesiones de Brujas (2003), págs. 285 y ss., en www.idi-iiil.org, declaraciones, pág. 288); y a las directrices del CICR sobre la protección del medio ambiente natural, en el párrafo 4) del comentario al principio 4, *ibid.*, pág. 114. (“Más recientemente, en las directrices del CICR sobre la protección del medio ambiente natural en los conflictos armados se recomienda que las zonas de especial importancia o fragilidad ambiental puedan ser designadas como zonas desmilitarizadas”).

colectivos. En ese sentido, pueden encontrarse ejemplos relativos al derecho del mar con respecto al uso del pabellón²²² y a la piratería²²³.

134. Por último, en los artículos sobre protección diplomática, la Comisión hace referencia al proyecto de convención de Harvard y la resolución del Instituto de Derecho Internacional²²⁴ sobre el tema.

135. La Secretaría también ha observado que, en algunos temas, la Comisión ha empleado formulaciones inspiradas o basadas en la labor de órganos de carácter privado especializados en codificación u otros órganos de expertos²²⁵. Pueden encontrarse ejemplos ya en 1994, cuando, en el proyecto de estatuto de una corte penal internacional permanente, la Comisión se basó en un documento elaborado por primera vez por el primer Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente en 1955 para señalar en el comentario que, “[a]unque los establecimientos penitenciarios seguirían siendo administrados por las autoridades nacionales, las condiciones del cumplimiento de la pena deberían ser conformes con las normas internacionales, especialmente con las Reglas Mínimas

²²² Párrafo 2) del comentario al artículo 29 de los artículos referentes al derecho del mar, *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 275. (“Inspirándose en estas ideas, el Instituto de Derecho Internacional adoptó ya en 1896 ciertas normas referentes a la concesión de la bandera. La Comisión, en su séptimo período de sesiones, ha creído conveniente aceptarlas con ligeras modificaciones, dándose cuenta de todos modos de que para lograr los resultados prácticos deseados, los Estados, al introducir esas normas en su legislación, habrán de dictar disposiciones más detalladas”).

²²³ Véase el párrafo 1) del comentario al artículo 38 de los artículos referentes al derecho del mar, *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 278. (“Para elaborar los artículos sobre la piratería, la Comisión pudo contar con la valiosa ayuda que le proporcionaban las investigaciones de la *Harvard Law School*, que dieron lugar a un proyecto de convención de 19 artículos acompañados de comentarios, elaborado en 1932 bajo la dirección del profesor Joseph Bingham. La Comisión se ha adherido en general a las conclusiones a que llegaron esas investigaciones”).

²²⁴ Párrafo 3) del comentario al artículo 6 y párrafo 2) del comentario al artículo 7 de los artículos sobre la protección diplomática, *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), págs. 36 y 37, donde se hace referencia al párrafo 5 del artículo 23 del proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a extranjeros elaborado por la Facultad de Derecho de Harvard en 1960 (reproducido en L. B. Sohn y R. R. Baxter, “Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens”, *American Journal of International Law*, vol. 55, núm. 3 (julio de 1961), pág. 548); y al artículo 4 a) de la resolución sobre el carácter nacional de una reclamación internacional presentada por un Estado por daños sufridos por un particular aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en su período de sesiones de Varsovia en 1965, *Tableau des résolutions adoptées (1957-1991)*, París, Pedone, 1992, págs. 56 y ss., en especial pág. 58.

²²⁵ Memorando de la Secretaría, *A/CN.4/759*, observación 38, párrs. 156 a 162. Véase, por ejemplo, el párrafo 1) del comentario al artículo 4 de los artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados, *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 30, donde se hace referencia al *Report of the experts of the Council of Europe on the citizenship laws of the Czech Republic and Slovakia and their implementation*, Consejo de Europa (Estrasburgo, 2 de abril de 1996), documento DIR/JUR (96) 4, párr. 54. Véase también el informe final del Grupo de Estudio sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), págs. 105 y 106, párrafo 18), nota 447, donde se hace referencia, entre otros, al Informe del Grupo Técnico *ad hoc* de Expertos de la Unión Africana y la Unión Europea sobre el Principio de jurisdicción universal (8672/1/09/Rev.1). Véase también el párrafo 2) del comentario al artículo 19 de los artículos sobre la expulsión de extranjeros, *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), págs. 44 y 45, donde la Comisión hace referencia al “Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, que figura en el anexo de la resolución 43/173 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1988”.

Véase también la referencia al informe que el Secretario General de las Naciones Unidas pidió a la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios en el párrafo 9) del comentario al artículo 13 de los artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre, *Anuario... 2016*, vol. II, segunda parte, pág. 56.

para el Tratamiento de los Reclusos”²²⁶. Otro ejemplo de esa época puede encontrarse en el comentario de 1994 a los artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales con fines distintos de la navegación²²⁷.

136. Entre los ejemplos posteriores cabe citar el recurso por la Comisión a la labor anterior de la Asociación de Derecho Internacional para apoyar la utilización de la palabra “sensible” con objeto de fijar un límite al daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas²²⁸.

137. En el comentario al apartado e) del artículo 3 de los artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre, la Comisión afirma que “[l]a formulación se basa en las Directrices para la Utilización de Recursos Militares y de la Defensa Civil Extranjeros en Operaciones de Socorro en Casos de Desastre (también denominadas ‘Directrices de Oslo’) y en el Convenio Marco de Asistencia en materia de Protección Civil”²²⁹. En esos artículos, la Comisión se remite a veces a otros instrumentos elaborados por órganos de expertos de carácter privado²³⁰.

138. Por último, en el comentario a los principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, la Comisión señaló que el principio 10, relativo al deber de debida diligencia de las empresas, contiene elementos que “se inspira[n] en el concepto de ‘zonas de conflicto o de alto riesgo’ utilizado en la Guía de diligencia debida de la OCDE [Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos] para la gestión responsable de las cadenas de suministro de minerales

²²⁶ Párrafo 2) del comentario al artículo 59 del proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional, *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 71, nota 111, donde se hace referencia a la primera versión de las normas: *Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, Ginebra, 22 de agosto a 3 de septiembre de 1955* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta 1956.IV.4), anexo I, págs 73 a 79.

²²⁷ Párrafo 2) del comentario al artículo 12 de los artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, *Anuario... 1994*, vol. II, segunda parte, pág. 119, donde se afirma que los “Principios de conducta en el campo del medio ambiente para orientar a los Estados en la conservación y la utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados” aprobados por el Consejo de Administración del PNUMA en 1978 (decisión 6/14, de 19 de mayo de 1978), definen la expresión “afectar sensiblemente” aclarando que se refiere a “todos los efectos apreciables sobre un recurso natural compartido y excluye los efectos *de minimis*” (PNUMA, *Derecho Ambiental, Líneas Directrices y Principios*, núm. 2, *Recursos naturales compartidos* (Nairobi, 1978)).

²²⁸ Artículo X de las Reglas de Helsinki sobre los Usos de las Aguas de los Ríos Internacionales, Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Fifty-second Conference, Helsinki, 1966*, Londres, 1967, pág. 496; y artículo 16 de las Reglas de Berlín sobre el uso equitativo y el aprovechamiento sostenible de las aguas, *Report of the Seventy-first Conference, Berlin, 16-21 August 2004*, Londres, 2004, pág. 334.

²²⁹ Párrafo 24) del comentario al artículo 3 de los artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre, *Anuario... 2016*, vol. II (segunda parte), pág. 34.

²³⁰ Véanse los artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre, *Anuario... 2016*, vol. II (segunda parte): párrafo 6) del comentario al artículo 4, págs. 36 y 37, donde se hace referencia a los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, 11 de febrero de 1998, [E/CN.4/1998/53/Add.2](#), anexo, y a los Criterios de Mohonk de Asistencia Humanitaria en Situaciones Complejas de Emergencia: Equipo de Tareas sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Asistencia Humanitaria; y párrafo 2) del comentario al artículo 5, pág. 37, nota 59, donde se cita el Comité Permanente entre Organismos, Directrices Operacionales sobre la Protección de las Personas en Situaciones de Desastres Naturales (Washington D. C., Proyecto Brookings-Bern sobre Desplazamiento Interno, 2011); párrafo 7) del comentario al artículo 6, págs. 39 y 40, donde se hace referencia a las Directrices de la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja; y párrafo 3) del comentario al artículo 15, donde se hace referencia a la Ley modelo de 2013 para la facilitación y la reglamentación de las operaciones internacionales de socorro en casos de desastre y asistencia para la recuperación inicial.

[procedentes de zonas de conflicto y de alto riesgo], así como en el reglamento de la Unión Europea sobre minerales originarios de zonas de conflicto”²³¹.

139. Otra observación formulada en el memorando es que, en algunos temas, la Comisión ha querido dejar claro que no sigue el enfoque adoptado por los órganos de expertos de carácter privado²³².

E. Empleo por la Comisión de su labor anterior

140. La Secretaría también ha observado que la Comisión se ha remitido con frecuencia a su propia labor anterior²³³. Cabe citar, en particular, las referencias a la labor de la Comisión sobre los Principios de Núremberg. La Comisión se ha remitido a menudo a su labor anterior sobre los Principios de Núremberg y las sentencias del Tribunal de Núremberg para examinar temas relacionados con el derecho penal internacional. En 1951, en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, señaló que el artículo 1, relativo al principio de responsabilidad individual por delitos de derecho internacional, se basaba en los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg, que establecen que “toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable del mismo y está sujeta a sanción”²³⁴.

141. En 1996, la Comisión volvió a remitirse al estatuto y las sentencias y a la labor de la Comisión sobre los Principios de Núremberg y señaló que “puede castigarse a los individuos por violaciones del derecho internacional”²³⁵, o que “los individuos tienen deberes internacionales que trascienden las obligaciones nacionales de obediencia impuestas por cada Estado”²³⁶.

142. En los artículos sobre los crímenes de lesa humanidad, la Comisión se remite a los Principios de Núremberg²³⁷ al abordar las normas generales de derecho internacional sobre la responsabilidad penal de las personas. La Comisión también hizo referencia a su labor sobre el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1954 y el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996, entre otros temas, para señalar que el

²³¹ Véanse los principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo séptimo período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/77/10)*: párrafo 6) del comentario al principio 10, pág. 138; párrafo 8) del comentario al principio 10, págs. 139 y 140; párrafo 10) del comentario al principio 10, págs. 140 y 141, donde se hace referencia a los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para “Proteger, Respetar y Remediar” (A/HRC/17/31, anexo), y a OCDE, “El Medio Ambiente y las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Herramientas y Enfoques Empresariales”. Puede consultarse en <https://www.oecd.org/env/35914152.pdf>.

²³² Memorando de la Secretaría, A/CN.4/759, observación 39, párrs. 163 y 164.

²³³ Memorando de la Secretaría, A/CN.4/759, observación 40, párrs. 165 a 171.

²³⁴ Comentario al artículo 1 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, *Yearbook... 1951*, vol. II (segunda parte), pág. 135, donde se hace referencia al principio I de los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg, *Yearbook... 1950*, vol. II, párr. 97.

²³⁵ Véase el párrafo 7) del comentario al artículo 1 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 20.

²³⁶ Párrafo 11) del comentario al artículo 1 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 20.

²³⁷ Véase el párrafo 2) del comentario al artículo 6 de los artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/74/10)*, pág. 72.

hecho de que el delito sea cometido por una persona que ocupe un cargo oficial no excluye la responsabilidad penal sustantiva²³⁸.

143. Pueden encontrarse otros ejemplos en que la Comisión se remite a su propia labor en sus trabajos sobre los acuerdos posteriores y la práctica posterior en relación con la interpretación de los tratados²³⁹ y en los principios sobre la expulsión de extranjeros, donde hace referencia a su propia labor sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos²⁴⁰.

144. La Comisión se basa en algunos de sus textos anteriores en el proyecto de conclusiones sobre la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Por ejemplo, en el proyecto de conclusión 17, relativo a la relación entre dichas normas y las obligaciones *erga omnes*, la Comisión indica que la “formulación se basa en los artículos de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en los que las obligaciones *erga omnes* se describen como aquellas que ‘dimanan de normas imperativas de derecho internacional general’”²⁴¹.

145. Por otra parte, la Comisión decidió incluir en ese proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas un anexo con “una lista no exhaustiva de normas a las que la Comisión se ha referido anteriormente como normas de carácter imperativo”. Destacó que esta incluía, “tomando como referencia los trabajos anteriores de la Comisión, los tipos de normas que se han identificado habitualmente como normas de carácter imperativo, sin entrar a valorar dichas normas de momento”²⁴². La Comisión se remitió así a su labor anterior en los artículos sobre el derecho de los tratados, los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y el informe final del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional²⁴³.

²³⁸ Véanse los párrafos 28) y 29) del comentario al artículo 6 de los artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad, *ibid.*, pág. 82.

²³⁹ Párrafo 23) del comentario a la conclusión 13 de las conclusiones sobre los acuerdos posteriores y la práctica posterior en relación con la interpretación de los tratados, *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), pág. 94.

²⁴⁰ Véase el párrafo 2) del comentario al artículo 30 de los artículos sobre la expulsión de extranjeros, *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), pág. 61. Se señala que “[e]l principio fundamental de la reparación íntegra por el Estado del perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito se enuncia en el artículo 31 sobre la responsabilidad del Estado, mientras que el artículo 34 enuncia las diferentes formas de reparación, a saber, la restitución (art. 35), la indemnización (art. 36) y la satisfacción (art. 37)”.

²⁴¹ Párrafo 4) del comentario al proyecto de conclusión 17 del proyecto de conclusiones sobre la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo séptimo período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/77/10)*, págs. 72 y 73, donde se cita el párrafo 7) del comentario general al capítulo III de la segunda parte, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 119 y 120. Puede encontrarse un ejemplo similar en el comentario al proyecto de conclusión 19, en el que la Comisión señala que el párrafo 1 del proyecto de conclusión, “que se basa en el párrafo 1 del artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, establece que los Estados cooperarán para poner fin a las violaciones graves de obligaciones que emanen de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)”, párrafo 2) del comentario al proyecto de conclusión 19, *ibid.*, pág. 77, donde se hace referencia al párrafo 3) del comentario al artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 122.

²⁴² Párrafo 3) del comentario al proyecto de conclusión 23 del proyecto de conclusiones sobre la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). *ibid.*, pág. 92.

²⁴³ Véase *ibid.*, párrafos 7) a 14), págs. 93 a 96.

146. Por último, en lo que respecta la invocación por la Comisión de las decisiones judiciales y la doctrina, la Secretaría observa brevemente que la Comisión ha invocado ciertos tipos de doctrina de los publicistas de mayor competencia como reflejo de la práctica de los Estados²⁴⁴. Cabe citar las referencias a la labor de los órganos de codificación y otros órganos de expertos de carácter privado que reflejan la práctica de los Estados, como las publicaciones de los depositarios de tratados de las ratificaciones, declaraciones, reservas, etc. formuladas por los Estados²⁴⁵. Otros ejemplos son las publicaciones académicas que incluyen recopilaciones de resoluciones judiciales nacionales. Por ejemplo, en los artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes²⁴⁶, la Comisión se remite a recopilaciones de decisiones de cortes y tribunales nacionales para señalar que la práctica de los Estados sobre el tratamiento de los elementos constitutivos y las subdivisiones políticas de los Estados federales no ha sido uniforme.

147. En el comentario a los artículos sobre los crímenes de lesa humanidad, la Comisión se remite a la práctica de los Estados, así como a un estudio publicado por el CICR, para señalar que “[s]obre la base de un análisis detallado de la práctica de los Estados, así como de la jurisprudencia internacional y nacional, un estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario llevado a cabo en 2005 formuló [una] norma general con respecto a los crímenes de guerra...”²⁴⁷ y que “[e]l párrafo 3 del proyecto de artículo 6 emplea una fórmula similar con objeto de expresar una norma general para abordar la responsabilidad de los mandos o superiores en el contexto de los crímenes de lesa humanidad”²⁴⁸.

F. Observaciones del Relator Especial sobre el empleo de medios auxiliares por parte de la Comisión

148. En conclusión, sobre la base del análisis que antecede, en el presente capítulo cabe hacer al menos *cuatro* reflexiones preliminares sobre la práctica de la Comisión

²⁴⁴ Memorando de la Secretaría, A/CN.4/759, observación 41, párrs. 172 a 174.

²⁴⁵ Memorando de la Secretaría, A/CN.4/759, párr. 172. Véase, por ejemplo, en la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, el comentario 3 a la directriz 1.5.1, nota 270, *Anuario... 2011*, vol. II, tercera parte, pág. 75, donde se cita el documento del CICR titulado “Geneva Conventions of 12 August 1949 for the Protection of War Victims—Reservations, declarations and communications made at the time of or in connection with ratification, accession or succession” (DDM/JUR/91/1719-CRV/1).

²⁴⁶ Véase, por ejemplo, el párrafo 11 del comentario al artículo 2 de los artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 16, nota 34. Entre otras referencias se cita la práctica de Francia, por ejemplo, en *État de Ceará c. Dorr et autres* (1932) (Daloz, *Recueil périodique et critique de jurisprudence*, 1933 (París), primera parte, págs. 196 y ss.). Véase también *Dumont c. État de l'Amazone* (1948) (*Recueil périodique...*, 1948 (Londres), vol. 15, causa núm. 44, pág. 140). Para Italia, véase *Somigli c. État de Sao Paulo du Brésil* (1910) (*Revue de droit international privé et de droit penal international* (Darras) (París), vol. VI (1910), pág. 527). Para Bélgica, véase *Feldman c. État de Bahia* (1907) (*Pasicrisie belge*, 1908 (Bruselas), vol. II, pág. 55 o Supplement to AJIL (Washington D. C.), vol. 26, núm. 3 (julio de 1932), pág. 484). Véanse también, en los Estados Unidos, *Molina v. Comisión Reguladora del Mercado de Henequén* (1918) (Hackworth, *op. cit.*, vol. II, págs. 402 y 403), y, en Australia, *Commonwealth of Australia v. New South Wales* (1923) (*Annual Digest...*, 1923-1924 (Londres), vol. 2 (1933), causa núm. 67, pág. 161).

²⁴⁷ Párrafo 21) del comentario al artículo 6 de los artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/74/10)*, pág. 79.

²⁴⁸ Párrafo 22) del comentario al artículo 6 de los artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad, *ibid.*, pág. 80.

en el empleo de medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional.

149. En *primer* lugar, los medios auxiliares, que, en general, se considera que corresponden a las dos grandes categorías de las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia, se invocan con frecuencia en la labor de la Comisión. No obstante, la naturaleza y el alcance de su uso junto con otros materiales varían y dependen en gran medida de las necesidades del tema que se examine. Dependerán sobre todo de aspectos sustantivos, pero también metodológicos, ya que la Comisión se basa ampliamente tanto en decisiones judiciales como en la doctrina para ejercer su mandato de prestar asistencia a los Estados en la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional.

150. En *segundo* lugar, por lo que se refiere a las decisiones judiciales como medios auxiliares, de los trabajos de la Comisión se desprende que desempeñan un papel muy importante en su labor de asistencia a los Estados en la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional. Las decisiones judiciales no solo permiten identificar normas de derecho internacional o confirmar la existencia y el contenido de estas sino que, en algunos casos, también sirven de base para la propia formulación de las normas y principios de derecho internacional y las fuentes de derechos u obligaciones. Esto parece indicar que, aunque las decisiones judiciales se consideran en principio “auxiliares”, la realidad reflejada en la práctica de la Comisión da a entender que son equiparables a las fuentes primarias del derecho internacional. Si así fuera, lo que habría que determinar entonces es si ese aparente desajuste entre la teoría y la realidad se da también en la práctica de las cortes y tribunales internacionales, en particular, de la Corte Internacional de Justicia. Lo lógico es que así fuera, por lo que lo más difícil sería evaluar las implicaciones.

151. Una cuestión conexa sobre el empleo de las decisiones judiciales por parte de la Comisión es que, a la vista de los numerosos ejemplos que figuran en el memorando de la Secretaría, parece que la Comisión invoca más las resoluciones de la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia que otras decisiones judiciales, por lo que cabe deducir que se les concede más autoridad. Por un lado, esto es lógico. Como ha destacado la Comisión en sus propios trabajos, las decisiones de la Corte Internacional de Justicia tienen un gran peso por ser el principal órgano judicial de las Naciones Unidas. Ello también puede reflejar la complementariedad entre la labor de la Comisión como principal órgano de codificación de las Naciones Unidas y la labor de la Corte como principal órgano judicial encargado del arreglo de las controversias generales entre Estados en el derecho internacional contemporáneo.

152. Dicho esto, por lo general, el órgano judicial al que la Comisión optará por remitirse dependerá en gran medida del tema que se examine y de la existencia de jurisprudencia pertinente. Por ejemplo, hay temas en que las decisiones de otras cortes y tribunales internacionales, como las cortes y tribunales penales internacionales, tienen gran importancia y, en algunos casos, fundamentan en gran medida la labor de la Comisión. Así ocurre, por ejemplo, en el ámbito del derecho penal internacional reflejado en la formulación de los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg y en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, el proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad y el proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. La cuestión es que, ya se trate de formular principios a partir de la sentencia de un tribunal y su instrumento constitutivo, como fue el caso de los Principios de Núremberg, o de codificar el fallo de una corte o un tribunal internacional o inspirarse en él para proponer artículos, la mayoría de los temas

mencionados contienen, como es lógico, abundantes referencias a las decisiones judiciales del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda, el Tribunal Especial para Sierra Leona, las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya y la Corte Penal Internacional. Lo mismo se puede decir, en las cuestiones referentes al derecho del mar, de las decisiones del Tribunal Internacional del Derecho del Mar. Cabe señalar asimismo que también se utilizan las decisiones de las cortes y tribunales nacionales y regionales y de otros órganos jurisdiccionales para determinar el derecho aplicable y redactar comentarios.

153. La *tercera* observación provisional del Relator Especial, que puede extrapolarse de las observaciones generales que figuran en el memorando de la Secretaría sobre la invocación por la Comisión de las decisiones judiciales y la doctrina, es que la Comisión recurre más a las primeras que a la segunda. Esto no es sorprendente ni quiere decir que las decisiones judiciales sean más importantes o pertinentes que la doctrina. El Relator Especial cree que más bien se debe a que desempeñan funciones diferentes. También puede reflejar el hecho de que, en principio, e incluso dejando de lado la cuestión de la legitimidad, en circunstancias normales las decisiones judiciales tienden a contribuir de manera más específica a aclarar una posible norma jurídica internacional, ya sea en el proceso de interpretación de un tratado o de determinación de la existencia o no de una norma de derecho internacional consuetudinario o de un principio general del derecho. Algunas estas cuestiones se abordan más adelante en el presente informe.

154. La *cuarta y última* observación provisional es que, a veces, la Comisión parece invocar las doctrinas de los publicistas en su labor para determinar la práctica de los Estados. Además, no concede la misma importancia a la labor que realizan los académicos a título individual que a la de los grupos de expertos. Aunque en el presente informe no se analiza de forma sistemática la labor de los órganos de expertos, puesto que ya se hará en un futuro informe, en conjunto parece que la opinión compartida por varios académicos tendrá más peso que la opinión aislada de una o unas pocas autoridades. En principio los grupos de expertos gozarán de más respaldo, probablemente no solo por la mayor calidad de sus trabajos, sino también, en algunos casos, por sus relaciones e interacciones con los Estados. Ese recurso a la labor de los expertos, que también se da en la labor de las cortes y tribunales internacionales, concuerda con la historia de la redacción. El Relator Especial volverá sobre esta cuestión en las partes pertinentes del presente informe.

VI

La naturaleza y la función de las fuentes en el sistema jurídico internacional

A. Breve reseña del lugar que ocupan las fuentes en el derecho internacional

155. La cuestión de la naturaleza y la función de las fuentes es fundamental en cualquier análisis del derecho internacional. Por consiguiente, antes de estudiar los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho, que por su naturaleza deben abordarse conjuntamente con las fuentes del derecho internacional, sería conveniente comenzar con algunas observaciones generales sobre el contexto más amplio de la naturaleza del sistema jurídico internacional frente a los sistemas jurídicos nacionales. No se trata de ser exhaustivos, sino de abordar una serie de cuestiones teóricas específicas que se plantean con frecuencia en los debates académicos sobre las fuentes del derecho internacional y parecen revestir especial relevancia. Con el presente informe y el examen de este tema no se pretende resolver los debates teóricos, a veces acalorados, sobre las fuentes del derecho internacional. De lo que se trata es de analizar algunas de las cuestiones esenciales que se plantean en relación con las fuentes del derecho internacional en la medida en que es probable que más adelante sean pertinentes para la labor práctica de la Comisión sobre el tema.

156. Ante todo, resulta axiomático que el derecho internacional, como conjunto de normas que rige principalmente las relaciones entre Estados soberanos, carezca de órganos centralizados como los poderes legislativos, ejecutivos o judiciales que son habituales en los sistemas jurídicos nacionales. En esos sistemas, que son jerárquicos, el poder legislativo puede promulgar una constitución, una ley o una norma que luego aplicará el poder ejecutivo. Se puede considerar que el poder legislativo es la fuente formal del derecho, ya que, por lo general, es el que tiene la competencia legislativa en el Estado. En caso de controversia entre los sujetos del derecho, ya sean personas físicas o jurídicas, o ambas, sobre la interpretación y aplicación del derecho, las cortes y tribunales con jurisdicción obligatoria suelen ser los árbitros encargados de resolverlas.

157. A diferencia de los sistemas jurídicos nacionales, en los que existen métodos específicos para identificar las fuentes del derecho, el derecho internacional está descentralizado. No existe ninguna autoridad o poder legislativo a nivel mundial que pueda aprobar leyes universales que sean automáticamente vinculantes para todos los sujetos de ese derecho, que son principalmente los Estados, pero también las organizaciones internacionales y otros actores pertinentes. El hecho de que no exista un poder legislativo internacional tiene diversas consecuencias²⁴⁹.

158. Tampoco existe en derecho internacional el equivalente de un poder ejecutivo que se encargue de aplicar el derecho, ni hay cortes o tribunales internacionales con jurisdicción obligatoria automática para resolver las controversias entre litigantes mediante la interpretación y aplicación del derecho. El sistema de arreglo de controversias internacionales se basa en el consentimiento a fin de respetar la soberanía, al igual que los medios alternativos de arreglo de controversias mencionados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, que incluyen la negociación, la conciliación, el arbitraje y el arreglo judicial. A diferencia de los sistemas jurídicos verticales, en este tipo de sistema jurídico horizontal el método

²⁴⁹ Gerald Fitzmaurice, "Some problems regarding the formal sources of international law" en Jill Barrett y Jean-Pierre Gauci (eds.), *British Contributions to International Law*, 1915-2015, 3ª ed. (Leiden; Boston: Brill Nijhoff, 2021) págs. 476 a 496, en especial pág. 479.

para determinar el derecho es mucho más complicado²⁵⁰. De hecho, como explica Malcolm Shaw acertadamente, el problema en derecho internacional es encontrar el derecho y saber si una determinada proposición constituye una norma jurídica²⁵¹.

159. Las cosas se complican aún más si se tiene en cuenta que, en un sistema no jerárquico como el de derecho internacional, los sujetos de derecho internacional obligados por las normas y principios internacionales son quienes han establecido dichas normas y principios²⁵². De hecho, como sostuvo Robert Y. Jennings en 1981, nunca antes había habido tanta confusión ni tantas dudas sobre los criterios que determinan la validez —o las fuentes— del derecho internacional²⁵³. Además, como bien nos ha recordado Hugh Thirlway, los juristas internacionales deben tener en cuenta la naturaleza anárquica de los asuntos mundiales, así como el choque periódico de soberanías²⁵⁴. En resumen, el sistema jurídico internacional es, por naturaleza, distinto de los sistemas jurídicos nacionales y dificulta la identificación de las fuentes del derecho vinculante para los sujetos de ese derecho.

160. En la actualidad, a pesar de lo que antecede y de las dudas a ese respecto en sentido contrario, ha quedado establecido que el derecho internacional existe y se puede determinar²⁵⁵. Por lo tanto, tiene “fuentes” de las que pueden derivarse las normas aplicables a una situación determinada para regir las relaciones entre los sujetos de ese derecho, que son principalmente los Estados (pero también las organizaciones internacionales). A este respecto, como explicó Oscar Schacter en 1991, la doctrina de las “fuentes” se convirtió en el siglo pasado en el principal instrumento teórico para establecer los criterios objetivos de validación jurídica y en la actualidad prevé condiciones verificables para determinar y validar las normas jurídicas²⁵⁶. En este contexto, las condiciones son, por supuesto, las manifestaciones observables de la voluntad de los Estados que se pueden encontrar en las fuentes, en particular las normas convencionales, las normas de derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho. También pueden reflejarse en los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho, por ejemplo cuando una decisión judicial expresa una norma de derecho internacional.

B. La definición de “fuentes” en derecho internacional

161. La identificación y aclaración de las fuentes es fundamental en cualquier sistema jurídico, ya sea nacional o internacional, ya que el establecimiento del derecho no es una tarea estática, sino un proceso dinámico y continuo. En la *Enciclopedia Max Planck de Derecho Internacional* se afirma que, cuando se habla

²⁵⁰ Alexander Orakhelashvili, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 9ª ed. (Nueva York: Routledge, 2022), pág. 35.

²⁵¹ Malcom N. Shaw, *International Law*, 9ª ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2021), pág. 59.

²⁵² Orakhelashvili, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, pág. 35.

²⁵³ R.Y. Jennings, “What is International Law and how do we tell when we see it?” en Basil S. Markesinis y JHM Willems (eds.), *The Cambridge-Tilburg Law Lectures, Third Series 1980* (Nueva York: Kluwer 1983), págs. 3 a 32, en especial pág. 5.

²⁵⁴ Thirlway, “The sources of international law”, en Malcolm Evans, *International Law*, 3ª ed. (Oxford: Oxford University Press, 2010), págs. 95 a 109, en especial pág. 97.

²⁵⁵ Shaw, *International Law*, pág. 59.

²⁵⁶ Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice*, 1ª ed. (Springer, 1991), págs. 35 a 37.

de “fuentes del derecho internacional”, se presupone la existencia de normas jurídicas, es decir, vinculantes, de derecho internacional²⁵⁷.

162. No obstante, contrariamente a lo que cabría esperar de un concepto tan fundamental para el sistema jurídico internacional como el de las fuentes del derecho internacional, incluso el término “fuentes” presenta algunas dificultades. Sencillamente, no existe una definición única universalmente aceptada²⁵⁸. El término, que en latín es *fons iuris*, y sus equivalentes “fuente del derecho” o “*source de droit*”, tiene múltiples sentidos²⁵⁹. A los efectos del tema, parece suficiente adoptar la definición que Shaw propone cuando afirma que las “fuentes” constituyen una referencia a las disposiciones que operan en el sistema jurídico a nivel técnico²⁶⁰. O, como dice Ian Sinclair de forma aún más conveniente, lo que confiere carácter jurídico al contenido de las normas de derecho internacional²⁶¹. Dicho de otro modo, cuando los juristas internacionales hablan de fuentes, suelen hacerlo en el sentido técnico del origen de la fuerza del derecho.

C. La distinción entre fuentes “formales” y “materiales”

163. La definición de fuentes señalada más arriba, según la cual son las normas de derecho internacional que surten efectos jurídicos vinculantes para los Estados, parece bastante sencilla. Ian Brownlie, por su parte, como muchos otros, da por buena la definición de fuentes que figura en el párrafo anterior, pero va más allá y distingue entre dos usos de ese término, a saber, entre fuentes “materiales” y “formales”. En su opinión, las segundas pueden considerarse la *fente del carácter vinculante del derecho internacional como tal y las fuentes doctrinales del derecho como fuentes de información*. En la obra *International Law*, de Oppenheim, se distingue entre fuentes formales, de las que la norma jurídica deriva su validez jurídica, y fuentes materiales, que dotan a dicha norma de contenido sustantivo²⁶².

164. Alain Pellet, cuya definición es algo distinta, señala que las fuentes formales del derecho internacional son los procesos por los que las normas de derecho internacional adquieren relevancia jurídica, mientras que las fuentes materiales son los orígenes políticos, sociológicos, económicos, morales o religiosos de las normas jurídicas²⁶³. En las dos acepciones anteriores quedan excluidas fuentes últimas como la razón o la moral y fuentes más funcionales como bibliotecas y diarios²⁶⁴.

²⁵⁷ R. Wolfrum, “Sources of International Law”, *Max Planck Encyclopedia of International Law*. Puede consultarse <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1471?rskey=2OJLVE&result=1&prd=MPII>.

²⁵⁸ Ya en 1925, P. E. Corbett argumentó que era necesario dejar de hablar de “fuentes” debido a la enorme diversidad de sentidos de dicho término. Véase, a este respecto, Percy E. Corbett, “The Consent of States and the Sources of the Law of Nations”, 6 *British Yearbook of International Law*, vol. 6 (1925), págs. 20 y ss., en especial pág. 30.

²⁵⁹ Véase otro análisis de las fuentes del derecho internacional, en particular los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho, en Mathias Forteau, Alina Miron y Alain Pellet, *Droit International Public* (París, LGDJ, 9ª ed., 2022), págs. 492 a 511.

²⁶⁰ Shaw, *International Law*, pág. 66.

²⁶¹ Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2ª ed. (Manchester University Press, 1984), pág. 2.

²⁶² Sir Robert Jennings y Sir Watts Arthur, *Oppenheim’s International Law*, 6ª ed. (Oxford: Oxford University Press, 1996), pág. 23; citado por Shagufta Omar, “Sources of International law In the light of the Article 38 of the International Court of Justice”, *International Islamic University* (2011). Puede consultarse en <http://ssrn.com/abstract=1877123>.

²⁶³ A. Pellet, “Article 38 of the Statute of the International Court of Justice”, en Andreas Zimmermann, Christian J. Tams, Karin Oellers-Frahm, Christian Tomuschat (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3ª ed. (Oxford: Oxford University Press, 2019) págs.677 a 792, en especial pág.774, párr. 111.

²⁶⁴ Shaw, *International Law*, pág. 66.

Básicamente, cuando los juristas internacionales hablan de las fuentes, se refieren al estudio del proceso por el que surgen las normas de derecho internacional²⁶⁵. Herbert Briggs, por su parte, reconoce las dificultades que plantea el término “fuentes”, que define como los métodos o procedimientos por los que se crea el derecho internacional²⁶⁶.

165. El sentido “material” o “histórico” de la palabra “fuentes” se contrapone a menudo al sentido “formal” o “jurídico” del término. Como explica James Crawford, mientras que las fuentes materiales proporcionan pruebas de la existencia de normas que, una vez establecidas, son vinculantes y de aplicación general, las fuentes *formales* son los métodos por los que se crean normas de aplicación general jurídicamente vinculantes para sus destinatarios²⁶⁷. A este respecto, la acepción *material* y no jurídica de las fuentes denota una influencia causal o histórica que explica la existencia fáctica de una determinada norma jurídica en un lugar y un momento determinados, mientras que, en su acepción jurídica, el término designa los criterios que determinan la validez de una norma jurídica en el sistema jurídico de que se trate²⁶⁸.

166. En resumen, se dice que las fuentes formales confieren a las normas su carácter obligatorio, mientras que las fuentes materiales reflejan el contenido real de las normas. Hay una diferencia esencial entre lo que inspira el contenido del derecho y lo que da a ese contenido carácter jurídicamente vinculante²⁶⁹. Esa distinción no es solo teórica, sino también práctica. Fundamenta la separación entre el derecho vinculante y las normas jurídicamente no vinculantes, el derecho *de lege lata* (el derecho existente) y el derecho *de lege ferenda* (el derecho como debería ser).

167. Con todo, a diferencia del derecho interno, en el contexto del derecho internacional la noción de “fuente formal” puede ser criticada, y de hecho lo ha sido, por ser torpe y engañosa²⁷⁰, y ello porque se dice que el concepto de fuente formal lleva al lector a pensar en la estructura constitucional que hay en los Estados para elaborar las leyes, que no existe para la creación de normas de derecho internacional²⁷¹. Según este punto de vista, desde la perspectiva del derecho internacional parece bastante difícil sostener la distinción entre fuentes *formales* y *materiales*, ya que puede desviar la atención de algunos de los problemas más importantes al intentar establecer una separación clara entre elementos sustantivos y procedimentales²⁷². En cualquier caso, al fin y al cabo, lo que debería importar más son las fuentes que demuestran la existencia de un consenso entre los Estados sobre la existencia de determinadas normas y prácticas²⁷³. Ello lleva directamente a preguntarse dónde pueden encontrarse las normas vinculantes para los Estados y remite nuevamente a la cuestión fundamental de dónde pueden acudir los juristas internacionales para identificar las fuentes de las obligaciones de derecho internacional.

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ Herbert Briggs, *The Law of Nations: cases, documents, and notes*, 2ª ed., (Nueva York, Appleton-Century-Crofts, 1952), pág. 44.

²⁶⁷ James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9ª ed. (Oxford: Oxford University Press, 2019), págs. 20 a 23.

²⁶⁸ Orakhelashvili, Akehurst's Modern Introduction to International Law, pág. 35.

²⁶⁹ Fitzmaurice, Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law, pág. 479.

²⁷⁰ Ian Brownlie, *Principles of public international law*, 6ª ed. (Oxford: Oxford University Press, 2003), pág. 3.

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² Shaw, *International Law*, pág. 60.

²⁷³ R. Goodman, “Human Rights Treaties, Invalid Reservations and State Consent”, *Amsterdam Journal of International Law*, vol. 96 (2002), págs. 531 y ss., en especial pág. 531.

D. La función del Artículo 38, párrafo 1, y de las fuentes del derecho internacional frente a las fuentes de obligaciones

168. Habida cuenta de lo que antecede, con un sistema jurídico internacional descentralizado, no debería sorprender que haya quedado ampliamente reconocido que la enumeración más autorizada y completa de las fuentes del derecho internacional se haya hecho en el contexto del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia²⁷⁴. El párrafo 1 del Artículo 38, calificado de famosa —o infame— disposición²⁷⁵, establece una norma en que se pide a la Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, que aplique los tratados, sean generales o particulares, que establezcan normas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; los principios generales del derecho reconocidos por las “naciones civilizadas”; y, “como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”, las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones. La aplicación de las decisiones judiciales se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59 del Estatuto, que dispone que la decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido.

169. Si bien el Artículo 38 viene a reflejar por escrito una práctica arraigada de los tribunales arbitrales que actuaron como medios *ad hoc* para resolver las controversias entre Estados hasta la creación formal de la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1921, la disposición no menciona expresamente el término “fuentes”. Tampoco se basa en la confusa y podría decirse que inútil distinción entre fuentes formales y materiales, aunque se ha argumentado que los tratados y la costumbre son fuentes formales, mientras que los principios generales del derecho y las decisiones judiciales y la doctrina son fuentes materiales o cuasiformales²⁷⁶. En realidad, el Artículo 38 se refiere estrictamente al derecho que debe aplicar la Corte²⁷⁷. En efecto, desde un punto de vista puramente técnico, el Artículo 38 no es más que una directriz dirigida específicamente a la Corte sobre las fuentes del derecho en las que deberá basarse para resolver las controversias entre Estados.

