



# Asamblea General

Distr. general  
29 de enero de 2025  
Español  
Original: inglés

---

## Comisión de Derecho Internacional

76° período de sesiones

Ginebra, 14 de abril a 30 de mayo  
y 30 de junio a 31 de julio de 2025

### **Tercer informe sobre los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional**

**Elaborado por Charles Chernor Jalloh, Relator Especial\***

---

\* El Relator Especial desea expresar su más sincero agradecimiento a Niccolò Ridi, Eirik Bjorge y Klyde Bedford por su ayuda con la investigación realizada para algunas partes del presente informe, y asume todas las opiniones y errores que figuran en él.



## Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción .....	4
A. Inclusión del tema en el programa de trabajo .....	4
B. Objetivo y estructura del tercer informe .....	5
II. Examen anterior del tema.....	7
A. Segundo informe del Relator Especial y segundo debate en sesión plenaria.....	7
B. Debate en la Sexta Comisión de la Asamblea General .....	9
C. Enfoque respecto de las cuestiones planteadas en los debates y camino a seguir.....	17
III. Doctrina .....	19
A. Debates anteriores sobre la doctrina .....	19
B. El sentido y la consideración de la doctrina en la determinación de las normas de derecho internacional .....	20
C. Clasificación de la doctrina y evaluación de su peso .....	22
D. Propuesta de proyecto de conclusión 9: productos de grupos de expertos de carácter privado.....	30
E. Criterios generales de evaluación del peso de los productos de los órganos de expertos de carácter privado.....	32
IV. La labor de los órganos de expertos creados o facultados por los Estados.....	32
A. La labor de la Comisión como medio auxiliar .....	33
B. La labor de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos como medio auxiliar .....	37
C. Comité Internacional de la Cruz Roja: ¿sui generis? .....	40
D. Propuesta de proyecto de conclusión 10: pronunciamientos de órganos de expertos de carácter público .....	42
V. Resoluciones de organizaciones internacionales y conferencias intergubernamentales.....	43
A. El estatus de las resoluciones de las organizaciones internacionales en la labor de la Comisión.....	44
B. La importancia jurídica de las resoluciones de organizaciones internacionales y el posible papel de estas como medio auxiliar .....	46
C. Distintos usos de los medios auxiliares .....	47
D. Evaluación del peso de las resoluciones .....	50
E. Propuesta de proyecto de conclusión 11: resoluciones de organizaciones internacionales ..	51
VI. La cuestión de la unidad y coherencia del derecho internacional.....	52
A. Debates anteriores sobre la unidad y coherencia .....	52
B. Definición de conflicto y fragmentación .....	53
C. La labor del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional .....	54
D. Promoción de la coherencia en las decisiones de las cortes y tribunales .....	57
E. Riesgos de fragmentación por la adopción de decisiones contradictorias .....	58
F. La promoción de la unidad y coherencia del derecho internacional por la Corte Internacional de Justicia.....	67

G.	Propuesta de proyecto de conclusión 12: coherencia de las decisiones de cortes y tribunales .....	76
VII.	La relación entre los “medios auxiliares” para determinar las normas de derecho y los “medios de interpretación complementarios” .....	77
A.	La labor sobre el tema hasta la fecha en relación con el proceso de determinación .....	78
B.	Resumen del problema y disposiciones pertinentes.....	84
C.	Límites al uso de medios auxiliares como instrumentos de interpretación .....	86
D.	Medios complementarios .....	88
E.	Límites a la utilización de los medios complementarios .....	90
F.	Práctica de las cortes y tribunales en relación con los medios complementarios .....	95
G.	Propuesta de proyecto de conclusión 13: relación con los medios complementarios .....	106
VIII.	La estructura del proyecto de conclusiones.....	106
IX.	Programa de trabajo futuro.....	108
Anexos		
I.	Proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por la Comisión hasta la fecha .....	109
II.	Proyectos de conclusión propuestos en el tercer informe del Relator Especial.....	111
III.	Propuesta de estructura del proyecto de conclusiones recomendada para la primera lectura.....	113

## I. Introducción

### A. Inclusión del tema en el programa de trabajo

1. En su 72º período de sesiones, celebrado en 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”<sup>1</sup>. En su septuagésimo sexto período de sesiones, celebrado en 2021, la Asamblea General aprobó la resolución 76/111<sup>2</sup>, en la que tomó nota de la inclusión del tema en el programa de trabajo a largo plazo<sup>3</sup>.
2. En su 73º período de sesiones, celebrado en 2022, ante el interés por el tema, la apertura de espacio en el programa de trabajo y la respuesta positiva de los Estados, la Comisión decidió trasladar el tema a su actual programa de trabajo<sup>4</sup> y nombrar Relator Especial al Sr. Charles Chernor Jalloh<sup>5</sup>.
3. En el mismo período de sesiones, la Comisión también solicitó a los Estados información sobre su práctica<sup>6</sup>, así como dos memorandos a la Secretaría con miras a su presentación en los dos siguientes períodos de sesiones que se celebrarían en 2023 y 2024, respectivamente<sup>7</sup>.
4. Durante el debate de la Sexta Comisión en el septuagésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General, celebrado en 2022, los Estados acogieron con satisfacción la decisión de la Comisión de examinar el tema de los medios auxiliares. La Asamblea General, en su resolución 77/103, de 7 de diciembre de 2022, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su actual programa de trabajo<sup>8</sup>. También señaló a la atención de los Gobiernos la importancia de que comunicaran a la Comisión sus observaciones sobre los diversos temas de su programa, incluidos los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional<sup>9</sup>.
5. En respuesta, el Reino de los Países Bajos<sup>10</sup>, Sierra Leona<sup>11</sup> y los Estados Unidos de América<sup>12</sup> presentaron información sobre su práctica nacional en materia de medios auxiliares en 2023. Posteriormente, en 2024, se recibió información de Irlanda<sup>13</sup>, la República de Corea<sup>14</sup> y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte<sup>15</sup>.

<sup>1</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/76/10)*, párr. 302 y anexo.

<sup>2</sup> Resolución 76/111 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2021, párr. 7.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> A/CN.4/SR.3583, pág. 8.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/77/10)*, párr. 29.

<sup>7</sup> *Ibid.*, párr. 245.

<sup>8</sup> Resolución 77/103 de la Asamblea General, de 7 de diciembre de 2022, párr. 7.

<sup>9</sup> *Ibid.*, párr. 5.

<sup>10</sup> Reino de los Países Bajos, contribución sobre los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional (13 de enero de 2023), *ibid.*

<sup>11</sup> Sierra Leona, contribución sobre los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional (18 de enero de 2023), *ibid.*

<sup>12</sup> Estados Unidos, contribución sobre los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional (12 de enero de 2023). Puede consultarse en el sitio web de la Comisión, en la guía analítica del presente tema, en [https://legal.un.org/ilc/guide/1\\_16.shtml#govcoms](https://legal.un.org/ilc/guide/1_16.shtml#govcoms).

<sup>13</sup> Irlanda, contribución sobre los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional (5 de marzo de 2024), *ibid.* El Relator Especial está inmensamente agradecido a la delegación irlandesa por su importante contribución, incluidos los anexos, sobre este tema.

<sup>14</sup> República de Corea, contribución sobre los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional, *ibid.*

<sup>15</sup> Reino Unido, contribución sobre los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional (1 de febrero de 2024), *ibid.*

6. En su 74º período de sesiones, celebrado en 2023, la Comisión celebró un debate general sobre el primer informe del Relator Especial. El primer informe tratada de exponer de forma exhaustiva las principales cuestiones que planteaba la labor de la Comisión sobre el tema de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional; abordaba la metodología, que debía basarse en la práctica, los fundamentos teóricos y la naturaleza de los medios auxiliares y su relación con las fuentes del derecho internacional; analizaba el texto y los antecedentes de redacción del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y hacía propuestas sobre el alcance y el resultado del tema, en forma de conclusiones acompañadas de comentarios y de una bibliografía multilingüe, así como sobre un programa de trabajo provisional<sup>16</sup>. Al mismo tiempo que el primer informe, la Comisión también examinó el primer memorando de la Secretaría sobre elementos de trabajos anteriores de la Comisión que podían ser especialmente pertinentes para el tema<sup>17</sup>.

7. Tras un fructífero primer debate en sesión plenaria en el que participaron casi todos sus 34 miembros, la Comisión remitió al Comité de Redacción las cinco conclusiones propuestas por el Relator Especial en su primer informe. Posteriormente aprobó, con sus comentarios, los proyectos de conclusión 1 (alcance), 2 (categorías de medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional) y 3 (criterios generales de evaluación de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional). Como el Comité de Redacción no los examinó hasta la segunda mitad del período de sesiones de 2023, por lo que no hubo tiempo para traducir sus comentarios, la Comisión solo tomó nota de los proyectos de conclusión 4 (decisiones de cortes y tribunales) y 5 (doctrina) aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción<sup>18</sup>.

8. La Comisión examinó el segundo informe del Relator Especial en su 75º período de sesiones, celebrado en 2024<sup>19</sup>. El informe, que se resumirá más adelante, proponía tres proyectos de conclusión. Tras el debate sobre el tema celebrado en sesión plenaria y la remisión al Comité de Redacción de los tres proyectos de conclusión propuestos en el segundo informe, la Comisión aprobó tres proyectos de conclusión, con sus comentarios, sobre la naturaleza y la función de los medios auxiliares (proyecto de conclusión 6), la ausencia de precedente jurídicamente vinculante en el derecho internacional (proyecto de conclusión 7) y el peso de las decisiones de cortes y tribunales (proyecto de conclusión 8). También en el período de sesiones de 2024, la Comisión aprobó los dos proyectos de conclusión sobre las decisiones de cortes y tribunales y la doctrina en su forma revisada oralmente, cuyo examen había quedado en suspenso en el período de sesiones de 2023 a la espera de disponer de los comentarios correspondientes en todos los idiomas oficiales.

## B. Objetivo y estructura del tercer informe

9. En sus informes anteriores, y según lo aprobado por la Comisión en el programa de trabajo presentado a la Sexta Comisión<sup>20</sup>, el Relator Especial indicó que en su tercer informe analizaría la doctrina y otros medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional<sup>21</sup>. Se propuso que el Relator Especial limitara el enfoque del informe a solo dos aspectos —de los diversos posibles medios auxiliares que se habían examinado anteriormente y teniendo en cuenta el estado de la práctica actual— a partir de los trabajos de la Comisión en temas anteriores, a saber, la labor de los órganos de expertos de carácter público y privado y las resoluciones o decisiones de determinadas organizaciones internacionales. Por ello, el presente informe se centra en esos dos elementos.

<sup>16</sup> [A/CN.4/760](#).

<sup>17</sup> [A/CN.4/759](#).

<sup>18</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/78/10)*, cap. VII; véanse también [A/CN.4/L.985](#) y [A/CN.4/L.985/Add.1](#).

<sup>19</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/78/10)*, cap. V; véase también [A/CN.4/760](#).

<sup>20</sup> [A/78/10](#), párr. 261.

<sup>21</sup> *Ibid.*, párr. 82 y 91.

10. El informe abordará también diversas cuestiones planteadas en debates anteriores en la Comisión o por los Estados en sus observaciones, en particular sobre la unidad y coherencia del derecho internacional (a menudo denominada fragmentación) y la relación entre los medios auxiliares y los medios de interpretación complementarios en el contexto del derecho de los tratados. En consonancia con el programa de trabajo sobre el tema, el presente informe pretende completar el conjunto de proyectos de conclusión propuestos por el Relator Especial. Así, la idea es que sirva de base para que la Comisión concluya la primera lectura sobre el tema en 2025.

11. Además de este capítulo introductorio, el presente informe se ha estructurado en ocho capítulos. En el capítulo II, y en consonancia con la práctica habitual, el Relator Especial analizará la labor realizada hasta la fecha sobre el tema. En ese contexto, resumirá los debates, en general positivos, mantenidos tanto en la Comisión durante su 75º período de sesiones como en la Sexta Comisión durante su 79º período de sesiones, celebrados ambos en 2024, sobre las diversas cuestiones abordadas en el segundo informe.

12. En el capítulo III, el Relator Especial examinará brevemente la doctrina como categoría de medio auxiliar establecida firmemente en el Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y estudiará su contenido en función de la práctica. A continuación, examinará la cuestión pendiente del peso que debe atribuirse a la doctrina al determinar las normas de derecho internacional<sup>22</sup>. El Relator Especial propone que la Comisión considere la posibilidad de añadir un nuevo apartado sobre el peso que debe atribuirse a la doctrina en el proyecto de conclusión 5. En la última parte del capítulo se propone un proyecto de conclusión sobre la labor de los órganos de expertos de carácter privado.

13. En el capítulo IV, el Relator Especial estudia la labor de determinados órganos de expertos creados o facultados por los Estados para desempeñar un mandato concreto. En ese capítulo, el Relator Especial aborda los tipos más comunes de productos elaborados por esos órganos para determinar la forma en que se han utilizado en la práctica como medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional. El capítulo concluye con una propuesta de proyecto de conclusión sobre los pronunciamientos de los órganos de expertos de carácter público.

14. En el capítulo V, teniendo en cuenta los trabajos anteriores de la Comisión en varios de los temas que ha examinado últimamente, el informe estudiará las resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales o en conferencias intergubernamentales como medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional. El capítulo culmina con la propuesta de un proyecto de conclusión sobre el uso de las resoluciones como medio auxiliar y el peso de estas, de conformidad con los criterios generales aprobados previamente por la Comisión durante su 74º período de sesiones, celebrado en 2023.

15. En los dos capítulos siguientes se abordarán dos cuestiones pendientes que no tienen tanto que ver con los medios auxiliares en general como con las decisiones judiciales y de otra índole como subcategoría de medios auxiliares. El capítulo VI se refiere al riesgo de fragmentación o a la coherencia y unidad del derecho internacional, cuestión ya mencionada en el primer informe. En el capítulo VII, el Relator Especial examinará la relación entre los medios auxiliares que figuran en el Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y los medios de interpretación complementarios del artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena de 1969)<sup>23</sup>. El Relator Especial propone dos proyectos de conclusión sobre la coherencia de las decisiones de las cortes y tribunales y la relación entre los medios auxiliares y los medios de interpretación complementarios, respectivamente.

16. Como ya se ha señalado, el presente informe pretende servir de base para que la Comisión concluya la primera lectura sobre el tema en 2025. Por lo tanto, brinda también la oportunidad de dar un paso atrás y reevaluar todos los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por la Comisión, además de las observaciones recibidas de los Estados

<sup>22</sup> A/CN.4/760, párr. 389.

<sup>23</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, núm. 18232, pág. 331.

hasta la fecha sobre estos, con vistas a mejorar su coherencia general<sup>24</sup>. Por esta razón, teniendo plenamente en cuenta las principales sugerencias de los miembros de la Comisión y de las delegaciones en la Sexta Comisión, el Relator Especial propone que el proyecto de conclusiones se estructure en la forma explicada en el presente capítulo (véase también el cap. VIII).

17. En el capítulo IX, el Relator Especial aborda el futuro programa de trabajo sobre el tema. Está previsto que la primera lectura sobre el tema concluya en 2025 y, teniendo en cuenta el plazo de un año que se suele dar a los Gobiernos y observadores para que presenten sus observaciones por escrito sobre los temas examinados por la Comisión, que la segunda lectura termine en 2027.

18. Por razones de conveniencia, se adjuntan al presente informe los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por la Comisión hasta la fecha (anexo I). A continuación se reproducen los cinco nuevos proyectos de conclusión propuestos por el Relator Especial en el presente informe (anexo II). En el anexo III figura la propuesta de estructuración, en partes, del proyecto de conclusiones que se aprobaría en primera lectura.

19. Por último, en consonancia con el plan de trabajo de la Comisión, el Relator Especial distribuirá una primera versión de una bibliografía multilingüe sobre el tema de los medios auxiliares. Recuerda que, tanto en su primer informe de 2023<sup>25</sup> como posteriormente<sup>26</sup>, invitó a los miembros de la Comisión y a los delegados en la Sexta Comisión a que recomendaran materiales primarios y secundarios pertinentes que pudieran incluirse en una bibliografía destinada a servir de punto de partida para futuros investigadores que se ocuparan del tema. El Relator Especial da las gracias a los miembros de la Comisión que han formulado recomendaciones, incluidas referencias a materiales escritos en idiomas oficiales de las Naciones Unidas distintos del inglés<sup>27</sup>.

20. A este respecto, ante la abundante bibliografía existente sobre los medios auxiliares, el Relator Especial recomendó que los artículos para la bibliografía se seleccionaran basándose principalmente en la calidad y representatividad de las obras en los principales sistemas jurídicos, regiones e idiomas del mundo. La primera versión de la bibliografía, que la Secretaría publicará a su debido tiempo como adición al presente informe, reflejará ese enfoque.

## II. Examen anterior del tema

### A. Segundo informe del Relator Especial y segundo debate en sesión plenaria

21. En su segundo informe, el Relator Especial abordó tres cuestiones sustantivas clave. En primer lugar, examinó la naturaleza y la función general de los medios auxiliares, recordando que eran distintos de las fuentes del derecho internacional enunciadas en los apartados a) a c) del párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y estaban subordinados a estas. Su principal función era de asistencia a las fuentes del derecho internacional. Esta conclusión se veía reforzada por el texto y los antecedentes de redacción del párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto y confirmada por la práctica real de la Corte Internacional de Justicia y otras cortes y tribunales internacionales, la práctica de cortes y tribunales nacionales y los escritos académicos. También se observó que, además las funciones generales, determinados medios auxiliares podían cumplir funciones más

<sup>24</sup> A/78/10, párr. 261.

<sup>25</sup> A/CN.4/760, párr. 68.

<sup>26</sup> Asimismo, en diciembre de 2024, el Relator Especial también solicitó, por conducto de las secretarías de la Sexta Comisión y de la Comisión de Derecho Internacional, aportaciones de los Estados y de los miembros de la Comisión para la bibliografía.

<sup>27</sup> El Relator Especial expresa su más sincero agradecimiento a Mathias Forteau, George Galindo, Mario Oyarzábal y Bimal Patel.

específicas que podían servir de base independiente de derechos y obligaciones de los Estados y las organizaciones internacionales como sujetos de derecho internacional.

22. En segundo lugar, el Relator Especial también trató el carácter general del precedente en los procedimientos judiciales nacionales e internacionales. Primero definió la noción de precedente a partir de la interpretación corriente del término y de una interpretación más técnico-jurídica de este, distinguiendo entre ambas en función de que se hubiera adoptado un enfoque restringido o amplio. A efectos de comparación, a continuación examinó los enfoques adoptados respecto del precedente en los sistemas jurídicos de derecho anglosajón y de derecho romanista, antes de pasar al enfoque único del derecho internacional. Mostró que el derecho internacional había desarrollado un sistema propio y único, distinto del derecho anglosajón o el derecho romanista, y que en general había funcionado bien. Así, aunque no existía en el derecho internacional una teoría o doctrina formal del precedente en el sentido técnico o estricto del término, la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar y otras cortes y tribunales internacionales seguían el razonamiento de decisiones y sentencias anteriores cuando, entre otras cosas, no hubiese razón para apartarse de una argumentación jurídica anterior que pudiera seguir considerándose bien fundada.

23. En el segundo informe se examinó como tercera cuestión sustantiva la relación entre el párrafo 1 d) del Artículo 38 y la salvedad establecida en el Artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que establece que las decisiones de la Corte no son obligatorias sino para las partes en litigio, matizando así la utilización de la decisión judicial como medio auxiliar; el vínculo entre el Artículo 59, el Artículo 61 sobre la revisión de los fallos, y el Artículo 62, que permite pedir intervenir en un litigio cuando exista un interés de orden jurídico; y la práctica de diversas cortes y tribunales, en particular de la Corte Internacional de Justicia y del Tribunal Internacional del Derecho del Mar. Concluyó que, aunque en derecho internacional no existía doctrina alguna del *stare decisis*, los efectos jurídicos de las decisiones no obligaban a las partes únicamente, sino que también repercutían en terceros, debido a la fuerza de las decisiones de la Corte Internacional de Justicia como expresión autorizada de las normas de derecho internacional. Los Gobiernos invocan y las cortes y tribunales siguen con frecuencia las decisiones anteriores por razones de seguridad jurídica y previsibilidad y por el valor persuasivo y práctico de estas para ayudar a resolver una controversia posterior.

24. El Relator Especial propuso tres proyectos de conclusión sobre la naturaleza y la función de los medios auxiliares (proyecto de conclusión 6); la ausencia de la norma del precedente en el derecho internacional (proyecto de conclusión 7); y el valor persuasivo de las decisiones de cortes y tribunales (proyecto de conclusión 8).

25. Los miembros de la Comisión acogieron con satisfacción el exhaustivo segundo informe del Relator Especial. Estuvieron de acuerdo en que los medios auxiliares no eran una fuente del derecho internacional. También coincidieron en que, en general, no existía un sistema de precedentes vinculantes en el derecho internacional. Sin embargo, también reconocieron que solía seguirse el razonamiento de las decisiones judiciales, entre otros motivos por cuestiones de seguridad y previsibilidad jurídicas, lo que constituía la esencia de todo sistema jurídico basado en el estado de derecho. Algunos miembros pidieron aclaraciones sobre la alusión que el Relator Especial hacía en su informe no solo a la función general de los medios auxiliares, sino también a funciones específicas que podrían tener ciertos medios auxiliares. Varios miembros se mostraron prudentes en relación con esto último<sup>28</sup>.

26. Tras el debate en sesión plenaria, la Comisión remitió los proyectos de conclusión 6 a 8 propuestos en el segundo informe al Comité de Redacción que, después de deliberar, aprobó tres conclusiones distintas. Después de examinar el informe del Comité de Redacción<sup>29</sup>, hacia el final de su 75º período de sesiones, la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de conclusión 6, 7 y 8 y sus comentarios<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Véase el resumen del debate que figura en el documento [A/79/10](#), párrs. 20 a 23.

<sup>29</sup> [A/CN.4/L.999](#).

<sup>30</sup> [A/79/10](#), párr. 24.

27. En relación con el proyecto de conclusión 6, relativo a la naturaleza y la función de los medios auxiliares, el Comité de Redacción afirmó que los medios auxiliares no eran una fuente del derecho internacional; sostuvo que cumplían una función de asistencia para determinar la existencia y el contenido de las normas jurídicas internacionales; y aclaró que se entendía que ello no impedía utilizarlos como materiales para otros fines. El Relator Especial recomendó que la ubicación del proyecto de conclusión 6 relativo a la función se volviera a examinar en la fase de primera lectura en el actual período de sesiones, y la Comisión hizo suya esa recomendación.

28. En cuanto al proyecto de conclusión 7, sobre la ausencia de precedente jurídicamente vinculante en el derecho internacional, el Comité de Redacción formuló en la primera oración una regla general que disponía que las decisiones de las cortes o tribunales internacionales podían seguirse con respecto a cuestiones de derecho en la medida en que dichas decisiones abordasen cuestiones iguales o similares a las que se estuvieran considerando. En la segunda oración se establecía la excepción a la regla general al afirmar que dichas decisiones no constituían precedentes jurídicamente vinculantes, salvo que se dispusiera lo contrario en un instrumento o norma específicos de derecho internacional.

29. En lo que respecta al proyecto de conclusión 8, el Comité de Redacción aprobó tres factores para evaluar el peso de las decisiones. Entre otras cosas, en la evaluación había que determinar si la corte o el tribunal tenían una competencia específica, si la decisión en cuestión era una decisión aislada o formaba parte de un conjunto más amplio de decisiones de ese tipo y si el razonamiento no había quedado superado por desarrollos posteriores. Estos criterios no exhaustivos para evaluar el peso que debe atribuirse a las decisiones de cortes y tribunales debían complementar los criterios generales indicados en el proyecto de conclusión 3.

## B. Debate en la Sexta Comisión de la Asamblea General

### 1. Observaciones generalmente positivas sobre el tema

30. Durante el debate en la Sexta Comisión acerca del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 75º período de sesiones, celebrado en 2024, 81 Estados (incluidos los países nórdicos, que estuvieron representados por Dinamarca), junto con la Unión Europea (en calidad de observador, hablando también en nombre de Albania, Bosnia y Herzegovina, Montenegro, la República de Moldova, Serbia y Ucrania, países candidatos) y otros tres observadores (la Santa Sede y el Estado de Palestina, y la Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana), abordaron específicamente el capítulo V del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 75º período de sesiones, relativo a los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional<sup>31</sup>. Ello ha supuesto un aumento considerable del número de Estados que participaron en el debate sobre el tema, lo que el Relator Especial acoge con satisfacción.

31. Muchos de los Estados participantes en el debate felicitaron a la Comisión por los importantes avances logrados en el tema durante el 75º período de sesiones. Varias delegaciones elogiaron el rigor del segundo informe del Relator Especial, al tiempo que expresaron su firme apoyo al enfoque adoptado por la Comisión y por el Relator Especial respecto del tema hasta la fecha<sup>32</sup>. En general, acogieron favorablemente la continuación de

<sup>31</sup> La lista completa de las delegaciones que abordaron el tema durante el debate de la Sexta Comisión es la siguiente: Alemania, Argelia, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Belarús, Brasil, Camerún, Canadá, Chile, China, Colombia, Croacia, Cuba, Dinamarca (en nombre de los países nórdicos), Ecuador, Egipto, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, Estados Unidos, Estonia, Federación de Rusia, Filipinas, Francia, Grecia, Guatemala, Hungría, India, Irán (República Islámica del), Irlanda, Israel, Italia, Jamaica, Japón, Kenya, Líbano, Malasia, México, Micronesia (Estados Federados de), Países Bajos (Reino de los), Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República de Corea, Rumanía, Sierra Leona, Singapur, Sri Lanka, Sudáfrica, Tailandia, Türkiye, Uganda y Viet Nam, Estado de Palestina y Santa Sede; y Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana y Unión Europea.

<sup>32</sup> Por ejemplo, véase Belarús (A/C.6/79/SR.26) (que argumentó que los proyectos de conclusión “reflejan un análisis exhaustivo de la naturaleza jurídica de los medios auxiliares y de su papel para

los trabajos de la Comisión sobre el tema y subrayaron su importancia, en especial por su estrecha relación e interacción con las fuentes del derecho internacional.

32. Al mismo tiempo, varias delegaciones expresaron cautela o pidieron aclaraciones sobre algunos de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente o sus comentarios. La mayoría de las delegaciones reiteraron su firme apoyo a la decisión de que el resultado de la labor sobre el tema revistiera la forma de proyecto de conclusiones.

33. Solo una delegación expresó una opinión diferente<sup>33</sup>. Dicho esto, habida cuenta de la decisión de la Comisión a ese respecto, y de su práctica establecida con respecto a los estudios relativos al Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el Relator Especial considera que no hay razón para cambiar la decisión de elaborar conclusiones finales como resultado de los trabajos sobre el tema. Espera que la delegación que expresó esa opinión diferente, que habló de mantener una actitud abierta sobre la forma del resultado de su labor, se una al consenso y al apoyo abrumadoramente mayoritario a la decisión de la Comisión de elaborar un conjunto de conclusiones acompañadas de comentarios.

## 2. Observaciones sobre los proyectos de conclusión 6 a 8

34. Las delegaciones también formularon observaciones específicas sobre el texto de cada uno de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente, y varias de ellas hicieron además algunas sugerencias útiles para los comentarios. El Relator Especial considera que, si bien hay algunos elementos nuevos, las observaciones de las delegaciones sobre los proyectos de conclusión 4 y 5 fueron muy similares a las que formularon en 2023<sup>34</sup>. Por ello, aunque puede asegurarse a cada uno de los Estados que se han pronunciado que ha estudiado detenidamente y tenido en cuenta sus observaciones anteriores y nuevas en la parte sustantiva de su trabajo, centrará el presente resumen en las observaciones formuladas sobre los proyectos de conclusión 6 a 8.

35. Pasando ahora a esas conclusiones específicas, el Relator Especial considera que podría ser útil recordar que el proyecto de conclusión 6 aborda la naturaleza y las funciones de los medios auxiliares en dos párrafos<sup>35</sup>. El primer párrafo indica que los medios auxiliares no son una fuente del derecho internacional y que su función es ayudar a la determinación de la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional<sup>36</sup>. El segundo párrafo tiene por objeto poner de relieve que cada material puede cumplir múltiples funciones para incidir en la importancia de identificarlas al valorar si esos materiales deben utilizarse como medios auxiliares<sup>37</sup>. Se explica que, a fin de utilizarlos adecuadamente, es necesario establecer una distinción entre las funciones que cumplen, como en el caso de las decisiones de cortes y tribunales nacionales, que pueden funcionar como medios auxiliares y como prueba del derecho internacional consuetudinario<sup>38</sup>.

---

determinar la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional”); véanse también Australia (*ibid.*) (que reiteró el valor de la labor de la Comisión y reconoció “los importantes avances que se han realizado en el tema desde su inclusión en el programa de trabajo de la Comisión en 2021”); y Estados Unidos de América (*ibid.*) (que reiteró su apoyo al “importante tema” de los medios auxiliares).

<sup>33</sup> Véase Reino Unido (A/C.6/78/SR.31, párr. 35) (que sugirió a la Comisión “mantener una actitud abierta en cuanto a la forma de su resultado final”).

<sup>34</sup> El Relator Especial señala que, si bien el texto de los proyectos de conclusión 4 y 5 aún no había sido aprobado formalmente por la Comisión, que no lo hizo hasta 2024 para que diera tiempo a traducir los comentarios correspondientes a los idiomas oficiales de las Naciones Unidas, se incluyó en el informe de 2023 de la Comisión a la Asamblea General (A/78/10, párr. 65, nota 215). Por ello, varios Estados ya han tenido ocasión de pronunciarse sobre el texto. El resumen del debate sobre los proyectos de conclusión 4 y 5 ya se incluyó en el segundo informe del Relator Especial (véase A/CN.4/769, párrs. 51 a 56).

<sup>35</sup> Véase el comentario al proyecto de conclusión 6 aprobado provisionalmente por la Comisión en su 75º período de sesiones, A/79/10, párr. 75, págs. 45 a 47.

<sup>36</sup> Párrafos 2) a 5), *ibid.*, págs. 45 y 46.

<sup>37</sup> Párrafos 6) a 8), *ibid.*, págs. 46 y 47.

<sup>38</sup> *Ibid.*

36. Muchas delegaciones expresaron su apoyo al proyecto de conclusión 6. Concretamente, una gran mayoría de Estados se mostró de acuerdo en que distinguir las fuentes del derecho internacional de los medios auxiliares era de vital importancia y expresó su apoyo a la inclusión de un texto a tal efecto en el proyecto de conclusiones. Cabe citar a Estonia, la Federación de Rusia, Filipinas, Israel, México, Portugal, el Reino de los Países Bajos, la República de Corea, Rumanía, Sierra Leona y Tailandia<sup>39</sup>. Rumanía, por ejemplo, consideraba que el proyecto de conclusión 6 “expone de forma sucinta, adecuada y clara” el papel de los medios auxiliares<sup>40</sup>. Estonia y Eslovenia apoyaron la formulación negativa del proyecto de conclusión 6<sup>41</sup>.

37. El Líbano señaló que el primer párrafo del proyecto de conclusión 6 aclaraba “la naturaleza y la función de los medios auxiliares”, precisando que su función “es ayudar a determinar la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional”<sup>42</sup>. México elogió el “esfuerzo [...] por incorporar los razonamientos de las conclusiones previas de la Comisión sobre las principales fuentes del derecho internacional, haciendo posible [...] un análisis completo de la naturaleza y la función complementaria de los medios auxiliares”<sup>43</sup>. Argelia expresó su apoyo al contenido del proyecto de conclusión, que aclaraba el papel de los medios auxiliares en la determinación de las normas de derecho internacional frente al de las fuentes del derecho internacional<sup>44</sup>.

38. Muchas delegaciones, si bien expresaron su apoyo general al contenido, propusieron que se revisara la ubicación del proyecto de conclusión 6 como había decidido la propia Comisión atendiendo a la recomendación del Relator Especial. Sin embargo, no todas pensaban lo mismo sobre el lugar que debía ocupar la disposición. Francia<sup>45</sup>, Irlanda<sup>46</sup>, el Reino de los Países Bajos<sup>47</sup> y la Unión Europea<sup>48</sup> sugirieron que pasara a ser el nuevo proyecto de conclusión 3 por entender que estaba intrínsecamente relacionada con el proyecto de conclusión 2 (categorías de medios auxiliares).

39. Por otra parte, la República de Corea propuso que el proyecto de conclusión 6 se colocara inmediatamente después del proyecto de conclusión 1<sup>49</sup>, mientras que Chile sugirió que figurara antes del proyecto de conclusión 4, ya que consideraba que, por su carácter general, era aplicable a los textos posteriores relativos a los diferentes tipos de medios auxiliares<sup>50</sup>. Chile afirmó que podría haber alguna repetición innecesaria entre los proyectos de conclusión 4, 5 y 6 y sugirió que el proyecto de conclusión 6 pasara a ser un nuevo proyecto de conclusión 4, “considerando que el actual proyecto de conclusión 6 es de carácter general y se aplica tanto a las decisiones judiciales como a la doctrina, mientras que los actuales proyectos de conclusiones 4 y 5 abordan cada uno de esos medios de manera individual”<sup>51</sup>. Aunque no había consenso en cuanto a su ubicación, esas sugerencias reflejaban la convicción de que el carácter descriptivo y general de la disposición relativa a las funciones de los medios auxiliares justificaba su ubicación al principio del proyecto de conclusiones.

40. Para responder a la pregunta de cuál de estas sugerencias, todas razonadas, debería seguir la Comisión, el Relator Especial recomendará una estructura revisada del proyecto de conclusiones más adelante en el presente informe. Básicamente, está de acuerdo con la

<sup>39</sup> Véanse Estonia (A/C.6/79/SR.27), Federación de Rusia (*ibid.*), Filipinas (A/C.6/79/SR.26), Israel (*ibid.*), México (A/C.6/79/SR.27), Portugal (A/C.6/79/SR.26), Reino de los Países Bajos (*ibid.*), Rumanía (*ibid.*) y Tailandia (A/C.6/79/SR.27).

<sup>40</sup> Véase Rumanía (A/C.6/79/SR.26).

<sup>41</sup> Véanse Eslovenia (A/C.6/79/SR.25) y Estonia (A/C.6/79/SR.27).

<sup>42</sup> Véase Líbano (A/C.6/79/SR.28).

<sup>43</sup> Véase México (A/C.6/79/SR.27).

<sup>44</sup> Véase Argelia (A/C.6/79/SR.28).

<sup>45</sup> Véase Francia (A/C.6/79/SR.26).

<sup>46</sup> Véase Irlanda (*ibid.*).

<sup>47</sup> Véase Reino de los Países Bajos (*ibid.*).

<sup>48</sup> Véase Unión Europea (Representante de la Unión Europea en calidad de observador) (A/C.6/79/SR.25).

<sup>49</sup> Véase República de Corea (A/C.6/79/SR.26).

<sup>50</sup> Véase Chile (A/C.6/79/SR.27).

<sup>51</sup> Véase Chile (A/C.6/79/SR.27).

mayoría de las delegaciones y de los miembros de la Comisión en que la disposición sobre la naturaleza y las funciones de los medios auxiliares debería, lógicamente, figurar después del actual proyecto de conclusión 2.

41. Varias delegaciones pidieron también que se aclarasen algunos comentarios. La Unión Europea alentó a la Comisión a que aclarara mejor en el comentario las diferencias entre los medios auxiliares y las fuentes del derecho internacional subrayando que la función de los medios auxiliares era ayudar a interpretar, aplicar y desarrollar la voluntad expresada por los sujetos de derecho internacional<sup>52</sup>. El Relator Especial está de acuerdo y presentará propuestas en este sentido en su momento.

42. El Brasil pidió aclaraciones sobre el párrafo 2 del proyecto de conclusión 6 y destacó la falta de claridad sobre los otros fines que podían tener los medios auxiliares<sup>53</sup>. Malasia también señaló que el uso del término “materiales” en el párrafo 2 “podría causar incertidumbre y ambigüedad en cuanto al alcance o la categoría de dichos medios auxiliares”<sup>54</sup>. Los Estados Unidos formularon la misma crítica y argumentaron que la cláusula “sin perjuicio” era innecesaria o requería el establecimiento de “algunos parámetros”, ya que si no se introducían algunos límites, el proyecto de conclusión podría contradecir el principio de que no deben utilizarse medios auxiliares para colmar lagunas en el derecho internacional<sup>55</sup>. Cuba, Egipto, Hungría y Singapur también pidieron más claridad sobre el contenido de la categoría de los “otros medios”<sup>56</sup>, y Singapur señaló que debía evitarse “ampliar indebidamente” la categoría más allá de las “que gozan de amplia aceptación en la actualidad”<sup>57</sup>.

43. Aunque estaba de acuerdo en que era necesario explicar los otros usos de los medios auxiliares y respaldaba la primera parte del proyecto de conclusión, Egipto expresó preocupaciones aparentemente más serias sobre el segundo párrafo del proyecto de conclusión 6<sup>58</sup>. Afirmó que, en su versión actual, el texto podía interpretarse en el sentido de que, aparte de que no podían crear normas vinculantes, los medios auxiliares y los actores que los aplicaban estaban “tan facultados como los Estados para aplicar e interpretar tratados y para identificar y determinar las normas de derecho internacional consuetudinario”<sup>59</sup>. El Relator Especial comprende esa preocupación, pero discrepa respetuosamente de esta interpretación, a la que contradice una lectura de la totalidad del texto y el comentario aprobados provisionalmente por la Comisión hasta la fecha. Además, aunque los Estados son, por supuesto, los principales actores del derecho internacional, las cortes y tribunales internacionales también tienen el mandato de ayudar a interpretar las obligaciones que incumben a estos en virtud de los tratados y del derecho internacional consuetudinario.

44. Las delegaciones también acogieron favorablemente, en general, el proyecto de conclusión 7, que confirma la regla general de que las cortes o tribunales internacionales que se rigen por el derecho internacional no aplican un sistema de precedente jurídicamente vinculante. No obstante, a pesar de ello, a menudo las cortes y tribunales internacionales se remiten al razonamiento de otras cortes y tribunales por razones de seguridad, estabilidad y coherencia jurídicas, aunque, por supuesto, en general no están obligados a hacerlo<sup>60</sup>. Como se indica en el texto, cuando se cita a otras cortes o tribunales, se entiende por lo general que sus decisiones han de abordar cuestiones iguales o similares a las que se están considerando<sup>61</sup>. También se hace referencia implícita al Artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, entre otros tratados aplicables, teniendo en cuenta que estableció el fundamento del

<sup>52</sup> Véase Unión Europea (A/C.6/79/SR.25).

<sup>53</sup> Véase Brasil (*ibid.*).

<sup>54</sup> Véase Malasia (A/C.6/79/SR.27).

<sup>55</sup> Véase Estados Unidos (A/C.6/79/SR.26).

<sup>56</sup> Véanse Cuba (A/C.6/79/SR.26), Egipto (A/C.6/79/SR.27), Hungría (A/C.6/79/SR.26) y Singapur (*ibid.*).

<sup>57</sup> Véase Singapur (A/C.6/79/SR.26).

<sup>58</sup> Véase Egipto (A/C.6/79/SR.27).

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> Véase el comentario al proyecto de conclusión 7 aprobado provisionalmente por la Comisión en su 75º período de sesiones, A/79/10, párr. 75, págs. 47 a 51.

<sup>61</sup> Párrafos 1) y 2), *ibid.*, pág. 47.

principio de que las decisiones de las cortes y tribunales internacionales no son jurídicamente vinculantes sino para los Estados que son parte en el caso decidido por estos<sup>62</sup>.

45. Las delegaciones apoyaron mayoritariamente la inclusión del proyecto de conclusión 7 y los principios subyacentes a los que hace referencia. Muchas delegaciones también se mostraron satisfechas con la formulación de la conclusión aprobada por la Comisión, a saber, Argelia, Dinamarca (en nombre de los países nórdicos), Estonia, la Federación de Rusia, Filipinas, Guatemala, Malasia, México, Portugal, el Reino Unido, la República Islámica del Irán, Rumanía y Tailandia<sup>63</sup>.

46. Varios delegados solicitaron<sup>64</sup> que se incluyeran más ejemplos de práctica internacional en el comentario al proyecto de conclusión 7. Irlanda expresó su deseo de que la Comisión explicara mejor las “circunstancias en que es probable que las cortes y tribunales internacionales sigan o se aparten de la jurisprudencia anterior”<sup>65</sup>. Egipto apoyó la inclusión del proyecto de conclusión 7 y los principios definidos, pero señaló no obstante que los proyectos de conclusión 7 y 8, leídos conjuntamente, podrían establecer “una regla *de facto* de *stare decisis* o abrir la puerta a un activismo judicial injustificado”<sup>66</sup>. Egipto solicitó más ejemplos concretos de práctica estatal en que se citaba a cortes y tribunales internacionales para definir mejor las circunstancias en el texto<sup>67</sup>. Los Estados Unidos también pidieron que se explicara mejor cuáles “podrían ser esas circunstancias, por ejemplo en qué consisten las ‘cuestiones iguales o similares’”<sup>68</sup>. La República de Corea solicitó igualmente más ejemplos de casos en los que el *stare decisis* se aplicaba de manera excepcional en el derecho internacional<sup>69</sup>. Sierra Leona apoyó los ejemplos proporcionados en el comentario de la Comisión, incluida la referencia al Tribunal de Justicia de África Oriental, y sugirió que, en los futuros comentarios revisados, se añadieran ejemplos pertinentes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental<sup>70</sup>.

47. Austria, el Brasil y los Estados Unidos hicieron propuestas similares sobre la estructura del proyecto de conclusión 7. Austria argumentó que esa estructura era ilógica, ya que el título indicaba la importancia del *stare decisis*, pero luego se comenzaba afirmando lo contrario al decir que, a pesar de la falta de precedente, podían seguirse las decisiones en determinadas circunstancias<sup>71</sup>. Para subsanar esa contradicción, sugirió que la disposición se estructurase en dos párrafos: el primero para establecer la regla general de la falta de precedente vinculante, y el segundo para fijar los criterios que debían cumplirse para seguir las decisiones<sup>72</sup>.

48. Los Estados Unidos señalaron que “sería más claro comenzar el proyecto de conclusión haciendo referencia a la norma general relativa a la falta de precedente jurídicamente vinculante y a sus excepciones, y continuar con” una explicación de que “el razonamiento jurídico o las conclusiones jurídicas de tales decisiones” pueden tenerse en cuenta en determinadas circunstancias<sup>73</sup>.

<sup>62</sup> *Ibid.*; véase también el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Artículo 59.

<sup>63</sup> Véanse Argelia (A/C.6/79/SR.28), Dinamarca, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia) (A/C.6/79/SR.25), Estonia (A/C.6/79/SR.27), Federación de Rusia (A/C.6/79/SR.27), Filipinas (A/C.6/79/SR.26), Guatemala (*ibid.*), Malasia (A/C.6/79/SR.27), México (*ibid.*), Portugal (A/C.6/79/SR.26), Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (A/C.6/79/SR.27), República Islámica del Irán (*ibid.*), Rumanía (A/C.6/79/SR.26) y Tailandia (*ibid.*).

<sup>64</sup> Además de las observaciones mencionadas expresamente, véanse Unión Europea (A/C.6/79/SR.25) (que habla del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de su competencia para dictar decisiones vinculantes); y Brasil (*ibid.*) (que afirma que en los comentarios podría explicarse mejor la ausencia de *stare decisis* en derecho internacional).

<sup>65</sup> Véase Irlanda (A/C.6/79/SR.26).

<sup>66</sup> Véase Egipto (A/C.6/79/SR.27).

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> Véase Estados Unidos (A/C.6/79/SR.26).

<sup>69</sup> Véase República de Corea (*ibid.*).

<sup>70</sup> Véase Sierra Leona (A/C.6/79/SR.27).

<sup>71</sup> Véase Austria (A/C.6/79/SR.25).

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> Véase Estados Unidos (A/C.6/79/SR.26).

49. El Brasil también dio a entender que hacía falta una reestructuración similar, y propuso “reformular la disposición a los efectos de indicar, en consonancia con el título, que las decisiones de cortes o tribunales internacionales no constituyen un precedente jurídicamente vinculante”<sup>74</sup>. Así se atendería también a las recomendaciones de Austria y los Estados Unidos de que se indique primero el principio subyacente.

50. Varias delegaciones mostraron prudencia en relación con el proyecto de conclusión 7. En concreto, Colombia señaló que no veía el “valor añadido”<sup>75</sup> que aportaba la conclusión en su conjunto, dado que, a su juicio, el proyecto de conclusión se limitaba a reflejar el contenido del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Polonia señaló que el proyecto de conclusión 7 contradecía el proyecto de conclusión 4, puesto que, mientras que este reconoce la importancia de las decisiones de cortes y tribunales nacionales, aquel “menciona que solo las decisiones de cortes y tribunales internacionales podrían seguirse en cuestiones de derecho”<sup>76</sup>.

51. El Relator Especial considera que el proyecto de conclusión 7, en especial si se lee junto con el comentario, es suficientemente claro. Las aclaraciones solicitadas por los Estados que se han pronunciado al respecto pueden hacerse en el comentario, sin revisar el texto de avenencia del proyecto de conclusión 7 aprobado por la Comisión.

52. El Relator Especial recuerda que la Comisión ha aprobado provisionalmente el proyecto de conclusión 8, que establece los criterios más específicos para orientar a quienes traten de utilizar como medio auxiliar las decisiones de cortes y tribunales “para determinar la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional”<sup>77</sup>. Sobre la base del proyecto de conclusión 3, que establece los criterios generales de evaluación del peso que ha de atribuirse a los medios auxiliares, el proyecto de conclusión 8 aclara la forma de evaluar específicamente el peso de las decisiones de cortes y tribunales<sup>78</sup>. Establece unos criterios que tienen por objeto complementar el contenido del proyecto de conclusión 3 y tiene una formulación similar en su encabezamiento. Dicho esto, la lista enumera las tres consideraciones más específicas que la Comisión cree particularmente pertinentes para evaluar el peso de las decisiones de cortes y tribunales<sup>79</sup>.

53. Muchas delegaciones, entre ellas las de Argelia, Australia, El Salvador, Eslovaquia, Israel, el Japón, Malasia, México, el Reino Unido y Sierra Leona<sup>80</sup>, acogieron con satisfacción la inclusión del proyecto de conclusión 8 y apoyaron el texto aprobado provisionalmente. Australia elogió a la Comisión por la estructura y el comentario del proyecto de conclusión 8, en particular por indicar la pertinencia de los desarrollos posteriores en el análisis de las decisiones judiciales<sup>81</sup>. Eslovaquia señaló que, “[a]unque la redacción de este proyecto de conclusión puede dar a entender, a primera vista, que en él se establecen criterios adicionales y, por lo tanto, distintos de los que figuran en el proyecto de conclusión 3”, si se lee también el comentario, queda claro que “los criterios específicos que establece [el proyecto de conclusión 8] deben leerse conjuntamente con los criterios generales del proyecto de conclusión 3”<sup>82</sup>.

54. Algunos Estados expresaron su apoyo al proyecto de conclusión 8, pero propusieron cambios sobre su estructura. Eslovenia y Tailandia consideraban que, debido a su estrecha relación con el proyecto de conclusión 3, el proyecto de conclusión 8 debería figurar inmediatamente después del proyecto de conclusión 3, o bien leerse junto con este<sup>83</sup>. Singapur

<sup>74</sup> Véase Brasil (A/C.6/79/SR.25).

<sup>75</sup> Véase Colombia (A/C.6/79/SR.27).

<sup>76</sup> Véase Polonia (A/C.6/79/SR.25).

<sup>77</sup> Véanse párrafos 1) y 2) del comentario al proyecto de conclusión 8 aprobado provisionalmente por la Comisión en su 75º período de sesiones, A/79/10, párr. 75, pág. 52.

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> Véase Eslovaquia (A/C.6/79/SR.26); véanse también Argelia (A/C.6/79/SR.28), Australia (A/C.6/79/SR.26), Israel (*ibid.*), Japón (*ibid.*), Malasia (A/C.6/79/SR.27), México (*ibid.*) y Reino Unido (*ibid.*).

<sup>81</sup> Véase Australia (A/C.6/79/SR.26).

<sup>82</sup> Véase Eslovaquia (*ibid.*).

<sup>83</sup> Véanse Eslovenia (A/C.6/79/SR.25) y Tailandia (A/C.6/79/SR.26).

solicitó que el verbo “debería” del encabezamiento se sustituyera por “podría”, para reducir la posibilidad de que se interpretase erróneamente que los apartados constituían elementos obligatorios en lugar de una orientación para el análisis<sup>84</sup>.

55. Varias delegaciones pidieron que se aclarase la relación entre el proyecto de conclusión 3 y el proyecto de conclusión 8. Por ejemplo, Colombia y Grecia pidieron que se explicara mejor la relación entre dichas conclusiones y, en particular, que se confirmara cuál de los proyectos de conclusión se aplicaba a las decisiones de cortes y tribunales<sup>85</sup>. También se indicó que podría mejorarse la formulación de los tres criterios enunciados en el proyecto de conclusión. Austria expresó sus dudas sobre si los criterios adicionales reflejados en el proyecto de conclusión 8 tendrían sentido, al considerar que el importante solapamiento entre ambos proyectos de conclusión llevaba a cuestionar la necesidad de criterios adicionales<sup>86</sup>. Eslovenia propuso que, dada la similitud entre el texto de las dos conclusiones, los títulos también se redactasen en los mismos términos<sup>87</sup>.

56. La Unión Europea afirmó que era necesario tener en cuenta el nivel de las cortes y tribunales nacionales para evaluar el peso de sus decisiones, ya que “no todas las decisiones judiciales tienen necesariamente el mismo peso”<sup>88</sup>. Irlanda también sugirió que se hablara en el comentario sobre la “jerarquía judicial nacional” y destacó la necesidad de estudiar la práctica en materia recurso<sup>89</sup>. La República de Corea señaló asimismo la “diversidad de tradiciones y sistemas jurídicos en los Estados”, e indicó que se necesitaban “más aclaraciones sobre cómo garantizar la representatividad de las decisiones judiciales nacionales” como medio auxiliar<sup>90</sup>. La República Islámica del Irán, como la Unión Europea, sugirió que se estudiara la expresión “cortes y tribunales” para responder a cuestiones esenciales, a saber, “cómo se establecen; si sus decisiones y su jurisdicción son vinculantes y obligatorias; si interpretan o aplican normas jurídicas; y si sus operaciones se ajustan a los principios de independencia, imparcialidad y garantías procesales”<sup>91</sup>.

57. Aunque la mayoría de los Estados expresaron su apoyo al proyecto de conclusión 8 de la Comisión, otras delegaciones mostraron preocupación por la aplicabilidad de este a las decisiones de órganos no judiciales, como los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. Esa preocupación parecía deberse en parte a que no consideraban que las decisiones de dichos órganos fueran decisiones judiciales. Otras delegaciones tampoco tenían claro qué materiales abarcaba la tercera categoría de medios auxiliares<sup>92</sup>. China afirmó que “[d]ado que los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos no son órganos judiciales, sus decisiones no pueden utilizarse como medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional”<sup>93</sup>. Sugirió que se prestara especial atención a las “diferencias entre los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos y los órganos judiciales, a la luz de sus respectivas naturaleza, mandato y garantías procesales”<sup>94</sup>.

58. Los Estados Unidos se refirieron específicamente al apartado b) y a si las decisiones formaban parte de un conjunto de decisiones concurrentes<sup>95</sup>. Su delegación estaba de acuerdo en que era posible que una o unas pocas decisiones tuvieran un peso considerable, pero pidió que se reconociera igualmente lo contrario<sup>96</sup>. En concreto, alegó que, “[s]i bien una serie de decisiones concurrentes pueden demostrar la existencia de una pauta, ello no significa que sean correctas o que se les deba atribuir más peso como medios auxiliares”<sup>97</sup>. Los Estados Unidos argumentaban que la aplicación de los criterios del proyecto de conclusión 8 podría

<sup>84</sup> Véase Singapur (A/C.6/79/SR.26).

<sup>85</sup> Véanse Colombia (A/C.6/79/SR.27) y Grecia (*ibid.*).

<sup>86</sup> Véase Austria (A/C.6/79/SR.25).

<sup>87</sup> Véase Eslovenia (*ibid.*).

<sup>88</sup> Véase Unión Europea (A/C.6/79/SR.25).

<sup>89</sup> Véase Irlanda (A/C.6/79/SR.26).

<sup>90</sup> Véase República de Corea (*ibid.*).

<sup>91</sup> Véase República Islámica del Irán (A/C.6/79/SR.27).

<sup>92</sup> Véase Brasil (A/C.6/79/SR.25).

<sup>93</sup> Véase China (A/C.6/79/SR.26).

<sup>94</sup> *Ibid.*

<sup>95</sup> Véase Estados Unidos (*ibid.*).

<sup>96</sup> *Ibid.*

<sup>97</sup> *Ibid.*

hacer que, si no se cumplían otros criterios, se recurriera indebidamente a una pauta de decisiones similares que podrían no ser necesariamente correctas<sup>98</sup>.

59. Por su parte, Hungría señaló “una posible contradicción” entre el criterio del apartado b), en el que se hacía referencia a la medida en que una decisión forma parte de un conjunto de decisiones concurrentes, y el criterio del apartado c), en el que se hacía hincapié en “la pertinencia del razonamiento a la luz de los desarrollos posteriores”<sup>99</sup>. Subrayó la importancia de “tener en cuenta la evolución posterior”, así como el reconocimiento por parte de los órganos internacionales de la evolución de las normas en materia de derecho ambiental, con la consiguiente creación de nuevas normas que “deben tenerse en cuenta aunque la decisión en cuestión no forme parte de la jurisprudencia consolidada, a fin de garantizar que el derecho internacional siga respondiendo a las circunstancias cambiantes”<sup>100</sup>.

60. El Relator Especial observa que varios Estados han señalado que no veían clara la relación entre los criterios generales de evaluación del peso de los medios auxiliares que figuran en el proyecto de conclusión 3 y los criterios específicos de evaluación del peso de las decisiones enunciados en el proyecto de conclusión 8, y, para responderles, cree que puede ser útil desatacar dos cuestiones esenciales.

61. En primer lugar, como Sierra Leona y otras delegaciones señalaron acertadamente, el propio texto del proyecto de conclusión indica que los criterios del proyecto de conclusión 8 deben utilizarse para evaluar el peso de las decisiones de cortes o tribunales “*además* de los criterios establecidos en el proyecto de conclusión 3” (sin cursiva en el original). En consonancia con este texto, en el comentario se explica que el proyecto de conclusión 8 debe “leerse conjuntamente” con los factores enunciados antes en el proyecto de conclusión 3 y “*tien[e]* por objeto complementar” los criterios generales.

62. Dicho esto, y esta es la segunda cuestión que, comprensiblemente, es probable que sea confusa para algunas delegaciones, en el comentario al primero de los tres criterios se recuerdan expresamente los factores que figuran en el proyecto de conclusión 3, mientras que en los comentarios a los otros dos no se mencionan. Sin embargo, si se examina más detenidamente, pueden entenderse que esos comentarios especifican y repiten algunas de las consideraciones expuestas en el proyecto de conclusión 3.

63. Para responder a la preocupación de los Estados que se han pronunciado a este respecto, el Relator Especial recomienda que la Comisión explique mejor la relación entre los dos proyectos de conclusión. Le recomienda que adopte un enfoque de *lex specialis*, de manera que los criterios más específicos establecidos en el proyecto de conclusión 8 se utilicen únicamente para evaluar el peso de las decisiones de cortes y tribunales. Los criterios más generales que figuran en el proyecto de conclusión 3 solo se aplicarían entonces a los medios auxiliares respecto de los que no se han enunciado criterios de evaluación específicos. Este enfoque tiene sentido, dado que a varios Estados también les preocupaba que algunos de los criterios generales del proyecto de conclusión 3 pudieran ser subjetivos y, por ende, no fácilmente aplicables a las decisiones judiciales y de otra índole<sup>101</sup>.

64. Si la propuesta se considera aceptable, la Comisión ajustaría el texto del proyecto de conclusión 8 para eliminar la fórmula en que se hace referencia a su carácter adicional respecto de los criterios del proyecto de conclusión 3. Las demás cuestiones planteadas por las delegaciones pueden aclararse convenientemente en el comentario y, en algunos casos, en el comentario a los dos proyectos de conclusión interrelacionados.

<sup>98</sup> *Ibid.*

<sup>99</sup> Véase Hungría (A/C.6/79/SR.26).

<sup>100</sup> *Ibid.*

<sup>101</sup> Véase, por ejemplo, Sierra Leona (“Sin embargo, la delegación de Sierra Leona considera que algunos criterios generales no son apropiados para evaluar las decisiones de las cortes y tribunales. Por ejemplo, los factores políticos u otros inherentemente subjetivos no podrían utilizarse para evaluar la calidad de tales decisiones, que podrían, en algunos casos, ser jurídicamente sólidas pero políticamente delicadas. Así sucede tanto en la práctica jurídica nacional como internacional”). Véase A/C.6/79/SR.27.

### C. Enfoque respecto de las cuestiones planteadas en los debates y camino a seguir

65. En términos generales, como se aprecia en las secciones anteriores, las observaciones formuladas por los Estados sobre la labor de la Comisión acerca del tema hasta ahora, incluida la labor realizada durante el 75° período de sesiones en 2024, han sido bastante positivas. El Relator Especial reitera su hondo agradecimiento a todas las delegaciones que se han pronunciado sobre el tema, ya sea en el contexto del debate en la Sexta Comisión o en contribuciones escritas presentadas a la Secretaría. Agradece las observaciones adicionales que los Estados han formulado sobre el tema, que considera que forman parte del inestimable diálogo entre los Estados, como principales destinatarios de los trabajos sobre el tema, y la Comisión.

66. Cabe señalar que, en general, en los debates se han planteado dos grandes grupos de cuestiones sustantivas a las que es preciso responder brevemente. Primero están las cuestiones relativas a las propuestas de modificación del texto de los distintos proyectos de conclusión aprobados provisionalmente hasta la fecha por la Comisión. Algunas de esas modificaciones deberían dar lugar a varios ajustes en los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente en el Comité de Redacción. El segundo grupo de cuestiones se refiere a las propuestas de los Estados para reforzar los comentarios o para su incorporación en el texto de los proyectos de conclusión pero que, en opinión del Relator Especial, tendrían mejor cabida en los comentarios.

67. El Relator Especial recomienda que la Comisión adopte un enfoque flexible. En primer lugar, con respecto a la primera categoría de cuestiones, a saber, la de las propuestas de introducir verdaderos ajustes textuales en los proyectos de conclusión, propone que la Comisión mantenga una actitud abierta. Ello implicaría revisar algunos textos aprobados provisionalmente en el Comité de Redacción a fin de reforzarlos. Esto podría hacerse cuanto antes, incluso ya en el próximo período de sesiones (es decir, en 2025), en función de los avances que haga la Comisión en este y otros temas del programa de trabajo. Dos de esas propuestas se refieren al proyecto de conclusión 8, que ya se ha comentado (véase el párr. 63), y al proyecto de conclusión 5 sobre la doctrina (que se explicará en el cap. III *infra*).

68. En cuanto a la segunda categoría de cuestiones, es decir, la de las propuestas para reforzar los comentarios a determinados proyectos de conclusión, el Relator Especial las acoge casi todas favorablemente. Como siempre, puede haber coincidencia en las observaciones u oposición entre ellas. En el primer caso, la Comisión debería proceder a realizar los ajustes necesarios cuando, en conjunto, parezca existir cierto consenso al respecto. Más complicado es cuando las observaciones van en direcciones opuestas, de modo que podría considerarse que se anulan mutuamente. Ello podría indicar que la Comisión ha encontrado el equilibrio adecuado. En cualquier caso, todas las propuestas deben estudiarse caso por caso y, cuando puedan indicar que la Comisión ha encontrado el equilibrio adecuado, probablemente deberá mantenerse el texto.

69. En general, el Relator Especial cree que deberían atenderse las peticiones de incluir explicaciones adicionales en el comentario, en especial las solicitudes de que se citen más ejemplos prácticos o fuentes autorizadas. A este respecto, señala que hubo casos en los que él mismo ya ofreció explicaciones y ejemplos adicionales en relación con algunos de los textos propuestos en los proyectos de comentarios presentados a la Comisión en los períodos de sesiones 74° y 75°, celebrados en 2023 y 2024, respectivamente. Sin embargo, cuando se aprobó el comentario, se acortó parte de ese texto para satisfacer las preferencias de, en ciertos casos, algunos miembros insistentes. El Relator Especial propone que se revisen sus propuestas iniciales, en particular aquellas en las que tiende a coincidir con las aportaciones recibidas de los Estados. La idea sería reflejar las peticiones de los Estados de que se incluyan aclaraciones y ejemplos adicionales en el comentario del texto que se apruebe en primera lectura en 2025.

70. La última cuestión sustantiva planteada durante el debate mantenido en la Sexta Comisión en 2024 es quizá la más complicada, por lo que conviene abordarla brevemente aunque, en muchos aspectos, el presente informe ya le da respuesta. Se trata de las dudas expresadas por varias delegaciones sobre dos cuestiones relacionadas entre sí. La

primera se refiere al alcance del término “decisiones”, que algunos han planteado para preguntarse si —o más bien para argumentar que— debe abarcar únicamente las decisiones judiciales dictadas por las cortes y tribunales de justicia, y no las decisiones cuasijudiciales o de otro tipo.

71. Dicho esto, la mayoría de las delegaciones participantes han respaldado la decisión de la Comisión de seguir el planteamiento adoptado en sus trabajos anteriores de 2018 sobre el tema “Identificación del derecho internacional consuetudinario”, en el que se prefirió el término más general “decisiones” a la expresión más restrictiva “decisiones judiciales”. Ello se debe a que, como ya se aclaró en el comentario aprobado provisionalmente en 2022, “la palabra ‘decisiones’ hace referencia a los fallos, decisiones o determinaciones de una corte o tribunal, un órgano colegiado o una institución en el marco de un proceso de resolución destinado a poner fin a una controversia o a solucionar una cuestión”<sup>102</sup>. Con la elección de ese término se pretende reflejar, como se explica con más detalle en el informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 75º período de sesiones, la práctica contemporánea por la que, “al identificar o determinar la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional, se utiliza un conjunto más amplio de decisiones de una gran variedad de órganos, no solo judiciales”<sup>103</sup>. En los memorandos de la Secretaría sobre el tema se refleja la forma en que la Corte Internacional de Justicia y otros órganos utilizan este tipo de decisiones<sup>104</sup>.

72. Una segunda cuestión a ese respecto es la de los tipos de entidades que pueden dictar esas decisiones. Varios contribuyentes, como la Unión Europea, han argumentado que solo las cortes y tribunales de justicia o los órganos judiciales pueden dictar decisiones judiciales. Desde ese punto de vista, puede haber otros tipos de órganos facultados para cumplir diversos tipos de funciones, como la resolución de denuncias individuales. Esas decisiones, con independencia de cómo se las califique, no serían o no deberían ser consideradas decisiones judiciales.

73. En general, el Relator Especial coincide con la Unión Europea. Observa que en los comentarios de la Comisión a los proyectos de conclusión 2 y 5 ya se ha explicado que existen diferencias prácticas entre los distintos tipos de decisiones, puesto que las judiciales emanan de cortes y tribunales de justicia, como la Corte Internacional de Justicia, mientras que los otros tipos de decisiones (calificadas o no de decisiones cuasijudiciales) pueden ser dictadas por otros tipos de órganos jurisdiccionales. Sin embargo, es posible que lo que podría parecer una cuestión semántica refleje una preocupación más sustantiva sobre el contenido de la tercera categoría de “cualquier otro medio generalmente utilizado para ayudar a determinar las normas de derecho internacional” establecida en el párrafo 1 c) del proyecto de conclusión 2. El Relator Especial recuerda que, desde la recapitulación del debate celebrado en sesión plenaria sobre el primer informe en 2023, tanto el Relator Especial<sup>105</sup> como la Comisión<sup>106</sup> han indicado que la tercera categoría se abordará en detalle en los futuros trabajos. Ese estudio debía seguir al análisis de las decisiones judiciales y la doctrina como los medios auxiliares reconocidos hace aproximadamente un siglo en lo que ahora es el párrafo 1d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

74. Por otra parte, para ser claros, el Relator Especial entiende la preocupación que suscita la posible existencia de una categoría abierta de “cualquier otro medio”, en especial una sin fundamento en la práctica de los Estados. De hecho, en el texto del proyecto de conclusión aprobado provisionalmente por la Comisión se aclara que esos medios auxiliares no son una categoría amorfa de cualesquiera otros medios, sino únicamente los “*generalmente utilizado[s]* para ayudar a determinar las normas de derecho internacional” (sin cursiva en el original). Ese es también el motivo por el que argumentó en su primer informe que, si bien

<sup>102</sup> Véase el párrafo 6) del comentario al proyecto de conclusión 2 aprobado provisionalmente por la Comisión en su 74º período de sesiones, A/78/10, párr. 127, pág. 88.

<sup>103</sup> Véase el párrafo 3) del comentario al proyecto de conclusión 4 aprobado provisionalmente por la Comisión en su 75º período de sesiones, A/79/10, párr. 75, pág. 35.

<sup>104</sup> A/CN.4/759 y A/CN.4/765.

<sup>105</sup> A/CN.4/769, párrs. 25 y 26.

<sup>106</sup> Véase el párrafo 3) del comentario al proyecto de conclusión 4 aprobado provisionalmente por la Comisión en su 75º período de sesiones, A/79/10, párr. 75, pág. 35.

la práctica y la bibliografía sugerían que había muchos materiales susceptibles de ser incluidos en la tercera categoría de medios auxiliares, esa cuestión no debería dejarse abierta en el futuro análisis de esa categoría, que debía limitarse a los medios auxiliares derivados de las prácticas de los Estados o las organizaciones internacionales<sup>107</sup>. Posteriormente, en los debates mantenidos en la Comisión y en la Sexta Comisión, constató que existía apoyo para examinar la labor de los órganos de expertos y las resoluciones y decisiones de las organizaciones internacionales. En las próximas secciones del presente informe se abordan esas cuestiones.

### III. Doctrina

#### A. Debates anteriores sobre la doctrina

75. El plan de trabajo de la Comisión para el presente tema, así como los debates celebrados tanto en la Comisión como en la Sexta Comisión desde 2021, indican que parte de su mandato consiste en examinar la doctrina como categoría de medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional y su relación con las fuentes del derecho internacional. La doctrina se trató ampliamente en el primer informe del Relator Especial. También se trató, en su caso, en el segundo informe, aunque este se centrara en las decisiones judiciales. Por ese motivo, en el presente informe no se hará un análisis general de la doctrina, que no aportaría gran cosa puesto que la Comisión, tras amplios debates tanto en sesión plenaria como en el Comité de Redacción, ya ha aprobado provisionalmente un proyecto de conclusión específico sobre la doctrina en el que se explica cómo puede utilizarse para determinar la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional. Ese proyecto de conclusión ha sido bien recibido por los Estados en la Sexta Comisión.

76. También conviene recordar que, además de estudiar la doctrina en el marco del presente tema, la Comisión también ha abordado aspectos de esta en el contexto de su examen reciente de varios temas sobre las fuentes y cuestiones conexas. Así ocurrió en los temas “Identificación del derecho internacional consuetudinario”<sup>108</sup>, “Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados”<sup>109</sup>, “Principios generales del derecho”<sup>110</sup> e “Identificación y consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)”<sup>111</sup>. Las disposiciones sustantivas aprobadas en esos temas abordan el uso de la doctrina como medio auxiliar en el proceso de interpretación, identificación, determinación y aplicación de las normas de derecho internacional consuetudinario, los principios generales del derecho y las normas imperativas de derecho internacional general.

77. Teniendo en cuenta lo que antecede, el presente capítulo se centrará en dos cuestiones pendientes que se plantearon durante el examen del tema en relación con la doctrina. La primera cuestión, que es especialmente importante, es la del alcance de la doctrina, es decir,

<sup>107</sup> A/CN.4/760, apartado c) del proyecto de conclusión 2 propuesto por el Relator Especial, párr. 381; véase también *ibid.*, párrs. 352 a 354 y 374.

<sup>108</sup> Véase el párrafo 17) del comentario al proyecto de conclusión 2 aprobado provisionalmente por la Comisión en su 74º período de sesiones, A/78/10, párr. 127, págs. 90 y 91; véanse también las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario y sus comentarios: las conclusiones aprobadas por la Comisión y sus comentarios se reproducen en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2018*, vol. II (segunda parte), párrs. 65 y 66 (véase también la resolución 73/203 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 2018, anexo).

<sup>109</sup> *Ibid.*; véanse también las conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados y sus comentarios: las conclusiones aprobadas por la Comisión y sus comentarios se reproducen en *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), párrs. 51 y 52 (véase también la resolución 73/202 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 2018, anexo).

<sup>110</sup> *Ibid.*; véase también el proyecto de conclusiones sobre los principios generales del derecho aprobado por la Comisión en primera lectura, A/77/10, párrs. 40 y 41.

<sup>111</sup> *Ibid.*; véase también *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo séptimo período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/77/10)*, párr. 43.

qué abarca la categoría de la doctrina y qué *no*, y cuál es la relación entre esta y los demás medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho.

78. En segundo lugar, el hecho de que la Comisión haya establecido criterios específicos para determinar el peso de las decisiones judiciales lleva necesariamente a plantear la cuestión de cómo determinar el peso de la doctrina. Para esa investigación, cuya necesidad también ha sido mencionada por varias delegaciones, será preciso estudiar si los criterios generales de evaluación de los medios auxiliares ya aprobados por la Comisión son aplicables a la doctrina como categoría específica.

## **B. El sentido y la consideración de la doctrina en la determinación de las normas de derecho internacional**

79. En informes anteriores ya se ha señalado que el evidente punto de partida de cualquier análisis de la doctrina es el párrafo 1 d) Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que esencialmente establece que, al resolver controversias entre Estados conforme al derecho internacional, la Corte, entre otras cosas, “deberá aplicar”<sup>112</sup> “... las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”. En su primer informe, el Relator Especial estudió a título preliminar si la Corte estaba obligada a aplicar la doctrina tal y como parecía sugerir el sentido corriente del verbo. La práctica confirma que las cortes y tribunales, empezando por la Corte Internacional de Justicia, no suelen interpretar el texto del párrafo 1 d) del Artículo 38 en el sentido de que les exija u obligue a aplicar la doctrina. Todo lo contrario. Utilizan la doctrina de otro modo para que les ayude a identificar, interpretar o determinar la existencia de una norma de derecho internacional y, en caso afirmativo, el alcance y la aplicación de esta. Dicho de otro modo, aunque la doctrina puede ser especialmente útil para determinar la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional, no es una fuente del derecho aplicada como tal.

80. Como se ha recordado antes, en el presente tema la Comisión ya ha aprobado textos y comentarios que han de tenerse en cuenta en sus próximos análisis. Primero, la Comisión aprobó provisionalmente en 2023 el proyecto de conclusión 2, que tenía por objeto establecer las categorías de medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional. En el encabezamiento se explicaba que los medios auxiliares “comprenden” “las decisiones de cortes y tribunales”, “*la doctrina*” (sin cursiva en el original) y “cualquier otro medio generalmente utilizado para ayudar a determinar las normas de derecho internacional”. La Comisión explicó que el uso del verbo “comprenden” al final del encabezamiento y la mención expresa de la tercera categoría indicaban que la enumeración que figuraba en el proyecto de conclusión 2 pretendía ser ilustrativa, y no exhaustiva.

81. En cualquier caso, sea exhaustiva o no, la enumeración de los medios auxiliares incluye a la doctrina como categoría independiente junto a la categoría de “las decisiones de cortes y tribunales”<sup>113</sup> y a la de “cualquier otro medio generalmente utilizado para ayudar a determinar las normas de derecho internacional”<sup>114</sup>. En el comentario general, en relación con la disposición relativa al alcance, la Comisión ha aclarado que, con la aprobación del proyecto de conclusión 2, no ha querido abarcar todos los medios auxiliares posibles o los que podrían incluirse en la categoría examinada en el presente tema, puesto que, probablemente, lo que servirá para aclarar la orientación dada en el proyecto de conclusiones es el proceso concebido “para aplicar los medios auxiliares establecidos a fin de determinar las normas de derecho internacional y para delimitar el alcance de los nuevos medios auxiliares que puedan surgir en el futuro”<sup>115</sup>.

<sup>112</sup> La cuestión de si la Corte debe aplicar la doctrina como medio auxiliar se examina en el primer informe (A/CN.4/760).

<sup>113</sup> Véase el párrafo 1) del comentario al proyecto de conclusión 2 aprobado provisionalmente por la Comisión en su 74º período de sesiones, A/78/10, párr. 127, pág. 87.

<sup>114</sup> *Ibid.*

<sup>115</sup> Párrafo 8) del comentario general, *ibid.*, pág. 82.

82. En segundo lugar, y aparte de las tres categorías de medios auxiliares mencionadas en el proyecto de conclusión 2, la Comisión aprobó en 2024 la conclusión 5, que dispone lo siguiente:

La doctrina, especialmente aquella que refleje de manera general los puntos de vista concordantes de personas con competencia en derecho internacional de los diferentes sistemas jurídicos y regiones del mundo, constituye un medio auxiliar para la determinación de la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional. Al evaluar la representatividad de la doctrina, también se debería tener en cuenta, *inter alia*, la diversidad lingüística y de género<sup>116</sup>.

Este proyecto de conclusión sustantivo se basa en trabajos anteriores de la Comisión, en especial sobre los temas relativos al Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: “Identificación del derecho internacional consuetudinario” (Artículo 38, párr. 1 b)) y “Principios generales del derecho” (Artículo 38, párr. 1 c)).

83. En el marco del tema que se examina, el proyecto de conclusión aborda la doctrina como medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho internacional, y refleja el enfoque adoptado anteriormente por razones de coherencia incorporando al mismo tiempo elementos nuevos y clarificadores. Se ha actualizado su texto respecto de la formulación empleada en los temas mencionados. Así, el texto del proyecto de conclusión es más concluyente e indica que “la doctrina [...] constituye”, en lugar de que “la doctrina [...] puede ser” un medio auxiliar. Con esa revisión se ha pretendido ajustar mejor el proyecto de conclusión del presente tema al texto del párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto. Es evidente que en el Artículo 38, y en los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente hasta la fecha en relación con el tema, no se establecieron las decisiones judiciales como categoría superior y más importante que la doctrina afirmando que las primeras constituyen un medio auxiliar, mientras que la segunda puede constituir un medio auxiliar.

84. Por último, en lo que supone una adición especialmente importante a la labor anterior de la Comisión, en la nueva segunda oración del proyecto de conclusión 5 (añadida en el proceso de redacción) se destaca la necesidad de que la doctrina sea representativa y tome en consideración los diversos idiomas, regiones y sistemas jurídicos del mundo. En los trabajos anteriores sí se aludía de forma limitada a la representatividad (al hablar de los publicistas de mayor competencia de las “distintas naciones”) en las conclusiones pertinentes. En los comentarios se hacía referencia a los sistemas jurídicos, las regiones y los idiomas del mundo, pero de forma matizada. La Comisión señala ahora expresamente en el nuevo proyecto de conclusión que, al evaluar la doctrina, es necesario tener en cuenta una lista ilustrativa de criterios que, entre otros, incluyen la diversidad lingüística y de género. Es significativo que, por primera vez, se reconoce expresamente el género en un texto propuesto como producto de la Comisión. El comentario contiene más orientaciones a ese respecto, lo que confirma la necesidad de tener más en cuenta la diversidad en el uso de la doctrina, para así reforzar la legitimidad del derecho internacional.

85. Dicho esto, ni el proyecto de conclusión 5 ni las otras disposiciones aprobadas anteriormente por la Comisión sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario o los principios generales del derecho contienen una definición específica del término “doctrina”. Sin embargo, tanto en los trabajos anteriores en los que se ha ocupado de los medios auxiliares como en el presente tema, la Comisión ha abordado la cuestión de la definición en el comentario. Señala acertadamente, en el comentario al proyecto de conclusión 2, que el término “doctrina” no se define con mayor precisión en los textos constitutivos de la Corte, como el Artículo 38 u otras disposiciones del Estatuto, ni en sus documentos secundarios (como su Reglamento o sus Directrices sobre la Práctica). También se observa que ni la Corte, ni para el caso su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional, han tenido motivos para definir el término. Así pues, parte del valor añadido de la labor que está llevando a cabo la Comisión tanto en el presente tema como en otros anteriores es ofrecer una comprensión o definición común del término “doctrina”.

<sup>116</sup> A/79/10, párr. 74.

86. La Comisión ha explicado que tanto el término “doctrina” en su sentido corriente como sus sinónimos designan en la práctica una “categoría amplia”<sup>117</sup>. En general, el término designa “obras escritas”, pero, además de los escritos, también puede haber doctrina “en forma no escrita, como conferencias y material audiovisual”<sup>118</sup>. En última instancia, se concluye que “la doctrina comprende tanto escritos de los especialistas como conferencias grabadas, material audiovisual y, por lo demás, material en cualquier otro formato de difusión, incluido el que pueda existir en el futuro”<sup>119</sup>.

### C. Clasificación de la doctrina y evaluación de su peso

87. Dado que en los trabajos realizados hasta la fecha se ha aclarado el papel de la doctrina como medio auxiliar y se ha propuesto una útil definición de esta, que, como se ha visto más arriba, designa en última instancia una categoría amplia, queda por determinar qué tipo de autores pueden elaborar las obras que deben incluirse en la categoría de doctrina. En su acepción más amplia, la doctrina designa la obra de los académicos, ya sea escrita a título individual o conjuntamente con otros autores. En su enfoque, la Comisión no establece ninguna distinción formal en la doctrina en función de quiénes sean los autores de las obras. Sin embargo, la forma en que los académicos y las instituciones utilizan la doctrina indica que el valor o el peso que se le puede atribuir varía en función de si se trata de la obra de un solo autor o no.

88. Una forma de clasificar la doctrina es examinando su origen o autor. También podría atenderse a su contenido. En el primer caso, incluso el párrafo 1 d) del Artículo 38 parece indicar que existe una diferencia entre los publicistas. A los llamados a utilizar el derecho internacional no les interesa la obra de todos los publicistas, sino únicamente la de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones. Aunque, en las conclusiones aprobadas hasta la fecha, la Comisión ha abandonado esa formulación, que se percibía como arcaica, el texto de la disposición sigue siendo pertinente para comprender y evaluar la categoría y su ámbito.

89. Además de la autoría, lo que realmente, y quizás lo que más, importa es el contenido y la calidad de la doctrina. La idea de limitar la doctrina a únicamente la de determinados autores es, de hecho, un intento de establecer algunos criterios para indicar calidad. Así se desprende claramente de los antecedentes de redacción del Estatuto, que se analizaron en detalle en el primer informe del Relator Especial<sup>120</sup>.

90. En cuanto a la forma, la doctrina puede revestir formas muy diversas y servir para múltiples propósitos. Hay doctrina destinada a ayudar a identificar una norma o a ser utilizada con fines pedagógicos, como los manuales o los recopilatorios de jurisprudencia para los estudiantes de derecho internacional. También existen las monografías, es decir, los libros sobre un determinado tema de derecho internacional. Están los tratados que contienen interpretaciones eruditas del derecho, o reformulaciones del derecho, con una especie de exposición sistemática de todo el corpus de derecho internacional o de algunas de sus ramas. Existen comentarios, enciclopedias y manuales prácticos, artículos publicados en revistas y periódicos y, actualmente, incluso sitios web, blogs en línea u otros contenidos producidos para plataformas digitales o electrónicas, como contenidos audiovisuales o pódcast. Todos esos materiales constituirán doctrina. Sin embargo, algunos de ellos, como los comentarios o los tratados, serán especialmente útiles para determinar el derecho aplicable.

91. Puede ser necesario tener en cuenta a la vez tanto el autor como el contenido de la obra. Ello puede ayudar a los juristas internacionales a establecer el peso que deben atribuir a una doctrina cuando tengan que determinar normas de derecho internacional. Por ejemplo, hay materiales que pueden tener una influencia importante, cuando no decisiva, en la comprensión del derecho internacional. Cabe citar documentos como los dictámenes jurídicos de órganos gubernamentales, la correspondencia diplomática, los manuales

<sup>117</sup> Véase el párrafo 13) del comentario al proyecto de conclusión 2 aprobado provisionalmente por la Comisión en su 74º período de sesiones, A/78/10, párr. 127, págs. 89 y 90.

<sup>118</sup> *Ibid.*

<sup>119</sup> *Ibid.*

<sup>120</sup> A/CN.4/760, cap. VII.

militares, las bases de datos o colecciones de tratados, los compendios de la práctica de los Estados o incluso de los antecedentes de redacción o trabajos preparatorios oficiales u oficiosos, los comentarios oficiales u oficiosos, o las declaraciones y manifestaciones de funcionarios públicos. Esa diferenciación en función del autor de la obra, así como de la calidad de esta y el lugar en que se encuentra, se hace naturalmente y se refleja en la práctica, por ejemplo en la labor de las cortes y tribunales nacionales e internacionales y, como se confirma en el primer memorando de la Secretaría, de la propia Comisión.

92. A los efectos del presente tema, a partir de la bibliografía correspondiente y teniendo en cuenta la afirmación anterior de que parece útil tomar en consideración el tipo de autor para evaluar la pertinencia de su obra, cabe afirmar que existen al menos tres clases o categorías diferentes de autores capaces de producir doctrina. En primer lugar están los publicistas o escritores, es decir, los autores —por lo general académicos, aunque también pueden ser profesionales— y demás personas que pueden publicar una obra que se considere pertinente para la resolución de la cuestión que se plantee. En segundo lugar están los autores que forman parte de colectivos o grupos de expertos, ya sean permanentes o *ad hoc*, por lo general creados a título privado por un grupo de personas. Por último, la categoría más importante a los efectos del presente tema es la de los órganos o instituciones oficiales afiliados a los Estados u organizaciones internacionales que los han creado. Aunque las distintas categorías no son estancas y se solapan y mezclan, es útil reconocerlas para conocer mejor todo el material que puede considerarse doctrina.

### 1. Publicistas ordinarios/individuales

93. En el párrafo 1 d) del Artículo 38 se dispone que, además de las decisiones judiciales, la Corte Internacional de Justicia también deberá examinar la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones. Según el diccionario, un publicista es un especialista en derecho de gentes o derecho internacional o una persona que escribe sobre ello<sup>121</sup>. La Comisión atribuye esencialmente ese sentido al término<sup>122</sup>, y ha utilizado los términos “juristas”, “autores” o “comentaristas” para designar a los publicistas. 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”<sup>123</sup>, y el Relator Especial está de acuerdo.

94. Si, en su sentido corriente, el término designa a un “escritor”, sinónimo de “autor”, su uso en plural en el Estatuto de la Corte (es decir, publicistas), en especial junto con la palabra “doctrinas”, parece indicar que lo que se pretendía era hacer referencia no tanto a la obra de un autor como a los puntos de vista colectivos de múltiples escritores<sup>124</sup>. Así se explica en el primer informe y se confirma ahora en el texto del proyecto de conclusión 5 aprobado por la Comisión, en el que se interpreta que la expresión “doctrinas de los publicistas” se refiere a la obra de escritores o autores a la que puede atribuirse más peso cuando refleja los puntos de vista concordantes de los académicos.

95. Es evidente que el derecho internacional, desde siempre y también en la actualidad, se ha beneficiado de la labor llevada a cabo por distintos académicos a título individual. Hay numerosos ejemplos de académicos, considerados eminentes, cuya obra ha tenido gran influencia. Sus nombres figuran a menudo en los principales manuales de derecho internacional. Así, es habitual que se mencione a autores como Alberico Gentili y Hugo Grocio (al que también se conoce como padre del derecho internacional), así como Francisco de Vitoria, Francisco Suárez, Samuel von Pufendorf, Richard Zouche y Emerich de Vattel. Todos ellos tienen en común el hecho de haber sido autores europeos cuyas obras resultaron muy influyentes en su época y, en algunos casos, hasta nuestros días. Ello no quiere decir

<sup>121</sup> “Publicist”, *Oxford English Dictionary*, 3ª ed. (2013). Puede consultarse en [www.oed.com](http://www.oed.com).

<sup>122</sup> Párrafo 4) del comentario a la conclusión 14 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), párr. 66, pág. 118.

<sup>123</sup> *Ibid.*

<sup>124</sup> Véase Omri Sender, “The importance of being earnest: purpose and method in scholarship on international law” *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 54 (2022), págs. 53 a 69, en especial pág. 58.

que no haya autores de otras partes del mundo con una contribución similar, sino que, por diversas y complicadas razones, estos no han tenido el mismo reconocimiento y, por lo tanto, puede que no sean tan conocidos. Con independencia de que los autores fueran positivistas o naturalistas, algunas de sus obras tenían tal prestigio que eran de lectura obligada para diplomáticos y otros funcionarios del Estado. Su influencia persiste hasta el punto de que algunos de ellos todavía son mencionados con frecuencia en las cortes y tribunales internacionales.

96. La obra de algunos académicos también puede ser influyente en determinadas ramas del derecho internacional. Por ejemplo, en el siglo XIX, el profesor Francis Lieber, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia, recogió en su obra las normas que regían la conducción de las hostilidades promulgadas el 24 de abril de 1863 por el Presidente Abraham Lincoln para el ejército federal estadounidense durante la Guerra Civil de los Estados Unidos. El Código Lieber, u “Orden General núm. 100: Instrucciones para el Gobierno de los Ejércitos de los Estados Unidos en Campaña”, resultó influyente más adelante al inspirar y configurar la labor de codificación del derecho de la guerra en muchos otros países, entre ellos, Prusia (1871), los Países Bajos (1871), Francia (1887), Suiza (1878), Serbia (1879), España (1889), Portugal (1890), Italia (1896) y el Reino Unido (1884). Posteriormente, fue el punto de partida 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<sup>125</sup>.

97. Dicho esto, como se explica ampliamente en el primer informe, la práctica de las cortes y tribunales internacionales varía en su uso de los escritos. Mientras que algunas cortes y tribunales utilizan y reconocen los trabajos académicos, por ejemplo las cortes y tribunales penales internacionales y las cortes y tribunales de derechos humanos, otros, como la Corte Internacional de Justicia, rara vez citan la obra llevada a cabo por un determinado académico a título individual. Tal es el caso de los fallos o decisiones de la Corte, pero no de las opiniones separadas concurrentes o disidentes, en las que es más habitual encontrar referencias a esos escritos. Si bien pueden tener una naturaleza equiparable a la doctrina, el Relator Especial considera que, por su carácter oficial, las opiniones separadas difícilmente pueden calificarse solo de doctrina. Al fin y al cabo, se trata de decisiones motivadas oficiales de magistrados encargados de resolver un caso específico o de emitir una opinión consultiva, aunque vayan más allá del fallo principal para abordar cuestiones no tratadas por el pleno del tribunal.

98. Hasta la fecha, en los fallos y opiniones mayoritarias de la Corte, y, para el caso, su predecesora, apenas pueden encontrarse referencias a doctrina. Según un estudio empírico realizado sobre unos 70 años de práctica, de las más de 155 causas examinadas, la Corte solo citaba doctrina en 7<sup>126</sup>: el fallo en la causa relativa a la *Controversia sobre fronteras terrestres, insulares y marítimas*<sup>127</sup>, la opinión consultiva sobre *Namibia*<sup>128</sup>, el fallo en la causa relativa a la *Isla de Kasikili/Sedudu*<sup>129</sup>, el fallo en la causa relativa a *Nicaragua*<sup>130</sup>; el fallo en la causa relativa al *Genocidio en Bosnia*<sup>131</sup>, el fallo en la causa *Nottebohm (segunda*

<sup>125</sup> Véase un comentario al respecto en R. R. Baxter, “The first modern codification of the law of war: Francis Lieber and General Orders No. 100”, *International Review of the Red Cross*, vol. 25 (1963), págs. 171 a 189; y Theodor Meron, “Francis Lieber’s Code and principles of humanity”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36 (1998), págs. 269 a 282.

<sup>126</sup> Sondre Torp Helmersen, *The Application of Teachings by the International Court of Justice* (Cambridge, Cambridge University Press, 2021), pág. 45.

<sup>127</sup> *Ibid.*, pág. 44, donde se cita *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua Intervening)*, *I.C.J. Reports 1992*, págs. 3 y ss., en especial pág. 92.

<sup>128</sup> *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *opinión consultiva*, *I.C.J. Reports 1971*, pág. 16.

<sup>129</sup> *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, *fallo*, *I.C.J. Reports 1999*, pág. 1045.

<sup>130</sup> *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.

<sup>131</sup> *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.

fase)<sup>132</sup> y la opinión consultiva sobre las *Armas nucleares*<sup>133</sup>. La Corte Permanente de Justicia Internacional, predecesora de la Corte Internacional de Justicia, desarrolló en cierto modo esa práctica<sup>134</sup>, como parece desprenderse de las pocas referencias a doctrina que figuran en las causas *Lotus*<sup>135</sup>, *Ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca*<sup>136</sup>, *Jaworzina*<sup>137</sup> y *Wimbledon*<sup>138</sup> y en la opinión consultiva sobre la Unión Aduanera Austro-alemana<sup>139</sup>.

99. Sabiendo que en los fallos principales de la Corte hay relativamente menos referencias a doctrina, cabe preguntarse quiénes son los privilegiados cuya obra puede ser citada por esta. Según el mismo estudio de Helmersen, que ha analizado a los 40 escritores más citados en función del número de citas, se trata de Shabtai Rosenne, Hersch Lauterpacht, Gerald Fitzmaurice, Manley O. Hudson, Lassa Oppenheim, Robert Jennings, Charles de Visscher, Ian Brownlie, Arthur Watts y Julius Stone<sup>140</sup>, que son, por ese orden, los diez escritores más citados. Una vez más, llaman la atención la región de origen y el género de los 40 autores más citados, ya que la primera persona del Sur Global (a falta de una forma mejor de explicarlo) figura en decimocuarto lugar. La representatividad de los académicos citados en los alegatos por los Estados no es mejor.

100. Como se señaló en el primer informe, la aparente tradición de la Corte Internacional de Justicia de no hacer abundante referencia a doctrina en sus fallos puede ser engañosa<sup>141</sup>, puesto que no quiere decir que los magistrados no consultan los escritos académicos o no los consideran útiles para sus deliberaciones. Por el contrario, dichos escritos parecen utilizarse ampliamente, no solo en los alegatos de los Estados<sup>142</sup> ante la Corte Internacional de Justicia y otras cortes y tribunales internacionales, sino también para aclarar el contexto de determinadas normas jurídicas. El valor de la doctrina como material informativo indica que, de hecho, tiene más peso del que cabe suponer si solo se tiene en cuenta el número de veces en que aparece citada. Además, como se explica detalladamente en el primer informe, en algunas cortes y tribunales internacionales se suele hacer abundante referencia a doctrina, si no en apoyo de postulados de derecho, como forma de confirmarlos<sup>143</sup>.

101. Solo queda pendiente una de las dos cuestiones que se abordarán en la presente sección: la del peso de la doctrina ordinaria. Dado el análisis que figura más arriba sobre la clasificación de la doctrina y teniendo en cuenta la fase avanzada en que se encuentra el estudio del tema, que brinda a la Comisión la oportunidad de volver a examinar los textos ya aprobados, el Relator Especial recomienda que se aborde la cuestión del peso de la doctrina de los académicos. Una forma de hacerlo podría ser insertando nuevo texto en el actual proyecto de conclusión 5 sobre la doctrina. Ello permitiría mantener el texto aprobado en el 75º período de sesiones de la Comisión, celebrado en 2024, que pasaría a convertirse en un primer párrafo con las mismas dos oraciones. En la versión revisada del proyecto de conclusión, se añadiría un nuevo segundo párrafo con la formulación ya aprobada sobre el peso del otro medio auxiliar que se examina en el marco del tema. El nuevo párrafo diría lo siguiente:

<sup>132</sup> *Nottebohm case (segunda fase)*, fallo de 6 de abril de 1955, *I.C.J. Reports 1955*, pág. 4.

<sup>133</sup> *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 66.

<sup>134</sup> Véase *Anuario... 2016*, vol. II (primera parte), documento [A/CN.4/691](#), párr. 18.

<sup>135</sup> *The Case of the S.S. "Lotus" (France v. Turkey)*, fallo núm. 9, 7 de septiembre de 1927, *P.C.I.J. Reports Series, Serie A, núm. 10* (1927).

<sup>136</sup> *Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v. Poland)*, fallo núm. 6, 25 de agosto de 1925, *P.C.I.J. Reports Series, Serie A, núm. 6* (1925).

<sup>137</sup> *Question of Jaworzina*, opinión consultiva, 6 de diciembre de 1923, *P.C.I.J. Series B*, núm. 8 (1923).

<sup>138</sup> *S.S. Wimbledon*, opinión consultiva, 17 de agosto de 1923, *P.C.I.J. Series A, núm. 1* (1923).

<sup>139</sup> *Customs Régime between Germany and Austria*, opinión consultiva, 5 de septiembre de 1923, *P.C.I.J. Series A/B, núm. 41* (1923).

<sup>140</sup> Helmersen, *The Application of Teachings by the International Court of Justice*, págs. 94 y 185 a 188.

<sup>141</sup> Véase [A/CN.4/760](#), párr. 318.

<sup>142</sup> Por ejemplo, en sus observaciones sobre el tema expuestas en el capítulo II del presente informe, los Estados Unidos confirman que citan a menudo obras académicas en sus alegatos en causas internacionales.

<sup>143</sup> Véase [A/CN.4/760](#), párr. 318.

“2. Cuando se evalúe el peso de la doctrina en el sentido del párrafo 1, deberían considerarse, según proceda, los criterios enunciados en el proyecto de conclusión 3.”

Los elementos más importantes de esos criterios se explicarán con mayor detalle en el comentario a la luz de los debates mantenidos en la Comisión y la Sexta Comisión y de las sugerencias formuladas en ellos.

102. Otra posibilidad sería que la Comisión incluyera una conclusión específica sobre el peso. Sin embargo, de momento ello solo se ha hecho para las decisiones de cortes y tribunales. En todos los demás proyectos de conclusión, incluidos los adicionales formulados por el Relator Especial, la cuestión del peso se abordará en la misma conclusión.

## 2. Órganos y grupos de expertos de carácter privado

103. Según la clasificación propuesta más arriba, la segunda categoría de doctrina de los publicistas es la de las obras de organizaciones privadas, ya sean órganos de expertos, asociaciones académicas de profesionales del derecho internacional, grupos, organizaciones benéficas públicas u organizaciones sin fines de lucro. Estas entidades suelen estar legalmente constituidas con arreglo al derecho interno de uno o varios Estados. Por lo general tienen carácter permanente, aunque también puede haber grupos de expertos creados *ad hoc* para trabajar en un determinado proyecto o cuestión durante cierto tiempo. También pueden establecerse de manera informal sin estar necesariamente registradas legalmente.

104. Estos grupos de personas suelen estar dirigidos por actores clave cuya labor privada o individual puede interactuar con la del grupo. Quizá la característica más importante de estos grupos de expertos a los efectos del tema es que, en algunos casos, su labor puede estar especialmente centrada en la codificación del derecho internacional o en determinados aspectos específicos de este, y que no dependen de los Estados a pesar de que estos intenten influir en ellos. Entre las asociaciones privadas más conocidas se encuentran el Instituto de Derecho Internacional, que fue la única asociación de ese tipo mencionada en las deliberaciones del Comité Consultivo de Juristas en 1920, y la Asociación de Derecho Internacional. También existen otras organizaciones de ámbito más nacional, como el Instituto de Derecho de los Estados Unidos.

105. Además de los citados más arriba, hay decenas de centros de investigación en derecho internacional, afiliados o no a universidades. A menudo, esos grupos se dedican al estudio del derecho internacional. Algunos son grupos de investigadores que pueden estar asociados a una institución académica como la Facultad de Derecho de Harvard. También hay múltiples asociaciones de profesionales del derecho internacional organizadas y estructuradas de diferentes maneras en muchos países de todo el mundo. Estos grupos, que también suelen estar organizados con arreglo al derecho interno del país de que se trate, pueden ser organizaciones de pleno derecho, como la Asociación Africana de Derecho Internacional, la Sociedad Americana de Derecho Internacional, el Instituto Británico de Derecho Internacional y Comparado, la Sociedad China de Derecho Internacional, el Consejo Canadiense de Derecho Internacional, la Sociedad Checa de Derecho Internacional, la Sociedad Francesa de Derecho Internacional y la Sociedad Japonesa de Derecho Internacional. También hay cientos de grupos especializados en derecho internacional en los colegios de abogados nacionales.

106. Todos estos grupos pueden producir una amplia variedad de textos en forma de estudios, resoluciones, informes y documentos puntuales, todos los cuales pueden constituir, en diverso grado, doctrina. Históricamente, los grupos académicos y profesionales de expertos en derecho internacional han producido obras que han resultado ser muy influyentes para comprender e incluso configurar el desarrollo del derecho internacional. Hay muchos ejemplos a ese respecto, algunos de los cuales incluso han contribuido a la labor de la Comisión. Entre ellos, cabe citar la labor del Instituto de Derecho Internacional, así como los influyentes trabajos de la Asociación de Derecho Internacional en relación con las Reglas de Helsinki sobre los Usos de las Aguas de los Ríos Internacionales<sup>144</sup>. En estos casos, como se señaló en el primer informe del Relator Especial, puede incluso haber cierto solapamiento

<sup>144</sup> International Law Association, *Report of the Fifty-second Conference, Held in Helsinki, 1966* (Londres, 1967), pág. 496.

entre las obras de los académicos y las obras de los grupos de expertos, con una enorme influencia en la configuración de las normas fundamentales del derecho internacional. La Comisión ha reconocido oficialmente la especial pertinencia de la labor de órganos colectivos como el Instituto de Derecho Internacional y la Asociación de Derecho Internacional en sus comentarios a la conclusión 14 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario<sup>145</sup> y al proyecto de conclusión 9 de las conclusiones sobre los principios generales del derecho<sup>146</sup>, ambos relativos a la doctrina.

107. 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, *The Laws of War and Land*, tuvo una enorme influencia<sup>147</sup>. Otros ejemplos más recientes son el Manual de San Remo sobre el derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar<sup>148</sup>, elaborado por el Instituto Internacional de Derecho Humanitario, la labor del Grupo Internacional de Expertos que elaboró el Manual de Tallin sobre el Derecho Internacional Aplicable a la Ciberguerra<sup>149</sup> o los Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

108. El Programa de Derecho y Asuntos Públicos de la Universidad de Princeton, patrocinado por cuatro organizaciones no gubernamentales, elaboró los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal, destinados a ofrecer orientaciones a legisladores, jueces y otros usuarios para el enjuiciamiento de crímenes internacionales en cortes y tribunales nacionales de conformidad con el derecho internacional<sup>150</sup>. Una organización no gubernamental africana puso en marcha una iniciativa similar, que dio lugar al documento *Cairo-Arusha Principles on Universal Jurisdiction in respect of Gross Human Rights Offences: An African Perspective*, citado posteriormente por la Corte Internacional de Justicia en su fallo en la causa relativa a la *Orden de detención*<sup>151</sup>. El Programa de Política Humanitaria e Investigación de Conflictos de la Universidad de Harvard elaboró un manual sobre el derecho internacional aplicable a la guerra aérea y la guerra de misiles<sup>152</sup>. Otro ejemplo relativamente más reciente es el de las Directrices de Michigan sobre la Alternativa de Protección Interna<sup>153</sup>. Los textos resultantes de esos proyectos, que pueden calificarse de

<sup>145</sup> *Anuario...* 2018, vol. II (segunda parte), párr. 66.

<sup>146</sup> A/78/10, párr. 41.

<sup>147</sup> Instituto de Derecho Internacional, *The Laws of War on Land* (Oxford, 1880). Puede consultarse en la Biblioteca de Derechos Humanos de la Universidad de Minnesota, en [umn.edu](http://umn.edu).

<sup>148</sup> Louise Doswald-Beck (ed.), *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*, Instituto Internacional de Derecho Humanitario (Cambridge, Cambridge University Press, 1995).

<sup>149</sup> Michael N. Schmitt (ed.), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Operations* (Cambridge, Cambridge University Press, 2013).

<sup>150</sup> Stephen Macedo (ed.), *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction* (Universidad de Princeton, Program in Law and Public Affairs, 2001); y *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law* (Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2004).

<sup>151</sup> Véase Africa Legal Aid, *Cairo-Arusha Principles in respect of Gross Human Rights Offences: An African Perspective*, AFLA Policy Documents, aprobado en Arusha (República Unida de Tanzania), octubre de 2002. <https://www.africalegalaid.com/afla-policy-documents>.

<sup>152</sup> Programa de Política Humanitaria e Investigación de Conflictos de la Universidad de Harvard, *HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare* (Cambridge, Cambridge University Press, 2013).

<sup>153</sup> Véase James C. Hathaway, "International refugee law: the Michigan Guidelines on the Internal Protection Alternative", *Michigan Journal of International Law*, vol. 21 (1999), págs. 131 a 133. Esas directrices han sido utilizadas por autoridades nacionales. La primera en hacerlo fue el Organismo de Apelación sobre la Condición de Refugiado de Nueva Zelanda en su decisión núm. 71684/99, de 29 de octubre de 1999 (<https://www.refugee.org.nz/index.htm>) (donde, en referencia a las Directrices de Michigan, se afirma que no puede ignorarse a la ligera la sabiduría colectiva de un distinguido cuerpo de personas).

doctrina, han sido influyentes al proporcionar, en algunos casos, material de utilidad para las cortes y tribunales internacionales y nacionales.

109. Por poner un ejemplo esencial, en la causa relativa a la *Isla de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibia)*, la Corte hizo referencia al proyecto relativo a la regulación internacional de la navegación fluvial aprobado por el Instituto de Derecho Internacional en Heidelberg el 9 de septiembre de 1887, en el que se indicaba que la frontera entre Estados separados por un río venía indicada por la vaguada o línea mediana del canal (*Annuaire de l'Institut de droit international, 1887-1888*, pág. 182)<sup>154</sup>.

110. En el caso relativo a la *Controversia por la interpretación del artículo 79, párrafo 6 c), del Tratado de Paz*, anterior a la aprobación de la Convención de Viena de 1969, el tribunal arbitral se remitió al Anuario de 1950 del Instituto de Derecho Internacional, que contenía un informe sobre las reglas de interpretación de los tratados, y señaló que el informe elaborado por el Sr. Lauterpacht como relator, que había recibido el apoyo casi unánime de los miembros de la comisión competente del Instituto, reflejaba la opinión predominante en la doctrina del derecho internacional público y que, a efectos de interpretación, no existía diferencia alguna entre los tratados normativos y los demás tratados ("*les traités-lois ou traités normatifs*")<sup>155</sup>.

111. La comisión de arbitraje en el caso del *Gobierno del Reino de Grecia (en nombre de Apostolidis) c. la República Federal de Alemania* calificó los trabajos preparatorios de instrumentos para la interpretación de los tratados e indicó que compartía:

la opinión del Instituto de Derecho Internacional que, en la resolución aprobada en su período de sesiones de Granada el 19 de abril de 1956, hizo un avance decisivo en el derecho internacional al decidir que el problema de recurrir a los trabajos preparatorios de un tratado multilateral, aunque no hubieran sido publicados ni puestos a disposición de una de las partes, debía dejarse a la discreción del juez y resolverse según las circunstancias especiales del caso en cuestión (*Annuaire, 1956*, pág. 347) [cita traducida]<sup>156</sup>.

112. En el caso de la *Interpretación del acuerdo de servicios de transporte aéreo entre los Estados Unidos de América y Francia*, el tribunal aludió a la consideración de la finalidad del tratado como criterio de interpretación y se remitió al fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Aplicación del Convenio de 1902 sobre la Tutela de los Niños (Países Bajos c. Suecia)*<sup>157</sup> para afirmar lo siguiente:

El artículo 19 del proyecto de convención elaborado por la Facultad de Derecho de Harvard comienza afirmando que un tratado ha de interpretarse a la luz de la finalidad general a la que está destinado. La toma en consideración de la finalidad del tratado también se menciona en el apartado c) del artículo 2 de la resolución de Granada del Instituto de Derecho Internacional [cita traducida]<sup>158</sup>.

113. La Comisión de conciliación franco-italiana que examinó la *Controversia sobre la interpretación y aplicación de lo dispuesto en el artículo 78, párrafo 7, del Tratado de Paz en el territorio etíope* se remitió a las reglas de interpretación de los tratados enunciadas en la obra del Instituto de Derecho Internacional e indicó que era un principio de interpretación

<sup>154</sup> *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 129 *supra*), párr. 25.

<sup>155</sup> *Différend concernant l'interprétation de l'article 79, par. 6, lettre C, du Traité de Paix (Biens italiens sen Tunisie)*, decisión núm. 136, 25 de junio de 1952, *Reports of International Arbitral Awards* (UNRIAA), vol. XIII, págs. 389 a 439, en especial pág. 396.

<sup>156</sup> Comisión Arbitral sobre los Bienes, Derechos e Intereses en Alemania establecida por la Convención sobre el Arreglo de las Cuestiones Derivadas de la Guerra y la Ocupación, firmada en Bonn el 26 de mayo de 1952, *Case of the Government of the Kingdom of Greece (on behalf of Apostolidis) v. the Federal Republic of Germany*, decisión de la Sala Segunda, 11 de mayo de 1960, UNRIAA, vol. XXIX, págs. 445 a 484, en especial pág. 468.