170. Sin embargo, el Artículo 38 no solo es significativo por ser la disposición del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia relativa al derecho aplicable, sino por su amplia aceptación general como reflejo del derecho internacional consuetudinario. Esa amplia aceptación es, en lo que respecta a la propia institución, tanto explícita como implícita. Es explícita porque, en la Carta de las Naciones Unidas, el Artículo 92 establece que la Corte será el órgano judicial principal de la comunidad de naciones, por lo que ancla el arreglo judicial de controversias en el ecosistema de seguridad colectiva de las Naciones Unidas. Así, cuando un Estado adquiere la condición de miembro, acepta automáticamente la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia. Como argumenta Ademola Abass, dado que la función de la Corte es resolver las controversias entre los miembros de las Naciones Unidas (que también son sus propios miembros), es importante que esta aplique las normas de derecho internacional en el sentido del párrafo 1 del Artículo 38²⁷⁸.

²⁷⁴ Véase también Antonio Cassese, *International Law*, 2ª ed. (Estados Unidos de América: Oxford University Press, 2003), donde se afirma que, si bien se trata de la definición más autorizada, varios académicos la han cuestionado.

²⁷⁵ Pellet, “Article 38”, pág. 774, párr. 111.

²⁷⁶ Fitzmaurice, “Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law”, pág. 493.

²⁷⁷ R.Y Jennings, “General Course on Principles of International Law”, en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 121 (Leiden: Sijthoff, 1967), pág. 121.

²⁷⁸ Ademola Abass, *Complete International Law: Text, Cases and Material*, 2ª ed. (Oxford: Oxford University Press, 2014), pág. 28.

171. También es explícita porque existen referencias expresas al Artículo 38 en otros instrumentos internacionales, como el artículo 28 del Acta General para el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales de 1928²⁷⁹ y el artículo 33 del Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el Arbitraje de Controversias entre Dos Estados²⁸⁰. Otros instrumentos jurídicos especializados se inspiran en el Artículo 38, como el artículo 21 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, relativo al derecho aplicable ante esa Corte, y el artículo 31 del Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos, relativo al derecho aplicable ante la Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos y de los Pueblos²⁸¹.

172. Puede encontrarse un ejemplo similar en el artículo 42 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, que dispone que el tribunal decidirá la diferencia de acuerdo “con las normas de derecho acordadas por las partes” y que, a falta de acuerdo, aplicará “la legislación del Estado que sea parte en la diferencia , incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables”²⁸². Dejando de lado que la aplicación de normas de derecho nacional o internacional dependerá de la calificación del litigio, y que es posible que los tribunales no formulen declaraciones de *non liquet* y y estén facultados para decidir un litigio *ex aequo et bono*, es indiscutible que la expresión “derecho internacional” empleada en la disposición “se entenderá en el sentido que le atribuye el Artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, si bien teniendo en cuenta que el expresado Artículo 38 está destinado a aplicarse a diferencias entre Estados”²⁸³.

²⁷⁹ Acta General de Arbitraje (Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales) (Ginebra, 26 de septiembre de 1928), Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. 93, pág. 343, art. 28.

²⁸⁰ Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el Arbitraje de Controversias entre Dos Estados, 32 I.L.M. 572 (Cambridge University Press, 1993), art. 33. Puede consultarse en <https://www.cambridge.org/core/journals/international-legal-materials/article/abs/permanent-court-of-arbitration-optional-rules-for-arbitrating-disputes-between-two-states/84C1DC6592E5EC2657D0A38EEC22B891>.

²⁸¹ El artículo 31 del Protocolo de Malabo establece lo siguiente: “En el desempeño de sus funciones, la Corte tendrá en cuenta: a) el Acta Constitutiva; b) los tratados internacionales, sean generales o particulares, ratificados por los Estados litigantes; c) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; d) los principios generales del derecho reconocidos universalmente o por los Estados africanos; e) sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 46 del presente Estatuto, las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, así como los reglamentos, directivas y decisiones de la Unión, como medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho; f) cualquier otro derecho pertinente para la resolución de la causa 2. El presente Artículo no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren”. Unión Africana, *Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos* (1 de julio de 2008). Puede consultarse en https://au.int/sites/default/files/treaties/36398-treaty-0045__protocol_on_amendments_to_the_protocol_on_the_statute_of_the_african_court_of_justice_and_human_rights_e.pdf. Véase un comentario exhaustivo al Protocolo de Malabo en Charles C. Jalloh, Kamari M. Clarke y Vincent O. Nmeihelle (eds.), *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges* (Cambridge: Cambridge University Press, 2019).

²⁸² Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (14 de octubre de 1966), Naciones Unidas, *Treaty Series* 8359, art. 45, en https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID_Convention_EN.pdf (consulta realizada el 7 de febrero de 2023).

²⁸³ CIADI, “Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados” (1993) vol. 1, Informes del CIADI, págs. 23 a 34, en especial pág. 31. Véase también *Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia*, caso CIADI núm. ARB/00/1, laudo, 24 de enero de 2003, párr. 300.

173. Aunque el Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es, en cierto modo, de aplicación general, no es la única disposición en que se menciona la pertinencia de las decisiones judiciales para los órganos judiciales. Cabe mencionar tres ejemplos. El primero, y más alejado, es el del Tribunal de Justicia del Caribe, que, cuando actúa en primera instancia, está sujeto a una estricta regla: la de respetar los precedentes. Según el artículo 221 del *Tratado de Chaguaramas revisado por el que se establece la Comunidad del Caribe con inclusión del mercado único y la economía de la CARICOM*, “[l]as sentencias del Tribunal constituirán precedentes jurídicamente vinculantes para las partes en el procedimiento ante el Tribunal, salvo que tales sentencias hayan sido objeto de revisión con arreglo a las disposiciones del artículo 219”²⁸⁴.

174. También se adopta un enfoque similar en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuyo artículo 6 establece que las disposiciones del Acuerdo que sean idénticas en sustancia a disposiciones de derecho comunitario “se interpretarán [...] de conformidad con las resoluciones pertinentes del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictadas con anterioridad a la fecha de la firma del presente Acuerdo”²⁸⁵. Esa disposición también contiene una salvedad (“sin perjuicio de la evolución futura de la jurisprudencia”) que, de hecho, establece una fecha límite.

175. El segundo ejemplo, que se sitúa a medio camino, es el del artículo 21 del Estatuto de Roma mencionado más arriba, en el que se establece el derecho que debe aplicar la Corte Penal Internacional. A este respecto, el párrafo 2 del artículo 21 aborda de manera más específica la cuestión de la aplicación de las decisiones judiciales de la Corte Penal Internacional, que no se califican de medio auxiliar como en el Artículo 38, párrafo 1 d). La disposición difiere del Artículo 38 en varios aspectos: en primer lugar, habla únicamente de las decisiones de la Corte Penal Internacional, sin establecer ninguna jerarquía entre ellas; en segundo lugar, estipula que la Corte *podrá aplicar* ese material, y no que lo “aplicará”; en tercer lugar, aclara que lo que se aplica son los “principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores”, no las decisiones en sí.

176. Existen otros ejemplos, como los acuerdos comerciales, que suelen incluir disposiciones que establecen que el acuerdo debe interpretarse con arreglo a la jurisprudencia disponible. Por ejemplo, el artículo 516 del Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido establece que “[l]a interpretación y aplicación de las disposiciones de la segunda parte del presente Acuerdo tendrán en cuenta las interpretaciones pertinentes de los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación de la OMC adoptadas por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, así como en laudos arbitrales con arreglo al Entendimiento sobre Solución de Diferencias”²⁸⁶. Este tipo de disposiciones son habituales no solo para los casos en que el texto es similar, sino también cuando las normas de más de un acuerdo (o conjunto de acuerdos) en los que ambos Estados son parte prevén una protección equivalente.

²⁸⁴ Véase Secretaría de la CARICOM, *Tratado de Chaguaramas revisado por el que se establece la Comunidad del Caribe con inclusión del mercado único y la economía de la CARICOM* (Bahamas, 5 de julio de 2001). Puede consultarse en: https://caricom.org/documents/4906-revised_treaty-text.pdf.

²⁸⁵ Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, Diario Oficial núm. L 001 de 03/01/1994, pág. 3; y boletines oficiales de los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio (efta.int).

²⁸⁶ Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra, Diario Oficial de la Unión Europea, Bruselas y Londres, 30 de diciembre de 2020. Puede consultarse en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22021A0430\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22021A0430(01)&from=EN).

177. Como se ha puesto de manifiesto en las secciones anteriores, el párrafo 1 d) del Artículo 38 y la forma en que establece la función de las resoluciones judiciales son, en principio, disposiciones de aplicación limitada que pueden verse desplazadas por otras disposiciones jurídicas que constituyan *lex specialis*. No obstante, el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se considera una disposición de aplicación más general por dos razones que guardan relación entre sí. La primera es que, como ya se ha dicho, se considera habitualmente una enumeración autorizada de las fuentes del derecho internacional; la segunda es que, por ello, suele incluirse como referencia o como disposición supletoria en instrumentos relativos a órganos judiciales distintos de la Corte Internacional de Justicia.

178. La publicación *Law of Nations* de Brierly va incluso más allá y señala que la disposición es un texto de la máxima autoridad que cabe suponer razonablemente que expresa el deber de todo tribunal encargado de administrar la justicia internacional²⁸⁷. El carácter fundamental del Artículo 38 se reafirma en los artículos 74 y 83 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar²⁸⁸. La autoridad de dicha disposición ha generado un claro consenso en el sentido de que, de hecho, refleja el derecho internacional consuetudinario. La propia labor anterior y reciente de la Comisión, aunque en algunos casos refleja un abanico más amplio de fuentes, toma como punto de partida el Artículo 38 y reconoce tanto su aplicabilidad general como su carácter autorizado²⁸⁹. Cabe citar en especial su labor sobre otras dos disposiciones del Artículo 38, a saber, la identificación del derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho²⁹⁰.

179. Por otra parte, aunque en su momento se examinará más detenidamente, el texto del Artículo 38 ha sido criticado por muy diversos motivos. Como señala acertadamente Pellet, pocas disposiciones del derecho de los tratados, si es que las hay, han suscitado tantos comentarios, debates, críticas, alabanzas, advertencias o pasiones como el Artículo 38 del Estatuto²⁹¹. A los efectos limitados del presente informe, cabe afirmar que las críticas se centran en tres aspectos fundamentales.

180. En primer lugar, la forma en que está redactado. Quienes critican la disposición han afirmado que no está bien redactada²⁹², que es poco clara, defectuosa o incluso excesivamente formalista²⁹³. Es cierto que, como señala un autor, hay muchas formas de concebir el Artículo 38, entre ellas como una disposición superflua e inútil que, en

²⁸⁷ Andrew Clapham, *Brierly's Law of Nations. An Introduction to the Role of International Law in International Relations*, 7ª ed. (Oxford: Oxford University Press, 2012), pág. 56.

²⁸⁸ Convención sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982), 1833 U.N.T.S. 397.

²⁸⁹ Véanse el artículo 12 del Proyecto de Convención sobre Procedimiento Arbitral de 1953, *Yearbook... 1953*, vol. II, pág. 210, y el artículo 10 del Proyecto de Convención sobre Procedimiento Arbitral de 1958, *Anuario... 1958*, vol. II, pág. 14.

²⁹⁰ “Varios miembros reiteraron que, en general, se consideraba que el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia contenía una enumeración autorizada de las fuentes del derecho internacional, y que el punto de partida de la labor de la Comisión eran los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional en el sentido del Artículo 38”. Informe de la Comisión de Derecho Internacional, [A/77/10](#), 2022, cap. VIII, párr. 106, pág. 338. El Relator Especial para la labor de la Comisión sobre los principios generales del derecho señaló que “la tesis de que el Artículo 38 se refería únicamente al derecho aplicable por la Corte suponía que no existían fuentes del derecho internacional de carácter general, lo que [...] sería insostenible porque generaría una fragmentación inaceptable del derecho internacional, además de inseguridad jurídica, lo que impediría el funcionamiento del sistema jurídico internacional”. Informe de la Comisión de Derecho Internacional, [A/77/10](#), 2022, cap. VIII, párr. 132, pág. 343.

²⁹¹ Pellet, “Article 38”, pág. 679.

²⁹² *Certain Norwegian Loans (France v. Norway)*, fallo, opinión disidente del Magistrado Basdevant (6 de julio de 1957).

²⁹³ Pellet, “Article 38”, pág. 677.

el mejor de los casos, es un intento torpe y anticuado de definir el derecho internacional y, en el peor, es un corsé que paraliza al máximo órgano judicial del mundo²⁹⁴. Por otra parte, como ese mismo autor ha observado acertadamente, en realidad el Artículo 38 puede situarse en algún punto intermedio. Señala que el Artículo 38 no merece ni excesivos elogios ni duras críticas porque también puede considerarse, más positivamente, que define de forma muy acertada y concisa el derecho que debe aplicar la Corte Internacional de Justicia y constituye una útil orientación para evitar las declaraciones de *non liquet*, así como toda arbitrariedad y fantasía en la interpretación y aplicación de las normas de derecho internacional²⁹⁵.

181. En segundo lugar, y de forma más sustantiva, también se ha criticado el Artículo 38 porque, como afirma Jennings, con independencia del sentido que se atribuya a la lista que contiene, plantea la dificultad lógica de aceptarla como enumeración de las fuentes del derecho internacional²⁹⁶. Según este argumento, esa dificultad se deriva del hecho de que, al ser un tratado, el propio Estatuto de la Corte encajaría en la primera categoría de las tres que figuran en lista del párrafo 1 del Artículo 38.

182. Una tercera cuestión que se plantea a menudo en la doctrina en relación con el Artículo 38 es si se trata de una disposición exhaustiva y contiene una lista de todas las fuentes del derecho internacional. Caben al menos dos interpretaciones posibles. Hay quienes, como Georg Schwarzenberger, afirman que la disposición sí contiene una lista exhaustiva de las fuentes del derecho internacional²⁹⁷. Una segunda interpretación, más plausible, es que el Artículo 38 no es exhaustivo, puesto que, como defiende firmemente Fitzmaurice²⁹⁸, no pretende, y nunca lo ha hecho, enumerar todas las fuentes del derecho internacional, sino más indicar a los jueces qué deben mirar primero para determinar las normas de derecho internacional aplicables.

183. Dicho esto, si bien, a principios de la década de 1920, cuando se redactó la disposición, difícilmente podía afirmarse que la disposición era incompleta, ahora no sería complicado hacerlo. John Dugard y Dire Tladi señalan que, aunque es posible que la lista contenida en el Artículo 38 fuera completa cuando la disposición se redactó a finales de la década de 1920, ya no refleja fielmente todos los materiales y formas de práctica de los Estados que constituyen las fuentes del derecho internacional en la actualidad²⁹⁹. El tiempo transcurrido desde que se aprobó el Estatuto de la Corte y el dinamismo de las relaciones internacionales, que han obligado a los Estados a adaptar su práctica, han puesto más fácilmente de manifiesto las aparentes lagunas de la disposición. Estos autores van más allá y opinan que la labor de desarrollo del derecho en lo que respecta a las categorías de fuentes enunciadas en el Artículo 38 dará necesariamente lugar a un aumento del número de fuentes respecto del previsto originalmente en 1920³⁰⁰. Por otra parte, Ross y otros han señalado que, formalmente, el Artículo 38 no puede constituir el fundamento de

²⁹⁴ *Ibid.*, pág. 680.

²⁹⁵ *Ibid.*, pág. 679.

²⁹⁶ Jennings, “General Course on Principles of International Law”, pág. 121 (“*Moreover, there is a logical difficulty, on any view of the meaning of the list in Article 38, in accepting it as a statement of the sources of international law; for the Statute of the International Court of Justice being a treaty belongs itself to the first category of the list*”).

²⁹⁷ G. Schwarzenberger, “International Law as Applied by International Courts and Tribunals” en Jill Barrett y Jean-Pierre Gauci (eds.), *British Contributions to International Law, 1915-2015*, 3ª ed. (Leiden; Boston: Brill Nijhoff, 2021), págs. 96 a 106, en especial pág. 96.

²⁹⁸ Fitzmaurice, “Some problems regarding the formal sources of international law”, pág. 494.

²⁹⁹ J. Dugard y D. Tladi “Sources of International Law”, en John Dugard, Max Du Plessis, Tiyanjana Maluwa, Dire Tladi (eds.), *Dugard’s International Law: A South African Perspective*, 5ª ed. (Sudáfrica: Juta & Company Ltd. 2019), págs. 28 a 48, en especial pág. 28.

³⁰⁰ Dugard y otros, “Sources of International Law”, pág. 28.

la doctrina de las fuentes del derecho internacional³⁰¹. A lo sumo, el Artículo 38 es la fuente formal de lo que debe aplicar la Corte y, por lo tanto, refleja claramente una visión abstracta de cuáles son las fuentes del derecho internacional en general³⁰².

184. Con todo, los argumentos críticos con el Artículo 38 van más allá al considerar que algunas de las fuentes enumeradas no son auténticas³⁰³. Del mismo modo, aunque está claro que no procede zanjear viejos debates académicos sobre la disposición en el presente informe, como ha señalado acertadamente otro autor, a pesar de todas las críticas a esta tan citada cláusula sobre el derecho aplicable, lo cierto es que, hasta la fecha, ninguna de las formulaciones alternativas propuestas para sustituirla ha prosperado³⁰⁴. Incluso ha habido propuestas para modificarla, sin éxito. Así pues, en este momento y teniendo en cuenta su centenaria historia, el lugar del Artículo 38 en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia parece bastante seguro.

185. Esto se debe, en parte, no solo a que actualmente se considera que la disposición está firmemente arraigada en el derecho internacional consuetudinario, y esto es probablemente lo más importante, sino a que, en la práctica, ha funcionado bien en la mayoría de los casos. Esa es, en muchos sentidos, la principal consideración. De hecho, como concluyeron los juristas que tuvieron la oportunidad de revisarla antes de que se estableciera la Corte Internacional de Justicia ya en 1945, lo cierto es que la disposición ha suscitado más controversias en la doctrina que dificultades en la práctica³⁰⁵. Esa observación sigue siendo válida hoy, un siglo después de que se redactara el artículo. Así pues, a pesar de las aparentes deficiencias del Artículo 38, entre otras cosas en relación con aspectos que en la actualidad podrían considerarse más aceptables si se modificara para eliminar la ya vergonzosa distinción entre naciones civilizadas y no civilizadas³⁰⁶, lo cierto es que sus supuestos problemas no han impedido a la Corte Internacional de Justicia —ni, para el caso, a otras cortes y tribunales internacionales— decidir las controversias internacionales que le son sometidas ni emitir opiniones consultivas y adoptar, en caso necesario, soluciones innovadoras o creativas³⁰⁷.

186. Una última cuestión teórica en el análisis de las fuentes que parece pertinente para el presente capítulo y la futura labor sobre el tema es la distinción que a veces se hace en los escritos académicos entre las fuentes del derecho internacional y las fuentes de obligaciones internacionales. A este respecto, el principal argumento se basa en los escritos de Fitzmaurice, quien, en un influyente artículo, sostuvo que el Artículo 38 *no* podía ser una referencia a las *fuentes* del derecho internacional³⁰⁸. A su juicio, había que distinguir las fuentes formales de obligaciones de las fuentes formales del derecho y, aunque ambas pudieran coincidir, no eran necesariamente las mismas. En su opinión, las fuentes formales derivan su validez inherente del derecho natural. Así, por ejemplo, bien entendidos, los tratados son *fuentes de obligaciones*,

³⁰¹ Citado por Fitzmaurice, Fitzmaurice, “Some problems regarding the formal sources of international law”, pág. 494.

³⁰² Fitzmaurice, “Some problems regarding the formal sources of international law”, pág. 494.

³⁰³ *Ibid.*

³⁰⁴ Pellet, “Article 38”, pág. 681.

³⁰⁵ Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional: *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, A/CN.4/L.682 (18 de julio de 2006); UNCIO (versión Documentos selectos, US Government Printing Office, 1946), 843/868.

³⁰⁶ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Artículo 38, párrafo 1 c), (1945) (“los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”); y S. Yee, “Article 37 of the ICJ Statute and Applicable Law: Selected Issues in Recent Cases”, *J. Int. Disp. Settlement*, vol. 7(2) (2016), pág. 472.

³⁰⁷ Pellet, “Article 38”, pág. 680.

³⁰⁸ Fitzmaurice, “Some problems regarding the formal sources of international law”, pág. 494.

no del derecho, y desde esa perspectiva, ni siquiera los llamados “tratados normativos” crean realmente derecho, sino que establecen obligaciones³⁰⁹.

187. Esta distinción, que, al parecer, también podría reflejar también una diferencia entre el enfoque del derecho internacional adoptado por los juristas de tradición jurídica romanista y el de los de tradición jurídica anglosajona (supuestamente los primeros prefieren los tratados y los segundos el derecho consuetudinario), parece deberse a que, para ser una disposición sobre las fuentes, esta tendría que hablar de normas de validez y aplicación generales para los sujetos del sistema jurídico, y no de las obligaciones o compromisos particulares de estos. Algunos de los que niegan la distinción entre fuentes del derecho y fuentes de obligaciones parecen rechazar la tesis de que el derecho se limita necesariamente a normas de validez general, ya que los derechos y obligaciones de los Estados pueden derivarse tanto de tratados generales y particulares como del derecho consuetudinario³¹⁰.

188. En cualquier caso, por lo que se refiere a los medios auxiliares, en el presente estudio no se pretende, suponiendo que fuera posible, zanjar tales debates teóricos, que en el fondo vienen a referirse al lugar que ocupan el positivismo y el derecho natural en el derecho internacional, sino simplemente que la Comisión tome nota de estos. Una vez hecho esto, habría que considerar sus posibles implicaciones para los aspectos prácticos de la labor sobre este tema. Esa es la única razón para abordar lo que de otro modo podría ser un debate abstracto sobre la dicotomía entre fuentes del derecho y fuentes de obligaciones.

189. En opinión del Relator Especial y sin entrar de lleno en el debate académico, la distinción entre fuentes del derecho y fuentes de obligaciones es pertinente para el tema porque también tiene consecuencias prácticas. No solo resulta útil para estudiar las fuentes y los medios auxiliares conexos, sino que, si bien las normas de los tratados, el derecho consuetudinario y los principios generales del derecho son importantes, no constituyen en sí mismos la única base posible para que los Estados asuman obligaciones jurídicas de derecho internacional. Esta afirmación puede ilustrarse, por ejemplo, si se observa la práctica relativa a las declaraciones unilaterales, que, en determinadas circunstancias, pueden crear obligaciones jurídicas. Lo mismo puede decirse de las resoluciones de organizaciones internacionales. Más allá de si tales actos o resoluciones pueden considerarse fuentes formales de obligaciones similares a las derivadas de la lista de fuentes formales que figura en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, con esta distinción al menos se garantiza que la atención no se centre en el tratado, la costumbre internacional o los principios generales del derecho como fuente formal tanto como en sus efectos jurídicos en relación con las obligaciones de los Estados. Esta cuestión volverá a analizarse en el capítulo IX del presente informe, que, como se recordará, aborda la posible existencia de otros medios auxiliares.

E. Falta de jerarquía formal entre las fuentes

190. Como ya se ha indicado en la sección anterior de este capítulo, los juristas han planteado una serie de interrogantes con respecto al Artículo 38. A continuación se examinan dos aspectos que parecen especialmente pertinentes para el tema: primero,

³⁰⁹ *Ibid.* Otros han expresado una opinión similar con respecto a los actos unilaterales.

³¹⁰ Véanse ejemplos de otros que han expresado (serias) dudas sobre la distinción de Fitzmaurice en Hugh Thirlway, *International Customary Law and Codification* (Leiden: Sijthoff, 1971), págs. 25 a 27; George Abi-Saab, “Cours général de droit international public”, *Recueil des cours*, vol. 207 (1987), págs. 194 y 195; M. H. Mendelson, “Are Treaties Merely a Source of Obligation?”, en William E. Butler (ed.), *Perestroika and International Law* (Leyden: Martinus Nijhoff Publishers, 1990), págs. 81 a 88, en especial pág. 87.

si el párrafo 1, que enumera los tratados (apartado a)), la costumbre internacional (apartado b)) y los principios generales del derecho (apartado c)) siguiendo un orden determinado, establece una jerarquía entre las fuentes del derecho internacional; y, segundo, la función y naturaleza de los medios auxiliares en el contexto del párrafo 1 del Artículo 38, a saber, la distinción entre fuentes primarias y secundarias, o entre instrumentos llamados “de creación del derecho” y “determinantes del derecho”. Dicho de otro modo, si la Corte puede desarrollar el derecho o incluso crearlo en virtud del apartado d) del párrafo 1.

191. La primera cuestión es la de la jerarquía. Cuando se redactó el Artículo 38, se propuso que en el texto se indicara que las fuentes enumeradas debían considerarse siguiendo el orden indicado³¹¹. Al final, como se verá en el próximo capítulo sobre la historia de la redacción de la disposición, los redactores del Estatuto estudiaron la posibilidad de establecer una secuencia. También estudiaron la cuestión de la jerarquía, pero, tras debatirlo, no se decidieron a mantener una jerarquía formal entre las fuentes. En general se consideraba que todas las fuentes podían tenerse en cuenta, en algunos casos incluso al mismo tiempo. Así pues, en el Estatuto se da el mismo trato jurídico a los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho³¹² aunque, en la práctica, algunas de esas fuentes puedan resultar más útiles y tengan más importancia práctica.

192. Tampoco hay en derecho internacional ninguna regla general concreta que establezca una jerarquía entre las fuentes³¹³. No obstante, la falta de una jerarquía rígida y formal en la doctrina de las fuentes no debería servir para ocultar el hecho de que los Estados, las cortes y tribunales y los juristas han expresado desde siempre una clara preferencia por determinadas fuentes y han establecido así jerarquías informales, si no de validez, al menos de importancia o preeminencia entre los procesos de creación del derecho³¹⁴. Algunos académicos que opinan así señalan que, en la práctica, se recurre más a los tratados y al derecho internacional consuetudinario. La superioridad empírica de estas dos fuentes, fundadas ambas en el consentimiento del Estado, pone de relieve la base consensual del derecho internacional. El derecho internacional moderno ha experimentado una importante evolución en lo que respecta a la jerarquía de las normas. Mientras que, en el derecho internacional clásico, todas las normas y reglas tenían el mismo rango, en la actualidad ciertas normas, llamadas normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), gozan de un estatus superior en la jerarquía normativa de las fuentes. Las obligaciones derivadas de la Carta de las Naciones Unidas también gozan de superioridad normativa sobre otras normas de derecho internacional³¹⁵. David Kennedy, por su parte, afirma que, para establecer un sistema de gradación de la autoridad que sea coherente a nivel interno y suficientemente independiente, tiene que haber cierta jerarquía. De lo contrario, el sistema podría producir normas con la misma autoridad entre las que habría que elegir en función de su contenido³¹⁶.

193. Parece haber divergencia de opiniones entre los académicos a este respecto, aunque, como argumentó Fitzmaurice en 1958, es dudoso que el debate sobre la

³¹¹ Alexander Orakhelashvili, *Akehurst's Modern Introduction to International Law* (Routledge, 2022), pág. 56.

³¹² *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/76/10)*, anexo, “Medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional”, párr. 9.

³¹³ Dugard y otros, “Sources of International Law”, págs. 28 y 29.

³¹⁴ M. Prost, *Hierarchy and the Sources of International Law: A Critical Perspective*, en <https://core.ac.uk/download/pdf/76978461.pdf> (consulta realizada el 8 de febrero de 2023).

³¹⁵ Dugard y otros, “Sources of International Law”, págs. 28 y 29.

³¹⁶ D. Kennedy, “The Sources of International Law”, *AJIL*, vol 2 (1) (1987), págs. 1 a 96, en especial págs. 19 y 20.

jerarquía de las fuentes sea siquiera una línea de investigación fructífera³¹⁷. Dicho esto, al menos formalmente, la mayoría de los académicos no creen que exista una jerarquía formal de las fuentes en el Artículo 38. Es importante señalar que la Comisión también ha defendido ese punto de vista en su labor anterior, y no parece haber ninguna razón de peso para cambiar de posición en este momento.

194. Aunque cabe argumentar que no existe ninguna jerarquía entre los tratados (apartado a)), la costumbre (apartado b)) y los principios generales del derecho (apartado c)), al menos ninguna jerarquía expresa e intencionada, si se lee todo el párrafo 1 del Artículo 38 se aprecia una línea divisoria entre los tres primeros apartados y el apartado d), relativo a los medios auxiliares. Podría pensarse que los medios auxiliares, en este caso las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas, están subordinados a las otras fuentes mencionadas en el artículo, pero en realidad no lo están. Se consideran fuentes materiales o documentales³¹⁸. Son como fuentes formales, en el sentido de que los jueces pueden acudir a ellas, al igual que a las fuentes indicadas en los otros tres apartados, para encontrar las normas que están obligados a aplicar, aunque técnicamente las decisiones solo sean vinculantes para las partes en la controversia de que se trate. En este último caso, cuando se invocan sin que haya ningún precedente establecido, los medios auxiliares se utilizan para verificar la existencia de una norma de derecho o de una obligación de derecho internacional vinculante para los Estados³¹⁹.

195. No obstante, parece haber cierta divergencia de opiniones en la doctrina a la hora de interpretar la lista contenida en el párrafo 1 del Artículo 38. Por un lado, se afirma que el artículo contiene una lista “global” de fuentes del derecho internacional, lo que significa que las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia a que se refiere el apartado d) pueden ser una fuente del derecho en la misma medida que cualquiera de las otras fuentes enumeradas en los apartados a) a c) del párrafo 1 del Artículo 38³²⁰. Esta opinión es apoyada por Jennings, quien cree que el texto del Artículo 38 es esencial en principio y no tiene dificultades para considerar que los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho son una fuente del derecho, no solo por analogía, sino directamente³²¹.

196. Si bien el párrafo 1 del Artículo 38 solo contiene una lista de fuentes, lo cierto es que las tres primeras suelen considerarse fuentes primarias o formales, mientras que las fuentes que figuran en el apartado d) suelen calificarse de fuentes secundarias o auxiliares. Después de todo, los adjetivos “auxiliares” y “secundarias” son sinónimos.

³¹⁷ Fitzmaurice, “Some problems regarding the formal sources of international law”, pág. 495.

³¹⁸ Fitzmaurice, “Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law”, pág. 490 (donde se argumenta que es indiscutible que las decisiones arbitrales y judiciales constituyen fuentes materiales del derecho pero que, sin embargo, un análisis más profundo parece indicar que, si bien es cierto que esas decisiones no son fuentes formales del derecho directas, tampoco se las debe considerar simplemente como una de las diversas fuentes materiales del derecho).

³¹⁹ En su artículo citado en la nota anterior, Fitzmaurice recurre a la práctica para ilustrar su argumento con un ejemplo de la Corte Internacional de Justicia en la causa *Anglo-Norwegian Fisheries*.

³²⁰ A. Z. Borda, “A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals”, *European Journal of International Law*, vol. 24(2), págs. 649 a 661, en especial pág. 652.

³²¹ R. Y. Jennings, “The Judiciary, International and National, and the Development of International Law”, *ICLQ, Quarterly*, vol. 45(1) (1996), págs. 1 a 12, en especial págs. 3 y 4. Véase también M. Shahabuddeen, “Judicial Creativity and Joint Criminal Enterprise”, en Shane Darcy y Joseph Powderly (eds.), *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals* (Nueva York: Oxford University Press, 2010), págs. 184 a 203, en especial pág. 186.

197. Sin embargo, otros opinan que la inclusión de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho en el párrafo 1 del Artículo 38 indica que las resoluciones judiciales y las doctrinas no son en ningún caso fuentes del derecho. Así opina James Crawford, quien afirma que, si bien las decisiones judiciales no son estrictamente una fuente formal del derecho, en muchos casos se consideran una prueba del derecho; y que toda jurisprudencia constante anterior tendrá consecuencias importantes en cualquier caso, aunque su valor siempre quedará subordinado al precedente en el sentido que se le da en la tradición jurídica anglosajona³²². Dugard y otros que apoyan ese enfoque señalan que las decisiones judiciales no constituyen en sí mismas normas de derecho internacional, sino que son solo una forma de identificar las normas de derecho internacional³²³. Es de suponer que este argumento también es válido, quizás con mayor razón, en el caso del otro medio auxiliar, a saber, las “doctrinas de los publicistas de mayor competencia”.

198. Según esta corriente de pensamiento, el párrafo 1 del Artículo 38 establece dos listas separadas: la primera (apartados a) a c)) enumera las fuentes formales de las que pueden derivarse las normas de derecho internacional, y la segunda establece los medios por los que pueden identificarse y determinarse esas normas. Así opina Schwarzenberger, que afirma que el párrafo 1 del Artículo 38 se ocupa de dos cuestiones distintas: los apartados a) a c) se refieren a las normas de derecho internacional establecidas, y el apartado d) enumera algunos de los medios para la determinación de las supuestas normas de derecho internacional³²⁴. Por otra parte, Fitzmaurice consideraba que el Artículo 38 tenía un “defecto” en el sentido de que, entre otras cosas, no distinguía entre fuentes formales y materiales y, salvo una excepción, no establecía ningún sistema de prioridad de aplicación³²⁵. Consideraba que los tratados y la costumbre citados en los apartados a) y b) pretendían referirse a las fuentes formales, mientras que los principios generales del derecho y las decisiones judiciales mencionados en los apartados c) y d) eran las fuentes *materiales*. Cabe destacar que ese autor no consideraba que las decisiones judiciales y la doctrina estuvieran al mismo nivel. Las primeras eran más importantes, ya que, en su opinión, las decisiones de las cortes y tribunales internacionales al menos eran una fuente “cuasi formal” del derecho³²⁶.

F. Los medios auxiliares como “procesos de creación del derecho” e “instrumentos determinantes del derecho”

199. En principio, no hay jerarquía entre las fuentes formales enumeradas en el párrafo 1 del Artículo 38. Las tres primeras son fuentes formales, y las últimas, los medios auxiliares, son consideradas fuentes materiales. Con independencia de cómo se las califique, la historia de la redacción del párrafo 1 del Artículo 38³²⁷ y las decisiones de algunas cortes y tribunales internacionales confirman que, en la práctica, se establece una distinción entre las fuentes enumeradas. Por ejemplo, aunque el artículo 20, párrafo 3, del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona especifica que “[l]os magistrados de la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial tomarán como guía las decisiones de los Tribunales Internacionales para la ex-Yugoslavia y para Rwanda”, el Tribunal Especial para Sierra Leona ha destacado

³²² Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, pág. 35.

³²³ Dugard y otros, “Sources of International Law”, pág. 45.

³²⁴ Schwarzenberger, “International Law as Applied by International Courts and Tribunals”, págs. 96 a 98.

³²⁵ Fitzmaurice, “Some problems regarding the formal sources of international law”, pág. 494.

³²⁶ *Ibid.*, pág. 495.

³²⁷ Véase Godifridus J. H. Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law* (Países Bajos: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1986).

que esa disposición no debe en modo alguno interpretarse en el sentido de que las decisiones judiciales del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Rwanda puedan constituir fuentes directas³²⁸. Del mismo modo, en la causa *Kupreškić y otros*, la Sala de Primera Instancia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia dijo que, al ser de carácter internacional y aplicar principalmente el derecho internacional, el Tribunal no podía sino basarse en las fuentes bien establecidas del derecho internacional y, en ese marco, en las decisiones judiciales. En cuanto al valor que debía darse a esas decisiones, la Sala de Primera Instancia consideró que solo debían utilizarse como medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho y aclaró que el precedente judicial no era una fuente del derecho específica en el enjuiciamiento penal internacional³²⁹.

200. Estas dos categorías o listas se consideran “procesos de creación del derecho” en el caso de las fuentes formales del derecho internacional enumeradas en los apartados a) a c) del párrafo 1 del Artículo 38, e “instrumentos determinantes del derecho” en el caso de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional enunciados en el apartado d)³³⁰. Schwarzenberger explica que, en los procesos de creación del derecho, lo importante es cómo se crea una norma de derecho internacional concreta, mientras que, en el caso de los instrumentos de determinación del derecho, la atención se centra en la forma de verificar una supuesta norma³³¹.

201. Esta tesis se ve respaldada por el propio texto del Artículo 38, párrafo 1 d), concretamente por la expresión “la determinación de las reglas de derecho”, que, según el ex Magistrado de la Corte Internacional de Justicia Shahabuddeen, puede considerarse que se refiere únicamente a una determinación en el sentido de averiguar cuál es el derecho existente³³². Este señala que, teniendo en cuenta la historia de la redacción de la disposición, hay razones de peso para creer que la referencia a “la determinación de las reglas de derecho” designaba una decisión limitada a aclarar el derecho existente, y no a crear un nuevo derecho³³³.

202. Podría decirse que este enfoque, según el cual los jueces no pueden crear derecho internacional sino simplemente aclarar cuál es el derecho, subestima la influencia de las decisiones judiciales en el derecho internacional³³⁴. Van Hoof se ha mostrado contrario a que la calificación de las decisiones judiciales de “auxiliares” se interprete en el sentido de que son menos importantes, porque la autoridad y la capacidad de persuasión de las decisiones judiciales pueden hacer que a veces tengan más importancia de la que tienen formalmente³³⁵. Rudolf Bernhardt también señala

³²⁸ *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao*, fallo, causa núm. SCSL-04-15-T, SCSL, Sala de Primera Instancia, 2 de marzo de 2009, pág. 295 (“Causa RUF”). Véase un comentario sobre las contribuciones de la jurisprudencia del Tribunal Especial para Sierra Leona en Charles C. Jalloh, *The Legal Legacy of the Special Court for Sierra Leone* (Cambridge: Cambridge University Press, 2020).

³²⁹ *Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic, Vladimir Santic*, fallo, causa núm. IT-95-16-T, Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, 14 de enero de 2000, pág. 540 (Causa Kupreskic y otros), pág. 540.

³³⁰ Schwarzenberger, “International Law as Applied by International Courts and Tribunals”, págs. 96 a 98.

³³¹ *Ibid.*, págs. 26 y 27.

³³² Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court* (Cambridge: Cambridge University Press 1996), pág. 76.

³³³ Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, pág. 77.

³³⁴ Shane Darcey, *Judges, Law and War: The Judicial Development of International Humanitarian Law*, (Cambridge: Cambridge University Press 2014), pág. 21.

³³⁵ Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, pág. 170. Véase también Schwarzenberger, “International Law as Applied by International Courts and Tribunals”

que calificar las decisiones judiciales de auxiliares subestima la contribución de las decisiones de las cortes y tribunales internacionales al proceso normativo³³⁶.

203. Shahabuddeen, por su parte, sostiene en la obra citada más arriba que los medios auxiliares, en particular las decisiones judiciales, pueden intervenir a un nivel más elevado de lo que suele parecer. Esto se debe, en primer lugar, a que pueden servir de material para determinar la existencia y el contenido de una norma de derecho en la medida en que se derive de decisiones de la Corte Internacional de Justicia y de otras cortes y tribunales. En segundo lugar, y aunque este argumento es sutil, la función de las decisiones judiciales (al menos las de la propia Corte Internacional de Justicia) puede ser más importante al determinar una norma de derecho a partir de una decisión anterior: la nueva decisión por la que se ha determinado una norma de derecho a partir de una decisión anterior no es un medio auxiliar, sino que es la fuente de una nueva norma de derecho internacional e incumbe exclusivamente a la corte o el tribunal. Una vez hecha la determinación en una nueva decisión, la corte o el tribunal aplicaría en causas posteriores la norma de derecho determinada en esa decisión; norma cuya existencia podría no estar clara al margen de esa decisión³³⁷. Antonio Cassese, primer Presidente del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, expresó una opinión similar al atribuir mayor peso a los jueces y, por ende, a sus decisiones en el derecho internacional, ya que, a su juicio, muy a menudo los legisladores son totalmente impotentes y no pueden tomar decisiones, por lo que los jueces intervienen y deciden en su lugar³³⁸.

204. Mientras que en *International Law*, escrito en 1905, antes de que se aprobaran los Estatutos de la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia, Oppenheim solo reconocía los tratados y la costumbre como las dos fuentes “exclusivas” del derecho internacional, también admitía que las decisiones judiciales y los escritos académicos podían influir en el desarrollo del derecho internacional al crear usos que gradualmente se convierten en costumbre, o inducir a los miembros de la comunidad de naciones a celebrar tratados que establezcan normas jurídicas para regular la futura conducta internacional³³⁹. El autor observa que, aunque las decisiones judiciales no pueden crear derecho internacional, contribuyen de manera importante a su desarrollo³⁴⁰. Shahabuddeen señala acertadamente una falacia en este argumento: si las decisiones de la Corte no pueden crear derecho pero pueden contribuir a su desarrollo, es de suponer que ese desarrollo acabe dando lugar a la creación de nuevo derecho y que, por muy aislados que sean esos casos, vayan adquiriendo cada vez más entidad. No se ajusta a la realidad afirmar que la Corte puede desarrollar el derecho únicamente con el fin limitado de determinar el verdadero sentido del derecho existente en relación con hechos concretos³⁴¹.

205. La segunda cuestión, ampliamente debatida en la doctrina pertinente, es si los medios auxiliares y, en particular, las decisiones judiciales, pueden desarrollar o moldear el derecho internacional. Esto plantea temas interesantes y a veces delicados sobre el papel de los jueces, y de la toma de decisiones judiciales, en los litigios judiciales. Se observan al menos tres corrientes de opinión. En primer lugar están los

págs. 96 a 98 (donde se señala que no debe darse demasiada importancia práctica a la calificación de “medio auxiliar” en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 d).

³³⁶ R. Bernhardt, “Custom and treaty in the law of the sea”, en *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 205 (1887), pág. 270.

³³⁷ Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, pág. 68.

³³⁸ Robert Badinter & Stephen Breyer, *Judges in Contemporary Democracy* (Nueva York: NYU Press, 2004), pág. 33.

³³⁹ Lassa F.L. Oppenheim, *International Law* (Londres: Longmans, Green and Co., 1905), pág. 24.

³⁴⁰ Lassa F.L. Oppenheim, *International Law*, 9ª ed. (Londres: Longman, Green and Co., 1992), cap. I, pág. 41.

³⁴¹ Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, pág. 76.

autores que creen que las decisiones judiciales pueden crear derecho, mientras que Fitzmaurice vincula la cuestión de si una decisión judicial es una fuente formal o cuasiformal del derecho a la cuestión de si es autoritativa y vinculante³⁴². Las decisiones judiciales, incluidas las de cortes y tribunales nacionales, han influido en varias causas de la Corte Internacional de Justicia. Cabe citar como ejemplos en este contexto los fallos en las causas relativas a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*³⁴³, a *Determinados procedimientos penales en Francia (República del Congo c. Francia)*³⁴⁴, a *Gaddafi*, juzgada por el Tribunal de Casación de Francia, y a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia)*³⁴⁵. Del mismo modo, las decisiones judiciales y los fallos de diversas cortes y tribunales internacionales contienen de hecho numerosas referencias a decisiones de cortes y tribunales nacionales, así como a la jurisprudencia de otras cortes y tribunales internacionales, y a menudo se considera que ofrecen interpretaciones del derecho que contribuyen de manera importante a configurar aspectos fundamentales de algunas ramas del derecho³⁴⁶.

206. La importancia de las decisiones judiciales para determinar la existencia o no de normas de derecho internacional puede ilustrarse tomando como referencia la labor de la Comisión, concretamente, como se indica en el capítulo V del presente informe, sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, los principios generales del derecho y la identificación de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). En el comentario a la conclusión 13 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, por ejemplo, la Comisión señala que, si bien la “expresión ‘medios auxiliares’ denota la función complementaria de esas decisiones en la elucidación del derecho; no son fuentes de derecho internacional en sí mismas (a diferencia de los tratados, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho)”, al mismo tiempo, el uso de esa expresión “no da a entender, ni pretende dar a entender, que esas decisiones no sean importantes para la identificación del derecho internacional consuetudinario”³⁴⁷. Cabe recordar estas conclusiones en la medida en que confirman, como se indica en el memorando de la Secretaría, que la Comisión ha invocado fallos de la Corte incluso para formular normas de derecho internacional en temas sustantivos, como los artículos sobre la responsabilidad del Estado.

207. Hersch Lauterpacht ha señalado que, de hecho, todos los actos de legislación dimanantes de un juez pueden llevarse a cabo en el marco de una determinación del derecho internacional consuetudinario³⁴⁸. No obstante, aunque esto probablemente sea cierto, también pueden surgir problemas cuando la autoridad judicial no está sometida a ningún control. Por poner un ejemplo concreto, en el contexto del derecho penal internacional, Ilias Bantekas ha sido muy crítico con la invocación de las decisiones judiciales y la doctrina como fuente del derecho internacional, y ha señalado que la selectividad y el sigilo de los tribunales penales internacionales han elevado en la última década las decisiones de las cortes y tribunales internacionales y

³⁴² Fitzmaurice, “Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law”, pág. 493.

³⁴³ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, fallo, *ICJ Reports 2000*, pág. 3.

³⁴⁴ *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France)* [Desistimiento], providencia de 16 de noviembre de 2010.

³⁴⁵ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 99.

³⁴⁶ Darcey, Judges, Law and War: The Judicial Development of International Humanitarian Law, pág. 28.

³⁴⁷ Conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario con comentarios, *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), pág. 117.

³⁴⁸ Hersch Lauterpacht, *Development of International Law by the International Court*, (London: Stevens & Sons Ltd, 1958), pág. 368.

nacionales, así como las opiniones de los juristas, a la categoría de fuentes esencialmente primarias del derecho internacional³⁴⁹. Critica el papel destacado de las decisiones judiciales y las opiniones de los juristas y, al señalar la falta de una metodología coherente en la jurisprudencia de algunas cortes y tribunales *ad hoc*, añade que la selectividad y el uso de las fuentes suplementarias y su lenta elevación a la categoría de fuentes primarias resultan preocupantes, cuando no aterradores³⁵⁰.

208. En resumen, el análisis anterior, que sitúa los medios auxiliares en el contexto más general de la abundante práctica y bibliografía sobre las fuentes, pretende indicar la necesidad de aclarar y resolver algunos aspectos de los medios auxiliares y de su interacción y relación con las fuentes. La confusión comienza con la noción de fuente del derecho internacional, sigue con los debates planteados a raíz de los intentos académicos por distinguir entre fuentes formales y materiales, entre fuentes primarias y secundarias, o entre fuentes del derecho y fuentes de obligaciones, y termina con cuestiones sobre la existencia o no de una jerarquía entre las fuentes. La cuestión de si, dentro de la subcategoría de los medios auxiliares, debe atribuirse un peso diferente a las resoluciones judiciales y a la doctrina parece enmarcarse en el intento de diferenciación que permitiría recurrir a las fuentes más autorizadas. Teniendo esto en cuenta, en el segundo informe del Relator Especial será necesario estudiar más a fondo la condición y función de los medios auxiliares en el párrafo 1 del Artículo 38 y la interacción y relación entre los medios auxiliares y los tratados, la costumbre internacional y los principios generales del derecho. En ese contexto, sería útil analizar las observaciones del memorando de la Secretaría sobre la forma en que la propia Comisión ha utilizado los medios auxiliares para ayudar a los Estados en la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional. Solo entonces podrán extraerse conclusiones claras. No obstante, debería ser evidente que, como mínimo, la condición formal de “auxiliares” de las decisiones judiciales desmiente en la práctica su papel fundamental y su importancia en el desarrollo y la consolidación del derecho internacional.

³⁴⁹ I. Bantekas, “Reflections on Some Sources and Methods of International Criminal and Humanitarian Law”, *International Criminal Law Review*, vol. 6 (2006), págs. 121 a 136, en especial pág. 129.

³⁵⁰ Bantekas, “Reflections on Some Sources and Methods of International Criminal and Humanitarian Law”, pág. 132.

VII

Historia de la redacción del Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

209. Resulta conveniente reproducir íntegramente el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que se considera una enumeración autorizada de las fuentes del Derecho internacional y el verdadero fundamento de la labor de la Comisión sobre el tema³⁵¹. El artículo establece lo siguiente:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
 - a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
 - b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
 - c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
 - d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, *sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59*. (Sin cursiva en el original.)
2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren.

210. Además del Artículo 38, también es pertinente el Artículo 59, al que remite la salvedad que figura en el párrafo 1 d) y que establece lo siguiente:

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

211. Antes de analizar en detalle las disposiciones mencionadas centrando la atención en el sentido corriente que debe darse a los términos en su contexto y a la luz de su objeto y fin, conviene examinar primero detenidamente la historia de su redacción. El artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados prevé la posibilidad de acudir a medios de interpretación complementarios³⁵², que incluyen los trabajos preparatorios de la Convención y las circunstancias de su

³⁵¹ De hecho, como dice Jennings, puede considerarse que el Artículo 38 cumple dos funciones. Tiene que ser aplicado por la propia Corte Internacional porque forma parte del Estatuto por el que esta se rige; pero también puede ser invocado por otras cortes y tribunales y, en general, en la actualidad puede considerarse una enumeración autorizada de las fuentes del derecho internacional habida cuenta de su aceptación como tal por la práctica general. Rige la actuación de Corte Internacional de Justicia porque está en su Estatuto, y sirve de orientación general porque ha llegado a considerarse una útil declaración de la práctica aceptada. Véase R.Y Jennings, "General Course on Principles of International Law", en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 121 (Leiden: Sijthoff, 1967), pág. 331.

³⁵² El art. 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece lo siguiente: "Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) Deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) Conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable"; Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, pág. 331.

celebración³⁵³. Las interpretaciones derivadas de los trabajos preparatorios pueden servir para confirmar el sentido que debe darse a las disposiciones.

212. Ante todo, es preciso saber dos cosas. En primer lugar, como es de sobra conocido pero quizá no por ello menos útil recordar, estas disposiciones se derivan de dos instrumentos interrelacionados: el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional y el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. No hay ninguna duda que el segundo se basó en el primero. La conexión entre ambos se deriva no solo de su marco jurídico común, sino también de la continuación por la Corte Internacional de Justicia de la labor de la Corte Permanente de Justicia Internacional, también en lo que respecta a la jurisprudencia.

213. En segundo lugar, desde el punto de vista histórico, la Corte Permanente se estableció de conformidad con el artículo 14 del Pacto de la Sociedad de las Naciones³⁵⁴. La Corte, que estaba afiliada a la Sociedad de las Naciones pero era independiente de esta, tenía por objeto ser el órgano encargado del arreglo judicial de las divergencias de carácter internacional que le fueran sometidas por las partes. Su labor se sumaba a la del Tribunal de Arbitraje establecido en virtud de las Convenciones de 1899³⁵⁵ y 1907³⁵⁶. El Estatuto de la Corte aprobado establecía, entre otras cosas, el derecho que la Corte debía aplicar en su Artículo 38. Por lo tanto, todo examen de la historia de la redacción de esa disposición debe tener en cuenta los diversos foros en los que se debatió el Estatuto antes de que se estableciera la Corte Permanente, que fueron esencialmente tres órganos principales: el Consejo y la Asamblea de la Sociedad de las Naciones, ambos órganos de la Sociedad apoyados por una secretaría permanente; y un Comité Consultivo de Juristas creado *ad hoc* en cumplimiento del mandato del artículo 14 del Pacto de la Sociedad³⁵⁷.

A. Redacción del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional por el Comité Consultivo de Juristas (1920)

214. A diferencia de lo que ocurrió con fuentes como los tratados, el derecho consuetudinario y los principios generales del derecho, no parece que los Estados propusieran la inclusión de los medios auxiliares como fuentes del derecho antes de

³⁵³ *Ibid.*

³⁵⁴ El Art. 14 establece lo siguiente: “El Consejo queda encargado de preparar un proyecto de Corte Permanente de Justicia Internacional y de someterlo a los Miembros de la Sociedad. Esta Corte entenderá en todas las divergencias de carácter internacional que le fueran sometidas por las partes. Emitirá también opiniones consultivas sobre toda divergencia o cualquier otro punto que fueran sometidos por el Consejo a la Asamblea”; Sociedad de las Naciones, *Pacto de la Sociedad de las Naciones* (París, 28 de junio de 1919).

³⁵⁵ Convención (II) relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre (La Haya, 29 de julio de 1899).

³⁵⁶ Convención (IV) relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre (La Haya, 18 de octubre de 1907).

³⁵⁷ En su segunda sesión, celebrada en Londres en febrero de 1920, el Consejo decidió nombrar un Comité encargado de planificar el establecimiento de una Corte Permanente de Justicia Internacional de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 14 del Pacto: “El Consejo queda encargado de preparar un proyecto de Corte Permanente de Justicia Internacional y de someterlo a los Miembros de la Sociedad. Esta Corte entenderá en todas las divergencias de carácter internacional que le fueran sometidas por las partes. Emitirá también opiniones consultivas sobre toda divergencia o cualquier otro punto que fueran sometidos por el Consejo a la Asamblea”. Se nombró a los siguientes expertos jurídicos: Mineichiro Adatchi (Japón); Rafael Altamira (España); Clovis Bevilaqua (Brasil), sustituido posteriormente por Raoul Fernandes; el Barón Descamps (Bélgica); Francis Hagerup (Noruega); Albert de Lapradelle (Francia); B.C. J. Loder (Países Bajos); Lord Phillimore (Reino Unido); Arturo Ricci-Busatti (Italia) y Elihu Root (Estados Unidos).

que el Comité Consultivo de Juristas iniciara su labor. A este respecto, en la propuesta inicial no parecía mencionarse el papel de las decisiones judiciales y las doctrinas, ni siquiera a nivel de expertos³⁵⁸. Estas cuestiones parecían estar al margen de la labor principal, por lo que no preocupaban a los redactores. En el Comité Consultivo de Juristas, la primera parte de los debates sobre el proyecto de estatuto versó sobre la organización y la estructura de la Corte. Aproximadamente en su 13ª sesión, celebrada el 1 de julio de 1920, cuando ya se habían establecido las líneas generales de la futura corte, el Comité pasó a ocuparse del derecho que esta podría aplicar.

215. El Barón Descamps, Presidente del Comité Consultivo de Juristas, propuso la siguiente disposición:

El juez aplicará las siguientes reglas para el arreglo de las controversias internacionales que deberá examinar en el orden que se indica a continuación:

1. El derecho internacional convencional, sea general o especial, como normas expresamente aprobadas por los Estados;
2. La costumbre internacional, como práctica común de las naciones aceptada por ellas como derecho;
3. Las normas del derecho internacional reconocidas por la conciencia jurídica de las naciones civilizadas;
4. La jurisprudencia internacional como medio para la aplicación y el desarrollo del derecho³⁵⁹.

216. Los aspectos de la propuesta del presidente Descamps relativos al derecho internacional convencional (es decir, los tratados) y la costumbre internacional (es decir, el derecho internacional consuetudinario) no parecieron generar mucha controversia³⁶⁰. El Sr. Elihu Root, miembro estadounidense del Comité Consultivo de Juristas, abrió el debate expresando su apoyo a que se dotara a la Corte de competencias en relación con la aplicación de las normas convencionales y el derecho internacional positivo. Expresó dudas sobre los demás aspectos, que no compartía el Sr. Loder, miembro neerlandés, que discrepaba del Sr. Root y consideraba que la Corte debía desarrollar el derecho, “hacer madurar” las costumbres y principios universalmente reconocidos y cristalizarlos en forma de normas positivas; es decir, establecer la jurisprudencia internacional³⁶¹. El profesor de Lapradelle, miembro francés del Comité Consultivo, no consideraba útil contar con una disposición como la propuesta por el Presidente y, en caso de que fuera necesaria, prefería una formulación mucho más breve, que simplemente estableciera que “la Corte juzgará de conformidad con el derecho, la justicia y la equidad”³⁶².

217. La cuestión que parecía más controvertida y se consideró crucial era determinar qué derecho, en su caso, debían aplicar los jueces cuando no hubiera ninguna norma prevista ni el derecho de los tratados ni en la costumbre internacional³⁶³. Generó un

³⁵⁸ Véase también Sondre Torp Helmersen, *The Application of Teachings by the International Court of Justice* (Cambridge: Cambridge University Press, 2021), pág. 21.

³⁵⁹ *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920*, págs. 293 y ss., en especial pág. 306.

³⁶⁰ *Ibid.*, pág. 295.

³⁶¹ *Ibid.*, pág. 294.

³⁶² *Ibid.*, págs. 295 y 296.

³⁶³ A. Pellet, “Article 38 of the Statute of the International Court of Justice”, en Andreas Zimmermann, Christian J. Tams, Karin Oellers-Frahm, Christian Tomuschat (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3ª ed. (Oxford: Oxford University Press, 2019), págs. 677 a 792, en especial pág. 828; y O. Spiermann, “The History of Article 38”, en Samantha Besson y Jean d’Aspremont (eds.), *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, (Oxford University Press, 2017).

largo debate sobre los principios generales del derecho y, lo que es especialmente importante a los efectos del tema, su relación con la jurisprudencia internacional³⁶⁴. En aquella etapa temprana no se mencionó el papel de la doctrina o los escritos académicos, y mucho menos su carácter auxiliar. Eso se hizo más tarde, cuando Descamps propuso incluir como fuente del derecho la doctrina coincidente de los autores que tuvieran una opinión autorizada³⁶⁵. Este trató de encontrar un equilibrio, al aceptar que la Corte no debía actuar como legislador, pero que nada le impedía juzgar sobre la base de la justicia y la equidad. En esa misma sesión, el Sr. Hagerup, miembro noruego, recordó precedentes pertinentes y señaló la necesidad de establecer una norma para evitar que Corte pudiera declararse incompetente (*non liquet*) alegando la inexistencia de normas aplicables. Indicó que aceptaría la propuesta escandinava de que la Corte recurriera a la equidad, pero únicamente si así lo acordaban las partes³⁶⁶.

218. En la 14ª sesión³⁶⁷, celebrada el 2 de julio de 1920, los redactores volvieron a abordar la cuestión. El Presidente Descamps se refirió en su discurso al derecho que debía aplicar la Corte y observó que los principios por los que se debía guiar el juez en el arreglo de las controversias que le fueran sometidas eran de vital importancia³⁶⁸. En cuanto a la jurisprudencia internacional, afirmó que no permitir al juez recurrir a la jurisprudencia internacional existente como medio para definir el derecho de gentes equivaldría a privarlo de uno de sus recursos más valiosos³⁶⁹. Destacó que, en su opinión, la única cuestión que era preciso aclarar era si debía añadirse el principio de justicia objetiva como complemento a las demás en condiciones concebidas para evitar decisiones arbitrarias³⁷⁰. Al fin y al cabo, la justicia objetiva era, al menos a su juicio, el principio natural que debía aplicar el juez³⁷¹. Insistió en que, a diferencia del Sr. Root, él creía que había que permitir al juez recurrir a la doctrina coincidente de los autores que tuvieran una opinión autorizada³⁷². Consideraba, al igual que el Canciller Kent, que, cuando la mayor parte de los juristas estaban de acuerdo en una determinada norma, la presunción a favor de esa norma cobraba tal fuerza que solo podía contradecirla quien se burlara de la justicia³⁷³.

219. En la 15ª sesión, celebrada el 3 de julio de 1920, prosiguió el debate sobre el modo en que los jueces internacionales debían aplicar el derecho. Se trató de encontrar una solución de compromiso dadas las posiciones enfrentadas expresadas por algunos de los miembros en los debates de los días anteriores. El Sr. Raoul Fernandes, representante brasileño (suplente) en el Comité Consultivo de Juristas, trató de conciliar las opiniones del Presidente y el Sr. Root. Si bien convino en que no correspondía a los jueces legislar, consideró que, si solo se les permitía invocar las fuentes, se les negaba la posibilidad de impartir justicia en muchas causas relativas a

³⁶⁴ *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920*, págs. 310 a 315.

³⁶⁵ *Ibid.*, pág. 323. “Es absolutamente imposible y sería sumamente odioso decirle al juez que, aunque exista una solución manifiestamente ajustada a derecho, debe actuar de manera que equivalga a una denegación de justicia simplemente porque no se ha encontrado una convención o una costumbre determinadas”.

³⁶⁶ *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920*, pág. 296.

³⁶⁷ En la 12ª sesión, celebrada el 30 de junio de 1920, en el contexto del debate sobre la competencia de la Corte Permanente, el Sr. Ricci-Busatti señaló que seguía pendiente la cuestión del derecho sustantivo que debía aplicarse. *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920*, pág. 270.

³⁶⁸ *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920*, pág. 322.

³⁶⁹ *Ibid.*, pág. 322.

³⁷⁰ *Ibid.*, págs. 322 y 323.

³⁷¹ *Ibid.*, pág. 323.

³⁷² *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920*, pág. 323.

³⁷³ *Ibid.*

relaciones jurídicas entre Estados. Consideraba que los jueces internacionales, al igual que los jueces nacionales, podían sacar a la luz una norma latente aplicando principios que no hubieran sido rechazados anteriormente por las tradiciones jurídicas de los Estados en litigio³⁷⁴.

220. El Sr. Root y Lord Phillimore, representante británico en el Comité Consultivo de Juristas, presentaron un proyecto alternativo en el que se mencionaban las opiniones de los publicistas como medio para la aplicación y el desarrollo del derecho³⁷⁵. Cabe destacar que se proponía la estructura en cuatro partes de lo que acabaría siendo el párrafo 1 del Artículo 38. Descamps señaló que en el párrafo 3 podía aceptar la cláusula propuesta por el Sr. Root, y que, en el párrafo 4, el juez debía utilizar la autoridad de las decisiones judiciales y las doctrinas coincidentes de los juristas únicamente como medio auxiliar y suplementario³⁷⁶. Una cuestión fundamental era que los jueces debían aplicar en primer lugar las normas de derecho internacional. A partir de ahí, podrían recurrir a medios auxiliares como elemento aunque únicamente *con fines de interpretación*; estableciendo una jerarquía entre los medios auxiliares y las fuentes.

221. Al Sr. Ricci-Busatti, de Italia, no le preocupaba el contenido del proyecto. Suscribía las opiniones de Root sobre varias cuestiones, en especial en lo relativo a la imposibilidad de que la Corte actuara como legislador³⁷⁷. No obstante, si le preocupaba el orden en el que figuraban las fuentes y algunas de las fuentes del derecho mencionadas. En su opinión, los jueces podrían tomar en consideración las fuentes mencionadas de manera simultánea. En lo que respecta a las fuentes propiamente dichas, no tenía ninguna dificultad con los tratados y la costumbre (mencionados, respectivamente, en los párrafos 1 y 2) y, sobre los principios generales del derecho (apartado 3), señaló que ya había dicho la víspera cómo los interpretaba³⁷⁸, a saber, que no se trataba de crear normas inexistentes, sino de aplicar las normas generales que permitieran resolver la cuestión³⁷⁹, y lamentó que no se hubiera incluido el principio de equidad³⁸⁰. En cuanto al párrafo 4, afirmó que no creía que hubiera doctrinas coincidentes sobre cuestiones respecto de las cuales no existieran normas generalmente reconocidas³⁸¹. Asimismo, negó rotundamente que las opiniones de los autores pudieran ser consideradas una fuente del derecho que la Corte debiera aplicar³⁸². Se mostró sorprendido de que el Sr. Root aceptara ese texto y propuso un texto alternativo, que prefería, para su consideración³⁸³.

³⁷⁴ *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920*, págs. 331 y 346.

³⁷⁵ *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920*, anexo I, pág. 344. Texto modificado presentado por el Sr. Root:

“La Corte deberá aplicar las siguientes reglas, dentro de los límites de su competencia indicados anteriormente, para la solución de controversias internacionales, que deberá examinar en el orden que se indica a continuación:

1. El derecho internacional convencional, sea general o especial, como normas expresamente aprobadas por los Estados partes en la controversia;
2. La costumbre internacional, como práctica reconocida común de las naciones aceptada por ellas como derecho;
3. Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
4. la autoridad de las decisiones judiciales y las opiniones de los publicistas, como medio para la aplicación y el desarrollo del derecho”.

³⁷⁶ *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920*, pág. 332.

³⁷⁷ *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920*, pág. 314.

³⁷⁸ *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920*, pág. 332.

³⁷⁹ *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920*, pág. 315.

³⁸⁰ *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920*, pág. 332.

³⁸¹ *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920*, pág. 332.

³⁸² *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920*, pág. 332.

³⁸³ Su propuesta, que era una enmienda a la propuesta del Presidente y Lord Phillimore, establecía lo siguiente:

222. El profesor de Lapradelle, por su parte, aunque en términos generales apoyaba el proyecto, expresó su preocupación por algunas de las propuestas de texto del Sr. Ricci-Busatti. Por ejemplo, consideró que la precisión en la propuesta de que la Corte debía tener en cuenta las decisiones judiciales “en la medida de lo posible” no era suficientemente clara³⁸⁴. En cuanto a los publicistas, rara vez estaban de acuerdo sobre una cuestión de derecho, por lo que, en su opinión, una disposición como la prevista en el párrafo 4 de la propuesta del Sr. Root restaba importancia a sus obras³⁸⁵. En cualquier caso, en su opinión, la jurisprudencia era más importante que la doctrina, ya que, al dictar sentencia, los jueces, lo hacían con un fin práctico³⁸⁶. Consideraba que, si se deseaba incluir la doctrina como fuente, esta debía en todo caso limitarse a doctrinas coincidentes de autores competentes en los países en litigio³⁸⁷. Por otra parte, era indudable que sería necesario hacer una clasificación de las diversas manifestaciones de la doctrina según su importancia³⁸⁸. A este respecto, habría que tener muy en cuenta las resoluciones del Instituto de Derecho Internacional. En este sentido, señaló que, si bien podían consultarse las obras tanto de académicos como de grupos de expertos, probablemente había que conceder más peso a estas últimas.

223. En su respuesta, el Presidente Descamps aceptó que, en algunos casos, los jueces pudieran examinar las fuentes simultáneamente. Aclaró su posición sobre el modo en que los tratados y la costumbre se relacionaban con los principios generales como medio de llenar lagunas para evitar un *non liquet*, y luego en relación con las decisiones judiciales y la doctrina, y se mostró asombrado de que el Sr. Ricci-Busatti no aceptara la doctrina como elemento de interpretación³⁸⁹. El Sr. Descamps había señalado anteriormente que los elementos del párrafo 4 eran elementos de interpretación³⁹⁰ porque, en su opinión, solo podían tener carácter auxiliar; el juez solo debía utilizarlos de manera supletoria para aclarar las normas de derecho internacional. Si bien era cierto que la doctrina y la jurisprudencia no creaban derecho, ayudaban a determinar las normas existentes. El juez debía recurrir tanto a la jurisprudencia como a la doctrina, pero con fines de aclaración³⁹¹.

224. En lo que respecta a la importancia de la doctrina, Lord Phillimore observó que estaba universalmente reconocida como fuente del derecho internacional³⁹². En su opinión, era obvio que solo se trataba de las opiniones de los autores más autorizados³⁹³. No obstante, el Sr. Ricci-Busatti dudó de que los Estados aceptaran normas que fueran fruto de la doctrina y no de su propia voluntad o de su

“Las normas que la Corte debe aplicar para el arreglo de las controversias internacionales que le sean sometidas dimanar de las siguientes fuentes:

1. las convenciones internacionales, sean generales o especiales, por tratarse de normas expresamente aprobadas por los Estados partes en la controversia;
2. la costumbre internacional como prueba de una práctica común de dichos Estados, aceptada por ellos como derecho;
3. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

La Corte tomará en consideración las decisiones judiciales dictadas por ella en causas análogas, así como las opiniones de los autores de mayor competencia de los diversos países, como medio para la aplicación y el desarrollo del derecho”.

Véase el anexo 4 en *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920*, pág. 351.

³⁸⁴ *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920*, pág. 334.

³⁸⁵ *Ibid.*, pág. 336.

³⁸⁶ *Ibid.*

³⁸⁷ *Ibid.*

³⁸⁸ *Ibid.*

³⁸⁹ *Ibid.*

³⁹⁰ *Ibid.*, pág. 334.

³⁹¹ *Ibid.*, pág. 336.

³⁹² *Ibid.*, pág. 333.

³⁹³ *Ibid.*

constumbre³⁹⁴. Más adelante explicó que, si bien era posible tener en cuenta la jurisprudencia y la doctrina³⁹⁵, no se las podía situar al mismo nivel que las normas positivas de derecho³⁹⁶.

225. En su respuesta al Sr. de Lapradelle sobre las diversas cuestiones que había planteado, el Presidente Descamps lamentó que este no apreciara la utilidad de aceptar la doctrina como elemento de interpretación. En efecto, ese elemento solo podía tener carácter auxiliar; el juez solo debía utilizarlo de manera supletoria para aclarar las normas de derecho internacional³⁹⁷. En su opinión, la doctrina y la jurisprudencia no creaban derecho, pero ayudaban a determinar las normas existentes. Observó que el juez debía recurrir tanto a la jurisprudencia como a la doctrina, pero con fines de aclaración³⁹⁸. Subrayó que la facultad del juez de recurrir a los elementos mencionados en ese párrafo no era peligrosa, ya que solo lo haría con fines aclaratorios y complementarios³⁹⁹.

226. Tras el debate y la negociación sobre el texto, este se modificó para suprimir la palabra “coincidentes” en respuesta a las preocupaciones del Sr. de Lapradelle. El desacuerdo subyacente entre los Sres. Descamps y Ricci-Busatti no llegó a resolverse. Tras un nuevo intercambio de puntos de vista entre los Sres. Descamps, de Lapradelle y Phillimore, se acordó modificar la propuesta de actualización del párrafo 4 de la siguiente manera:

“La autoridad de las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones”⁴⁰⁰.

Aun así, el Sr. Ricci-Busatti creía que ese texto debía someterse a una nueva revisión y expresó su preferencia por una formulación más breve. También rechazó la inclusión de la expresión “en el orden que se indica a continuación” referida al texto de todo el artículo, ya que era superflua e implicaba la existencia de una jerarquía. En su opinión, con esa expresión no se reconocía que las diversas fuentes podían aplicarse simultáneamente y que cada fuente tenía una naturaleza distinta⁴⁰¹. En cualquier caso, tras hacer algunas propuestas de texto, señaló que la jurisprudencia y la doctrina no podían situarse al mismo nivel que las demás fuentes ni debían utilizarse de la misma manera, aunque el juez siempre debía tenerlas presentes⁴⁰².

227. Tras estas deliberaciones, y teniendo en cuenta el debate, quedó aprobada provisionalmente en primera lectura la propuesta del Sr. Root en su forma enmendada:

“La Corte deberá aplicar las siguientes reglas, dentro de los límites de su competencia indicados anteriormente, para la solución de controversias internacionales, que deberá examinar en el orden que se indica a continuación:

1. El derecho internacional convencional, sea general o especial, como normas expresamente aprobadas por los Estados partes en la controversia;
2. la costumbre internacional, como práctica reconocida común de las naciones aceptada por ellas como derecho;

³⁹⁴ *Ibid.*, págs. 333 y 334.

³⁹⁵ *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920*, pág. 334.

³⁹⁶ *Ibid.*

³⁹⁷ *Ibid.*, pág. 336.

³⁹⁸ *Ibid.*

³⁹⁹ *Ibid.*, pág. 337.

⁴⁰⁰ *Ibid.*

⁴⁰¹ *Ibid.*

⁴⁰² *Ibid.*, pág. 338.

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

4. la autoridad de las decisiones judiciales y las opiniones de los publicistas, como medio para la aplicación y el desarrollo del derecho.

Se añadió la siguiente nota a pie de página al texto para reflejar el debate y dar más explicaciones:

Este texto queda aprobado provisionalmente sin perjuicio de que se modifique en segunda lectura, y con los siguientes cambios:

a. Preámbulo: léase: “La Corte deberá aplicar las siguientes reglas *de derecho*”

b. Párrafo 4: léase: “la autoridad de las decisiones judiciales y *las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como*”, etc.

228. Una versión posterior de la propuesta sobre el derecho aplicable presentada por el Presidente Descamps y Lord Phillimore y modificada por el Sr. Ricci-Busatti modificó parcialmente el texto. Quedarían el preámbulo y tres párrafos relativos las convenciones internacionales, la costumbre internacional y los principios generales del derecho. Se propuso el siguiente párrafo, sin número:

La Corte tomará en consideración las decisiones judiciales dictadas por ella en causas análogas, así como las opiniones de los publicistas de mayor competencia de los distintos países, como medio para la aplicación y el desarrollo del derecho⁴⁰³.

229. En la 27ª sesión, celebrada el 19 de julio de 1920, el Comité examinó el texto de la propuesta revisada reproducida más arriba. El Presidente propuso la siguiente adición al entonces Artículo 31, en el párrafo 4: “como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”⁴⁰⁴. Hubo objeciones a esa propuesta. Lord Phillimore adoptó una posición que luego sería muy cuestionada⁴⁰⁵ y señaló que las decisiones judiciales constataban el derecho, pero no lo creaban⁴⁰⁶. El Sr. Ricci-Busatti mantuvo sus objeciones originales al proyecto de artículo inicial reproducido anteriormente⁴⁰⁷. El Sr. de Lapradelle se oponía a cualquier modificación de las tres primeras fuentes y quería que se suprimiera el párrafo 4 en su totalidad. En su opinión, las leyes, la costumbre y los principios generales del derecho no podían aplicarse sin recurrir a la jurisprudencia y la doctrina⁴⁰⁸. Por ello, consideró que la oración debía suprimirse y argumentó que la fuente del derecho enunciada en ese párrafo no podía definirse claramente⁴⁰⁹. Votó en contra del párrafo 4.

⁴⁰³ Véase el anexo 4 en *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920*, pág. 351:

“Las normas que la Corte debe aplicar para el arreglo de las controversias internacionales que le sean sometidas dimanar de las siguientes fuentes:

1. las convenciones internacionales, sean generales o especiales, como normas expresamente aprobadas por los Estados partes en la controversia;
2. la costumbre internacional como prueba de una práctica común de dichos Estados, aceptada por ellos como derecho;
3. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.”

⁴⁰⁴ *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920*, pág. 584.

⁴⁰⁵ Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court* (Cambridge: Grotius Publications, Cambridge University Press, 1996) págs. 587 a 602.

⁴⁰⁶ *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920*, pág. 584.

⁴⁰⁷ *Ibid.*

⁴⁰⁸ *Ibid.*

⁴⁰⁹ *Ibid.*

230. El artículo quedó aprobado al contar ya con el apoyo mayoritario del Comité. No obstante, como ha señalado un autor⁴¹⁰, puede considerarse que el texto final es deliberadamente ambiguo y no resolvió los desacuerdos de fondo entre las dos corrientes (el Sr. Root y Lord Phillimore; y los Sres. Descamps y Ricci-Busatti). Sin embargo, teniendo en cuenta el texto que acabó aprobándose, la referencia a los medios auxiliares en realidad puede indicar que al final el Artículo 38 incorporó la tesis de que los medios auxiliares no podían considerarse fuentes⁴¹¹.

231. En la 30ª sesión, celebrada el 21 de julio de 1920, el Sr. Descamps, refiriéndose a la versión francesa del texto, propuso sustituir las palabras “en ordre successif” por “successivement”⁴¹², modificación que se aceptó. En cuanto al contenido del párrafo 4, propuso la siguiente solución de compromiso:

La Corte tomará en consideración 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 derecho⁴¹³.

232. El Sr. Ricci-Busatti quiso sustituir la expresión “determinación de las reglas de derecho por la expresión “interpretación judicial”⁴¹⁴, propuesta que fue rechazada. El Sr. Ricci-Busatti votó en contra del Artículo, cuyo texto rezaba así en aquel momento:

Artículo 31 - La Corte, dentro de los límites de su competencia definida en el Artículo 29, aplicará sucesivamente lo siguiente:

1. las convenciones internacionales, sean generales o especiales, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
2. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
3. los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
4. las reglas de derecho derivadas de 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.

233. El artículo, que había pasado a ser el Artículo 35, quedó aprobado el 22 de julio de 1920, cuando el Comité estaba a punto de concluir su debate a ese respecto. El Sr. de Lapradelle siguió mostrando preocupación⁴¹⁵. Argumentó que, en su opinión, el párrafo 3 de la disposición debía decir: “Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas a la luz de las decisiones judiciales y de las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de los distintos países”⁴¹⁶. No obstante, como era consciente de que sus colegas no compartían su preferencia por esa cláusula, se abstuvo en la votación junto con el Sr. Hagerup. El Sr. Ricci-Busatti votó en contra, y el Artículo 35 quedó aprobado. La versión final del texto aprobado por el Comité, que pasó a ser el Artículo 38, establecía lo siguiente:

⁴¹⁰ Michael Peil, “Scholarly Writings as a Source of Law: A Survey of the Use of Doctrine by the International Court of Justice”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 1 (2012), pág. 136.

⁴¹¹ Godifridus J.H. Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, (Países Bajos: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1986), págs. 169 y 170.

⁴¹² *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920*, pág. 620.

⁴¹³ *Ibid.*

⁴¹⁴ *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920*, pág. 620.