<sup>157</sup> *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*, pág. 55.

<sup>158</sup> *Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and France*, laudo, 22 de diciembre de 1963, vol. XVI, págs. 5 a 74, en especial pág. 56.

universalmente reconocido que las disposiciones de un tratado debían interpretarse en su contexto<sup>159</sup>.

114. En el caso *Fubini*, la Comisión de Conciliación Italia-Estados Unidos señaló lo siguiente:

las normas sobre el arte de interpretar los tratados internacionales exigen que el intérprete se base, en primer lugar, en el texto que ha de aplicarse para atribuir a los términos empleados por los Estados contratantes su sentido natural. La resolución aprobada por el Instituto de Derecho Internacional el 19 de abril de 1956 en su período de sesiones de Granada (*Annuaire*, vol. 46, pág. 365) va en el mismo sentido.

...

En su jurisprudencia, la Corte Permanente de Justicia Internacional se pronunció en el mismo sentido y se negó a tomar en consideración las disposiciones que no se encontraran en el texto.

...

La jurisprudencia de la actual Corte Internacional de Justicia no es en modo alguno diferente [cita traducida]<sup>160</sup>.

115. En el asunto *H. G. Venable c. los Estados Unidos Mexicanos*, la Comisión General de Reclamaciones se remitió a las publicaciones de Ralston sobre los arbitrajes venezolanos de 1903, a las normas sobre derecho concursal aprobadas por el Instituto de Derecho Internacional en 1902 y al proyecto de convención sobre derecho concursal insertado en el protocolo final de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado celebrada en octubre-noviembre de 1925, en el que se disponía que el síndico o administrador concursal actuaba como representante de la masa y no era considerado representante del Gobierno<sup>161</sup>.

116. En el caso *James H. McMahan (U.S.A.) c. los Estados Unidos Mexicanos*, la Comisión de Reclamaciones México-Estados Unidos tuvo que estudiar la frontera del Río Grande entre México y los Estados Unidos. Indicó que ambos Estados podían ejercer plenamente sus derechos territoriales hasta esa línea, y se remitió a diversos escritos académicos, a los tratados celebrados después del Congreso de Viena de 1815 y al reglamento aprobado por el Instituto de Derecho Internacional en 1887 relativo a la navegación de los ríos internacionales que separan dos o más Estados para indicar que dichos instrumentos reconocían el derecho de los Estados ribereños a ejercer funciones policiales en el río<sup>162</sup>.

117. Hay un último ejemplo de la forma en que puede utilizarse en la práctica la obra de particulares y de académicos. En el caso *Bembelista*, el árbitro, que tenía ante sí una reclamación por los daños causados cerca de una zona en la que se había producido un ataque

<sup>159</sup> Comisión de Conciliación franco-italiana, *Différend interprétation et application des dispositions de l'Article 78, par. 7, du Traité de Paix au territoire éthiopien – Décisions nos 176 et 201*, laudo núm. 201, 16 de marzo de 1956, UNRIAA, vol. XIII, págs. 636 a 661, en especial pág. 643, donde se cita a Hersch Lauterpacht, *De l'interprétation des traités, nouveau projet définitif de résolutions à l'issue du débat de Sienne au sein de l'Institut de Droit International*, pág. 1, art. 1, párr. 2.

<sup>160</sup> Comisión de Conciliación Italia-Estados Unidos, *Fubini Case – Decision No. 201*, laudo, 12 de diciembre de 1959, UNRIAA, vol. XIV, págs. 420 a 434, en especial pág. 425.

<sup>161</sup> México/Estados Unidos, Comisión General de Reclamaciones, *H. G. Venable (U.S.A.) v. United Mexican States*, laudo, 8 de julio de 1927, UNRIAA, vol. IV, págs. 219 a 261, en especial pág. 228, párr. 22.

<sup>162</sup> México/Estados Unidos, Comisión General de Reclamaciones, *James H. McMahan (U.S.A.) v. United Mexican States*, laudo, 30 de abril de 1929, UNRIAA, vol. IV, págs. 486 a 496, en especial pág. 490, donde se hace referencia a Lassa Oppenheim, *International Law: A Treatise*, vol. 1, 3ª ed. (Londres, Longmans, 1920), págs. 314 a 322; Paul Fauchille, *Traité de droit international public*, vol. 1, 2ª parte, 8ª ed. (París, Rousseau, 1925) págs. 453 y ss.; John Bassett Moore, *A Digest of International Law*, vol. 1 (Washington, Government Printing Office, 1906), págs. 616 y ss.; Jan de Louter, *Le droit international public positif*, vol. 1 (Oxford, Oxford University Press, 1920), pág. 445, también pág. 490.

militar, tuvo en cuenta el Manual del Instituto de Derecho Internacional<sup>163</sup>, analizó varios escritos, incluida una obra de De Vattel<sup>164</sup>, y señaló que, tras haber examinado detenidamente casi todos los manuales de derecho internacional, había llegado a la conclusión de que estos respaldan sin reservas los principios expuestos en la reclamación<sup>165</sup>.

118. Así pues, como confirman los nueve ejemplos de casos citados más arriba, que figuran en el segundo memorando elaborado por la Secretaría en relación con el tema, es cierto que la doctrina de algunos grupos de expertos de carácter privado, como el Instituto de Derecho Internacional, ha sido influyente.

#### **D. Propuesta de proyecto de conclusión 9: productos de grupos de expertos de carácter privado**

119. A la luz de este análisis, que muestra el uso establecido de la labor de órganos de carácter privado, incluida la labor de las cortes y tribunales y de la Comisión, el Relator Especial propone un proyecto de conclusión en el que se indica que los productos de esos órganos pueden ser un medio auxiliar para determinar la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional. La segunda parte de esa formulación se ha inspirado en gran medida en el texto ya aprobado en el marco de la labor sobre el tema, en el que se emplea la expresión “pueden ser”, que indica que el uso de esa labor dependerá de la situación de que se trate. El segundo párrafo de la disposición se refiere al peso de esos productos, y también se inspira en las formulaciones aprobadas en anteriores períodos de sesiones, con los ajustes necesarios para adaptarse al contexto. Cabe esperar que, al tratarse de una formulación ya acordada, las deliberaciones sobre este proyecto de conclusión y otros que se propongan más adelante avancen sin contratiempos.

120. El Relator Especial propone a la Comisión el siguiente proyecto de conclusión:

##### **Proyecto de conclusión 9 Productos de los grupos de expertos de carácter privado**

1. Los productos elaborados por personas o colectivos de personas organizadas de manera independiente sin participación alguna de Estados u organizaciones internacionales pueden ser un medio auxiliar para la determinación de la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional.

2. Cuando se evalúe el peso que debe atribuirse a esos productos, deberían considerarse, según proceda, los criterios enunciados en el proyecto de conclusión 3.

#### **3. Órganos de expertos de carácter público o creados y facultados por los Estados**

121. La tercera y última categoría de colectivos de expertos es, según el primer informe del Relator Especial, la de los grupos de expertos de carácter “público”, distinta de la de los de carácter “privado”. Esta categoría de órganos de expertos incluye a los grupos de expertos afiliados a los Estados. Presentan diferentes grados de afiliación, en función de que hayan sido creados por los Estados (entidades creadas por los Estados) o creadas por terceros pero facultadas por los Estados para cumplir determinadas funciones (entidades facultadas por los Estados). Sivakumaran parece distinguir también entre ambos al argumentar que una entidad facultada por los Estados es esencialmente una entidad a la que los Estados han facultado para desempeñar determinadas funciones<sup>166</sup>. Lo que las define, según esta interpretación, es

<sup>163</sup> Comisión Países Bajos-Venezuela, *Bembelista Case*, laudo, 1903, UNRIIAA, vol. X, págs. 717 a 720, en especial pág. 718.

<sup>164</sup> *Ibid.*, pág. 719, donde se hace referencia a Emmerich de Vattel, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains* (Washington, Carnegie Institution of Washington, 1916), Libro III, cap. XV, secc. 232, pág. 204.

<sup>165</sup> *Ibid.*, pág. 719.

<sup>166</sup> 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), págs. 343 a 394, en especial pág. 351.

que son creadas o están facultadas por dos o más Estados y tienen autoridad para tomar decisiones o emprender acciones<sup>167</sup>.

122. Con todo, dada la amplitud de esta categoría, abarca un gran abanico de actores que van desde organizaciones intergubernamentales de carácter universal o regional, cortes y tribunales internacionales y regionales y órganos creados en virtud de tratados hasta otros actores como el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) o incluso personas como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Cabe admitir que la categoría de las entidades facultadas por los Estados es una categoría amorfa que abarca todo un espectro de actores dispares que a su vez pueden subdividirse en distintas clases de órganos por tipo de actor, como organizaciones internacionales, cortes y tribunales internacionales, órganos de codificación, etc., o por personalidad jurídica<sup>168</sup>. En definitiva, como señala un autor, y en consonancia con la labor de la Comisión, los criterios generales para evaluarlas no son solo su establecimiento, su composición y su mandato, sino también, sobre todo, la calidad de su labor y la objetividad con que la ha llevado a cabo.

123. Teniendo en cuenta la definición que antecede, cabe examinar una amplia gama de instituciones para determinar si su labor constituye doctrina. Entre ellas figuran, en primer lugar, los órganos integrados por expertos independientes creados específicamente que tienen el mandato de ayudar a los Estados en la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional. Como se indica en el primer informe, de esas instituciones, las más importantes a nivel universal son la propia Comisión y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

124. Existen órganos regionales con mandatos similares creados para ayudar a los Estados o a organizaciones internacionales en la codificación y el desarrollo progresivo, como el Comité Jurídico Interamericano, la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana, la Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana y el Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público del Consejo de Europa.

125. Además de esos órganos, están órganos de tratados como el Comité de Derechos Humanos<sup>169</sup>, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>170</sup>, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial<sup>171</sup>, el Comité contra la Tortura<sup>172</sup>, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer<sup>173</sup>, el Comité de los Derechos del Niño<sup>174</sup>, el Comité sobre los Trabajadores Migratorios<sup>175</sup>, el Comité contra la Desaparición Forzada<sup>176</sup> y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>177</sup>. Estos órganos de expertos desempeñan diversas funciones, como emitir dictámenes e interpretar la naturaleza y el alcance de las obligaciones que incumben a los Estados partes 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.

<sup>167</sup> *Ibid.*

<sup>168</sup> *Ibid.*, pág. 352.

<sup>169</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, núm. 171, pág. 171.

<sup>170</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 16 de diciembre de 1966), *ibid.*, vol. 993, núm. 14531, pág. 3.

<sup>171</sup> Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Nueva York, 7 de marzo de 1966), *ibid.*, vol. 660, núm. 9464, pág. 195.

<sup>172</sup> Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984), *ibid.*, vol. 1465, núm. 24841, pág. 85.

<sup>173</sup> Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Nueva York, 18 de diciembre de 1979), *ibid.*, vol. 1249, núm. 20378, pág. 13.

<sup>174</sup> Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989), *ibid.*, vol. 1577, núm. 27531, pág. 3.

<sup>175</sup> Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (Nueva York, 18 de diciembre de 1990), *ibid.*, vol. 2220, núm. 39481, pág. 3.

<sup>176</sup> Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (Nueva York, 20 de diciembre de 2006), *ibid.*, vol. 2716, núm. 48088, pág. 3.

<sup>177</sup> Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Nueva York, 13 de diciembre de 2006), *ibid.*, vol. 2515, núm. 44910, pág. 3.

126. En opinión del Relator Especial, a diferencia de la labor de los órganos privados, los textos elaborados por entidades creadas o facultadas por los Estados como las mencionadas más arriba, en particular la Comisión y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, así como los de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, no deben considerarse doctrina. Sus productos finales, que pueden adoptar formas muy diversas, se elaboran bajo los auspicios de instituciones oficiales y suelen reflejar la participación de los Estados y/o sus representantes en los trabajos correspondientes. También es esencial distinguir entre los órganos afiliados a Estados integrados por personas que actúan como expertos independientes y los que están integrados por personas que actúan como representantes de los Estados. Así, a los efectos específicos del tema, la labor de estos órganos no se considerará doctrina. Solo debe considerarse doctrina la labor de los órganos de expertos de carácter privado no creados por Estados u organizaciones. Por consiguiente, aquellos órganos se analizan por separado en el siguiente capítulo del presente informe, que se centra en la labor de la Comisión y de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, que se estudian especialmente entre los otros múltiples órganos de esa índole por su contribución formal a la codificación o el desarrollo del derecho internacional.

### **E. Criterios generales de evaluación del peso de los productos de los órganos de expertos de carácter privado**

127. Ya solo queda por determinar la forma de evaluar el peso de los productos de los órganos de expertos de carácter privado. La Comisión ha establecido diversos factores que pueden ser útiles para determinar el peso de todos los medios auxiliares y ha especificado, en el proyecto de conclusión 3, los criterios generales de evaluación de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional. El Relator Especial recuerda, a este respecto, el texto de ese proyecto de conclusión, que preveía la utilización de diversos indicios para evaluar ese peso. Considera que las orientaciones que ha dado la Comisión para evaluar el peso de los medios auxiliares también deberían servir para evaluar el peso que debe atribuirse a los productos elaborados por los grupos de expertos de carácter privado mencionados más arriba (véase la secc. C.2). Habría que decidir sobre la conveniencia de incluir una referencia expresa a ese proyecto de conclusión como segundo párrafo del proyecto de conclusión propuesto sobre los productos de los órganos privados. Otra posibilidad sería abordar la cuestión de la evaluación del peso en el comentario.

## **IV. La labor de los órganos de expertos creados o facultados por los Estados**

128. Se impone examinar el lugar que ocupa la Comisión en la distinción establecida anteriormente entre grupos de expertos de carácter privado y órganos de expertos de carácter público. A tal efecto, se entenderá que la expresión “órgano de expertos” designa un órgano creado o facultado por los Estados e integrado por expertos independientes propuestos y elegidos por los Estados que desempeñan sus funciones a título personal y no como delegados de los Estados. Los órganos de expertos pueden crearse mediante un tratado, una resolución u otro instrumento. Cabe citar como ejemplo la Comisión, que fue creada por una resolución a la que se adjuntó su estatuto. Aunque hay otro órgano de fundamento similar que presta asistencia a la Asamblea General para la promoción y el desarrollo progresivo del derecho mercantil internacional, este se distingue de la Comisión por estar integrado por representantes de los Estados, lo que lo sitúa fuera del ámbito del presente análisis<sup>178</sup>.

129. En la siguiente sección del presente capítulo se aborda el papel de los diez órganos de tratados de derechos humanos creados por los Estados para ayudar en la aplicación de los tratados fundamentales de derechos humanos. Por último, se examina el papel del CICR que, a diferencia de los demás órganos mencionados en esta sección, no ha sido creado por

<sup>178</sup> La Comisión también ha excluido de otro tema en el que se examinan los órganos de expertos las entidades, como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, integradas por “representantes de los Estados”. Como se señaló en ese contexto, que es similar del presente tema, los textos de dichos órganos constituyen una forma de práctica de esos Estados.

Estados, pero está facultado por estos y desempeña una función especial en el ámbito del derecho de los conflictos armados. Se trata, en otras palabras, de un órgano híbrido que, por sus características y su función, podría calificarse de sui géneris.

## A. La labor de la Comisión como medio auxiliar

130. Ya en el primer informe, se observó que los textos elaborados por órganos facultados o, mejor aún, creados por Estados, como la Comisión, deben considerarse distintos de las “doctrinas de los publicistas”. Esta afirmación fue suscrita ampliamente por los miembros de la Comisión que, en general coincidían en que los textos elaborados bajo los auspicios de instituciones oficiales y que reflejaban la participación de Estados y/o sus representantes en los trabajos correspondientes debían tener otro estatus. La función de esos órganos y su interacción con los Estados hacen que el resultado final de su labor sea cualitativamente diferente de las “doctrinas de los publicistas”. Por supuesto, algunos de estos órganos pueden elaborar trabajos preparatorios, por ejemplo informes, que podrían considerarse “doctrina” en sí mismos.

131. Para saber qué lugar corresponde a la Comisión, conviene mencionar brevemente su doble mandato de ayudar a los Estados a promover: a) el desarrollo progresivo del derecho internacional; y b) su codificación. Ambos pilares del mandato se definen más detalladamente en el artículo 15 del estatuto de la Comisión, en el que se explica que:

la expresión “desarrollo progresivo del derecho internacional” *es utilizada, por comodidad*, para designar la elaboración de proyectos de convenciones sobre temas que no hayan sido regulados todavía por el derecho internacional o respecto a los cuales los Estados no hayan aplicado, en la práctica, normas suficientemente desarrolladas<sup>179</sup>.

Del mismo modo:

la expresión “codificación del derecho internacional” se emplea, *por comodidad*, para designar la más precisa formulación y la sistematización de las normas de derecho internacional en materias en las que ya exista amplia práctica de los Estados, así como precedentes y doctrinas<sup>180</sup>.

132. El estatuto establece diferentes procedimientos que la Comisión debe observar en función de si se le ha encomendado una labor de codificación o de desarrollo progresivo. Así, en los artículos 16 y 17 se aborda el desarrollo progresivo, que se pone en marcha a propuesta de la Asamblea General o de los Estados, así como de los órganos principales, los organismos especializados o las entidades oficiales establecidas por acuerdos intergubernamentales. Los artículos 18 a 22 se ocupan de la codificación y establecen un procedimiento diferente para la Comisión, que consiste en examinar en su totalidad el campo del derecho internacional y proponer a continuación a la Asamblea General la codificación de los temas que considere conveniente antes de emprender esa labor. Sin embargo, en la práctica la Comisión no ha podido atenerse a esta aparente distinción del estatuto, ni en sus primeros años ni hasta ahora. Esencialmente, ha considerado que se trata de una distinción demasiado simple para la labor práctica que requieren la codificación y el desarrollo progresivo del derecho.

133. La siguiente disposición estatutaria pertinente es el artículo 23, que faculta a la Comisión para hacer recomendaciones a la Asamblea General, entre ellas tomar nota de los textos elaborados por la Comisión o aprobarlos mediante una resolución; recomendar proyectos a los Estados a fin de que concluyan una convención; o convocar una conferencia para concluir una convención. Por último, en el artículo 24 se encomienda a la Comisión que examine los medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario, tales como la compilación de la práctica de los Estados y las decisiones de los tribunales nacionales e internacionales en materias de derecho internacional.

<sup>179</sup> Art. 15 del estatuto de la Comisión (sin cursiva en el original).

<sup>180</sup> *Ibid.* (sin cursiva en el original).

134. A partir de lo expuesto más arriba, el Relator Especial puede suscribir lo que B. G. Ramcharan ha descrito como las tres características de la labor de la Comisión: a) su papel en el proceso de creación de derecho mediante la elaboración de proyectos de artículos destinados a servir de base para futuras convenciones que negocien los Estados; b) su papel en la consolidación y compilación de la práctica de los Estados o incluso en la cristalización del derecho internacional consuetudinario, al reconocer esas normas en algunos casos y afirmarlo expresamente; y c) por último, su papel como órgano de respetados juristas internacionales<sup>181</sup>. Así pues, en el caso de las fuentes del derecho internacional, la Comisión, con su labor, puede: dar lugar, como lo ha hecho históricamente, a la elaboración de convenciones vinculantes en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 a), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia basadas en sus proyectos de artículos (de los que ha habido muchos sobre diversas ramas del derecho internacional); o compilar y consolidar la práctica de los Estados y generar *opinio iuris*, contribuyendo así al desarrollo del derecho internacional consuetudinario o a la aclaración de los principios generales del derecho (Artículo 38, párrafo 1 b) y c)), contando entre sus miembros con expertos de reconocido prestigio, de manera que puede calificarse, como mínimo, de órgano de publicistas de alto rango en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

135. Por supuesto, a pesar de su función oficial, los pronunciamientos finales de los órganos de expertos independientes como la Comisión no son “decisiones judiciales” ni “decisiones”, por lo que no entran dentro del ámbito del párrafo 1 d) del Artículo 38. Por consiguiente, los productos de la Comisión no entran en la categoría de decisiones ni en la de doctrina, así que corresponden a la tercera categoría, al cumplir fácilmente los criterios para ser “cualquier otro medio generalmente utilizado para ayudar a determinar las normas de derecho internacional”. Dado que, por lo general, los productos de la Comisión no crean normas que puedan considerarse vinculantes para los Estados, sino que a veces aclaran el contenido de estas o deducen su existencia, puede considerarse que los pronunciamientos de órganos de expertos como la Comisión pertenecen a la tercera categoría de medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional.

136. 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 sostiene que algunos textos de la Comisión entrarían al menos en la categoría de doctrina de los publicistas de mayor competencia mencionada en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, pero que tendrían considerablemente más autoridad, en parte debido a los recursos de las Naciones Unidas<sup>182</sup>. Varios autores han suscrito esta afirmación: algunos, como Clive Parry en 1965, han observado que sus proyectos, incluso cuando revisten la forma menos autorizada, constituyen doctrina de los publicistas de mayor competencia<sup>183</sup>. Parry señala además lo siguiente:

la labor de la Comisión, incluso cuando se considera únicamente como un proyecto o un trabajo en curso, tiene dos características de las que normalmente carecen los escritos de los publicistas.

En primer lugar, tiene carácter internacional.

En segundo lugar, aunque la Comisión está integrada por personas científicamente cualificadas, estas no están aisladas del mundo exterior, sino que representan un debate científico entre los distintos intereses de los Estados [cita traducida]<sup>184</sup>.

<sup>181</sup> B. G. Ramcharan, *The International Law Commission: Its Approach to the Codification and Progressive Development of International Law* (La Haya, Martinus Nijhoff, 1977).

<sup>182</sup> Memorando titulado “Survey of international law in relation to the work of codification of the International Law Commission”, documento A/CN.4/1/Rev.1 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta 1948.V.1(1)), párr. 20.

<sup>183</sup> Clive Parry, *The Sources and Evidences of International Law* (Manchester, Manchester University Press, 1965), pág. 114.

<sup>184</sup> *Ibid.* Véase también *ibid.*, págs. 23, 24, 114 y 115.

137. Más recientemente, en su labor sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, el Relator Especial para ese tema analizó los textos de la Comisión bajo el epígrafe “doctrina”<sup>185</sup>, pero la Comisión no respaldó ese criterio<sup>186</sup>. Como solución de compromiso, se decidió afirmar en el comentario a la quinta parte, relativa al alcance de ciertos medios de identificación del derecho internacional consuetudinario, que la labor de la Comisión “merece especial atención”<sup>187</sup>, pero, acertadamente, no mencionar dicha labor en el proyecto de conclusión sobre la doctrina de los publicistas<sup>188</sup>. Algunos autores sostienen que la labor de la Comisión constituye doctrina<sup>189</sup> y otros opinan lo contrario<sup>190</sup>, mientras que otros no lo tienen claro<sup>191</sup>.

138. Es posible que los autores no tengan claro cómo clasificar la labor de la Comisión pero, a pesar de ello, la práctica de los Estados y de otras instituciones como la Corte Internacional de Justicia y numerosas cortes y tribunales internacionales y nacionales permanentes y *ad hoc* es meridianamente clara: invocan con frecuencia, ya sea en alegatos, en fallos o en opiniones de asesores jurídicos, los diversos trabajos de la Comisión.

139. En la observación 57 del memorando de la Secretaría sobre el tema, se confirma que la Corte “ha hecho referencia en múltiples ocasiones” a la labor de la Comisión para diversos fines<sup>192</sup>, y se habla, entre otras cosas, de referencias a normas o principios que la Comisión ha identificado como parte del derecho internacional consuetudinario, como, por ejemplo, los artículos de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (artículos sobre la responsabilidad del Estado)<sup>193</sup>, que se han citado —a pesar de no constituir oficialmente un tratado— en causas como la relativa a las *Plantas de celulosa*; referencias a la labor de la Comisión “como base sobre la que la Corte determinó la existencia o el contenido del derecho internacional”<sup>194</sup>; de referencias a la labor de la Comisión como base sobre la que la Corte formuló “su razonamiento”; y de utilización de los trabajos de la Comisión como trabajos preparatorios de tratados que se negociaron sobre la base de un proyecto de artículos elaborado por la Comisión o como material de ayuda para interpretar otros tratados relativos a la misma materia. Ejemplos bien conocidos son las referencias a la labor de la Comisión en las causas relativas a la *Plataforma continental del Mar del Norte*, sobre cuestiones relativas al derecho del mar<sup>195</sup>; en la causa relativa a

<sup>185</sup> Tercer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, *Anuario... 2015*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/682, párrs. 55 a 67.

<sup>186</sup> Comentario a la conclusión 14 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), párr. 66, pág. 118.

<sup>187</sup> Párrafo 2) del comentario a la quinta parte de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, *ibid.*, pág. 112.

<sup>188</sup> Comentario a la conclusión 14, *ibid.*, pág. 118.

<sup>189</sup> 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, 1987), pág. 38; Fernando Lusa Bordin, “Reflections of customary international law: the authority of codification conventions and ILC draft articles in international law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 63 (2014), págs. 535 a 568, en especial pág. 537.

<sup>190</sup> Gerald Fitzmaurice, “The contribution of the institute of international law to the development of international law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 138 (1973), págs. 203 a 260, en especial pág. 220.

<sup>191</sup> André Oraison, “L’Influence des forces doctrinales académiques 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 a 236, en especial pág. 208; John Dugard y Dire Tladi “Sources of international law”, John Dugard y otros (eds.), *Dugard’s International Law: A South African Perspective*, 5ª ed. (Ciudad del Cabo, Juta & Company, 2018), págs. 28 a 56, en especial págs. 47 y 48; Aldo Zammit 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 (2013), págs. 649 a 661, en especial págs. 656 y 657.

<sup>192</sup> A/CN.4/765, observación 57, párr. 125.

<sup>193</sup> Los artículos, con sus comentarios, aprobados por la Comisión figuran en el *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77. Véase también la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo.

<sup>194</sup> A/CN.4/765, observación 57, párr. 125.

<sup>195</sup> *North Sea Continental Shelf, fallo, I.C.J. Reports 1969*, pág. 3.

Nicaragua, al proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados<sup>196</sup>; en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*<sup>197</sup>, para evaluar si el derecho internacional consuetudinario había dejado de reconocer inmunidad a los Estados en caso de violaciones graves de los derechos humanos o del derecho de los conflictos armados; en la causa relativas a *Ciertos activos iraníes*<sup>198</sup> y en la causa relativa al *Silala*<sup>199</sup>.

140. Del mismo modo, según las observaciones 84 a 86 formuladas en el segundo memorando de la Secretaría<sup>200</sup>, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar ha hecho referencia en múltiples ocasiones a los trabajos de la Comisión, por ejemplo, en la causa *M/V “Saiga” (núm. 2)*, en la opinión consultiva sobre las *Responsabilidades y Obligaciones de los Estados con respecto a las actividades en la Zona* y en la causa *M/V “Norstar”*<sup>201</sup>, para determinar las normas sobre la responsabilidad del Estado, interpretar los textos de los tratados relacionados con el derecho del mar o determinar el derecho internacional consuetudinario. Por razones de brevedad, dado el amplio abanico de cuestiones pendientes que es preciso abordar en el informe, el Relator Especial no ha incluido esos extractos y alienta a los miembros a que los examinen, ya que pueden encontrarse en las partes pertinentes del segundo memorando de la Secretaría.

141. La Comisión ha analizado su propia labor en el marco de un proceso que cabría calificar de incómodo. En consonancia con su mandato, no considera que sus productos finales sean doctrina, y mucho menos decisiones judiciales. Pero, habida cuenta de lo dicho más arriba, no ha tratado de valorar su propia labor de una manera que pueda parecer indecorosa e interesada. Así, al señalar que su propia labor merecía especial atención, no resulta sorprendente que la Comisión hiciera referencia al grado de autoridad atribuido por “la Corte Internacional de Justicia y otras cortes y tribunales” a sus textos científicos. Ese es un planteamiento acertado, que indica que basó su valoración en el fondo de la cuestión y en las opiniones de terceros, y no en una reivindicación de una condición especial para sí misma.

142. A este respecto, la Comisión abordó la cuestión en el comentario general a la quinta parte de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario<sup>202</sup>. Entre otras consideraciones pertinentes, hizo referencia a su propio mandato singular de prestar asistencia a los Estados para el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, a su condición de órgano subsidiario de la Asamblea General, a sus exhaustivos métodos de trabajo y a su estrecha interacción con la Asamblea General (aunque el peso que acabara atribuyéndose a su labor dependería de diversos factores adicionales).

143. Los resultados finales de su proceso deliberativo, ya revistan la forma de proyectos de artículos, proyectos de principios o proyectos de conclusiones, suelen gozar de cierta autoridad entre los juristas internacionales de todos los ámbitos, ya sea en los Gobiernos, la práctica jurídica, el mundo académico o las cortes y tribunales. Las referencias a los trabajos de la Comisión —a veces sin distinguir siquiera los trabajos definitivos de los informes preparatorios, o los proyectos de artículos aprobados de sus comentarios— son múltiples en el ámbito del derecho internacional.

144. En última instancia, al igual que otros medios auxiliares, para evaluar el peso que debe atribuirse a la labor de la Comisión, deberían tenerse en cuenta los mismos factores establecidos en los criterios generales enunciados en el proyecto de conclusión 3. El carácter universal del órgano y su mandato, la calidad del razonamiento empleado, la especialización y representatividad mundial de los miembros de la Comisión, el nivel de acuerdo entre ellos,

<sup>196</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (véase la nota 130 *supra*), párr. 190.

<sup>197</sup> *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 99.

<sup>198</sup> *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 2023*, pág. 51.

<sup>199</sup> *Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chile v. Bolivia)*, fallo, *I.C.J. Reports 2022*, pág. 614.

<sup>200</sup> A/CN.4/765, observaciones 84 a 86, párrs. 197 a 205.

<sup>201</sup> *M/V “Saiga” (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, sentencia, *ITLOS Reports 1999*, pág. 10; y *M/V “Norstar” (Panama v. Italy)*, sentencia, *ITLOS Reports 2018-2019*, pág. 10.

<sup>202</sup> *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), párr. 66, pág. 112.

y la acogida de la labor de la Comisión por parte de los Estados y otras entidades (ya sea individualmente o en el contexto de la Asamblea General) son consideraciones importantes que deben tenerse en cuenta. También revestirán importancia la fase en la que se encuentre la labor en cuestión, y si se trata de trabajos de la Comisión o de sus relatores especiales o grupos de trabajo, al igual que el nivel de aportación de los Estados y su grado de representatividad de la comunidad internacional de Estados. También son pertinentes la decisión de la Asamblea General sobre el resultado final y las declaraciones realizadas a ese respecto.

## **B. La labor de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos como medio auxiliar**

145. Hay diez tratados universales fundamentales de derechos humanos, lo que refleja el importante desarrollo de un corpus de derecho vinculante tras la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, firmemente arraigada ya como parte del derecho internacional consuetudinario. Estos “órganos de tratados”<sup>203</sup> de derechos humanos son una parte fundamental de la arquitectura jurídica internacional posterior a la Segunda Guerra Mundial que los redactores del Artículo 38 en el Comité Consultivo de Juristas no podían haber previsto en 1920. La mayoría de esos tratados, algunos de los cuales abordan los derechos humanos de forma general, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y otros de forma específica, como la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial o la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, exigen a los Estados que adopten medidas para cumplir sus obligaciones<sup>204</sup>. Estos órganos, integrados por expertos independientes, actúan como supervisores del cumplimiento de los tratados y desempeñan una serie de funciones encomendadas por sus respectivos instrumentos.

146. En este contexto, dado que los juristas internacionales llevan varios decenios estudiando la naturaleza de los productos elaborados por dichos órganos, es un buen momento para que la Comisión examine si los distintos tipos de esos productos pueden considerarse medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional. Existe una abundante bibliografía en la que se evalúan los efectos jurídicos de las observaciones finales, los dictámenes y las observaciones generales de dichos órganos. La propia Comisión ha examinado y aprobado directrices sobre las reservas y conclusiones sobre los pronunciamientos de dichos órganos en los temas “Las reservas a los tratados”<sup>205</sup> y “Los

<sup>203</sup> Así se denomina generalmente a estas entidades. Sin embargo, técnicamente, los tratados correspondientes las llaman “comités”.

<sup>204</sup> El Relator Especial señala que, si bien ha optado por centrar la atención en los órganos de expertos creados en virtud de tratados de derechos humanos, hay otros tratados de derecho internacional que han establecido órganos de expertos a nivel regional e internacional. Entre otros ejemplos esenciales, cabe citar la Comisión de Límites de la Plataforma Continental, creada en virtud de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1833, núm. 31363, pág. 3), y el Comité de Cumplimiento previsto en el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Kyoto, 11 de diciembre de 1997, *ibid.*, vol. 2303, núm. 30822, pág. 162). Véanse, a este respecto, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y el anexo II de la Convención, art. 76, párr. 8; y el Informe de la Conferencia de las Partes sobre su séptimo período de sesiones, Marrakech, 29 de octubre a 10 de noviembre de 2001, adición, segunda parte: medidas adoptadas por la Conferencia de las Partes, vol. III (FCCC/CP/2001/13/Add.3) (aunque creado implícitamente sobre la base del artículo 18 del Protocolo de Kyoto). También hay este tipo de mecanismos a nivel regional. A nivel regional, por ejemplo en África, la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, aprobada el 1 de julio de 1990 (Addis Abeba; puede consultarse en el sitio web de la Comisión Africana, en <https://au.int/>, bajo el epígrafe “Treaties”), sirvió de base para la creación del Comité Africano de Expertos sobre los Derechos y el Bienestar del Niño el 29 de noviembre de 1999.

<sup>205</sup> Véase la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados. La Guía aprobada por la Comisión y sus comentarios figuran en el *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 75, y en *ibid.*, vol. II (tercera parte). Véase también la resolución 68/111 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 2013, anexo.

acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados”<sup>206</sup>. En el marco de este último tema, la Comisión aclaró que existía una relación entre la labor de esos órganos y los medios de interpretación complementarios previstos en el artículo 32 de la Convención de Viena de 1969 y, lo que resultaba significativo, con el párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Se estableció que ambos constituían materiales que podían utilizarse para determinar o aplicar las normas de derecho internacional.

147. A título preliminar, es preciso tener en cuenta que los órganos de tratados de derechos humanos realizan diversas actividades. Aunque las disposiciones de los tratados por los que se han establecido y sus métodos de trabajo pueden variar, en términos generales, todos examinan los informes de los Estados partes y formulan observaciones finales, y muchos abordan comunicaciones individuales o peticiones presentadas contra los Estados que han aceptado esos procedimientos en virtud de la convención de que se trate o su protocolo y emiten observaciones generales en las que interpretan las obligaciones de los Estados. Como ha observado la Comisión en el pasado, se recurre a diversos términos, como opiniones, recomendaciones, observaciones o medidas, además de jurisprudencia y producto final, para calificar el resultado de la labor de dichos órganos. Tras un cuidadoso examen, se ha optado por utilizar el término “pronunciamientos”.

148. Se ha debatido sobre la forma de calificar los distintos productos de los órganos de tratados. A los efectos del tema, resulta esencial determinar si las decisiones adoptadas por los comités que resuelven peticiones individuales en el marco de un proceso esencialmente contradictorio constituyen decisiones judiciales, decisiones o decisiones cuasijudiciales.

149. El Relator Especial afirmó en su primer informe que la expresión “decisiones judiciales” debía entenderse como una referencia a los fallos, sentencias, decisiones o determinaciones de una corte o un tribunal”. Asimismo, señaló que el término “decisiones” podría abarcar las decisiones de los grupos especiales arbitrales, ya fueran *ad hoc* o permanentes. Concretamente, argumentó que las decisiones adoptadas en el marco de procedimientos de denuncias individuales ante órganos de tratados como el Comité de Derechos Humanos eran “decisiones cuasijudiciales”<sup>207</sup>. Presentan ciertas características en común con las decisiones judiciales, ya que suelen ir precedidas de un procedimiento contradictorio, son adoptadas por un órgano independiente e imparcial integrado por juristas que ejercen sus funciones a título personal y aplican el derecho en lugar de la equidad.

150. La Asociación de Derecho Internacional ha respaldado este enfoque al explicar el término “decisiones” y el sentido de la expresión “cortes y tribunales”. A su juicio, los “órganos judiciales” en el ámbito de los derechos humanos son los tres tribunales de derechos humanos de África, Europa y América Latina, mientras que los diez comités de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas y las comisiones regionales de los sistemas interamericano y africano son “órganos cuasijudiciales”<sup>208</sup>.

151. Las observaciones generales, que pueden estar inspiradas en disposiciones convencionales y en jurisprudencia, pueden presentar ciertas características en común con las decisiones o las decisiones cuasijudiciales. En algunos aspectos se asemejan más a la doctrina por su naturaleza, de manera que tal vez tienen un carácter dual y no pertenecen necesariamente a una sola categoría. Tras examinar las diversas formas en que se califican los productos de los órganos de tratados en relación con uno de los temas que ha examinado recientemente, la Comisión ha llegado a la conclusión de que el término más adecuado es “pronunciamientos”, y lo explica como sigue:

<sup>206</sup> Véanse las conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), párr. 51.

<sup>207</sup> [A/CN.4/760](#), párr. 273.

<sup>208</sup> International Law Association, International Human Rights Law Committee, “Final report on international human rights law and the International Court of Justice (ICJ): the domestic implementation of judgments/decisions of courts and other international bodies that involve international human rights law”, *Report of the Seventy-seventh Conference held in Johannesburg, 7-11 August 2016* (2017), párr. 3.

Los tratados emplean diversos términos para designar las resoluciones de los órganos de expertos creados en virtud de un tratado, como “observaciones”<sup>582</sup>, “recomendaciones”<sup>583</sup>, “comentarios”<sup>584</sup>, “medidas”<sup>585</sup> y “medidas correctivas”<sup>586</sup>. El proyecto de conclusión 13 utiliza, a los efectos del presente proyecto de conclusiones, el término general “pronunciamientos”<sup>587</sup>, que abarca todas las evaluaciones fácticas y normativas pertinentes de los órganos de expertos creados en virtud de un tratado. Existen otros términos generales empleados para determinados órganos como son “jurisprudencia”<sup>588</sup> y “conclusiones”<sup>589</sup>. Esos términos son, o bien demasiado limitados, al atribuir un peso jurídico particular al resultado de la labor de ese órgano, o bien demasiado generales, al designar cualquier acto de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado, para ser apropiados a los fines de este proyecto de conclusión, que es aplicable a una amplia variedad de órganos de expertos creados en virtud de tratados<sup>209</sup>.

<sup>582</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 42, párr. 7 c); Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 5, párr. 4; Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 9, párr. 1.

<sup>583</sup> Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art. 9, párr. 2; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 21, párr. 1; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 45 d); Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 33, párr. 5; y Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, art. 76, párr. 8.

<sup>584</sup> Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 19, párr. 3; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 40, párr. 4; y Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, art. 74.

<sup>585</sup> Decisión I/7 sobre el examen del cumplimiento, adoptada en la primera reunión de las partes en la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales [...], anexo, párrs. 36 y 37; Convención Única de 1961 sobre Estupecifacientes, art. 14.

<sup>586</sup> Decisión 24/CP.7 sobre procedimientos y mecanismos relativos al cumplimiento previstos en el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático [...], anexo, secc. XV.

<sup>587</sup> *Anuario... 2015*, vol. II (segunda parte), párr. 26 b; véase también International Law Association, “Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies”, *Report of the Seventy-first Conference* [...], págs. 626 y 627, párr. 15; y Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), “Report on the implementation of international human rights treaties in domestic law and the role of courts” (CDL-AD(2014)036), aprobado por la Comisión de Venecia en su 100ª sesión plenaria (Roma, 10 y 11 de octubre de 2014), pág. 31, párr. 78.

<sup>588</sup> *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, fondo, fallo de 30 de noviembre de 2010, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 639 y ss., en especial págs. 663 y 664, párr. 66; Rodley, “The role and impact of treaty bodies” [...], pág. 640; A. Andrusevych y S. Kern (eds.), *Case Law of the Aarhus Convention Compliance Committee (2004-2014)*, 3ª ed., Lviv, Resource and Analysis Center “Society and Environment”, 2016; y “Compilation of findings of the Aarhus Convention Compliance Committee adopted 18 February 2005 to date”, que puede consultarse en [www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/Compilation\\_of\\_CC\\_findings.pdf](http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/Compilation_of_CC_findings.pdf).

<sup>209</sup> Véase el párrafo 6) del comentario a la conclusión 13 (Pronunciamientos de los órganos de expertos creados en virtud de tratados) 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), párr. 52, págs. 89 y 90.

<sup>589</sup> R. Van Alebeek y A. Nollkaemper, “The legal status of decisions by human rights treaty bodies in national law”, en H. Keller y G. Ulfstein (eds.), *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy*, Cambridge (Reino Unido), Cambridge University Press, 2012, págs. 356 a 413, en especial pág. 402; Rodley, “The role and impact of treaty bodies” [...], pág. 639; K. Mechlem, “Treaty bodies and the interpretation of human rights”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 42 (2009), págs. 905 a 947, en especial pág. 908.

152. Si bien la definición que figura en la conclusión arriba mencionada se estableció únicamente a los efectos de las conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, el Relator Especial recomienda que se mantenga ese enfoque en el presente tema. Aunque es evidente que este tema se refiere a una cuestión diferente, guarda una estrecha relación con el otro por la vinculación entre el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y el artículo 32 de la Convención de Viena de 1969 mencionada más arriba (que se analiza en otro capítulo del presente informe). En términos sustantivos, la principal ventaja de contar con una formulación más general es que el término neutro “pronunciamientos” abarca “todas las evaluaciones fácticas y normativas pertinentes de los órganos de expertos”. El uso de esos materiales, ya sean decisiones de los órganos de tratados u observaciones generales, en la práctica de los Estados y la jurisprudencia de cortes y tribunales internacionales refleja su contribución práctica a la determinación de las normas de derecho internacional. Por consiguiente, parece que la ventaja que podría tener cambiar la designación de dichos materiales por un término distinto de “pronunciamientos” se perdería debido a las consecuencias negativas que podrían derivarse de la inseguridad jurídica que conllevaría dicho cambio. Además, los Estados y demás usuarios de los textos de la Comisión ya están familiarizados con ese término.

### C. Comité Internacional de la Cruz Roja: ¿sui géneris?

153. En el primer informe del Relator Especial se abordó brevemente la naturaleza única del CICR, sobre la que también formularon observaciones sumamente interesantes varios miembros de la Comisión durante los dos primeros debates sobre el tema.

154. En ese informe, el Relator Especial citó al CICR como ejemplo de órgano privado, que también está facultado por los Estados para cumplir determinadas funciones y mantiene un diálogo o una estrecha interacción con los Estados<sup>210</sup>.

155. Formalmente, se ha calificado al CICR de entidad de carácter híbrido<sup>211</sup> por ser una asociación privada constituida en Suiza cuyas funciones y actividades vienen, no obstante, encomendadas por la comunidad internacional de Estados<sup>212</sup>. Esa hibridez se deriva del hecho de que, aunque no fue creada por los Estados, está facultada por estos para desempeñar algunas funciones especiales y parece gozar de una posición un tanto privilegiada en su ámbito de competencia.

156. Los memorandos primero y segundo de la Secretaría están repletos de ejemplos de citas en las que no solo la Comisión, sino también otros órganos internacionales como la Corte Internacional de Justicia, cortes y tribunales penales internacionales *ad hoc* y permanentes y cortes y tribunales regionales y nacionales, así como académicos en sus escritos, valoran positivamente los diversos trabajos y productos del CICR, que se consideran materiales autorizados.

157. El CICR cumple una importante función en el derecho de los conflictos armados, ya que, entre sus muchas contribuciones, ha elaborado los monumentales y ampliamente citados comentarios de Pictet, a los que numerosas cortes y tribunales internacionales han atribuido

<sup>210</sup> A/CN.4/760, párr. 327, donde se cita *Prosecutor v. Tadić*, et al., causa núm. IT-94-1-AR72, decisión sobre la moción presentada por la defensa relativa a una apelación interlocutoria sobre la competencia, 2 de octubre de 1995, Sala de Apelaciones, *Judicial Reports 1994-1995*, vol. I, pág. 353, párr. 109.

<sup>211</sup> Gabor Rona, “The ICRC’s status: in a class of its own”, CICR, 17 de febrero de 2004.

<sup>212</sup> *Ibid.*; véase también, Alan Boyle y Christine Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford University Press 2007), págs. 204 y 205.

“mucho peso” y han acudido a menudo como fuente preferida y única<sup>213</sup>. Quizás es más importante aún el recurso general a esos comentarios en la práctica de los Estados, incluidos sus manuales militares, que constituyen práctica estatal. Del mismo modo, otros comentarios del CICR a los Protocolos Adicionales han tenido cierta influencia y contribuido a aclarar las obligaciones que incumben a los Estados en virtud del derecho de los conflictos armados. Más delicado, pero no por ello menos importante, ha sido el exhaustivo estudio llevado a cabo por expertos del CICR sobre la práctica de los Estados, que ha dado lugar a un volumen en el que se recopila el derecho internacional humanitario consuetudinario<sup>214</sup>. Si bien el volumen, como otras obras, ha sido elogiado y criticado a la vez, la práctica muestra que ese material o elementos de este se utilizan ampliamente en el proceso de interpretación y determinación de las normas.

158. Los Estados apenas intervienen, si es que lo hacen, en la elaboración de los textos del CICR<sup>215</sup>. Dichos textos podrían calificarse, como punto de partida, de “doctrinas de los publicistas”<sup>216</sup>. 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 Justicia<sup>217</sup>. Si se acepta esta interpretación, los textos del CICR podrían, al igual que otra doctrina, inspirar o alentar a los Estados para que actúen de cierto modo, por ejemplo para que sigan una práctica ulterior de las partes que puede tener efectos jurídicos. Sin embargo, ese tipo de decisiones no vendrían impuestas por un mandato especial o una obligación jurídica.

159. Tanto históricamente como en la actualidad, el CICR ha contribuido de manera fundamental al desarrollo del derecho de los conflictos armados<sup>218</sup>. No obstante, desde una perspectiva puramente técnica, algunos Estados y académicos han cuestionado si la mención general del CICR en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales le confiere el estatus oficial de guardián del derecho de los conflictos armados y, en caso afirmativo, si su función va más allá de la de ser un ejemplo fáctico de organización de ayuda humanitaria

<sup>213</sup> Véase Jean-Marie Henckaerts, “Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados”, *International Review of the Red Cross*, vol. 87 (2005), págs. 175 a 212. 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 aceptados 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*”, *International Review of the Red Cross*, vol. 89 (2007), págs. 443 a 471; y Jean-Marie Henckaerts, “Derecho internacional humanitario consuetudinario: respuesta a los comentarios de Estados Unidos”, *International Review of the Red Cross*, vol. 866 (2007), pág. 1.

<sup>214</sup> Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vols. I y II (Cambridge: Cambridge University Press, 2005).

<sup>215</sup> Boyle y Chinkin, *The Making of International Law*, pág. 205.

<sup>216</sup> Gideon Boas, *Public International Law: Contemporary Principles and Perspectives* (Cheltenham, Edward Elgar 2012), pág. 115.

<sup>217</sup> *Serdar Mohammed and others v. Secretary of State for Defence* [2015] EWCA Civ 843, párr. 171.

<sup>218</sup> Al CICR le han reconocido una gran autoridad, por ejemplo la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en su decisión en la causa *Tadić* sobre la moción presentada por la defensa relativa a una apelación interlocutoria sobre la competencia (véase la nota 210 *supra*), 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 la aparición o la cristalización de normas consuetudinarias” [cita traducida]).

competente capaz de asumir ciertas responsabilidades sobre el terreno. Mientras que algunos autores, incluidos expertos asociados al propio CICR, han argumentado que este sí cumple dicha función, otros han considerado que apenas hay pruebas en los tratados pertinentes que confirmen que el CICR es competente para interpretar o determinar las normas de derecho internacional humanitario<sup>219</sup>. Hay Estados, aunque solo unos pocos, a quienes incomoda la interpretación según la cual el CICR tiene el mandato de “interpretar con autoridad los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales”<sup>220</sup>. Estos han señalado también que dicho órgano carece de autoridad para emitir “interpretaciones vinculantes” de los tratados sobre el derecho de la guerra<sup>221</sup>.

160. Dicho esto, a los efectos del presente tema, la cuestión no es si los textos del CICR, incluidas sus orientaciones interpretativas, constituyen interpretaciones vinculantes del derecho, sino si pueden ser materiales útiles, como labor de órganos de expertos que, aunque están facultados por los Estados, actúan de forma independiente, para estudiar asuntos y poder ofrecer elementos que permitan interpretar las fuentes del derecho enunciadas en el párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

#### **D. Propuesta de proyecto de conclusión 10: pronunciamientos de órganos de expertos de carácter público**

161. Tras examinar la labor de la Comisión y del CICR como órganos creado y facultado, respectivamente, por los Estados, el Relator Especial propone que la Comisión se base en sus anteriores trabajos para proponer un proyecto de conclusión sobre los pronunciamientos de los órganos de expertos como medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho internacional. Considera que, al igual que con los otros proyectos de conclusión de la categoría correspondiente a “cualquier otro medio”, convendría mantener cierta coherencia. Para ello, la Comisión debería aprobar un proyecto de conclusión estructurado en tres párrafos que —como el proyecto de conclusión relativo a las resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales o en conferencias intergubernamentales— comience estableciendo una proposición general en el primer párrafo, al que seguiría otro párrafo sobre la evaluación del peso de esa labor. Finalmente, el último párrafo incluiría una cláusula “sin perjuicio”, en la que se reconozca que los pronunciamientos de los órganos de expertos pueden utilizarse para otros fines, similar a la establecida en los trabajos anteriores de la Comisión sobre otros temas. La formulación del proyecto de conclusión propuesto se basa en textos ya aprobados por la Comisión y recoge todos sus elementos.

162. Teniendo en cuenta el análisis que antecede, y basándose en la labor anterior de la Comisión, el Relator Especial propone el siguiente proyecto de conclusión:

##### **Proyecto de conclusión 10 Pronunciamientos de órganos de expertos de carácter público**

1. El pronunciamiento de un órgano de expertos puede ser un medio auxiliar para la determinación de la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional.
2. Cuando se evalúe el peso de un pronunciamiento en el sentido del párrafo 1, deberían considerarse, según proceda, los criterios enunciados en el proyecto de conclusión 3.
3. La utilización de pronunciamientos de órganos de expertos como medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional en el sentido de los párrafos 1 y 2 se entiende sin perjuicio de su utilización para otros fines.

<sup>219</sup> Linus Mührel, *The Authority of the International Committee of the Red Cross: Determining what International Humanitarian Law Is* (Leiden, Brill, 2024), págs. 37, 48 y 49.

<sup>220</sup> Véase Estados Unidos, observaciones sobre el proyecto de conclusión 5 del proyecto de conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados aprobado en primera lectura, recogidas en el documento A/CN.4/712, pág. 15.

<sup>221</sup> *Ibid.*

## V. Resoluciones de organizaciones internacionales y conferencias intergubernamentales

163. Como se ha señalado en los capítulos anteriores, aunque el párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia proporciona un punto de partida, su enunciado no es necesariamente exhaustivo, y la práctica de los Estados y de las cortes y tribunales internacionales ha evolucionado considerablemente desde que se redactó. En este contexto, conviene examinar detenidamente la cuestión de si las resoluciones de las organizaciones internacionales pueden considerarse medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional. Como señaló el Relator Especial en su primer informe, el hecho de que se plantee con frecuencia en la doctrina indica la necesidad de analizarla a fondo<sup>222</sup>.

164. El Relator Especial ya ha observado que, en la práctica, las cortes y tribunales internacionales han examinado algunas fuentes de obligaciones de los Estados distintas de las fuentes del derecho tradicionales mencionadas en el Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Concretamente, ha señalado que “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”<sup>223</sup>. Esta observación pone de relieve la necesidad de estudiar el papel de las resoluciones de las organizaciones internacionales en el contexto del examen del papel de los medios auxiliares, dada la posibilidad de utilizarlas para identificar las obligaciones de los Estados y probar la existencia de dichas obligaciones en lo que respecta a la determinación de las normas de derecho internacional. Tanto la Comisión como los Estados han mostrado interés en la posibilidad de que las resoluciones puedan desempeñar un papel para determinar la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional consuetudinario o contribuir a su desarrollo<sup>224</sup> junto a los otros medios auxiliares (a saber, las decisiones de cortes y tribunales<sup>225</sup> y la doctrina<sup>226</sup>).