⁴¹⁵ *Ibid.*, pág. 645.

⁴¹⁶ *Ibid.*

La Corte, dentro de los límites de su competencia definida en el Artículo 34, aplicará sucesivamente lo siguiente:

...

4. 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.

234. El 24 de julio de 1920, el Comité Consultivo de Juristas aprobó un informe con proyectos de artículos del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional y lo presentó al Consejo de la Sociedad de las Naciones. Varios Estados presentaron propuestas para modificar el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional⁴¹⁷, entre ellos la Argentina, que propuso un nuevo texto para el Artículo 38.

235. Una subcomisión de la Tercera Comisión de la Primera Asamblea de la Sociedad de las Naciones, que fue el órgano al que el Consejo remitió en última instancia el proyecto de artículos, rechazó el nuevo texto propuesto por la Argentina para el proyecto de artículo. La propuesta pretendía, entre otras cosas, limitar la facultad de la Corte para atribuir carácter de precedente a las resoluciones judiciales⁴¹⁸. Por el contrario, la subcomisión consideró que una de las tareas importantes de la Corte sería contribuir, mediante su jurisprudencia, al desarrollo del derecho internacional⁴¹⁹.

236. La subcomisión hizo dos propuestas de modificación de los artículos. En primer lugar, en el encabezado, consideró innecesario mantener las palabras “dentro de los límites de su competencia definida en el Artículo 34” y “sucesivamente lo siguiente”⁴²⁰. Por último, se introdujo una modificación más sustantiva al añadir una nueva cláusula destinada a dotar a la Corte de más margen de maniobra al permitirle, en caso necesario y con el consentimiento de las partes, dictar un laudo *ex aequo et bono*⁴²¹. Este fue el origen del párrafo 2 del actual Artículo 38: “La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convienen”.

237. Más allá de estas modificaciones, los cambios introducidos en el proyecto de Artículo 35, que en este proceso se convirtió en el Artículo 38, no fueron significativos y se recomendaron a la Asamblea General de la Sociedad, que finalmente los aprobó. El Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional se abrió a la firma el 16 de diciembre de 1920 y, cuando se celebró el siguiente período de sesiones de la Asamblea en septiembre de 1921, había sido ratificado por la mayoría de los Estados Miembros y, por tanto, había entrado en vigor.

B. Enmiendas del Comité de Juristas (1929)

238. El Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional se modificó una vez, en 1929. Ante la inminente reelección de los miembros de la Corte que debía tener lugar en 1930, el delegado francés propuso, en el período de sesiones de la

⁴¹⁷ Véase un análisis en Ole Spiermann y Malgosia Fitzmaurice, “History of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice”, en Samantha Besson y Jean d’Aspremont (eds.), *The Oxford Handbook of Sources of International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2017), págs. 179 a 202, en especial pág. 190.

⁴¹⁸ 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 of the Assembly of the Statute of the Permanent Court (1921)*, pág. 50.

⁴¹⁹ *Ibid.*, pág. 68.

⁴²⁰ *Ibid.*, pág. 145.

⁴²¹ *Ibid.*, pág. 157.

Asamblea celebrado en 1928, que se reexaminara el Estatuto de la Corte. En virtud de una resolución aprobada por la Asamblea el 20 de septiembre de 1928, el 13 de diciembre de ese año el Consejo estableció un Comité de Juristas encargado de indicar las modificaciones que pudieran ser necesarias en las diversas disposiciones del Estatuto de la Corte⁴²².

239. El Comité de Juristas se reunió entre el 11 y el 19 de marzo de 1929. En lo que respecta a la cuestión específica de los medios auxiliares, durante sus deliberaciones, el 15 de marzo de 1929, Sir Cecil Hurst señaló que en la versión en francés del párrafo 1 del Artículo 35 no había una expresión equivalente a las palabras “*of the various nations*” que figuraba en el texto en inglés⁴²³. Dionisio Anzillott también comentó esa discrepancia. Observó que en el texto en italiano sí había palabras que se correspondían con las palabras adicionales del texto en inglés. Para solucionar la cuestión, el Comité decidió insertar en el texto en francés las palabras “*des diverses nations*”⁴²⁴ para ajustarlo literalmente al texto en inglés (y en italiano). No fue necesario modificar el texto en inglés.

240. Durante el debate posterior sobre la revisión del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional a partir de las propuestas de enmienda del Estatuto de la Corte, se observó que solo se había presentado una propuesta para modificar el Artículo 38. El Presidente del Comité de Juristas explicó que solo deseaba

proponer una enmienda muy leve y puramente formal al párrafo 4 del Artículo 35, consistente en volver a incluir en el texto en francés algunas palabras que figuraban en el texto en inglés. En dicho párrafo 4 del Artículo 38 debían añadirse las palabras “*des différentes nations*” después de las palabras “*la doctrine des publicistes les plus qualifiés*”. La versión en francés del párrafo 4 del Artículo 35 quedaría redactada de la siguiente manera:

*“Sous réserve de la disposition de l’article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit”*⁴²⁵.

C. Pequeñas adiciones introducidas en el Artículo 38 durante la Conferencia de las Naciones Unidas (1945)

241. El siguiente paso en la evolución del Artículo 38 se produjo durante las negociaciones para el establecimiento de las Naciones Unidas y la elaboración del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en el que quedó comprendido en gran medida el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional. En los debates de la Comisión IV sobre la organización judicial, el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional quedó prácticamente intacto. En la Primera Comisión, que formaba parte de la Comisión IV encargada de elaborar un proyecto de Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, prevaleció la idea expresada por Francia de que, aunque el Artículo 38 no estuviera bien redactado, era difícil mejorarlo en el tiempo de que disponía la Comisión⁴²⁶. Así lo manifestó el Comité Interaliado Informal cuando afirmó que, aunque la redacción de esa

⁴²² League of Nations Committee of Jurists on the Statute of the Permanent Court of International Justice, “Minutes of the Session held at Geneva, March 11th – 19th, 1929” (C. 166. M. 66. 1929), anexo 9, pág. 110. Puede consultarse en https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_D/D_minutes_statut_PCIJ_11au19march_1929.pdf.

⁴²³ *Ibid.*, pág. 62.

⁴²⁴ *Ibid.*

⁴²⁵ *Ibid.*, pág. 116.

⁴²⁶ Pellet, “Article 38”, pág. 689.

disposición podía criticarse, había funcionado bien en la práctica y recomendaba que se mantuviera⁴²⁷.

242. Hubo dos pequeñas excepciones. En una propuesta presentada el 12 de mayo de 1945, la delegación de Chile consideró necesario mencionar expresamente la aplicación del derecho internacional, entre otras razones, porque así se definirían mejor las funciones de la Corte como órgano de derecho internacional de acuerdo con la jurisprudencia constante de la Corte y la historia de su formación⁴²⁸. Chile propuso el siguiente texto para el encabezamiento:

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

243. La Comisión aprobó por unanimidad una versión ligeramente modificada de la propuesta, en la que se sustituía “misión” por “función”⁴²⁹. Como se explicaba en el informe de la Primera Comisión, aunque la laguna del antiguo Estatuto a ese respecto no impedía que la Corte Permanente de Justicia Internacional se considerara a sí misma un órgano de derecho internacional, con esa adición se acentuaría ese carácter de la nueva Corte⁴³⁰. El cambio fue una aclaración que, de hecho, subsanó una laguna que ya se había colmado mediante la práctica judicial. En efecto, en varias causas, como la relativa a *Ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca*, al examinar las cuestiones de fondo, la Corte Permanente de Justicia Internacional se refirió a sí misma “desde el punto de vista del derecho internacional y de la Corte, que es su órgano”⁴³¹. En la causa relativa a los *Préstamos brasileños*, esa misma Corte se calificó de “tribunal de derecho internacional”⁴³². La Corte actual ha reafirmado esta posición al considerar, en la casua reactiva al *Canal de Corfú*, que tiene el deber de “garantizar el respeto del derecho internacional, del que es el órgano”⁴³³.

244. Hubo una segunda propuesta de modificación del Artículo 38 procedente del continente americano. Retomando una cuestión que el Comité Consultivo de Juristas había abordado expresamente en la década de 1920, Colombia señaló la cuestión del orden de las fuentes enumeradas en el Artículo 38 y propuso que se añadieran las palabras “en orden consecutivo” en el párrafo 1⁴³⁴. Dicha propuesta obedecía a la necesidad de aclarar que la Corte decidiría teniendo debidamente en cuenta las obligaciones contractuales de las partes. De hecho, Colombia observó que, aunque en 1920 se había hecho una propuesta similar, los representantes de la Corte en aquel momento habían explicado que la aplicación del Artículo 38 no había planteado ninguna dificultad en ese sentido. Al final se descartó la propuesta. En su declaración, Colombia reconoció que su enmienda no introduciría ningún cambio sustancial en la interpretación del artículo y se mostró convencida de que la nueva Corte daría la máxima importancia a los compromisos contractuales de los Estados, como había hecho la Corte Permanente de Justicia Internacional⁴³⁵.

⁴²⁷ *Documents of the United Nations Conference on International Organization*, vol. XIV, pág. 435. (1945).

⁴²⁸ *Ibid.*, pág. 493.

⁴²⁹ *Ibid.*, pág. 285.

⁴³⁰ *Ibid.*, pág. 392.

⁴³¹ *Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v. Poland)* [Cuestiones de fondo], *P.C.I.J. Series A 1926*, núm. 7, pág. 19.

⁴³² *The Payment in Gold of Brazilian Federal Loans Contracted in France (France v. Brazil)* [Cuestiones de fondo], *P.C.I.J. Series A*, núm. 15, pág. 124.

⁴³³ *Corfu Channel Case* [Cuestiones de fondo], fallo, *I.C.J. Reports 1949*, págs. 4 y ss., en especial pág. 35.

⁴³⁴ *Documents of the United Nations Conference on International Organization*, vol. XIII, pág. 287 (1945).

⁴³⁵ Véase Pellet, “Article 38”, pág. 690.

D. Observaciones del Relator Especial a partir de la historia de la redacción del Artículo 38

245. En general, sobre la base del análisis que antecede de la fascinante historia de la redacción del párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (cuyo contenido se reprodujo sustancialmente en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia), cabe formular las siguientes cuatro observaciones preliminares para la consideración de la Comisión.

246. En primer lugar, en lo que respecta al párrafo 1 d), la historia de su redacción es útil para aclarar la intención de los redactores. A este respecto, la historia confirma que ya cuando se redactó el Artículo 38 había divergencia de opiniones sobre la función de las *decisiones judiciales* y las *doctrinas de los publicistas de mayor competencia* como medio auxiliar en el proceso de determinación de las normas de derecho internacional. Los diferentes miembros del Comité Consultivo de Juristas discrepaban sobre si los jueces se limitaban a aplicar el derecho o si, al aplicar el derecho positivo, podían aclarar, desarrollar o incluso crear nuevo derecho. Algunos de los expertos consideraban que la labor de desarrollo del derecho era inevitable y, en gran medida, inherente a la función judicial. Esto parece confirmarse en la práctica de la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia. También parece confirmarlo la práctica de otras cortes y tribunales internacionales. En definitiva, en opinión de los expertos en la materia, el juez de la corte o el tribunal internacional no debe estar en situación de desventaja respecto de los jueces nacionales.

247. Por el contrario, como se apreciaba en las observaciones de algunos de los expertos, la función de desarrollo del derecho del juez internacional era incluso más importante que la de los jueces de las cortes y tribunales nacionales, habida cuenta de las lagunas legislativas del derecho internacional y del lento proceso de formación del derecho consuetudinario. Algo que preocupaba especialmente a todos los expertos del Comité Consultivo de Juristas y sobre lo que, de hecho, parecía haber unanimidad, era que los jueces de una corte internacional declarasen a la ligera que esta era incompetente para conocer de alguna causa por no poder encontrar una norma de derecho positivo aplicable. Las declaraciones de *non liquet* socavarían la existencia de una corte judicial. También socavarían el arreglo pacífico de controversias, por lo que, al igual que en los sistemas nacionales, debían hacer todo lo posible por evitar tales situaciones y decidir sobre las cuestiones que les fueran sometidas recurriendo, en su caso, a la orientación que pudiera obtenerse a través de medios auxiliares. A ese respecto, al parecer algunos miembros del Comité Consultivo de Juristas consideraban que había una estrecha relación entre las funciones desempeñadas por los principios generales del derecho y los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional.

248. En segundo lugar, por lo que respecta a la doctrina, parece que los miembros del Comité Consultivo de Juristas creían ante todo que las opiniones de los académicos ayudarían a determinar *objetivamente* las normas existentes acordadas por los Estados en tratados o mediante el derecho internacional consuetudinario o manifestadas en principios generales del derecho. Los escritos académicos debían ser auxiliares en el sentido de poder aportar un fundamento científico para determinar la existencia de una norma jurídica que pudiera aplicarse en un caso concreto. En ese sentido, el simple hecho de que un autor defendiera una determinada posición o principio no era necesariamente una prueba de dicha existencia. En cambio, el consenso entre distintos autores o en el seno de grupos de expertos sobre la existencia de un principio o una norma podría fundamentar una presunción a favor de la existencia de dicha norma, que sería muy probable si el análisis hubiera sido objetivo y hubiera coincidencia de opiniones entre los autores. A este respecto, en general, la labor de los órganos de expertos tendría mayor peso. La noción de presunción sugiere

que las opiniones de los académicos podrían refutarse en la medida en que no estuvieran bien fundamentadas. Al final, tanto en el Comité Consultivo de Juristas en su conjunto como, en última instancia, en la Sociedad de las Naciones, se aceptó que las decisiones judiciales y la doctrina podían utilizarse de forma complementaria para determinar la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional. Esto es algo que queda reflejado en la práctica actual y sería difícil de rebatir.

249. En tercer lugar, por lo que se refiere a la cuestión recurrente de si la categoría de las decisiones judiciales es más importante que la categoría de la doctrina, que algunos académicos siguen debatiendo incluso hoy en día, el análisis del Comité Consultivo de Juristas demuestra que se consideraba que las decisiones judiciales eran más importantes. No obstante, esa posición parecía minoritaria. La mayoría de los demás miembros opinaba que, al menos en principio, ambos medios eran útiles en el proceso de determinar la existencia o no de una norma de derecho internacional. Cabe destacar que la práctica ha demostrado que las cortes y tribunales internacionales, al igual que los nacionales, prefieren recurrir a decisiones judiciales antes que a escritos académicos. Esto no es de extrañar, aunque no siempre es así, puesto que dependerá, por ejemplo, de la corte o el tribunal de que se trate o de la rama del derecho internacional en cuestión. Con todo, ello no quiere decir que la doctrina sea menos pertinente o importante. En opinión del Relator Especial, como se explicará más adelante y en futuros informes, según proceda, no se trata tanto de determinar si existe algún tipo de jerarquía entre las decisiones judiciales y la doctrina como de apreciar que los dos medios auxiliares expresamente mencionados en realidad desempeñan funciones que son complementarias entre sí en virtud del párrafo 1 d) del Artículo 38. Ambos tienen por objeto ayudar a las cortes y tribunales internacionales a resolver un problema jurídico concreto de manera fundamentada.

250. En cuarto lugar, y en referencia, en términos más generales, al párrafo 1 del Artículo 38, en el Comité Consultivo de Juristas se planteó hasta qué punto era importante establecer un orden sucesivo de aplicación de las fuentes. Esa cuestión se abordará más adelante. Por el momento, baste señalar que algunos miembros del Comité Consultivo consideraban necesaria una fórmula en que se estableciera expresamente el orden sucesivo de aplicación de los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho para orientar, cuando no configurar o controlar, la labor de las cortes y tribunales, mientras que otros creían que dicho orden quedaba implícito en la enumeración a la que podían acudir de forma sistemática. Algunos expertos del Comité Consultivo expresaron también una opinión más matizada, según la cual las tres fuentes podían aplicarse simultáneamente y las cortes y tribunales debían gozar de un amplio margen de discrecionalidad. De hecho, al menos uno de los miembros consideraba que lo mejor era dejar que los jueces se encargaran de determinar cuestiones como el orden en que debía examinarse el derecho aplicable. Otro miembro consideraba que era aún mejor que los jueces tuvieran más discrecionalidad sobre los medios que podían emplear. Dicho esto, en relación con las fuentes primarias, aunque las decisiones judiciales y la doctrina se consideraban pertinentes, la aclaración de que eran “medios auxiliares” servía para destacar, en mayor o menor medida, que las fuentes así calificadas eran complementarias o auxiliares o que, en cualquier caso, no eran las fuentes primarias del derecho, sino medios para identificar o, como establece la disposición, “determinar” las normas de derecho aplicables. Así opinan también quienes afirman que los medios auxiliares son fuentes materiales. En el capítulo IX se abordará brevemente la calificación de los medios auxiliares como fuentes materiales.

251. Una vez analizada en detalle la evolución histórica del Artículo 38, en concreto de su párrafo 1 d), convendría examinar en el capítulo siguiente tanto el texto de la disposición como la forma en que se ha aplicado en la práctica de la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia. El análisis se centrará en el sentido corriente de los términos.

VIII

Análisis textual de los elementos del párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

A. Encabezamiento del párrafo 1: “La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar”

252. El párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto establece que “[l]a Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar...”. Cabe hacer dos observaciones preliminares. En primer lugar, el encabezamiento figura en el capítulo II del Estatuto. Ese capítulo, que consta de cinco artículos y se refiere a las “competencias de la Corte”, aborda la función principal que tiene encomendada “la Corte”⁴³⁶, a saber, “decidir” las controversias que le sean sometidas⁴³⁷. Esa es fundamentalmente su principal función. El párrafo 1 también destaca implícitamente la importancia de la jurisdicción contenciosa, que se basa en el consentimiento de los Estados que han de someter la controversia que va a resolverse. Así queda claro que la Corte no tiene una competencia general para resolver las controversias entre Estados, sino únicamente una competencia limitada cuando las partes acuerdan someter sus controversias a un arreglo judicial. A este respecto, la Corte puede recurrir a fuentes distintas de las expresamente mencionadas en el párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto, entre ellas obviamente medios auxiliares, para decidir una controversia sobre la base de lo que es razonable y justo (*ex aequo et bono*). Esta facultad prevista en el párrafo 2 del Artículo 38, que podría decirse que no debería establecerse en una disposición sobre el derecho aplicable, sino en una sobre la competencia⁴³⁸, no ha sido invocada por los Estados e incluso podría ser letra muerta⁴³⁹.

253. En segundo lugar, y en relación con la forma en que la Corte debe actuar al decidir una controversia, debe hacerlo “conforme al derecho internacional”. A primera vista, esta expresión parece indicar que la Corte no puede basarse en el *derecho interno*⁴⁴⁰ de los Estados litigantes para resolver sus controversias de fondo.

⁴³⁶ La disposición se dirige “a la Corte” en su conjunto. Es el órgano en su conjunto el destinatario de la disposición, aunque, naturalmente, los magistrados pueden, a título individual, emplear las decisiones judiciales y las doctrinas de muchas formas.

⁴³⁷ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Artículo 38, en www.ijc-cij.org/en/statute.

⁴³⁸ Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2015*, vol. II (Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2016), págs. 593 y ss., en especial pág. 596 (donde se argumenta, entre otras cosas, que la disposición se refiere más a la competencia de la Corte que al derecho que esta debe aplicar y que el hecho de que el Estatuto contenga una disposición expresa sobre la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono* puede, en cierta medida, haber socavado la capacidad general de la Corte para decidir controversias).

⁴³⁹ La Corte no ha ejercido la facultad de decidir litigios *ex aequo et bono*. No obstante, otras cortes y tribunales sí lo han hecho, por ejemplo, en dos controversias fronterizas entre países latinoamericanos decididas por árbitros en la década de 1930. Véase A. Orakhelashvili, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 9ª ed. (Nueva York: Routledge, 2022), pág. 55. Cabe señalar que la Corte ha abordado esta facultad y la relación entre el párrafo 2 y el párrafo 1 del Artículo 38 en varias causas, en particular en las relativas al *África Sudoccidental [Segunda fase]* (1966) 6, 48 (párrs. 89 y 90), a la *Plataforma continental del Mar del Norte* (1969) 3, 48 (párr. 88); a la *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el mar del Caribe (Nicaragua c. Honduras)* (2007) 659, 741, 748 (párrs. 271 y 294) y a la *Controversia fronteriza (Burkina Faso/Mali)* (1986) 554, 567 (párrs. 27 y 28).

⁴⁴⁰ Cabe distinguir entre el recurso al derecho interno y el recurso a las decisiones de cortes y tribunales nacionales que apliquen el derecho internacional. De todos modos esta distinción no tiene mucha importancia, ya que las cortes y tribunales nacionales también pueden estar

Solo puede hacerlo conforme al *derecho internacional*, que es el régimen jurídico por el que se rigen las relaciones entre esos Estados. Dicho esto, la práctica deja claro que la Corte puede basarse en *decisiones judiciales de tribunales nacionales* que hayan aplicado el derecho internacional e incluso en el *derecho interno*, como ocurrió, por ejemplo, en la causa relativa a la *Barcelona Traction*⁴⁴¹. El derecho interno puede seguir siendo pertinente incluso para las cortes y tribunales internacionales, en especial cuando pueda servir de fundamento para regular determinadas cuestiones. En cualquier caso, como ya se ha señalado, esta parte de la disposición se añadió al Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en 1945 a partir de una propuesta de Chile destinada a definir mejor las funciones de la Corte como órgano de derecho internacional de conformidad con la jurisprudencia reiterada de la Corte y la historia de su formación⁴⁴².

254. La Primera Comisión, si bien observó que la inexistencia de esa referencia en el antiguo estatuto no había impedido a la anterior Corte considerarse a sí misma como un órgano de derecho internacional, insertó el texto propuesto porque consideró que así se pondría de relieve el carácter de órgano de derecho internacional de la nueva Corte⁴⁴³. Esto es comprensible, dada la necesidad de que el arreglo judicial de controversias se convierta en un medio para resolver las diferencias de opinión entre

interpretando el derecho interno en sus decisiones. Por consiguiente, las decisiones de las cortes y tribunales nacionales, en especial cuando se refieren a cuestiones de derecho internacional, también son pertinentes para las cortes y tribunales internacionales.

⁴⁴¹ Véase *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, págs. 3 y ss., en especial párrs. 38 y 50. La Corte dictaminó, en el marco de dicha controversia entre Bélgica y España, que, para determinar la personalidad jurídica de las empresas en cuestión, el derecho internacional “ha debido reconocer la sociedad anónima como institución creada por los Estados en una esfera que pertenece esencialmente a su jurisdicción interna. Ello a su vez exige que el derecho internacional se remita a las normas pertinentes del derecho interno cada vez que se planteen problemas jurídicos relativos a los derechos de los Estados que conciernan al tratamiento de las sociedades y los accionistas, y respecto de los cuales el derecho internacional no haya establecido sus propias normas. Por consiguiente, habida cuenta de la pertinencia a este respecto de los derechos de la sociedad anónima y sus accionistas con arreglo al derecho interno, la Corte debe examinar su naturaleza y la interrelación entre ellos”. Más adelante, en el párrafo 50, la Corte señaló lo siguiente: “Para abordar ahora los aspectos jurídicos internacionales de la causa, la Corte debe, como ya ha indicado, partir del hecho de que en la causa intervienen esencialmente factores derivados del derecho interno —es decir, en qué se distinguen y qué tienen en común la sociedad y el accionista— que cada una de las Partes toma como premisa de su razonamiento con interpretaciones muy distintas. Si la Corte tuviera que pronunciarse sin tener en cuenta a las instituciones de derecho interno pertinentes, se enfrentaría a graves dificultades jurídicas sin justificación alguna. Perdería el contacto con la realidad, ya que no existen instituciones de derecho internacional equivalentes a las que la Corte podría recurrir. Así pues, como se ha indicado, la Corte no solo debe tomar en consideración el derecho interno, sino que también debe remitirse a él. El derecho internacional se remite a normas generalmente aceptadas por los sistemas jurídicos nacionales que reconocen la sociedad anónima, cuyo capital está representado por acciones, y no al derecho interno de un Estado concreto. Al remitirse a dichas normas, la Corte no puede modificarlas, y menos aún deformarlas”.

⁴⁴² Observaciones de la Delegación de Chile sobre la propuesta de Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, *Documents of the United Nations Conference on International Organization*, vol. XIII, pág. 493 (1945).

⁴⁴³ Véase Manley O. Hudson, “The Twenty-Fourth Year of the World Court”, *American Journal of International Law*, vol. 40 (1946), págs. 1 y ss., en especial pág. 35 (donde se argumenta que nunca se había expresado ninguna duda a ese respecto y que, de hecho, la Corte Permanente había señalado, sin que nadie lo hubiera cuestionado, que era un “órgano de derecho internacional” o que tenía el “mandato de aplicar el derecho internacional”. Esencialmente, reitera esa opinión en sus principales tratados: Véase Manley O Hudson, *The Permanent Court of International Justice 1920-1942 - A Treatise* (Nueva York: The Macmillan Company, 1943), pág. 605, párr. 545.

los Estados, pero también destaca claramente la función de la Corte en el arreglo de las controversias contenciosas entre Estados.

255. Puede ser útil indicar cómo se ha invocado la disposición en la práctica. Tanto la Corte Internacional de Justicia como su antecesora se han remitido al Artículo 38 en varias causas. Por ejemplo, en la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*, al abordar las cuestiones de fondo, se habla de “las fuentes del derecho internacional que el Artículo 38 obliga a la Corte a aplicar” y de “las fuentes del derecho enumeradas en el Artículo 38 del Estatuto”⁴⁴⁴. Se hace referencia al Artículo 38 en relación con aspectos específicos que se plantean en esas causas. En la causa relativa a la *Plataforma continental (Túnez/Jamahiriya Árabe Libia)*, la Corte Internacional de Justicia recordó que “si bien es indudable que la Corte está obligada a tener en cuenta todas las fuentes jurídicas especificadas en el párrafo 1 del Artículo 38 de su Estatuto para determinar los principios y normas de derecho pertinentes aplicables a la delimitación, también está obligada, de conformidad con el apartado a) de dicho párrafo, a aplicar las disposiciones del Acuerdo Especial”⁴⁴⁵.

256. Del mismo modo, en la causa relativa a la *Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de Maine*, una Sala de la Corte dictaminó que “el punto de partida del razonamiento de la Corte a este respecto debe ser necesariamente una referencia al párrafo 1 del Artículo 38 de su Estatuto”⁴⁴⁶. A los fines de la Sala en la fase actual de su razonamiento, a saber, la determinación de los principios y normas de derecho internacional que rigen en general la cuestión de la delimitación marítima, se hará referencia a las convenciones (apartado a)) y a la costumbre internacional (apartado b)), a cuya definición han contribuido de manera sustancial las decisiones judiciales (apartado d)), tanto de la Corte como de tribunales arbitrales”⁴⁴⁷.

257. Por último, por citar algunos de los múltiples ejemplos posibles, en la causa relativa a la *Delimitación marítima de la zona situada entre Groenlandia y Jan Mayen (Dinamarca c. Noruega)*, la Corte examinó “las fuentes enumeradas en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte”, que determinó que “debía tomar en consideración” en relación con “el derecho aplicable a la zona de pesca”⁴⁴⁸.

258. No obstante lo que antecede, se dice que el encabezamiento del párrafo 1 resta importancia a otras dos funciones de la Corte. En primer lugar, el párrafo 1 del Artículo 38 obvia la importante función que desempeña la Corte como principal órgano judicial de las Naciones Unidas cuando emite *opiniones consultivas* a petición de los órganos y organismos especializados pertinentes. El Artículo 38, que, como ya se ha señalado, forma parte del capítulo del Estatuto relativo a las competencias de la Corte, omite toda mención de su competencia consultiva. Por otra parte, el capítulo del Estatuto referente a las opiniones consultivas no contiene ninguna referencia expresa al Artículo 38.

⁴⁴⁴ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* [Cuestiones de fondo], fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 14 y ss., en especial pág. 38, párr. 82.

⁴⁴⁵ *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, fallo, *I.C.J. Reports 1982*, pág. 18 y ss., en especial pág. 37.

⁴⁴⁶ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States)* [Cuestiones de fondo], fallo, *I.C.J. Reports 1984*, pág. 246.

⁴⁴⁷ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States)* [Cuestiones de fondo], fallo, *I.C.J. Reports 1984*, págs. 246 y ss., en especial págs. 290 y 291.

⁴⁴⁸ *Case Concerning Maritime Delimitation in the area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)* [Cuestiones de fondo], fallo, *I.C.J. Reports 1993*, págs. 38 y ss., en especial pág. 61, párr. 52.

259. Con todo, aunque párrafo 1 del Artículo 38 no contenga ninguna referencia expresa a su función consultiva⁴⁴⁹, la Corte también desempeña esa importante *función consultiva* “conforme al derecho internacional”. No podría ser de otro modo, ya que sería extraño que, en el desempeño de su función judicial, recurra con carácter primordial a un *corpus* de derecho distinto del derecho internacional. De hecho, cuando se aprobó la propuesta de modificación de Chile, se planteó la cuestión de si esa última adición al párrafo 1 del Artículo 38 también era aplicable a las opiniones consultivas. En las deliberaciones se habló de otro artículo del Estatuto que, en principio, parecía resolver la cuestión⁴⁵⁰, puesto que el Artículo 68 establece expresamente que “[e]n el *ejercicio de sus funciones consultivas, la Corte se guiará además por las disposiciones de este Estatuto* que rijan en materia contenciosa, en la medida en que la propia Corte las considere aplicables” (sin cursiva en el original)⁴⁵¹.

260. En segundo lugar, y aunque podría ser delicado y, por lo tanto, habría que mostrar prudencia, algunos autores creen que el párrafo 1 del Artículo 38 también ignora importantes funciones implícitas o derivadas de la Corte, como su contribución al desarrollo del derecho internacional por su función de creación de derecho o, sin duda, su función de determinación del derecho⁴⁵². Esta cuestión ya se abordó en el Comité Consultivo de Juristas, como se indica en el capítulo anterior. A pesar de que la Corte no tiene el mandato expreso de desarrollar el derecho internacional, ha influido enormemente en dicho desarrollo y muchas normas que los juristas internacionales dan por sentadas han surgido o evolucionado a partir de jurisprudencia de la Corte⁴⁵³.

261. En lo que respecta a la indicación de que la Corte “deberá aplicar” las decisiones judiciales y las doctrinas como medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho, se ha planteado la cuestión de si la expresión “deberá aplicar” se refiere únicamente a las fuentes enumeradas en los apartados a) a c) o si también incluye los medios auxiliares previstos en el apartado d). Se puede argumentar, y se ha argumentado, que dicha expresión se refiere a los tres primeros apartados, pero no al último. En un escrito académico, el Magistrado Shahabuddeen ha observado que la Corte puede aplicar directamente los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho para decidir las controversias que le sean sometidas, con una única posible limitación en el caso de los principios generales del derecho⁴⁵⁴. Por otra parte, la Corte no puede “aplicar” las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas

⁴⁴⁹ Véase un análisis detallado en M. Bennouna, “The Advisory Function of the International Court of Justice in the Light of Recent Developments”, en M. Cherif Bassiouni, Gomula Joanna, Paolo Mengozzi, John G. Merrills, Rafael Nieto Navia, Anna Oriolo, William Schabas, Anna Vigorito (eds.), *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence: Global Trends: Law, Policy & Justice Essays in Honour of Professor Giuliana Ziccardi Capaldo* (Oxford: Oxford University Press, 2013).

⁴⁵⁰ 19ª sesión del Comité IV/1, 6 de junio de 1945, *Documents of the United Nations Conference on International Organization*, vol. XIII, págs. 279 y ss., en especial pág. 285 (1945). Véase Alain Pellet, “Article 38”, en A. Zimmermann, C. Tomuschat, K. Oellers-Frahm y C. Tams (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2012), págs. 853, 854 y 868 a 870.

⁴⁵¹ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Artículo 68, en www.ijc-cij.org/en/statute.

⁴⁵² Pellet y Müller, “Article 38 of the Statute of the International Court of Justice”, en Andreas Zimmermann, Christian J. Tams, Karin Oellers-Frahm, Christian Tomuschat (eds.), *The Statute of the International Court of Justice A Commentary*, 3ª ed. (Oxford: Oxford Univ. Press, 2019), págs. 677 a 792, en especial pág. 837.

⁴⁵³ Dire Tladi, “The Role of the International Court of Justice in the Developing of International Law”, en Carlos Esposito y Kate Parlett (eds.), *The Cambridge companion to the International Court of Justice* (Reino Unido: Cambridge University Press, 2023), págs. 68 a 85, en especial págs. 68 y 84.

⁴⁵⁴ Moisés Montiel Mogollón, “The Content-Based Problems Surrounding the Persistent Objector Doctrine”, *Michigan Journal of International Law* (2022), págs. 301 y ss., en especial pág. 339.

de mayor competencia de las distintas naciones, ya que estas están destinadas a ser meros medios auxiliares “para la *determinación* de las reglas de derecho”⁴⁵⁵. En efecto, hay una distinción matizada: la controversia ha de decidirse mediante la aplicación de las normas de derecho, y no de medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho⁴⁵⁶.

262. Si se lee el texto atendiendo a las reglas ordinarias de interpretación de los tratados, cabe inferir que la expresión “deberá aplicar” también se refiere al enunciado del apartado d). Si así fuera, cabría preguntarse entonces si, en el caso de lo que se califica expresamente de “medio auxiliar”, el texto obliga a la Corte a consultar las “decisiones judiciales” y “las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones”. Cuesta creer que el texto pueda interpretarse en el sentido de que la Corte está obligada a aplicar la doctrina. De hecho, lo más probable es que, en la práctica, se recurra a la doctrina para confirmar las conclusiones de la evaluación de la existencia de una norma de derecho convencional o internacional consuetudinario o de un principio general del derecho.

263. Hay divergencia de opiniones a este respecto. Jennings y Lauterpacht parecían sugerir que la Corte estaba obligada a consultar los escritos de los publicistas más eminentes. No obstante, como han señalado Helmersen y otros, el hecho de que, en la práctica, la Corte no cite necesariamente doctrina no significa que no la haya consultado sin citarla⁴⁵⁷. De ser así, podría parecer que el texto del Artículo 38 plantea un conflicto, dado que el Estatuto obliga a la Corte a *aplicar* las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas para la determinación de las normas de derecho internacional y, al mismo tiempo, a *utilizarlas* únicamente *como medio auxiliar* para la *determinación* de las normas de derecho⁴⁵⁸.

264. Dicho de otro modo, estrictamente hablando, la Corte no aplica los elementos de la categoría de los medios auxiliares. En cambio, se sirve de categoría para la *identificación* de las fuentes enumeradas en los apartados a) a c) del párrafo 1 del Artículo 38⁴⁵⁹. De ahí que algunos argumenten que se trata de fuentes materiales. Dicho esto, otros consideran que el apartado d) debe interpretarse a la luz del encabezamiento del párrafo 1. El encabezamiento obliga a la Corte a decidir las controversias conforme al derecho internacional en cualquier caso, lo que significa que ha de decidir conforme a las normas de derecho que determine sobre la base de las decisiones judiciales previstas como medio auxiliar para la determinación de dichas normas⁴⁶⁰.

265. En resumen, el párrafo 1 indica a la Corte que, al decidir controversias conforme al derecho internacional, debe aplicar las fuentes enumeradas en los apartados a) a c) y que, para hacerlo, puede tener en cuenta el apartado d), que prevé las decisiones judiciales y las obras académicas como medios auxiliares para la determinación de las normas.

⁴⁵⁵ Mogollón, “The Content-Based Problems Surrounding the Persistent Objector Doctrine”, pág. 339.

⁴⁵⁶ Véanse T. Treves, “Aspects of legitimacy of decisions of international courts and tribunals”, en Rüdiger Wolfrum y Volker Röben (eds.), *Legitimacy in international law* (Berlín: Springer, 2008), págs. 169 a 188; y M. Sourang, “Jurisprudence and Teachings”, en Mohammed Bedjaoui (ed.), *International Law: Achievements and Prospects* (Dodrecht: Martinus Nijhoff Publishing, 1991), págs. 283 a 287, en especial pág. 285.

⁴⁵⁷ Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, pág. 45.

⁴⁵⁸ P. Allott, “Language, Method and the Nature of International Law”, *British Yearbook of International Law*, vol. 45 (1971), págs. 79 a 135, en especial pág. 118.

⁴⁵⁹ P. Tomka, “Article 38 du Statut de la CIJ: incomplet”, en *Dictionnaire des idées reçues en droit international* (París, Pedone, 2017), págs. 39 a 42, en especial pág. 40.

⁴⁶⁰ Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court* (Cambridge: Grotius Publications, Cambridge University Press, 1996), págs. 587 a 602.

B. El sentido de la expresión “resoluciones judiciales”

266. El párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia obliga a la Corte a aplicar “las decisiones judiciales” como “medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho” “sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59”. Ni la Carta de las Naciones Unidas (Capítulo XIV) ni el Estatuto o los documentos secundarios de la Corte, como su Reglamento o las Directrices sobre la Práctica, definen la expresión “decisión judicial”. Aunque ello pueda deberse a que la respuesta es obvia, quizás convenga estudiar el sentido de esa expresión. Aparte de los elementos que son evidentes, existen dudas sobre el alcance de la expresión “decisiones judiciales” que a su vez plantean varios interrogantes que pueden requerir un examen más detallado por parte de la Comisión.

267. En esta fase hay tres preocupaciones evidentes. En primer lugar, si la expresión se refiere a las decisiones de la propia Corte. En segundo lugar, si se refiere a las opiniones consultivas y los laudos arbitrales o las decisiones de los tribunales arbitrales. En tercer y último lugar, si se refiere a las resoluciones de las cortes o tribunales nacionales. Estas cuestiones se abordan más adelante. Primero es preciso analizar el sentido corriente de los principales términos, tanto por separado como tomados en su conjunto.

268. Los términos “decisiones” y “judiciales” tienen diversos sentidos corrientes. A continuación se examinan los más pertinentes a los efectos del tema. En el Oxford English Dictionary se define “judicial” como “perteneciente o relativo al juicio, a la administración de justicia o a la judicatura; resultante o establecido por una corte o tribunal; dicho o hecho en el juicio y, por tanto, considerado válido o admisible”⁴⁶¹.

269. Una segunda acepción del término “judicial” es “perteneciente o relativo a los jueces o propio de estos”. Otras acepciones son “dícese de una persona, un grupo de personas o una institución: que tiene la función de juzgar; facultado para juzgar casos”; “sentencia, decisión o determinación”; “sentencia jurídica; decisión tomada o sentencia dictada conforme a derecho”; y “quien dicta sentencia o toma una decisión sobre algo; quien forma o emite una sentencia; dispuesto a dictar sentencia; relativo a la sentencia; crítico”.