165. Tras el debate en sesión plenaria sobre el primer informe, en el que algunos miembros de la Comisión se mostraron en general partidarios de que se examinaran las resoluciones de las organizaciones internacionales, el Relator Especial indicó su intención de abordar dichas resoluciones en su tercer informe<sup>227</sup> y reiteró esa posición después del primer debate sobre el tema mantenido en la Sexta Comisión durante la Asamblea General en 2023<sup>228</sup>.

166. En su 73<sup>er</sup> período de sesiones, celebrado en 2022, la Comisión observó que algunos miembros apoyaban la inclusión de las resoluciones de las organizaciones internacionales como otros medios auxiliares<sup>229</sup>. Esa posición refleja la opinión de que, aunque no se citen expresamente como fuentes del derecho, dichas resoluciones pueden no obstante desempeñar un papel en la determinación de las normas de derecho internacional, más allá de ser meras pruebas de otras fuentes. Esa opinión es acorde con la observación de Relator Especial de que, en la práctica, las cortes y tribunales internacionales han examinado algunas fuentes de obligaciones de los Estados distintas de las fuentes del derecho tradicionales mencionadas en el Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

167. No obstante, la Comisión también observó que otros miembros consideraban que, si bien las resoluciones de las organizaciones internacionales podían servir como prueba de los elementos de otras fuentes del derecho, como el derecho internacional consuetudinario, no eran medios auxiliares en sí mismas<sup>230</sup>.

<sup>222</sup> A/CN.4/760, párr. 18.

<sup>223</sup> *Ibid.*, párr. 49.

<sup>224</sup> Conclusión 12, párrafo 2, de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario y su comentario, *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), párr. 66, págs. 115 y 116.

<sup>225</sup> Conclusión 13 y su comentario, *ibid.*, págs. 117 y 118.

<sup>226</sup> Conclusión 14 y su comentario, *ibid.*, pág. 118.

<sup>227</sup> A/CN.4/760, párr. 49.

<sup>228</sup> A/C.6/78/SR.33, párr. 73.

<sup>229</sup> A/78/10, párr. 88.

<sup>230</sup> *Ibid.*, párr. 121.

168. El Relator Especial señaló a este respecto que, al igual que ocurría con las decisiones de las cortes y tribunales nacionales, nada impedía en la práctica que las resoluciones cumplieran una doble función como elementos que podían tenerse en cuenta en la determinación de las normas de derecho derivadas de las fuentes establecidas o como medios auxiliares para la determinación de dichas normas<sup>231</sup>. En su segundo informe, el Relator Especial señaló que “[l]a mayoría de los miembros estaba a favor de que se siguieran analizando determinadas resoluciones y decisiones de organizaciones internacionales y la labor de los órganos de expertos de carácter privado y público”, y que algunos de ellos, aunque no todos, instaron a que “dichas categorías se reconocieran expresamente, incluso en conclusiones específicas”<sup>232</sup>.

169. En su 74º período de sesiones, celebrado en 2024, la Comisión observó una vez más que algunos miembros apoyaban el examen de las resoluciones de las organizaciones internacionales como otros medios auxiliares, mientras que otros consideraban que estas solo podían servir como prueba de otras fuentes<sup>233</sup>.

## A. El estatus de las resoluciones de las organizaciones internacionales en la labor de la Comisión

170. La Comisión ya ha abordado antes el papel de las resoluciones de las organizaciones internacionales en el contexto del examen de las fuentes del derecho internacional, en particular en su labor sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario. También ha examinado la cuestión de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional, aunque no específicamente en relación con las resoluciones. En su labor sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, la Comisión aclaró que las conclusiones aprobadas no intentaban explicar la relación entre el derecho internacional consuetudinario y otras fuentes del derecho internacional enumeradas en el Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, sino que tenían por objeto explicar la manera en que habían de identificarse las normas de derecho internacional consuetudinario<sup>234</sup>. Esa es la razón de que no estableciera una lista exhaustiva de medios auxiliares y se centrara en cambio en las decisiones judiciales y la doctrina<sup>235</sup>. Adoptó un enfoque similar en el examen de los principios generales del derecho, en el que tampoco estableció una lista exhaustiva de medios auxiliares<sup>236</sup>.

171. Aun así, la labor anterior de la Comisión, concretamente en sus conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, proporciona un contexto adicional para comprender el papel que pueden desempeñar las resoluciones de las organizaciones internacionales como posibles medios auxiliares<sup>237</sup>. Aunque esas conclusiones no abordan directamente la cuestión de si las resoluciones de las organizaciones internacionales pueden considerarse medios auxiliares, sí son pertinentes para determinar la relación entre estas y las fuentes establecidas del derecho internacional, a saber, el derecho internacional consuetudinario<sup>238</sup> y los principios generales del derecho<sup>239</sup>.

172. El párrafo 2 de la conclusión 4 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario indica que, en algunos casos, la práctica de las organizaciones internacionales también contribuye a la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario. Así pues, las organizaciones internacionales pueden, en

<sup>231</sup> *Ibid.*

<sup>232</sup> A/CN.4/769, párr. 26.

<sup>233</sup> A/79/10, párr. 296.

<sup>234</sup> Párrafo 6) del comentario a la conclusión 1 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), párr. 66, pág. 99.

<sup>235</sup> Comentarios a las conclusiones 13 y 14, *ibid.*, págs. 117 y 118.

<sup>236</sup> Segundo informe sobre los principios generales del derecho, por Marcelo Vázquez-Bermúdez, Relator Especial, A/CN.4/741 y Corr.1, párr. 72; tercer informe sobre los principios generales del derecho, por Marcelo Vázquez-Bermúdez, Relator Especial, A/CN.4/753, párr. 84.

<sup>237</sup> Párrafo 4) del comentario general a las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), párr. 66, pág. 98.

<sup>238</sup> *Ibid.*

<sup>239</sup> Párrafo 6) del comentario a la conclusión 1, *ibid.*

algunas circunstancias, contribuir en cierto modo al desarrollo del derecho internacional, más allá de ser un simple foro para el desarrollo de la práctica de los Estados. En el comentario a esa conclusión se aclara que esta se refiere principalmente a la práctica de las organizaciones internacionales en las que los Estados delegan el ejercicio de sus propias competencias, como la Unión Europea. También se aclara que la práctica de los órganos integrados por representantes de los Estados en el seno de organizaciones internacionales debe considerarse práctica de dichos Estados. La formulación cuidadosamente precisa de esta conclusión, en particular la expresión “en algunos casos”, indica que la práctica de las organizaciones internacionales no es automáticamente pertinente para la formación del derecho internacional consuetudinario, y que es necesario proceder a una evaluación detenida, caso por caso<sup>240</sup>.

173. En la conclusión 10 se abordan las formas de prueba de la aceptación como derecho (*opinio iuris*). El párrafo 2 de esta conclusión contiene una lista no exhaustiva de dichas formas, entre las que se incluye “el comportamiento en relación con las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental”. Esa inclusión se explica en el párrafo 6) del comentario a la disposición, donde se afirma que los procesos diplomáticos y de redacción multilaterales pueden proporcionar pruebas valiosas y accesibles sobre las convicciones jurídicas de los Estados. En el párrafo 7) del comentario se aclara que el párrafo 2 se aplica *mutatis mutandis* a las formas de prueba de la aceptación del derecho (*opinio iuris*) de las organizaciones internacionales. Esto significa que el comportamiento de las organizaciones internacionales en relación con las resoluciones también puede ser una prueba de su propia aceptación de una norma como derecho, en la medida en que dicha aceptación sea pertinente para la identificación del derecho internacional consuetudinario<sup>241</sup>.

174. La conclusión 12 se refiere de manera específica al papel de las resoluciones de organizaciones internacionales y conferencias intergubernamentales en la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario. El párrafo 1 de la conclusión dispone que una resolución “no puede, de por sí, crear una norma de derecho internacional consuetudinario”. No obstante, el párrafo 2 reconoce que una resolución “puede constituir un elemento de prueba para determinar la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario o contribuir a su desarrollo”. Con ello se reconoce que, aunque no sean de por sí una fuente del derecho, las resoluciones pueden desempeñar un papel importante en el proceso de identificación del derecho internacional consuetudinario. El párrafo 3 aclara asimismo que una disposición de una resolución “puede reflejar una norma de derecho internacional consuetudinario si se establece que esa disposición corresponde a una práctica general aceptada como derecho (*opinio iuris*)”<sup>242</sup>.

175. Por último, si bien las conclusiones 13 y 14<sup>243</sup>, relativas a las decisiones de cortes y tribunales y a la doctrina, respectivamente, no son directamente pertinentes para la cuestión de las resoluciones de organizaciones internacionales, sí lo son con respecto al análisis más general de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional, ya que proporcionan orientación sobre la forma en que dichos medios pueden utilizarse.

176. Podría interpretarse que el hecho de que en ninguna de las conclusiones se aborden las resoluciones de organizaciones internacionales indica que la Comisión consideraba que no eran medios auxiliares como las decisiones judiciales y la doctrina. No obstante, cabe señalar que, en aquel momento, a la Comisión no le interesaba elaborar una lista exhaustiva de medios auxiliares, sino únicamente establecer la pertinencia de esos dos medios auxiliares mencionados en párrafo 1 d) del Artículo 38 para la identificación o determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario.

177. Así pues, como ha subrayado el Relator Especial en varias ocasiones y confirma la decisión de la Comisión de examinar el tema, las conclusiones aprobadas por la Comisión en aquel contexto deben entenderse sin perjuicio de la posibilidad de que las resoluciones se

<sup>240</sup> Comentario a la conclusión 4, *ibid.*, págs. 103 a 105.

<sup>241</sup> Comentario a la conclusión 10, *ibid.*, págs. 110 a 112.

<sup>242</sup> *Ibid.*, párr. 65.

<sup>243</sup> *Ibid.*

utilicen de otra forma para la identificación del derecho internacional consuetudinario como se reconoce en las conclusiones anteriores, concretamente como medio auxiliar.

178. En los trabajos de la Comisión sobre los principios generales del derecho se llegó a una conclusión similar. En el segundo informe del Relator Especial sobre ese tema se aclaraba que el Relator Especial consideraba que la Comisión debía evitar abordar cuestiones relativas a otras fuentes de derecho internacional, que era mejor tratar por separado<sup>244</sup>. Ello parece indicar que el enfoque de la Comisión respecto de los medios auxiliares en el contexto de los principios generales del derecho no pretendía ser exhaustivo y admitía la posibilidad de que otros materiales, como las resoluciones de organizaciones internacionales, también pudieran ser medios auxiliares.

179. Esta interpretación también es respaldada por el Relator Especial en su tercer informe, en el que aborda de manera explícita el papel de las resoluciones de organizaciones internacionales en el contexto de los principios generales del derecho<sup>245</sup>. Aunque el informe no equipara directamente las resoluciones con las decisiones judiciales y la doctrina, sí reconoce que dichas resoluciones pueden ser pertinentes para la identificación de los principios generales del derecho, en particular los formados en el sistema jurídico internacional<sup>246</sup>. El informe señala que las resoluciones pueden ser uno de los elementos que demuestran el reconocimiento de un principio a nivel internacional, aunque la mera existencia de un principio en instrumentos internacionales no basta para establecer su condición de principio general del derecho<sup>247</sup>.

180. Esto sugiere que las resoluciones de las organizaciones internacionales pueden desempeñar un papel en la identificación de los principios generales del derecho análogo, aunque no idéntico, a su papel en la identificación del derecho internacional consuetudinario. Pueden ser una prueba, aunque no concluyente, del reconocimiento de un principio, del mismo modo que pueden probar tanto la práctica de los Estados como la *opinio iuris* sobre la formación de una costumbre. Por consiguiente, como ya se ha concluido en relación con la identificación del derecho internacional consuetudinario, no debe interpretarse que el hecho de que en el contexto de los principios generales del derecho tampoco se mencionen expresamente las resoluciones como medios auxiliares descarte definitivamente su utilización con ese fin.

## **B. La importancia jurídica de las resoluciones de organizaciones internacionales y el posible papel de estas como medio auxiliar**

181. El debate acerca de si las resoluciones de organizaciones internacionales pueden ser medios auxiliares no solo gira en torno a su posible pertinencia, sino también trata de determinar en qué aspectos lo son. Como ha señalado el Relator Especial, la cuestión es si son un medio directo para determinar las normas de derecho (no muy distinto de las decisiones judiciales y la doctrina), o si simplemente cumplen una función probatoria. Es importante saberlo porque de ello dependerá el proceso para emplear esos materiales, así como el peso que se les debe atribuir en la determinación de las normas de derecho internacional.

182. Es necesario saber si los “medios auxiliares” funcionan de forma distinta a los materiales que sirven como prueba de otras fuentes, en particular el derecho internacional consuetudinario, y cómo lo hacen. Esto es especialmente difícil al estudiar el papel que pueden desempeñar las resoluciones de organizaciones internacionales. No basta con reconocer simplemente que esas resoluciones son pertinentes para la determinación de las normas de derecho internacional, sino que es preciso analizar si, en lugar de servir solo de prueba de la práctica de los Estados o la *opinio iuris*, pueden funcionar también como medios auxiliares, y cómo lo hacen.

<sup>244</sup> A/CN.4/741, párrs. 121 a 130 y 165.

<sup>245</sup> A/CN.4/753.

<sup>246</sup> *Ibid.*, párr. 31.

<sup>247</sup> *Ibid.*, párr. 32.

183. Esto es complicado porque, al igual que otros materiales, las resoluciones de organizaciones internacionales pueden utilizarse para ambos fines. Por ejemplo, como ha reconocido la Comisión en sus trabajos anteriores (y los Estados no han cuestionado), una serie de resoluciones de la Asamblea General en las que se condena una determinada práctica, si están respaldadas por una práctica uniforme de los Estados y por la *opinio iuris*, pueden utilizarse como prueba de la aparición de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario que prohíbe dicha práctica<sup>248</sup>. En tal caso, las resoluciones forman parte del proceso normativo y contribuyen a la formación de una nueva norma consuetudinaria. Asimismo, en el marco de la interpretación de un tratado, una resolución en la que se interpreta una disposición específica de la Carta de las Naciones Unidas puede invocarse como práctica ulterior para aclarar el alcance y la aplicación de dicha disposición.

184. La clave para entender esa distinción está en la fórmula “para la determinación de las reglas de derecho” que figura en el párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Esa fórmula indica que los medios auxiliares no son fuentes del derecho en sí mismos, sino herramientas empleadas para determinar el contenido y el alcance de las normas derivadas de las fuentes primarias.

185. La distinción también se refiere a la autoridad de los materiales. La importancia de una resolución como prueba de la costumbre dependerá de lo bien que refleje la práctica y la *opinio iuris* de los Estados. Sin embargo, los medios auxiliares pueden derivar su autoridad de otras consideraciones, como las indicadas hasta ahora con respecto a las decisiones judiciales y la doctrina. Así pues, cabe preguntarse si la pertinencia de las resoluciones de organizaciones internacionales se deriva de la voluntad colectiva de los Estados (como prueba de la costumbre) o del mandato, la representatividad, la especialización y el análisis de la propia organización (como medio auxiliar). El contexto en que se aprobaron, el resultado de la votación y la explicación de los votos son consideraciones pertinentes para evaluar el peso que debe atribuirse a dichas resoluciones.

186. Existen otras complicaciones. Por ejemplo, si las resoluciones se consideran una fuente independiente de obligaciones, por ejemplo por ser resoluciones del Consejo de Seguridad vinculantes para los Estados en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, ¿pueden seguir considerándose “auxiliares” en el mismo sentido que las decisiones judiciales y la doctrina? Para responder a esta pregunta, hay que examinar la noción de “función auxiliar” y analizar si las resoluciones se utilizan realmente o no como medios auxiliares.

## C. Distintos usos de los medios auxiliares

### 1. Función auxiliar frente a prueba en general

187. La expresión “medio auxiliar” indica que esos materiales cumplen una función complementaria en la elucidación del derecho existente y como prueba de este, y no son de por sí una fuente del derecho internacional. A este respecto, conviene recordar el enfoque adoptado en el primer informe:

... 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.

... 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 internacional. 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

<sup>248</sup> Conclusión 12, y su comentario, de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), párr. 66, págs. 115 y 116.

por el contenido, la calidad y la capacidad persuasiva de sus ideas sobre el derecho. Pueden, por ejemplo, ayudar a interpretar un tratado.

... 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”. En el segundo informe se señalaba que “[t]ambién se han examinado otros tipos de materiales” (distintos de las decisiones judiciales y la doctrina 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”.

... 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<sup>249</sup>.

188. Cuando los materiales sirven de prueba del derecho consuetudinario, demuestran directamente la existencia de una práctica estatal u *opinio iuris*. En cambio, cuando sirven de medio auxiliar, contribuyen a “la recopilación, la síntesis o la interpretación de la práctica pertinente para la identificación del derecho internacional consuetudinario”<sup>250</sup>. El carácter auxiliar de estos medios no solo no les resta importancia práctica, sino que aclara su función metodológica en el proceso de identificación. Como se ha explicado de manera notoria, esos materiales son consultados, no para conocer las especulaciones de sus autores sobre qué debería constituir derecho, sino para encontrar en ellas pruebas fidedignas de qué es derecho en realidad<sup>251</sup>.

189. La diferencia entre las funciones probatoria y auxiliar resulta especialmente evidente si se examina la forma en que los jueces y árbitros evalúan estos materiales. Cuando se utilizan materiales como medios auxiliares, lo importante es determinar su capacidad para compilar y analizar sistemáticamente la práctica, más que su autoridad *per se*<sup>252</sup>. Así lo ha indicado el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos al observar que dichos materiales solo sirven de prueba de la práctica de los Estados en la medida en que describan de manera fáctica y precisa la práctica seguida por los Estados en el pasado<sup>253</sup>.

190. Dado su carácter auxiliar, cuando se consultan estos medios sigue siendo necesario examinar otras pruebas. Figuran entre los materiales a tener en cuenta; no son pruebas concluyentes<sup>254</sup>. Así se garantiza que la identificación de las normas consuetudinarias siga

<sup>249</sup> A/CN.4/760, párrs. 375 a 378.

<sup>250</sup> Párrafo 1) del comentario a la quinta parte de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), párr. 66, pág. 112. Puede verse un ejemplo de decisión judicial empleada como medio auxiliar en Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI núm. ARB(AF)/05/2, laudo, 18 de septiembre de 2009, párr. 277, donde el tribunal destacó que el valor probatorio de las fuentes dependía de si “las conclusiones que contienen están respaldadas por pruebas y análisis de la costumbre”.

<sup>251</sup> *The Paquete Habana and The Lola*, Estados Unidos, Tribunal Supremo 175 US 677 (1900), pág. 700, citado en el párrafo 3) del comentario a la conclusión 14 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), párr. 66, pág. 118.

<sup>252</sup> Omri Sender y Michael Wood, *Identification of Customary International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2024), págs. 268 y 269.

<sup>253</sup> *Ibid.*, pág. 269.

<sup>254</sup> *Ibid.*, pág. 253.

estando fundamentada en la práctica de los Estados y en la *opinio iuris* y, al mismo tiempo, se beneficie del análisis sistemático que pueden proporcionar estos medios auxiliares.

191. Una resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental puede funcionar como prueba directa del derecho internacional consuetudinario de diversos modos. En primer lugar, los resultados de la votación y las explicaciones de voto pueden demostrar la *opinio iuris* de los Estados participantes<sup>255</sup>. En segundo lugar, la propia resolución puede dejar constancia de la práctica real de los Estados, como la resolución 75/183 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 2020, que dejó constancia “del hecho de que muchos Estados están aplicando moratorias” de la pena de muerte. En tercer lugar, las declaraciones realizadas durante las negociaciones y la aprobación pueden servir de prueba de las opiniones de los Estados sobre la existencia y el contenido de las normas consuetudinarias.

## 2. ¿Las resoluciones como medio auxiliar?

192. Las resoluciones pueden desempeñar una función auxiliar, distinta de su función como prueba, para determinar las normas de derecho internacional consuetudinario al ofrecer un análisis sistemático y una formulación precisa de las normas. Esa función es especialmente evidente en el caso de las resoluciones en las que se trata de enunciar el derecho consuetudinario existente<sup>256</sup>. En tales casos, las resoluciones no sirven solo de prueba, sino de determinación razonada de las normas consuetudinarias, del mismo modo que las decisiones judiciales y la doctrina contribuyen a “la recopilación, la síntesis o la interpretación de la práctica”<sup>257</sup>.

193. La función auxiliar es más evidente cuando las resoluciones contienen un cuidadoso análisis jurídico en el que la práctica de los Estados y la *opinio iuris* se asocian a formulaciones específicas de normas. Como demuestra 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 Unidas, esas resoluciones pueden aclarar el contenido y el alcance de las normas consuetudinarias mediante su exposición sistemática. Esta función analítica va más allá de la mera prueba y proporciona un fundamento razonado para determinar la existencia y el contenido de las normas consuetudinarias.

194. Cuando los jueces y árbitros examinan resoluciones por su valor auxiliar, se centran en aspectos distintos de los que tienen en cuenta cuando recurren a ellas como prueba directa. En lugar de contar los votos o analizar las explicaciones de voto, examinan el razonamiento y el marco analítico de la resolución. En la práctica de la Corte Internacional de Justicia recogida en el memorando de la Secretaría hay varios ejemplos en que se han utilizado resoluciones como medio auxiliar. De hecho, en su declaración de 2019 ante la Sexta Comisión, el Magistrado Yusuf destacó que la Corte había dado muestras de ingenio para tener en cuenta la evolución de la sociedad internacional al abordar las fuentes no escritas del derecho, incluido el papel de las resoluciones de la Asamblea General en la formación de normas consuetudinarias<sup>258</sup>.

195. En la opinión consultiva relativa a las *Armas Nucleares*, la Corte consideró que las resoluciones de la Asamblea General podían constituir pruebas de una *opinio iuris*<sup>259</sup>. Sin embargo, la Corte no se limitó a examinar el texto de las resoluciones, sino que también estudió detenidamente su contenido, las condiciones en que se habían aprobado y en qué medida reflejaban una auténtica convicción jurídica de los Estados. Ello demuestra que las trata no solo como prueba, sino también como materiales que requieren un análisis cuidadoso para determinar su pertinencia jurídica.

<sup>255</sup> *Ibid.*, págs. 241 y 242.

<sup>256</sup> *Ibid.*, págs. 239 y 240.

<sup>257</sup> Párrafo 1) del comentario a la quinta parte de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), párr. 66, pág. 112.

<sup>258</sup> Abdulqawi Ahmed Yusuf, Presidente de la Corte Internacional de Justicia, declaración ante la Sexta Comisión de la Asamblea General, 1 de noviembre de 2019, párr. 40.

<sup>259</sup> *Nuclear Weapons* (véase la nota 133 *supra*), párr. 70.

196. Del mismo modo, al analizar la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1960, en la opinión consultiva sobre *Chagos*, la Corte no se limitó a señalar que se había aprobado<sup>260</sup>. Examinó el papel de la resolución en el proceso más amplio de la descolonización, su carácter declarativo en lo relativo al derecho a la libre determinación y la afirmación de ese derecho en resoluciones posteriores. Ello demuestra que la Corte utilizó la resolución como medio para determinar el contenido y el alcance de una norma de derecho internacional consuetudinario existente, y no simplemente como prueba de la formación de la norma.

197. Otro ejemplo es el de la causa *Gambia c. Myanmar*<sup>261</sup>, en que la Corte se remitió a la resolución 47/121 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1992, para apoyar su interpretación del artículo VIII de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio<sup>262</sup>. Aunque la resolución no fue el único material en que basó su interpretación, fue un medio complementario para confirmar el sentido que la Corte atribuyó a la disposición.

198. La distinción entre las funciones probatoria y auxiliar adquiere especial importancia cuando se examina una serie de resoluciones aprobadas a lo largo del tiempo. Si bien la repetición de resoluciones similares puede constituir una prueba acumulativa de *opinio iuris*<sup>263</sup>, también puede servir, al reflejar un perfeccionamiento progresivo del análisis y la formulación, para determinar sistemáticamente el contenido preciso de normas consuetudinarias cuya existencia ya se ha aclarado<sup>264</sup>.

199. La doble naturaleza de la contribución que pueden hacer las resoluciones a la identificación del derecho consuetudinario hace necesario estudiar cuidadosamente los diferentes aspectos de estas. Cuando una resolución deja constancia de la práctica de los Estados o expresa una *opinio iuris*, pero también contiene un análisis sistemático del derecho consuetudinario, cada aspecto debe evaluarse según la función que cumple. Así se refleja en el planteamiento de la Corte Internacional de Justicia, que requiere que se examine tanto el contenido de las resoluciones como las condiciones en que se han aprobado<sup>265</sup>.

#### D. Evaluación del peso de las resoluciones

200. La evaluación de las resoluciones como medio auxiliar comienza con la aplicación de los criterios generales establecidos en el proyecto de conclusión 3 del presente proyecto de conclusiones, que establece que debería considerarse: a) su grado de representatividad; b) la calidad del razonamiento; c) la especialización de quienes participan; d) el nivel de acuerdo entre quienes participan; e) la acogida por parte de los Estados y otras entidades; y f) cuando fuese aplicable, el mandato otorgado al órgano<sup>266</sup>.

201. En el caso concreto de las resoluciones, varios de estos criterios adquieren especial pertinencia por las siguientes razones. En primer lugar, en lo que respecta a la calidad del razonamiento (criterio b)), las resoluciones han de contener un análisis jurídico exhaustivo y metódico, y no meras declaraciones políticas o aspiraciones. En ese análisis se debe identificar y examinar claramente la práctica de los Estados y la *opinio iuris*, cuando proceda.

<sup>260</sup> *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2019*, pág. 95, párrs. 150 a 155.

<sup>261</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar) (excepciones preliminares)*, fallo, *I.C.J. Reports 2022*, pág. 477, párrs. 88 a 90.

<sup>262</sup> Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (París, 9 de diciembre de 1948), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 78, núm. 1021, pág. 277.

<sup>263</sup> Sender y Wood, *Identification of Customary International Law*, pág. 237.

<sup>264</sup> *Ibid.*, pág. 239.

<sup>265</sup> *Ibid.*, pág. 243.

<sup>266</sup> *A/79/10*, párr. 74.

202. En segundo lugar, es preciso examinar detalladamente los factores institucionales, a saber, la especialización de quienes participan (criterio c)), el nivel de acuerdo (criterio d)) y el mandato del órgano (criterio f)). Los procedimientos seguidos para la aprobación, incluidas las oportunidades de deliberación, influyen directamente en esos criterios.

203. En tercer lugar, la acogida por parte de los Estados y otras entidades (criterio e)) proporciona una indicación esencial de la utilidad de una resolución para determinar normas de derecho internacional. El uso que los Estados hagan de esa resolución una vez aprobada también puede ser una importante indicación de su opinión sobre esta. Ello incluye la forma en que las cortes y tribunales la han invocado o se han remitido a ella, como demuestra la práctica examinada en el memorando de la Secretaría<sup>267</sup>.

204. El grado de representatividad (criterio a)) sigue siendo pertinente, pero reviste características específicas en el caso de las resoluciones, de manera que es necesario evaluar si en el proceso de aprobación ha quedado representada una diversidad tanto de regiones como de sistemas jurídicos. Estas consideraciones, tomadas en su conjunto, permiten determinar el peso que debe atribuirse a las resoluciones como medio auxiliar. Al determinar las normas del derecho internacional, solo puede atribuirse un peso considerable a las resoluciones que contengan un sólido análisis jurídico, que dimanen de órganos con la especialización y el mandato pertinentes y que cuenten con un importante nivel de implicación de la comunidad internacional de Estados.

## **E. Propuesta de proyecto de conclusión 11: resoluciones de organizaciones internacionales**

205. Habida cuenta del análisis anterior, el Relator Especial recomienda que la Comisión apruebe un proyecto de conclusión en el que se aborde el papel de las resoluciones de organizaciones internacionales como medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho internacional. El texto que se propone a continuación se basa en la labor anterior de la Comisión sobre este tema y otros anteriores. Constaría de tres párrafos que contendrían, respectivamente, una disposición general sobre su papel como medio auxiliar, una segunda disposición sobre la forma de evaluar su peso y, por último, una cláusula “sin perjuicio” en la que se reconozca que las resoluciones de organizaciones internacionales pueden cumplir otras funciones en el derecho internacional, por ejemplo, la de servir de prueba para determinar la existencia o no de normas de derecho internacional consuetudinario.

206. El primer párrafo del proyecto de conclusión propuesto dispondría que “una resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental puede ser un medio auxiliar para la determinación de la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional”. Esta sencilla oración reconoce que, en la práctica, las resoluciones son aprobadas tanto por organizaciones internacionales como en conferencias intergubernamentales. También indica, siguiendo la formulación de anteriores proyectos de conclusión, que pueden ser un medio auxiliar, aunque no necesariamente lo son. Ello explica el uso de la expresión “puede ser” un medio auxiliar. La fórmula “determinación de la existencia y del contenido de las normas de derecho internacional” es similar a la incluida en varias conclusiones aprobadas por la Comisión: concretamente, los proyectos de conclusión 4, 5 y 6, en los dos primeros casos en relación con otras dos categorías de medios auxiliares (a saber, las decisiones de cortes y tribunales y la doctrina).

207. El primer párrafo va seguido de un segundo párrafo en el que se indica cuándo debe evaluarse el peso de esas resoluciones y, en su caso, cómo hacerlo. Se trata de proporcionar orientación a los futuros usuarios del texto que vayan a analizar resoluciones como medio auxiliar. A este respecto, como ya se ha explicado en el presente capítulo, el Relator Especial considera que los criterios generales aprobados por la Comisión con respecto a la utilización de las diferentes categorías de medios auxiliares deberían poner de relieve los elementos importantes que deben tener en cuenta los llamados a aplicar el derecho internacional. No obstante, señala que, si así lo desea la Comisión, podría añadirse un proyecto de conclusión

<sup>267</sup> Memorando de la Secretaría sobre los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional (A/CN.4/765).

específico sobre la evaluación del peso de las resoluciones de organizaciones internacionales como se ha hecho con el proyecto de conclusión 8, relativo a las decisiones de cortes y tribunales.

208. Por lo que se refiere a la formulación del segundo párrafo del proyecto de conclusión, relativo a la evaluación del peso, tendría un encabezamiento inspirado en el enunciado inicial de los actuales proyectos de conclusión 3 y 8, con las adaptaciones oportunas. Dispondría simplemente que, “cuando se evalúe el peso de las resoluciones de organizaciones internacionales o conferencias intergubernamentales, deberían considerarse, según proceda, los criterios enunciados en el proyecto de conclusión 3”. La fórmula “según proceda” pretende indicar que no todos los factores de los criterios generales pueden ser pertinentes. Las particularidades aplicables a las resoluciones se explicarían en el comentario.

209. Por último, como ya se ha señalado más arriba en el presente capítulo, la Comisión debería incluir una cláusula “sin perjuicio” que reproduzca casi literalmente el párrafo 2 del actual proyecto de conclusión 6, que aborda la misma cuestión. Dispondría que “la utilización de resoluciones como medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional en el sentido de los párrafos 1 y 2 se entiende sin perjuicio de su utilización para otros fines”. Dicha cláusula reconoce que las resoluciones pueden utilizarse de diversas maneras en el proceso de interpretación del derecho internacional —también como prueba del derecho o como contribuciones al desarrollo del derecho— como la propia Comisión ha reconocido en varios de los temas que ha examinado recientemente.

210. A partir del razonamiento anterior, el Relator Especial propone que el proyecto de conclusión diga lo siguiente:

**Proyecto de conclusión 11**  
**Resoluciones de organizaciones internacionales y conferencias intergubernamentales**

1. Una resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental puede ser un medio auxiliar para la determinación de la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional.
2. Cuando se evalúe el peso de las resoluciones de organizaciones internacionales o conferencias intergubernamentales, deberían considerarse, según proceda, los criterios enunciados en el proyecto de conclusión 3.
3. La utilización de resoluciones como medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional en el sentido de los párrafos 1 y 2 se entiende sin perjuicio de su utilización para otros fines.

## **VI. La cuestión de la unidad y coherencia del derecho internacional**

### **A. Debates anteriores sobre la unidad y coherencia**

211. En el primer informe del Relator Especial se planteó la cuestión de la unidad o coherencia del derecho internacional, también denominada fragmentación del derecho internacional, y se hizo referencia a la importancia del tema para el estudio actual del derecho internacional, así como como a su posible incidencia en la utilidad y complejidad del tema<sup>268</sup>. Se observó que, en el caso concreto de las decisiones judiciales que eran medios auxiliares para determinar las normas de derecho en virtud del párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, habían surgido algunas preocupaciones en la práctica debido a la multiplicidad de cortes y tribunales internacionales que podrían abordar simultáneamente cuestiones jurídicas similares, con la consiguiente posibilidad de que dictaran decisiones contradictorias sobre las mismas cuestiones. El Relator Especial solicitó

<sup>268</sup> Véase [A/CN.4/760](#).

a la Comisión orientación sobre si ese aspecto de la fragmentación debía abordarse en el ámbito del tema.

212. En el primer debate en sesión plenaria de la Comisión sobre esa cuestión, muchos miembros se mostraron partidarios de abordarla<sup>269</sup>. En general, consideraban que ello permitiría mejorar la coherencia y la seguridad jurídica. No obstante, en su recapitulación del debate, el Relator Especial recomendó a la Comisión, que debía decidir en última instancia sobre la cuestión, que no se pronunciara aún a la espera de que hubiera nuevas deliberaciones y para poder recabar las observaciones de los Estados al respecto. Tras el debate mantenido en 2023 por la Sexta Comisión sobre el primer informe, en el que varias delegaciones se mostraron partidarias de que se examinara la cuestión de la fragmentación, el Relator Especial constató que tanto los miembros de la Comisión como los Estados apoyaban ese estudio. En consecuencia, cuando resumió ese debate en la Sexta Comisión, anunció su intención de abordar la cuestión en su próximo informe.

213. En su segundo informe, centrado en las decisiones judiciales, el Relator Especial volvió a abordar la fragmentación. No obstante, por diversas razones que expuso entonces, consideró que era mejor ocuparse de la cuestión en el tercer informe<sup>270</sup>. Entre otras razones, quería asegurarse de que la cuestión de la unidad pudiera tratarse junto con otra propuesta por varios miembros de la Comisión y algunos Estados: la relación entre los medios auxiliares para determinar las normas de derecho previstos en el párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y los medios de interpretación complementarios previstos en el artículo 32 de la Convención de Viena de 1969. En el segundo debate de la Comisión en sesión plenaria, solo unos pocos miembros abordaron la cuestión, bien para expresar o reiterar su apoyo al examen de la fragmentación, bien para pedir prudencia.

214. En cumplimiento del compromiso que asumió, el Relator Especial abordará en el presente capítulo la cuestión de la unidad o coherencia del derecho internacional. El capítulo siguiente se ocupará de la relación entre los medios auxiliares mencionados en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y los medios de interpretación complementarios previstos en el derecho de los tratados. El presente capítulo se estructura del siguiente modo. En primer lugar, se definirá el concepto de fragmentación, y luego se examinará la labor de la Comisión sobre el tema. En segundo lugar, se estudiarán los mejores ejemplos de decisiones contradictorias dictadas por distintos tribunales internacionales. En tercer lugar, en la siguiente sección se mostrará la contribución de los medios auxiliares a la promoción de una mayor coherencia del derecho internacional con un análisis las principales decisiones dictadas por la Corte Internacional de Justicia para promover una mayor unidad del derecho internacional. En la última sección se propondrá, a partir del análisis contenido en el capítulo, un proyecto de conclusión destinado a promover la unidad y la coherencia del derecho internacional mediante la evitación de decisiones contradictorias.

## B. Definición de conflicto y fragmentación

215. Antes de pasar al aspecto más interesante de la cuestión de la unidad o coherencia, a los efectos específicos del tema, parece conveniente comenzar definiendo los conceptos más importantes de conflicto y fragmentación. El estudio de la Comisión sobre la fragmentación del derecho internacional<sup>271</sup> sigue siendo la referencia más pertinente a este respecto. En la bibliografía publicada se distinguen varias fases del estudio sobre la fragmentación, que es un problema que sigue debatiéndose por razones teóricas o prácticas, o por ambas razones. Dicho esto, el Relator Especial señala que el presente informe no tiene por objeto resolver esos debates, como tampoco es ese el objetivo de la labor de la Comisión en general. Abordará principalmente los aspectos prácticos más importantes de la cuestión y, con ese

<sup>269</sup> Véase A/78/10, párr. 122.

<sup>270</sup> A/CN.4/769, párr. 63.

<sup>271</sup> “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional elaborado por Martti Koskenniemi, *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), adición 2, documento A/CN.4/L.682 y Add.1.

espíritu, tratará de contribuir a resolver la inestabilidad que puede generarse en el derecho internacional cuando distintas cortes o tribunales se pronuncian sobre la misma cuestión con interpretaciones contradictorias del derecho.

216. Primero hay que definir la noción de conflicto. En el informe sobre la fragmentación del derecho internacional, la Comisión explica que hay conflicto de normas cuando “dos normas o principios indican maneras diferentes de tratar un problema”<sup>272</sup>. Esas normas y principios se encontrarán normalmente en las fuentes del derecho internacional, pero, por la naturaleza de las cosas, también podrían estar enunciados en medios auxiliares como, por ejemplo, una decisión judicial anterior. En cualquier caso, por razones de estabilidad y seguridad jurídicas, las normas han de ser previsibles. La coherencia puede definirse como “la evitación de normas contradictorias”<sup>273</sup>, aunque quizás no baste con que no haya contradicción, de manera que, para ser coherentes, es necesario que una serie de proposiciones, tomadas en su conjunto, “tengan sentido” en su totalidad<sup>274</sup>. La fragmentación, o más concretamente el aspecto de esta que aquí se aborda, relativo a las decisiones que puedan ser contradictorias, es lo contrario a esa coherencia<sup>275</sup>.

### C. La labor del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional

217. Entre 2002 y 2006, la Comisión emprendió un examen de la cuestión de la fragmentación del derecho internacional que culminó con la aprobación de 42 conclusiones de las que, junto con el estudio analítico en el que se basaban, la Asamblea General tomó nota en su resolución 61/34, de 4 de diciembre de 2006. Cuando el Grupo de Estudio inició su labor, la Comisión determinó dos posibles enfoques respecto del tema de la fragmentación que orientaron el resto de los trabajos. Se concluyó que la fragmentación del derecho internacional tenía principalmente dos aspectos: a) institucional y b) sustantivo. En cuanto al primero, es decir, el aspecto institucional, “la proliferación de órganos de aplicación —frecuentemente cortes y tribunales— para regímenes específicos establecidos por tratados ha despertado una preocupación respecto de la jurisprudencia desviada y la búsqueda del foro más favorable”<sup>276</sup>. El Grupo de Estudio centró su atención y sus conclusiones en el segundo aspecto del problema de la fragmentación, es decir, el sustantivo, y dejó de lado los aspectos institucionales, salvo por un elemento.

#### 1. El aspecto institucional: proliferación de cortes y tribunales internacionales

218. En relación con el primer aspecto, el más institucional, la doctrina escrita hablaba de “proliferación de cortes y tribunales internacionales”, dado que la comunidad internacional estaba siendo testigo de un aumento vertiginoso, nunca antes visto, del número de cortes y tribunales especializados, especialmente en la década de 1990. Las cinco cortes y tribunales internacionales que había al principio de la década (la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia europeo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC)) aumentaron de manera que, al final de la década, había al menos doce de esos órganos y tribunales (en su mayoría especializados) *ad hoc* o permanentes (con la creación del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, el Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la ex-Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda, el Tribunal Especial para

<sup>272</sup> *Ibid.*, párr. 25.

<sup>273</sup> Campbell McLachlan, *The Principle of Systemic Integration in International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2024), pág. 71, donde se cita a Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, rev. (New Haven, Yale University Press, 1977), págs. 65 a 70. La Comisión no trató de definir el concepto de “coherencia” en el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación, *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/L.682 y Add.1, párr. 491.

<sup>274</sup> McLachlan, *The Principle of Systemic Integration in International Law*, pág. 72, donde se cita a Neil McCormick, *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning* (Oxford, Oxford University Press, 2005), pág. 190.

<sup>275</sup> *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), adición 2, documento A/CN.4/L.682 y Add.1, párrs. 5 a 20.

<sup>276</sup> *Ibid.*, párr. 489.

Sierra Leona, la Corte Penal Internacional y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos). Esta “judicialización”<sup>277</sup> del derecho internacional mediante el establecimiento de un amplio abanico de cortes y tribunales en un sistema judicial descentralizado y horizontal sin estructuras formales de coordinación hizo que se planteara el riesgo de que hubiera conflictos de competencia entre ellos debido a la expansión y diversificación del derecho internacional<sup>278</sup>.

219. En otras palabras, al tiempo que se consideró un hecho positivo que dio más protagonismo al derecho internacional en el escenario internacional, la creación de numerosas cortes y tribunales por parte de los Estados también puso sobre el tapete “las cuestiones institucionales de coordinación práctica, la jerarquía institucional y la necesidad de que los distintos operadores —en especial los tribunales judiciales y arbitrales internacionales— tuvieran en cuenta su jurisprudencia respectiva”<sup>279</sup>.

## 2. El aspecto sustantivo: fragmentación del derecho internacional en distintos subregímenes

220. Los aspectos más sustantivos de la fragmentación, a los que en el estudio de la Comisión se prestó más atención que al aspecto institucional, eran más fundamentales, ya que se referían al núcleo del derecho internacional, es decir, a sí, y en caso afirmativo, cómo, “la sustancia misma del derecho se había fragmentado en regímenes especiales quizás faltos de coherencia o en oposición entre sí”<sup>280</sup>. Básicamente se temía que, si no se gestionaba correctamente, la multiplicación de subregímenes cada vez más especializados, como el derecho ambiental, el derecho de los derechos humanos, el derecho humanitario, el derecho del mar o el derecho mercantil, que funcionaban aislados “clínicamente”<sup>281</sup> unos de otros, podía llegar a fragmentar el derecho internacional en silos de subsistemas difíciles de conciliar entre sí<sup>282</sup>.

221. No obstante, en lugar de desgajar el derecho internacional en regímenes autónomos especializados muy contradictorios y sin apenas relación entre ellos, el estudio de la Comisión puso de relieve que, para subsanar la fragmentación, era necesario tratar el derecho internacional como un sistema jurídico unificado, algo que también han destacado ocasionalmente algunos jueces, incluidos algunos con una opinión más positiva sobre la fragmentación<sup>283</sup>. De hecho, la propia estructura del derecho internacional como acumulación

<sup>277</sup> Chiara Georgetti y Mark Pollack (eds.), *Beyond Fragmentation: Cross-Fertilization, Cooperation and Competition among International Courts and Tribunals* (Cambridge, Cambridge University Press 2022). Existe una amplia bibliografía sobre la fragmentación, incluidos varios volúmenes y números especiales de revistas. El Relator Especial se remite al concienzudo resumen de esa bibliografía y su evolución contenido en la obra citada más arriba.

<sup>278</sup> Benedict Kingsbury, “Foreword: Is the proliferation of international courts and tribunals a systemic problem?”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31 (1999), págs. 679 a 696.

<sup>279</sup> Véase Informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional, reproducido en *Anuario... 2003*, vol. II (segunda parte), párrs. 415 a 435, en especial párr. 416.

<sup>280</sup> Véase *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), adición 2, documentos [A/CN.4/L.682](#) y [Add.1](#).

<sup>281</sup> *Ibid.*, párr. 487.

<sup>282</sup> *Ibid.*, párr. 489.

<sup>283</sup> Véase Corte Internacional de Justicia, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo) (indemnización)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 324, declaración del Magistrado Greenwood, pág. 391 y ss., en especial pág. 394, párr. 8 (“Es totalmente oportuno que la Corte, reconociendo que apenas hay nada en su propia jurisprudencia en lo que pueda basarse, haya realizado un examen exhaustivo de la práctica de otras cortes y tribunales internacionales, sobre todo de las principales cortes y tribunales de derechos humanos, que tienen amplia experiencia en la evaluación de daños y perjuicios en circunstancias muy similares a las de la presente causa. El derecho internacional no es un conjunto fragmentado de corpus de normas especializados e independientes los unos de los otros, sino un sistema jurídico único y coherente en el que cada corte o tribunal internacional puede, y debe, basarse en la jurisprudencia de los demás, aunque no esté obligado necesariamente a llegar a las mismas conclusiones” [cita traducida]).

de diversos subsistemas ha llevado en el pasado a preguntarse si, desde el punto de vista ontológico, este puede calificarse de “sistema jurídico”<sup>284</sup>.

222. En el informe final sobre la fragmentación, se explicaba que “la aparición de ‘derechos especiales’, regímenes establecidos por tratados, y grupos funcionales de normas y ramas especializadas del derecho internacional y en las relaciones entre esas normas y con el derecho internacional general”<sup>285</sup> era esencialmente un nuevo aspecto de un viejo problema. En opinión del Grupo de Estudio, “la ‘fragmentación’ tradicional del derecho internacional ya ha dotado a los juristas de técnicas para hacer frente a normas y a sistemas de normas que apuntan en diferentes direcciones”<sup>286</sup>, lo que significa que la aplicación de estos debería contribuir a ofrecer una solución. Ello explica por qué las conclusiones se centraron en la Convención de Viena de 1969, que ofrecía técnicas de razonamiento jurídico e interpretación que constituían una “caja de herramientas” para ayudar a juristas, jueces y otros profesionales del derecho internacional a abordar y resolver los conflictos normativos.

223. En consecuencia, desde una perspectiva sustantiva, el derecho internacional moderno puede responder a la mayor complejidad del entorno normativo internacional resultante de los avances tecnológicos y la globalización, así como a la aparición de cada vez más regímenes y tribunales especializados, y ello porque no es raro que en los sistemas jurídicos, incluidos los nacionales, haya cierta tensión o incluso conflicto entre normas y principios. Esas situaciones encuentran diferente respuesta a nivel nacional, como, por ejemplo, el establecimiento de un proceso legislativo centralizado y de un sistema de jerarquía judicial en el que los tribunales superiores resuelven los conflictos interpretativos. Naturalmente, ello no es posible en el sistema jurídico internacional, en el que no existen procesos legislativos o judiciales centralizados. Salvo algunas excepciones, las cortes y tribunales suelen ser instituciones internacionales autónomas sin ningún vínculo oficial entre ellas.

224. Al igual que en el estudio sobre la fragmentación, en derecho internacional se distinguen principalmente tres tipos de conflictos. En primer lugar, cuando existe una relación entre una norma especial y la normativa general y hay una interpretación específica no ortodoxa de la normativa general<sup>287</sup>. En segundo lugar, cuando existe un conflicto entre la norma anterior y la posterior, es decir, entre la normativa general y una norma particular que se alegue como excepción a aquella<sup>288</sup>. En tercer lugar, el caso más problemático es el del conflicto normativo entre dos tipos de normas especiales<sup>289</sup>.

225. La fragmentación se manifiesta de forma diferente en cada uno de los tres tipos de conflicto normativo mencionados. En el informe sobre la fragmentación se afirmaba que las dos últimas categorías constituían los “conflictos auténticos”<sup>290</sup> porque se referían a situaciones en las que la propia norma, por oposición a “alguna interpretación putativa de la misma” por una corte o tribunal “se presenta de manera diferente en función del marco normativo que se utilice para examinarla”<sup>291</sup>. Sin embargo, el primer tipo de conflicto normativo, en el que dos cortes o tribunales pueden pronunciarse de forma distinta sobre la misma cuestión, trata realmente “de los efectos de interpretaciones jurídicas diferentes en un medio institucional complejo y, por consiguiente, queda en sentido estricto fuera del ámbito del estudio de la Comisión”<sup>292</sup>. Así pues, mientras los dos primeros tipos de conflictos normativos se abordaron ampliamente en el estudio recurriendo a las reglas de interpretación que se encuentran principalmente en la Convención de Viena de 1969 y en la jurisprudencia, los conflictos institucionales solo se mencionaron de pasada.

<sup>284</sup> Véase *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), adición 2, documento [A/CN.4/L.682](#) y [Add.1](#), párr. 17.

<sup>285</sup> *Ibid.*, párr. 489.

<sup>286</sup> *Ibid.*, párr. 20.

<sup>287</sup> Véase Informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional, reproducido en *Anuario... 2003*, vol. II (segunda parte), párrs. 415 a 435, en especial párr. 419.

<sup>288</sup> *Ibid.*

<sup>289</sup> *Ibid.*

<sup>290</sup> *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), adición 2, documento [A/CN.4/L.682](#) y [Add.1](#), párr. 48.

<sup>291</sup> *Ibid.*

<sup>292</sup> *Ibid.*

226. En vista de la decisión de la Comisión de excluir el aspecto de las decisiones contradictorias de las principales cuestiones examinadas en su estudio sobre la fragmentación, el Relator Especial cree conveniente examinar esa cuestión específica en el contexto del presente estudio del párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, uno de cuyos aspectos se refiere fundamentalmente al papel de las decisiones judiciales (que pueden utilizarse para promover la unidad y coherencia del derecho internacional).

227. De hecho, los comentaristas criticaron la decisión de la Comisión de omitir de su estudio los aspectos institucionales de la cuestión de la fragmentación, a pesar de que esta había aducido razones que sin duda podían considerarse de peso para hacerlo. Como cabía esperar, argumentaban que el derecho internacional debía esforzarse por mantener su unidad y coherencia ante la proliferación de cortes y tribunales. Señalaron que, dado que las cortes y tribunales internacionales acabarían teniendo que ocuparse del problema directamente<sup>293</sup>, la Comisión había perdido la oportunidad de adelantarse en la solución de las enormes complejidades que sin duda se plantearían en el futuro<sup>294</sup>.

#### **D. Promoción de la coherencia en las decisiones de las cortes y tribunales**

228. El tema de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional brinda a la Comisión la oportunidad de abordar un elemento fundamental de la cuestión institucional. Habida cuenta del papel esencial de la Comisión de prestar asistencia a los Estados para aclarar el derecho internacional, parece haber una corriente general favorable a que esta aproveche la oportunidad para actuar. Como subrayaba el informe del grupo de estudio sobre la fragmentación,

[c]ualesquiera que sean las perspectivas de ‘la codificación y el desarrollo progresivo’ en la actualidad, parece claro que la mayor parte del desarrollo del derecho internacional tendrá lugar en el marco de conferencias legislativas y de organizaciones especializadas sobre la base de trabajos preparatorios de especialistas, y conducirá a regímenes complejos establecidos por tratados con sus propias disposiciones y procedimientos institucionales. Esto ciertamente forma parte del clima en el que surgió la preocupación por la fragmentación del derecho internacional<sup>295</sup>.

En el informe se señala además lo siguiente:

En un entorno jurídico cada vez más especializado, quedan pocas instituciones que utilicen los términos del derecho internacional general con el fin de regular, a nivel universal, relaciones que no pueden reducirse a la realización de intereses especiales y que van más allá de la coordinación técnica. La Comisión es una de esas instituciones<sup>296</sup>.

En última instancia, teniendo en cuenta el mandato de la Comisión y su experiencia en el tratamiento de temas de derecho internacional general, el Grupo de Estudio recomendó que, en un momento en la que la codificación ya no era prioritaria, la Comisión aportara un valor añadido a los Estados mediante “reformulaciones” que, en el presente caso, deberían contribuir a orientar la práctica de las cortes y tribunales internacionales.

229. Si bien es evidente que el tratamiento de las cuestiones de política judicial incumbe en primer lugar a los Estados, a través de los instrumentos constitutivos que aprueban para regular la relación entre dichos órganos, y posteriormente a las propias cortes y tribunales internacionales, cuando se les someten casos concretos que plantean cuestiones concretas<sup>297</sup>,

<sup>293</sup> Christian Leathley, “An institutional hierarchy to combat the fragmentation of international law: has the ILC missed an opportunity?”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 40 (2007), págs. 259 a 306, en especial pág. 306.

<sup>294</sup> *Ibid.*

<sup>295</sup> *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), adición 2, documento A/CN.4/L.682 y Add.1, párr. 501.

<sup>296</sup> *Ibid.*, párr. 502.

<sup>297</sup> Véase Jonathan Charney, “Is international law threatened by multiple tribunals?”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 271 (1998), págs. 101 a 382, en especial pág. 115.

la Comisión puede arrojar algo de luz sobre la cuestión de las decisiones contradictorias, que es un aspecto concreto de la cuestión interinstitucional más general que la Comisión dejó de lado en gran medida en sus trabajos anteriores.

230. Dado el ámbito más específico del tema de los medios auxiliares, parece justificado abordar este aspecto en el presente contexto. Ese estudio, destinado a extraer conclusiones basadas en la práctica, no solo se ajusta al mandato de la Comisión de ayudar a los Estados a promover el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación de conformidad con el artículo 1 de su estatuto, sino que también permite contribuir a la estabilidad jurídica y al estado de derecho en los asuntos internacionales.