270. Ese mismo diccionario define el término “decisión” como “acción, efecto o proceso de decidir o poner fin a una cosa dudosa, controversia, etc.; determinación con respecto a una cuestión en litigio; arreglo, resolución”. Otra acepción del término es “acción, efecto o proceso de llegar a una conclusión sobre una cuestión sometida a consideración; acción o efecto de decidirse por una opinión, actuación, etc.; ejemplo de ello”⁴⁶². Una última acepción pertinente es “resultado de esa acción o proceso; lo que se ha decidido; conclusión, sentencia, resolución; elección”⁴⁶³.

271. El término “*decision*” (“decisión”, “decisiones”, “decidirá” en la versión en español) aparece 14 veces en la versión en inglés el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Parece que se utiliza como sinónimo de “fallo de la Corte”⁴⁶⁴. Todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas son *ipso facto* partes en él, y al suscribir la Carta de las Naciones Unidas, cada uno de ellos se compromete a cumplir “la decisión” de la Corte en todo litigio en que sea parte. Eso es todo lo que se puede encontrar en el Estatuto sobre el sentido del término “decisión”. No obstante, esta

⁴⁶¹ “*Judicial.*” Oxford English Dictionary (OED 3ª ed., 2013). Puede consultarse en www.oed.com. Judicial: “Relativo a la administración de justicia, o al juicio en general”.

⁴⁶² “*Decision.*” Oxford English Dictionary (OED 3ª ed., 2013). Puede consultarse en www.oed.com.

⁴⁶³ *Ibid.*

⁴⁶⁴ Compárese el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en www.ijc-cij.org/en/statute, con “*Judicial.*” Oxford English Dictionary (OED 3ª ed., 2013). Puede consultarse en www.oed.com.

interpretación se ajusta al sentido corriente definido en el diccionario como se indica más arriba.

272. El término “*judgment*” (sentencia, fallo, resolución en la versión en español) aparece 19 veces en la versión en inglés del Estatuto. Se refiere, entre otras cosas, a los numerosos trámites procesales ante la Corte. En este sentido, se establece que, una vez concluidas las vistas, la sala se retira “a deliberar”⁴⁶⁵ (Art. 54, párrafo 2), que el fallo puede pronunciarse en los idiomas oficiales de la Corte, a saber, inglés o francés (Art. 39), “será motivado” (Art. 56) y “será definitivo e inapelable”⁴⁶⁶, sin perjuicio de que las partes, en caso de desacuerdo sobre el sentido o el alcance del fallo, soliciten a la Corte que “lo interprete”⁴⁶⁷ (Art. 60) o lo revise (Art. 61)⁴⁶⁸.

273. En cuanto al sentido, hasta cierto punto evidente, de la expresión “decisiones judiciales”, debe entenderse como una referencia a los fallos, sentencias, resoluciones o determinaciones de una corte o un tribunal o de un órgano de personas o una institución a fin de decidir o poner fin a una controversia o resolver una cuestión. Aunque lo normal es que este tipo de decisiones, en especial las judiciales, sean adoptadas por una corte o un tribunal de justicia, también podrían adoptarlas otros órganos apropiados. Por lo tanto, en opinión del Relator Especial, en su acepción más amplia, el término “decisiones” podría abarcar las decisiones de los grupos especiales arbitrales, ya sean *ad hoc* o permanentes. También abarcaría decisiones como las del Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio⁴⁶⁹. Como mínimo, también pueden ser decisiones cuasijudiciales como las adoptadas en el marco de los procedimientos de denuncias individuales ante los órganos creados en virtud de tratados, por ejemplo el Comité de Derechos Humanos. Esta interpretación coincide en general con la posición por la Comisión sobre estas cuestiones en otros temas conexos.

274. Es preciso estudiar más a fondo otras dos cuestiones. En primer lugar, si la expresión “decisiones judiciales” se refiere a las decisiones de la propia Corte. La precisión que se hace en el párrafo 1 d) del Artículo 38, “sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59”⁴⁷⁰, implica que las decisiones de la Corte en cuestión han de ser decisiones anteriores de la Corte, que, según se ha interpretado, incluyen también las decisiones de su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional. Esta interpretación oficial confirma que las decisiones de la Corte Internacional de Justicia no deberían, en principio, ser obligatorias sino para partes en litigio e, incluso en ese caso, únicamente respecto del caso que ha sido decidido. El término “decisión” tiene un sentido técnico estricto, lo que puede no ser el caso de los motivos en que esta se sustenta. Es la decisión la que está limitada por la precisión del Artículo 59.

275. La interacción entre el Artículo 59 y el Artículo 38 se estudiará más a fondo en futuros informes. Por el momento, dado que no existe ninguna limitación expresa al

⁴⁶⁵ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Artículo 54, párr. 2, en www.ijc-cij.org/en/statute.

⁴⁶⁶ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Artículos 39, 56 y 60.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, Artículo 60.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, Artículo 60.

⁴⁶⁹ Véase un primer análisis de la interpretación del término “decisiones” en derecho económico internacional, y en particular en relación con el sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio en el marco del GATT de 1994, que el Órgano de Apelación considera análogo al Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en David Palmetier y Petros C. Mavroidis, “The WTO Legal System: Sources of Law”, en *American Journal of International Law*, vol. 92 (1998), pág. 398. Puede encontrarse un análisis reciente de la cuestión del precedente en el contexto de la OMC en Niccolo Ridi, “Rule of Precedent and Rules on Precedent”, en Eric De Brabandere (ed.), *International Procedure in Interstate Litigation and Arbitration: A Comparative Approach* (Cambridge: Cambridge University Press, 2021), págs. 354 a 400.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, Artículo 38, párrafo 1 d).

sentido de las resoluciones judiciales mencionadas en el párrafo 1) d) del Artículo 38, la amplia interpretación de la categoría de las resoluciones judiciales es suficiente para concluir que estas incluyen las resoluciones de la propia Corte. Así lo confirma Dire Tladi, para quien huelga decir que la expresión “decisiones judiciales” incluye las decisiones de la Corte Internacional de Justicia⁴⁷¹. De hecho, según algunos autores, la referencia al Artículo 59 alienta claramente a la Corte a privilegiar su propia jurisprudencia como medio para determinar las normas de derecho que deben aplicarse en cada caso⁴⁷². Como tribunal de justicia, y con independencia de lo que establezca el Estatuto, la Corte Internacional de Justicia debe atenerse a sus decisiones anteriores por razones de lógica, coherencia, previsibilidad y estabilidad jurídica. Lo mismo cabe decir probablemente de otros órganos judiciales internacionales. La práctica en muchos ámbitos del derecho internacional así lo confirma. Por el contrario, la obligación de respetar el precedente parece haber dado lugar a situaciones absurdas en que los jueces se basan en decisiones anteriores en tal medida que a veces ni siquiera interpretan correctamente el texto de tratados distintivos⁴⁷³.

276. En segundo lugar, los juristas debatieron desde el principio si la expresión “decisiones judiciales” incluiría las opiniones consultivas. Una opinión consultiva es, como indica su enunciado, una opinión judicial sobre una cuestión jurídica⁴⁷⁴. Diversas cortes y tribunales internacionales, también regionales, tienen competencia para emitir opiniones consultivas⁴⁷⁵, pero la más destacada y pertinente para el tema es la Corte, que está expresamente facultada para ello en virtud del Artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas, que establece que tanto la Asamblea General como el Consejo de Seguridad “podrán solicitar a la Corte Internacional de Justicia que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica”⁴⁷⁶. No obstante, esa facultad no es exclusiva, ya que la Asamblea General también puede autorizar a otros órganos de las Naciones Unidas y organismos especializados a solicitar esas opiniones “sobre cuestiones jurídicas que surjan dentro de la esfera de sus actividades”⁴⁷⁷. Con todo, por principio, las opiniones consultivas no entran en el ámbito de las “decisiones” de la Corte Internacional de Justicia en el sentido del Artículo 94, párrafo 1, de la Carta de las Naciones Unidas⁴⁷⁸.

⁴⁷¹ Tladi, “The Role of the International Court of Justice in the Developing of International Law”, pág. 70.

⁴⁷² Pellet, “Article 38”, pág. 855.

⁴⁷³ Véase, en este sentido, Wolfgang Alschner, *Investment Arbitration and State-Driven Reform: New Treaties, Old Outcomes* (Oxford: Oxford University Press, 2022) (donde se afirma que la aplicación del precedente fundamenta la interpretación de los tratados nuevos en jurisprudencia antigua y crea así un medio definitivo para revertir toda innovación en los tratados de nueva generación; y se explica que la preferencia de las cortes y tribunales por respetar lo decidido en casos anteriores, los incentivos institucionales a favor de la referencia a laudos pasados, la falta de eficacia de los controles existentes y la aplicación de la propia jurisprudencia complican la invocación del precedente en el arreglo de controversias entre inversores y Estados).

⁴⁷⁴ “Advisory opinion.” Oxford English Dictionary (OED 3rd ed., 2013). Puede consultarse en www.oed.com. “Compounds: advisory opinion: *n.* Law (originally U.S.) a non-binding statement on a point of law given by a court before a case is tried or with regard to a hypothetical issue or situation” (opinión consultiva: derecho (originalmente de los Estados Unidos), declaración no vinculante sobre una cuestión de derecho emitida por una corte o un tribunal antes de que se juzgue un caso o con respecto a una cuestión o situación hipotética).

⁴⁷⁵ La opinión consultiva, al igual que el fallo, afirma el derecho a partir de los hechos que la corte o el tribunal tienen ante sí en el momento de la decisión. Véase S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court* (Leyden, A.W. Sijthoff, 1965), pág. 310.

⁴⁷⁶ Carta de las Naciones Unidas, Artículo 96, párrafo a), en <https://www.un.org/en/about-us/un-charter/chapter-14>.

⁴⁷⁷ Carta de las Naciones Unidas, *ibid.*, Artículo 96, párrafo b).

⁴⁷⁸ *Ibid.*, Artículo 94, párrafo 1.

277. Lauterpacht ha observado que, al hablar de “decisiones”, el párrafo 1 d) del Artículo 38 parece excluir, involuntariamente, las opiniones consultivas⁴⁷⁹. Este argumento parece apoyarse en la historia de la redacción del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, del que se excluyó expresamente esa disposición a nivel de la Sociedad de las Naciones, aunque el Comité Consultivo de Juristas sí contempló la posibilidad de facultar a la Corte para emitir opiniones consultivas en las primeras fases de redacción. La función consultiva acabó abriéndose camino de nuevo con la aprobación del reglamento de la Corte y finalmente se incluyó expresamente en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Esa inclusión ganó partidarios en la medida en que la precisión relativa al Artículo 59 incluida en lo que acabó convirtiéndose en el párrafo 1 del Artículo 38 se había introducido en un momento en el que la corte anterior solo tenía jurisdicción contenciosa. Por otra parte, cuando se redactó el párrafo 1 d) del Artículo 38, se incluyeron —a nivel de expertos— las opiniones consultivas. En cualquier caso, y esto es quizás lo más importante, aunque en principio las opiniones consultivas solo tienen carácter consultivo y no poseen eficacia obligatoria para el órgano que las solicita, la Corte no les ha dado un trato diferente en la práctica. Así pues, es una afirmación del derecho tan autorizada como el fallo dictado en un procedimiento contencioso⁴⁸⁰.

278. La función de las opiniones consultivas de la Corte merece especial atención. Hace tiempo que se debate sobre los “efectos” de las opiniones consultivas, que pueden hacer que también tengan un carácter particular en virtud del párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁴⁸¹. Como su propio nombre indica, las opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia, al igual que otras opiniones consultivas de otras cortes y tribunales internacionales, no son vinculantes. Esto significa que ni el órgano de las Naciones Unidas que las solicite ni los Estados afectados por las determinaciones que se hagan en ellas tienen la obligación de cumplirlas. Como afirma Robert Jennings, la consulta es simplemente una consulta y no es una decisión vinculante de la Corte⁴⁸². No obstante, se reconoce que la Corte Internacional de Justicia elabora sus opiniones consultivas tras un completo proceso de información, con el mismo rigor que sus decisiones en las causas contenciosas. El hecho de que la Corte sea el principal órgano judicial de las Naciones Unidas ha llevado a preguntarse si sus opiniones consultivas sientan un precedente que pueda afectar a los asuntos jurídicos de los Estados aunque no tengan carácter vinculante.

279. En una decisión reciente sobre la *Controversia relativa a la delimitación de la frontera marítima entre Mauricio y Maldivas en el Océano Índico*⁴⁸³, una Sala Especial del Tribunal Internacional del Derecho del Mar reconoció “efectos jurídicos” a la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre el *Archipiélago de Chagos*⁴⁸⁴. Se argumentó que, aunque una opinión separada no obliga jurídicamente

⁴⁷⁹ H. Lauterpacht, “Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law”, en *British Yearbook of International Law*, vol. 10 (1929), págs. 65 y ss., en especial pág. 65.

⁴⁸⁰ Lauterpacht, “Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law”, pág. 185.

⁴⁸¹ Véase, por ejemplo, Pierre D’Argent, “Advisory Opinions, Article 65 of the Statute of the International Court of Justice”, en Andreas Zimmermann, Christian J. Tams, Karin Oellers-Frahm, Christian Tomuschat (eds.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 3ª ed. (Oxford: Oxford University Press, 2019), párrs. 48 a 51.

⁴⁸² R. Y. Jennings, “Advisory Opinions of the International Court of Justice”, en *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber* (Bruylant, 1998), págs. 531 y ss., en especial pág. 532.

⁴⁸³ *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives)* [Excepciones preliminares] (Tribunal Internacional del Derecho del Mar, causa núm. 28, 28 de enero de 2021) (“Delimitation in the Indian Ocean”).

⁴⁸⁴ *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2019*, pág. 95.

a ningún Estado como lo haría la parte dispositiva de una sentencia en un caso contencioso, se ha redactado siguiendo un complejo procedimiento y con el mismo rigor que cualquier fallo de la Corte Internacional de Justicia⁴⁸⁵. La doctrina ha aceptado ampliamente el carácter especialmente persuasivo que esto confiere a las opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia⁴⁸⁶. Por consiguiente, las cuestiones jurídicas que aclara la Corte son, desde una perspectiva positivista, “el derecho” y pasan a formar parte integrante de la jurisprudencia de la Corte⁴⁸⁷. Partiendo de estos argumentos, la Sala Especial consideró partes de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre el *Archipiélago de Chagos* como precedente *de facto* en la controversia entre *Mauricio y Maldivas*⁴⁸⁸. Esta consideración contradice el carácter técnicamente no vinculante de las opiniones consultivas, el carácter auxiliar del párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y la falta de precedentes establecidos en derecho internacional.

280. Del análisis anterior del sentido corriente de la expresión “decisiones judiciales” y de la práctica de la Corte se desprende que, por lo general, los fallos y decisiones de la Corte tienen un carácter jurídico similar, por lo que tienen un peso considerable⁴⁸⁹. Por consiguiente, las decisiones judiciales no son solo las sentencias definitivas dictadas por una corte o un tribunal, sino también las opiniones consultivas y las providencias dictadas en el marco de procedimientos incidentales o interlocutorios *in limine litis*. Entre estos cabe citar, al menos desde la causa relativa a *Lagrand*, las providencias de medidas provisionales dictadas por la Corte. Esta tesis es coherente con la posición adoptada por la Comisión en relación con el tema de la identificación del derecho internacional consuetudinario, donde, en el comentario a la conclusión 13 relativa a los medios auxiliares, explicó que “el término ‘decisiones’ incluye los fallos y las opiniones consultivas, así como las providencias sobre cuestiones de procedimiento y cuestiones interlocutorias”⁴⁹⁰. Esta cuestión y otras conexas se explican con más detalle en el memorando de la Secretaría (véase el capítulo V del presente informe).

⁴⁸⁵ Karin Oellers-Frahm, “Lawmaking Through Advisory Opinions?”, *German Law Journal*, vol. 12 (5) (2011), págs. 1033 y ss., en especial pág. 1046.

⁴⁸⁶ D’Argent, “Article 65”, pág. 1808.

⁴⁸⁷ Oellers-Frahm considera que las opiniones consultivas son una declaración judicial *erga omnes* de lo que, en opinión del tribunal, es el derecho en general. Véase Oellers-Frahm, “Lawmaking Through Advisory Opinions?”, pág. 1053.

⁴⁸⁸ Véase un buen análisis en Fabian Simon Eichberger, “The Legal Effect of ICJ Advisory Opinions Redefined? The Mauritius/Maldives Delimitation Case – Judgment on Preliminary Objections”, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 22 (2) (2021), págs. 383 y ss., en especial págs. 396 a 400.

⁴⁸⁹ Manley O. Hudson, “Advisory Opinions of National and International Courts”, *Harvard Law Review*, vol. 37 (8) (1924), págs. 970 a 1001 (donde se afirma que, si bien es cierto que, a diferencia de los fallos de la Corte, esas opiniones no requieren ninguna una acción, constituyen una formulación de derecho y opinión con una gran autoridad moral y, por ello, parecen tener cierta fuerza vinculante. También se afirma que, en esas circunstancias, cuesta ver qué les falta a las opiniones consultivas de la Corte Permanente de Justicia Internacional para que tengan carácter “judicial” en el pleno sentido de ese término).

⁴⁹⁰ *Anuario ... 2018*, vol. II (segunda parte), pág. 117.

281. El análisis anterior se refiere a las decisiones de la Corte o de una Sala que actúe como órgano colegiado⁴⁹¹. No se aplica a las opiniones separadas⁴⁹², que son emitidas por los magistrados a título individual. Pueden ser concurrentes o disidentes, o incluso parcialmente concurrentes o disidentes. También pueden ser declaraciones⁴⁹³. Esas opiniones no forman parte de la decisión de la Corte; con independencia de su valor intrínseco, es la decisión de la Corte la que tiene eficacia jurídica⁴⁹⁴. Cabe destacar que dichas opiniones, y las declaraciones o las opiniones separadas o disidentes respecto de providencias de la Corte, son útiles en la medida en que pueden aclarar el fundamento de una decisión o aportar razones adicionales o incluso dar respuesta a cuestiones planteadas por las partes o por la decisión de la corte o el tribunal de que se trate. Como ha explicado la propia Corte en un documento oficioso:

[e]xiste una relación indisoluble entre [sus] decisiones y las opiniones separadas, ya sean concurrentes o disidentes, agregadas a ellas por los distintos magistrados. La institución estatutaria de la opinión separada [...] da a los magistrados la posibilidad de explicar su voto. En casos tan complejos como los asuntos de que conoce por regla general la Corte, en que cada párrafo de la parte dispositiva contiene a veces distintas cuestiones interrelacionadas respecto de cada una de las cuales se procede a votación, el mero voto afirmativo o negativo de un magistrado tal vez dé lugar a conjeturas erróneas, que puede evitar o disipar usando del derecho que le da el Estatuto a que se agregue su opinión separada... Así pues, las opiniones agregadas no solo desarrollan o refutan la decisión, sino que además los considerandos de la propia decisión, en su formulación definitiva, no podrían apreciarse plenamente si se examinaran aisladamente y sin conocimiento de las distintas opiniones⁴⁹⁵.

282. Dicho esto, al tratarse de opiniones emitidas por magistrados a título individual, son atribuibles al magistrado de que se trate, y no a la corte o el tribunal en su conjunto. Por ello, es preciso actuar con prudencia, ya que reflejan los puntos de vista particulares del magistrado en cuestión y, en algunos casos, van más allá al abordar cuestiones no examinadas ni tratadas por la corte o el tribunal en su conjunto. Al mismo tiempo, las opiniones judiciales separadas suelen ser útiles para explicar elementos que podrían carecer de explicación en el propio fallo. En ese sentido, probablemente puedan equipararse a la doctrina.

283. El tercer interrogante señalado anteriormente, a saber, si los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho mencionados en el párrafo 1 d) del

⁴⁹¹ Art. 95 del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia (“El fallo, cuyo texto indicará si ha sido dictado por la Corte o por una Sala, contendrá”, entre otras cosas, “los nombres de los jueces que han participado en él;” y “la indicación del número y nombre de los jueces que han constituido la mayoría”). Cabe señalar que algunos de estos requisitos, por ejemplo la indicación del nombre y número de los jueces, reflejan los cambios introducidos en el reglamento de la Corte en 1978.

⁴⁹² El Artículo 57 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece lo siguiente: “Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los magistrados, cualquiera de estos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente”.

⁴⁹³ *Ibid.*, el art. 95, párrafo 2, establece que “cualquier juez” puede “agregar al fallo su opinión separada o disidente”; el juez que desee hacer constar su acuerdo o disenso sin explicar los motivos podrá hacerlo en la forma de una declaración. La misma regla se aplicará a las providencias dictadas por la Corte”.

⁴⁹⁴ Shahabuddeen, “Precedent in the World Court”, pág. 192.

⁴⁹⁵ Véase Asamblea General de las Naciones Unidas, cuadragésimo primer período de sesiones, temas 110 y 114 del programa, Presupuesto por programas para el bienio 1986-1987, Dependencia Común de Inspección, Publicaciones de la Corte Internacional de Justicia, Nota del Secretario General, adición, Observaciones de la Corte Internacional de Justicia, 5 de diciembre de 1986, documento de las Naciones Unidas A/41/591/Add.1, de 5 de diciembre de 1986, anexo II.

Artículo 38 también abarcan las decisiones de las cortes y tribunales nacionales, no es nuevo. En aras de la claridad, en el contexto del tema se entenderá por cortes y tribunales nacionales (frente a cortes y tribunales internacionales) las cortes y tribunales que pueden actuar en un sistema jurídico nacional normalmente sobre la base del derecho interno, incluidos los denominados tribunales “híbridos” con competencia y composición mixtas⁴⁹⁶. Las opiniones sobre la cuestión de si las decisiones judiciales de las cortes y tribunales nacionales entran en el ámbito de aplicación de la disposición, en las que lo lógico es que ya no hubiera divergencias, pueden clasificarse en tres corrientes. La primera corriente es la de quienes sostienen que la referencia a las decisiones incluye las de las cortes y tribunales nacionales⁴⁹⁷. La segunda incluye a quienes no creen que esas decisiones correspondan a los parámetros del párrafo 1 d) del Artículo 38⁴⁹⁸. Por último, hay quienes consideran que las decisiones de las cortes y tribunales nacionales constituyen elementos de la práctica de los Estados, o quizás se sitúan a medio camino entre la prueba de la práctica y la *opinio iuris*⁴⁹⁹. Esta última corriente parece excesivamente restrictiva.

284. No parece necesario abundar en el debate sobre la función de las decisiones judiciales de las cortes y tribunales nacionales por las tres razones de peso que se exponen a continuación. En primer lugar, desde el punto de vista puramente textual, no hay nada en el párrafo 1 d) del Artículo 38 que indique la existencia de una precisión que justifique limitar las “decisiones judiciales” únicamente a las decisiones de las cortes y tribunales internacionales. De hecho, la práctica de las cortes y tribunales internacionales, incluida la Corte Internacional de Justicia, despeja cualquier duda a ese respecto.

285. En segundo lugar, aunque la fórmula “jurisprudencia internacional” puede ser sugerente, nada en la historia de la redacción de la disposición confirma la intención de limitar las decisiones judiciales de forma que queden excluidas las decisiones de las cortes y tribunales nacionales. De hecho, como señaló Lauterpacht hace casi un siglo, en 1929, apenas hay ramas del derecho internacional que no hayan sido objeto de tratamiento judicial por cortes y tribunales nacionales⁵⁰⁰. En ese contexto, puede resultar complicado no examinar esas decisiones, lo que denotaría una actitud perjudicial⁵⁰¹ que podría reducir las oportunidades de aprender del tratamiento judicial del derecho internacional en un mundo en el que esas oportunidades no son frecuentes⁵⁰².

286. En tercer lugar, aunque a veces se han expresado dudas en la doctrina, está claro que, en la práctica, las cortes y tribunales internacionales y otros actores invocan con frecuencia las decisiones de cortes y tribunales nacionales como medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho internacional, por ejemplo en el marco de debates sobre el contexto o la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario. A este respecto, cabe señalar que las decisiones de las cortes y tribunales nacionales desempeñan una doble función en el sentido de que, además de servir de medio auxiliar, también indican la práctica de los Estados y pueden servir

⁴⁹⁶ La Comisión, en el contexto del tema de la identificación del derecho internacional consuetudinario, ha propuesto definiciones de trabajo de las “cortes y tribunales internacionales” y los tribunales “híbridos” que resultan un útil punto de partida a los efectos del presente tema.

⁴⁹⁷ Hugh Thirlway, *The Sources of International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2019), pág. 124.

⁴⁹⁸ *Ibid.*

⁴⁹⁹ Pellet, “Article 38”, pág. 854.

⁵⁰⁰ H. Lauterpacht, “Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law”, *British Yearbook of International Law*, vol. 10 (1929), págs. 65 y ss., en especial pág. 67.

⁵⁰¹ *Ibid.*

⁵⁰² *Ibid.*

de base para determinar la *opinio iuris*. En las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, la Comisión señala que la práctica de los Estados consiste en el comportamiento del Estado, ya sea en el ejercicio de sus funciones ejecutivas, legislativas, judiciales o de otra índole⁵⁰³. Las decisiones de las cortes y tribunales nacionales se consideraron pertinentes como forma de prueba de la práctica judicial del Estado. También podían ser medios auxiliares.

287. Aunque la práctica puede adoptar formas muy diversas y no existe una jerarquía predeterminada, incluye las “decisiones de las cortes y tribunales nacionales”⁵⁰⁴. Esta pauta es evidente en la abundante práctica de la Corte Internacional de Justicia, así como de la Corte Permanente de Justicia Internacional. Por ejemplo, en la causa relativa a la *Orden de detención*⁵⁰⁵, para determinar si los ministros de asuntos exteriores gozaban de inmunidad, la Corte examinó, entre otras cosas, decisiones de cortes y tribunales nacionales, como la Cámara de los Lores en la causa *Pinochet* y la causa *Gaddafi* en Francia, como forma de práctica estatal en derecho internacional consuetudinario en los siguientes términos:

La Corte ha examinado detenidamente la práctica de los Estados, incluida la legislación nacional y las escasas decisiones de las cortes y tribunales superiores nacionales, como la Cámara de los Lores o el Tribunal de Casación francés. No ha podido deducir de esa práctica la existencia, en derecho internacional consuetudinario, de ningún tipo de excepción a la regla que reconoce inmunidad de jurisdicción penal e inviolabilidad a los ministros de asuntos exteriores en ejercicio cuando sean sospechosos de haber cometido crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad⁵⁰⁶.

288. En otra causa, relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)*, la Corte determinó que un Estado tiene derecho a la inmunidad respecto de los *acta iure imperii* cometidos por sus fuerzas armadas en el territorio de otro Estado, para lo que examinó *in extenso* las decisiones de las cortes y tribunales nacionales de Egipto, Italia y el Reino Unido, así como de Alemania, entre otros⁵⁰⁷. Existen otros ejemplos en que se ha adoptado este tipo de enfoque.

⁵⁰³ Conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, con sus comentarios, *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), pág. 26, conclusión 5.

⁵⁰⁴ *Anuario ... 2018*, vol. II (segunda parte), pág. 118.

⁵⁰⁵ *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, [Cuestiones de fondo], fallo, *I.C.J. Reports 2002*, núm. 121, pág. 3.

⁵⁰⁶ *Ibid.* pág. 24, párr. 58.

⁵⁰⁷ “La Corte examina seguidamente la práctica de los Estados plasmada en los fallos de las cortes y tribunales nacionales con respecto a la inmunidad del Estado en relación con los actos de las fuerzas armadas. Las cortes y tribunales nacionales han examinado en varias ocasiones la cuestión de si un Estado tiene derecho a la inmunidad en los procedimientos relativos a actos ilícitos presuntamente cometidos por sus fuerzas armadas estacionadas o visitantes en el territorio de otro Estado con el consentimiento de este. Las decisiones de tribunales de Egipto (*Bassionni Amrane v. John*, *Gazette des Tribunaux mixtes d’Egypte*, enero de 1934, pág. 108, *Annual Digest*, vol. 7, pág. 187); Bélgica (*S.A. Eau, gaz, électricité et applications v. Office d’aide mutuelle*, Tribunal de Apelaciones, Bruselas, *Pasicrisie belge*, 1957, vol. 144, segunda parte, pág. 88, *ILR*, vol. 23, pág. 205); y Alemania (*Immunity of the United Kingdom*, Tribunal de Apelación de Schleswig, *Jahrbuch für Internationales Recht*, 1957, vol. 7, pág. 400, *ILR*, vol. 24, pág. 207) son ejemplos anteriores de casos en que cortes y tribunales nacionales han concedido la inmunidad cuando los actos de las fuerzas armadas extranjeras eran *acta iure imperii*. Desde entonces, varias cortes y tribunales nacionales han determinado que un Estado goza de inmunidad respecto de los daños causados por buques de guerra (*United States of America v. Eemshaven Port Authority*, Tribunal Supremo de los Países Bajos, *Nederlandse Jurisprudentie*, 2001, núm. 567, *ILR*, vol. 127, pág. 225; *Allianz Via Insurance v. United States of America* (1999), Tribunal de Apelaciones de Aix-en-Provence, sala segunda, sentencia de 3 de septiembre de 1999, *ILR*, vol. 127, pág. 148) o en el marco de maniobras militares (*FILT-CGIL Trento v. United States of America*, Tribunal de Casación de Italia, *Rivista di diritto*

289. También se invocaron las decisiones de cortes y tribunales nacionales en la causa *Lotus*⁵⁰⁸. En dicha causa clásica, la Corte Permanente de Justicia Internacional estudió la contribución de las decisiones de las cortes y tribunales nacionales a la formación del derecho internacional en materia de jurisdicción⁵⁰⁹. Sin embargo, la Corte Permanente también dictaminó que el párrafo 1 d) del Artículo 38 “simplemente se ajusta a la regla bien establecida de que, cuando administran justicia entre Estados independientes, las cortes y tribunales internacionales, ya sean permanentes o temporales, no deben considerar que las sentencias de las cortes y tribunales de un Estado sobre cuestiones de derecho internacional son vinculantes para otros Estados, sino que, reconociendo a dichas sentencias el peso debido a la opinión de un determinado país expresada a nivel judicial, solo deben aplicarlas como precedente en la medida en que sean conformes al derecho internacional, que es el derecho común a todos los países”⁵¹⁰.

290. En algunas ramas del derecho internacional, como el derecho penal internacional, de hecho son las decisiones de las cortes y tribunales nacionales las que han permitido o enriquecido la aplicación del derecho internacional debido a que el derecho penal internacional, en lo que respecta tanto a cuestiones procesales como de fondo, se encuentra todavía en una etapa relativamente temprana de su desarrollo en el derecho internacional. Ello obedece en parte a que a la dificultad que tienen los legisladores internacionales “para conciliar tradiciones nacionales muy diversas y a menudo contradictorias en materia de derecho penal y procedimiento penal mediante el establecimiento de normas generales que puedan tener debidamente en cuenta dichas tradiciones”⁵¹¹. En cambio, “ha surgido una abundante jurisprudencia sobre crímenes internacionales”, en especial tras la Segunda Guerra Mundial⁵¹². Esa jurisprudencia ha tenido “una importancia fundamental para determinar el derecho vigente”⁵¹³ y ha vertebrado la aplicación concreta del derecho penal internacional. Esto es así desde que comenzó a desarrollarse ese ámbito en torno a la Segunda Guerra Mundial.

291. Por ejemplo, en su sentencia, el Tribunal Militar Internacional de Núremberg, al analizar las fuentes del derecho, determinó que el derecho de la guerra no solo se encontraba en los tratados, sino también “en las costumbres y prácticas de los Estados que habían ido ganando gradualmente el reconocimiento universal, y en los principios generales de justicia aplicados por los juristas y practicados por los *tribunales militares*”⁵¹⁴. Muchos decenios después, el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia adoptó un enfoque similar, por ejemplo cuando una Sala de Primera Instancia en la causa *Kupreškić* determinó que, al ser “de naturaleza internacional y aplicar el derecho internacional *principaliter*”, estaba obligada a basarse en las

internazionale, vol. 83, 2000, pág. 1155, *ILR*, vol. 128, pág. 644). Los tribunales del Reino Unido han sostenido que el derecho internacional consuetudinario exige que se reconozca la inmunidad en los procedimientos por actos ilícitos cometidos por fuerzas armadas extranjeras en el territorio del Reino Unido si los actos en cuestión son *acta jure imperii* (*Littrell v. United States of America* (núm. 2), Tribunal de Apelaciones [1995] 1, *Weekly Law Reports* (WLR) 82), *ILR*, vol. 100, pág. 438; *Holland v. Lampen-Wolfe*, Cámara de los Lores, [2000] 1 WLR 1573; *ILR*, vol. 119, pág. 367).

⁵⁰⁸ *The Case of the S.S. “Lotus” (France v. Turkey)*, fallo, *P.C.I.J.*, serie A 1927, núm. 10, págs. 23, 26, 28 y 29.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, párr. 254.

⁵¹⁰ *Ibid.*, párr. 253.

⁵¹¹ *Prosecutor v. Zoran Kupreškić*, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, fallo, Sala de Primera Instancia, causa núm. IT-95-16-T, 14 de enero de 2000, pág. 133, párr. 539. <https://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>.

⁵¹² *Ibid.*, pág. 213, párr. 537. <https://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>.

⁵¹³ *Ibid.*, pág. 215, párr. 541.

⁵¹⁴ Sentencia del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, octubre de 1946, pág. 54: [IMTJudgment.Endversion+Deckblatt \(crimeofaggression.info\)](https://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf).

fuentes bien establecidas del derecho internacional y, en ese marco, en decisiones judiciales⁵¹⁵.

292. En dicha causa, citando el párrafo 1 d) del Artículo 38, que consideró “declarativo del derecho internacional consuetudinario”⁵¹⁶, la Sala de Primera Instancia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia señaló que las decisiones judiciales solo debían utilizarse como “medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho”⁵¹⁷. Luego abordó la pertinencia y el peso que debían reconocerse a las decisiones de las cortes y tribunales nacionales en comparación con las decisiones de las cortes y tribunales internacionales. Determinó que se debía otorgar un “gran valor”⁵¹⁸ a las decisiones de las cortes y tribunales penales internacionales y que, en numerosos casos, “podía atribuirse el mismo valor a las decisiones relativas a crímenes internacionales dictadas por cortes y tribunales nacionales”⁵¹⁹. De hecho, los juicios por crímenes de guerra celebrados por las potencias aliadas en sus respectivas zonas de ocupación con arreglo a la Ley núm. 10 del Consejo de Control sentaron una importante jurisprudencia que ha resultado ser muy pertinente para las cortes y tribunales penales internacionales actuales: no solo el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, sino también el Tribunal Penal Internacional para Rwanda, el Tribunal Especial para Sierra Leona y la Corte Penal Internacional.

293. Por otra parte, las cortes y tribunales nacionales tienen mucha más experiencia en la aplicación del derecho y el procedimiento penales, por lo que no solo son una fuente de principios generales del derecho que, al ser una fuente del derecho, pueden aplicarse en el contexto de procedimientos concretos, sino que además contribuyen a colmar lagunas a nivel judicial cuando no existen normas de derecho internacional o estas no están suficientemente desarrolladas. La cuestión es que del examen de la práctica judicial de los Estados puesta de manifiesto en las decisiones de las cortes y tribunales nacionales pueden derivarse tanto normas de derecho consuetudinario como principios generales del derecho. Si bien es cierto que los aspectos penales del derecho internacional se derivan de las fuentes establecidas en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, como ha argumentado Bassiouni, no es menos cierto que dichas fuentes tienen ahora un mayor alcance y que existe un importante grado de interrelación con el derecho penal nacional⁵²⁰. Ese proceso contribuye a armonizar los aspectos sustantivos y procesales de los sistemas de justicia penal internacionales y nacionales.

294. La abundante práctica de las cortes y tribunales penales internacionales respalda esta tesis. Bastaría con citar algunos ejemplos. En la causa *Pavle Strugar*⁵²¹, por ejemplo, la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia confirmó el razonamiento de la Sala de Primera Instancia para determinar si el acusado era apto para ser juzgado. El Estatuto del Tribunal no decía nada al respecto, por lo que los magistrados analizaron, entre otras cosas, la jurisprudencia de las cortes y tribunales *nacionales* de diversas jurisdicciones de derecho anglosajón y de

⁵¹⁵ *Prosecutor v. Zoran Kupreškić*, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, fallo, Sala de Primera Instancia, causa núm. IT-95-16-T, 14 de enero de 2000, párr. 540.

⁵¹⁶ *Ibid.*

⁵¹⁷ *Ibid.*

⁵¹⁸ *Ibid.*, párr. 541.

⁵¹⁹ *Ibid.*

⁵²⁰ M. Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, 2ª ed. (Países Bajos: Martinus Nijhoff Publishers, 2013), pág. 11. (El autor explica además las particularidades del derecho penal internacional y las dificultades que plantea una disciplina que, por un lado, guarda relación con un sistema westfaliano basado en la soberanía y, por otro, pretende atribuir responsabilidad a los particulares).

⁵²¹ *Pavle Strugar*, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Apelaciones, causa núm. IT-01-42-A, 23 de junio de 2008, puede consultarse en <https://www.icty.org/x/cases/strugar/acord/en/080623.pdf>.

tradición romanista para determinar que dicha norma debía necesariamente formar parte del derecho internacional.

295. Del mismo modo, en la causa *Erdemović*⁵²², la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia estudió si existía una norma de derecho internacional consuetudinario que previera la posibilidad o no de invocar la coacción como eximente. Tras analizar la condición de eximente parcial o total de la coacción en los sistemas de derecho anglosajón y de tradición romanista, la Sala de Apelaciones también examinó determinada jurisprudencia sobre la coacción en las cortes y tribunales nacionales. Dicha jurisprudencia permitió determinar si esa eximente existía y, en caso afirmativo, cómo debían aplicarlas las cortes o tribunales internacionales.

296. En la causa *Furundžija*⁵²³, la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia examinó no solo sistemas jurídicos nacionales, sino también la jurisprudencia de diversas jurisdicciones de derecho anglosajón, como el Reino Unido, Australia, Sudáfrica, el Canadá y los Estados Unidos, y de algunas jurisdicciones de tradición jurídica romanista, como Alemania y Suecia, para determinar la forma en que los sistemas jurídicos nacionales interpretaban el requisito de imparcialidad de los jueces. Para ello procedió a realizar un examen comparativo de la aplicación del criterio de la apariencia de parcialidad. En última instancia, concluyó que existía una regla general según la cual el juez no solo debe ser imparcial subjetivamente, sino que además no debe haber objetivamente ninguna circunstancia que cree una apariencia de parcialidad⁵²⁴.

297. En cualquier caso, en consonancia con lo que antecede, la Comisión, en sus estudios sobre los medios de hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario⁵²⁵ y, más recientemente, sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario⁵²⁶, ha considerado que las decisiones de las cortes y tribunales nacionales también pueden ser pertinentes para determinar la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional, aunque solo sean medios auxiliares para la determinación de dichas normas⁵²⁷. Dicho de otro modo, como se indica en el memorando de la Secretaría analizado en el capítulo V del presente informe, las decisiones de las cortes y tribunales nacionales tienen una “doble función”: “como forma de práctica de los Estados y como medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho internacional”⁵²⁸. El Relator no tiene ninguna razón de peso para recomendar a la Comisión que se aparte de esa meditada posición, que también tenía el apoyo de los Estados.

298. Dicho esto, aunque ya debería ser evidente que las decisiones de las cortes y tribunales nacionales desempeñan un papel importante, conviene hacer tres observaciones, por no decir precisiones, adicionales. En primer lugar, el valor

⁵²² *Dražen Erdemović*, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Apelaciones, causa núm. IT-96-22-A, 7 de octubre de 1997, puede consultarse en <https://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-aj971007e.pdf>.

⁵²³ *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Apelaciones, causa núm. IT-95-17/1-A, 21 de julio de 2000, puede consultarse en <https://www.icty.org/x/cases/furundzija/acjug/en/fur-aj000721e.pdf>.

⁵²⁴ *Ibid.*, párr. 189.

⁵²⁵ Comisión de Derecho Internacional, “Medios de hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario”. Puede consultarse en https://legal.un.org/ilc/guide/1_4.shtml.

⁵²⁶ Comisión de Derecho Internacional, “La identificación del derecho internacional consuetudinario”. Puede consultarse en https://legal.un.org/ilc/guide/1_13.shtml.

⁵²⁷ Conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, pág. 101, párrafo 2, párrafo 3) del comentario a la conclusión 3, párrafo 2) del comentario a la conclusión 6.

⁵²⁸ Memorando de la Secretaría, A/CN.4/759, párr. 15.

potencial de tales decisiones variará en función de numerosas consideraciones, entre ellas la naturaleza de la cuestión jurídica objeto de la decisión, la calidad del razonamiento de la decisión y el tribunal u organismo que la emita (a este respecto, en igualdad de condiciones, cuanto más alto sea el tribunal, más probable será que se atribuya mayor peso a sus decisiones). Estos aspectos hasta cierto punto guardan relación con la coherencia interna de la decisión y con la medida en que esta se ajuste a los criterios con que se espera que actúe el tribunal para determinar la existencia o no de normas de derecho internacional aplicables. Por ejemplo, toda decisión que pretenda aplicar una norma de derecho internacional consuetudinario para resolver una determinada cuestión probablemente se considerará más aceptable si se basa en un examen exhaustivo de la existencia de una práctica general aceptada como derecho. Por la misma razón, las decisiones mal fundamentadas que no cumplan esos criterios difícilmente serán aceptadas.

299. Un aspecto más externo de la decisión que también indica la calidad de esta es si ha sido seguida por otras cortes o tribunales de dentro o, mejor aún, fuera de la jurisdicción en cuestión, así como por los Estados. Como concluyó la Comisión en relación con el derecho internacional consuetudinario en una argumentación que quizá podría hacerse a nivel mucho más general, “[o]tras consideraciones que podrían tenerse en cuenta, en función de las circunstancias, son la naturaleza de la corte o el tribunal, la mayoría por la que se adoptó la decisión y las normas los procedimientos aplicados por la corte o el tribunal”⁵²⁹.

300. En segundo lugar, y a pesar de las razones antes mencionadas para invocarlas como medios auxiliares, las decisiones de las cortes y tribunales nacionales que pretenden enunciar normas de derecho internacional deben examinarse con cautela, ya que pueden reflejar una visión limitada o estar basadas en peculiaridades de sus respectivos sistemas jurídicos⁵³⁰. Así lo reconoce la Comisión en relación con los dos temas en que examina las fuentes⁵³¹. La Sala de Primera Instancia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, en la causa *Kupreškić* mencionada anteriormente, también señala que las cortes y tribunales penales internacionales “siempre deben evaluar cuidadosamente las decisiones de otras cortes y tribunales antes de considerar autorizada su interpretación del derecho vigente”⁵³². Además, considera que deben “examinar las decisiones de las cortes y tribunales nacionales de forma más estricta que las sentencias internacionales, ya que estas últimas al menos se basan en el mismo *corpus* de derecho que el aplicado por las cortes y tribunales internacionales, mientras que las primeras tienden a aplicar o privilegiar el derecho interno, o incluso a interpretar las normas internacionales a través del prisma de la legislación nacional”⁵³³.

301. En tercer y último lugar, la práctica más reciente de los Estados indica que, al menos en determinadas materias, puede ser difícil trazar una línea divisoria entre las decisiones de las cortes y tribunales nacionales y de las cortes y tribunales internacionales. Ello se debe a que, en especial en algunos ámbitos como el derecho penal internacional, cada vez hay más práctica de los Estados consistente en establecer cortes y tribunales “híbridos” o “mixtos”.

⁵²⁹ *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte).

⁵³⁰ James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9ª ed. (Oxford: Oxford University Press, 2019), pág. 41.

⁵³¹ Conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, con sus comentarios, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2018*, vol. II (segunda parte), pág. 91.

⁵³² *Prosecutor v. Zoran Kupreškić*, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, fallo, Sala de Primera Instancia, causa núm. IT-95-16-T, 14 de enero de 2000, párr. 542.

⁵³³ *Ibid.*, págs. 213 a 215, párrs. 537 a 541.

302. Aunque, desde la perspectiva del párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, puede ser útil clasificar las decisiones judiciales en dos categorías (decisiones de cortes y tribunales nacionales y de cortes y tribunales internacionales) y quizás incluso otra categoría mixta (decisiones de cortes y tribunales híbridos), en muchos aspectos la consideración más importante probablemente no sea si las decisiones judiciales han sido adoptadas por cortes y tribunales nacionales o internacionales propiamente dichos, sino más bien si se trata de decisiones judiciales de cortes y tribunales que aplican principalmente el derecho interno (decisiones judiciales nacionales) o de cortes y tribunales⁵³⁴ que aplican principalmente el derecho internacional (decisiones judiciales internacionales)⁵³⁵. Por consiguiente, en lugar de establecer categorías centradas indebidamente en la naturaleza o el tipo de corte o tribunal en sí, es preciso centrar la atención en la *naturaleza* o el *tipo de derecho* que estos apliquen. Esto parece ajustarse a la interpretación de la Sala de Primera Instancia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Kupreškić*⁵³⁶.

C. El sentido del término “doctrinas”

303. En el párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se establece que la Corte deberá aplicar “... las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho...”. Al igual que ocurre con la categoría de las “decisiones judiciales” mencionada al principio del apartado d), ni la Carta de las Naciones Unidas (Capítulo XIV) ni el Estatuto o los documentos secundarios de la Corte, en particular su Reglamento o las Directrices sobre la Práctica, definen el término “doctrinas”. Descamps, que, como ya se ha comentado, fue quien propuso el texto inicial de lo que acabó convirtiéndose en este artículo, fue el único miembro del Comité Consultivo que habló de *doctrinas* de juristas autorizados⁵³⁷. Ni la Corte ni su predecesora tenían motivos para definir las doctrinas como una categoría en su práctica. Ese término tampoco se ha definido en las opiniones individuales de los magistrados que más suelen citar doctrina en sus opiniones separadas. Por lo tanto, conviene examinar el sentido corriente del término a fin de aclarar a qué se refiere esta parte de la instrucción a la Corte.

304. El texto del encabezamiento del párrafo 1 establece que la Corte “deberá aplicar” las doctrinas como medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho. Antes de analizar el texto, se plantea la cuestión de si el enunciado del Artículo 38 *exige* o *permite* que la Corte examine las doctrinas. Como ocurre con otros aspectos de la disposición del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia probablemente más controvertida, las opiniones de los académicos parecen divididas. A primera vista, el texto parece obligar a los magistrados a hacerlo. Por ejemplo, Lauterpacht sostiene que el artículo es imperativo en lo que respecta a las “doctrinas de los publicistas” como fuente auxiliar del derecho que debe aplicar la Corte⁵³⁸. Citando a Sorensen, considera que la historia de la redacción no indica en modo

⁵³⁴ Cabe suponer que estas cortes y tribunales incluyen los Órganos de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio.

⁵³⁵ Aldo Z. Borda, “A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals”, *European Journal of International Law*, vol 24, núm. 2 (2013), págs. 649 y ss., en especial pág. 658.

⁵³⁶ *Prosecutor v. Zoran Kupreškić*, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, fallo, Sala de Primera Instancia, causa núm. IT-95-16-T, 14 de enero de 2000.

⁵³⁷ *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920*, pág. 324.

⁵³⁸ Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1982), pág. 24.

alguno que la autoridad así conferida a la Corte *deba* ser únicamente *nominal*⁵³⁹. En otras palabras, señala que, si bien en la práctica se cita de forma indiscriminada a autores en los alegatos escritos y orales de las partes, no por ello hay que ignorar siempre por completo las opiniones de los autores⁵⁴⁰. Concluye que la abundante cita de obras académicas en los alegatos escritos y orales no solo no es útil, sino que incluso puede ser problemática. Otro autor, Jennings, parece estar de acuerdo en que existe la obligación de tener en cuenta la doctrina y sostiene que la Corte está obligada a consultar los escritos de los publicistas más eminentes⁵⁴¹.

305. Con todo, como otro autor ha observado más recientemente, el hecho de que los magistrados consulten obras académicas no significa que reconozcan su autoridad o vayan a citarlas necesariamente⁵⁴². Los indicios circunstanciales que aporta, entre ellos entrevistas a magistrados, parecen confirmar lo contrario: que, de hecho, las obras académicas se consultan más que se citan oficialmente, al menos en las opiniones mayoritarias de la Corte⁵⁴³. El empleo de la doctrina en la práctica se analizará más adelante. Por el momento, conviene aclarar primero qué se entiende por doctrina.

306. Según la definición del diccionario, que *no* se recoge en el párrafo 1 d) del Artículo 38 porque puede resultar obvia, “doctrina” es “obra académica”, y “doctrinas” (en plural) “ideas, en especial políticas, religiosas o sociales, sustentadas por una persona o grupo y transmitidas a otras personas”⁵⁴⁴. A los efectos del tema, por tanto, las doctrinas serían las ideas sobre cuestiones jurídicas internacionales sustentadas por una persona o grupo y transmitidas a otros. En el contexto de su estudio detallado de las doctrinas, Helmersen considera que la definición básica está clara: obras y artículos académicos publicados en revistas especializadas cuyos autores no son Estados, organizaciones intergubernamentales ni cortes y tribunales y que pueden utilizarse para responder a cuestiones jurídicas⁵⁴⁵.

307. Dado que el sentido del término “doctrinas” es evidente, es preciso determinar su alcance, lo que resulta más difícil. Tanto el término “doctrinas” como sus sinónimos designan claramente una categoría amplia, que incluye tanto obras escritas como conferencias. No obstante, aunque eso pueda ser lo primero que viene a la mente al oír hablar de doctrinas, estas no deben entenderse de forma tan limitada. De hecho, quizá sea mejor entenderlas en un sentido más general habida cuenta de las posibilidades que pueden ofrecer los avances tecnológicos. De hecho, en su labor anterior, la Comisión ha determinado que tanto las “doctrinas” como los “escritos de los especialistas” “deben entenderse en un sentido amplio”⁵⁴⁶. También ha considerado que la categoría incluye “la doctrina en forma no escrita, como conferencias y material audiovisual”⁵⁴⁷. El Relator Especial suscribe esta

⁵³⁹ *Ibid.*, pág. 25.

⁵⁴⁰ Lauterpacht, *The Development of International Law*, pág. 25.

⁵⁴¹ Robert Y. Jennings, “The Progressive Development of International Law and its Codification”, *The British Yearbook of International Law*, vol. 24 (1947), págs. 301 y ss., en especial pág. 308.

⁵⁴² Sondre Torp Helmersen, “Scholarly-Judicial Dialogue in International Law”, *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 16 (2017), págs. 464 y ss., en especial págs. 472 y 473.

⁵⁴³ *Ibid.*, pág. 474.

⁵⁴⁴ Véase el Oxford Advanced Learner’s Dictionary en OxfordLearnersDictionaries.com.

⁵⁴⁵ Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, pág. 45.

⁵⁴⁶ Comisión de Derecho Internacional, (A/CN.4/710/Rev.1), párrafo 1) del comentario a la conclusión 14 [conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario] [2018].

⁵⁴⁷ Comisión de Derecho Internacional, (A/CN.4/710/Rev.1), párrafo 1) del comentario a la conclusión 14. Véanse también Michael Wood “Tercer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial” (A/CN.4/682), pág. 121, y Charles C. Jalloh “Statement on the Identification of Customary International Law Statement of the Chairperson of the Drafting Committee”, pág. 15.

interpretación. Así pues, cabe concluir que las doctrinas comprenden tanto los escritos de los especialistas como las conferencias grabadas, el material audiovisual y, para el caso, cualquier otro formato de difusión que pueda existir en el futuro.

308. Sea cual sea la forma que adopte, las razones para remitirse a las doctrinas son múltiples. A los efectos del tema, hay tres cuestiones que parecen especialmente importantes. En primer lugar, la doctrina puede contribuir de manera fundamental a la interpretación de las normas de derecho internacional. A efectos prácticos, cabe hablar de función interpretativa de la doctrina. Los escritos de especialistas solo pretenden ser elementos de interpretación auxiliares y no pueden ser una fuente. Así se desprende del proceso de redacción de la disposición, en el que, al igual que en el caso de los principios generales del derecho, los proponentes consideraron que la doctrina podía ayudar a los magistrados a identificar, interpretar, determinar o aclarar la existencia de normas o principios que pudieran ser de utilidad para no declarar un *non liquet*. En ese sentido, como explicó el Presidente Descamps, los magistrados podían recurrir a los tratados a fin de determinar la mejor forma de aplicar los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho y, al hacerlo, podían consultar obras académicas como prueba de la existencia de normas positivas de derecho internacional⁵⁴⁸. En resumen, son de carácter auxiliar pero constituyen recursos útiles para identificar las normas de derecho internacional aplicables.

309. En segundo lugar, según el prestigio y la capacidad de persuasión que tenga el autor, la doctrina puede promover opiniones que podrían influir en el comportamiento de los Estados y con el tiempo contribuir indirectamente a modificar el derecho en su estado actual⁵⁴⁹. Esta sería la función persuasiva de la doctrina. Lo que esto significa en términos históricos es que el análisis sistemático de las argumentaciones jurídicas puede ser útil y atribuir cierta influencia a determinados autores, aunque ello dependerá de la autoridad que se les reconozca.

310. En tercer lugar, la doctrina, en especial la de grupos de expertos, puede impulsar la codificación o el desarrollo progresivo del derecho o propugnar la reforma de este incluso antes de que los Estados y otros actores internacionales estén dispuestos a hacerlo⁵⁵⁰. Cabe hablar aquí de función de codificación o desarrollo progresivo de la doctrina. Por ejemplo, probablemente ningún especialista en derecho internacional puede negar la influencia fundamental de autores como Grocio o, por poner un ejemplo relativamente más reciente, de Gidel, de quien se dice que fue el primero en proponer la teoría de la zona contigua para armonizar sistemáticamente la práctica de los Estados en el ámbito del derecho del mar, o de Cherif-Bassiouni en materia de derecho penal internacional⁵⁵¹. Del mismo modo, sería difícil negar la influencia de la doctrina de la Asociación de Derecho Internacional, el Harvard Research in International Law, el CICR o los expertos de los órganos de tratados de las Naciones Unidas facultados por los Estados en determinados ámbitos del derecho internacional. En estos casos, puede incluso haber cierto solapamiento entre las obras de los académicos y las obras de los grupos de expertos, lo que tendría una enorme influencia en la configuración de las normas fundamentales del derecho internacional, como ha argumentado Bonaya Godana, por ejemplo, en relación con el derecho de los cursos de agua internacionales⁵⁵². Godana observó que las opiniones de autores

⁵⁴⁸ *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920*, págs. 318 y 319.

⁵⁴⁹ James L. Brierley, *The Law of Nations* (Oxford University Press, 1955), 5ª ed., pág. 66.

⁵⁵⁰ Véase, en este sentido, Sandesh Sivakumaraan, “Beyond States and Non-State Actors: The Role of State-Empowered Entities in the Making and Shaping of International Law”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 55 (2017), pág. 343.

⁵⁵¹ Véase F. Woolridge, *Contiguous Zone*, EPIL I (1993), págs. 779 a 83.

⁵⁵² Bonaya Godana, *Africa's Shared Water Resources: Legal and Institutional Aspects of the Nile, Niger and Senegal River Systems* (Boulder: Lynne Rienner, 1985), pág. 24.

como H.A. Smith⁵⁵³ y el Instituto de Derecho Internacional en relación con la aprobación de su resolución de Madrid de 1911 y de las Reglas de Helsinki de 1966 influyeron particularmente en el desarrollo de ese *corpus* de derecho⁵⁵⁴. Por supuesto, ese es solo uno de los muchos ejemplos posibles, pero hay más, en otras ramas del derecho internacional, protagonizados por otras entidades con vínculos estrechos con los Estados. En el derecho de los conflictos armados, nadie puede negar el importante papel del CICR, que, entre sus muchas contribuciones, elaboró, tras casi diez años de trabajos dirigidos por expertos, una monumental recopilación del derecho internacional humanitario consuetudinario aplicable en los conflictos armados internacionales y no internacionales⁵⁵⁵. En el derecho del mar, Penelope Ridings ha señalado la dialéctica existente entre la doctrina, la práctica y las decisiones judiciales con ejemplos concretos y ha sostenido que las obras académicas pueden tener una influencia directa o indirecta en la labor de configuración y desarrollo del derecho del mar llevada a cabo por las cortes y tribunales internacionales⁵⁵⁶.

311. Llama la atención que la práctica nacional de los Estados, incluida la práctica judicial, atribuya un papel similar a la doctrina. Así se confirma en la opinión del Magistrado Gray del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, que, en un pasaje muy citado en la causa *Paquete Habana*, 20 años antes de que se redactara el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, confirma la función auxiliar de la doctrina también para las cortes y tribunales nacionales:

⁵⁵³ Véanse Herbert Arthur Smith, *The Economic Uses of International Rivers* (Londres: P.S. King, 1931) (obra calificada de hito en el desarrollo de la doctrina del reparto equitativo); y C.B. Bourne, “The Right to Utilize the Waters of International Rivers”, *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 3 (1965), págs. 187 a 264. Existen otros ejemplos en otras ramas del derecho internacional, como el derecho de los conflictos armados, sobre el cual el Instituto de Derecho Internacional aprobó un manual en Oxford el 9 de septiembre de 1880. El Instituto, que no proponía un tratado, trató de exponer claramente las ideas aceptadas del momento que consideró que podían servir de base a las legislaciones nacionales. Dicho documento tuvo una enorme influencia. [The Laws of War on Land. Oxford, 9 de septiembre de 1880. \(umn.edu\)](#). Otro especialista en derecho internacional que tuvo una influencia similar en el derecho de la guerra fue el profesor Francis Lieber, de la Facultad de Derecho de Columbia, que estableció las reglas sobre conducción de las hostilidades promulgadas el 24 de abril de 1863 por el Presidente Abraham Lincoln para el ejército federal de los Estados Unidos durante la guerra civil que asoló al país. El [Código Lieber](#), también conocido como Orden General núm. 100 o Instrucciones del Gobierno para los Ejércitos de los Estados Unidos en el Campo de Batalla, influyó después enormemente en la labor de codificación del derecho de la guerra en muchos otros países como Prusia, los Países Bajos (1871), Francia (1887), Suiza (1878), Serbia (1879), España (1889), Portugal (1890), Italia (1896) y el Reino Unido (1884). Más tarde pasó a constituir la base de la Declaración de Bruselas de 1874 y de las Convenciones de La Haya relativas a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1899 y 1907. Véase un comentario en R. Baxter, “The First Modern Codification of the Law of War: Francis Lieber and General Orders No. 100” *IRRC*, vol. 25 (1964), pág. 25; y Theodor Meron, “Francis Lieber’s Code and Principles of Humanity”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36 (1998), pág. 269.

⁵⁵⁴ Véase International Law Association, *Report of the Fifty-Second Conference*, Helsinki, 1966.

⁵⁵⁵ Véase, a este respecto, Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), vols. I y II. Véase también Jean-Marie Henckaerts, “Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict”, *IRRC*, vol. 87 (2005), pág. 175. Por otra parte, dada la dinámica entre la labor de los órganos de expertos y los Estados, hubo aspectos del estudio del CICR que no fueron necesariamente adoptados por todos los Estados. Véanse, por ejemplo, John B. Bellinger III y William J. Haynes II, “A US Government Response to the International Committee of the Red Cross Study Customary International Humanitarian Law”, *IRRC*, vol. 89 (2007), pág. 443; y Jean-Marie Henckaerts, “Customary International Humanitarian Law: A Response to US Comments”, *IRRC*, vol. 89 (2007), pág. 473.

⁵⁵⁶ Penelope J. Ridings, “The Influence of Scholarship on the Shaping and Making of the Law of the Sea”, *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 38 (2023), págs. 11 a 38.

El derecho internacional forma parte del derecho interno, y debe ser comprobado y administrado por los tribunales de justicia de la jurisdicción competente cada vez que tenga que determinar cuestiones de derecho que dependan de él. Para ello, cuando no exista un tratado ni un acto ejecutivo o legislativo o una decisión judicial de control, es preciso recurrir a los usos y costumbres de las naciones civilizadas y, *como prueba de ello*, a las obras de juristas y especialistas, no por sus especulaciones acerca de lo que debería ser el derecho, *sino como prueba fidedigna de lo que el derecho es en realidad* (sin cursiva en el original)⁵⁵⁷.

312. La jurisprudencia posterior de los tribunales estadounidenses se ha adherido esencialmente a esa misma interpretación del lugar que ocupa la doctrina en la determinación de las normas de derecho internacional aplicables. Por ejemplo, en la causa relativamente más reciente *Flores v. Southern Peru Copper Corporation*, el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Segundo Circuito citó la enumeración de las fuentes que figura en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y destacó que las fuentes enunciadas en el párrafo 1 d), a saber, las decisiones judiciales y las doctrinas, eran secundarias o auxiliares respecto de las tres primeras fuentes⁵⁵⁸.

313. Del mismo modo, en la causa *Sosa v. Alvarez-Machain*, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos dictaminó que para determinar el estado actual del derecho internacional había que remitirse en primer lugar a los tratados disponibles, para a continuación evaluar la existencia de actos legislativos o decisiones judiciales de control y, en ausencia de estos, la labor de los juristas y especialistas⁵⁵⁹.

314. Por último, en la causa *United States v. Yousef*, el Segundo Circuito determinó que, si bien las doctrinas no eran fuentes, eran útiles para explicar o aclarar un principio jurídico establecido o un *corpus* de derecho y que, en ese sentido, podían contribuir a arrojar luz sobre una cuestión concreta de derecho internacional solo cuando hubiera que mirar más allá de las opiniones, decisiones y actos de los Estados, y únicamente entonces en menor medida que pruebas más autorizadas como las propias declaraciones, leyes e instrucciones del Estado a sus agentes⁵⁶⁰.

315. La práctica de otros Estados refleja un enfoque similar. En Sierra Leona, la cuestión se ha explicado señalando que el tratamiento de las cuestiones de derecho internacional por los tribunales nacionales del país parece indicar que a menudo se invocan decisiones judiciales de otras cortes y tribunales nacionales e internacionales que se han ocupado de la misma cuestión⁵⁶¹. Ese argumento se ha basado en la sentencia del Tribunal Supremo de Sierra Leona en la causa S.C. núm. 1/2003, *Issa Hassan Sesay et al vs. The President of the Special Court, the Registrar of the Special Court and the Attorney-General and Minister of Justice*, en la que, en relación con una cuestión relativa a la inmunidad de los funcionarios, los jueces se remitieron a la

⁵⁵⁷ Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *The Paquete Habana; The Lola*, 175 US 677, 8 de enero de 1900, pág. 720. El Presidente del Tribunal, el Magistrado Fuller, expresó una opinión disidente y señaló que, si bien las elucubraciones de los autores podían ser persuasivas, no autorizadas.

⁵⁵⁸ Estados Unidos, Tribunal de Apelaciones para el Segundo Circuito, 406 F.3d 65, sentencia, 2003, pág. 83.

⁵⁵⁹ Estados Unidos, Tribunal Supremo, 542 U.S. 734, 2004, págs. 730 y ss., en especial pág. 734. (donde se cita la causa *The Paquete Habana*, 175 U.S., pág. 700). Obsérvese que, en esa causa, el Tribunal no abordó la función de las decisiones judiciales que *no constituyen decisiones de control*, como las contempladas en el párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

⁵⁶⁰ 327 F.3d 56 (2d Cir. 2003).

⁵⁶¹ Véase información presentada por Sierra Leona a la Comisión de Derecho Internacional, 18 de enero de 2023, párr. 8.

decisión de los tribunales del Reino Unido en la causa *Pinochet*⁵⁶² y a la causa relativa a la *Orden de detención* juzgada por la Corte Internacional de Justicia⁵⁶³. Esa misma decisión refleja también la forma en que los tribunales del Estado utilizaban las obras académicas, lo que básicamente llevó a la conclusión de que podían utilizarse las obras de los publicistas para dilucidar las cuestiones planteadas o confirmar la interpretación adoptada por los tribunales⁵⁶⁴.

316. No por tener las funciones mencionadas más arriba (interpretativa, persuasiva y codificadora) puede decirse que la doctrina tenga o pueda pretender tener ninguna autoridad para crear derecho. En cualquier caso, no directamente. Sus opiniones desempeñan una función probatoria indirecta, como se desprende de la práctica de los Estados y de las cortes y tribunales nacionales e internacionales, e, incluso en ese caso, siguen estando subordinadas a las fuentes primarias⁵⁶⁵. Esa función de interpretación, análisis, codificación e incluso reforma del derecho no es única. Está universalmente reconocida y es coherente con la función que, en términos más generales, desempeñan los académicos en cualquier otro sistema jurídico, ya sea nacional, regional o internacional.

317. Por lo que respecta a la práctica de las cortes y tribunales internacionales en el empleo de la doctrina en el sentido del párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, parece haber diferentes enfoques. En los fallos y opiniones mayoritarias de la Corte y su predecesora apenas se cita doctrina. De las más de 155 causas analizadas en un estudio empírico, solo se cita doctrina en 7⁵⁶⁶. Son tan pocas las causas teniendo en cuenta los más de 70 años de historia de la Corte Internacional de Justicia, que pueden mencionarse. Se trata del fallo en la causa relativa a la *Controversia sobre fronteras terrestres, insulares y marítimas*⁵⁶⁷, la opinión consultiva sobre *Namibia*⁵⁶⁸, la causa relativa a la *Isla Kasikili/Sedudu*⁵⁶⁹, la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*⁵⁷⁰, la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*⁵⁷¹, la causa *Nottebohm* (segunda fase)⁵⁷² y la

⁵⁶² Reino Unido, Cámara de los Lores, *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte*, causa núm. [2002] 1 AC 61, 25 de noviembre de 1998; *Ex parte Pinochet Ugarte* (núm. 2), causa núm. [2002] 1 AC 119, 17 de diciembre de 1998; *Ex parte Pinochet Ugarte* (núm. 3), causa núm. [2000] 1 AC 147, 24 de marzo de 1999.

⁵⁶³ *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000*.

⁵⁶⁴ Véase información presentada por Sierra Leona a la Comisión de Derecho Internacional, 18 de enero de 2023, párr. 8.

⁵⁶⁵ Véase, a este respecto, la información presentada por los Estados Unidos, que a su vez, se remitieron a las decisiones de sus tribunales en las causas *El Paquete Habana* (donde se afirma que la labor de los juristas y especialistas solo puede considerarse como prueba fidedigna de qué es derecho en realidad cuando no existe ningún tratado ni derecho interno de control aplicable) y *Sosa v. Alvarez-Machain* (donde se afirma que el tribunal evaluó el estado actual del derecho internacional recurriendo en primer lugar a los tratados y los actos legislativos o decisiones judiciales de control, y en su ausencia, a la labor de los juristas y especialistas).

⁵⁶⁶ Sondre Torp Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, pág. 45.

⁵⁶⁷ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/ Honduras)* (solicitud de intervención), fallo, *I.C.J. Reports 1990*, pág. 92.

⁵⁶⁸ *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. 27.

⁵⁶⁹ *Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia)*, *I.C.J. Reports 1999*, pág. 1045 (13 de diciembre).

⁵⁷⁰ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* [Cuestiones de fondo], fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 14.

⁵⁷¹ *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*, pág. 43.

⁵⁷² *Nottebohm Case* (segunda fase), fallo de 6 de abril de 1955, *I.C.J. Reports 1955*, pág. 4.

opinión consultiva sobre las *Armas nucleares*⁵⁷³. Su predecesora desarrolló en cierto modo esa práctica⁵⁷⁴, como parece desprenderse de las pocas referencias a la doctrina que figuran en las causas *Lotus*⁵⁷⁵, *Ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca*⁵⁷⁶, *Jaworzina*⁵⁷⁷ y *Wimbledon*⁵⁷⁸ y en la opinión consultiva sobre la *Unión Aduanera Austro-alemana*⁵⁷⁹.

318. La aparente tradición de no hacer abundante referencia a la doctrina en los fallos de la Corte Internacional de Justicia puede ser engañosa. No debe llevar a la conclusión equivocada de que los magistrados no consultan la doctrina o no la consideran útil. Por el contrario, la doctrina parece utilizarse ampliamente, no solo en los alegatos de los abogados⁵⁸⁰ y juristas de los Estados ante la Corte Internacional de Justicia y otras cortes y tribunales internacionales, sino también para aclarar el contexto de determinadas normas jurídicas. En efecto, es bien sabido que, si, en general, la Corte no cita mucha doctrina en sus fallos, los magistrados lo hacen frecuentemente en sus opiniones separadas. Esta tendencia, que también refleja la práctica seguida en la época de la Corte Permanente de Justicia Internacional, también parece indicar que pueden haberse planteado durante las deliberaciones pero no haberse mantenido en las opiniones mayoritarias. El valor de la doctrina como material informativo indica que, de hecho, tienen más peso del que cabe suponer si solo se tiene en cuenta el número de veces en que aparecen citadas. Existen incluso indicios circunstanciales que apuntan a que las primeras versiones de los borradores de las decisiones judiciales pueden contener citas de doctrina que posteriormente se eliminan de los fallos por diversas y complejas razones. Por otra parte, en marcado contraste, en algunas cortes y tribunales internacionales se suele hacer abundante referencia a la doctrina, si no en apoyo de postulados de derecho como forma de confirmarlos.

319. Si, por lo general, la Corte Internacional de Justicia, como principal órgano judicial de las Naciones Unidas que puede considerarse el más alto tribunal, no cita doctrina en sus causas, puede resultar tentador suponer que otras cortes y tribunales internacionales también vacilen a la hora de invocar abiertamente obras académicas. Esa suposición sería errónea. Algunas cortes y tribunales internacionales, por ejemplo las cortes y tribunales penales internacionales y las comisiones, cortes y tribunales regionales de derechos humanos, están más dispuestos a recurrir a las autoridades académicas y reconocerlas en sus decisiones y fallos⁵⁸¹. Por ejemplo, la Sala de Primera Instancia del Tribunal Especial para Sierra Leona, en la causa relativa al *Frente Revolucionario Unido*, citó varias obras académicas en la sección sobre conclusiones jurídicas. Al interpretar el artículo 6, párrafo 3, del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, que prevé la responsabilidad de los superiores jerárquicos, la Sala citó una obra destacada sobre derecho penal internacional para

⁵⁷³ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 66.

⁵⁷⁴ [A/CN.4/691](#), págs. 9 a 11, párr. 18.

⁵⁷⁵ *The Case of the S.S. "Lotus" (France v. Turkey)*.

⁵⁷⁶ *Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v. Poland)*.

⁵⁷⁷ *Question of Jaworzina*, opinión consultiva, *P.C.I.J. Series B 1923*, núm. 8 (6 de diciembre).

⁵⁷⁸ *S.S. Wimbledon (U.K. v. Japan)*, opinión consultiva, *P.C.I.J. Series A 1923*, núm. 1. (17 de agosto)

⁵⁷⁹ *Customs Regime between Germany and Austria*, opinión consultiva, *P.C.I.J. Series A/B 1923*, núm. 41 (5 de septiembre).

⁵⁸⁰ Por ejemplo, en la información que presentaron en relación con el tema, de la que se da cuenta en el capítulo II del presente informe, los Estados Unidos confirman que suelen citar obras académicas en sus alegatos en las causas internacionales.

⁵⁸¹ Véase un análisis detenido en Nora Stappert, "¿A New Influence of Legal Scholars? The Use of Academic Writings at International Criminal Courts and Tribunals", *Leiden Journal of International Law*, vol. 31 (2018), pág. 963.

reiterar “el principio de que la responsabilidad de los superiores jerárquicos estaba firmemente anclada en el derecho internacional consuetudinario”⁵⁸² sin entrar a determinar por su cuenta la existencia de práctica de los Estados y *opinio iuris* en ese sentido. También han recurrido a la doctrina de modo similar el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en, entre otras, las causas *Tadić*, *Kunarac* y *Krnojelac*⁵⁸³ y el Tribunal Penal Internacional para Rwanda en las causas *Akayesu*⁵⁸⁴, *Musema*⁵⁸⁵, *Bagilishema*⁵⁸⁶, *Nahimana y otros*⁵⁸⁷, *Gacumbitsi*⁵⁸⁸, *Bagosora y otros*⁵⁸⁹, *Seromba*⁵⁹⁰, *Bikindi*⁵⁹¹ y *Nsabonimana*⁵⁹².

320. La Corte Penal Internacional hizo abundante referencia a revistas y monografías académicas en el fallo en la causa *Lubanga*⁵⁹³. También lo hizo en otras muchas otras decisiones judiciales, que son demasiado numerosas para mencionarlas. Además, en la Corte Penal Internacional parece haber surgido una práctica, basada claramente en la práctica de tribunales *ad hoc* como el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda, el Tribunal Especial para Sierra Leona y las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya que la precedieron, que da mayor relevancia a la labor de los académicos mediante el proceso de *amicus curiae* o amigo del tribunal.

321. Cabe destacar tres aspectos de ese proceso. En primer lugar, la Corte Penal Internacional, incluidas sus Salas de Apelaciones, invita a académicos, en virtud de la regla 103, a que soliciten su legitimación formal como *amicus curiae* o amigos del tribunal para formular observaciones sobre cuestiones jurídicas sustantivas como las

⁵⁸² Véase Tribunal Especial para Sierra Leona, *The Prosecutor v. Issa Hasan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao (RUF case)*, SCSL-04-15 párr. 282, nota 507, donde se cita a Gerhard Werle, *Principles of International Criminal Law* (La Haya: T.M.C. Asser Press, 2005), pág. 372. La Sala a continuación invocó el fallo de la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Celibici* (en el párrafo 195: “el principio de que los mandos militares y otros superiores jerárquicos pueden ser considerados penalmente responsables de los actos de sus subordinados está bien establecido en el derecho convencional y consuetudinario”).

⁵⁸³ A/CN.4/691, párrs. 45 y 46; véanse *Prosecutor v. Duško Tadić*, opinión y fallo, causa núm. IT-94-1-T, Sala de Primera Instancia, 7 de mayo de 1997, párrs. 638 a 643, 650 a 655, 657, 658, 669, 678 a 687, 694 y 696; *Prosecutor v. Kunarac et al.*, fallo, causa núm. IT-96-23-T e IT-96-23/1-T, Sala de Primera Instancia, 22 de febrero de 2001, párrs. 519 a 537. Véase también *Prosecutor v. Krnojelac*, fallo, causa núm. IT-97-25-T, Sala de Primera Instancia II, 15 de marzo de 2002, párr. 58, nota 197.

⁵⁸⁴ Véase *Prosecutor v. Akayesu*, fallo, causa núm. ICTR-96-4-T, Sala de Primera Instancia I, 2 de septiembre de 1998.

⁵⁸⁵ *Prosecutor v. Musema*, Sentencia, fallo, causa núm. ICTR-96-13-A, Sala de Primera Instancia I, 27 de enero de 2000.

⁵⁸⁶ *Prosecutor v. Bagilishema*, fallo, causa núm. ICTR-95-1A-T, Sala de Primera Instancia I, 7 de junio de 2001; *Prosecutor v. Bagilishema*, fallo, causa núm. ICTR-95-1A-A, Sala de Apelaciones, 3 de julio de 2002.

⁵⁸⁷ *Prosecutor v. Nahimana et al.*, fallo y pena, causa núm. ICTR-99-52-T, Sala de Primera Instancia I, 3 de diciembre de 2003; *Prosecutor v. Nahimana et al.*, fallo, causa núm. ICTR-99-52-A, Sala de Apelaciones, 28 de noviembre de 2007.

⁵⁸⁸ *Prosecutor v. Gacumbitsi*, fallo, causa núm. ICTR-2001-64-A, Sala de Apelaciones, 7 de julio de 2006.

⁵⁸⁹ *Prosecutor v. Bagosora and Nsengiyumva*, fallo, causa núm. ICTR-98-41-A, Sala de Apelaciones, 14 de diciembre de 2011.

⁵⁹⁰ *Prosecutor v. Seromba*, fallo, causa núm. ICTR-2001-66-A, Sala de Apelaciones, 12 de marzo de 2008.

⁵⁹¹ *Prosecutor v. Bikindi*, fallo, causa núm. ICTR-01-72-T, Sala de Primera Instancia III, 2 de diciembre de 2008.

⁵⁹² *Prosecutor v. Nsabonimana*, fallo, causa núm. ICTR-98-44D-A, Sala de Apelaciones, 29 de septiembre de 2014.

⁵⁹³ *El Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo*, fallo en primera instancia, causa núm. ICC-o0//04/ol/o6, Sala de Primera Instancia I, 14 de marzo de 2012.

reparaciones y la inmunidad. Cabe destacar que, aunque normalmente los académicos pueden solicitar esa legitimación para formular sus observaciones, como hacen a veces, en algunos de esos casos es la propia Corte Penal Internacional la que los invita. El proceso previsto en la regla 103 es el mismo mecanismo que otras partes, incluidos los Estados partes en el Estatuto de Roma y las organizaciones internacionales (así como las organizaciones no gubernamentales) utilizan (y también son invitadas a utilizar) para enviar sus observaciones a la Corte Penal Internacional.