## **E. Riesgos de fragmentación por la adopción de decisiones contradictorias**

231. En el conocido discurso sobre la fragmentación que el Presidente de la Corte Internacional de Justicia, Gilbert Guillaume, pronunció hace más de dos décadas ante la Sexta Comisión de la Asamblea General, el 27 de octubre de 2000, este observó que la proliferación de foros internacionales ya estaba influyendo en el funcionamiento del derecho internacional, tanto en términos procesales como en lo que respecta al contenido real de ese derecho, y que no debían subestimarse sus consecuencias a largo plazo<sup>298</sup>. También señaló dos importantes consecuencias negativas.

### **1. Búsqueda del foro más favorable**

232. La primera consecuencia negativa era que permitía a los litigantes buscar el foro más favorable. El Presidente habló de los factores que las partes que podían iniciar una controversia tenían más probabilidades de tomar en consideración para seleccionar el foro que considerasen más favorable para ellos, como el acceso al tribunal, el procedimiento seguido por este, su composición, su jurisprudencia y sus facultades para dictar cierto tipos de providencias<sup>299</sup>. Señaló que, si bien, en principio, la competencia entre tribunales no tenía por qué ser problemática, existía el riesgo de que las partes eligieran un determinado tribunal porque, por ejemplo, la jurisprudencia de este fuera más favorable a ciertas doctrinas, conceptos o intereses que la de otro<sup>300</sup>. Indicó que, por esa razón, algunos tribunales podían verse inclinados a ajustar sus decisiones para obtener más asuntos en desmedro de un criterio más objetivo de justicia, algo que sería profundamente nocivo para la justicia internacional<sup>301</sup>. Los riesgos que conlleva la búsqueda del foro más apropiado y el hecho de que pueda socavar el estado de derecho en los asuntos internacionales tienen importantes implicaciones que no deben ignorarse.

### **2. Decisiones contradictorias**

233. La segunda consecuencia negativa, según el Presidente Guillaume, es el riesgo de que se dicten fallos contradictorios, que le parecía especialmente preocupante<sup>302</sup>. A ese respecto, explicó que podría darse el caso de que dos tribunales tuvieran ante sí la misma cuestión y dictaran decisiones contradictorias<sup>303</sup>. En opinión del entonces Presidente de la Corte Internacional de Justicia, aunque en algunas causas los jueces habían intentado evitar toda

---

En el estudio empírico de Jonathan Charney se indica que los órganos judiciales internacionales son sorprendentemente coherentes cuando interpretan el derecho y se basan en las decisiones de los demás.

<sup>298</sup> Magistrado Gilbert Guillaume, Presidente de la Corte Internacional de Justicia, "The proliferation of international judicial bodies: the outlook for the international legal order", discurso ante la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 27 de octubre de 2000, pág. 2; y Cesare P. R. Romano, "The proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31 (1999), págs. 709 a 751.

<sup>299</sup> Presidente Guillaume, discurso ante la Asamblea General, 27 de octubre de 2000 (véase la nota 298 *supra*), págs. 1 y 2.

<sup>300</sup> *Ibid.*, pág. 3.

<sup>301</sup> *Ibid.*

<sup>302</sup> *Ibid.*

<sup>303</sup> *Ibid.*, págs. 3 y 4.

incoherencia entre los distintos tribunales (básicamente por cortesía, puesto que no tenían obligación de hacerlo), la proliferación de cortes y tribunales internacionales presentaba graves riesgos de incoherencia en la jurisprudencia<sup>304</sup>. Ese riesgo seguía siendo sustancial<sup>305</sup> a pesar de las iniciativas de varios tribunales de entablar una especie de diálogo judicial encaminado a asegurar cierta armonía en sus fallos al tener en cuenta la jurisprudencia de los demás<sup>306</sup>. Los magistrados de diversas cortes y tribunales, como el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar y la propia Corte Internacional de Justicia, han subrayado la necesidad de evitar contradicciones en los fallos, que generarían inestabilidad jurídica y socavarían la confianza en el derecho internacional. Si bien es indudable que hay que aplaudir el esfuerzo de la mayoría de los magistrados de un tribunal por tener en cuenta los fallos de otros en un sistema sin *stare decisis*, en modo alguno puede decirse que ello sea suficiente para solucionar el fondo del problema. Para las partes, que son los sujetos de derecho, simplemente no es conveniente que dos tribunales dicten decisiones contradictorias sobre la misma cuestión<sup>307</sup>.

234. El resto del presente capítulo se centrará en esta segunda consecuencia negativa. Hay varias resoluciones de determinadas cortes y tribunales internacionales que suelen utilizarse para ilustrar los riesgos de la fragmentación del derecho internacional. No obstante, con mucho, los mejores ejemplos se encuentran en una serie de decisiones en materia de responsabilidad del Estado dictadas, por un lado, por la Corte Internacional de Justicia en relación con el criterio de atribución del comportamiento de actores no estatales a un Estado, y por otro lado, por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, que, aparentemente, hizo una interpretación contraria en varios casos. El Relator Especial pasa a analizar estas cuatro decisiones y la bibliografía selecta publicada a ese respecto.

i) *El criterio del “control efectivo” establecido por la Corte Internacional de Justicia en el fallo en la causa relativa a Nicaragua*

235. A título preliminar, cabe recordar que la Corte Internacional de Justicia sigue siendo hasta la fecha la única corte o tribunal con competencia general en materia de derecho internacional. Por consiguiente, en tanto que órgano judicial principal de las Naciones Unidas, contribuye de manera importante a la promoción de la unidad y coherencia del derecho internacional como sistema jurídico, algo que ya ha sido expresamente puesto de manifiesto por la Comisión en sus trabajos, incluidos los proyectos de conclusión sobre el presente tema o temas anteriores en que se abordan los medios auxiliares para determinar las normas de derecho internacional. De hecho, en el proyecto de conclusión 4 y su comentario, la Comisión subrayó que “las decisiones de cortes y tribunales internacionales, en particular las de la Corte Internacional de Justicia, constituyen un medio auxiliar para la determinación de la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional”<sup>308</sup>. Este es el contexto en que se sabe que las decisiones de la Corte, al igual que la labor de la propia Comisión, han influido —en algunos casos, de manera sustancial— en la aclaración y configuración del derecho internacional moderno de la responsabilidad del Estado, también en lo que se refiere al criterio de atribución de un comportamiento a un Estado en el derecho internacional consuetudinario. Así, como se señaló en el primer informe del Relator Especial<sup>309</sup>, al igual que la propia Corte se remite cada vez más a los fallos de otras cortes y tribunales a medida que aumenta la especialización del derecho internacional, las decisiones de la Corte sobre derecho internacional general y, concretamente, sobre la cuestión de la responsabilidad del Estado son citadas con frecuencia por cortes y tribunales nacionales y regionales y otras cortes y tribunales internacionales *ad hoc* o permanentes. Los tribunales se inspiran en sus decisiones respectivas y, con ello, contribuyen a reforzar la coherencia del derecho internacional.

<sup>304</sup> *Ibid.*, págs. 3 y 4.

<sup>305</sup> *Ibid.*, pág. 5.

<sup>306</sup> *Ibid.*, págs. 4 y 5.

<sup>307</sup> Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Zejnir Delalić, et al. (Čelebići Case)*, causa núm. IT-96-21-A, fallo, 20 de febrero de 2001, Sala de Apelaciones, párr. 21.

<sup>308</sup> A/79/10, párrs. 74 y 75.

<sup>309</sup> A/CN.4/760, párr. 347.

236. Como es bien sabido, el derecho moderno de la responsabilidad del Estado, al que la propia Comisión<sup>310</sup> ha contribuido sustancialmente con su proyecto posiblemente más influyente después del relativo al derecho de los tratados, parte de la premisa básica de que todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado genera su responsabilidad internacional. Sin embargo, para que un Estado incurra en responsabilidad, el comportamiento en cuestión le debe ser atribuible con arreglo al derecho internacional. Así, el comportamiento del Estado (que puede ser una acción o una omisión) suele ser el de sus órganos de gobierno. También se le puede atribuir el comportamiento de terceros que no sean sus órganos siempre que hayan actuado bajo la dirección o control, o por instigación, de los órganos o agentes del Estado. Este último requisito ha resultado ser algo polémico.

237. En un par de importantes fallos que conviene destacar a los efectos del tema, la Corte Internacional de Justicia estableció el criterio de atribución de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos que debía cumplirse con arreglo al derecho internacional general. En primer lugar, está el fallo sobre las cuestiones de fondo dictado en junio de 1986 en la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*, en la que Nicaragua había solicitado a la Corte que considerara a los Estados Unidos responsables, entre otras cosas, de entrenar, armar, equipar, financiar y abastecer a los rebeldes contras (que formaban parte de una fuerza armada conocida como Fuerza Democrática de Nicaragua) o de estimular, apoyar y ayudar por otros medios sus actividades militares y paramilitares contra Nicaragua, en violación de su soberanía y de la obligación que incumbía a los Estados Unidos, con arreglo al derecho internacional consuetudinario, de no intervenir en los asuntos internos de otro Estado ni utilizar ilegalmente la fuerza contra él<sup>311</sup>. La Corte falló a favor de Nicaragua por entender que los Estados Unidos habían infringido las prohibiciones de emplear la fuerza contra otro Estado y de intervenir en los asuntos internos de este<sup>312</sup>. Asimismo, determinó que el conflicto en Nicaragua era de carácter mixto, ya que el conflicto entre el Gobierno nicaragüense y los rebeldes de la contra era de carácter interno, mientras que los actos realizados por los Estados Unidos en y contra Nicaragua habían dado lugar a un conflicto armado internacional. Ese carácter mixto hacía necesario aplicar diferentes normas de derecho internacional humanitario<sup>313</sup>.

238. La Corte también examinó otro importante argumento de Nicaragua, según el cual los Estados Unidos ejercían un control efectivo sobre los contras, por lo que todos los actos de estos eran imputables a los Estados Unidos. La Corte estaba de acuerdo con Nicaragua en que varias de las operaciones militares habían sido decididas y planificadas, cuando no dirigidas, por los Estados Unidos o concebidas por estos y los contras. Sin embargo, “no estaba convencida de que *todas* las operaciones lanzadas por los contras, en todas las fases del conflicto, reflejaran una estrategia y unas tácticas planeadas únicamente por los Estados Unidos”<sup>314</sup>. Más bien, como explicó en respuesta al argumento de Nicaragua, lo que tenía que determinar era:

si la relación entre los contras y el Gobierno de los Estados Unidos venía o no determinada por un grado de dependencia de una parte y *control* de la otra que permitía considerar que, a efectos jurídicos, los contras eran un órgano del Gobierno de los Estados Unidos o actuaban en nombre de ese Gobierno [cita traducida]<sup>315</sup>.

239. La Corte concluyó que no era así y explicó lo siguiente en otra parte de su razonamiento:

Aunque haya sido preponderante o decisiva, la participación de los Estados Unidos en la financiación, organización, entrenamiento, abastecimiento y

<sup>310</sup> Véase, a este respecto, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos: compilación de decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales, informe del Secretario General, A/74/83.

<sup>311</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (véase la nota 130 *supra*), párr. 15.

<sup>312</sup> *Ibid.*, párr. 292.

<sup>313</sup> *Ibid.*, párr. 188.

<sup>314</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (véase la nota 130 *supra*), párr. 106 (sin cursiva en el original).

<sup>315</sup> *Ibid.*, párr. 109.

equipamiento de los contras, en la selección de sus objetivos militares o paramilitares y en la planificación de todas sus operaciones sigue siendo insuficiente en sí misma, a partir de las pruebas de que dispone la Corte, para poder atribuir a los Estados Unidos los actos cometidos por los contras en el curso de sus operaciones militares o paramilitares en Nicaragua. Todas las formas de participación de los Estados Unidos antes mencionadas, e incluso el control general por el Estado demandado sobre una fuerza que depende en gran medida de ese Estado, no implicarían por sí solas, sin pruebas adicionales, que los Estados Unidos dirigieron u ordenaron la perpetración de los actos contrarios a los derechos humanos y el derecho humanitario que denuncia el Estado demandante. Es muy posible que esos actos hayan sido cometidos por miembros de los contras sin el control de los Estados Unidos. Para que ese comportamiento dé lugar a la responsabilidad jurídica de los Estados Unidos, debería en principio probarse que ese Estado ejercía el *control efectivo* de las operaciones militares o paramilitares en el curso de las cuales se cometieron las presuntas violaciones [cita traducida]<sup>316</sup>.

240. En general, a los efectos del tema, cabe extraer principalmente tres conclusiones del fallo de la Corte en la causa relativa a *Nicaragua*. En primer lugar, que los Estados Unidos podían ser considerados directamente responsables de su propio comportamiento para con Nicaragua en relación con las actividades de los contras, lo que incluía el uso ilegal de la fuerza y la violación del principio de no intervención<sup>317</sup>.

241. La segunda conclusión era que, al ser una entidad distinta, los contras seguían siendo responsables de sus propios actos, incluidas sus violaciones del derecho humanitario frente a las fuerzas gubernamentales y la sociedad nicaragüenses<sup>318</sup>. La tercera, y quizá la más importante a los efectos del tema, era que el control general de los Estados Unidos sobre los contras como fuerza enormemente dependiente de ellos no significaba en sí mismo que los Estados Unidos hubieran dirigido u ordenado la perpetración de los actos contrarios al derecho humanitario y de los derechos humanos, como había alegado Nicaragua<sup>319</sup>. Básicamente, para determinar la responsabilidad jurídica de los Estados Unidos, el derecho internacional exigía en última instancia que se demostrara que ejercían el control efectivo de las actividades militares o paramilitares específicas del grupo de los contras<sup>320</sup>. En esas circunstancias, la Corte Internacional de Justicia concluyó que el criterio para determinar la responsabilidad del Estado era el criterio del control efectivo.

ii) *El criterio del “control global” establecido por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa Tadić*

242. El 15 de julio de 1999, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia dictó un fallo en la causa *Fiscalía c. Duško Tadić* en la que tuvo ante sí una cuestión similar a la abordada por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a *Nicaragua*. Se trataba de la primera causa juzgada por el tribunal, que era el primer tribunal penal verdaderamente internacional creado por las Naciones Unidas para investigar y enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes cometidos en la ex-Yugoslavia, a saber, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio. El Consejo de Seguridad, tras determinar que la denominada limpieza étnica que se estaba produciendo en el país constituía una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, creó el Tribunal mediante una resolución aprobada en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Era, por tanto, el primer tribunal creado en virtud del Capítulo VII, lo que significaba que todos los Estados estaban obligados a cooperar con él y que tenía primacía respecto de los tribunales nacionales de todos los Estados miembros de las Naciones Unidas.

243. El acusado, Tadić, era miembro de las milicias de los serbios de Bosnia afiliadas a la República Federativa de Yugoslavia, que era una de las partes en el conflicto contra Bosnia y Herzegovina. Para saber si había un conflicto armado internacional, era preciso determinar

<sup>316</sup> *Ibid.*, párr. 115 (sin cursiva en el original).

<sup>317</sup> Véase, en general, *ibid.*

<sup>318</sup> *Ibid.*

<sup>319</sup> *Ibid.*

<sup>320</sup> *Ibid.*

si la República Federativa de Yugoslavia estaba utilizando al Ejército de los serbios de Bosnia, o de la República Srpska, para emplear la fuerza contra Bosnia Herzegovina, en cuyo caso el conflicto pasaría de ser una guerra civil interna a un conflicto armado internacional. Así, el Tribunal debía determinar si las milicias —en cuyo poder se encontraban las víctimas— actuaban como órganos *de iure* o *de facto* de la República Federativa de Yugoslavia como potencia extranjera.

244. Para resolver la cuestión que se le había planteado, la Sala de Apelaciones del Tribunal observó que de la debida calificación de la naturaleza del conflicto dependía que pudiera determinarse la responsabilidad de un Estado por las violaciones del derecho internacional perpetradas por los grupos armados que actuaban en su nombre, y procedió a un estudio detallado del corpus jurídico pertinente remitiéndose al fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a *Nicaragua*, así como a la práctica de los Estados y de otras cortes y tribunales. El Tribunal se centró en la noción de control establecida en el derecho internacional general, ya que el derecho de los conflictos armados no preveía criterios específicos. Consideró que era imperativo “*precisar qué grado de autoridad o de control debe ejercer un Estado extranjero sobre las fuerzas armadas que combaten en su nombre para conferir carácter internacional a un conflicto armado que, a primera vista, es interno*”<sup>321</sup>. El análisis del Tribunal fue bastante detallado pero, a los efectos del tema, solo es necesario subrayar los aspectos esenciales.

245. En primer lugar, para determinar las condiciones jurídicas que permitían concluir que unas personas actuaban como agentes del Estado *de facto*, el Tribunal señaló que, en el fallo de la Sala de Primera Instancia objeto de apelación, se había considerado persuasivo el criterio establecido en la causa relativa a *Nicaragua*. La Sala de Apelaciones consideró que la conclusión de la Sala de Primera Instancia no era convincente, principalmente por dos razones. Para empezar, tras señalar que la Corte Internacional de Justicia había “optado, con la autoridad que le corresponde, por un criterio de control muy estricto”<sup>322</sup>, indicó que el derecho permitía atribuir a un Estado el comportamiento de particulares que no eran considerados formalmente órganos de ese Estado cuando de hecho sí actuaban en su nombre. La Sala de Apelaciones explicó asimismo que, “en derecho internacional, la condición para que se atribuyan al Estado actos realizados por particulares es que el Estado ejerza un control sobre esos particulares”<sup>323</sup>. Dicho esto, según la Sala de Apelaciones, “el *grado de control* puede, sin embargo, variar en cada caso según las circunstancias”<sup>324</sup>. Por consiguiente, esta no veía “por qué en derecho internacional se debería exigir el cumplimiento de un criterio de control muy estricto cualesquiera que sean las circunstancias”<sup>325</sup>. Este fue el primer elemento de su aparente disconformidad con el razonamiento de la Corte Internacional de Justicia.

246. Al igual que en la causa relativa a *Nicaragua*, la Sala de Apelaciones distinguió la situación de los grupos armados organizados y jerárquicamente estructurados, como las unidades militares o las bandas de rebeldes armados, de la de los particulares que actuaban en nombre de un Estado sin instrucciones específicas. La Sala de Apelaciones determinó que “un grupo armado organizado normalmente realiza una serie de actividades. Si está bajo el control global de un Estado, este es forzosamente responsable de sus actividades, *con independencia de que haya o no impuesto, exigido u ordenado cada una de ellas*”<sup>326</sup>. Concluyó que, dado que las fuerzas armadas de los serbios de Bosnia constituían una “organización militar”, el derecho internacional exigía, para calificar el conflicto armado de internacional, que las autoridades serbias “hayan ejercido sobre esas fuerzas un *control global* que vaya más allá de su simple financiación y equipamiento y que entrañe además una participación en la planificación y la supervisión de sus operaciones militares”<sup>327</sup>.

<sup>321</sup> Véase *Prosecutor v. Duško Tadić*, causa núm. IT-94-1-A, fallo, 15 de julio de 1999, Sala de Apelaciones, párr. 97; véase también *Prosecutor v. Zejnil Delalić, et al.*, causa núm. IT-96-21-T, fallo, 16 de noviembre de 1998, Sala de Primera Instancia.

<sup>322</sup> *Tadić*, fallo, 15 de julio de 1999, Sala de Apelaciones (véase la nota 321 *supra*), párr. 99.

<sup>323</sup> *Ibid.*, párr. 117.

<sup>324</sup> *Ibid.*

<sup>325</sup> *Ibid.*

<sup>326</sup> *Ibid.*, párr. 122.

<sup>327</sup> *Ibid.*, párr. 145.

247. Después de distinguir entre el caso de los particulares que actúan como tales y el de los que actúan en grupo, distinción que, en su opinión —y a diferencia de lo que creía la Corte Internacional de Justicia— daba lugar a la aplicación de diferentes criterios jurídicos de atribución, la Sala de Apelaciones del Tribunal indicó una segunda razón por la que consideraba que el criterio del control efectivo establecido en la causa relativa a *Nicaragua* “no era persuasivo”<sup>328</sup>. A su juicio, ese criterio “no es acorde con la práctica internacional judicial y estatal”<sup>329</sup>. El criterio del control efectivo era válido respecto de los particulares y grupos no organizados de particulares que actuaban en nombre de Estados. En cambio, el derecho preveía un criterio distinto y menos estricto (es decir, el del control global) para los grupos militares o paramilitares como los contras. La cuestión es que el Tribunal aceptó el criterio de la Corte Internacional de Justicia, pero solo en la medida en que se refería a particulares, y no a grupos paramilitares. Así pues, en algunos aspectos, la brecha entre las interpretaciones de los dos tribunales no era tan importante como podía parecer a primera vista.

248. Dicho esto, incluso antes de que la Sala de Apelaciones del Tribunal dictara su fallo, ya se había señalado con preocupación que quizás no se tendría que haber ido tan lejos en el examen del criterio establecido por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a *Nicaragua*. En su opinión separada, el Magistrado Shahabudeen compartió en general las conclusiones de sus colegas de la Sala de Apelaciones, pero expresó serias dudas sobre “la necesidad de cuestionar”<sup>330</sup> la validez de la causa relativa a *Nicaragua*. Consideró que el fallo de la Corte Internacional de Justicia “era válido y pertinente” para la cuestión más importante que se determinaba en el fallo en la causa *Tadić*, a saber, si el conflicto de los Balcanes podía calificarse de internacional<sup>331</sup>. Así pues, desde una perspectiva jurídica, entendía que el fallo de la Corte no era incompatible con la posición del Tribunal. Es posible que, al exponer esos argumentos, también atendiera a consideraciones de economía judicial y cortesía judicial. De hecho, el Magistrado Shahabudeen fue muy crítico en una opinión separada posterior en otra causa (*Aleksovski*, en la que el acusado había argumentado sin éxito ante la Sala de Apelaciones del Tribunal que debía ir en contra de su propia doctrina y seguir el fallo dictado en la causa relativa a *Nicaragua* como *precedente* a pesar de su propio fallo en la causa *Tadić*<sup>332</sup>). Señaló que podía haber desacuerdos graves entre cortes y tribunales y que el Tribunal podía consultar la “jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia sobre cuestiones pertinentes” y “asignar cierto valor persuasivo a las decisiones de esta, sin estar obligado por ellas”<sup>333</sup>.

249. Esa aparente disparidad de criterios de ambos tribunales provocó cierta reacción en la comunidad académica y en la Comisión, que en aquel momento estaba tratando el tema de la atribución en el contexto de los artículos sobre la responsabilidad del Estado. En esos artículos, la Comisión aprobó, entre otros, el artículo 8, que indicaba que se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento<sup>334</sup>. En el comentario, la Comisión equiparó la expresión “bajo la dirección o el control de” al criterio establecido en la causa relativa a *Nicaragua* al afirmar que “[e]ste comportamiento solo será atribuible al Estado si este dirigió o controló la operación y si el comportamiento denunciado era una parte integrante de esa operación”<sup>335</sup>.

250. La Comisión también expuso la posición del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en el comentario, pero básicamente disintió de esta en favor de la que ya había adoptado anteriormente sobre la base del fallo dictado por la Corte Internacional de Justicia

<sup>328</sup> *Ibid.*, párr. 124.

<sup>329</sup> *Ibid.*

<sup>330</sup> *Ibid.*, párr. 5 (donde se cita *Military y Paramilitary Activities in y against Nicaragua* (véase la nota 130 *supra*).

<sup>331</sup> *Ibid.*

<sup>332</sup> *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, causa núm. IT-95-14/1-A, fallo, 24 de marzo de 2000, Sala de Apelaciones.

<sup>333</sup> *Delalić*, fallo, 20 de febrero de 2001, Sala de Apelaciones (véase la nota 307 *supra*), párr. 22.

<sup>334</sup> *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 76.

<sup>335</sup> Párrafo 3) del comentario al art. 8, *ibid.*, párr. 77, pág. 49.

en la causa relativa a *Nicaragua*. Criticó el fallo de la causa *Tadić* y señaló que las “cuestiones jurídicas” y la “situación práctica” tratadas por el Tribunal eran distintas de las que había examinado la Corte. También indicó, retomando los argumentos expuestos en las actuaciones del Tribunal, que este tenía el mandato de abordar la responsabilidad individual, y no la de los Estados, y la aplicabilidad o no del derecho internacional humanitario, y que, fuera como fuere, había que “apreciar en cada caso” si el comportamiento había sido controlado por el Estado<sup>336</sup>.

251. En su análisis final, el estudio sobre la fragmentación concluyó que “[e]l contraste entre los asuntos *Nicaragua* y *Tadić* es ejemplo de conflicto normativo entre una interpretación anterior y posterior de una norma de derecho internacional general”<sup>337</sup>. Desde ese punto de vista, ilustraba “el tipo de conflicto normativo que surge cuando dos instituciones enfrentadas con hechos análogos interpretan la ley de manera diferente”<sup>338</sup>. Se señaló que, si bien ese tipo de discrepancias surgían con frecuencia en cualquier sistema jurídico, “sus consecuencias para el sistema jurídico internacional, que carece de una jerarquía institucional propia, parecen ser particularmente problemáticas”<sup>339</sup>. Se afirmó que la divergencia de opiniones sobre el contenido del derecho general generaba principalmente dos tipos de problemas.

252. En primer lugar, “disminuye la seguridad jurídica”<sup>340</sup> para los sujetos de derecho. Y, en segundo lugar, “sitúa a los sujetos jurídicos en posiciones desiguales entre ellos”<sup>341</sup>, porque “[l]os derechos de que disfrutan dependen de la jurisdicción competente para aplicarlos”<sup>342</sup>. Por consiguiente, para resolver este tipo de situaciones, “o bien los Estados adoptan una *nueva ley* que resuelva el conflicto” (sin cursiva en el original), lo que, en el contexto de este ejemplo concreto, es poco realista, “o bien las instituciones tendrán que coordinar su jurisprudencia en el futuro”<sup>343</sup>. La Comisión daba claramente gran importancia a la estabilidad jurídica.

253. El fallo en la causa *Tadić* generó cierta inquietud, también entre los magistrados del Tribunal y de la propia Corte Internacional de Justicia. En el Tribunal, el Magistrado Shahabudeen, que en un principio había considerado innecesario que el Tribunal cuestionara el fallo dictado por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a *Nicaragua* en 1999, fue muy crítico en 2001 al afirmar que:

en derecho internacional, la aplicación de las exigencias de coherencia, estabilidad y previsibilidad no se detiene a las puertas del Tribunal. [...] La Sala de Apelaciones no puede ignorar el estado general del derecho en la comunidad internacional a cuyos intereses sirve [cita traducida]<sup>344</sup>.

Aunque la mayoría de la Sala de Apelaciones del Tribunal respondió señalando que no existía ninguna relación jerárquica entre el Tribunal y la Corte Internacional de Justicia, señaló que, “si bien tomará necesariamente en consideración las decisiones de otros tribunales internacionales”<sup>345</sup>, como era de esperar, “puede, después de estudiar la cuestión detenidamente, llegar a una conclusión diferente”<sup>346</sup>.

254. El entonces Presidente de la Corte Internacional de Justicia, en los diversos discursos que pronunció ante la Asamblea General citados más arriba (véanse los párrs. 231 y 233), advirtió sobre los riesgos de fragmentación que planeaban los fallos contradictorios.

<sup>336</sup> Párrafo 5), *ibid.*, págs. 49 y 50.

<sup>337</sup> *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), adición 2, documento A/CN.4/L.682 y Add.1, párr. 50.

<sup>338</sup> *Ibid.*, párr. 51.

<sup>339</sup> *Ibid.*

<sup>340</sup> *Ibid.*, párr. 52.

<sup>341</sup> *Ibid.*

<sup>342</sup> *Ibid.*

<sup>343</sup> *Ibid.*

<sup>344</sup> *Delalić*, fallo, 20 de febrero de 2001, Sala de Apelaciones (véase la nota 307 *supra*), párr. 24 (donde se cita Tribunal Penal Internacional para Rwanda, *Laurent Semanza v. Prosecutor*, causa núm. ICTR-97-20-A, decisión, 31 de mayo de 2000, Sala de Apelaciones, opinión separada del Magistrado Shahabuddeen, párr. 25).

<sup>345</sup> *Ibid.*

<sup>346</sup> *Ibid.*

Asimismo, lamentó profundamente que el fallo en la causa *Tadić* hubiera “rechazado” el criterio establecido por la Corte en la causa relativa a *Nicaragua* para plantear lo que él consideraba “una nueva interpretación del derecho internacional en materia de responsabilidad del Estado”<sup>347</sup>.

iii) *La respuesta de la Corte Internacional de Justicia en el fallo en la causa relativa al Genocidio en Bosnia*

255. En este contexto, como era de esperar, la Corte respondió a la decisión de la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en un fallo dictado en 2007 en la causa relativa al *Genocidio en Bosnia*. En su razonamiento, procedió en tres etapas. En primer lugar, al igual que el Tribunal, la Corte distinguió tres situaciones distintas en lo que respecta a la atribución del comportamiento: a) cuando las personas que cometieron los actos de genocidio tenían la condición de órganos del Estado con arreglo a su derecho interno; b) cuando esas personas debían asimilarse *de facto* a órganos del Estado aunque no gozaran de esa condición con arreglo al derecho interno; y c) si, en las circunstancias específicas de los acontecimientos de Srebrenica, los autores de los actos de genocidio habían actuado siguiendo instrucciones o bajo la dirección o el control del Estado demandado<sup>348</sup>. Señaló que, como se indica en los artículos de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado, a cada situación se le aplicaban normas diferentes<sup>349</sup>.

256. En la segunda etapa de su razonamiento, la Corte, tras considerar los dos primeros supuestos y constatar que ninguno de ellos se daba en esa causa, pasó a examinar el tercero. Explicó que, en principio, el derecho internacional permitía la imputación de responsabilidad en los dos primeros supuestos, aunque ninguno de ellos se daba en la causa en cuestión<sup>350</sup>. Pasando específicamente a la tercera cuestión, la Corte invocó el derecho internacional consuetudinario de los artículos sobre la responsabilidad del Estado. Consideró que el derecho internacional consuetudinario establecido en el artículo 8 de los artículos de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado debía entenderse a la luz de su “jurisprudencia” en el fallo en la causa relativa a *Nicaragua*<sup>351</sup>. Reiteró que, en la causa que tenía ante sí, para atribuir un comportamiento a un Estado era preciso demostrar “que esas personas actuaron de acuerdo con las instrucciones o bajo el ‘control efectivo’ de ese Estado”<sup>352</sup>. ¿Cómo determinar si había habido un control efectivo? Era preciso demostrar que las instrucciones del Estado se impartieron con respecto a cada una de las operaciones en las que ocurrieron las supuestas violaciones, y no con carácter global con respecto a la generalidad de las acciones realizadas por las personas o grupos de personas que hubieran cometido las violaciones”<sup>353</sup>.

257. La Corte examinó además si, por su naturaleza específica, el genocidio debía recibir un tratamiento diferente, tal vez con la aplicación de un criterio distinto al del control efectivo establecido en la causa relativa a *Nicaragua*, como había argumentado una de las partes. Consideró que “las características particulares del genocidio no justifican que se aparte del criterio”<sup>354</sup> que había establecido en su fallo anterior. Determinó lo siguiente:

El genocidio se considerará atribuible a un Estado en el caso y en la medida en que los actos materiales, constitutivos de genocidio, cometidos por órganos o personas distintos de sus propios agentes se hayan realizado, total o parcialmente, siguiendo instrucciones o directrices del Estado o bajo su control efectivo [cita traducida]<sup>355</sup>.

<sup>347</sup> Presidente Guillaume, discurso ante la Asamblea General, 27 de octubre de 2000 (véase la nota 298 *supra*), pág. 5.

<sup>348</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (véase la nota 131 *supra*), párr. 397.

<sup>349</sup> *Ibid.*, párrs. 397 y 398.

<sup>350</sup> *Ibid.*, párrs. 402 y 403.

<sup>351</sup> *Ibid.*, párr. 399.

<sup>352</sup> *Ibid.*, párr. 400.

<sup>353</sup> *Ibid.*

<sup>354</sup> *Ibid.*, párr. 401.

<sup>355</sup> *Ibid.*

258. Posteriormente, en respuesta a la última alegación de una de las partes en el sentido de tendría que aplicar el criterio del control global de la causa *Tadić* en lugar del criterio del control efectivo de la causa relativa a *Nicaragua*, la Corte señaló que aquella decisión no era pertinente, y que la adopción el criterio de la causa *Tadić* implicaría que:

los actos cometidos por los serbios de Bosnia podrían generar la responsabilidad internacional de la República Federativa de Yugoslavia sobre la base del *control global* ejercido por esta sobre la República Srpska y el Ejército de la República Srpska, sin que sea necesario probar que cada operación durante la cual se cometieron actos contrarios al derecho internacional se llevó a cabo siguiendo instrucciones o bajo el control efectivo de la República Federativa de Yugoslavia [cita traducida]<sup>356</sup>.

259. En la tercera etapa de su análisis, la Corte abordó directamente el criterio del control global establecido por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, y explicó que no podía aceptarlo por tres razones. En primer lugar, en su opinión:

el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia no estaba llamado en la causa *Tadić*, ni lo está en general, a pronunciarse sobre cuestiones de responsabilidad del Estado, ya que su jurisdicción es penal y se ejerce únicamente sobre particulares. Así pues, en ese fallo abordó una cuestión cuyo examen no era indispensable para el ejercicio de su jurisdicción [cita traducida]<sup>357</sup>.

260. En segundo lugar, la Corte afirmó que concedía “la máxima importancia a las conclusiones de hecho y de derecho” del Tribunal sobre la responsabilidad penal de las personas acusadas de crímenes que debía juzgar, pero que la “situación” no era la misma en lo que respecta a “las posiciones adoptadas por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia sobre cuestiones de *derecho internacional general* que no entran en el ámbito específico de su competencia y cuya resolución además no siempre es necesaria para decidir los casos penales que se le someten”<sup>358</sup>. Consideró que ese era el caso de la causa *Tadić* en la que se había establecido el criterio del “control global”<sup>359</sup>.

261. La Corte añadió que el criterio del “control global” podía ser perfectamente adecuado para determinar si un conflicto armado es o no internacional, que era la única cuestión que el Tribunal debía decidir. Al mismo tiempo, no consideró “apropiado” que el Tribunal indicara que el criterio del control global también era aplicable en circunstancias en las que rige el derecho de la responsabilidad del Estado. A ese respecto, señaló que ambos criterios podían coexistir, sin que hubiera ninguna contradicción lógica, si el criterio del Tribunal se aplicaba únicamente para determinar la naturaleza de un conflicto armado. No obstante, en última instancia, consideró que el criterio del Tribunal no era “persuasivo”<sup>360</sup> porque, aparte de las otras dificultades que cabía prever, el criterio del “control global” tenía el “importante inconveniente”<sup>361</sup> de ampliar el alcance de la responsabilidad del Estado mucho más allá del principio fundamental que rige el derecho de la responsabilidad internacional, con arreglo al cual “un Estado solo es responsable de su propio comportamiento, es decir, del comportamiento de las personas que actúan, a cualquier título, en su nombre”<sup>362</sup>. Así pues, en última instancia, la Corte indicó que prefería seguir su propia jurisprudencia para aplicar la norma de derecho internacional consuetudinario enunciada en el artículo 8 de los artículos de la comisión sobre la responsabilidad del Estado<sup>363</sup>.

262. Aunque la Corte Internacional de Justicia es el órgano judicial “principal” de las Naciones Unidas, no es un tribunal supremo con competencia de apelación sobre otros tribunales como el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (creado por el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas). Ello significa que las interpretaciones contradictorias del criterio de atribución han quedado en entredicho

<sup>356</sup> *Ibid.*, párr. 402 (sin cursiva en el original).

<sup>357</sup> *Ibid.*, párr. 403.

<sup>358</sup> *Ibid.* (sin cursiva en el original).

<sup>359</sup> *Ibid.*, párr. 404.

<sup>360</sup> *Ibid.*

<sup>361</sup> *Ibid.*, párr. 406.

<sup>362</sup> *Ibid.*

<sup>363</sup> *Ibid.*, párr. 407.

a nivel de jurisprudencia debido al inmovilismo de ambos tribunales. Se planteó una situación en que, en el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, la parte perdedora pidió a la Sala de Apelaciones que revocara su doctrina y aplicara el criterio más estricto del “control efectivo” establecido por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a *Nicaragua*. En la Corte ocurrió exactamente lo contrario: el Estado demandado argumentó que el criterio más laxo del “control global” establecido por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Tadić* era más apropiado. Por razones de estabilidad jurídica para todas las partes y, de hecho, para el propio estado de derecho, los casos similares deben recibir el mismo tratamiento, incluso en un sistema como el de derecho internacional, en el que no existe ningún requisito formal que obligue a un tribunal a seguir las resoluciones de otro.

263. Retrospectivamente, el Relator Especial cree que la Comisión, al ser un órgano neutral sin relación institucional directa con ninguno de los dos tribunales (ambos creados por las Naciones Unidas, uno como órgano judicial principal y el otro en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas), podría haber contribuido a acercar ambas posiciones examinando más a fondo la práctica de los Estados en la materia. A tal efecto, habría tenido que reexaminar detenidamente la práctica pertinente yendo más allá del examen realizado por la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en sus respectivas causas. Ese planteamiento habría permitido obtener más pruebas para evaluar la práctica de los Estados. Sin duda, habría ayudado a apaciguar las críticas formuladas posteriormente por un observador no tan independiente (un profesor de derecho que había sido Magistrado de la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia cuando se decidió la causa *Tadić*) en el sentido de que la Comisión podría haber estado en una posición esencialmente contradictoria porque: 1) la Corte había enunciado el criterio en la causa relativa a *Nicaragua*, 2) la Comisión había confirmado ese criterio (basándose únicamente en la causa relativa a *Nicaragua*) y, 3) por lo tanto, el criterio era válido y reflejaba el derecho internacional consuetudinario<sup>364</sup>.

## F. La promoción de la unidad y coherencia del derecho internacional por la Corte Internacional de Justicia

264. Los estudios empíricos han demostrado que la mayoría de los jueces tienden a conocer las decisiones de los demás y a tenerlas en cuenta para decidir los casos, a pesar de la ausencia de una doctrina del precedente en derecho internacional. En la práctica, existe un considerable grado de convergencia en cuestiones tanto de fondo como de procedimiento.

265. En ese contexto, no debería darse una importancia desmesurada a la aparente diferencia de opiniones entre la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia sobre una cuestión jurídica de atribución hasta el punto de sugerir que existe un “caos” de decisiones contradictorias dictadas por cortes y tribunales internacionales. Para promover el estado de derecho, es muy importante reconocer que existe un empeño compartido en reforzar el lenguaje común del derecho internacional, ya que, como argumentó Hersch Lauterpacht hace décadas, el desarrollo del derecho internacional por las cortes y tribunales internacionales es, a largo plazo, una de las principales condiciones para que estos puedan seguir funcionando eficazmente y ejerzan su competencia<sup>365</sup>. De hecho, la cortesía y el respeto mutuo impregnan el diálogo judicial a nivel internacional. Tanto es así que, en un ejemplo notable, un tribunal arbitral decidió suspender durante varios meses su decisión sobre un asunto concreto para evitar el riesgo de entrar en contradicción con una decisión del Tribunal de Justicia europeo. Así lo explicó Thomas Mensah, Presidente del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, en calidad de Presidente de un tribunal arbitral de la Corte Permanente de Arbitraje constituido en virtud de la Convención de las Naciones

<sup>364</sup> Antonio Cassese, “The *Nicaragua* and *Tadić* tests revisited in light of the ICJ Judgment on genocide in Bosnia”, *European Journal of International Law*, vol. 18 (2007), págs. 649 a 668, en especial pág. 651.

<sup>365</sup> Daniel Bethlehem, “The greening of international dispute settlement? Stepping back a little”, *Proceedings of the Annual Meeting, publicado por la American Society of International Law*, vol. 114 (2020), págs. 225 a 234.

Unidas sobre el Derecho del Mar, en la controversia entre Irlanda y el Reino Unido relativa a la *Fábrica MOX*<sup>366</sup>:

El Tribunal considera que una situación en la que pudiera haber dos decisiones contradictorias sobre las mismas cuestiones no solo no contribuiría a la resolución de la presente controversia internacional, sino que tampoco se ajustaría a las exigencias de respeto mutuo y cortesía que deberían imperar entre las instituciones judiciales que deciden sobre los derechos y obligaciones que corresponden a los Estados, a las que se ha encomendado la función de prestarles asistencia para el arreglo pacífico de las controversias que surjan entre ellos [cita traducida]<sup>367</sup>.

266. La Corte Internacional de Justicia no funciona como tribunal de apelaciones aunque sea el “órgano judicial principal” de las Naciones Unidas. Sin embargo, es evidente que sus decisiones son, con razón, examinadas atentamente por otros tribunales, incluidos los tribunales especializados o los tribunales *ad hoc* que resuelven controversias interestatales, así como numerosos tribunales nacionales, que se guían por los pronunciamientos de la Corte sobre una amplia gama de cuestiones de derecho internacional general. La mayor parte del debate sobre la fragmentación se ha centrado acertadamente en las instituciones que dictan las decisiones judiciales, para ayudarlas no a ellas, sino a los Estados y demás personas titulares de derechos y deberes en virtud del derecho internacional<sup>368</sup>. Al mismo tiempo, ese análisis puede ampliarse más en general a otros órganos que aplican el derecho internacional sin encajar claramente en la categoría de órgano judicial. Con el tiempo, la Corte por su parte ha pasado de ser un tribunal reacio a citar la labor de otros a adoptar un enfoque más liberal al examinar la labor otros órganos jurisdiccionales, como las cortes y tribunales regionales, incluidas las cortes y tribunales de derechos humanos y las cortes y tribunales penales internacionales *ad hoc*, así como los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos.

267. Como explicó la Corte en un pasaje que refleja su grave preocupación por la coherencia y unidad del derecho internacional, “[e]n este aspecto lo importante es lograr la claridad necesaria y la coherencia esencial del derecho internacional, así como la seguridad jurídica, a las que tienen derecho tanto los particulares con derechos garantizados como los Estados obligados a cumplir las obligaciones convencionales”<sup>369</sup>. En esa causa, la Corte parece tener en cuenta, como cuestión de política judicial, la interpretación dada por el comité de derechos humanos competente y se esfuerza por mantener la coherencia con las opiniones expresadas por dicho comité<sup>370</sup>. La Corte ha insistido especialmente en el mantenimiento de la coherencia cuando debe aplicarse el mismo instrumento y el órgano decisorio tiene, en virtud de este, una competencia particular para interpretar y aplicar sus términos<sup>371</sup>.

268. La conclusión señalada anteriormente a que llegó la Corte en la causa relativa a *Diallo*, no es única. En la causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Azerbaiyán c. Armenia)*<sup>372</sup>, la Corte, para determinar el alcance temporal de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, señaló la decisión dictada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en la comunicación interestatal presentada por el Estado de Palestina contra Israel, en la que el Comité había considerado que en los artículos 11 a 13 de la Convención “no se dispone que el mecanismo [...] solo

<sup>366</sup> Tribunal Internacional del Derecho del Mar, *The MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom)*, *solicitud de medidas provisionales*.

<sup>367</sup> Thomas Mensah, “Statement by the President”, Corte Permanente de Arbitraje, párr. 11. Puede consultarse en <https://pcacases.com/web/sendAttach/877/>.

<sup>368</sup> McLachlan, *The Principle of Systemic Integration in International Law*, pág. 72.

<sup>369</sup> *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo) (cuestiones de fondo)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 639 y ss., en especial pág. 664, párr. 66.

<sup>370</sup> Giorgio Gaja, “The role of human rights treaty bodies in the interpretation of human rights conventions”, Jorge Viñuales y otros (eds.), *El orden jurídico internacional en el siglo XXI: Estudios en honor del Profesor Marcelo Gustavo Kohén* (Leiden, Brill, 2023), págs. 973 a 981, en especial pág. 979.

<sup>371</sup> McLachlan, *The Principle of Systemic Integration in International Law*, pág. 238.

<sup>372</sup> *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Azerbaijan v. Armenia) (excepciones preliminares)*, fallo, 12 de noviembre de 2024, párr. 53.

pueda utilizarse para las violaciones de la Convención que se hayan producido después de su ratificación por el Estado parte” que inició el procedimiento<sup>373</sup>. La Corte observó que existía:

una diferencia de naturaleza entre el procedimiento interestatal de presentación de comunicaciones establecido en virtud de los artículos 11 a 13 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y el mecanismo de arreglo judicial previsto en el artículo 22. El primero tiene por objeto supervisar el cumplimiento por los Estados partes de las obligaciones que les incumben en virtud de la Convención y puede utilizarse “[s]i un Estado parte considera que otro Estado parte no cumple las disposiciones de la [...] Convención” (artículo 11). El segundo tiene por objeto resolver las controversias relativas a las obligaciones que los Estados, al pasar a ser partes en la Convención, han aceptado contraer entre ellos, y el arreglo judicial puede dar lugar a la responsabilidad del demandado frente al demandante. Por consiguiente, este mecanismo solo puede utilizarse para resolver controversias relativas a hechos ocurridos en un momento en que los dos Estados afectados estaban vinculados por las obligaciones en cuestión [cita traducida]<sup>374</sup>.

269. La Corte calificó la determinación del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en la comunicación interestatal presentada por el Estado de Palestina contra Israel de “decisión”, término que evoca la categoría de las “decisiones judiciales” mencionada en el párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto. En su valoración de la decisión adoptada por el Comité en esa comunicación, la Corte señaló que había diferencias entre un fallo de la Corte y la decisión de un órgano como el Comité. En cualquier caso, esas diferencias resultaron determinantes para concluir que no habría conflicto de normas, ya que las decisiones abordaban problemas distintos.

270. Cabría preguntarse si, como algunos han argumentado, la mención de las decisiones judiciales en el Artículo 38 respalda un principio más general de integración institucional sistémica<sup>375</sup>. Esa tesis debe apoyarse en la medida en que refleja la idea de que el párrafo 1 d) del Artículo 38 cumple la función de facultar a la Corte para que tenga en cuenta las decisiones judiciales al determinar las normas de derecho internacional. Sin embargo, no está tan claro que la disposición entrañe la “obligación” de tener en cuenta las decisiones judiciales de otras cortes y tribunales internacionales<sup>376</sup>, y sería un error entenderla en ese sentido. Lo más importante es que, en la práctica, la Corte examina las decisiones dictadas por otros órganos en la medida en que puedan resultarle útiles para resolver una determinada controversia. No tiene que estar formalmente obligada a hacerlo, del mismo modo que otros órganos examinan la jurisprudencia de la Corte para resolver los casos concretos que se les someten aunque tampoco estén obligados a hacerlo.

271. De lo que antecede se desprende que el recurso a medios auxiliares para determinar las normas de derecho internacional, en particular a las decisiones judiciales, pero también a otros como la doctrina, puede contribuir a aportar una solución de principio a algunas de las llamadas “consecuencias negativas de la fragmentación del derecho internacional”<sup>377</sup>. Desde ese punto de vista, aparte de ser materiales que pueden utilizarse para identificar fuentes de obligaciones, los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional pueden servir para asegurar la coherencia del sistema jurídico internacional<sup>378</sup>.

<sup>373</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, “Comunicación interestatal presentada por el Estado de Palestina contra Israel: cuestiones de procedimiento preliminares y remisión al Comité”, [CERD/C/100/3](#) (decisión adoptada el 12 de diciembre de 2019), párr. 14.

<sup>374</sup> *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Azerbaijan v. Armenia)* (véase la nota 372 *supra*), párr. 54.

<sup>375</sup> Mads Andenas y Johann Ruben Leiss, “The systemic relevance of ‘judicial decisions’ in Article 38 of the ICJ Statute”, *Heidelberg Journal International Law*, vol. 77 (2017), págs. 907 a 972, en especial pág. 970.

<sup>376</sup> McLachlan, *The Principle of Systemic Integration in International Law*, pág. 234.

<sup>377</sup> [A/C.6/76/SR.16](#), párr. 93.

<sup>378</sup> Andenas y Leiss, “The systemic relevance of ‘judicial decisions’ in Article 38 of the ICJ Statute”, pág. 940; véase también *Semanza*, opinión separada del Magistrado Shahabuddeen (nota 344 *supra*), párrs. 27 a 29.

272. A este respecto, a riesgo de simplificar en exceso, cabe destacar dos aspectos de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional, en especial de las decisiones judiciales, teniendo en cuenta los proyectos de conclusión ya aprobados provisionalmente: a) la utilización de las decisiones judiciales y la doctrina implica un examen no de casos individuales aislados, sino de la idea más general subyacente a las decisiones judiciales, la doctrina o los otros medios generalmente utilizados para determinar las normas de derecho internacional; b) a fin de mantener la coherencia necesaria en el derecho internacional, las cortes y tribunales internacionales atribuyen mucho peso a las decisiones judiciales de otras cortes y tribunales internacionales, en particular por la calidad de su razonamiento y su especialización.

273. En primer lugar, la tesis de que la utilización de las decisiones judiciales o la doctrina implica un examen no de casos individuales aislados, sino de la idea más general subyacente a las decisiones judiciales o la doctrina en general, se basa en el texto del párrafo 1 d) del Artículo 38. La forma en que se alude a los dos “medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho” en el párrafo 1 d) del Artículo 38 varía en las versiones francesa e inglesa del Estatuto. En lo que respecta al primero, “*les décisions judiciaires*”/“*judicial decisions*”, el texto francés utiliza un artículo definido, mientras que el inglés no lo hace<sup>379</sup>. Por tanto, no se trata de buscar elementos aislados, sino una idea más general subyacente a las decisiones judiciales o la doctrina, un sentido global acumulado<sup>380</sup>.

274. De acuerdo con esta interpretación, el tribunal en el *Arbitraje entre Barbados y la República de Trinidad y Tabago* no quiso aplicar un supuesto principio según el cual la frontera marítima internacional entre dos Estados podía determinarse sobre la base de las actividades de pesca tradicionales de los nacionales de uno de esos dos Estados en alta mar<sup>381</sup>. El tribunal sostuvo que dicho principio carecía en gran medida de apoyo en el derecho internacional consuetudinario y convencional, y que el apoyo alegado se encontraba sobre todo en las singulares circunstancias del fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a *Jan Mayen*, lo que no alcanzaba para establecer una norma de derecho internacional<sup>382</sup>.

275. No obstante, es posible que una decisión judicial aislada se utilice como medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho internacional. En la causa relativa a la *Controversia sobre fronteras terrestres, insulares y marítimas*, en que se hacía referencia a las aguas del Golfo de Fonseca, una Sala de la Corte Internacional de Justicia consideró que una sentencia dictada en 1917 por la Corte Centroamericana de Justicia era un “precedente pertinente de un tribunal competente y, retomando el texto del Artículo 38 del Estatuto de la Corte, un ‘medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho’”<sup>383</sup>. Ello significaba, según la Sala, que “debe formarse su propia opinión sobre el estatuto de las aguas del Golfo, teniendo en cuenta la decisión de 1917 en la medida en que le parezca oportuno”<sup>384</sup>. En cualquier caso, aunque mantuvo la posición de principio de que no estaba obligada a seguir la causa anterior, en la práctica la Sala siguió en gran medida el razonamiento expuesto en la decisión anterior de la Corte Centroamericana<sup>385</sup>.

276. En conclusión, sobre la base del análisis expuesto más arriba, cabe afirmar que ese aspecto del carácter de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional puede influir en el alcance de su utilidad para solucionar algunas de las

<sup>379</sup> Franklin Berman, “Authority in international law”, KFG Working Paper Series, núm. 22 (Berlín, 2018), pág. 7.

<sup>380</sup> *Ibid.*, págs. 7 y 8.

<sup>381</sup> *Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago, relating to the delimitation of the exclusive economic zone and the continental shelf between them*, decisión, 11 de abril de 2006, UNRIAA, vol. XXVII, págs. 147 a 251, en especial pág. 222, párr. 269. Véase también *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, fallo, I.C.J. Reports 1970*, págs. 3 y ss., en especial pág. 40, párr. 63.

<sup>382</sup> *Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago* (véase la nota anterior), págs. 222 y 223, párr. 269 (un miembro de la Comisión ha señalado en el mismo sentido la necesidad de disciplina al extraer principios de casos aislados).

<sup>383</sup> *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (véase la nota 127 *supra*), pág. 601, párr. 403.

<sup>384</sup> *Ibid.*

<sup>385</sup> *Ibid.*, párr. 404.

consecuencias negativas de la fragmentación del derecho internacional. El Relator Especial puede incluso ir más lejos y afirmar que los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional no se entienden como elementos aislados, sino como idea general subyacente, o sentido global conjunto, de las decisiones judiciales o la doctrina. El recurso a medios auxiliares aislados o, en algunos casos, a un conjunto de ellos puede dar una indicación clara de las normas jurídicas aplicables o de la interpretación correcta de dichas normas a efectos de resolver un caso determinado. La carga argumentativa se desplaza claramente en la práctica cuando, aun no existiendo doctrina del precedente, un litigante pretende que se vaya en contra de la trillada argumentación de una sentencia análoga. La idea de que los tribunales siguen su razonamiento en casos anteriores en la medida en que es pertinente es indiscutible y proporciona estabilidad tanto al configurar el comportamiento de las partes en la controversia como al promover los principios del ordenamiento jurídico internacional.

277. En segundo lugar, para lograr la coherencia del derecho internacional, las cortes y tribunales internacionales pueden atribuir “mucho peso” a las decisiones judiciales de otras cortes y tribunales internacionales. Así, en la causa relativa a *Diallo*, la Corte se remitió a “la jurisprudencia” de un órgano especializado, el Comité de Derechos Humanos, y señaló que:

aun cuando en el ejercicio de sus funciones judiciales no está en modo alguno obligada a ajustar su propia interpretación del Pacto a la del Comité, estima que debe asignar mucho peso a la interpretación adoptada por este órgano independiente que fue establecido específicamente para supervisar la aplicación de dicho tratado [cita traducida]<sup>386</sup>.

278. Del mismo modo, al examinar una disposición de un tratado, la Corte consideró que las observaciones generales del Comité de Derechos Humanos eran pertinentes para comprender ciertas obligaciones especificadas en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Aunque acudió sobre todo a los instrumentos internacionales, no olvidó el sistema regional de derechos humanos y, de hecho, también se remitió a las decisiones de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, señalando que debían tenerse “debidamente en cuenta”. A ese respecto, señaló lo siguiente:

Del mismo modo, cuando, como en el presente procedimiento, tiene que aplicar un instrumento regional de protección de los derechos humanos, ha de tener debidamente en cuenta la interpretación de dicho instrumento que hayan hecho los órganos independientes creados específicamente, en su caso, para supervisar la correcta aplicación del tratado en cuestión” [cita traducida]<sup>387</sup>.

Esa afirmación no se basó necesariamente en argumentos relativos a la disposición específica del tratado en cuestión; al parecer, también era aplicable en general a la interpretación que los otros órganos de tratados hacen de su respectivo tratado en su jurisprudencia y sus observaciones generales<sup>388</sup>.

279. No estaba claro si con las expresiones “mucho peso” y “debidamente en cuenta” se hacía referencia a dos criterios diferentes o básicamente a la misma idea. Sea como fuere, la cuestión es que la Corte, acertadamente, consideró que no era apropiado ignorar las opiniones de los órganos especializados con competencia primaria para interpretar las obligaciones de los Estados en esas situaciones. Aunque solo sea por eso, es evidente que dichos órganos pueden proporcionar interpretaciones útiles de las normas internacionales recogidas en los tratados que los Estados les han encomendado específicamente que defiendan. El Relator Especial volverá a abordar la labor de los órganos de expertos creados por los Estados en virtud de tratados en el capítulo IV del presente informe.

280. Aunque hay una obligación de tener en cuenta las decisiones judiciales de otras cortes y tribunales internacionales<sup>389</sup>, no existe ninguna obligación de seguir las decisiones dictadas

<sup>386</sup> *Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo) (cuestiones de fondo)*, fallo (véase la nota 369 *supra*), párr. 66.

<sup>387</sup> *Ibid.*, párr. 67.

<sup>388</sup> Gaja, “The role of human rights treaty bodies...”, pág. 974.

<sup>389</sup> Véase, no obstante, la salvedad del proyecto de conclusión 7 aprobado por la Comisión en 2024.

por otros jueces o árbitros<sup>390</sup>. Así, la Corte ha mostrado cierta reticencia a remitirse a los laudos arbitrales dictados por comisiones de reclamaciones y tribunales sobre inversiones. En la causa relativa a la *Barcelona Traction*, en que las partes se habían basado en jurisprudencia arbitral general, la Corte observó que, “en la mayoría de los casos, las decisiones citadas se basaban en los instrumentos que establecían la jurisdicción del tribunal o de la comisión de reclamaciones y determinaban los derechos que podían gozar de protección, por lo que no pueden ser objeto de una generalización que vaya más allá de las circunstancias especiales de cada caso”<sup>391</sup>.

281. Del mismo modo, en la causa relativa a la *Obligación de negociar el acceso al océano Pacífico*, la Corte reafirmó la conclusión a la que había llegado en la causa relativa a la *Barcelona Traction*:

La Corte observa que, en ciertos laudos arbitrales relativos a controversias entre un inversor extranjero y el Estado receptor en las que se aplican disposiciones convencionales que prevén un trato justo y equitativo, se habla de expectativas legítimas. Ello no permite deducir la existencia en derecho internacional general de un principio que da lugar a una obligación sobre la base de lo que podría considerarse una expectativa legítima [cita traducida]<sup>392</sup>.

282. Por otra parte, sin sugerir en modo alguno que esté obligada a seguir la práctica de otros órganos, habrá ocasiones en que la Corte considere útil inspirarse en la práctica de estos que sea pertinente para resolver el caso que tenga ante sí. Así ocurre especialmente cuando, por la razón que sea, su propia jurisprudencia sobre una determinada cuestión es escasa, como ocurrió con la cuestión de la indemnización por daños y perjuicios, que no se había planteado desde hacía varias décadas y, de hecho, solo una vez en la causa relativa al *Canal de Corfú*, decidida en 1949<sup>393</sup>.

283. Así, en su fallo sobre la indemnización en la causa relativa a *Diallo*, la Corte explicó de forma transparente lo siguiente:

La Corte ha tenido en cuenta la práctica de otras cortes, tribunales y comisiones internacionales (como el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía y la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas) que han aplicado los principios generales que rigen la indemnización para fijar su cuantía, entre otras cosas por los perjuicios resultantes de una detención o una expulsión ilegales [cita traducida]<sup>394</sup>.

284. En su declaración separada, el Magistrado Greenwood expresó su pleno acuerdo con el planteamiento de la Corte:

Habida cuenta de que es la primera vez que la Corte ha tenido que evaluar daños y perjuicios desde la causa relativa al *Canal de Corfú (Reino Unido c. Albania) (determinación de la cuantía de la indemnización)*, fallo, *I.C.J. Reports 1949*, pág. 171), es totalmente oportuno que la Corte, reconociendo que apenas hay nada en su propia jurisprudencia en lo que pueda basarse, haya realizado un examen exhaustivo de la práctica de otras cortes y tribunales internacionales, sobre todo de las principales cortes y tribunales de derechos humanos, que tienen amplia experiencia en la evaluación de daños y perjuicios en circunstancias muy similares a las de la presente causa [cita traducida]<sup>395</sup>.

<sup>390</sup> Gilbert Guillaume, “The use of precedent by international judges and arbitrators”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 2 (2011), págs. 5 a 24, en especial pág. 19.

<sup>391</sup> *Barcelona Traction* (véase la nota 381 *supra*), párr. 63.

<sup>392</sup> *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)*, fallo, *I.C.J. Reports 2018*, págs. 507 y ss., en especial pág. 559, párr. 162.

<sup>393</sup> *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*.

<sup>394</sup> *Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo) (indemnización)*, fallo (véase la nota 283 *supra*), párr. 13.

<sup>395</sup> *Ibid.*, Declaración del Magistrado Greenwood, pág. 394, párr. 8 (sin cursiva en el original).

285. El Magistrado Greenwood expuso otros argumentos para referirse a la contribución de las cortes y tribunales a la coherencia del derecho internacional. Señaló que el derecho internacional es “un sistema jurídico único y coherente en el que cada corte o tribunal internacional puede, y debería, basarse en la jurisprudencia de los demás, aunque no esté obligado necesariamente a llegar a las mismas conclusiones”<sup>396</sup>.

286. Dicho esto, en la causa relativa a *Diallo*, la Corte observó que, aunque en el contexto de esa causa su propia interpretación estaba “plenamente corroborada por la jurisprudencia” del Comité de Derechos Humanos, no estaba “obligada en modo alguno, en el ejercicio de sus funciones judiciales, a ajustar su propia interpretación del Pacto a la del Comité”<sup>397</sup>. Lo mismo se desprende de las causas relativas a la *Controversia sobre fronteras terrestres, insulares y marítimas*<sup>398</sup> y al *Genocidio en Bosnia*<sup>399</sup>. En la causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Qatar c. Emiratos Árabes Unidos)*, la Corte recordó que, en su fallo en la causa relativa a *Diallo*, debía “atribuir mucho peso” a la interpretación adoptada por el Comité de Derechos Humanos, pero también que no estaba “en modo alguno obligada a ajustar su propia interpretación del Pacto a la del Comité”<sup>400</sup>. La Corte añadió que, en el contexto del caso que tenía ante sí, relativo a la interpretación de la Convención, había “examinado detenidamente la posición del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial sobre la cuestión de la discriminación basada en la nacionalidad. Al aplicar, como era su obligación, las normas consuetudinarias pertinentes en materia de interpretación de los tratados, había llegado a una conclusión diferente”<sup>401</sup>.

287. Mientras que, en la causa relativa a *Diallo*, la Corte había señalado que su propia interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estaba “plenamente corroborada por la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos”, en la causa relativa a la *Aplicación de Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Qatar c. Emiratos Árabes Unidos)*, la Corte no siguió la interpretación del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y concluyó que, contrariamente a lo que opinaba este, la nacionalidad no era uno de los factores de discriminación previstos en la Convención<sup>402</sup>.

288. Parecería incorrecto afirmar que, en la causa relativa a la *Aplicación de Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Qatar c. Emiratos Árabes Unidos)*, la Corte reconsideró el enfoque que había adoptado en la causa relativa a *Diallo*<sup>403</sup>. Si bien en aquella causa siguió el razonamiento de la causa relativa a *Diallo* al dejar claro que no había ninguna obligación de seguir las decisiones de otras cortes y tribunales, y no quiso seguir la jurisprudencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ni siquiera para tratar cuestiones del ámbito especial de competencia de dicho órgano, se trataba de un caso especial dado que, para el Comité, las normas de derecho internacional consuetudinario en materia de interpretación de los tratados son, como se afirma en la causa relativa al *Genocidio en Bosnia*, “cuestiones de derecho internacional general que no entran en el ámbito específico de su competencia”<sup>404</sup>. Las normas de derecho internacional consuetudinario en materia de interpretación de los tratados, que figuran entre

<sup>396</sup> *Ibid.*

<sup>397</sup> *Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo) (cuestiones de fondo)*, fallo (véase la nota 369 *supra*), párr. 66.

<sup>398</sup> *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (véase nota 127 *supra*), párr. 403.

<sup>399</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, (véase la nota 131 *supra*), párr. 403.

<sup>400</sup> *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*, págs. 71 y ss., en especial pág. 104, párr 101.

<sup>401</sup> *Ibid.*

<sup>402</sup> Gaja, “The role of human rights treaty bodies...”, pág. 975.

<sup>403</sup> Véase Marius Emberland, “The Committee on the Rights of the Child’s admissibility decisions in the ‘Syrian Camps Cases’ against France: a critique from the viewpoint of treaty interpretation”, *Human Rights Law Review*, vol. 23 (2023), págs. 1 a 11, en especial pág. 11.

<sup>404</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, (véase la nota 131 *supra*), párr. 403.

las cuestiones de derecho internacional general que la Corte está especialmente capacitada para determinar, eran contrarias a la solución del Comité.

289. Hay otras cortes y tribunales internacionales que también se han considerado obligados a tener en cuenta las decisiones de otros órganos, pero no necesariamente a seguirlas. Por ejemplo, en el caso del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia analizado más arriba, la Sala de Apelaciones que conoció de la causa *Tadić* optó por no seguir el fallo de la Corte Internacional de Justicia como “precedente”. Se esforzó en afirmar que “si bien la Sala de Apelaciones tomará necesariamente en consideración las decisiones de otros tribunales internacionales, puede, después de estudiar la cuestión detenidamente, llegar a una conclusión diferente”<sup>405</sup>.

290. La cuestión es que las cortes y tribunales internacionales tienen libertad para examinar la labor de otras cortes y tribunales que pueda ser pertinente para la resolución del asunto que tengan ante sí. En el mismo sentido, y esto es importante, los Estados partes que comparecen en procedimientos ante esas cortes y tribunales citan habitualmente una amplia gama de materiales, incluidas decisiones anteriores, doctrina y otros materiales; es obvio que los consideran pertinentes para la resolución de sus casos. El valor y el peso de esos materiales pueden variar, pero la práctica es casi siempre la misma.

291. En algunos casos, además de los propios tribunales, sus creadores han tratado de asegurar la unidad y coherencia del derecho internacional vinculando la jurisprudencia de los distintos tribunales. Esas iniciativas, aunque no han sido tan frecuentes como deberían, han tenido resultados diferentes e interesantes en algunos contextos. Por ejemplo, cuando establecieron el Tribunal Especial para Sierra Leona, las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona incluyeron en el Estatuto del Tribunal una disposición expresa destinada a evitar la fragmentación que preveía la vinculación de dos tribunales para reforzar la coherencia de su jurisprudencia, como había hecho el Consejo de Seguridad con los Tribunales Penales Internacionales para la ex-Yugoslavia y para Rwanda en 1993 y 1994, respectivamente. El artículo 20, párrafo 3, del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, aprobado por las Naciones Unidas y Sierra Leona en el marco de un tratado bilateral, tenía por objeto limitar la posibilidad de que se dictaran decisiones judiciales contradictorias y la fragmentación del derecho penal internacional<sup>406</sup> al establecer que los magistrados de la Sala de Apelaciones del Tribunal “tomarán como guía las decisiones de la Sala de Apelaciones de los Tribunales Internacionales para la ex-Yugoslavia y para Rwanda. En la interpretación y aplicación del derecho de Sierra Leona, se orientarán por las decisiones de la Corte Suprema de este país”<sup>407</sup>.

292. Incluso en ese contexto, al interpretar la primera parte de esa disposición, la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona adoptó en la causa *Norman* una posición que permitía al tribunal gozar de flexibilidad judicial para decidir los casos:

Sin ánimo de restar valor a las decisiones del Tribunal Penal Internacional para Rwanda y el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia como precedentes o elementos persuasivos, debe subrayarse que el uso de la fórmula “tomarán como guía” en el artículo 20 del Estatuto no impone una utilización ciega y acrítica, ni como precedente ni como elemento persuasivo, de los principios y doctrinas enunciados por nuestros tribunales hermanos [cita traducida]<sup>408</sup>.

<sup>405</sup> *Delalić*, fallo, 20 de febrero de 2001, Sala de Apelaciones (véase la nota 307 *supra*), párr. 24.

<sup>406</sup> Véase el informe del Secretario General sobre el establecimiento de un tribunal especial para Sierra Leona, S/2000/915, párr. 41.

<sup>407</sup> Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona acerca del Establecimiento de un Tribunal Especial para Sierra Leona (con el Estatuto) (Freetown, 16 de enero de 2002), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2178, núm. 38342, pág. 137, en especial pág. 152, art. 20 (sin cursiva en el original). Véase también Tribunal Especial para Sierra Leona, *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao*, causa núm. SCSL-04-15-T, fallo, 2 de marzo de 2009, Sala de Primera Instancia, párr. 295. Véase un comentario sobre las contribuciones de la jurisprudencia del Tribunal Especial para Sierra Leona en Charles Chernor Jalloh, *The Legal Legacy of the Special Court for Sierra Leone* (Cambridge: Cambridge University Press, 2020).

<sup>408</sup> Tribunal Especial para Sierra Leona, *Prosecutor v. Samuel Hinga Norman*, causa núm. SCSL-2003-08-PT, decisión sobre la petición de la Fiscalía de adopción inmediata de medidas

293. La Sala de Apelaciones del Tribunal Especial subrayó esencialmente que la autoridad de otras decisiones también dependía de su carácter persuasivo, y no solo de lo que estuviera legalmente establecido. Esa afirmación va en consonancia con la conclusión de la Comisión en relación con este tema, a saber, que lo más importante es la calidad del razonamiento en la decisión posterior. Además, la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial consideró que, como sala suprema en el sistema de dos niveles del Tribunal Especial, estaba obligada a velar por que las interpretaciones de otros tribunales, aunque se refiriesen a las mismas cuestiones, fueran coherentes con su propio contexto específico previsto en su estatuto:

el Tribunal Especial está facultado para sentar su propia jurisprudencia teniendo en cuenta algunas de las dinámicas socioculturales y jurídicas únicas y diferentes propias del lugar en el que ejerce su jurisdicción. Esto no quiere decir que los principios de derecho racionales y lógicamente correctos enunciados por el Tribunal Penal Internacional para Rwanda y el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia no puedan aplicarse, con las adaptaciones y modificaciones necesarias, a las situaciones de hecho similares planteadas en un procedimiento ante el Tribunal Especial a fin de mantener una coherencia y una uniformidad lógicas en las decisiones judiciales sobre la interpretación y aplicación de las normas procesales y probatorias de los tribunales penales internacionales [cita traducida]<sup>409</sup>.

294. La principal cuestión abordada por un tribunal internacional en sus decisiones sobre una cuestión jurídica es la de determinar el contenido sustantivo de las normas pertinentes y aplicables<sup>410</sup>. Ese análisis abarca un conjunto mucho más amplio de consideraciones y fuentes potenciales, de las que las decisiones judiciales son solo un elemento<sup>411</sup>. Por ello, como han destacado varios magistrados de tribunales internacionales y numerosos académicos, la coherencia y la previsibilidad son positivas para el derecho internacional y, para asegurar esa coherencia, lo más importante es la calidad de la decisión o del argumento.

295. Además de la coherencia y el razonamiento, también contribuyen a la interpretación del derecho los otros medios auxiliares, más allá de las decisiones judiciales. Por ejemplo, la doctrina puede ayudar a confirmar una interpretación concreta incluso cuando no es citada por el tribunal. Debido al escaso uso de la doctrina en los fallos de la Corte Internacional de Justicia, existen límites en este sentido (aunque, como se señala en el primer informe, la Corte se desmarca de la práctica de otros tribunales a este respecto). Se tiende a citar solo a algunos autores, como Anzilotti, Basdevant, Lauterpacht, Fitzmaurice y Oppenheim<sup>412</sup>. Ciertos autores que desarrollaron su obra en campos más especializados del derecho internacional, como Gidel y sus escritos sobre el derecho del mar, también han alcanzado un estatus similar<sup>413</sup>. Así, por citar dos ejemplos, la obra *Le droit international public de la mer*<sup>414</sup> de Gidel ha sido citada por la Corte<sup>415</sup>, tribunales arbitrales<sup>416</sup> y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar<sup>417</sup>, y las ediciones sucesivas de *Oppenheim* han sido citadas, por ejemplo,

---

de protección de testigos y víctimas y de decreto del secreto de las actuaciones, 23 de mayo de 2004, Sala de Primera Instancia, párr. 11.

<sup>409</sup> *Ibid.*

<sup>410</sup> McLachlan, *The Principle of Systemic Integration in International Law*, pág. 233.

<sup>411</sup> *Ibid.*

<sup>412</sup> Pierre-Marie Dupuy, "La pratique de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice dans le cadre des plaidoiries écrites et orales", *Collection of Essays by Legal Advisers of States, Legal Advisers of International Organizations and Practitioners in the Field of International Law* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta E/F/S.99. V.13), págs. 377 a 394, en especial pág. 393; Helmersen, *The Application of Teachings by the International Court of Justice*, pág. 94.

<sup>413</sup> J. P. A. François, "L'influence de la doctrine des publicistes sur le développement du droit international", *Mélanges en l'honneur de Gilbert Gidel* (París, Sirey, 1961), págs. 275 a 281, en especial pág. 281.

<sup>414</sup> Gilbert Gidel, *Le droit international public de la mer*, vols. I a III (Chateauroux, Mellottée, 1932-1934).

<sup>415</sup> *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (véase nota 127 *supra*), párr. 394.

<sup>416</sup> *La Bretagne (Canadá/Francia) International Law Reports*, vol. 82 (1986), pág. 591, en especial pág. 627, párr. 50.

<sup>417</sup> *M/V "Norstar"* (véase nota 201 *supra*), opinión disidente conjunta de los Magistrados Cot, Pawlak, Yanai, Hoffmann, Kolodkin y Lijnzaad y del Magistrado *ad hoc* Treves, párr. 19.

por la Corte<sup>418</sup>, tribunales arbitrales<sup>419</sup> (incluidos los tribunales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional<sup>420</sup>) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>421</sup>. Cuando las cortes y tribunales internacionales y otros que aplican el derecho internacional en distintos ámbitos consultan e invocan la misma doctrina, ello puede contribuir a resolver los problemas de la fragmentación<sup>422</sup>.

296. Cuando una corte o tribunal internacional deba examinar la pertinencia de las decisiones de otros tribunales sobre una cuestión de derecho, el párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto establece el marco para dicho examen. Las decisiones de otros tribunales no son fuentes del derecho en sí mismas; son uno de los medios por los que el tribunal que conoce del asunto puede determinar el contenido de las normas de derecho, ya se encuentren en el derecho internacional consuetudinario, en las convenciones o en los principios generales<sup>423</sup>.

## G. Propuesta de proyecto de conclusión 12: coherencia de las decisiones de cortes y tribunales

297. Habida cuenta del análisis que antecede de las situaciones que podrían socavar la unidad y coherencia del derecho internacional como sistema jurídico, el Relator Especial propone el siguiente proyecto de conclusión, que tiene por objeto promover la unidad y coherencia en la interpretación del derecho internacional. El proyecto de conclusión propuesto consta de dos párrafos. El primero se basa en la indiscutible proposición, puesta de relieve a lo largo de toda la labor de la Comisión sobre la fragmentación, de que el derecho internacional es un sistema jurídico único y unificado. El enunciado, aunque acepta implícitamente que el fundamento jurídico de los tribunales internacionales puede variar, establece que las cortes y tribunales internacionales que tienen el mandato de interpretar y aplicar el derecho internacional deberían promover la coherencia, estabilidad y previsibilidad del sistema jurídico internacional.

298. La segunda oración, cuya parte inicial remite a la declaración de principio que figura en el párrafo 1, aborda específicamente la cuestión de las decisiones contradictorias puesta de manifiesto en el ejemplo de las decisiones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia y de la Corte Internacional de Justicia examinadas en el presente capítulo. Dispone que, al determinar las normas de derecho internacional en consonancia con las fuentes del derecho internacional, cuando parezca existir un conflicto entre las interpretaciones jurídicas o los razonamientos contenidos en las decisiones de diferentes cortes o tribunales sobre esencialmente la misma cuestión, se tendrá en cuenta el interés de lograr la claridad necesaria y la coherencia esencial del derecho internacional.

<sup>418</sup> *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (véase nota 127 *supra*), párr. 394.

<sup>419</sup> *Saudi Arabia v. Arabian American Oil Co. (Aramco)*, laudo, 23 de agosto de 1958, *International Law Reports*, vol. 27 (1963), págs. 117 y ss., en especial pág. 211.

<sup>420</sup> Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Sudapet Company Limited v. Republic of South Sudan*, vaso CIADI núm. ARB/12/26, laudo, 30 de septiembre de 2016, párr. 324; *Sandline International v. Papua New Guinea*, laudo provisional, 9 de octubre de 1998, *International Law Reports*, vol. 117 (1998), págs. 555 a 565, en especial pág. 561, párr. 10.2.

<sup>421</sup> *Bankovic v. Belgium*, decisión, 12 de diciembre de 2001, *International Law Reports*, vol. 123 (2003), pág. 94, párrs. 59 y 60.

<sup>422</sup> Helmersen, *The Application of Teachings by the International Court of Justice*, pág. 175.

<sup>423</sup> McLachlan, *The Principle of Systemic Integration in International Law*, pág. 259.

299. Podría ser útil explicar el razonamiento del Relator Especial. En primer lugar, la referencia a la determinación en un “caso determinado” pretende abarcar tanto los casos contenciosos como las opiniones consultivas. En segundo lugar, cabe señalar que no se hace referencia a las decisiones contradictorias, sino a las interpretaciones jurídicas contradictorias que puedan contener dichas decisiones, distinción que se hace por una sencilla razón: salvo en las circunstancias especificadas, como confirman los proyectos de conclusión sobre el tema aprobados por la Comisión en su 75º período de sesiones, celebrado en 2024, no hay doctrina del *stare decisis* en el derecho internacional. Por consiguiente, no puede exigirse a un tribunal que siga las decisiones de otro, excepto, por supuesto, si ello está específicamente previsto en un instrumento o norma como dispone el proyecto de conclusión 7, relativo a la ausencia de precedente jurídicamente vinculante en el derecho internacional.

300. En tercer lugar, la decisión ha de abordar una cuestión jurídica similar que, por lo tanto, pueda ser útil para resolver la situación planteada. En cuarto lugar, las palabras “parezca haber” pretenden referirse tanto a las situaciones en las que exista un conflicto real como a aquellas en las que solo haya un conflicto aparente. En la práctica, la aplicación de lo expuesto en los párrafos 1 y 2 puede poner de manifiesto que un conflicto aparente no es real. Las palabras “lograr la claridad necesaria y la coherencia esencial del derecho internacional” contenidas en el párrafo 2 se inspiran en el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a *Ahmadou Sadio Diallo*<sup>424</sup>. La Corte destacó que, con ese enfoque, se proporcionaba una mayor seguridad jurídica tanto a los Estados como, en el contexto de dicha causa, a los particulares titulares de determinados derechos garantizados por los Estados. La noción de estabilidad mencionada en el párrafo 1 también recoge la idea de seguridad jurídica.

#### **Proyecto de conclusión 12**

##### **Coherencia de las decisiones de cortes y tribunales**

1. Las cortes o tribunales encargados de interpretar y aplicar el derecho internacional deberían promover, en la medida de lo posible y dentro de los límites de su mandato, la coherencia, estabilidad y previsibilidad del sistema jurídico internacional.
2. De conformidad con el párrafo 1, cuando se determinen las normas de derecho internacional aplicables en un caso determinado y parezca existir un conflicto entre las interpretaciones jurídicas contenidas en decisiones de diferentes cortes o tribunales sobre esencialmente la misma cuestión, se tendrá en cuenta el interés de lograr la claridad necesaria y la coherencia esencial del derecho internacional.

## **VII. La relación entre los “medios auxiliares” para determinar las normas de derecho y los “medios de interpretación complementarios”**

301. En el presente capítulo se aborda la relación entre los “medios auxiliares” para la determinación de las normas de derecho internacional y los “medios de interpretación complementarios” previstos en el derecho de los tratados. Así, se pretende responder a los miembros de la Comisión y los Estados que han pedido que se aclare la cuestión.

302. La idea de proceder a este análisis se remonta a los primeros trabajos de la Comisión sobre el tema, cuando los miembros sugirieron que se examinaran las implicaciones de esta relación a los efectos de la determinación e interpretación de las normas de derecho internacional. Aunque inicialmente no se incluyó en la sinopsis del tema, la cuestión cobró relevancia a raíz de las intervenciones de los Estados en la Sexta Comisión y de los debates posteriores mantenidos en la Comisión. El Relator Especial reconoció explícitamente en los párrafos 62 y 63 de su segundo informe la importancia de la cuestión y se comprometió a

<sup>424</sup> Véase *Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo) (cuestiones de fondo)*, fallo (véase la nota 369 *supra*), párr. 66.

abordarla de forma exhaustiva, como habían solicitado algunos miembros de la Comisión y Estados<sup>425</sup>.

303. Es indiscutible que, como se aprecia en las disposiciones en que se enuncian, ambas nociones cumplen funciones distintas. El párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia incluye expresamente las “decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia” entre los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional, lo que significa que constituyen un mecanismo para aplicar las fuentes del derecho internacional. Por su parte, el artículo 32 de la Convención de Viena de 1969 establece el uso de “medios de interpretación complementarios”, en particular los trabajos preparatorios y las circunstancias de la celebración de un tratado, para confirmar el sentido o determinarlo cuando la interpretación primaria deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a resultados manifiestamente absurdos o irrazonables. Solo se acudirá a medios complementarios después de haber cumplido las etapas analíticas establecidas en la regla general de interpretación de los tratados contenida en el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969. Es fundamental tener presente que se considera que ambas disposiciones constituyen derecho internacional consuetudinario, lo que significa que tienen un amplio ámbito de aplicación.

304. No obstante, la relación entre ambas disposiciones plantea varias cuestiones fundamentales. En primer lugar, está la cuestión de su diferencia conceptual: si representan instrumentos jurídicos realmente distintos o si, al aplicarse, existe un solapamiento significativo entre ellos. En segundo lugar, es preciso examinar la relación jerárquica, si es que existe, entre ellos, en especial en los casos en que ambos puedan ser aplicables. En tercer lugar, hay que tener en cuenta su interacción práctica en el razonamiento judicial, en particular habida cuenta de la diversidad de los enfoques adoptados por las distintas cortes y tribunales internacionales.

305. Este análisis se realiza en un momento especialmente oportuno. Dado que las cortes y tribunales internacionales recurren cada vez más a ambas disposiciones en su jurisprudencia, es esencial comprender la relación entre ellas para mantener la coherencia del razonamiento. Ello es tanto más así por la creciente especialización de los tribunales internacionales y por la posibilidad de que en los distintos foros se adopten enfoques divergentes en los procesos de interpretación y determinación. Algunas de estas cuestiones se abordan en el capítulo anterior dedicado a la “fragmentación” del derecho internacional.

306. El presente análisis tiene por objeto responder a estas cuestiones sin dejar de reconocer ciertos parámetros. Un aspecto esencial a este respecto es que hay una diferencia fundamental entre fuentes y medios auxiliares, ya que las reglas de interpretación de los tratados enunciadas en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena de 1969 se refieren al derecho de las fuentes. Esta diferencia conceptual constituye un importante punto de partida para comprender la relación entre ambas.

## **A. La labor sobre el tema hasta la fecha en relación con el proceso de determinación**

### **1. Los dos informes anteriores del Relator Especial**

307. En su primer informe, el Relator Especial indicó que la función de los medios auxiliares se examinaría en detalle en el segundo informe<sup>426</sup>. Durante los debates mantenidos en la Comisión y en la Sexta Comisión, varios miembros y Estados destacaron la importancia de aclarar la naturaleza y la función precisas de los medios auxiliares<sup>427</sup>.

308. En el segundo informe se abordó esta cuestión con un análisis exhaustivo del carácter auxiliar de los medios auxiliares y su relación con las fuentes del derecho internacional<sup>428</sup>. Sobre la base de ese análisis, el Relator Especial propuso el proyecto de conclusión 6 para

<sup>425</sup> A/CN.4/769, párrs. 62 y 63.

<sup>426</sup> Véase A/CN.4/760, párr. 388.

<sup>427</sup> A/78/10, párrs. 84 a 98.

<sup>428</sup> Véase A/CN.4/769, párrs. 64 a 126.

cristalizar las características esenciales de los medios auxiliares y su funcionamiento en la práctica. En las secciones siguientes se examinan los aspectos clave de ese proyecto de conclusión y su relación con el marco analítico más general expuesto en el segundo informe<sup>429</sup>.

309. El proyecto de conclusión desarrolla varios aspectos esenciales de la naturaleza y la función de los medios auxiliares. Su estructura en niveles, de manera que se aborda primero la naturaleza (apdo. a)) y luego la función (apdo. b)), proporciona un marco para comprender qué son los medios auxiliares y cómo funcionan en la práctica.

310. El apartado a) establece la relación fundamental entre los medios auxiliares y las fuentes formales al afirmar, a raíz del análisis expuesto en el segundo informe sobre la distinción jerárquica entre el párrafo 1 a) a c) Artículo 38 y el párrafo 1 d) de ese artículo<sup>430</sup>, que los medios auxiliares tienen “naturaleza auxiliar”. La elección del adjetivo “*auxiliary*” en la versión en inglés refleja los debates lingüísticos señalados en la primera sesión, en la que los problemas de traducción entre “*subsidiary*”, “*auxiliary*” y “*auxiliaire*” pusieron de manifiesto matices conceptuales<sup>431</sup>.

311. Resulta significativo que el apartado b) amplíe el alcance funcional de los medios auxiliares más allá de la mera “determinación” para abarcar tres funciones distintas pero conexas: la identificación, la interpretación y la aplicación. La mención de esas tres funciones representaba un importante esfuerzo por desarrollar los análisis anteriores, centrados sobre todo en la determinación, y reconocía que los medios auxiliares desempeñaban un papel más complejo que el de ayudar simplemente a determinar la existencia de normas.

312. Esa concepción más amplia de la función de los medios auxiliares iba en consonancia con el análisis contenido en el segundo informe sobre los dos niveles de determinación jurídica<sup>432</sup>. El primer nivel implicaba el recurso directo a las fuentes, mientras que el segundo implicaba el uso indirecto de medios auxiliares para identificar, interpretar y aplicar las normas.

313. Con la formulación del proyecto de conclusión se pretendía reconocer la interpretación como una de las funciones básicas de los medios auxiliares respecto de todas las fuentes del derecho internacional. Ese enfoque más general reconocía que los medios auxiliares podían ayudar a interpretar no solo las disposiciones de los tratados, sino también las normas consuetudinarias y los principios generales del derecho.

314. La expresión “se recurre [...] principalmente” del apartado b) indica que, si bien los medios auxiliares cumplen principalmente esas funciones, también pueden servir para otros fines. Esto concuerda con lo expuesto en el segundo informe sobre la histórica solución de

<sup>429</sup> Las observaciones que figuran de la presente sección se refieren al proyecto de conclusión 6 propuesto por el Relator Especial en su segundo informe (A/CN.4/769):

“Proyecto de conclusión 6

Naturaleza y función de los medios auxiliares

a) Los medios subsidiarios tienen naturaleza auxiliar respecto de las fuentes del derecho internacional que se encuentran en los tratados, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho.

b) Se recurre a los medios auxiliares principalmente para identificar, interpretar y aplicar las normas de derecho internacional derivadas de las fuentes del derecho internacional.”

El proyecto de artículo 6 aprobado provisionalmente por la Comisión (A/79/10, párr. 74) dice lo siguiente:

“Conclusión 6

Naturaleza y función de los medios auxiliares

1. Los medios auxiliares no son una fuente del derecho internacional. La función de los medios auxiliares es ayudar a determinar la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional.

2. La utilización de materiales como medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional se entiende sin perjuicio de su utilización para otros fines.”

<sup>430</sup> A/CN.4/769, párr. 78.

<sup>431</sup> Véase A/CN.4/SR.3633, pág. 5.

<sup>432</sup> Véase A/CN.4/769, párrs. 79 a 82.

compromiso a que se llegó cuando se redactó el Artículo 38, al reconocer que la jurisprudencia podía “moldear, configurar o incluso desarrollar el derecho internacional” y mantener al mismo tiempo su carácter auxiliar<sup>433</sup>.

315. La estructura del proyecto de conclusión también reflejaba el enfoque en dos etapas esbozado en el segundo informe respecto de la determinación jurídica. Al establecer primero el carácter auxiliar de los medios auxiliares y detallar después sus funciones específicas, mantenía la distinción esencial entre fuentes y medios auxiliares, al tiempo que reconocía la importancia práctica de estos.

316. La referencia a las “normas de derecho internacional derivadas de las fuentes” en el apartado b) reforzaba la relación auxiliar establecida en el apartado a). Destacaba que los medios auxiliares siempre funcionaban en referencia a fuentes primarias, apoyando la afirmación del Relator Especial en el segundo informe de que “no pueden ser autónom[os], sino que deben remitir a otras fuentes jurídicas”<sup>434</sup>.

317. Con esa formulación se abordaba la tensión histórica señalada en el informe entre quienes consideraban que los medios auxiliares se limitaban a identificar las normas existentes y quienes reconocían la posible contribución de estos al desarrollo del derecho<sup>435</sup>. El proyecto de conclusión pretendía lograr un equilibrio entre estas perspectivas al reconocer que los medios auxiliares cumplen múltiples funciones sin dejar de tener naturaleza auxiliar, en lugar de una única función omnicomprendiva que no tiene en cuenta las múltiples formas en que se manifiestan en la práctica.

318. El enfoque adoptado en el proyecto de conclusión también tiene implicaciones prácticas. Sugiere que los medios auxiliares pueden utilizarse legítimamente no solo para establecer la existencia de normas, sino también para comprender su sentido y su aplicación. Ese ámbito funcional más amplio refleja la realidad de la práctica jurídica internacional.

## 2. El análisis de los medios complementarios en la Comisión

319. El análisis del segundo informe del Relator Especial por la Comisión abrió un importante debate sobre la relación entre los medios auxiliares y la interpretación, en particular en relación con el proyecto de conclusión 6. El reconocimiento por el Relator Especial de la necesidad de abordar en un futuro informe el vínculo entre los medios auxiliares y los medios de interpretación complementarios previstos en la Convención de Viena de 1969 es un importante punto de partida para futuros análisis<sup>436</sup>, concretamente de la relación entre el párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y el artículo 32 de la Convención de Viena de 1969.

320. El debate se centró en la propuesta de formulación del apartado b) del proyecto de conclusión 6, que establece que “se recurre principalmente a medios auxiliares para identificar, interpretar y aplicar las normas de derecho internacional”<sup>437</sup>. Se criticó<sup>438</sup> que esa formulación indicaba cuándo se utilizan los medios auxiliares en lugar de describir su función, y que debía centrarse la atención en la determinación de la existencia y el contenido de las normas. Esta intervención puso de manifiesto la posible tensión entre la interpretación como función y el papel más fundamental de la determinación. El uso del término “principalmente” y la omisión de otras funciones, como la de asegurar la previsibilidad y la coherencia<sup>439</sup>, hacían aún más difícil conocer el alcance de los medios auxiliares.

321. A continuación, el debate se amplió para abordar la aplicación práctica de los medios auxiliares para la interpretación. Se estudió el papel de las cortes y tribunales nacionales y se afirmó que<sup>440</sup>, aunque no estaban vinculados por las decisiones de la Corte Internacional de

<sup>433</sup> *Ibid.*, párr. 87.

<sup>434</sup> *Ibid.*, párr. 82, donde se cita Andenas y Leiss, “The systemic relevance of ‘judicial decisions’ in Article 38 of the ICJ Statute”, pág. 927.

<sup>435</sup> *Ibid.*, párrs. 84 a 87.

<sup>436</sup> *Ibid.*, párr. 8.

<sup>437</sup> *Ibid.*, párr. 126.

<sup>438</sup> A/CN.4/SR.3663 (provisional), pág. 11 (Sr. Oyarzábal).

<sup>439</sup> *Ibid.*

<sup>440</sup> *Ibid.*, pág. 8 (Sr. Reinisch).

Justicia, las cortes y tribunales nacionales las utilizaban como autoridad interpretativa y se sentían obligados a tenerlas en cuenta. Ello ponía de manifiesto una relación matizada entre los medios auxiliares y la interpretación a nivel nacional. Para destacar aún más las variaciones existentes en la práctica, el ejemplo del enfoque adoptado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica sobre las interpretaciones de la Corte Interamericana<sup>441</sup> demostraba que algunos sistemas jurídicos atribuían a los medios auxiliares una visión que iba más allá de la función interpretativa. Ello llevó a que se solicitara<sup>442</sup> la adopción de un enfoque metodológico más amplio que no solo examinara la práctica de la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, sino que estudiara también la de los tribunales regionales de derechos humanos, el arreglo de controversias entre inversores y Estados y el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC.

322. Por último, en el debate se abordaron consideraciones teóricas más generales. El principio, propio del estado de derecho, de que los casos similares reciban el mismo tratamiento, con independencia de la tradición jurídica<sup>443</sup>, proporcionó un contexto más amplio para comprender la función de los medios auxiliares en la interpretación. El “control de convencionalidad”<sup>444</sup> de la Corte Interamericana es un ejemplo de cómo algunos tribunales amplían los efectos de sus interpretaciones, difuminando la delimitación entre la función interpretativa del párrafo 1 d) del Artículo 38 y el desarrollo más amplio del derecho internacional.

323. En una contribución esencial<sup>445</sup>, se hizo un análisis comparativo del artículo 32 de la Convención de Viena de 1969 y el párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, destacando sus diferencias fundamentales. En ese análisis se puso de relieve que el artículo 32 se centra únicamente en la interpretación de los tratados, mientras que el párrafo 1 d) del Artículo 38 aborda la tarea más amplia de determinar las normas de derecho, que va más allá de una mera interpretación. Se subrayó la diferencia entre los medios “complementarios” previstos en la Convención de Viena de 1969 y los medios “auxiliares” previstos en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, así como las diferentes finalidades y destinatarios de ambas disposiciones. Se suscribió<sup>446</sup> esa distinción entre formación, interpretación y determinación del derecho, haciendo referencia al memorando de la Secretaría.

324. A pesar de esta aclaración, siguió habiendo polémica sobre si la interpretación debía considerarse una función distinta de la determinación o un componente de esta. Se cuestionó que en el apartado b) del proyecto de conclusión 6 se hablara de “identificar” y “aplicar” además de “interpretar”<sup>447</sup>, lo que parecía indicar una preferencia por mantener una separación clara entre la interpretación y la función determinante más amplia de los medios auxiliares.

325. Las ambigüedades terminológicas plantearon otras complejidades, y se destacó la necesidad de diferenciar entre las funciones “auxiliar” y “de asistencia”, así como entre “determinación” e “identificación”<sup>448</sup>. Algunos miembros señalaron que la “determinación” era equivalente a la “identificación” o, al menos, formaba parte de esta. Un examen de la formulación empleada por los magistrados de la Corte Internacional de Justicia en función de la finalidad con la que recurren a medios auxiliares —hablan de “declarar” y “apoyar” para identificar la existencia de una norma, y de “interpretar”, “definir” y “aclarar” para identificar el contenido de una norma<sup>449</sup>— pone de manifiesto variaciones funcionales matizadas. Ese análisis lingüístico indica que la relación entre determinación e interpretación es más compleja de lo que parecía en un principio.

<sup>441</sup> *Ibid.*, págs. 13 y 14 (Sr. Galindo).

<sup>442</sup> *Ibid.*, pág. 13.

<sup>443</sup> *Ibid.*, pág. 9 (Sr. Reinisch).

<sup>444</sup> *Ibid.*, pág. 14 (Sr. Galindo).

<sup>445</sup> A/CN.4/SR.3664 (provisional), pág. 12 (Sr. Mangklatanakul).

<sup>446</sup> A/CN.4/SR.3664 (provisional), pág. 3 (Sr. Forteau).

<sup>447</sup> *Ibid.*, pág. 14 (Sr. Asada).

<sup>448</sup> A/CN.4/SR.3665 (provisional), pág. 3 (Sra. Ridings).

<sup>449</sup> *Ibid.*, págs. 3 y 4.

326. También se hizo hincapié en la diferencia entre los medios auxiliares y los principios de interpretación de la Convención de Viena de 1969<sup>450</sup> y se argumentó que estos últimos estaban relacionados con el derecho de las fuentes y tenían una naturaleza distinta a la de los medios auxiliares. Se expresó preocupación por el uso ambiguo de términos como “auxiliar”, “subsidiario” y “de subsanación de lagunas” y se prestó especial atención a las posibles implicaciones de la función “de subsanación de lagunas” para entender los medios auxiliares<sup>451</sup>. Se subrayó la necesidad de aclarar las definiciones de esos términos y la distinción entre ellos<sup>452</sup>, y se planteó la cuestión de si el apartado b) del proyecto de conclusión 6 reflejaba de forma exhaustiva todas funciones de los medios auxiliares.

327. Añadiendo una perspectiva lingüística, se señaló<sup>453</sup> que la traducción de “medios auxiliares” al chino indicaba claramente que no son una fuente, lo que reforzaba el argumento de que sirven principalmente de ayuda para determinar las normas de derecho. Se destacó la importancia de respetar las reglas de interpretación de los tratados establecidas en la Convención de Viena de 1969<sup>454</sup>, haciendo referencia al fallo de 1950 de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa al *Derecho de asilo*. También se reconocieron las dificultades de la traducción a los distintos idiomas<sup>455</sup> y se indicó que, para superar esos problemas lingüísticos, podía ser de utilidad centrarse en que los medios auxiliares no son una fuente del derecho.

328. Por último, se estudiaron las implicaciones de aplazar el examen de las decisiones judiciales como medios de interpretación complementarios<sup>456</sup> y se destacó la causa relativa a *LaGrand* y sus repercusiones en la interpretación que otros tribunales hacen de sus tratados constitutivos. La aplicación retrospectiva de la interpretación de la causa relativa a *LaGrand* y la distinción entre precedente *de facto* y reglas de interpretación formales<sup>457</sup> pusieron aún más de relieve la compleja interacción entre los medios auxiliares, la interpretación y el desarrollo del derecho internacional.

329. Aunque aprecia profundamente las contribuciones de todos los miembros en relación con el tema, incluidos los argumentos a favor y en contra en el debate entre “determinación” e “identificación”, el Relator Especial se encuentra en una difícil posición. Muchos miembros de la Comisión indican en sus observaciones que solo atribuyen una función a los medios auxiliares. Otros, en cambio, señalan que tal vez esos medios cumplan funciones múltiples. Están también los miembros que, sin oponerse abiertamente a ninguna teoría, creen que los medios auxiliares cumplen una función general pero están dispuestos a reconocer, si no aceptar, que, en la práctica, también desempeñan ciertas funciones secundarias.

### 3. Observaciones de los Estados en la Sexta Comisión

330. Durante el debate en la Sexta Comisión se expusieron diversas opiniones sobre el tema de los medios auxiliares, en especialmente en relación con la interpretación de los tratados. Los aspectos más generales del debate se examinaron en el capítulo II del presente informe. En la presente sección se repasan las observaciones en las que se abordó directamente la cuestión que se examina en el presente capítulo, a saber, la relación entre los medios de interpretación complementarios y los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional.

331. Si bien los Estados reconocen en general la naturaleza auxiliar de los medios auxiliares, sus posiciones varían en cuanto a la medida en que esos medios deben influir en la interpretación del derecho internacional y la forma en que se relacionan con los medios de interpretación complementarios enunciados en el artículo 32 de la Convención de Viena de 1969. Tal vez basten algunos ejemplos para aclarar los puntos más esenciales. La Unión Europea, aunque se refirió principalmente a la naturaleza de los medios auxiliares y a su

<sup>450</sup> *Ibid.*, pág. 6 (Sr. Paparinskis).

<sup>451</sup> A/CN.4/SR.3666 (provisional), pág. 15 (Sr. Lee).

<sup>452</sup> *Ibid.*, pág. 3 (Sra. Oral).

<sup>453</sup> *Ibid.*, pág. 18 (Sr. Huang).

<sup>454</sup> *Ibid.*; véase también *ibid.*, págs. 11 y 12 (Sr. Fife).

<sup>455</sup> *Ibid.*, págs. 5 y 6 (Sr. Zagaynov).

<sup>456</sup> A/CN.4/SR.3667 (prov.), págs. 6 y 7 (Sra. Okowa).

<sup>457</sup> *Ibid.*, págs. 7 y 8.

relación con las fuentes del derecho, vinculó expresamente los medios auxiliares al proceso de interpretación<sup>458</sup>. No se trata simplemente de reconocer que los medios auxiliares determinan las normas; estos contribuyen activamente “a la interpretación, aplicación y desarrollo de la voluntad expresada por los sujetos de derecho internacional”<sup>459</sup>. Con ello parece atribuir un papel dinámico a los medios auxiliares, no solo en la identificación de las normas existentes, sino también en la configuración de su sentido y aplicación en contextos cambiantes. El énfasis de la Unión Europea en el “desarrollo” indica además que los medios auxiliares pueden desempeñar un papel en el desarrollo progresivo del derecho internacional a través de la interpretación.

332. Dinamarca, en nombre de los países nórdicos<sup>460</sup>, también se centró en la función interpretativa de los medios auxiliares<sup>461</sup>. Señalaron que el párrafo 1 d) del Artículo 38 se refiere a una “fuente material” del derecho que proporciona “una prueba útil y sustancial que pue[de] ayudar e influir en la interpretación”<sup>462</sup>. Con esa formulación se señala que, en lugar de limitarse a dar una respuesta estática, los medios auxiliares contribuyen activamente al proceso de interpretación. El uso del verbo “influir” da a entender que los medios auxiliares pueden configurar el resultado de la interpretación, lo que pone de relieve su potencial impacto en el sentido del derecho internacional<sup>463</sup>.

333. El Brasil<sup>464</sup>, al igual que otras delegaciones, planteó la cuestión de los fines de los medios auxiliares y pidió que se aclarara qué otros fines podrían tener además de determinar la existencia y el contenido de las normas.

334. Israel<sup>465</sup> distinguió claramente entre fuentes del derecho internacional y medios auxiliares y subrayó que estos últimos eran “herramientas interpretativas para ayudar a identificar y clarificar las normas existentes”. Con esa afirmación se asocia expresamente a los medios auxiliares al proceso de interpretación. Israel considera que los medios auxiliares no están concebidos para crear nuevo derecho, sino para ayudar a comprender el sentido de las normas existentes. Ello concuerda con la interpretación tradicional del párrafo 1 d) del Artículo 38, según la cual estos proporcionan herramientas para comprender el derecho y no constituyen una fuente del derecho en sí misma. Al hacer hincapié en la función “clarificadora” de los medios auxiliares, Israel sugiere que pueden utilizarse para resolver ambigüedades o falta de claridad en el sentido del derecho internacional, lo que constituye un aspecto esencial de la interpretación.

335. El Canadá destacó el papel práctico de los medios auxiliares en situaciones en las que los Estados no pueden ponerse de acuerdo sobre la interpretación de las normas. Con ello se reconoce que la interpretación no siempre es un proceso sencillo y que los medios auxiliares pueden ser especialmente útiles para resolver las controversias sobre el sentido de una norma. La declaración del Canadá da a entender que los medios auxiliares pueden utilizarse para establecer un entendimiento común del sentido de una norma que se encuentra en las fuentes de las obligaciones vinculantes, incluso cuando los Estados parten de interpretaciones diferentes<sup>466</sup>.

336. El Reino de los Países Bajos, que vinculó expresamente los medios auxiliares a la interpretación a aplicación del derecho internacional, señaló que la labor sobre el tema podría ayudar a determinar cómo el derecho indicativo podría contribuir a esos procesos. Ello da a entender que los medios auxiliares no se limitan a las fuentes tradicionales del derecho, sino que también pueden incluir instrumentos no vinculantes<sup>467</sup>.

<sup>458</sup> Véase Unión Europea (A/C.6/79/SR.25).

<sup>459</sup> *Ibid.*

<sup>460</sup> Véase Dinamarca (en nombre de los países nórdicos) (*ibid.*).

<sup>461</sup> *Ibid.*

<sup>462</sup> *Ibid.*

<sup>463</sup> *Ibid.*

<sup>464</sup> Véase Brasil (*ibid.*).

<sup>465</sup> Véase Israel (A/C.6/79/SR.26).

<sup>466</sup> Véase Canadá (*ibid.*).

<sup>467</sup> Véase Reino de los Países Bajos (*ibid.*).

337. Australia<sup>468</sup> abordó directamente la relación entre los medios auxiliares y los medios de interpretación complementarios previstos en el artículo 32 de la Convención de Viena de 1969<sup>469</sup>, lo que pone de relieve el posible solapamiento entre estos dos conjuntos de herramientas<sup>470</sup>. El hecho de que Australia invitara a la Comisión a que expusiera su punto de vista sobre esta relación sugiere la necesidad de más claridad sobre la forma en que interactúan estas herramientas<sup>471</sup>.

338. Egipto planteó una cuestión sobre la relación entre las fuentes primarias del derecho internacional y los medios auxiliares, y concretamente quiso saber cómo distinguir los procesos de “interpretación, aplicación, identificación y comprobación” del proceso de “determinación de las normas de derecho”<sup>472</sup>. Esa preocupación indica que es posible que no siempre esté clara la diferencia entre interpretar una norma y determinar su existencia o contenido, y que los medios auxiliares pueden desempeñar un papel en ambos procesos<sup>473</sup>.

339. Los Estados Federados de Micronesia hicieron hincapié en el papel fundamental de los medios auxiliares para la “identificación, interpretación y aplicación de las normas del derecho internacional”<sup>474</sup>, asociando expresamente los medios auxiliares a estos tres procesos.

340. Chile afirmó que los medios auxiliares se utilizan para “determinar la existencia de una norma” y para “interpretar normas cuya existencia no está en cuestión”<sup>475</sup>. Así se asocia expresamente a los medios auxiliares tanto a la identificación como a la interpretación del derecho internacional. Chile considera que los medios auxiliares no son solo instrumentos para encontrar nuevas normas, sino también para comprender el sentido de las normas existentes. Sierra Leona, por su parte, señaló que una aplicación más amplia de los medios auxiliares, especialmente en ámbitos en desarrollo del derecho internacional, puede contribuir a un “marco jurídico más dinámico y receptivo”<sup>476</sup>.