322. En segundo lugar, y en una práctica emergente que puede ser alabada por algunos y criticada por otros, la Corte Penal Internacional integra los argumentos y opiniones de los académicos en su proceso dirigiéndoles preguntas específicas y dándoles tiempo para exponer argumentos jurídicos ante las salas durante las vistas orales⁵⁹⁴. Podría decirse que esto otorga una influencia considerable a determinados académicos que actúan como intervinientes.

323. Por último, aunque es difícil sacar conclusiones claras sobre la medida en que la Corte Penal Internacional se ha basado en las observaciones de los académicos a que ha invitado a intervenir en sus fallos definitivos, es evidente que ha utilizado las opiniones de estos al menos para confirmar determinadas interpretaciones jurídicas. Así se desprende, por ejemplo, del análisis de la interpretación que hace la Corte Penal Internacional de los elementos de los crímenes de lesa humanidad⁵⁹⁵.

D. El sentido de la expresión “los publicistas de mayor competencia”

324. Como ya se ha mencionado anteriormente, el párrafo 1 d) del Artículo 38 establece que la Corte debe tener en cuenta las doctrinas de los publicistas de mayor competencia. Para la determinación de las normas de derecho, es preciso saber qué se entiende por “publicistas”. Estos académicos deben figurar entre los de mayor competencia. Esto lleva a plantearse ante todo qué es exactamente un publicista o un académico. Curiosamente, la acepción del término “publicista” en el diccionario dice que es un “experto o escritor sobre derecho de gentes o derecho internacional”⁵⁹⁶. La Comisión atribuye básicamente el mismo sentido a la palabra “publicistas” en uno de sus proyectos sobre la cuestión⁵⁹⁷. En el comentario a la conclusión 14 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, explica que el término “abarca a todos aquellos cuya doctrina puede dilucidar cuestiones de derecho internacional”⁵⁹⁸. No parece haber ninguna razón para apartarse de esa interpretación.

325. Sin embargo, es evidente que, según lo dispuesto del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, ser experto en la materia (derecho internacional) es necesario, pero no suficiente. Ello se debe a la precisión que indica que solo puede recurrirse a los *publicistas de mayor competencia*, referencia que, según la Comisión,

⁵⁹⁴ Véase una obra que plantea cuestiones sobre la imparcialidad, representatividad y legitimidad de esta práctica en Sarah Williams, Hannah Woolaver y Emma Palmer, *The Amicus Curiae in International Criminal Justice* (Hart Publishing, 2021).

⁵⁹⁵ Véanse, por ejemplo, las observaciones de los Profesores Robinson, DeGuzman, Jalloh y Cryer en calidad de *Amicus Curiae*, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, ICC-02-/11-01/11, 9 de octubre de 2013 (en las que expresan preocupación por los enfoques innecesariamente estrictos adoptados en las interpretaciones de los crímenes de lesa humanidad y proponen interpretaciones más amplias).

⁵⁹⁶ “*Publicists*”. Oxford English Dictionary (OED 3ª ed., 2013). Puede consultarse en www.oed.com.

⁵⁹⁷ *Ibid.*

⁵⁹⁸ Comisión de Derecho Internacional, “Medios de hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario”, A/CN.4/710/Rev.1, párrafo 4) del comentario a la conclusión 14.

y sin excluir a otros ni desviar la atención de la calidad de la labor en sí misma, pone de relieve que “debe prestarse atención a la doctrina de los eruditos en la materia”⁵⁹⁹. Dicho esto, en el análisis final también se aclaró que lo que importa es la calidad de la obra en cuestión más que la reputación del autor. Entre los factores que deben tenerse en cuenta para evaluar la calidad figuran el enfoque adoptado por el autor y el rigor del trabajo.

326. La etimología del término “publicista”, que en parte viene del francés, confirma la interpretación anterior. Al parecer, ese término se utilizaba en Francia hacia mediados del siglo XVIII para designar a un experto en derecho público. Si comúnmente el término designa un “escritor” y es sinónimo de “autor”, su uso en plural (publicistas), en especial junto a la palabra “doctrinas”, parece indicar que la intención era recurrir no tanto a un autor como a las opiniones colectivas de múltiples escritores⁶⁰⁰. Este último sentido corriente va en consonancia con la historia de la redacción analizada anteriormente, en la que, como se ve en las propuestas iniciales y en los debates posteriores del Comité Consultivo de Juristas, debía centrarse la atención en la doctrina concurrente de los autores que tuvieran una opinión autorizada⁶⁰¹. También se habló de doctrina coincidente⁶⁰². Según un autor, parece evidente que, probablemente, los miembros del Comité Consultivo de Juristas tenían en mente los escritos de solo unos pocos escritores distinguidos, y quizá los principales tratados. La proliferación exponencial de los escritos sobre derecho internacional no tendría lugar hasta después⁶⁰³.

327. En principio, los grupos de expertos serían los productores de doctrina más autorizados. A este respecto, conviene distinguir entre órganos de expertos de carácter “privado” y órganos de expertos de carácter “público”. Otra forma útil de valorar estas entidades, como ha argumentado Sandesh Sivakumaran, es ver si están o no facultados por los Estados⁶⁰⁴. Algunos grupos de expertos de carácter privado son el Instituto de Derecho Internacional, la Hague Academy of International Law, la International Law Association y el Harvard Law Research Institute. Entre los órganos de carácter público, es decir, facultados por los Estados, quizá los más destacados sean los órganos de expertos independientes que mantienen un diálogo o interacción con los Estados⁶⁰⁵. Un buen ejemplo es el CICR, que ha contribuido de manera importante al desarrollo del derecho internacional humanitario contemporáneo⁶⁰⁶.

⁵⁹⁹ “Medios de hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario”, A/CN.4/710/Rev.1, párrafo 4) del comentario a la conclusión 14.

⁶⁰⁰ Véase Omri Sender, “The Importance of Being Earnest: Purpose and Method in Scholarship on International Law”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 53 (2022), págs. 54 y ss., en especial pág. 58.

⁶⁰¹ *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920*, pág. 323.

⁶⁰² *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920*, págs. 332 y 336.

⁶⁰³ Sender, “The Importance of Being Earnest: Purpose and Method in Scholarship on International Law”, pág. 57.

⁶⁰⁴ Véase Sandesh Sivakumaraan, “Beyond States and Non-State Actors: The Role of State-Empowered Entities in the Making and Shaping of International Law”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 55 (2017), pág. 351 (donde se afirma que una entidad facultada por Estados es esencialmente una entidad a la que los Estados han facultado para desempeñar determinadas funciones).

⁶⁰⁵ A. Pellet, “Le droit international à la lumière de la pratique”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 414 (2021), pág. 182; véase también M. Sourang, “Jurisprudence and Teachings”, en M. Bedjaoui (ed.), *International Law: Achievements and Prospects* (París, UNESCO y Dordrecht, Nijhoff, 1991), págs. 283 a 288, en especial págs. 283, 284 y 285; T. Treves, “The Expansion of International Law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 398 (2020), págs. 9 a 398, en especial pág. 190.

⁶⁰⁶ Al CICR le han reconocido una gran autoridad, por ejemplo la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en su decisión en la causa *Tadić* sobre la moción presentada

328. Dicho esto, la doble clasificación que se propone no es exhaustiva y puede incluso estar sujeta a excepciones. Por un lado, puede haber órganos que presenten características tanto públicas como privadas. Por otro, existen órganos, como la Comisión o la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, que mantienen una relación especial con los Estados debido, en parte, a su mandato expreso de prestarles asistencia en la codificación y el desarrollo del derecho internacional. Esas instituciones, así como otros organismos creados por los Estados, deberían constituir una categoría propia dados sus mandatos oficiales, en lugar de incluirse en la categoría de los grupos expertos autores de escritos académicos. La propia labor de la Comisión, como se indica el memorando de la Secretaría, ha atribuido mayor peso a los órganos de expertos que a los escritos elaborados por académicos a título individual, lo que, instintivamente, también parece correcto.

E. El sentido de la expresión “las distintas naciones”

329. Los publicistas deben ser “de las distintas naciones”. Los sinónimos del término “distintas” son “diferentes, diversas, varias y muchas”, mientras que “naciones” se refiere claramente al grupo de personas que forman un Estado⁶⁰⁷. La Comisión ha interpretado que la expresión utilizada en el Estatuto “destaca la importancia de tener en cuenta” “la doctrina representativa de los principales ordenamientos jurídicos y regiones del mundo y en distintos idiomas”⁶⁰⁸.

330. El ánimo de representatividad se deriva de la naturaleza, o al menos aspiración, universalista del derecho internacional como *corpus* de derecho que regula principalmente las relaciones entre distintos Estados soberanos. Si bien, cuando se redactó el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, había menos de un tercio del número de Estados que existen actualmente, y aún menos diversidad en el colegio invisible del derecho internacional⁶⁰⁹ del que podían provenir los publicistas de mayor competencia, hoy en día lo lógico es que, si citan o tienen en cuenta trabajos académicos, los jueces consulten los escritos de autores de las distintas naciones del mundo⁶¹⁰. Esta exigencia, que juiciosamente no se ha

por la defensa relativa a una apelación interlocutoria sobre la competencia (2 de octubre de 1995), párr. 109 (“Como es bien sabido, el CICR ha trabajado muy activamente en la promoción del desarrollo, la aplicación y la difusión del derecho internacional humanitario. Desde el punto de vista que reviste importancia para nosotros, a saber, la aparición de las normas consuetudinarias sobre los conflictos armados internos, el CICR ha hecho una aportación notable haciendo un llamamiento a las partes en conflictos armados para que respeten el derecho internacional humanitario. [...] lo que demuestra que el CICR ha promovido y facilitado la aplicación de los principios generales del derecho humanitario en los conflictos armados internos. Por consiguiente, los resultados prácticos que ha logrado el CICR induciendo a respetar el derecho internacional humanitario deberían considerarse un elemento de la propia práctica internacional, elemento que ha sido notoriamente decisivo para el surgimiento o la cristalización de normas consuetudinarias”).

⁶⁰⁷ “Various”, Oxford English Dictionary (OED 3ª ed., 2013). Puede consultarse en www.oed.com.

⁶⁰⁸ A/CN.4/710/Rev.1, párrafo 4) del comentario a la conclusión 14.

⁶⁰⁹ Oscar Schachter, “The Invisible College of International Lawyers”, *Northwestern University Law Review*, vol. 72 (1977), pág. 217. No obstante, véase A. Peters, “International Legal Scholarship under Challenge”, en J. d’Aspremont, T. Gazzini, A. Nollkaemper y W. Werner (eds.), *International Law as a Profession* (Cambridge University Press, Cambridge, 2017), pág. 119 (donde se define el colegio invisible como un colegio de élite de académicos del mundo desarrollado, en el que los académicos del llamado Sur Global son relegados al papel de eternos estudiantes).

⁶¹⁰ Cuando se fundó la Sociedad de las Naciones, tenía 41 miembros. En el momento de su desaparición, ya contaba con 63 miembros. Si bien la mayoría de los países del mundo eran miembros de la Sociedad y esta tenía aspiraciones universalistas, no logró ese objetivo porque

interpretado en el sentido de que la Corte deba examinar las distintas obras de cientos de autores para determinar cada mínima norma jurídica que deba aplicarse, sí indica que deben realizarse esfuerzos denodados —más que en la actualidad— para representar al menos en cierta medida a las distintas naciones y regiones del mundo.

331. Los argumentos expuestos más arriba se ajustan a las normas establecidas sobre la composición representativa de la Corte Mundial y a las demás disposiciones del Artículo 38, que vinculan la formación del derecho internacional a la noción de asentimiento general⁶¹¹. A este respecto, se ha observado que, al considerar las doctrinas de los publicistas, es muy necesario tener en cuenta las opiniones que se originan o prevalecen en todas las diversas regiones del mundo, razón por la que, aparte de las obras individuales, tienen especial autoridad los trabajos de las sociedades especializadas de composición internacional, como el Instituto de Derecho Internacional⁶¹².

332. Al mismo tiempo, si bien los estatutos de cortes y tribunales internacionales como la Corte Internacional de Justicia pueden decir una cosa, la práctica efectiva de las cortes y tribunales internacionales en sus citas indican una preferencia por ciertas opiniones y ciertos autores. Este problema puede generar cierta incomodidad. Con todo, el Relator Especial cree que debe afrontarse, en lugar de esconderlo debajo de la alfombra. A este respecto, por poner un ejemplo, en las raras ocasiones en que se remite a académicos, la Corte tiende a citar esencialmente el mismo grupo de autores. Al parecer, los diez escritores más citados son hombres procedentes de Estados occidentales⁶¹³.

333. Académicos críticos como James Thuo Gathii⁶¹⁴ y Anthea Roberts⁶¹⁵, entre otros, señalan un problema más fundamental y cuestionan hasta qué punto el derecho internacional puede considerarse verdaderamente internacional tanto en la forma en que se ha desarrollado históricamente como en la forma en que se produce el conocimiento de este. Los profesionales que exponen sus alegatos ante la Corte suelen proceder de determinadas regiones. Los autores de un estudio empírico sobre los primeros 50 años⁶¹⁶ de la Corte Internacional de Justicia, entre 1948 y 1998, muestran

muchos países estaban colonizados. La Corte Permanente de Justicia Internacional tenía jurisdicción para juzgar controversias entre 45 Estados.

⁶¹¹ M. Virally, “The Sources of International Law”, en M. Sørensen (ed.), *Manual of Public International Law* (Londres, Macmillan, 1968), págs. 116 a 174, en especial pág. 153.

⁶¹² *Ibid.*

⁶¹³ En un estudio específico sobre la doctrina y su uso por la Corte, Helmersen muestra que los diez autores más citados son Shabtai Rosenne, Hersh Lauterpacht, Gerald Fitzmaurice, Manley O. Hudson, Lassa Oppenheim, Robert Jennings, Charles de Visscher, Ian Brownlie, Arthur Watts y Julius Stone. La mayoría de ellos son nacionales del Reino Unido o los Estados Unidos. Esa cifra solo mejoró ligeramente, en términos de diversidad, cuando se tomó como muestra a los 40 autores más citados. De ellos, solo uno (Eduardo Jiménez de Aréchaga) procedía de un país del Sur Global: Uruguay. Todos los demás pertenecían al Grupo de los Estados de Europa Occidental y otros Estados. Véase *The Application of Teachings by the ICJ*.

⁶¹⁴ James Thuo Gathii, “The Promise of International Law: A Third World View”, *Grotius Lecture Presented at the 2020 Virtual Annual Meeting of the American Society of International Law* (29 de agosto de 2020).

⁶¹⁵ Véase un libro esclarecedor que cuestiona la opinión ortodoxa sobre la universalidad del derecho internacional en Anthea Roberts, *Is International Law International?* (Oxford: Oxford University Press, 2017).

⁶¹⁶ Véanse, por ejemplo, Kurt Taylor Gaubatz y Matthew MacArthur, “How International is International Law?“, *Michigan Journal of International Law*, vol. 22 (2001), pág. 239 (donde se cuestiona el alcance del monopolio occidental de la práctica jurídica internacional en la Corte Internacional de Justicia y se argumenta que ese predominio sugiere que el derecho “internacional” no es tan *internacional* como su nombre indica; y que a nadie que haya estudiado los procedimientos de la Corte Internacional de Justicia sorprenderá el predominio de Occidente en la práctica jurídica internacional). La tesis de Gaubatz y MacArthur de que la

que durante muchos años la mayoría de los abogados que intervenían en las controversias juzgadas por la Corte procedían de países de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos. Muchos años después, bajo la presidencia de la Magistrada estadounidense Joan E. Donoghue⁶¹⁷, la cuestión de la representatividad de los abogados de la Corte Internacional de Justicia parece haber ganado importancia y es tenida en cuenta por los funcionarios de la Corte. Resulta irónico que magistrados⁶¹⁸ y académicos⁶¹⁹ procedentes en su mayoría de África, Asia, Oriente Medio y América Latina llevaban decenios preguntándose hasta qué punto podían sostenerse las pretensiones universalistas del derecho internacional sin tener verdaderamente en cuenta las opiniones del Sur Global⁶²⁰.

F. El sentido de la expresión “medio auxiliar”

334. En cuanto a la expresión del párrafo 1 d) del Artículo 38 “como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”, en particular las palabras “medio auxiliar”, cabe hacer tres breves observaciones. En primer lugar, el término “auxiliar” procede del latín “*auxiliaris*”, que designa algo que auxilia, es decir, subsidiario,

sobrerrepresentación de abogados occidentales en las causas de la Corte Internacional de Justicia puede deberse en parte a que no hay abogados suficientemente especializados procedentes de países en desarrollo que litiguen ante la Corte ha sido rebatida. Véase James Thuo Gathii, “Decolonizing the ICJ Mafia” (manuscrito inédito, en los archivos del autor, de próxima publicación en 2023). Otro estudio empírico más reciente es el de Shashank P. Kumar y Cecily Rose, “A Study of Lawyers Appearing before the International Court of Justice, 1999- 2012”, *European Journal of International Law*, vol. 25 (2014), pág. 893.

⁶¹⁷ Magistrada Joan E. Donoghue, Presidenta de la Corte Internacional de Justicia, *Reflexiones en el 75º aniversario de la Corte Internacional de Justicia*, U.N. Chronicles (16 de abril de 2021), <https://www.un.org/es/cr/C3%B3nica-onu/reflexiones-en-el-75%C2%BA-aniversario-de-la-corte-internacional-de-justicia> (consultado por última vez el 11 de febrero de 2023) (“Cada vez que miro a las delegaciones que representan a las partes, me llama la atención que su composición guarda mucho parecido con los grupos de personas que se reunieron en 1945 para redactar la Carta de las Naciones Unidas y el Estatuto de la Corte. Muy pocos de los abogados proceden de países en desarrollo y, casi todos, independientemente de la nacionalidad, son hombres”).

⁶¹⁸ Véase una crítica temprana al respecto en Christopher Weeramantry, “A Response to Berman: In the Wake of Empire”, en Weeramantry y Nathaniel Berman, *The Grotius Lecture Series*, vol. 14, *American University International Law Review* (1999), pág. 1555, <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1339&context=auilr> (consultado por última vez el 11 de febrero de 2023).

⁶¹⁹ Véanse Antony Anghie, *Imperialism, Sovereignty And International Law* (2005); Alejandro Álvarez, *American Problems In International Law* (Michigan: Gale Publishing, 1909); R. P. Anand, “New States and International Law” *JILI*, vol. 15(3) (1972), págs. 522 a 524; Wang Tieya, “The Third World and International Law”, en R. St. J. Macdonald y D. M. Johnston, *The Structure and Process of International Law* (La Haya: Martinus Nijhof, 1983); Onuma Yusaki, *International Law In A Transcivilizational World* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017); Georges Abi-Saab, “The Newly Independent States and the Rules of International Law: An Outline”, *Howard L.J.* vol. 8 (1962) pág. 95; Mohammed Bedjaoui, *Towards a New International Economic Order* (Nueva York, Holmes y Meier Publishing, 1976); Taslim O. Elias, *Africa and the Development Of International Law* (Países Bajos: Martinus Nijhof, 1974); B. S. Chimni, *International Law And World Order: A Critique Of Contemporary Approaches*, 2ª ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2017); Upendra Baxi, *Human Rights in a Posthuman World: Critical Essays* (Oxford: Oxford University Press, 2009); Christopher G. Weeramantry, *Nauru: Environmental Damage Under International Trusteeship* (Oxford: Oxford University Press, 1992); Cynthia Farid, “Legal Scholactivists in the Third World: Between Ambition, Altruism and Access”, *Windsor Yearbook of Access to Justice*, vol. 33 (2016), pág. 57.

⁶²⁰ Véase un útil artículo en el que se explican los orígenes del TWAIL y se recopila una útil bibliografía de partida al respecto en James T. Gathii, “TWAIL: A Brief History of its Origins, its Decentralized Network, and a Tentative Bibliography”, *Trade Law and Development*, vol. 3 (2011), pág. 26.

suplementario o secundario, algo auxiliar o subsidiario; que proporciona apoyo o asistencia adicional; auxilio, ayuda⁶²¹, mientras que el otro término, “medio”, hace referencia a un agente o instrumento que puede servir para un determinado fin; algo que se interpone o interviene⁶²². Del sentido de estos términos se deduce que hay otra cosa frente a los medios auxiliares, por ejemplo, medios “primarios” o “principales”. Pero el Estatuto no menciona ninguna de esas alternativas. A los efectos del tema, cabe hablar, como algunos autores, de “primarios” o “principales”. Schwarzenberger así lo ha hecho, argumentando que la existencia de una categoría auxiliar implica que deben existir medios principales para la determinación de las normas de derecho⁶²³.

335. En segundo lugar, y entrando más en el fondo de la cuestión, la versión francesa de la expresión (*moyen auxiliaire*) pone de relieve el carácter suplementario de esos medios. Esto indica, si no confirma, que las decisiones judiciales y las doctrinas están subordinadas a los medios primarios enumerados en el párrafo 1 a) a c) del Artículo 38, a saber, los tratados, la costumbre o los principios generales del derecho. En otras palabras, son auxiliares porque no son fuentes en sí mismos. En cualquier caso, en lo que respecta a los dos “medios auxiliares”, en la categoría no parece haber ninguna distinción formal entre las decisiones judiciales y las doctrinas. Los autores difieren al respecto. Algunos consideran que ambas son igualmente importantes y no presentan diferencias normativas significativas, mientras que otros creen que las decisiones judiciales son más importantes que las doctrinas. Este debate tiene algunas consecuencias prácticas.

336. Por ejemplo, Fitzmaurice y Schwarzenberger han cuestionado las doctrinas en favor de las decisiones judiciales. El primero ha dicho que una decisión es un hecho, mientras que una opinión, por convincente que sea, sigue siendo una opinión⁶²⁴. Considera además que no es que las decisiones judiciales tengan intrínsecamente más peso que la doctrina académica, sino de que tienen un efecto más directo e inmediato en las realidades de la vida internacional⁶²⁵. Así pues, concluye que es un error situar a las decisiones judiciales en el mismo plano que las doctrinas de los publicistas de mayor competencia, y más aún al calificar a ambas cosas de “medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”⁶²⁶. Consideró que esa calificación no era apropiada para referirse a las doctrinas y menos aún para las decisiones judiciales, que en su opinión nunca podrían ser un medio de determinación auxiliar⁶²⁷. Schwarzenberger, por su parte, sostiene que la referencia a las doctrinas de los publicistas en el párrafo 1 del Artículo 38 debe abordarse con cautela y aduce que se concede a los académicos una importancia exagerada⁶²⁸.

337. En tercer lugar, y aunque esto puede abordarse en otro informe del Relator Especial, varios autores han señalado que el matiz que denota el término “auxiliar” en el párrafo 1 d) del Artículo 38 se refiere a los medios en su utilización por la corte o el tribunal que lleva a cabo la determinación⁶²⁹. Ello se debe a que, cuando la corte

⁶²¹ “*Subsidiary*.” Oxford English Dictionary (OED 3ª ed., 2013). Puede consultarse en www.oed.com.

⁶²² “*Means*.” Oxford English Dictionary (OED 3ª ed., 2013). Puede consultarse en www.oed.com.

⁶²³ Schwarzenberger, “International Law as Applied by International Courts and Tribunals”, pág. 122.

⁶²⁴ Fitzmaurice, “Some problems regarding the formal sources of international law”, en Jill Barrett y Jean-Pierre Gauci (eds.), *British Contributions to International Law, 1915-2015*, 3ª ed. (Leiden; Boston : Brill Nijhoff, 2021), págs. 476 a 496, en especial pág. 494.

⁶²⁵ Fitzmaurice, “Some problems regarding the formal sources of international law”, pág. 494.

⁶²⁶ *Ibid.* 495.

⁶²⁷ *Ibid.*

⁶²⁸ Georg Schwarzenberger “The Inductive Approach to International Law”, *Harvard Law Review*, vol. 60, (1947), págs. 539 y ss., en especial pág. 560.

⁶²⁹ A. Z. Borda, “A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals”, *European Journal of International Law*, vol. 24(2), págs. 649 a 661, en especial pág. 650.

o el tribunal determina las normas de derecho recurriendo a medios primarios como la interpretación judicial, esos medios pueden calificarse de “principales”⁶³⁰. Por otra parte, si la corte o el tribunal recurren a medios secundarios para verificar la existencia o no de una norma, esos medios pueden considerarse “auxiliares”⁶³¹. Dicho de otro modo, las decisiones judiciales y las doctrinas solo pueden utilizarse para interpretar un tratado, así como para determinar el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario o de un principio general del derecho⁶³². Esta lógica también es aplicable a la propia categoría de los medios auxiliares, de modo que las doctrinas también pueden utilizarse para determinar el contenido de otros medios auxiliares, que a su vez pueden utilizarse para interpretar un tratado o determinar el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario o un principio general del derecho⁶³³.

338. Por último, como se explica en el memorando de la Secretaría, la Comisión ha explicado el sentido de la expresión “medio auxiliar” en las conclusiones y comentarios sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario y sobre la identificación y consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)⁶³⁴.

G. El sentido de la expresión “para la determinación de las reglas de derecho”

339. La expresión “la determinación de las reglas de derecho”, leída junto con el encabezamiento del párrafo 1 del Artículo 38, en el que se indica que la Corte deberá aplicar los tratados, el derecho consuetudinario y los principios generales del derecho, es esencialmente el objeto final de la disposición. Los términos y expresiones anteriores se refieren a las primeras fases del proceso. A este respecto, como ya se ha explicado más arriba, el texto concede a ambas categorías, es decir, a las decisiones judiciales y las doctrinas, la condición de “medio auxiliar para la *determinación* de las reglas de derecho” (sin cursiva en el original). De acuerdo con el sentido llano y corriente de la disposición, la tarea de la Corte está clara: determinar la norma jurídica que debe aplicarse. El término “determinación” tiene un doble sentido según se considere su forma sustantiva (“determinación”) y verbal (“determinar”). Como sustantivo, puede significar “constatación” (un medio de constatar cuál es la norma, una prueba).

340. De acuerdo con ese sentido, Shahabuddeen sostiene que la palabra “determinación” se entiende únicamente en el sentido de averiguar cuál es el derecho existente. Basándose en los trabajos preparatorios del Comité Consultivo de Juristas, señala que hay importantes razones para creer que con la referencia a “la determinación de las reglas de derecho” se quiso aludir a una decisión limitada a aclarar el derecho existente, y no a crear un nuevo derecho⁶³⁵.

341. Con todo, el verbo “determinar” puede significar “decidir” (establecer el derecho)⁶³⁶. Determinar es constatar algo definitivamente mediante observación,

⁶³⁰ *Ibid.*, pág. 656.

⁶³¹ Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, pág. 27.

⁶³² *Ibid.*

⁶³³ *Ibid.*

⁶³⁴ Memorando de la Secretaría, A/CN.4/759, observación 2, párrs. 17 a 20.

⁶³⁵ Shahabuddeen, “Precedent in the World Court”, pág. 77.

⁶³⁶ M. Mendelson, “The Formation of Customary International Law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 272 (1998), págs. 155 a 410, en especial pág. 202, nota 95; también E. Roucouas, “Rapport entre ‘moyens auxiliaires’ de détermination du droit international”, *Thesaurus Acroasium*, vol. 19 (1992), págs. 259 a 284, en especial pág. 263.

examen, cálculo, etc. También significa establecer algo de manera decisiva o autoritaria, pronunciar, declarar, afirmar o resolver o fijar de antemano; ordenar, decretar⁶³⁷. Shahabuddeen considera, sin aceptarlo necesariamente, que el sentido de “determinar” señalado anteriormente puede ser aplicable en este caso y afirma que, en un contexto jurídico, el término no se refiere únicamente a una constatación o descubrimiento de algo que ya existe, sino que puede designar también la creación de un nuevo fenómeno jurídico. Ese es el sentido empleado a menudo en los documentos jurídicos; de no ser por la “determinación”, la cuestión determinada podría no existir en derecho⁶³⁸. Es posible que la diferencia de sentidos solo refleje la tenue línea que separa la creación del derecho de la determinación del derecho, diferencia que, según Jennings, es más de grado que de tipo⁶³⁹. Habida cuenta de lo anterior, Shahabuddeen concluye que es posible que la referencia en el párrafo 1 d) al Artículo 38 del Estatuto a “la determinación de las reglas de derecho” pueda interpretarse en el sentido de que incluye la determinación de nuevas normas de derecho mediante una decisión de la propia Corte basada en decisiones judiciales anteriores o en escritos de publicistas⁶⁴⁰.

342. En el Artículo 38 se dice que la Corte deberá “aplicar” las decisiones judiciales y las doctrinas como medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho. Existe un conflicto aparente en el texto del Artículo 38 a ese respecto, ya que el Estatuto pide a la Corte que *aplique* las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas, pero también que las *utilice* como *medio* para la determinación de las normas de derecho⁶⁴¹. La categoría no consiste propiamente en elementos que la Corte aplique: sirve más bien para ayudar a la Corte en la identificación de las fuentes enumeradas en los apartados a) a c) del párrafo 1 del Artículo 38⁶⁴².

343. Parece que, en comparación con los tres apartados a) a c) anteriores, en el apartado d) del párrafo 1 del Artículo 38 cambia el registro⁶⁴³. Las fuentes formales del derecho enunciadas en los tres primeros apartados son fuentes, mientras que el último apartado se refiere al “medio de determinación de las reglas de derecho”, es decir, a la prueba de su existencia y contenido. Las decisiones judiciales y las doctrinas no dan lugar a normas de derecho: puede decirse que solo intervienen *a posteriori*, a fin de ayudar a determinar la existencia de las normas de derecho y a interpretarlas⁶⁴⁴. Dicho de otro modo, ambas categorías se aplican, pero únicamente como vehículo para constatar la existencia de una norma convencional, una norma de derecho consuetudinario, un principio general del derecho u otra fuente de obligaciones que constituya derecho positivo⁶⁴⁵.

⁶³⁷ “Determine”. Oxford English Dictionary (2ª ed., 1989), IV, pág. 550.

⁶³⁸ Shahabuddeen, “Precedent in the World Court”, pág. 77.

⁶³⁹ R.Y Jennings, “General Course on Principles of International Law”, en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 121 (Leiden: Sijthoff, 1967), pág. 341.

⁶⁴⁰ Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, pág. 78.

⁶⁴¹ P. Allott, “Language, Method and the Nature of International Law”, *British Yearbook of International Law*, vol. 45 (1971), págs. 79 a 135, en especial pág. 118.

⁶⁴² P. Tomka, “Article 38 du Statut de la CIJ: incomplet”, en *Dictionnaire des idées reçues en droit international* (París, Pedone, 2017), págs. 39 a 42, en especial pág. 40.

⁶⁴³ Pellet, “Le droit international à la lumière de la pratique”, en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 414 (Leiden: Sijthoff, 1967), págs. 9 a 547, en especial pág. 181.

⁶⁴⁴ *Ibid.*

⁶⁴⁵ Helmersen, *The Application of Teachings by the International Court of Justice*, pág. 29.

H. Observaciones del Relator Especial sobre los elementos de los medios auxiliares

344. Aunque el Relator Especial tiene la intención de volver a examinar algunas de estas cuestiones en informes posteriores, según sea necesario, por el momento desea formular un par de observaciones a título provisional basadas en el texto y la práctica relativos a los medios auxiliares.

345. En primer lugar, como confirma el texto del Artículo 38, los medios auxiliares no son fuentes, al menos no en el sentido formal de las tres primeras fuentes enumeradas en el artículo. Como indica Rosenne, los medios auxiliares enunciados en el apartado d) del párrafo 1 son el almacén del que pueden extraerse las normas de los apartados a), b) y c)⁶⁴⁶. En ese sentido, las decisiones judiciales y las doctrinas no son fuentes del derecho propiamente dichas. Son más bien “fuentes” documentales que indican dónde puede encontrar la Corte pruebas de la existencia de las normas que está obligada a aplicar en virtud de lo dispuesto en los otros tres apartados⁶⁴⁷.

346. Dicho esto, como ya se ha visto, en la práctica las cortes y tribunales, incluida la Corte Internacional de Justicia, recurren más a sus decisiones anteriores que a las doctrinas, lo cual es lógico. Al fin y al cabo, no tiene sentido que los magistrados reinventen la rueda cada vez que resuelven una nueva controversia. De hecho, la jurisprudencia anterior se utiliza frecuentemente para identificar o aclarar una norma de derecho, no para crear esa norma, es decir, no tanto en calidad de precedente vinculante como de influencia persuasiva⁶⁴⁸. Como señala Lauterpacht, muchos actos de legislación judicial pueden llevarse a cabo en el marco de la constatación del derecho internacional consuetudinario⁶⁴⁹. Esto es así a pesar de la limitación formal que parece derivarse del Artículo 59, que establece que las decisiones de la Corte no son obligatorias sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido. Existe cierta ambigüedad en el papel de la Corte en el desarrollo del derecho internacional: por un lado, el Estatuto excluye el *stare decisis*, mientras que, por otro, se acepta que la Corte desempeña un papel fundamental en el desarrollo del derecho internacional⁶⁵⁰. De hecho, la constante acumulación de precedentes judiciales a través de la práctica está creando lo que ha llegado a ser un considerable *corpus* de jurisprudencia⁶⁵¹. No solo eso, ha tenido por efecto una sensata flexibilización de la aparente rigidez del párrafo 1 d) del Artículo 38⁶⁵². Esa consecuencia se ha hecho extensiva a otras cortes y tribunales internacionales.

347. La utilización de decisiones judiciales anteriores por la Corte y otras cortes y tribunales ha resultado determinante en el establecimiento de normas para ellos e incluso para los Estados⁶⁵³, para otros órganos que intervienen en la codificación y el

⁶⁴⁶ Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, vol. III, (Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006), pág. 1553. Cada vez hay más estudios empíricos que aclaran la práctica de la Corte Internacional de Justicia y otras cortes y tribunales internacionales. Véanse, por ejemplo, Ridi, “The Shape and Structure of the ‘Usable Past’: An Empirical Analysis of the Use of Precedent in International Adjudication”, 10 *Journal of International Dispute Settlement* (2019) 200; y Alschner y Charlotin, “The Growing Complexity of the International Court of Justice’s Self-Citation Network”, 29 *European Journal of International Law* (2018) 83.

⁶⁴⁷ Pellet and Müller, “Article 38”, pág. 854.

⁶⁴⁸ Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, pág. 1609.

⁶⁴⁹ Hersch Lauterpacht, *Development of International Law by the International Court*, (London: Stevens & Sons Ltd, 1958), pág. 368.

⁶⁵⁰ Tladi, “The Role of the International Court of Justice in the Developing of International Law”, pág. 70.

⁶⁵¹ Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, pág. 1553.

⁶⁵² *Ibid.*

⁶⁵³ Véase el memorando de la Secretaría, A/CN.4/759, observación 32, párrs. 137 y 138.

desarrollo progresivo del derecho internacional, como la Asamblea General (que, por ejemplo, aprobó los Principios de Núremberg sobre la base de la labor de la Comisión, que se remitió esencialmente al estatuto y la sentencia de un solo tribunal), la propia Comisión (que se remite en gran medida a los fallos de la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia) y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), y para las cortes y tribunales nacionales⁶⁵⁴. Por el contrario, existe una excepción al aparente desprecio de la Corte por la doctrina jurídica: los fallos y las opiniones consultivas de la Corte invocan cada vez más los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional para interpretar las convenciones de codificación que la Comisión ha elaborado, o para probar la existencia de normas consuetudinarias citando los proyectos de artículos de la Comisión⁶⁵⁵.

348. Una segunda observación provisional relacionada con la anterior es que, como cuestión doctrinal, las dos fuentes auxiliares, a saber, las decisiones judiciales y las doctrinas, tienen el mismo rango en el párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. No se estableció ninguna diferencia entre ambas, ya que, cuando se redactó la disposición en 1920, se consideró —al menos algunos miembros del Comité Consultivo de Juristas lo consideraron— que ambas podían ser fuentes de prueba para aclarar la existencia o no de normas de derecho positivo. No obstante, la práctica parece demostrar, por la escasa frecuencia con que se cita en las decisiones mayoritarias a diferencia de lo que ocurre en las opiniones separadas, que la doctrina es relativamente menos importante que las decisiones judiciales. De hecho, algunos han cuestionado la conveniencia de situar ambas cosas en el mismo plano⁶⁵⁶. Sin embargo, aunque se puede argumentar convincentemente que no deberían estar al mismo nivel, Pellet señala acertadamente que esa crítica carece de fundamento intelectual y que, en abstracto, ambas cumplen la misma función: son medios para constatar que una determinada norma tiene carácter jurídico por derivarse de una fuente formal del derecho. Con todo, es cierto que en concreto no pueden asimilarse: mientras que la doctrina desempeña un papel discreto (pero probablemente eficaz) en ese proceso, el uso de la jurisprudencia por la Corte de hecho va mucho más allá de lo que implica la expresión “medios auxiliares”⁶⁵⁷.

349. A pesar de las críticas al Artículo 38, este ha influido de manera incuestionable en el desarrollo del derecho internacional y el derecho de los órganos judiciales internacionales⁶⁵⁸. Como dijo Sørensen en relación con la supuesta concordancia entre el Artículo 38 y el derecho internacional, esta se ha consolidado en virtud de la existencia misma del Artículo 38 y de su autoridad inherente⁶⁵⁹.

350. Por último con respecto a esta cuestión, el Relator Especial desearía conocer la opinión de los miembros de la Comisión sobre las implicaciones de estas observaciones provisionales y, en particular, sobre la relación entre los medios auxiliares y las fuentes principales.

⁶⁵⁴ Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, pág. 1617.

⁶⁵⁵ Pellet y Müller, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, “Article 38”, pág. 792.

⁶⁵⁶ Véase Fitzmaurice, “Some problems regarding the formal sources of international law”, pág. 496.

⁶⁵⁷ Pellet, “Article 38”, pág. 784.

⁶⁵⁸ *Ibid.*, pág. 69. Véanse también Charles Rousseau, *Droit International Public, Tome 1* (París: Sirey, 1970), pág. 59; Max Sørensen, *Les sources du droit international: étude sur la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale* (Copenhague: Einar Munksgaard, 1946), pág. 40.

⁶⁵⁹ Sørensen, *Les sources du droit international*, pág. 40: “la concordance prétendue entre cet article et le droit international commun s’est consolidée en vertu de l’existence même de l’article 38 et de son autorité inhérente”.

IX

Otros medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional

A. El carácter no exhaustivo del Artículo 38 lleva a preguntarse si existen otros medios auxiliares

351. Como ya ha debido quedar bien establecido a partir de los capítulos anteriores, el párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece esencialmente que “las decisiones judiciales” y “las doctrinas de los publicistas de mayor competencia” deberán aplicarse “como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”. No obstante, nada indica expresamente que esos medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho se limiten a las decisiones judiciales y las doctrinas. Esto se debe a que, como se ha comentado en relación con la historia de su redacción, el párrafo 1 del Artículo 38 es una indicación a la Corte y no constituye necesariamente una enumeración exhaustiva de las fuentes del derecho internacional.