341. Para concluir este breve repaso, es evidente que los Estados tienen puntos de vista diferentes sobre el vínculo entre la interpretación y la determinación de las normas. En términos generales, y a partir de lo observado en los debates celebrados en los dos últimos años por la Comisión en sesión plenaria, el Relator Especial considera que existe una diferencia de opiniones similar entre sus miembros. Por ello, aunque inicialmente no figuraba en su propuesta de programa de trabajo, considera que la falta de claridad a ese respecto justifica un examen de la cuestión. Además de abordar una cuestión sustantiva potencialmente importante con la que se podría añadir más valor al estudio del tema, la decisión del Relator Especial de aceptar la invitación de proceder al presente examen constituye un valioso ejemplo del carácter constructivo del diálogo entre los Estados en la Sexta Comisión y los miembros de la Comisión, empezando por sus relatores especiales.

## B. Resumen del problema y disposiciones pertinentes

342. Como se señala en los párrafos 62 y 63 del segundo informe, un aspecto importante que queda por abordar es la relación entre los medios auxiliares previstos en el párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, los medios de interpretación previstos en el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 (que enuncia la regla general) y los medios de interpretación complementarios previstos en el artículo 32<sup>477</sup>. Esa relación debe analizarse en detalle, dada la posibilidad de solapamiento e interacción entre estas disposiciones fundamentales que proporcionan orientación a los Estados, las organizaciones internacionales, y las cortes y tribunales internacionales, entre otros, en su labor. La propia

<sup>468</sup> Véase Australia (*ibid.*).

<sup>469</sup> *Ibid.*

<sup>470</sup> *Ibid.*

<sup>471</sup> *Ibid.*

<sup>472</sup> Véase Egipto (A/C.6/79/SR.27).

<sup>473</sup> *Ibid.*

<sup>474</sup> Véase Estados Federados de Micronesia (*ibid.*).

<sup>475</sup> Véase Chile (*ibid.*).

<sup>476</sup> Véase Sierra Leona (*ibid.*).

<sup>477</sup> A/CN.4/769, párrs. 62 y 63.

labor de la Comisión, expuesta en los memorandos primero y segundo de la Secretaría, da a entender que esta acepta que dichos materiales cumplen otra función en el marco de otros temas, como el de los acuerdos ulteriores y la práctica posterior en relación con la interpretación de los tratados.

343. Uno de los principales motivos de confusión es la formulación de ambas disposiciones, ya que las palabras “auxiliar” y “complementario” dan a entender que los “medios” en cuestión cumplen funciones similares. En cuanto a las disposiciones pertinentes propiamente dichas, el párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que la Corte deberá aplicar:

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<sup>478</sup>.

344. El artículo 32 de la Convención de Viena de 1969, después de especificar claramente la secuencia de las cuatro etapas de la regla general de interpretación del artículo 31, 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.

345. Se aprecia un solapamiento evidente en la forma en que los tribunales utilizan estas herramientas en la práctica. Por ejemplo, cuando un juez o árbitro o un profesional del derecho consultan decisiones judiciales anteriores o trabajos académicos para interpretar una disposición de un tratado, el juez o árbitro puede estar recurriendo a dichos materiales simultáneamente como medios auxiliares para determinar normas en el sentido del párrafo 1 d) del Artículo 38 y como medios de interpretación, complementarios o no, para establecer la interpretación correcta de una norma que ya ha sido determinada.

346. No cabe duda de que hay una clara diferencia entre las finalidades de ambas disposiciones. Como se explica con gran detalle en el primer informe, el párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto es la disposición sobre el derecho aplicable y, por tanto, una instrucción a la Corte en la que se enumeran los “medios” que deben utilizarse a efectos de determinar el derecho enunciado anteriormente en los apartados a) a c) del párrafo 1, mientras que el artículo 32 de la Convención de Viena de 1969 se ocupa de las cuestiones relativas a la interpretación de los tratados y forma parte de un conjunto de tres disposiciones de la conocida sección 3 de la tercera parte, relativa a la observancia, aplicación e interpretación de los tratados. Aun admitiendo la posibilidad de que se den situaciones más exóticas en los que sea necesario “interpretar” normas consuetudinarias de derecho internacional, ambas funciones son claramente distintas.

347. Dicho esto, es evidente que distinguir entre ambas operaciones —es decir, entre la determinación de las normas de derecho y su interpretación— es mucho más fácil en teoría que en la práctica. A este respecto, cabe considerar dos escenarios principales. El primero, que el presente informe no pretende abordar, es el de los casos en que, al determinar las normas que deben aplicarse, puede surgir la necesidad de interpretar materiales. En este sentido, puede decirse que el ejercicio se inscribe en el proceso de determinación de la norma: el proceso interpretativo no es tanto un requisito necesario y lógico para determinar la existencia y el contenido de la norma como parte del propio proceso de determinación. Es cierto que puede ser necesario interpretar una norma así determinada para establecer su contenido, pero se trata de procesos intelectuales diferentes.

348. El segundo, que se aborda en el presente capítulo, se da en cambio cuando se plantea una disposición de un tratado y se recurre a materiales que cabe calificar de medios auxiliares en el sentido del análisis llevado a cabo por la Comisión en relación con el presente tema a

<sup>478</sup> Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Artículo 38, párr. 1 d).

fin de interpretar normas como se indica en los dos anteriores informes. Así pues, se plantean otras dos posibilidades: en primer lugar, los “medios auxiliares” en cuestión pueden desempeñar un papel a efectos de la interpretación de los tratados en virtud de la regla general de interpretación de los tratados establecida en el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969. En segundo lugar, y en consonancia con lo debatido hasta ahora en la Comisión, esos mismos materiales pueden ser pertinentes como medios complementarios para la determinación de las normas de derecho según lo previsto en el artículo 32 de la Convención de Viena de 1969.

## C. Límites al uso de medios auxiliares como instrumentos de interpretación

### 1. La distinción entre las funciones general y específicas de los medios auxiliares

349. En los informes anteriores se definía la interpretación como una función específica de los medios auxiliares, distinta de su papel en la determinación o identificación de las normas. Esta función interpretativa se reconoce explícitamente al afirmar que los medios auxiliares pueden servir de “medio para interpretar o complementar las normas de derecho internacional”<sup>479</sup>. Asimismo, contribuye a fomentar “la coherencia o la naturaleza sistémica del derecho internacional como sistema jurídico”<sup>480</sup>. Existen varios ejemplos de esa función interpretativa en la práctica, entre ellos algunos en la Corte Penal Internacional<sup>481</sup> y en cortes y tribunales nacionales<sup>482</sup>. Esta función interpretativa es especialmente evidente en ámbitos complejos como el derecho internacional humanitario<sup>483</sup>.

350. En los informes se destaca que la interpretación sigue siendo distinta de la determinación, aunque se reconoce su interrelación en la práctica. Así quedó reflejado en el proyecto de conclusión 6 propuesto por el Relator Especial, que mencionaba expresamente la interpretación junto a la identificación y la aplicación<sup>484</sup>. La función interpretativa permite asegurar la integración efectiva de las normas determinadas en el marco más general del derecho internacional, lo que demuestra cómo los medios auxiliares pueden funcionar de manera flexible manteniendo su carácter auxiliar<sup>485</sup>. Esta función de interpretación parece especialmente importante cuando se plantean conceptos jurídicos generales que es necesario precisar en detalle para poder aplicarlos debidamente.

### 2. El caso especial de la cosa interpretada

351. Dicho todo lo que antecede, hay un caso especial que se aparta un poco del marco general esbozado anteriormente: el del Artículo 63 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Esa disposición establece un mecanismo único por el que los Estados partes en una convención que se esté interpretando pueden intervenir en el proceso y quedar obligados por la interpretación de la Corte<sup>486</sup>.

<sup>479</sup> Véase A/CN.4/769, párr. 124.

<sup>480</sup> *Ibid.*

<sup>481</sup> *Prosecutor v. Germain Katanga*, causa núm. ICC-01/04-01/07, fallo dictado de conformidad con el artículo 74 del Estatuto, 7 de marzo de 2014, Sala de Primera Instancia II, párr. 47 (donde se afirma que, cuando es preciso interpretar los textos primarios, “es posible que la Sala tenga [...] que acudir a la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* y otros tribunales en la materia”).

<sup>482</sup> En referencia, entre otros, a Estados Unidos, *United States v. Yousef*, 327 F.3d 56 (Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Segundo Circuito, 2003), párr. 86 (donde se afirma que los medios auxiliares pueden ser útiles para explicar o aclarar un principio jurídico establecido).

<sup>483</sup> Shane Darcy, *Judges, Law and War: The Judicial Development of International Humanitarian Law*, (Cambridge: Cambridge University Press 2014), pág. 65. Véase también Kanstantsin Dzehtsiarou y Niccolò Ridi, “The use of scholarship by the European Court of Human Rights”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 73 (2024), págs. 707 a 746 (donde se concluye que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene más probabilidades de recurrir a la doctrina para interpretar los instrumentos y conceptos del derecho internacional humanitario).

<sup>484</sup> Véase A/CN.4/769, párr. 126.

<sup>485</sup> *Ibid.*, párr. 124.

<sup>486</sup> *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan) (declaración de intervención de Nueva Zelandia)*, providencia de 6 de febrero de 2013, *I.C.J. Reports 2013*, pág. 3, párr. 20.

352. Se plantean tres cuestiones fundamentales en relación con el alcance de esa obligatoriedad. La primera se refiere a su alcance temporal, es decir, a si la interpretación no es obligatoria sino para los Estados intervinientes y respecto del caso que ha sido decidido (siguiendo el enfoque del Artículo 59) o si también es obligatorio seguir esa interpretación en todos los casos futuros<sup>487</sup>. En el segundo caso, se impondría a los intervinientes una carga mayor que la que el Artículo 59 impone a las partes. Como se señala en un destacado comentario, esa obligatoriedad también debe limitarse al fallo dictado en la causa, ya que no tendría sentido que un tercer Estado estuviera más obligado por un fallo que las partes en el litigio<sup>488</sup>.

353. La segunda cuestión se refiere a la reciprocidad: si la obligatoriedad es unilateral y afecta únicamente al interviniente o crea obligaciones mutuas entre el interviniente y las partes. El Magistrado Gaja argumenta convincentemente que la expresión “igualmente obligatoria” del Artículo 63 parece indicar la existencia de obligaciones recíprocas, ya que, de lo contrario, la disposición “penalizaría indebidamente al interviniente”<sup>489</sup>. Esta interpretación se ajusta al principio de que los intervinientes no deben soportar más carga que las partes.

354. La tercera cuestión se refiere a la naturaleza del propio efecto obligatorio, que difiere de la cosa juzgada tradicional en varios aspectos. Mientras que lo que surte efecto de cosa juzgada es principalmente la parte dispositiva del fallo, el efecto vinculante del Artículo 63 opera sobre todo a través del razonamiento interpretativo de la Corte<sup>490</sup>. Además, el interviniente consigue este efecto vinculante sin llegar a ser parte en la causa<sup>491</sup>. Así se crea un efecto único híbrido-obligatorio para los participantes en el proceso, pero distinto del pleno efecto de cosa juzgada<sup>492</sup>. Estas cuestiones ponen de relieve la singularidad del Artículo 63. Sin embargo, la opinión más aceptada parece ser que este efecto obligatorio: a) se limita temporalmente al caso que ha sido decidido; b) opera recíprocamente entre los intervinientes y las partes; y c) se centra específicamente en la interpretación del tratado, y no en la controversia en general.

### 3. La noción de cosa interpretada en el derecho de los derechos humanos

355. El principio de cosa interpretada, aunque no se menciona expresamente en el Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>493</sup>, tiene una importancia considerable en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en particular en lo que respecta a la aplicación de sus sentencias a nivel nacional. Se ha considerado que los artículos 1, 19 y 32 del Convenio y el principio de cosa interpretada sustentan el enfoque adoptado por el Tribunal para dar efecto a sus pronunciamientos en el plano nacional<sup>494</sup>, lo que concuerda con la importancia que el Comité Directivo de Derechos Humanos atribuye a que los Estados integren la jurisprudencia de Estrasburgo en su legislación nacional<sup>495</sup>.

<sup>487</sup> Alina Miron y Christine Chinkin, “Article 63”, en Andreas Zimmermann (ed.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3ª ed. (Oxford, Oxford University Press, 2019), págs. 1741 a 1774, párr. 65.

<sup>488</sup> *Ibid.*, nota 187, donde se cita a J.H.W. Verzijl, *Jurisprudence of the World Court: A Case by Case Commentary*, vol. I: *The Permanent Court of Justice (1922-1940)* (Leiden, Sijhoff, 1965), pág. 21.

<sup>489</sup> *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan), Declaration of Intervention of New Zealand* (véase la nota 486 *supra*), declaración del Magistrado Gaja, págs. 41 y 42.

<sup>490</sup> Miron y Chinkin, “Artículo 63”, párr. 63.

<sup>491</sup> *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan), Declaration of Intervention of New Zealand* (véase la nota 486 *supra*), párr. 18.

<sup>492</sup> Miron y Chinkin, “Artículo 63”, párr. 63.

<sup>493</sup> Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 213, núm. 2889, pág. 221.

<sup>494</sup> Oddný Mjöll Arnardóttir, “*Res interpretata, erga omnes* effect and the role of the margin of appreciation in giving domestic effect to the judgments of the European Court of Human Rights”, *European Journal of International Law*, vol. 28 (2017), págs. 819 a 844, págs. 839 a 843.

<sup>495</sup> Consejo de Europa, “Steering Committee for Human Rights (CCDH) Meeting Report” 29 de noviembre de 2024 (CDDH(2024)R101), párrs. 36 y 37.

356. El efecto *erga omnes* de las sentencias del Tribunal se deriva de la obligación jurídica de los Estados contratantes de atenerse a la interpretación que este haga del Convenio<sup>496</sup>. Esa obligación se deriva de los artículos 19 y 32, que establecen la autoridad del Tribunal para interpretar el Convenio y el deber de los Estados de acatar sus decisiones. La interpretación del Tribunal, una vez hecha, pasa a ser parte integrante del propio Convenio y vinculante para todas las partes contratantes<sup>497</sup>. Así se asegura la aplicación coherente de los derechos reconocidos en el Convenio y se impide que los Estados reinterpreten las disposiciones de este para eludir sus obligaciones, lo que corrobora la tesis de Besson, según la cual las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tienen una autoridad interpretativa general<sup>498</sup>.

357. Sin embargo, el efecto *erga omnes* opera principalmente a través del principio de subsidiariedad, que pone de relieve el papel primordial de las autoridades nacionales en la aplicación de los derechos reconocidos en el Convenio<sup>499</sup>. El Tribunal ejerce una función de supervisión, puesto que solo interviene cuando las autoridades nacionales incumplen sus obligaciones. Esta interacción entre cosa interpretada, efecto *erga omnes* y subsidiariedad se pone en práctica a través de la doctrina del margen de apreciación<sup>500</sup>.

## D. Medios complementarios

358. En la presente sección se examina la posible pertinencia de los “medios auxiliares” definidos en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y explicados en los informes anteriores para la interpretación de los tratados. El análisis, que refleja los debates mantenidos en el seno de la Comisión, comienza centrándose en la posible función de los medios auxiliares como medios de interpretación complementarios en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena de 1969, y aborda el carácter no exhaustivo de esa disposición y las consecuencias de calificar a los medios auxiliares de complementarios. Se trata de un ejemplo de las funciones más específicas de los medios auxiliares, que, si bien siguen siendo auxiliares, son concretas.

359. A continuación, en la sección se amplía el análisis más allá del debate sobre el artículo 32 para examinar la pertinencia de los medios auxiliares para la interpretación de los tratados con arreglo a la regla general de interpretación prevista en el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969. Ello incluye investigar cómo los medios auxiliares pueden contribuir a determinar el sentido corriente, la práctica ulteriormente seguida y las normas pertinentes de derecho internacional aplicables entre las partes. Por último, en la sección se aborda la interacción de los medios auxiliares y la interpretación de los tratados en los regímenes especializados en los que puede ser de aplicación el principio de *lex specialis*, y se examinan los distintos enfoques previstos en dichos regímenes respecto del uso de los medios auxiliares a efectos de interpretación.

### 1. El carácter no exhaustivo de la lista del artículo 32 de la Convención de Viena de 1969

360. La lista del artículo 32 es claramente no exhaustiva, como demuestran tanto su texto como la práctica ulterior. Cabe recordar que el texto de la disposición prevé el examen de dos cosas como medios complementarios para interpretar obligaciones convencionales: los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración. El uso de la expresión “en particular” antes de mencionar los trabajos preparatorios y las circunstancias

<sup>496</sup> Arnardóttir, “*Res interpretata, erga omnes effect and the role of the margin of appreciation...*”, págs. 842 y 843.

<sup>497</sup> *Ibid.*

<sup>498</sup> Samantha Besson, “The *erga omnes* effect of judgments of the European Court of Human Rights: what’s in a name?” en Besson y otros (eds.), *La Cour européenne des droits de l’homme après le Protocole 14 / The European Court of Human Rights after Protocol 14* (Schulthess, 2011), págs. 125 a 175, en especial pág. 132.

<sup>499</sup> Arnardóttir, “*Res interpretata, erga omnes effect and the role of the margin of appreciation...*”, pág. 843.

<sup>500</sup> *Ibid.*

de la celebración indica que se trata de una enumeración ilustrativa, y no exhaustiva<sup>501</sup>. Esa interpretación se ve respaldada por la decisión de la Comisión de limitarse a codificar los principios generales que parecían constituir reglas de interpretación, en lugar de intentar codificar exhaustivamente todos los posibles instrumentos interpretativos<sup>502</sup>.

361. El enfoque del Relator Especial Waldock en los trabajos de la Comisión sobre el derecho de los tratados confirma aún más ese entendimiento. Calificó los principios interpretativos tradicionales de “orientación para apreciar la significación”, lo que daba a entender que se trataba de un marco flexible, y no de un sistema cerrado<sup>503</sup>. La práctica ulterior ha adoptado esta flexibilidad, en especial en lo que respecta a los comentarios académicos y los materiales explicativos. Las cortes y tribunales han aceptado sin problemas estos materiales como medios complementarios cuando son de utilidad para la interpretación de tratados<sup>504</sup>. Cabe citar, entre otros, los informes explicativos contemporáneos como las guías elaboradas tras la celebración del tratado que recopilan análisis, referencias a trabajos preparatorios o prácticas<sup>505</sup>.

362. Los tribunales de arbitraje de inversiones han sido especialmente claros sobre el carácter no exhaustivo del artículo 32: se ha llegado a considerar que excluir materiales interpretativos pertinentes por el simple hecho de que no encajan en ninguna de las categorías enumeradas iría en contra de la exigencia fundamental de interpretar los tratados de buena fe y, por consiguiente, socavaría el objetivo más general de los medios complementarios, a saber, dilucidar el sentido del tratado<sup>506</sup>.

363. El sistema de solución de diferencias de la OMC también ha contribuido a desarrollar ese entendimiento. Para interpretar los acuerdos, los grupos especiales y el Órgano de Apelación han tenido en cuenta otros materiales aparte de los trabajos preparatorios tradicionales<sup>507</sup>. Sin embargo, esa flexibilidad se da dentro de unos parámetros definidos. Todo medio suplementario adicional ha de seguir cumpliendo las funciones establecidas en el artículo 32, ya sea confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31 o determinar el sentido cuando la aplicación del artículo 31 resulte insuficiente<sup>508</sup>. Sigue siendo esencial tener en cuenta que no es lo mismo examinar materiales que basar determinaciones en ellos, como se destacó en los trabajos preparatorios de la Comisión<sup>509</sup>.

## **2. Los materiales que se consideran medios auxiliares también pueden considerarse medios complementarios en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena de 1969**

364. Cuando las decisiones judiciales y de otra índole, los trabajos académicos y otros medios se utilizan para interpretar tratados, cumplen una doble función: como medios complementarios en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena de 1969 y como medios auxiliares en el sentido del párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Esa doble calificación plantea importantes cuestiones teóricas sobre la relación entre ambas funciones y cuál prima sobre la otra.

<sup>501</sup> Richard Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2ª ed. (Oxford, Oxford University Press, 2015), pág. 399.

<sup>502</sup> Párrafos 1), 4) y 5) del comentario a los proyectos de artículo 27 y 28 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II, documento [A/6309/Rev.1](#), págs. 239 y 240.

<sup>503</sup> *Anuario... 1964*, vol. II, documento [A/CN.4/167](#) y [Add.1 a 3](#) (tercer informe sobre el derecho de los tratados), pág. 52, párrafos 5) y 6).

<sup>504</sup> *R v. Secretary of State for the Home Department*, Ex parte *Read* [1989] AC 1014, 1052.

<sup>505</sup> *Sepet v. Secretary of State for the Home Department* [2003] UKHL 15.

<sup>506</sup> Corte Permanente de Arbitraje, *HICEE B.V. v. Slovak Republic*, caso PCA núm. 2009-11, laudo parcial, 23 de mayo de 2011, párrs. 126 a 130.

<sup>507</sup> Véase OMC, Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos – Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas, WT/DS285/AB/R, adoptado el 20 de abril de 2005, *Dispute Settlement Reports* 2005:XII, pág. 5663 (y Corr.1, *Dispute Settlement Reports* 2006:XII, pág. 5475).

<sup>508</sup> Gardiner, *Treaty Interpretation*, págs. 399 y 400.

<sup>509</sup> *Anuario... 1964*, vol. II, documento [A/CN.4/167](#) y [Add.1 a 3](#), págs. 56 y 57, párr. 21).

365. Cabe argumentar de forma convincente que, cuando esos materiales se utilizan específicamente para interpretar tratados, su carácter de medios complementarios en el sentido del artículo 32 debería primar sobre su condición general de medios auxiliares en virtud del principio de *lex specialis*. Ello se debe a que el marco establecido por la Convención de Viena de 1969 para la interpretación de los tratados constituye un régimen especializado concebido específicamente para determinar el sentido de los tratados. Así pues, cuando se interpretan tratados, la función general de las decisiones judiciales y los trabajos académicos como medios auxiliares en el sentido del párrafo 1 d) del Artículo 38 tendría carácter secundario frente a la función más específica prevista en la Convención de Viena de 1969.

366. Esto influye de manera determinante en la forma en que se utilizan esos materiales. De conformidad con el párrafo 1 d) del Artículo 38, las decisiones judiciales y los trabajos académicos sirven de medios auxiliares para determinar las normas de derecho en general. No obstante, cuando se utilizan como medios complementarios en el sentido del artículo 32, su función se limita más estrictamente a confirmar o determinar el sentido de disposiciones específicas de un tratado en el marco interpretativo de la Convención de Viena de 1969. Por consiguiente, el carácter especializado de la interpretación de los tratados determina y puede limitar el uso de estos materiales.

367. La interpretación de los tratados es un ejercicio jurídico específico destinado a desvelar el sentido de textos concretos. Solo se refiere a uno de los apartados del párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto relativos a las fuentes. Se trata de una operación diferente de la función más general de determinación del derecho que las decisiones judiciales y los trabajos académicos cumplen como medio auxiliar en el sentido del párrafo 1 d) del Artículo 38. La cuidadosa calibración de los elementos interpretativos en la Convención de Viena de 1969 indica que, en el caso de los tratados, los materiales deben evaluarse principalmente con arreglo al marco especializado previsto en ella.

368. Así pues, aunque, por lo general, las decisiones judiciales y los trabajos académicos se utilizan como medios auxiliares, su función puede cambiar cuando se emplean en el marco del régimen especializado de interpretación de los tratados previsto en la Convención de Viena de 1969.

## E. Límites a la utilización de los medios complementarios

369. A pesar de que la estructura del artículo 32 parece dar a entender que existen límites a la utilización de los medios complementarios, esas restricciones han resultado ser en gran medida teóricas. Además, los propios antecedentes de redacción de la Convención de Viena de 1969 no corroboran la imposición de unos límites tan estrictos. Como destacó el Relator Especial Waldock, esa disposición se concibió específicamente para permitir que “con frecuencia y con toda normalidad se acud[a] a los trabajos preparatorios, sin tener demasiado en cuenta si el texto es claro por sí mismo”<sup>510</sup>. Entre otras cosas, evitó deliberadamente definir los “trabajos preparatorios” para no “excluir elementos de prueba pertinentes al caso”<sup>511</sup>. Esto parece indicar que, en lugar de limitar el uso de los medios complementarios, se prefirió adoptar un enfoque inclusivo. Ello va en consonancia con la opinión de que el proceso interpretativo no debe compartimentarse artificialmente, en especial dada la interrelación existente entre las normas que rigen la interpretación de los tratados. La Comisión quiso elaborar un marco flexible en lugar de establecer unos requisitos estrictos. Al examinar la relación entre los artículos 31 y 32, la Comisión destacó que sus disposiciones formaban una regla única cohesionada cuyos elementos estaban ordenados por lógica, y no por jerarquía<sup>512</sup>.

<sup>510</sup> Julian Davis Mortenson, “The *travaux* of *travaux*: is the Vienna Convention hostile to drafting history?”, *American Journal of International Law*, vol. 107 (2013), págs. 780 a 822, en especial pág. 801, donde se cita *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/CN.4/186 y Add.1 a 7 (sexto informe sobre el derecho de los tratados), párr. 20.

<sup>511</sup> Párrafo 20) del comentario al proyecto de artículo 28 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, pág. 245.

<sup>512</sup> Gardiner, *Treaty Interpretation*, pág. 351.

370. Es cierto que, para pasar de la regla general al recurso a medios de interpretación complementarios, en principio deben cumplirse ciertos criterios: la aplicación de la regla general ha de dejar ambiguo u oscuro el sentido o conducir a un resultado absurdo. No obstante, como confirmó el Tribunal en el caso relativo a los *Cloruros en el Rin*<sup>513</sup>, el artículo 32 no limita el uso de esos instrumentos interpretativos adicionales a tales situaciones, sino que lo permite en todos los casos para confirmar el sentido, lo que se ajusta tanto al texto de la disposición como a la práctica de los jueces y árbitros internacionales.

371. Como se demostró en la causa de *Qatar c. Bahrein*<sup>514</sup>, el examen de los trabajos preparatorios puede poner de manifiesto ambigüedades que no se aprecian en el análisis inicial del texto y, de hecho, convertir la confirmación en una determinación<sup>515</sup>, algo que Yasseen ya presagió en su día<sup>516</sup>. Esa confusión entre confirmación y determinación respalda aún más los argumentos que niegan la existencia de una separación estricta entre los procesos interpretativos previstos en los artículos 31 y 32. Dado que el objetivo último en ambos casos es comprender la norma del tratado, a menudo los aspectos de esta que se cuestionan, los medios empleados para ello son más importantes que el seguimiento estricto de un orden establecido.

372. Las cortes y tribunales acuden habitualmente a medios complementarios en sus análisis interpretativos sin especificar el criterio que aplican. El enfoque adoptado por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a *Avena* demuestra cómo los trabajos preparatorios pueden integrarse naturalmente en el proceso interpretativo sin recurrir a una categorización estricta<sup>517</sup>. Del mismo modo, aunque, en la causa relativa a la *Caza de la ballena en el Antártico*, la Corte se basó en materiales históricos como el Convenio para la Regulación de la Pesca de la Ballena de 1931, el Acuerdo Internacional para la Regulación de la Pesca de la Ballena de 1937 y las circunstancias de la celebración del Convenio Internacional para la Regulación de la Pesca de la Ballena<sup>518 519</sup>, no los calificó expresamente de medios complementarios. Integró materiales históricos en su análisis interpretativo general sin definirlos claramente y, al examinar la práctica posteriormente seguida en las resoluciones de la Comisión Ballenera Internacional, afirmó expresamente que estas no podían considerarse constitutivas de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior en el sentido del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969<sup>520</sup>, lo que demuestra la adopción de un enfoque prudente respecto de la interpretación evolutiva. Ello contrasta con el tratamiento dado por la Corte a la práctica del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en causas recientes en las que dichos materiales se utilizaron más claramente como elementos complementarios o confirmatorios<sup>521</sup>. La diversidad de esa práctica pone de manifiesto lo difícil y quizás poco realista que resulta intentar clasificar de manera cuadrículada cada instrumento interpretativo en el artículo 31 o en el artículo 32.

373. La práctica moderna ha reducido aún más los límites prácticos gracias a la mayor transparencia y disponibilidad de los materiales. El tribunal del caso *HICEE* reconoció explícitamente que la exclusión de materiales interpretativos pertinentes por el simple hecho de que no encajan en ninguna de las categorías enumeradas iría en contra de la exigencia de

<sup>513</sup> Corte Permanente de Arbitraje, *The Rhine Chlorides Arbitration concerning the Auditing of Accounts (The Netherlands/France)*, caso PCA núm. 2000-02, laudo arbitral, 12 de marzo de 2004.

<sup>514</sup> *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (competencia y admisibilidad)*, fallo, *I.C.J. Reports 1995*, pág. 6.

<sup>515</sup> Gardiner, *Treaty Interpretation*, pág. 369.

<sup>516</sup> *Anuario...* 1964, vol. I, 769ª sesión, pág. 322, párr. 56 (como advirtió el Sr. Yasseen durante los debates de la Comisión, “a veces hay que referirse a los trabajos preparatorios [...] a fin de determinar si el texto es verdaderamente claro y si esa aparente claridad no es en realidad engañosa”); véase también Mortenson, “The travaux of travaux”, pág. 795.

<sup>517</sup> Gardiner, *Treaty Interpretation*, págs. 361 y 362.

<sup>518</sup> Convenio para la Regulación de la Pesca de la Ballena (1931), Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. 155, pág. 349; Acuerdo Internacional para la Regulación de la Pesca de la Ballena (1937), *ibid.*, vol. 190, pág. 79; Convenio Internacional para la Regulación de la Pesca de la Ballena (Washington, 2 de diciembre de 1946), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 161, núm. 2124, pág. 72.

<sup>519</sup> *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan; New Zealand intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, pág. 226, párrs. 43 a 45.

<sup>520</sup> *Ibid.*, párr. 83.

<sup>521</sup> *Ibid.*

interpretar los tratados de buena fe<sup>522</sup>. La realidad refleja lo que Waldock calificó de “unidad del proceso de interpretación”<sup>523</sup>, en el que los medios complementarios forman parte integrante del proceso destinado a comprender el sentido del tratado, y no son una consideración secundaria aparte. Ese enfoque integrado es el más adecuado para lograr el objetivo fundamental de la interpretación de los tratados: determinar las intenciones de las partes a través de todos los medios apropiados disponibles sin dejar de considerar el texto como el objeto principal de la interpretación<sup>524</sup>. En relación con el uso de materiales que de otro modo serían “medios auxiliares”, ni el Artículo 38 ni el artículo 32 exigen expresamente que se aplique un método combinado único para interpretar los tratados que impida adoptar un enfoque unitario y flexible.

## 1. Materiales considerados medios complementarios

374. A veces se argumenta que, cuando se utilizan materiales, como decisiones judiciales y trabajos académicos, como medios complementarios en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena de 1969, estos deben coincidir temporalmente con el momento de la celebración del tratado. Ese argumento desconoce la naturaleza de los medios auxiliares y la estructura de la interpretación de los tratados. En primer lugar, nada en el artículo 32 indica que los medios complementarios deban limitarse a los materiales existentes en el momento de la celebración de un tratado. Aunque las “circunstancias de su celebración” constituyen una categoría mencionada expresamente, la lista de medios complementarios incluida en el artículo 32 es ilustrativa y no exhaustiva. Como señaló un Grupo Especial de la OMC, “teóricamente, no hay ninguna limitación temporal aplicable a lo que pueden considerarse ‘circunstancias de [la] celebración’ [en el sentido del artículo 32] y [...] el criterio más apropiado [...] es el de la pertinencia”<sup>525</sup>.

375. En segundo lugar, ese límite temporal entraría en conflicto con una la interpretación literal del marco establecido en el artículo 31. El proceso interpretativo del artículo 31 incluye expresamente el examen de la práctica y los acuerdos ulteriores. No tendría sentido restringir el ámbito temporal de los medios complementarios del artículo 32 cuando el artículo 31 contempla claramente la evolución de la interpretación de los tratados.

376. En tercer lugar, aunque las decisiones judiciales pueden formar parte en determinados casos de las circunstancias de la celebración de un tratado, ello no siempre es así automáticamente. Como reconoció un Grupo Especial de la OMC, las sentencias que han influido de forma demostrable en la redacción de un tratado pueden constituir circunstancias de su celebración<sup>526</sup>. Sin embargo, esa no es una característica inherente a todos esos medios ni un requisito indispensable para considerarlos medios complementarios.

377. Por consiguiente, cuando los medios auxiliares funcionan como medios complementarios, su coincidencia temporal con el momento de la celebración del tratado puede influir en su peso, pero no en su admisibilidad. En efecto, algunas decisiones judiciales o trabajos académicos pueden considerarse circunstancias de celebración si se demuestra que han influido en la redacción del tratado. No obstante, esa es solo una de las formas en que los medios auxiliares pueden contribuir a la interpretación de los tratados, y no una limitación temporal de su función más general como medios complementarios.

## 2. La regla general

378. En virtud de la regla general de interpretación, los materiales que se consideran medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho pueden ser pertinentes al menos de tres maneras. En primer lugar, como ha reconocido la Comisión en sus últimos

<sup>522</sup> Gardiner, *Treaty Interpretation*, págs. 408 y 409.

<sup>523</sup> Mortenson, “The *travaux* of *travaux*”, pág. 800, donde se cita el párrafo 10) del comentario al proyecto de artículo 26 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II, documento [A/6309/Rev.1](#), pág. 242.

<sup>524</sup> Gardiner, *Treaty Interpretation*, págs. 347 y 348.

<sup>525</sup> OMC, Informes del Grupo Especial, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados (CE – Trozos de pollo)*, *Reclamaciones del Brasil y Tailandia*, adoptados el 27 de septiembre de 2005, WT/DS269/R y WT/DS286/R, párr. 7.344, respectivamente.

<sup>526</sup> *Ibid.*, párr. 7.391, respectivamente.

trabajos, porque pueden constituir un acuerdo o una práctica posteriores en el marco del tratado pertinente, o porque pueden tener una pertinencia indirecta para la identificación de dicho acuerdo o práctica<sup>527</sup>. En segundo lugar, porque pueden permitir, mediante la determinación de las normas pertinentes, identificar las normas de derecho internacional aplicables entre las partes en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969. En algunos casos, pueden constituir una prueba de la existencia de un acuerdo ulterior, por ejemplo cuando un fallo o un laudo se basan en un acuerdo de jurisdicción específico o en un laudo conciliatorio. No obstante, se trata de casos muy concretos en los que no cabe duda de que el medio pertinente que debe emplearse es el acuerdo adicional propiamente dicho, y no la decisión judicial basada en él o que lo originó.

379. En cuanto al segundo escenario, todos los “medios auxiliares” cumplen una función. Dado que se emplean simplemente para identificar las normas pertinentes que deben utilizarse a efectos de interpretación, no hace falta ni tendría sentido prohibir que se acuda, por ejemplo, a la doctrina. También pueden ser pertinentes los otros “medios generalmente utilizados para ayudar a determinar las normas de derecho internacional” mencionados en el proyecto de conclusión 2. No obstante, puede haber restricciones al uso de los medios auxiliares en el primer caso. Para empezar, es posible que la doctrina no constituya por sí sola a una “práctica ulterior”, aunque resulta difícil negar que, en determinadas circunstancias, las decisiones judiciales o arbitrales o de órganos de tratados sí pueden serlo. Por supuesto, ello no quiere decir que otros actores no estatales no puedan contribuir indirectamente a la evaluación de dicho acuerdo ulterior o dicha práctica ulterior, o incluso a provocar el seguimiento de esa práctica a raíz de sus declaraciones<sup>528</sup>.

380. Dicho esto, se ha argumentado que las decisiones de un juez o árbitro pueden constituir una práctica ulterior. En particular, en el contexto de la OMC, el Órgano de Apelación rechazó un argumento que pretendía equiparar ambas cosas en el asunto *Japón – Bebidas alcohólicas II* y optó por aplicar un criterio muy estricto para determinar qué puede constituir práctica ulterior<sup>529</sup>. No estuvo de acuerdo con la conclusión del Grupo Especial de que los informes de grupos especiales ya adoptados constituyen práctica ulterior en el sentido del párrafo 3 b) del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969. Si bien el Grupo Especial había argumentado que el acto de adopción reflejaba el acuerdo de los miembros de la OMC, el Órgano de Apelación destacó que la adopción de un informe no era obligatoria sino para las partes y respecto de la diferencia en cuestión y que no podía considerarse que por ella constara el acuerdo de las partes acerca del razonamiento jurídico contenido en el informe<sup>530</sup>.

381. Sin embargo, el Órgano de Apelación reconoció que los informes adoptados de los grupos especiales “son una parte importante del acervo del [Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio]. Los grupos especiales posteriores suelen examinarlos. Estos informes crean expectativas legítimas en los Miembros de la OMC y, por consiguiente,

<sup>527</sup> Véase, en este sentido, la conclusión 4 y su comentario de las conclusiones sobre los acuerdos posteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), párr. 52, pág. 42 (donde se sostiene que la práctica ulterior “en sentido amplio (en virtud del artículo 32) abarca toda aplicación del tratado por una o varias partes (pero no todas). Puede adoptar diversas formas. Ese ‘comportamiento observado por una o más partes en la aplicación del tratado’ puede consistir, en particular, en una aplicación directa del tratado en cuestión, un comportamiento que sea atribuible a un Estado parte como aplicación del tratado o una declaración o un pronunciamiento judicial sobre la interpretación o aplicación del tratado”).

<sup>528</sup> A/CN.4/759, observación 45, párrs. 186 y 187.

<sup>529</sup> Véase OMC, Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas (Japón – Bebidas alcohólicas II)*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1 de noviembre de 1996, *Dispute Settlement Reports* 1996:I.

<sup>530</sup> El Órgano de Apelación también señaló que existía una diferencia entre los informes adoptados por grupos especiales y las interpretaciones en virtud del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (Ginebra, 30 de octubre de 1947, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 55, núm. 814, pág. 187), en el que las decisiones de adoptar informes en el marco del artículo XXIII eran distintas de la acción colectiva prevista en el artículo XXV. Históricamente, la adopción del informe de un grupo especial no implicaba un acuerdo sobre su razonamiento, y ese entendimiento se mantiene en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 y de la OMC. *Ibid.*, págs. 16 y 17.

deben tenerse en cuenta cuando son pertinentes para una diferencia<sup>531</sup>. Los informes posteriores del Órgano de Apelación han confirmado esta opinión<sup>532</sup>. En particular, en *Estados Unidos – Acero inoxidable (México)*, el informe en el que se apoyó firmemente la idea de que los anteriores informes del Órgano de Apelación se utilizaban como una especie de precedente, esa afirmación se matizó aún más:

al promulgar o modificar leyes y reglamentos nacionales relativos a cuestiones de comercio internacional, los Miembros de la OMC tienen en cuenta las interpretaciones jurídicas de los acuerdos abarcados formuladas en los informes adoptados de los grupos especiales y del Órgano de Apelación. En consecuencia, las interpretaciones jurídicas incorporadas en dichos informes se convierten en una parte esencial del acervo del sistema de solución de diferencias de la OMC<sup>533</sup>.

382. En otras palabras, el Órgano de Apelación reconoció expresamente que los informes adoptados no forman parte del acervo por sí mismos. En cambio, las “interpretaciones jurídicas” incorporadas en dichos informes se convierten en “una parte esencial del acervo”, pero solo en la medida en que los miembros en general actúan conforme a ellas o reaccionan a estas.

### 3. *Lex specialis*

383. Aunque el presente informe se centra en estudiar la relación entre las funciones de determinación e interpretación de los medios auxiliares en el derecho internacional general, cabe señalar que algunos regímenes jurídicos específicos ya regulan esa cuestión<sup>534</sup>. Los instrumentos constitutivos de determinados órganos jurisdiccionales internacionales ofrecen orientación sobre el valor interpretativo de ciertos “medios auxiliares”.

384. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es un claro ejemplo de *lex specialis* que regula esa relación. El artículo 21, párrafo 2, del Estatuto faculta a la Corte para “aplicar principios y normas de derecho *respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación* en decisiones anteriores<sup>535</sup>. Puede considerarse que esta disposición, que prevé la aplicación de las normas y principios no como tales, sino respecto de los cuales se haya hecho una interpretación en decisiones anteriores, representa un enfoque intermedio considerablemente distinto del adoptado en el párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia<sup>536</sup>. No obstante, los comentaristas que han estudiado el párrafo 2 del artículo 21 también han observado que, aunque su formulación es diferente, dicho párrafo apenas va más allá, puesto que, en ambas disposiciones, la jurisprudencia es un “medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho”<sup>537</sup>.

<sup>531</sup> *Ibid.*, pág. 18.

<sup>532</sup> OMC, Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Prohibición de importar ciertos camarones y productos del camarón – Recurso de Malasia al párrafo 5 del artículo 21 del [Entendimiento sobre Solución de Diferencias]*, WT/DS58/AB/RW, adoptado el 21 de noviembre de 2001, *Dispute Settlement Reports* 2001:XIII, pág. 6481, párrs. 107 a 109; OMC, Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas antidumping definitivas sobre el acero inoxidable procedente de México (Estados Unidos – Acero inoxidable (México))*, WT/DS344/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 2008, *Dispute Settlement Reports* 2008:II, pág. 513, párrs. 158 a 162 y nota 309.

<sup>533</sup> *Estados Unidos – Acero inoxidable (México)* (véase la nota anterior), párr. 160.

<sup>534</sup> Véase la declaración de la Presidenta del Comité de Redacción, la Sra. Phoebe Okowa, sobre los medios auxiliares para la determinación de normas de derecho internacional, 1 de julio de 2024, que puede consultarse en el sitio web de la Comisión, en [https://legal.un.org/ilc/guide/1\\_16.shtml](https://legal.un.org/ilc/guide/1_16.shtml).

<sup>535</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, núm. 38544, pág. 3, art. 21, párr. 2 (sin cursiva en el original).

<sup>536</sup> 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.

<sup>537</sup> Jean-Pierre Pellet, “Article 21”, en Cassese y otros (eds.), *Cassese’s International Criminal Law*, 3ª ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013); Antonio Cassese, Paola Gaeta y John RWD Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Oxford, Oxford University Press, 2002) (Pellet refuerza este argumento haciendo referencia al enfoque adoptado por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria*, en que la Corte afirmó que “en realidad, la cuestión es si, en el presente caso, hay

385. La relación se complica por la posibilidad de que la Corte Penal Internacional tenga que interpretar normas enunciadas en los textos fundacionales o consideradas derecho convencional, o determinar su contenido sobre la base del derecho consuetudinario que reflejan. La aplicación de este enfoque especializado se pone de manifiesto en la causa *Katanga*, en la que la Corte sostuvo que “[c]uando los textos fundacionales no resuelven de manera específica una cuestión concreta, la Sala debe remitirse al derecho humanitario convencional o consuetudinario y a los principios generales del derecho. A tal efecto, es posible que la Sala tenga, por ejemplo, que acudir a la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* y otros tribunales en la materia”<sup>538</sup>. Cabe comparar estos regímenes especializados con el derecho internacional general, en el que la distinción entre las funciones de determinación e interpretación sigue siendo más borrosa. La regulación explícita de esa relación en el Estatuto de Roma demuestra que los regímenes jurídicos específicos pueden proporcionar una orientación más clara sobre la forma en que los medios auxiliares deberían cumplir sus funciones determinante e interpretativa.

## F. Práctica de las cortes y tribunales en relación con los medios complementarios

386. En esta sección del presente capítulo se estudia la forma en que los medios auxiliares se emplean en la práctica interpretar tratados, centrándose en los casos en que las cortes y tribunales internacionales han mencionado expresamente medios complementarios. El estudio no pretende ser exhaustivo. Dado que se centra en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y habida cuenta del singular papel de la Corte como único tribunal con competencia general en materia de derecho internacional que posee ciertas características que la Comisión destaca en el proyecto de conclusión 4 y su comentario, el análisis comienza con la jurisprudencia de la Corte que, a continuación, se comparará con la práctica de otros órganos, como los órganos de solución de diferencias de la OMC y los tribunales sobre inversiones.

### 1. La jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia en la que se mencionan expresamente los medios complementarios

387. Hay unos pocos casos en que puede considerarse que la Corte Internacional de Justicia ha acudido a medios auxiliares como “medios complementarios” al abordar disposiciones convencionales específicas. Esa utilización de decisiones anteriores para la interpretación de tratados tiene una larga historia, que se remonta a antes de la Convención de Viena de 1969. Un ejemplo de ello es el enfoque adoptado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en la causa relativa a la *Readaptación de las Concesiones Mavrommatis en Jerusalén*<sup>539</sup>. No obstante, dado que esa causa afectaba a las mismas partes y se refería a la misma controversia que la causa invocada, la remisión de la Corte al razonamiento jurídico anterior fue específica de ese contexto, y no establece un principio general de precedente en la interpretación de los tratados.

---

motivos para apartarse del razonamiento y las conclusiones de casos anteriores”. Considera que el párrafo 2 del artículo 21 invita a la Corte Penal Internacional a preguntarse la misma cosa, lo que parece indicar que ambas cortes adoptan un enfoque similar respecto de la utilización de decisiones anteriores como medios auxiliares).

<sup>538</sup> *Katanga* (véase la nota 445 *supra*), párr. 47.

<sup>539</sup> Corte Permanente de Justicia Internacional, *Readaptation of the Mavrommatis Jerusalem Concessions*, fallo, 10 de octubre de 1927, serie A, núm. 11.

388. A este respecto, es importante señalar que, cuando ha utilizado medios complementarios, por lo general la Corte no ha dejado demasiado claro su proceso analítico, aunque ha indicado los casos en que solo los utilizaba para “confirmar” una interpretación que, de otro modo, resultaría de la aplicación de la regla general<sup>540</sup>.

389. En la causa relativa a las *Inmunidades y actuaciones penales (Guinea Ecuatorial c. Francia)*, la Corte, que debía definir los “locales de la misión” que eran inviolables, indicó que procedería a interpretar la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas<sup>541</sup> mediante la aplicación de las reglas consuetudinarias de interpretación de los tratados enunciadas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969:

Con arreglo a esas normas de derecho internacional consuetudinario, las disposiciones de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas han de interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en el contexto de estos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención. Para confirmar el sentido resultante de dicho proceso, eliminar toda ambigüedad u oscuridad o evitar un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable, *se podrá acudir a medios de interpretación auxiliares, como los trabajos preparatorios de la Convención y las circunstancias de su celebración* [cita traducida]<sup>542</sup>.

390. En la causa de *Guinea Ecuatorial c. Francia*, la Corte no abordó la cuestión de los medios complementarios mencionados en el artículo 32 porque pudo resolver el conflicto de interpretación entre las partes aplicando la regla general contenida en el artículo 31. Concluyó su análisis remitiéndose al desacuerdo entre las partes sobre el objeto y el fin de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. Dicho esto, en una causa reciente, relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Qatar c. Emiratos Árabes Unidos)*<sup>543</sup>, la Corte sí utilizó medios complementarios con esa finalidad confirmatoria. Para interpretar la expresión “origen nacional” que figura de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, siguió escrupulosamente un orden jerárquico en la aplicación de las reglas de interpretación de los tratados, dando prioridad a los métodos primarios antes de recurrir a los medios complementarios<sup>544</sup>.

391. Tras llegar a una interpretación clara y bien fundamentada a través de esos métodos primarios —texto, contexto y objeto y fin—, la Corte afirmó expresamente que no necesitaba recurrir a medios de interpretación complementarios<sup>545</sup>. Sin embargo, en reconocimiento del amplio recurso de las partes a los trabajos preparatorios y de su propia práctica consistente en “confirmar, cuando lo considera oportuno, su interpretación de los textos pertinentes tomando como referencia los trabajos preparatorios”, procedió a examinar los trabajos preparatorios<sup>546</sup>, que consideró que confirmaban la interpretación resultante de la aplicación de la regla general<sup>547</sup>.

392. Posteriormente, la Corte abordó la práctica del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial<sup>548</sup>. Es importante destacar que en ningún momento afirmó que dicha práctica constituyera un medio de interpretación complementario. Sin embargo, el hecho de

<sup>540</sup> *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, págs. 3 y ss., en especial pág. 30, párr. 66; *Qatar v. Bahrain* (véase la nota 514 *supra*), párr. 40; *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, fallo, *I.C.J. Reports 1994*, págs. 6 y ss., en especial pág. 27, párr. 55.

<sup>541</sup> Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 500, núm. 7310, pág. 95.

<sup>542</sup> *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)*, fallo, *I.C.J. Reports 2020*, págs. 300 y ss., en especial pág. 319, párr. 61 (sin cursiva en el original). Si bien en la versión en francés del fallo se habla de “*moyens complémentaires*”, cabe señalar que, en la versión en inglés del fallo citado, se habla de “*subsidiary means*” en lugar de “*supplementary means*”. Véase A/CN.4/765, párr. 36.

<sup>543</sup> *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)* (véase la nota 400 *supra*).

<sup>544</sup> *Ibid.*, párrs. 81 a 83.

<sup>545</sup> *Ibid.*, párr. 89.

<sup>546</sup> *Ibid.*

<sup>547</sup> *Ibid.*, párrs. 90 a 97.

<sup>548</sup> *Ibid.*, párrs. 98 a 101.

que la estudiara después de afirmar de manera explícita que no consideraba necesario recurrir a medios complementarios y de analizar los trabajos preparatorios indica claramente que consideraba que la práctica del Comité era un medio complementario confirmatorio, más que un instrumento interpretativo primario<sup>549</sup>. Este enfoque fue criticado por un magistrado disidente, que argumentó que la Corte debería haber atribuido “mucho peso” a la recomendación general núm. 30 del Comité, relativa a la discriminación contra los no ciudadanos<sup>550</sup>, para lo que invocó la propia jurisprudencia de la Corte en *Diallo y el Muro*<sup>551</sup>. Argumentó, entre otras cosas, que la recomendación general núm. 30, ofrecía “una interpretación coherente de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial por parte de los publicistas de mayor competencia”<sup>552</sup>.

393. Por último, la Corte examinó brevemente la jurisprudencia de las cortes y tribunales regionales de derechos humanos<sup>553</sup>, pero, en última instancia, la consideró menos persuasiva que su propio análisis basado en las reglas consuetudinarias de interpretación de los tratados. La estructura, la profundidad y la secuencia del análisis de la Corte demuestran claramente que, aunque no la calificó expresamente de medio complementario y confirmatorio, utilizó la práctica del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial como tal para reforzar así una conclusión ya firmemente establecida en virtud de la aplicación de los métodos primarios de interpretación de los tratados. En su primer informe, el Relator Especial examinó, en un interesante inciso, la práctica de los Estados en relación con el uso de medios auxiliares en las cortes y tribunales nacionales y constató que no solo se recurría a menudo a las decisiones judiciales de otras cortes y tribunales como elementos confirmatorios, sino que se hacía lo mismo con la doctrina<sup>554</sup>.

394. Volviendo a la Corte Internacional de Justicia, en una causa más reciente, relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Azerbaiyán c. Armenia)*<sup>555</sup>, la Corte tuvo que determinar el alcance temporal de la competencia que le confería el artículo 22 de la Convención. En lugar de consultar en gran medida la opinión del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial invocada por el demandante, la Corte abordó la cuestión principalmente desde el punto de vista de la aplicación del derecho de los tratados, concretamente del principio de irretroactividad y sus efectos en el consentimiento respecto de la competencia. La Corte centró su razonamiento en el artículo 28 de la Convención de Viena de 1969, que codifica el principio de irretroactividad<sup>556</sup>. Al relacionar ese principio con el artículo 22 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, estableció que no podía ampliar su competencia retroactivamente a actos anteriores a la adhesión de Azerbaiyán a la Convención<sup>557</sup>.

<sup>549</sup> *Ibid.*

<sup>550</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 30 (2004), relativa a la discriminación contra los no ciudadanos (HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.II), pág. 301).

<sup>551</sup> *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)* (véase la nota 400 *supra*), opinión disidente del Magistrado Bhandari, págs. 133 a 145, párrs. 21 a 31 (en su opinión disidente, el Magistrado Bhandari consideraba que la práctica del Comité no era solo complementaria, sino que, por su autoridad persuasiva, merecía una gran consideración por derecho propio en razón de la especialización del Comité y del papel de este como “guardián de la Convención” (*ibid.*, párr. 21). Así, reprochó a la mayoría que hubiera relegado la interpretación del Comité a un papel complementario después de haber llegado ya a una conclusión a partir del recurso a otros medios, socavando así la influencia que podría haber tenido en el análisis de la Corte).

<sup>552</sup> *Ibid.*, opinión disidente del Magistrado Bhandari, párr. 22.

<sup>553</sup> *Ibid.*, fallo, párrs. 102 a 104.

<sup>554</sup> A/CN.4/760, párr. 262.

<sup>555</sup> *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Azerbaijan v. Armenia)* (véase la nota 372 *supra*).

<sup>556</sup> *Ibid.*, párr. 43.

<sup>557</sup> *Ibid.*, párr. 51 (cabe señalar que el Magistrado Tladi aduce un posible contraargumento basado en el carácter *erga omnes partes* de las obligaciones dimanantes de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Aunque reconoce la existencia de esas obligaciones, sostiene que los principios de irretroactividad y reciprocidad aplicados por la Corte no socavan los efectos de estas. Señala que la Convención impone obligaciones para con dos categorías

395. Azerbaiyán intentó refutar ese razonamiento citando una decisión del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial sobre las comunicaciones interestatales<sup>558</sup>, en la que este había afirmado que los artículos 11 a 13 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, que establecían el procedimiento interestatal de presentación de comunicaciones, no limitaban expresamente su aplicación a las violaciones que se hubieran producido después de la ratificación por el Estado parte que había iniciado el procedimiento. Básicamente, Azerbaiyán argumentaba que la interpretación del Comité permitía presentar una reclamación por violación de la Convención por actos cometidos antes de que se adhiriera a esta. No obstante, la Corte distinguió hábilmente la función de supervisión del cumplimiento del Comité de su propia función judicial<sup>559</sup>. Destacó que, a diferencia del Comité con su mandato, la Corte solo podía ejercer su competencia con el consentimiento mutuo de las partes y si estas habían asumido obligaciones recíprocas, condición que no se cumplía antes de que Azerbaiyán se adhiriera a la Convención. Al descartar la pertinencia de la decisión del Comité en ese contexto, la Corte reafirmó que, para determinar su competencia, se basaba principalmente en principios jurídicos generales<sup>560</sup>.

396. Al abordar la cuestión desde la perspectiva de estos principios generales del derecho de los tratados y la responsabilidad del Estado, la Corte minimizó de hecho la necesidad de tener en cuenta la práctica del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.

---

de actores: los otros Estados partes y las personas y grupos de personas protegidos en virtud del artículo 2. Los límites temporales impuestos por la Corte solo se aplican a la primera categoría (los Estados partes), de manera que un Estado parte solo puede invocar la competencia de la Corte en función de su propia fecha de adhesión. No obstante, las obligaciones siguen teniendo carácter *erga omnes partes* para la segunda categoría (las personas y grupos de personas), lo que significa que cualquier Estado parte puede invocar la responsabilidad de Armenia por violaciones cometidas contra personas protegidas con independencia del momento en que se cometieron esas violaciones o en que el Estado que invoca esa responsabilidad se adhirió a la Convención. El Magistrado Tladi se sirve de un ejemplo hipotético. Señala que, si Armenia incurriera en discriminación racial contra un grupo protegido, cualquier Estado parte en la Convención podría presentar una reclamación aunque no fuera parte en el momento en que se cometieron los actos discriminatorios. Ello se debe a que la obligación de prevenir la discriminación racial es para con todos los Estados partes colectivamente, y cualquier Estado parte tiene interés en velar por su cumplimiento. Por consiguiente, la limitación temporal de la competencia de la Corte no impide que los Estados partes ejerzan una garantía colectiva contra la discriminación racial (*ibid.*, opinión disidente del Magistrado Tladi, párrs. 21 a 25)).

<sup>558</sup> *Ibid.*, fallo, párr. 53.

<sup>559</sup> *Ibid.*, párr. 54.

<sup>560</sup> La opinión separada de la Magistrada Charlesworth en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Azerbaiyán c. Armenia)* ilustra el enfoque de la Corte respecto de la competencia temporal. Analiza dos casos en los que tribunales internacionales aceptaron ejercer su competencia respecto de infracciones cometidas antes de la adhesión: Comisión Europea de Derechos Humanos, *Austria v. Italy* (demanda núm. 788/60), decisión sobre la admisibilidad de 11 de enero de 1961; y Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, decisión adoptada el 12 de diciembre de 2019 sobre la comunicación interestatal presentada por el Estado de Palestina contra Israel (véase la nota 373 *supra*). Sin embargo, señala que esos casos son distintos porque en ellos los demandantes actuaron para ejercer una “garantía colectiva”, y no como Estados lesionados a título individual. En cambio, Azerbaiyán solicitó explícitamente una indemnización por daños individuales. Esta distinción explica que la Corte se centrara en el consentimiento, la reciprocidad y la responsabilidad del Estado para limitar el alcance temporal de su competencia y rechazara los argumentos basados en garantías colectivas o en la práctica de los órganos de tratados. Véase *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Azerbaijan v. Armenia)* (véase la nota 372 *supra*), opinión separada de la Magistrada Charlesworth, párrs. 20 a 24. Del mismo modo, en una opinión disidente, el Magistrado Tladi analiza el razonamiento de la Corte sobre la pertinencia de los pronunciamientos de los órganos de tratados, en particular del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Sostiene que, si bien esos pronunciamientos pueden ser informativos, no eximen a la propia Corte del deber de determinar las normas y principios jurídicos aplicables, en especial cuando esos principios, como los de irretroactividad y de responsabilidad del Estado, son suficientemente claros. Así cumplen la función complementaria prevista en el artículo 32 de la Convención de Viena de 1969, según el cual no es necesario recurrir a esos medios cuando el sentido corriente de los términos no sea ambiguo. Véanse *ibid.*, opinión disidente del Magistrado Tladi, párr. 19; también *ibid.*, fallo, párrs. 53 y 54.

Aunque reconoció la decisión adoptada por el Comité sobre una comunicación interestatal<sup>561</sup>, distinguió ese contexto de la función judicial de la Corte para acabar concluyendo que los dictámenes del Comité carecían de pertinencia a efectos de la interpretación del artículo 22 de dicha Convención.

## 2. Jurisprudencia de la OMC en la que se aprecia un solapamiento entre efecto interpretativo y efecto como precedente

### i) Informes anteriores de la OMC como medio complementario

397. En el contexto de la OMC, se recurre a los “medios de interpretación complementarios” previstos en el artículo 32 de la Convención de Viena de 1969 cuando la aplicación del artículo 31 deja ambiguo u oscuro el sentido de un término o conduce a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable<sup>562</sup>. El Órgano de Apelación ha aclarado que el artículo 32 no define exhaustivamente los medios complementarios, por lo que los intérpretes disponen de cierta flexibilidad<sup>563</sup>. Si bien, como se ha argumentado más arriba, el artículo 32 menciona expresamente los trabajos preparatorios y las circunstancias de la celebración del tratado, pueden tenerse en cuenta otras fuentes<sup>564</sup>.

398. Los órganos de solución de diferencias de la OMC han interpretado de forma muy amplia la definición de medios complementarios. Así, por ejemplo, las “circunstancias de [la] celebración” de un tratado incluyen los antecedentes históricos de la negociación de este<sup>565</sup>. Esto puede incluir la práctica anterior en materia de clasificación arancelaria, aunque sea unilateral, pero no cuando esta sea incoherente<sup>566</sup>. Los acuerdos bilaterales también pueden ser un medio complementario, como en el asunto *CE – Productos avícolas*<sup>567</sup>. En el asunto *CE – Trozos de pollo* también se aclaró que no era necesario que hubiera un vínculo directo entre la circunstancia y el texto<sup>568</sup>. La pertinencia es fundamental y debe evaluarse objetivamente<sup>569</sup>. Deben determinarse las circunstancias a lo largo de un determinado periodo, y no solo en la fecha de conclusión<sup>570</sup>. La publicación oficial es suficiente para ser considerada una circunstancia<sup>571</sup>, e incluso pueden tenerse en cuenta las sentencias de los tribunales internos<sup>572</sup>.

399. El Órgano de Apelación ha utilizado medios complementarios para interpretar tanto las disposiciones de los acuerdos abarcados como las entradas en las listas de compromisos de los miembros de la OMC. En el asunto *Canadá – Productos lácteos*, la ambigüedad del lenguaje utilizado en una cita incluida en una lista hizo necesario recurrir a medios

<sup>561</sup> *Ibid.*, párrs. 53 y 54.

<sup>562</sup> OMC, Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático (CE – Equipo informático)*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, adoptado el 22 de junio de 1998, *Dispute Settlement Reports* 1998:V, pág. 1851, párr. 86.

<sup>563</sup> OMC, Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados (CE – Trozos de pollo)*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, adoptado el 27 de septiembre de 2005, y Corr.1, *Dispute Settlement Reports* 2005:XIX, pág. 9157, párr. 283.

<sup>564</sup> *Ibid.*; véase también OMC, Informes del Grupo Especial, *Comunidades Europeas y sus Estados miembros – Trato arancelario otorgado a determinados productos de tecnología de la información (CE – Productos de tecnología de la información)*, WT/DS375/R / WT/DS376/R / WT/DS377/R, adoptado el 21 de septiembre de 2010, *Dispute Settlement Reports* 2010:III, pág. 933, párr. 7.694.

<sup>565</sup> *CE – Equipo informático* (véase la nota 562 *supra*), párr. 86.

<sup>566</sup> *Ibid.*, párrs. 92, 93 y 95.

<sup>567</sup> OMC, Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la importación de determinados productos avícolas (CE – Productos avícolas)*, WT/DS69/AB/R, adoptado el 23 de julio de 1998, *Dispute Settlement Reports* 1998:V, pág. 2031, párr. 83.

<sup>568</sup> OMC, Informe del Órgano de Apelación, *CE – Trozos de pollo* (véase la nota 563 *supra*), párr. 289.

<sup>569</sup> *Ibid.*, párrs. 290 a 291.

<sup>570</sup> *Ibid.*, párr. 293.

<sup>571</sup> *Ibid.*, párr. 297.

<sup>572</sup> *Ibid.*, párr. 309.

complementarios<sup>573</sup>. Del mismo modo, en el asunto *Estados Unidos – Juegos de azar*, los medios complementarios aclararon el alcance de una entrada de la lista de los Estados Unidos<sup>574</sup>. En el asunto *China – Derechos de propiedad intelectual*, los trabajos preparatorios resolvieron la ambigüedad del artículo 46 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio<sup>575 576</sup>. El peso que se atribuye a los medios complementarios puede variar en función de la claridad lograda tras la aplicación del artículo 31<sup>577</sup>. Incluso cuando el texto es claro, puede tenerse en cuenta la historia de la negociación, como en el asunto *India – Medidas relacionadas con la exportación*, en el que dichos antecedentes confirmaron la interpretación del Grupo Especial<sup>578</sup>.

400. El Órgano de Apelación ha aclarado que los trabajos preparatorios pueden apoyar y confirmar la interpretación del texto. En *Canadá – Publicaciones*, el Órgano de Apelación los utilizó para confirmar el objeto y fin del párrafo 8 b) del artículo III del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994<sup>579 580</sup>. No obstante, el Órgano de Apelación ha señalado, por ejemplo en el asunto *India – Restricciones cuantitativas*<sup>581</sup>, que no debería tenerse en cuenta, ni siquiera a esos efectos, la historia de una negociación de la que no existe constancia oficial. No basta con acudir únicamente a ciertos trabajos preparatorios.

ii) *Justificación para el uso de informes anteriores a efectos de interpretación*

401. La cuestión de si los asuntos o decisiones anteriores de la OMC constituyen “medios complementarios” en el sentido del artículo 32 es compleja. Aunque los grupos especiales y el Órgano de Apelación consultan con frecuencia, y a menudo citan, resoluciones anteriores, no es lo mismo que utilizarlas como medios complementarios para la interpretación de los tratados en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena de 1969. Esas citas sirven sobre todo para mostrar coherencia en las interpretaciones realizadas en aplicación de las reglas de interpretación aceptadas, o para aclarar principios jurídicos establecidos en la OMC. A este respecto, como demuestra la práctica de la Corte Internacional de Justicia citada tanto en el segundo informe del Relator Especial como en el memorando de la Secretaría, la noción de “seguridad y previsibilidad” es primordial. Pone de relieve el entendimiento de que las

<sup>573</sup> OMC, Informe del Órgano de Apelación, *Canadá – Medidas que afectan a la importación de leche y a las exportaciones de productos lácteos (Canadá – Productos lácteos)*, WT/DS103/AB/R, WT/DS113/AB/R, y Corr.1, adoptado el 27 de octubre de 1999, *Dispute Settlement Reports* 1999:V, pág. 2057, párr. 138.

<sup>574</sup> OMC, Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas (Estados Unidos – Juegos de azar)*, WT/DS285/AB/R, adoptado el 20 de abril de 2005, *Dispute Settlement Reports* 2005:XII, pág. 5663 (y Corr.1, *Dispute Settlement Reports* 2006:XII, pág. 5475, párr. 197).

<sup>575</sup> Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio (Marrakech, 15 de abril de 1994), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vols. 1867 a 1869, núm. 31874: Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, Anexo 1 C), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1869, pág. 332.

<sup>576</sup> OMC, Informes del Grupo Especial, *China – Medidas que afectan a la protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual (China – Derechos de propiedad intelectual)*, WT/DS362/R, adoptado el 20 de marzo de 2009, *Dispute Settlement Reports* 2009:V, pág. 2097, párr. 7.260.

<sup>577</sup> OMC, Informe del Órgano de Apelación, *China – Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento (China – Publicaciones y productos audiovisuales)*, WT/DS363/AB/R, adoptado el 19 de enero de 2010, *Dispute Settlement Reports* 2010:I, pág. 3, párr. 403.

<sup>578</sup> OMC, Informe del Grupo Especial, *India – Medidas relacionadas con la exportación*, WT/DS541/R y Add.1, 31 de octubre de 2019, solución mutuamente convenida notificada, Anexo A-2, párr. 2.23.

<sup>579</sup> Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Anexo 1 al Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1867, núm. 31874, pág. 190.

<sup>580</sup> OMC, Informe del Órgano de Apelación, *Canadá – Determinadas medidas que afectan a las publicaciones periódicas (Canadá – Publicaciones)*, adoptado el 30 de julio de 1997, modificado por el Informe del Órgano de Apelación WT/DS31/AB/R, *Dispute Settlement Reports* 1997:I, págs. 33 y 34.

<sup>581</sup> OMC, Informe del Órgano de Apelación, *India – Restricciones cuantitativas a las importaciones de productos agrícolas, textiles e industriales (India – Restricciones cuantitativas)*, adoptado el 22 de septiembre de 1999, *Dispute Settlement Reports* 1999:IV, pág. 1763, párr. 94.

normas de la OMC no son meros principios abstractos, sino instrumentos operativos destinados a proporcionar un marco estable y previsible para el comercio internacional<sup>582</sup>. Este principio está presente en diversos aspectos del derecho y la solución de diferencias de la OMC, y constituye un objetivo esencial del propio Acuerdo por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio y del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994<sup>583</sup>.

402. El sistema de solución de diferencias, y en particular el Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias, contribuye de manera fundamental a mantener esa seguridad y previsibilidad<sup>584</sup>. Al ofrecer un mecanismo para resolver las diferencias y aclarar el derecho de la OMC, el Entendimiento salvaguarda la estabilidad del sistema multilateral de comercio y protege los intereses de los participantes en el mercado. La posibilidad de impugnar no solo actos concretos, sino también reglas y normas generales, refuerza aún más ese objetivo al evitar diferencias futuras y promover el cumplimiento<sup>585</sup>.

403. La aplicación coherente del derecho de la OMC constituye un elemento esencial de la seguridad y la previsibilidad. El Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos – Acero inoxidable (México)* destacó que, a menos que existan razones imperativas, los órganos jurisdiccionales deben resolver la misma cuestión jurídica de forma coherente en los asuntos posteriores<sup>586</sup>. Este principio fomenta la coherencia en la toma de decisiones y evita resultados arbitrarios al responder a las expectativas legítimas de los miembros de la OMC. Aunque, por supuesto, los grupos especiales no están jurídicamente obligados a seguir las interpretaciones anteriores, como confirma la Comisión en el proyecto de conclusión 7 sobre la ausencia de precedente jurídicamente vinculante en el derecho internacional, pueden, a su discreción, considerar y tener en cuenta el razonamiento de informes anteriores adoptados al abordar cuestiones jurídicas similares y, a menudo, consideran apropiado hacerlo<sup>587</sup>.

404. Tal vez lo más importante es que no solo la interpretación de las disposiciones de los acuerdos, sino también el uso de técnicas jurídicas específicas, como las suposiciones a efectos de argumentación, han de considerarse teniendo en cuenta la forma en que puede afectar a la seguridad y la previsibilidad. Aunque estas suposiciones pueden fomentar la eficiencia, también pueden crear incertidumbre y restar claridad a los pronunciamientos jurídicos<sup>588</sup>.

### 3. Arbitraje sobre tratados de inversión

405. Un ámbito en el que resulta más complicado analizar la relación entre medios auxiliares y medios complementarios es el arbitraje sobre tratados de inversión, y ello por dos razones: en primer lugar, aunque los tribunales de inversiones no están sujetos a ninguna norma del precedente vinculante, sus laudos y decisiones están repletos de citas de otros anteriores y, en menor medida, de escritos académicos; en segundo lugar, los tribunales de

<sup>582</sup> Véase *Japón – Bebidas alcohólicas II* (véase la nota 529 *supra*), pág. 31.

<sup>583</sup> *CE – Equipo informático* (véase la nota 562 *supra*), párr. 82.

<sup>584</sup> OMC, Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974 (Estados Unidos – Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior)*, WT/DS152/R, adoptado el 27 de enero de 2000, *Dispute Settlement Reports* 2000:II, pág. 815, párr. 7.75.

<sup>585</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Examen por extinción de los derechos antidumping sobre los productos planos de acero al carbono resistentes a la corrosión procedentes del Japón (Estados Unidos – Examen por extinción: acero resistente a la corrosión)*, WT/DS244/AB/R, adoptado el 9 de enero de 2004, *Dispute Settlement Reports* 2004:I, pág. 3, párr. 82.

<sup>586</sup> *Estados Unidos – Acero inoxidable (México)* (véase la nota 532 *supra*), párr. 160.

<sup>587</sup> OMC, Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Medidas compensatorias relativas a determinados tubos y tuberías (Turquía) (Estados Unidos – Tubos y tuberías (Turquía))*, WT/DS523/R y Add.1, distribuido a los Miembros de la OMC el 18 de diciembre de 2018, apelación interpuesta el 25 de enero de 2019, párr. 7.285.

<sup>588</sup> *China – Publicaciones y productos audiovisuales* (véase la nota 577 *supra*), párrs. 213 a 215 (en ese asunto, el Órgano de Apelación advirtió contra el uso de suposiciones a efectos de argumentación si corren el riesgo de socavar las obligaciones de aplicación de un miembro o de crear ambigüedad en el derecho de la OMC).

inversiones resuelven las controversias que surgen, desde el punto de vista sustantivo, en relación con tratados bilaterales de inversión, que suelen ser concisos, pero muy similares entre sí. Desde el punto de vista procesal, suelen regirse por marcos específicos, como el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados<sup>589</sup>. En ambos casos, puede ser muy útil recurrir a medios auxiliares cuando se plantean cuestiones reguladas por tratados que, o de entrada no son demasiado claros, o se han aplicado repetidamente.

406. Muchas de las disposiciones de tratados que es preciso interpretar son muy generales y pueden remitir al derecho internacional consuetudinario —como ocurre, por ejemplo, con los criterios articulados a grandes rasgos, como el del “trato justo y equitativo” que figura en múltiples tratados de inversión— o haber quedado deliberadamente sin definir —como ocurre con la noción de “inversión”—. Así pues, los tribunales arbitrales y los árbitros se han esforzado en señalar que no están obligados a seguir decisiones anteriores para no correr el riesgo de anular el consentimiento de las partes en relación con el acuerdo en cuestión. De hecho, algunos árbitros se han esforzado en aclarar que el número de veces que han escuchado un argumento no influye en modo alguno en sus opiniones<sup>590</sup>.

407. El Tribunal en el caso *Burlington c. el Ecuador* explica su posición de manera útil. Sin embargo, la mayoría considera que, siempre con sujeción a las particularidades de un tratado determinado y a las circunstancias del caso, tiene el deber de adoptar soluciones establecidas en una serie de casos similares consistentes, si existieran, a menos que existan motivos convincentes en contrario. La árbitro Stern no percibe el rol de los árbitros de la misma manera, ya que considera que es su deber decidir cada caso exclusivamente de acuerdo a sus propios méritos, tal como se argumentara ante ella, con independencia de cualquier tendencia jurisprudencial aparente<sup>591</sup>.

408. En lo que respecta al valor del razonamiento seguido en laudos anteriores para la interpretación, en el presente apartado se abordará en primer lugar el uso menos controvertido de las decisiones anteriores como “medios de interpretación complementarios” en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena de 1969. A continuación, se estudiarán las otras circunstancias en las que las decisiones anteriores pueden ser pertinentes en virtud del artículo 31 de la Convención, que establece la regla general de interpretación. Para evitar críticas innecesarias, cabe señalar que el Relator Especial ha querido invertir aquí el orden del análisis de las reglas de interpretación de la Convención únicamente para centrarse primero en los medios complementarios, que es la principal cuestión que se examina en el presente capítulo y en el tema, antes de abordar la regla general de interpretación.

i) *Medios complementarios en los laudos arbitrales*

409. Las decisiones anteriores y el razonamiento contenido en ellas pueden invocarse como “medios de interpretación complementarios”. Ello ha suscitado cierta controversia, en particular por la confusión terminológica, en la práctica, entre los adjetivos “auxiliar” y “complementario”. El caso *Canadian Cattlemen* puso de relieve esta cuestión<sup>592</sup> y, más o menos en la misma época, se plantearon debates similares en un arbitraje interestatal<sup>593</sup>.

<sup>589</sup> Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Washington D. C., 18 de marzo de 1965), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 575, núm. 8359, pág. 159.

<sup>590</sup> *Tidewater Investment SRL y Tidewater c. Venezuela*, caso CIADI No. ARB/10/5, decisión sobre la propuesta de la demandante de recusar a la Profesora Brigitte Stern, árbitro, 23 de diciembre de 2010, párrs. 25 y 26.

<sup>591</sup> Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*, caso CIADI No. ARB/08/5, decisión sobre reconsideración y laudo, 7 de febrero de 2017, párr. 46.

<sup>592</sup> Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *The Canadian Cattlemen for Fair Trade v. United States of America*, laudo sobre la competencia, 28 de enero de 2008, párr. 50.

<sup>593</sup> Corte de Arbitraje Internacional de Londres, *Arbitration on Ontario and Québec Programs, United States v. Canada*, caso LCIA núm. 81010, dictamen sobre determinados problemas jurídicos internacionales planteados en el caso LCIA núm. 7941, 1 de mayo de 2009.

410. Algunos tribunales han argumentado que el carácter no exhaustivo del artículo 32 de la Convención, que enumera “medios de interpretación complementarios”, permite incluir las decisiones judiciales, especialmente dado su reconocimiento como “medios auxiliares” en el párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Ese razonamiento da a entender que si las decisiones judiciales son auxiliares, también pueden ser complementarias en el contexto más amplio del artículo 32 de la Convención<sup>594</sup>.

411. No obstante, esa interpretación confunde dos conceptos distintos. El artículo 32 se refiere a la interpretación de los tratados, mientras que el párrafo 1 d) del Artículo 38 aborda la utilización de los medios auxiliares en el contexto de una disposición sobre el derecho aplicable que enuncia las fuentes del derecho internacional. Como señaló el profesor Reisman en una opinión de experto<sup>595</sup>, con ese salto conceptual se inserta algo en la Convención de Viena de 1969 que no tiene cabida en ella. Argumentó que una disposición sobre el derecho aplicable y una regla de interpretación cumplen funciones fundamentalmente diferentes, y que considerar que las decisiones judiciales son auxiliares y complementarias equivale a malinterpretar el marco establecido por la Convención de Viena de 1969<sup>596</sup>. Según Reisman:

Esa afirmación distorsiona el artículo 32 de dos maneras. En primer lugar, desprecia la primacía del texto del artículo 31 para acudir directamente a los circunstanciales “medios [...] complementarios” a fin de determinar el sentido del texto, a pesar de que el texto, como se demostrará más adelante en esta opinión, no adolece de ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 32 de la Convención de Viena de 1969. En segundo lugar, y esto es aún más problemático, al saltar de los “medios [...] complementarios” del artículo 32 de la Convención de Viena de 1969 a las palabras “medios auxiliares” del párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia e introducir las “decisiones judiciales y los laudos” en la interpretación, el Tribunal fabrica una metodología aún más alejada de la prevista en el artículo 32 de la Convención de Viena de 1969.

El Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es una cláusula de elección del derecho aplicable por un tribunal internacional; y, como establece expresamente el Estatuto, los medios enunciados en su párrafo 1 d) cumplen la función de “determinación de las reglas de derecho” que debe aplicar la Corte. En cambio, los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969 cumplen la función de interpretar un texto específico. La palabra “complementarios” en el artículo 32 dirige al intérprete al material que aclara una parte del texto de un acuerdo internacional específico. La palabra “auxiliar” en el párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto autoriza a la Corte Internacional a que, cuando trate de identificar el contenido de la “costumbre internacional” (Artículo 38, párrafo 1 b)) o de los “principios generales” (Artículo 38, párrafo 1 c)), consulte “las decisiones judiciales” y “la doctrina de los publicistas de mayor competencia” para ayudar a determinar las normas de derecho. Al saltar de “complementario” a “auxiliar” (palabras que, en inglés, sin duda suenan parecidas), el Tribunal inserta algo en el canon de las reglas de interpretación de la Convención de Viena de 1969 que esta no prevé ni debería prever [cita traducida]<sup>597</sup>.

412. Bernardo Cremades apoya esta perspectiva en su opinión disidente en el caso *Fraport*, en la que argumentó que la determinación del sentido es una cuestión de interpretación de tratados, y no de precedentes. En su opinión, las decisiones anteriores simplemente reflejan

<sup>594</sup> *The Canadian Cattlemen for Fair Trade v. United States of America* (véase la nota 592 *supra*), párr. 50; *Chevron Corporation (U.S.A.) and Texaco Petroleum Corporation (U.S.A.) v. Republic of Ecuador*, caso CPA núm. 2007-02/AA277, laudo provisional, 1 de diciembre de 2008, párr. 121; Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Caratube International Oil Company LLP v. Republic of Kazakhstan*, caso CIADI núm. ARB/08/12, decisión relativa a la solicitud de medidas provisionales de la demandante, 31 de julio de 2009, párr. 71; Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Víctor Pey Casado y Fundación “Presidente Allende” c. la República de Chile*, caso CIADI núm. ARB/7, laudo, 21 de agosto de 2007, párr. 223.

<sup>595</sup> *Arbitration on Ontario and Québec Programs* (véase la nota 593 *supra*), párrs. 15 y 16.

<sup>596</sup> *Ibid.*

<sup>597</sup> *Ibid.*

cláusulas convencionales habituales y no son vinculantes ni complementan el texto del tratado<sup>598</sup>.

413. A pesar de esta confusión doctrinal, ello no significa que las decisiones anteriores no se utilicen habitualmente para aclarar el sentido de las disposiciones convencionales comunes, aunque la mayoría de los tribunales han abordado la cuestión con prudencia. Algunos tribunales han llegado incluso a establecer criterios para su posible utilización. Así, ha habido tribunales que han considerado improcedente acudir a decisiones anteriores porque el texto de las disposiciones convencionales examinadas no era igual que el de las disposiciones abordadas en la decisión anterior<sup>599</sup> o porque los regímenes jurídicos generales eran diferentes, ya que los precedentes dentro del mismo régimen pueden ser más persuasivos<sup>600</sup>.

414. Curiosamente, teniendo en cuenta los proyectos de conclusión sobre el tema aprobados provisionalmente por la Comisión durante su 75º período de sesiones, hay otros factores pertinentes, como la claridad de la decisión anterior en cuestión<sup>601</sup>, el prestigio del tribunal que la dictó, la acogida del razonamiento por parte de otros tribunales y comentaristas y cualquier antecedente de anulación o impugnación<sup>602</sup>. Algunos comentaristas también proponen que se adopte un enfoque de escala móvil para evaluar el peso de las decisiones arbitrales anteriores como medio de interpretación complementario<sup>603</sup>.

<sup>598</sup> Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines (I)*, caso CIADI núm. ARB/03/25, laudo, 16 de agosto de 2007, opinión disidente del Sr. Bernardo M. Cremades.

<sup>599</sup> Por ejemplo, en el caso *SCB v. United Republic of Tanzania*, el tribunal rechazó los casos citados por su falta de pertinencia y afirmó que ninguno de ellos se refería a los hechos ni al texto del tratado que se examinaban, ni era suficientemente pertinente para confirmar o determinar el sentido del texto convencional objeto de controversia de conformidad con el artículo 32 de la Convención de Viena. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Standard Chartered Bank v. United Republic of Tanzania*, caso CIADI núm. ARB/10/12, laudo, 2 de noviembre de 2012, párr. 256; véase, no obstante, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *AWG Group Limited c. la República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/03/19, decisión sobre responsabilidad, 30 de julio de 2010, opinión separada del árbitro Pedro Nikken, párr. 24 (en el que se aconseja prudencia a la hora de identificar casos como iguales, especialmente cuando se manejan temas factuales, como ocurre con el trato justo y equitativo y cuando, además, los tratados bilaterales de inversión pueden contener diferencias significativas a pesar de su semejanza a primera vista).

<sup>600</sup> El tribunal del caso *Grand River v. United States* consideró que los laudos dictados en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte eran más pertinentes y apropiados que las decisiones dictadas en casos de inversión ajenos a dicho tratado. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Grand River Enterprises Six Nations Ltd., et al v. United States of America*, laudo, 12 de enero de 2011, párr. 61.

<sup>601</sup> En *Renta 4 et al. v. Russian Federation*, el tribunal destacó el limitado valor de un laudo anterior en el que no se abordaba un término esencial al afirmar que en dicho laudo no se examinaba si la palabra “pago” se refería a la realidad de su predicado, a saber, a la expropiación, quizás porque no se había planteado; y que el texto del tratado tampoco incluía la palabra “debido”. Véase Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, *Quasar de Valores SICAV S.A., et al. v. Russian Federation (Renta 4 S.V.S.A et al. v. Russian Federation)*, caso SCC núm. 24/2007, laudo sobre excepciones preliminares, 20 de marzo de 2009, párr. 48.

<sup>602</sup> Véase Wolfgang Alschner, “Correctness of investment awards: why wrong decisions don’t die”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 18 (2019), págs. 345 a 398 (donde se analiza, sin embargo, si esos laudos anulados o mal recibidos a veces “sobreviven” en las citas).

<sup>603</sup> Véase Esmé Shirlow y Michael Waibel, “Article 32 of the VCLT and precedent in investor-State arbitration: a sliding scale approach to interpretation”, Esmé Shirlow y Kiran Nasir Gore (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties in Investor-State Disputes: History, Evolution, and Future* (Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2022), págs. 127 a 150 (En este estudio se evalúa la pertinencia de una decisión sobre la base de tres elementos principales: a) la comparabilidad (similitud textual/sustantiva, identidad de las partes y tipo de régimen); b) el prestigio del tribunal y la acogida de la decisión (también si ha sido anulada); y c) la profundidad y accesibilidad del análisis de la disposición convencional pertinente contenido en la decisión. Este enfoque holístico, que pone de relieve la flexibilidad del artículo 32 de la Convención de Viena de 1969, contrasta con las opiniones más estrictas que exigen la existencia de un “vínculo directo” con el texto del tratado y la intención original de las partes. Tiene por objeto promover un uso más basado en principios y predecible de los precedentes en el arbitraje sobre tratados de inversión).

ii) *Posible pertinencia de los laudos anteriores en virtud del artículo 31*

415. En primer lugar, además de los medios complementarios analizados en el apartado anterior, las decisiones anteriores y su razonamiento también pueden ser pertinentes en virtud del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969, que establece la regla general. Centrando la atención en el artículo 31, las decisiones anteriores pueden aclarar indirectamente diversos aspectos del proceso interpretativo y proporcionar una valiosa orientación sobre elementos como el sentido corriente, la interpretación evolutiva, la práctica ulterior, las normas pertinentes de derecho internacional y el sentido especial<sup>604</sup>. Por ejemplo, en el caso *Azurix c. la Argentina*, el tribunal tuvo en cuenta las interpretaciones del término “arbitrario” ofrecidas por otros tribunales y por la Corte Internacional de Justicia para ayudar a determinar su sentido corriente<sup>605</sup>.

416. En segundo lugar, las decisiones anteriores también pueden ayudar a determinar si el sentido de un término ha evolucionado. En *Daimler c. la Argentina*, el tribunal examinó si el término “trato” en una cláusula de la nación más favorecida justificaba una interpretación evolutiva<sup>606</sup>. En tercer lugar, las decisiones anteriores pueden servir, aunque solo en principio, como prueba de la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b). En *Telefónica c. la Argentina*, la demandada argumentó que la posición adoptada por España en otros arbitrajes respaldaba su interpretación de una cláusula de la nación más favorecida. Sin embargo, el tribunal consideró que esas posiciones separadas no constituían un “acuerdo” en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b)<sup>607</sup>. En cuarto lugar, las decisiones anteriores pueden ser pertinentes en virtud del artículo 31, párrafo 3 c), como “normas pertinentes de derecho internacional”<sup>608</sup>. En quinto lugar, las decisiones anteriores pueden indicar si un término tiene un “sentido especial” con arreglo al artículo 31, párrafo 4, en la medida en que pueden indicar que interpretaciones anteriores permiten establecer un sentido especializado dentro de un ámbito concreto<sup>609</sup>.

417. Sin embargo, puede ser problemático afirmar que ese uso del precedente arbitral constituye una aplicación de la regla general de interpretación del artículo 31. Aunque es indudable que las decisiones anteriores contribuyen a los ejercicios interpretativos, lo hacen de manera indirecta al aclarar elementos pertinentes para el análisis previstos en el artículo 31, como el sentido corriente, la práctica ulterior o las normas pertinentes de derecho internacional. No determinan directamente el sentido de la disposición del tratado como lo hacen el texto, el contexto y el objeto y fin. Esta conclusión se basa en una interpretación ordinaria del artículo 31, que, como ya se ha señalado, establece la regla general, mientras que el artículo 32 interviene mucho después para prever la posibilidad de acudir a los medios complementarios.

418. Al utilizar decisiones anteriores para discernir el “sentido corriente” de un término, por ejemplo, se recurre al razonamiento anterior de otros tribunales como atajo, de la misma forma que se consulta un diccionario. Con ese enfoque no se interpreta el propio texto del tratado, sino que se delega la tarea interpretativa en decisiones anteriores. Del mismo modo, para utilizar decisiones anteriores a fin de establecer la práctica ulterior o las normas

<sup>604</sup> *Ibid.*

<sup>605</sup> *Azurix Corp. c. la República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/01/12, laudo, 14 de julio de 2006, párrs. 299 y 300.

<sup>606</sup> Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, *Daimler Financial Services AG c. la República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/05/1, laudo, 22 de agosto de 2012, párr. 267.

<sup>607</sup> Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Telefónica S.A. c. la República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/03/20, decisión del Tribunal sobre excepciones a la competencia, 25 de mayo de 2006, párrs. 109, 111 y 112; véase también Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI núm. ARB (AF)/04/5, laudo, 21 de noviembre de 2007, párr. 176.

<sup>608</sup> *AWG Group Limited c. la República Argentina* (véase la nota 599 *supra*), párr. 63.

<sup>609</sup> Véase *Anatolie Stati et al. v. Republic of Kazakhstan (I)*, caso SCC núm. V 116/2010, laudo, 19 de diciembre de 2013; véase también Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan (I)*, caso CIADI núm. ARB/03/29, laudo, 27 de agosto de 2009 (ambos en relación con el “trato justo y equitativo”).

pertinentes de derecho internacional, es preciso demostrar que las decisiones anteriores reflejan un entendimiento común de las partes del tratado, y no simplemente las opiniones de tribunales individuales.

### **G. Propuesta de proyecto de conclusión 13: relación con los medios complementarios**

419. La Comisión ya ha aprobado el proyecto de conclusión 6, que establece que los medios auxiliares no son una fuente del derecho internacional, y que su función es ayudar a determinar la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional. Es importante destacar que ello se entiende sin perjuicio de la utilización de los mismos materiales para otros fines, como la interpretación de los tratados, lo cual quedó claro en la segunda oración de la misma conclusión.

420. En vista de ello y del análisis que antecede, parece importante reconocer que los medios auxiliares pueden cumplir una función distinta en la interpretación de los tratados. Así lo subrayó la Comisión en el proyecto de conclusión 6, relativo a la naturaleza y la función de los medios auxiliares. Concretamente, los materiales pueden servir de medios de interpretación complementarios en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena de 1969. Así lo demuestra ampliamente la práctica analizada en el presente capítulo del informe. Dichos materiales también pueden, y esta es una segunda cuestión que debería reflejarse en otro párrafo, contribuir a la aplicación del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969, que establece la regla general de interpretación de los tratados en virtud del derecho internacional consuetudinario, por ejemplo al aclarar el sentido corriente de los términos, la práctica ulterior o las normas pertinentes de derecho internacional. El texto del párrafo 2 trata de reflejar ese entendimiento, aunque destaca a ese respecto las decisiones judiciales y de otra índole de las cortes y tribunales.

421. Por consiguiente, el Relator Especial desea proponer un proyecto de conclusión sobre la relación entre los medios de interpretación complementarios y los medios auxiliares, que reza como sigue:

**Proyecto de conclusión 13**  
**Relación entre los medios auxiliares y los medios de interpretación complementarios**

1. Los medios auxiliares pueden desempeñar un papel significativo en la interpretación de los tratados. La función interpretativa de los medios auxiliares es distinta, pero complementaria, de su papel en la determinación de la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional.

2. Los medios auxiliares, en especial las decisiones de cortes y tribunales, pueden ser medios de interpretación complementarios en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, o contribuir a la aplicación de la regla general prevista en el artículo 31, entre otras cosas aclarando el sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

## **VIII. La estructura del proyecto de conclusiones**

422. El Relator Especial recuerda que, al examinar el tema, ha dejado pendiente la cuestión de la estructura del proyecto de conclusiones porque, durante el debate sobre el primer informe en sesión plenaria, varios miembros propusieron que se incluyera una disposición sobre las funciones en la primera parte del proyecto de conclusiones. El Relator Especial recomendó a la Comisión que, en lugar de ello, esperara a su segundo informe para disponer de un análisis en el que basarse para aprobar dicha disposición.

423. El segundo informe contenía ese análisis, acompañado de una propuesta de proyecto de conclusión sobre la naturaleza y la función de los medios auxiliares. Durante el segundo debate de la Comisión, volvió a plantearse la cuestión de la estructura con respecto a la misma cuestión, puesto que el Relator Especial había considerado que debía dejarse de lado a la

espera de la primera lectura. Como se indica en el capítulo II del presente informe, en el que se resumen los debates tanto en la Comisión como en la Sexta Comisión, varios miembros y Estados presentaron propuestas sobre la ubicación de la disposición relativa a las funciones que ellos mismos u otros habían sugerido en el período de sesiones del año anterior.

424. Dicho esto, el Relator Especial consideraba que debía evitarse decidir prematuramente la estructura del proyecto de conclusiones. Por ello, recomendó a la Comisión que abordase la cuestión de la ubicación de la disposición sobre las funciones durante la primera lectura, y ello porque, al igual que ocurría con otros temas, entonces habría más claridad sobre todos los proyectos de conclusión aprobados.

425. En esta etapa de los trabajos, dado que se espera que la Comisión proceda a la primera lectura sobre el tema, es necesario volver a abordar la estructura del proyecto de conclusiones. En opinión del Relator Especial, ahora hay más claridad acerca de todos los proyectos de conclusión sobre el tema. por lo que es necesario y conveniente estructurarlos de forma lógica en partes, como ha hecho la Comisión en casi todos sus temas recientes.

426. La Comisión ya ha aprobado provisionalmente ocho de los proyectos de conclusión mencionados, y el Relator propone los cinco proyectos de conclusión restantes en el presente informe. Si la Comisión los aprueba, para acabar con un total de 13 proyectos de conclusión sobre el tema, una estructura en partes facilitaría su utilización. Por supuesto, en los capítulos correspondientes del presente informe se expone el análisis que respalda la aprobación de los proyectos de conclusión propuestos, que en esta sección se han resaltado en **negrita** y *cursiva* para facilitar la consulta de los miembros.

427. Teniendo en cuenta las nuevas conclusiones propuestas en el tercer informe (que se resaltan a continuación en **negrita**), el Relator Especial desea proponer la siguiente estructura general para el conjunto de proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por la Comisión. Señala que, además de la sección general, ha incluido una parte introductoria en consonancia con la práctica reciente de la Comisión. A continuación, ha incluido una sección sobre las decisiones de cortes y tribunales y la doctrina, que son las dos categorías mencionadas expresamente en el párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y que ahora forman parte incuestionable del derecho internacional consuetudinario. En la cuarta y última sección se abordan los otros medios generalmente utilizados para ayudar a determinar las normas de derecho internacional. Existe una larga historia de utilización de la labor de los grupos de expertos de carácter privado, que se mencionó en las deliberaciones del Comité Consultivo de Juristas cuando se redactó la disposición sobre los medios auxiliares. Los pronunciamientos de los órganos de expertos de carácter público y las resoluciones de las organizaciones internacionales son habituales en la práctica y forman parte de los medios que suelen utilizar tanto los Estados como las cortes y tribunales internacionales para determinar las normas.

428. Por último, cabe señalar que se pretende aplicar una lógica específica para evaluar el peso de todos los medios auxiliares distintos de las decisiones de cortes y tribunales (cuya evaluación se aborda en el proyecto de conclusión 8 aprobado provisionalmente durante el 75º período de sesiones). El Relator Especial propone que la cuestión de la evaluación del peso de los demás medios auxiliares se aborde en cada categoría en un párrafo aparte con una referencia cruzada al proyecto de conclusión 3 en el que se establecen los criterios generales de evaluación. Con este enfoque adoptado en los textos propuestos en el presente informe, la Comisión tendrá la oportunidad de explicar los principales criterios de evaluación del peso que deben tenerse en cuenta para cada categoría en los comentarios correspondientes.

429. Teniendo en cuenta todo lo que antecede, se propone la siguiente estructura:

Primera parte: Introducción

Proyecto de conclusión 1 (Alcance)

Segunda parte: Disposiciones generales

Proyecto de conclusión 2 (Categorías de medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional)

Proyecto de conclusión 3 (Naturaleza y función de los medios auxiliares)

Proyecto de conclusión 4 (Criterios generales de evaluación de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional)

Tercera parte: Medios auxiliares con arreglo al derecho internacional consuetudinario

Proyecto de conclusión 5 (Decisiones de cortes y tribunales)

***Proyecto de conclusión 6 (Coherencia de las decisiones de cortes y tribunales)***

Proyecto de conclusión 7 (Peso de las decisiones de cortes y tribunales)

***Proyecto de conclusión 8 (Relación entre los medios auxiliares y los medios de interpretación complementarios)***

Proyecto de conclusión 9 (Ausencia de precedente jurídicamente vinculante en el derecho internacional)

Proyecto de conclusión 10 (Doctrina)<sup>610</sup>

Cuarta parte: Otros medios generalmente utilizados para ayudar a determinar las normas de derecho internacional

***Proyecto de conclusión 11 (Productos de grupos de expertos de carácter privado)***

***Proyecto de conclusión 12 (Pronunciamientos de órganos de expertos de carácter público)***

***Proyecto de conclusión 13 (Resoluciones de organizaciones internacionales y conferencias intergubernamentales)***

## IX. Programa de trabajo futuro

430. El Relator Especial ha indicado al presentar el presente informe que pretende completar el proyecto de conclusiones sobre el tema durante el 76º período de sesiones, en 2025. Si la Comisión aprueba las conclusiones propuestas en el tercer informe, en consonancia con la práctica seguida desde el inicio del examen del tema, el Relator Especial preparará los proyectos de comentario a dichas conclusiones para su aprobación por la Comisión durante la segunda mitad del 76º período de sesiones. Los comentarios aprobados en 2025, junto con los aprobados anteriormente por la Comisión desde la adición del tema al programa de trabajo actual en 2023, también tendrán en cuenta las observaciones sobre el tema formuladas por los Estados hasta la fecha en los debates anuales de la Sexta Comisión de la Asamblea General, así como en la información escrita presentada a la Comisión.

431. Así, la Comisión aprobaría entre 2023 y 2025 el proyecto de conclusiones, con sus comentarios, sobre el tema de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional. Suponiendo que la Comisión apruebe provisionalmente el proyecto de conclusiones con sus comentarios en primera lectura este año, podría preverse una segunda lectura para 2027. De este modo, los Estados, las organizaciones internacionales y otros actores pertinentes dispondrían de tiempo suficiente para preparar observaciones escritas sobre el proyecto de conclusiones y de comentarios aprobados en primera lectura. La Comisión podría entonces formular una recomendación final a la Asamblea General sobre el tema.

<sup>610</sup> El Relator Especial señala que, como se explica en el presente informe, ha propuesto la inclusión de un nuevo párrafo 2 en este proyecto de conclusión sobre los criterios de evaluación del peso de la doctrina. Si se acepta esa propuesta, la estructura actual no cambiará. No obstante, si la Comisión decide añadir un proyecto de conclusión específico sobre el peso de la doctrina (y de los demás medios abordados en los otros proyectos de conclusión por razones de coherencia), ajustará la actual estructura propuesta en el Comité de Redacción.

## Anexos

### Anexo I

#### **Proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por la Comisión hasta la fecha**

##### **Conclusión 1**

###### **Alcance**

El presente proyecto de conclusiones se refiere a la utilización de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional.

##### **Conclusión 2**

###### **Categorías de medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional**

Los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional comprenden:

- a) las decisiones de cortes y tribunales;
- b) la doctrina;
- c) cualquier otro medio generalmente utilizado para ayudar a determinar las normas de derecho internacional.

##### **Conclusión 3**

###### **Criterios generales de evaluación de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional**

Cuando se evalúe el peso de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional, debería considerarse, entre otras cosas:

- a) su grado de representatividad;
- b) la calidad del razonamiento;
- c) la especialización de quienes participan;
- d) el nivel de acuerdo entre quienes participan;
- e) la acogida por parte de los Estados y otras entidades;
- f) cuando fuese aplicable, el mandato otorgado al órgano.

##### **Conclusión 4**

###### **Decisiones de cortes y tribunales**

1. Las decisiones de cortes y tribunales internacionales, en particular las de la Corte Internacional de Justicia, constituyen un medio auxiliar para la determinación de la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional.
2. Las decisiones de las cortes y tribunales nacionales pueden utilizarse, en determinadas circunstancias, como un medio auxiliar para la determinación de la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional.

##### **Conclusión 5**

###### **Doctrina**

La doctrina, especialmente aquella que refleje de manera general los puntos de vista concordantes de personas con competencia en derecho internacional de los diferentes sistemas jurídicos y regiones del mundo, constituye un medio auxiliar para la determinación de la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional. Al evaluar la

representatividad de la doctrina, también se debería tener en cuenta, *inter alia*, la diversidad lingüística y de género.

#### **Conclusión 6**

##### **Naturaleza y función de los medios auxiliares**

1. Los medios auxiliares no son una fuente del derecho internacional. La función de los medios auxiliares es ayudar a determinar la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional.
2. La utilización de materiales como medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional se entiende sin perjuicio de su utilización para otros fines.

#### **Conclusión 7**

##### **Ausencia de precedente jurídicamente vinculante en el derecho internacional**

Las decisiones de las cortes o tribunales internacionales pueden seguirse con respecto a cuestiones de derecho cuando dichas decisiones aborden cuestiones iguales o similares a las que se están considerando. Dichas decisiones no constituyen precedentes jurídicamente vinculantes, salvo que se disponga lo contrario en un instrumento o norma específicos de derecho internacional.

#### **Conclusión 8**

##### **Peso de las decisiones de cortes y tribunales**

Cuando se evalúe el peso de las decisiones de cortes y tribunales, además de los criterios enunciados en el proyecto de conclusión 3, debería considerarse, entre otras cosas:

- a) si a la corte o tribunal le ha sido atribuida una competencia específica en relación con la aplicación de la norma de que se trate;
- b) la medida en que la decisión forma parte de un conjunto de decisiones concurrentes; y
- c) la medida en que el razonamiento sigue siendo pertinente, teniendo en cuenta desarrollos posteriores.

## Anexo II

### Proyectos de conclusión propuestos en el tercer informe del Relator Especial

#### Proyecto de conclusión 9

##### Productos de los grupos de expertos de carácter privado

1. Los productos elaborados por personas o colectivos de personas organizadas de manera independiente, sin participación alguna de Estados u organizaciones internacionales, pueden ser un medio auxiliar para la determinación de la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional.
2. Cuando se evalúe el peso que debe atribuirse a esos productos, deberían considerarse, según proceda, los criterios enunciados en el proyecto de conclusión 3.

#### Proyecto de conclusión 10

##### Pronunciamientos de órganos de expertos de carácter público

1. El pronunciamiento de un órgano de expertos puede ser un medio auxiliar para la determinación de la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional.
2. Cuando se evalúe el peso de un pronunciamiento en el sentido del párrafo 1, deberían considerarse, según proceda, los criterios enunciados en el proyecto de conclusión 3.
3. La utilización de pronunciamientos de órganos de expertos como medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional en el sentido de los párrafos 1 y 2 se entiende sin perjuicio de su utilización para otros fines.

#### Proyecto de conclusión 11

##### Resoluciones de organizaciones internacionales y conferencias intergubernamentales

1. Una resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental puede ser un medio auxiliar para la determinación de la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional.
2. Cuando se evalúe el peso de las resoluciones de organizaciones internacionales o conferencias intergubernamentales, deberían considerarse, según proceda, los criterios enunciados en el proyecto de conclusión 3.
3. La utilización de resoluciones como medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional en el sentido de los párrafos 1 y 2 se entiende sin perjuicio de su utilización para otros fines.

#### Proyecto de conclusión 12

##### Coherencia de las decisiones de cortes y tribunales

1. Las cortes o tribunales encargados de interpretar y aplicar el derecho internacional deberían promover, en la medida de lo posible y dentro de los límites de su mandato, la coherencia, estabilidad y previsibilidad del sistema jurídico internacional.
2. De conformidad con el párrafo 1, cuando se determinen las normas de derecho internacional aplicables en un caso determinado y parezca existir un conflicto entre las interpretaciones jurídicas contenidas en decisiones de diferentes cortes o tribunales sobre esencialmente la misma cuestión, se tendrá en cuenta el interés de lograr la claridad necesaria y la coherencia esencial del derecho internacional.

**Proyecto de conclusión 13**

**Relación entre los medios auxiliares y los medios de interpretación complementarios**

1. Los medios auxiliares pueden desempeñar un papel significativo en la interpretación de los tratados. La función interpretativa de los medios auxiliares es distinta, pero complementaria, de su papel en la determinación de la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional.
2. Los medios auxiliares, en especial las decisiones de cortes y tribunales, pueden ser medios de interpretación complementarios en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, o contribuir a la aplicación de la regla general prevista en el artículo 31, entre otras cosas aclarando el sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

## Anexo III

### Propuesta de estructura del proyecto de conclusiones recomendada para la primera lectura

(se ha organizado en partes como se indica en el capítulo VIII del presente informe y se ha incluido el texto aprobado por la Comisión, así como las propuestas contenidas en el presente informe: sin resaltar el texto ya aprobado provisionalmente por la Comisión y en negrita las disposiciones propuestas del Relator Especial en el presente informe)

Primera parte: Introducción

- Proyecto de conclusión 1 (Alcance)

Segunda parte: Disposiciones generales

- Proyecto de conclusión 2 (Categorías de medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional)
- Proyecto de conclusión 3 (Naturaleza y función de los medios auxiliares)
- Proyecto de conclusión 4 (Criterios generales de evaluación de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional)

Tercera parte: Medios auxiliares con arreglo al derecho internacional consuetudinario

- Proyecto de conclusión 5 (Decisiones de cortes y tribunales)
- **Proyecto de conclusión 6 (Coherencia de las decisiones de cortes y tribunales)**
- Proyecto de conclusión 7 (Peso de las decisiones de cortes y tribunales)
- **Proyecto de conclusión 8 (Relación entre los medios auxiliares y los medios de interpretación complementarios)**
- Proyecto de conclusión 9 (Ausencia de precedente jurídicamente vinculante en el derecho internacional)
- Proyecto de conclusión 10 (Doctrina)

Cuarta parte: Otros medios generalmente utilizados para ayudar a determinar las normas de derecho internacional

- **Proyecto de conclusión 11 (Productos de grupos de expertos de carácter privado)**
- **Proyecto de conclusión 12 (Pronunciamientos de órganos de expertos de carácter público)**
- **Proyecto de conclusión 13 (Resoluciones de organizaciones internacionales y conferencias intergubernamentales)**