352. Dado que el Artículo 38 no es exhaustivo y nunca pretendió serlo, cabe preguntarse entonces si existen otras fuentes del derecho. Una vez identificadas esas otras fuentes del derecho, podría estudiarse cuáles de ellas pueden asimilarse a las fuentes formales enunciadas en los apartados a) a c) del párrafo 1 y cuáles corresponderían a la categoría de los medios auxiliares del apartado d). Si hubiera fuentes correspondientes a esta última categoría, la de los medios auxiliares, habría que determinar si pueden examinarse en el marco del presente tema.

353. Existen dos posibles interpretaciones. En primer lugar, para que la Comisión contribuya al derecho internacional gracias a su labor destinada a aclarar el papel de los medios auxiliares en la determinación de las normas de derecho internacional, convendría estudiar más a fondo los medios auxiliares no mencionados expresamente en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Estas fuentes no son inventadas, sino que existen y pueden identificarse en la práctica de las cortes y tribunales internacionales, en particular la Corte Internacional de Justicia como principal órgano judicial de las Naciones Unidas. A la inversa, podría argumentarse que, incluso si se identificaran los otros medios auxiliares invocados por los Estados, esos medios auxiliares no mencionados expresamente en el párrafo 1 d) del Artículo 38 podrían examinarse fuera del ámbito del presente tema.

354. En términos generales, teniendo en cuenta lo expuesto en el capítulo III acerca de la posibilidad de que el examen del presente tema tenga un alcance general o restringido, el Relator Especial estudiará ahora brevemente (por razones de espacio) y con total transparencia si existen motivos para abordar otros medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional. A tal fin, y con la única intención de recabar la opinión de los miembros de la Comisión, a continuación expondrá algunos antecedentes que pueden resultar útiles para indicar la forma de proceder con respecto a esta importante cuestión. A la espera del resultado del debate sobre la cuestión, en el que primero ha querido dar a los miembros y a los Estados en la Sexta Comisión la oportunidad de formular observaciones, el Relator no ha considerado oportuno formular ningún proyecto de conclusión.

B. El alcance de otros medios auxiliares dentro de las categorías establecidas

355. En la doctrina pueden encontrarse diversos elementos que podrían considerarse otras posibles fuentes del derecho internacional, lo cual no debería sorprender habida cuenta del carácter del párrafo 1 del Artículo 38. Los principales ejemplos que se encuentran en la doctrina son los actos unilaterales, las resoluciones o decisiones de organizaciones internacionales, los acuerdos entre Estados y empresas internacionales, el derecho religioso (incluidos la sharia y el derecho islámico), la equidad y el derecho indicativo⁶⁶⁰. La cuestión es cuáles de ellas, si es que las hay, entrarían en la categoría de fuentes, y, entre estas, cuáles serían auxiliares como para quedar comprendidas en el alcance del tema actual. El análisis puede estructurarse en dos niveles. En el primer nivel, la determinación de cuáles son los medios auxiliares que están incluidos en el ámbito de aplicación del párrafo 1 del Artículo 38 y cuáles quedan fuera de ese ámbito, dependerá de la flexibilidad con que se interprete qué se entiende por “decisiones judiciales” y “doctrinas”. En el segundo nivel del análisis, dependerá de hasta qué punto, como se señala en el capítulo VI del presente informe, se acepte el argumento de Fitzmaurice de que el hecho de que los juristas internacionales presten más atención a las fuentes de obligaciones que a las fuentes del derecho podría facilitar la identificación de las normas que pueden vincular a los Estados como principales sujetos de derecho internacional.

356. Hasta ahora, en el presente informe se han definido las decisiones judiciales indicando que incluyen los fallos y sentencias de las cortes y tribunales internacionales, así como las opiniones consultivas y las providencias interlocutorias dictadas durante el proceso. También incluyen las decisiones de las cortes y tribunales nacionales y regionales sobre cuestiones de derecho internacional. Las doctrinas se refieren generalmente a las obras de académicos, ya sean individuales o escritas colectivamente por grupos de expertos. Dicho esto, en general se reconoce que las decisiones judiciales de las cortes y tribunales nacionales entran en el ámbito de aplicación del párrafo 1 d) del Artículo 38⁶⁶¹. En algunos casos, puede decirse que las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas prácticamente convergen o se solapan respecto de las opiniones separadas y disidentes de los distintos magistrados⁶⁶².

357. Los textos elaborados por órganos facultados o, mejor aún, creados por Estados, como la Comisión, deben considerarse distintos de las “doctrinas de los publicistas”. Esos textos se elaboran bajo los auspicios de instituciones oficiales y pueden reflejar la participación de los Estados y/o sus representantes en los trabajos correspondientes, lo que los diferencia de las “doctrinas de los publicistas”⁶⁶³. Por supuesto, a pesar de que podrían cumplir una función oficial, los pronunciamientos de expertos no son “decisiones judiciales”, por lo que no entran dentro del ámbito del párrafo 1 del Artículo 38. Dado que, por lo general, no crean normas que puedan considerarse vinculantes para los Estados, sino que a veces aclaran el contenido de estas o deducen su existencia, y que no se emiten en el contexto de causas concretas, podrían considerarse medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional.

⁶⁶⁰ Hugh Thirlway, *The Sources of International Law* (2ª edición, Oxford University Press, 2019), págs. 24 a 34.

⁶⁶¹ Por ejemplo, Thirlway, *The Sources of International Law*, pág. 140, pero véase Pellet y Müller, “Article 38”, en Andreas Zimmermann y otros (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (3ª edición, 2019), págs. 819 y ss., en especial pág. 954.

⁶⁶² Thirlway, *The Sources of International Law*, pág. 133.

⁶⁶³ Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, págs. 38 y 39.

358. En el estudio elaborado por la Comisión en 1949 sobre el derecho internacional en relación con la labor de codificación de la Comisión de Derecho Internacional se afirma que algunos textos de la Comisión de Derecho Internacional entrarían al menos en la categoría de doctrinas de los publicistas de mayor competencia mencionada en el Artículo 38, pero que tendrían considerablemente más autoridad, en parte debido a los recursos de las Naciones Unidas⁶⁶⁴.

359. Si bien en el tercer informe del Relator Especial sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario se abordan los textos de la Comisión bajo el epígrafe “doctrina”⁶⁶⁵, no ocurre lo mismo en el posterior proyecto de conclusiones sobre el derecho internacional consuetudinario (aprobado en primera lectura)⁶⁶⁶. En los comentarios sí se afirma que la labor de la Comisión “merece especial atención” en el contexto de la identificación del derecho internacional consuetudinario⁶⁶⁷, pero dicha labor no se menciona en el proyecto de conclusión sobre las doctrinas de los publicistas⁶⁶⁸. Algunos autores sostienen que la labor de la Comisión constituye doctrina⁶⁶⁹ y otros opinan lo contrario⁶⁷⁰, mientras que otros no lo tienen claro⁶⁷¹.

360. La Comisión ha analizado su propia labor. En consonancia con su mandato, no considera que sea doctrina, y mucho menos decisiones judiciales. Pero sí atribuye cierta autoridad a sus textos. A este respecto, en la quinta parte de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, la Comisión abordó la cuestión en el comentario general⁶⁷². Entre otras consideraciones pertinentes, tuvo en cuenta su propio mandato de prestar asistencia a los Estados para el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, su condición de órgano subsidiario de la Asamblea General, sus exhaustivos métodos de trabajo y su estrecha interacción con la Asamblea General (aunque el peso que acabe atribuyéndose a su labor dependerá de varios factores adicionales).

⁶⁶⁴ Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission: Preparatory work within the purview of article 18, paragraph 1, of the of the International Law Commission – Memorandum submitted by the Secretary-General, [A/CN.4/Rev.1](#), pág. 16.

⁶⁶⁵ Michael Wood, Tercer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, [A/CN.4/682](#), párrs. 55 a 67.

⁶⁶⁶ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones*, suplemento núm. 10 ([A/71/10](#)), cap. V, págs. 83 a 87.

⁶⁶⁷ *Anuario ... 2018*, vol. II (segunda parte), pág. 112.

⁶⁶⁸ *Ibid.*, pág. 118.

⁶⁶⁹ Por ejemplo, Michael Wood, “Teachings of the most Highly Qualified Publicists (Art. 38 (1) ICJ Statute)”, en *Max Planck Encyclopedia of International Law*, (2017), párr. 11; American Law Institute, *Restatement of the Foreign Relations Law of the United States*, 3ª ed. (Filadelfia (Pensilvania): American Law Institute Publishers, pág. 38; Fernando Lusa Bordin, “Reflections of Customary International Law: The Authority of Codification Conventions and ILC Draft Articles in International Law”, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 63 (2014), págs. 535 y ss., en especial pág. 537.

⁶⁷⁰ G. Fitzmaurice, “The Contribution of the Institute of International Law to the Development of International Law”, en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 138 (1973), págs. 203 y ss, en especial pág. 220.

⁶⁷¹ André Oraison, “L’Influence des Forces Doctrinales Academiques sur les Prononces de la C.P.J.I. et de la C.I.J.” *Revue Belge de Droit International*, vol. 32 (1999), págs. 205 y ss., en especial pág. 208; J. Dugard y D. Tladi “Sources of International Law”, en John Dugard, Max Du Plessis, Tiyanjana Maluwa y Dire Tladi (eds.), *Dugard’s International Law: A South African Perspective*, 5ª ed. (Sudáfrica: Juta & Company Ltd. 2019), págs. 28 a 48, en especial págs. 37 y 38; Borda, “A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals”, págs. 656 y 657.

⁶⁷² Conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, con sus comentarios, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2018*, vol. II (segunda parte), pág. 98.

361. No cabe duda de que la Comisión tiene un mandato concreto y elabora diversos documentos, entre ellos informes de relatores especiales y recomendaciones y conclusiones de la Comisión en su conjunto. Los resultados finales de su proceso de deliberación, ya sean proyectos de artículos, de principios o de conclusiones, suelen gozar de cierta autoridad. Los informes de los relatores especiales se asimilan más a las doctrinas que los textos aprobados colectivamente por la Comisión. Aun así, esos informes se elaboran bajo los auspicios de una institución oficial a menudo sobre la base de un mandato al menos oficioso, lo que podría decirse que los distingue de las “doctrinas de los publicistas”⁶⁷³. Estos informes son luego debatidos por la Comisión en su conjunto y sus resultados se comunican a los Estados, que a su vez pueden pronunciarse al respecto.

362. Hay muchos otros órganos creados por Estados. Entre ellos cabe citar la CNUDMI y los órganos creados en virtud de tratados multilaterales de derechos humanos (el Comité de Derechos Humanos⁶⁷⁴, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶⁷⁵, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial⁶⁷⁶, el Comité contra la Tortura⁶⁷⁷, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer⁶⁷⁸, el Comité de los Derechos del Niño⁶⁷⁹, el Comité sobre los Trabajadores Migratorios⁶⁸⁰, el Comité contra la Desaparición Forzada⁶⁸¹ y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad)⁶⁸². Estos órganos de expertos desempeñan diversas funciones, como la interpretación autorizada de las obligaciones que incumben a los Estados en virtud de los instrumentos pertinentes mediante, por ejemplo, la formulación de observaciones generales y, en algunos casos, el examen de las denuncias individuales presentadas contra los Estados. En sus conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulteriores en relación con la interpretación de los tratados, la Comisión determinó que la labor de dichos órganos “puede dar lugar, o referirse, a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior de las partes en virtud del artículo 31, párrafo 3, o una práctica ulterior en virtud del artículo 32” de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁶⁸³.

363. Los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos también pueden considerarse órganos creados por Estados. También hay órganos regionales de codificación creados por Estados u organizaciones internacionales, como el Comité Jurídico Interamericano, la Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana,

⁶⁷³ Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, pág. 39.

⁶⁷⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, pág. 171.

⁶⁷⁵ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 16 de diciembre de 1966), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 993, pág. 171.

⁶⁷⁶ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Nueva York, 7 de marzo de 1966), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 660, pág. 1.

⁶⁷⁷ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1465, pág. 85.

⁶⁷⁸ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Nueva York, 18 de diciembre de 1979), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1249, pág. 1.

⁶⁷⁹ Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1577, pág. 3.

⁶⁸⁰ Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (18 de diciembre de 1990), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2220, pág. 3.

⁶⁸¹ Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (20 de diciembre de 2006), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2716, pág. 3.

⁶⁸² Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Nueva York, 13 de diciembre de 2006), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2515, pág. 3.

⁶⁸³ *Anuario ... 2018*, vol. II (segunda parte), pág. 27.

el Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público y la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana.

364. En cambio, los textos elaborados por órganos privados, como el Instituto de Derecho Internacional, deben considerarse “doctrinas”⁶⁸⁴.

365. El CICR afirma que tiene carácter híbrido⁶⁸⁵ por ser una asociación privada constituida en Suiza cuyas funciones y actividades vienen, no obstante, encomendadas por la comunidad internacional de Estados⁶⁸⁶. Los Estados apenas intervienen, si es que lo hacen, en la elaboración de los textos del CICR⁶⁸⁷. Dichos textos podrían calificarse, como punto de partida, de “doctrinas de los publicistas”⁶⁸⁸. Así lo hizo el Tribunal de Apelaciones inglés en la causa *Serdar Mohammed and others v. Secretary of State for Defence*, cuando sostuvo que las opiniones institucionales del CICR también se consideraban “doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones”, por lo que eran una fuente auxiliar para la determinación de las normas de derecho internacional en el sentido del párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁶⁸⁹.

366. Además del Instituto de Derecho Internacional, también son órganos de expertos de carácter privado la International Law Association, el Harvard Research, el American Law Institute y el TMC Asser Institute. Todos ellos suelen publicar distintos tipos de textos y, en el caso del American Law Institute, recopilaciones autorizadas sobre diversas materias, incluido el derecho internacional.

367. La Comisión cita la labor de la mayoría de estos órganos en sus trabajos, como se detalla en el memorando de la Secretaría. En algunos casos se ha basado en sus conclusiones o se ha apoyado en ellas y, en otros, ha discrepado de dichas conclusiones. Los relatores especiales también incluyen referencias a esos órganos en sus informes. Por ejemplo, en el segundo informe sobre los principios generales del derecho se afirma que “[t]ambién se han examinado [...] las iniciativas de codificación públicas y privadas [...] para determinar la existencia y el contenido de un principio común a los sistemas jurídicos nacionales”⁶⁹⁰.

C. Posibles medios auxiliares

368. Como se indica más arriba, de la práctica cabe deducir que existen varias posibles fuentes del derecho internacional pertinentes para identificar el fundamento de las obligaciones jurídicas vinculantes para los Estados en derecho internacional. Como ya se ha indicado, a los efectos del análisis de esta cuestión, a continuación se examinan brevemente dos de los ejemplos más citados en la doctrina, a saber, los actos unilaterales de los Estados, incluidas las declaraciones formuladas por

⁶⁸⁴ El párrafo 5) de la conclusión 14 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario incluye “la labor de los órganos internacionales encargados de la codificación y el desarrollo del derecho internacional” en el apartado relativo a la “doctrina”.

⁶⁸⁵ Gabor Rona, “The ICRC’s status: in a class of its own”, ICRC (17 de febrero de 2004), <icrc.org/eng/resources/documents/misc/5w9fjy.htm>.

⁶⁸⁶ Gabor Rona, “The ICRC’s status: in a class of its own”, ICRC (17 de febrero de 2004), <icrc.org/eng/resources/documents/misc/5w9fjy.htm>; Del mismo modo, Alan Boyle y Christine Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford University Press 2007), págs. 204 y 205.

⁶⁸⁷ Alan Boyle y Christine Chinkin, *The Making of International Law*, pág. 205.

⁶⁸⁸ Gideon Boas, *Public International Law: Contemporary Principles and Perspectives* (Edward Elgar 2012) pág. 115.

⁶⁸⁹ *Serdar Mohammed and others v. Secretary of State for Defence* [2015] EWCA Civ 843, párr. 171.

⁶⁹⁰ Comisión de Derecho Internacional, segundo informe sobre los principios generales del derecho, A/CN.4/741, pág. 61, párr. 180.

funcionarios del Estado que pueden dar lugar a obligaciones jurídicas, y las resoluciones y decisiones de organizaciones internacionales, que en ambos casos fundamentan obligaciones que pueden ser y han sido reconocidas en decisiones judiciales que, como se ha argumentado en el presente informe, pueden constituir fuentes materiales.

369. En lo que respecta a los actos unilaterales, desde un punto de vista teórico, pueden considerarse fuente primaria de obligaciones de los Estados o medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho. Por supuesto, pueden ser vinculantes para los Estados, como confirmó la Corte Internacional de Justicia en las causas relativas a los *Ensayos nucleares*, en las que afirmó que “[s]e reconoce en general que las declaraciones hechas mediante actos unilaterales respecto de situaciones jurídicas o de hecho pueden tener el efecto de crear obligaciones jurídicas”⁶⁹¹. Habida cuenta de ese reconocimiento en una decisión de la Corte Internacional de Justicia, la cuestión es si la decisión en sí misma puede considerarse el medio auxiliar para determinar la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional.

370. Los principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas aprobados por la Comisión presuponen lo mismo, ya que el primer principio rector parte de la base de que “[l]as declaraciones formuladas públicamente por las que se manifieste la voluntad de obligarse podrán surtir el efecto de crear obligaciones jurídicas”⁶⁹². Habida cuenta de que esas declaraciones son jurídicamente vinculantes cuando se cumplen determinadas condiciones, no deben considerarse “medios auxiliares”. Lo más probable es que simplemente queden fuera del ámbito del párrafo 1 del Artículo 38⁶⁹³. A título preliminar, el Relator Especial cree que quizás no tengan cabida en dicha disposición. Incluso podrían considerarse “tratados incipientes”⁶⁹⁴, o, en términos más generales, fuentes de obligaciones jurídicas en determinadas circunstancias. No está claro por qué, siendo fuentes de obligaciones jurídicas vinculantes, serían medios auxiliares y no fuentes primarias del derecho internacional. Por consiguiente, teniendo en cuenta la labor anterior de la Comisión sobre el tema, probablemente no sea necesario incluir esas posibles fuentes de obligaciones de los Estados en virtud del derecho internacional en el presente estudio centrado en los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional.

371. Las disposiciones de las resoluciones o decisiones aprobadas por organizaciones internacionales o en conferencias intergubernamentales pueden ser vinculantes o no. Cuando son vinculantes, serán fuentes de obligaciones vinculantes para los Estados de que se trate. A este respecto, es bien sabido que determinadas resoluciones del Consejo de Seguridad son vinculantes para los Estados Miembros de las Naciones Unidas, como se desprende del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y de sus Artículos 24 y 25, en los que los Estados Miembros “convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad”. También hay resoluciones del Consejo de Seguridad que pueden ser no vinculantes, como por ejemplo las aprobadas sobre la base del Capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas, que pueden tener otros efectos jurídicos. El carácter vinculante o no de las resoluciones tiene consecuencias jurídicas para los Estados Miembros de las Naciones Unidas y, cuando

⁶⁹¹ *Nuclear Tests (Australia v. France; New Zealand v. France)*, fallos, *I.C.J. Reports 1974*, págs. 253 y 457, párrs. 43 y 46. Véase también *Legal Status of Eastern Greenland*, fallo, *P.C.I.J., Series A/B*, núm. 53, págs. 22 y 73.

⁶⁹² *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), pág. 177, párr. 176.

⁶⁹³ Por ejemplo, Alain Pellet y Daniel Müller, “Article 38”, en Andreas Zimmermann y otros (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (3ª edición, 2019), págs. 819 y ss., en especial pág. 853.

⁶⁹⁴ Thirlway, *The Sources of International Law*, pág. 51.

estas son vinculantes, entra en juego el Artículo 103 de la Carta, que establece que, en caso de conflicto entre obligaciones, las impuestas por la Carta prevalecerán sobre las contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional. Las resoluciones del Consejo de Seguridad no son tratados, aunque deriven su autoridad vinculante de un tratado⁶⁹⁵.

372. La Asamblea General, como órgano plenario de la Organización, puede aprobar resoluciones sobre diversas cuestiones en virtud de los Artículos 10 a 14 de la Carta de las Naciones Unidas. El Artículo 10 faculta a la Asamblea General para “discutir cualesquier asuntos o cuestiones dentro de los límites de esta Carta o que se refieran a los poderes y funciones de cualquiera de los órganos creados por esta Carta” para “hacer recomendaciones sobre tales asuntos o cuestiones a los Miembros de las Naciones Unidas o al Consejo de Seguridad o a este y a aquellos”⁶⁹⁶. Por último, el Artículo 13 prevé la facultad más específica de [promover] estudios y [hacer] recomendaciones” para, entre otras cosas, impulsar “el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación”⁶⁹⁷. A tal efecto, mediante una resolución a la que se adjuntó el Estatuto, la Asamblea General estableció la Comisión, cuyo “objeto [es] la promoción del desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación”, pero la Asamblea General también puede llevar a cabo su propia labor a ese respecto, como ha hecho en el pasado por conducto de la Sexta Comisión (encargada de las cuestiones jurídicas).

373. Históricamente, cuando la Asamblea General ha aprobado resoluciones sobre cuestiones generales de derecho internacional, su grado de aceptación en ese foro universal ha servido como prueba de las opiniones de los Estados para la identificación de las normas de derecho internacional reconocidas por la Corte Internacional de Justicia y por la Comisión. Entre las resoluciones que pueden considerarse “creadoras de derecho” cabe citar los Principios de Núremberg⁶⁹⁸, la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales⁶⁹⁹, la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas⁷⁰⁰, la Declaración de los Principios Jurídicos que Deben Regir las Actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre⁷⁰¹, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo⁷⁰² y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁷⁰³.

374. Teniendo en cuenta el análisis que antecede y el examen de la función de las resoluciones llevado a cabo por la Comisión en relación con otros temas, cabe preguntarse si estas (también) pueden considerarse un tipo de medio auxiliar en la medida en que una norma de derecho internacional se articule en un fallo o una decisión de una corte o tribunal internacional basados en el reconocimiento de las opiniones o disposiciones expresadas en una resolución aprobada por un órgano de composición universal. Si la resolución se considera una fuente material, como una decisión judicial, entonces bien puede argumentarse que es un medio auxiliar para determinar una norma de derecho internacional. La Corte Internacional de Justicia se ha pronunciado varias veces sobre ambas cuestiones y, si la Comisión decide

⁶⁹⁵ Pellet y Müller, “Article 38”, pág. 857.

⁶⁹⁶ Naciones Unidas, *Carta de las Naciones Unidas*, 1945, 1 UNTS XVI, Artículo 10.

⁶⁹⁷ *Carta de las Naciones Unidas*, Artículo 13.

⁶⁹⁸ Resolución 95 (I) de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1946.

⁶⁹⁹ Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1960.

⁷⁰⁰ Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970.

⁷⁰¹ Resolución 1962 (XVIII) de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 1963.

⁷⁰² Resolución 47/190 de la Asamblea General, de 22 de diciembre de 1992.

⁷⁰³ Resolución 61/295 de la Asamblea General, de 13 de septiembre de 2007.

estudiarlas en el contexto del examen del presente tema, lo hará principalmente sobre la base de esas decisiones y opiniones y de las conclusiones que haya aprobado en relación con otros temas conexos.

D. Distinción entre los medios auxiliares y la prueba de la existencia de normas de derecho internacional

375. Si se decide abordar una de las cuestiones anteriores, por ejemplo el lugar que ocupan las resoluciones de las organizaciones internacionales, habrá que distinguir esos medios auxiliares de las fuentes que sirven como prueba de la existencia de una norma o de los elementos de una norma. Aunque esta cuestión podría estudiarse en un futuro informe si fuera necesario, quizás sea conveniente aclarar algunos aspectos ahora.

376. Aunque una recopilación de tratados puede servir para demostrar que un tratado existe, no por ello sería un medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho. La recopilación de tratados como tal no contribuye en modo alguno a la interpretación del tratado. En cambio, los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional son medios a los que se recurre por el contenido, la calidad y la capacidad persuasiva de sus ideas sobre el derecho. Pueden, por ejemplo, ayudar a interpretar un tratado.

377. Las resoluciones y textos similares no vinculantes pueden utilizarse como prueba de la existencia de una norma de derecho consuetudinario o de un principio general del derecho. También pueden utilizarse por el contenido, la calidad y la capacidad persuasiva de sus ideas sobre los principios generales del derecho. En el primer informe del Relator Especial sobre los principios generales del derecho se reconoce que, “para identificar un principio general del derecho, es necesario examinar cuidadosamente las pruebas disponibles que demuestren su reconocimiento”⁷⁰⁴. En el segundo informe se señalaba que “[t]ambién se han examinado otros tipos de materiales” (distintos de las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas), “como las iniciativas de codificación públicas y privadas, para determinar la existencia y el contenido de un principio común a los sistemas jurídicos nacionales”⁷⁰⁵.

378. Para concluir la presente sección, la calificación de medio auxiliar depende no solo del tipo de instrumento de que se trate, sino también de su aplicación en cada caso concreto. Cualquier fuente, instrumento o texto, ya sea vinculante o no, que pueda inspirar argumentos jurídicos puede ser empleado como medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho en un caso concreto. Al mismo tiempo, todo instrumento susceptible de ser utilizado como medio auxiliar puede, en cambio, ser empleado como prueba de la existencia de normas de derecho internacional.

E. Cuestiones relativas a la autoridad

379. Cada medio auxiliar tendrá un “peso” o “autoridad” distintos, que también pueden variar de un sistema a otro, en el sentido de que un medio auxiliar puede tener distinto peso según el contexto. Por ejemplo, las decisiones de una corte o tribunal internacional suelen tener gran importancia para esa corte o tribunal pero ser

⁷⁰⁴ Marcelo Vázquez-Bermúdez, primer informe sobre los principios generales del derecho (5 de abril de 2019), [A/CN.4/732](#), pág. 51, párr. 165.

⁷⁰⁵ Marcelo Vázquez-Bermúdez, segundo informe sobre los principios generales del derecho (9 de abril de 2022), [A/CN.4/741](#), pág. 61, párr. 180.

consideradas menos importantes por otra corte o tribunal, que en cambio puede dar prioridad a sus propias decisiones. Así ocurre también en la práctica de la Comisión.

380. El peso de los “otros” medios auxiliares puede depender del “cuidado y la objetividad” con que se hayan redactado. Así se indica en las conclusiones de la Comisión sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario al hablar del “valor” de la “labor de los órganos internacionales encargados de la codificación y el desarrollo del derecho internacional”, sumada a “la medida en que la labor trata de establecer el derecho existente”⁷⁰⁶. La Comisión también ha señalado que su propia labor “merece especial atención” en parte debido a “la exhaustividad de sus procedimientos”⁷⁰⁷, pero que su “peso” depende en parte de “las fuentes en las que se ha basado”⁷⁰⁸. Ese “peso” también depende de “la etapa alcanzada en sus trabajos”⁷⁰⁹, lo que significa que el proceso de redacción será más exhaustivo cuanto más avanzada esté su labor. Los magistrados de la Corte Internacional de Justicia parecen considerar en sus opiniones separadas que la calidad es pertinente para determinar el peso de la doctrina⁷¹⁰. Lo mismo cabe decir de otros medios auxiliares. La calidad parece ser una de las razones de las que la Corte Internacional de Justicia considere importante la labor de la Comisión, puesto que esta es el resultado de un proceso de redacción exhaustivo⁷¹¹. Según Bordin, un procedimiento de redacción exhaustivo puede establecer una presunción en favor de la opinión que se respalde en la codificación no legislativa⁷¹².

381. El nivel de especialización de las personas que participen en la redacción de un texto es otro factor que puede influir en el peso que se le atribuya⁷¹³. Así lo señala la Comisión en las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, cuando dice que es un factor que influye en el “valor” de la “labor de los órganos internacionales encargados de la codificación y el desarrollo del derecho internacional”⁷¹⁴. Lo mismo opinan los magistrados de la Corte Internacional de Justicia al aplicar las doctrinas de los publicistas⁷¹⁵. Esta es otra de las razones por las que se considera importante la labor de la Comisión, ya que sus miembros deben ser “de reconocida competencia en derecho internacional”⁷¹⁶. Según Bordin, la autoría puede establecer una presunción en favor de la opinión que se respalde en la codificación no legislativa⁷¹⁷.

382. Otro factor pertinente puede ser la adecuación de los medios auxiliares al mandato de una institución. La Comisión señala en las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario que el “mandato” es un factor que influye en el “valor” de la “labor de los órganos internacionales encargados

⁷⁰⁶ Párrafo 5) del comentario a la conclusión 14. *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/73/10)*, pág. 165.

⁷⁰⁷ *Ibid.*, pág. 155.

⁷⁰⁸ *Ibid.*

⁷⁰⁹ *Ibid.*

⁷¹⁰ Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, págs. 110 a 114.

⁷¹¹ *Ibid.*, págs. 87 y 88.

⁷¹² Fernando Lusa Bordin, “Reflections of Customary International Law: The Authority of Codification Conventions and ILC Draft Articles in International Law”, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 63 (2004), págs. 535 y ss., en especial pág. 560.

⁷¹³ Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, pág. 129.

⁷¹⁴ Párrafo 5) del comentario a la conclusión 14. *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/73/10)*, pág. 165.

⁷¹⁵ Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, págs. 107 a 110.

⁷¹⁶ CDI, Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional, 1947, artículo 2, párrafo 1.

⁷¹⁷ Véase Bordin, “Reflections of Customary International Law: The Authority of Codification Conventions and ILC Draft Articles in International Law”.

de la codificación y el desarrollo del derecho internacional”⁷¹⁸. En ese mismo documento, indica que su propia labor “merece especial atención” en parte debido a su “singular mandato”. Los medios auxiliares a menudo son elaborados por organizaciones que han recibido un mandato de los Estados. Un medio auxiliar que encaje directamente en ese mandato puede tener más peso que uno que quede fuera de este. Algunas instituciones tienen un mandato general, como la Comisión, que está facultada para desarrollar y codificar el “derecho internacional”, ya sea público o privado⁷¹⁹. Otras instituciones pueden tener un mandato más limitado y especializado. Así lo confirma el hecho de que la Corte Internacional de Justicia, en la causa *Diallo*, considerara “que debía atribuir un gran peso a la interpretación adoptada por” el Comité de Derechos Humanos⁷²⁰ conforme al mandato específico del Comité. En cambio, en el caso del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, la Corte “examinó detenidamente la posición adoptada por este”, pero no la siguió⁷²¹.

383. El nivel de convergencia o divergencia con respecto a un medio auxiliar también puede ser importante. En sus conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, la Comisión mencionó el “apoyo [...] dentro del órgano” como un factor que influye en el “valor” de la “labor de los órganos internacionales encargados de la codificación y el desarrollo del derecho internacional”⁷²². Los magistrados de la Corte Internacional de Justicia parecen considerarlo pertinente para determinar el peso que debe atribuirse a las doctrinas de los publicistas⁷²³. El grado de unanimidad con que se respalde una decisión judicial puede influir en su peso⁷²⁴. En el caso de los otros medios auxiliares, las organizaciones internacionales suelen aprobar sus resoluciones mediante votaciones en las que los Estados votan a favor o en contra o se abstienen. Las resoluciones que tengan menos votos en contra o abstenciones deberían tener relativamente más peso. Una amplia convergencia puede ser especialmente significativa si las partes en cuestión representan regiones geográficas o culturas diferentes⁷²⁵. Según Bordin, la representación es un factor determinante que puede establecer una presunción en favor de la opinión que se respalde en la codificación no legislativa⁷²⁶.

384. Otro factor conexo que puede influir en el “valor” de la “labor de los órganos internacionales encargados de la codificación y el desarrollo del derecho internacional”, también mencionado en las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, es “la acogida que ha tenido entre los Estados y otras partes”, es decir, el nivel de conformidad *fuera* del órgano de que se trate⁷²⁷. La Comisión ha señalado que su propia labor “merece especial atención” en parte

⁷¹⁸ Párrafo 5) del comentario a la conclusión 14. *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/73/10)*, pág. 165.

⁷¹⁹ CDI, Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional, 1947, artículo 1, párrafo 1.

⁷²⁰ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* [Fondo], fallo, *I.C.J. Reports 2010*, pág. 639, párr. 66.

⁷²¹ *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)* [Excepciones preliminares], fallo, *I.C.J. Reports 2021*, pág. 71, párr. 101.

⁷²² Párrafo 5) del comentario a la conclusión 14. *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/73/10)*, pág. 165.

⁷²³ Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, págs. 120 a 123.

⁷²⁴ Por ejemplo, Daniel Naurin y Øyvind Stiansen, “The Dilemma of Dissent: Split Judicial Decisions and Compliance With Judgments From the International Human Rights Judiciary”, *Comparative Political Studies*, vol. 53 (2020), págs. 959 y ss., en especial pág. 960.

⁷²⁵ Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, págs. 122 y 123.

⁷²⁶ Bordin, “Reflections of Customary International Law: The Authority of Codification Conventions and ILC Draft Articles in International Law”, pág. 560.

⁷²⁷ Párrafo 5) del comentario a la conclusión 14. *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/73/10)*, pág. 165.

debido a su “estrecha relación con la Asamblea General y los Estados”, pero que el valor de esta depende, “sobre todo, [de] la acogida que [le] den los Estados”⁷²⁸.

385. Esto parece indicar que el valor de los medios auxiliares que no están comprendidos en el ámbito del párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia puede depender de los mismos factores que determinan el peso que los medios comprendidos en el ámbito de esa disposición. Aunque el párrafo 1 del Artículo 38 no es exhaustivo, en algunos aspectos, en última instancia no importa si el medio está o no comprendido en su ámbito de aplicación. Debe procederse al mismo análisis en ambos casos. Una de las cuestiones vistas más arriba requerirá un examen más detenido, lo que dependerá, una vez más, de si se decide abordar también los medios auxiliares no mencionados expresamente en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Eso es algo que la Comisión deberá decidir si los miembros apoyan el examen de esta cuestión en relación con el presente tema. El Relator Especial cree que parece haber razones de peso para abordar las resoluciones y otras muchas para no abordar los actos unilaterales capaces de crear obligaciones jurídicas vinculantes, que, después de todo, la Comisión ya ha examinado como tema específico.

⁷²⁸ *Ibid.*, pág. 155.

X

Conclusión y futuro programa de trabajo

386. Habida cuenta del amplio análisis que figura en los diversos capítulos de este primer informe, basado en la práctica y la doctrina más pertinente y ciertamente abundante sobre el tema, el Relator Especial está en condiciones de someter los siguientes proyectos de conclusión a la consideración de la Comisión:

Proyecto de conclusión 1

Alcance

El presente proyecto de conclusiones se refiere a la forma en que se utilizan medios auxiliares para determinar la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional.

Proyecto de conclusión 2

Categorías de medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho

Son medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional:

- a) Las decisiones de las cortes y tribunales nacionales e internacionales;
- b) La doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones;
- c) Cualquier otro medio derivado de las prácticas de los Estados o las organizaciones internacionales.

Proyecto de conclusión 3

Criterios de evaluación de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho

Los medios auxiliares utilizados para determinar una norma de derecho internacional se evalúan en función de la calidad de las pruebas presentadas, de la especialización de las partes implicadas, de la conformidad con un mandato oficial, del nivel de convergencia entre las partes implicadas y de la acogida entre los Estados y otras partes.

Proyecto de conclusión 4

Decisiones de las cortes y tribunales

- a) Las decisiones de las cortes y tribunales internacionales sobre cuestiones de derecho internacional son medios especialmente autorizados para la identificación o determinación de la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional;
- b) A efectos del apartado a), se tendrán especialmente en cuenta las decisiones de la Corte Internacional de Justicia;
- c) Las decisiones de las cortes y tribunales nacionales pueden utilizarse, en determinadas circunstancias, como medio auxiliar para la identificación o determinación de la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional.

Proyecto de conclusión 5

Doctrina

La doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, en especial la que refleje opiniones académicas coincidentes, puede ser un medio auxiliar para la identificación o determinación de la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional.

387. Aunque podrá cambiar según avance la labor sobre el tema y en función de lo que se decida sobre el alcance propuesto en los capítulos anteriores (en particular en los caps. III y IX), el Relator Especial propone el siguiente programa provisional para la labor de la Comisión.

388. En el segundo informe, que se presentará en 2024, el Relator Especial retomará el análisis de la función de los medios auxiliares centrándose en particular en las decisiones judiciales y su relación con las fuentes primarias del derecho internacional, a saber, los tratados, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho.

389. En el tercer informe, que se presentará en 2025, propone analizar la doctrina y, en su caso, otros medios auxiliares. En ese marco se estudiaría la función de la labor de los académicos a título individual, pero también de los órganos creados o facultados por Estados y los órganos de expertos de carácter privado, así como de los órganos de codificación regionales y de otra índole, como medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional. En ese informe se abordarán también las diversas cuestiones que se planteen en el debate en el seno de la Comisión y en las observaciones de los Estados. Será una oportunidad para evaluar los proyectos de conclusión que se hayan aprobado a fin de mejorar su coherencia general.

390. Si se cumple el calendario previsto, se espera que la primera lectura de todo el proyecto de conclusiones pueda completarse en 2025 y, teniendo en cuenta el plazo de un año que se suele dar a los Estados y otras partes interesadas para presentar sus observaciones por escrito, que la segunda lectura se complete en 2027.

Anexo

Proyectos de conclusión propuestos por el Relator Especial

Proyecto de conclusión 1

Alcance

El presente proyecto de conclusiones se refiere a la forma en que se utilizan medios auxiliares para determinar la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional.

Proyecto de conclusión 2

Categorías de medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho

Son medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional:

- d) Las decisiones de las cortes y tribunales nacionales e internacionales;
- e) La doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones;
- f) Cualquier otro medio derivado de las prácticas de los Estados o las organizaciones internacionales.

Proyecto de conclusión 3

Criterios de evaluación de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho

Los medios auxiliares utilizados para determinar una norma de derecho internacional se evalúan en función de la calidad de las pruebas presentadas, de la especialización de las partes implicadas, de la conformidad con un mandato oficial, del nivel de convergencia entre las partes implicadas y de la acogida entre los Estados y otras partes.

Proyecto de conclusión 4

Decisiones de las cortes y tribunales

- d) Las decisiones de las cortes y tribunales internacionales sobre cuestiones de derecho internacional son medios especialmente autorizados para la identificación o determinación de la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional;
- e) A efectos del apartado a), se tendrán especialmente en cuenta las decisiones de la Corte Internacional de Justicia;
- f) Las decisiones de las cortes y tribunales nacionales pueden utilizarse, en determinadas circunstancias, como medio auxiliar para la identificación o determinación de la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional.

Proyecto de conclusión 5

Doctrina

La doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, en especial la que refleje opiniones académicas coincidentes, puede ser un medio auxiliar para la identificación o determinación de la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional.