



Comisión de Derecho Internacional

75º período de sesiones

Ginebra, 29 de abril a 31 de mayo y

1 de julio a 2 de agosto de 2024

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

Presentado por Charles Chernor Jalloh, Relator Especial**

Índice

<i>Capítulo</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	3
A. Inclusión del tema en el programa de trabajo	3
B. Objetivo y estructura del presente informe	4
II. Labor sobre el tema hasta la fecha	5
A. Primer informe del Relator Especial y primer debate de la Comisión en sesión plenaria	5
B. Debate en la Sexta Comisión	9
C. Cuestiones derivadas de los debates y camino a seguir	18
III. Funciones de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional	20
A. Análisis anterior de las funciones en el marco del tema	20
B. Opinión de la Comisión de Derecho Internacional y de la Sexta Comisión sobre las funciones de los medios auxiliares	23
C. Carácter y función auxiliares de los medios auxiliares	25

* Publicado nuevamente por razones técnicas el 22 de abril de 2024.

** El Relator Especial desea dar las gracias a sus asistentes de investigación, Clea Strydom y Adam Weiss, por su valiosa ayuda con la recopilación de documentación, la elaboración de las notas a pie de página, la edición y la comprobación de las citas. Agradece a la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos, en especial a Huw Llewellyn y Paola Patarroyo, el duro trabajo y el sacrificio personal que han realizado para elaborar el voluminoso memorando de la Secretaría sobre el tema para el actual período de sesiones de la Comisión.



D.	Los antecedentes de redacción confirman la función auxiliar de los medios auxiliares . . .	27
E.	La práctica de la Corte Internacional de Justicia y de otras cortes y tribunales internacionales confirma la función auxiliar de los medios auxiliares	29
F.	La práctica de las cortes y tribunales nacionales indica la función auxiliar de los medios auxiliares	34
G.	Los académicos también confirman el carácter auxiliar de los medios auxiliares	39
H.	Observaciones del Relator Especial sobre el carácter auxiliar de los medios auxiliares	40
I.	Propuesta de proyecto de conclusión	41
IV.	Carácter general del precedente en los procedimientos judiciales nacionales e internacionales	42
A.	Concepto y aplicación del precedente en los sistemas de derecho anglosajón y de derecho romanista	42
B.	El párrafo 1 d) del Artículo 38 y su relación con el Artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia	46
C.	El Artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el precedente y la relación con los derechos de terceros Estados	48
D.	Las decisiones de la Corte Internacional de Justicia no son obligatorias sino para las partes en litigio	52
E.	Vínculo entre el Artículo 59 y el Artículo 61 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia sobre el carácter definitivo de los fallos (cosa juzgada)	60
F.	Observaciones sobre la práctica de la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia en materia de precedentes	64
G.	El precedente en el Tribunal Internacional del Derecho del Mar	65
H.	Observaciones sobre la práctica del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en materia de precedentes	71
I.	Proyectos de conclusión propuestos	72
V.	Futuro programa de trabajo sobre el tema	74
Anexos		
I.	Proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por la Comisión en su 74º período de sesiones	74
II.	Proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el 74º período de sesiones de la Comisión	75
III.	Proyectos de conclusión propuestos en el presente informe	76

I. Introducción

A. Inclusión del tema en el programa de trabajo

1. En su 72º período de sesiones (2021), la Comisión de Derecho Internacional decidió incluir en su programa de trabajo a largo plazo el tema “Medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional”¹. En su septuagésimo sexto período de sesiones (2021), la Asamblea General aprobó la resolución 76/111², en la que tomó nota de la inclusión del tema en el programa de trabajo a largo plazo³.

2. En su 73º período de sesiones (2022), teniendo en cuenta que el tema suscitaba interés, que quedaba un hueco en el programa de trabajo y que los Estados se habían pronunciado favorablemente al respecto, la Comisión decidió⁴ trasladar el tema a su programa de trabajo actual y nombró Relator Especial para el tema al Sr. Charles Chernor Jalloh⁵.

3. En el mismo período de sesiones, la Comisión también solicitó a los Estados información sobre sus prácticas⁶ y pidió a la Secretaría que elaborase dos memorandos⁷. En el primer memorando, que debía presentarse en el 74º período de sesiones (2023), se abordaría los elementos de trabajos anteriores de la Comisión que pudieran ser especialmente pertinentes para el tema. En el segundo, que debía presentarse antes del 75º período de sesiones (2024), se estudiaría la jurisprudencia pertinente de las cortes y tribunales internacionales y de otros organismos, y se identificarían elementos de su práctica que pudieran ser especialmente pertinentes para el tema.

4. Durante el debate en la Sexta Comisión en el septuagésimo séptimo período de sesiones (2022) de la Asamblea General, los Estados acogieron favorablemente los planes de la Comisión de examinar los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional. En su resolución 77/103, de 7 de diciembre de 2022, la Asamblea General tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo actual⁸. También señaló a la atención de los Gobiernos la importancia de que la Comisión recibiera sus observaciones sobre los diversos aspectos de los temas de su programa, en particular sobre las cuestiones concretas mencionadas en el capítulo III de su informe sobre la labor realizada en su 73º período de sesiones (2022) en relación con los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional⁹.

5. En su 74º período de sesiones (2023), la Comisión celebró un debate general sobre la base del primer informe del Relator Especial¹⁰. Además de ese informe, la Comisión también examinó el primer memorando de la Secretaría en el que se identificaban elementos de trabajos anteriores de la Comisión que podían ser especialmente pertinentes para el tema¹¹.

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

² Resolución 76/111 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2021, párr. 5.

³ *Ibid.*

⁴ A/CN.4/SR.3583, pág. 8.

⁵ *Ibid.*

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

⁷ *Ibid.*, párr. 245.

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

⁹ *Ibid.*, párr. 5.

¹⁰ A/CN.4/760.

¹¹ A/CN.4/759.

6. En su primer informe, el Relator Especial indicó que en su segundo informe examinaría la función de los medios auxiliares. Tenía previsto centrarse en las decisiones judiciales, en particular en su relación con las fuentes del derecho internacional, a saber, los tratados, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho¹². Asimismo, mencionó la posibilidad de examinar también la cuestión de la unidad y coherencia del derecho internacional en relación con las decisiones contradictorias de diferentes cortes y tribunales¹³. En general, los miembros de la Comisión respaldaron esas propuestas durante el primer debate en sesión plenaria sobre el tema. Ese apoyo quedó reflejado en el calendario provisional de la Comisión para el examen del tema en lo que quedaba del quinquenio incluido en su informe a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 74º periodo de sesiones (2023)¹⁴.

B. Objetivo y estructura del presente informe

7. El presente informe, en el que el Relator Especial pretende basarse en el primer informe y en los avances realizados hasta la fecha en el examen del tema, tiene la siguiente estructura: tras el presente capítulo introductorio, en el capítulo II el Relator Especial analizará el examen anterior del tema. El capítulo contiene un breve resumen del resultado del debate celebrado en la Comisión de Derecho Internacional, seguido de un resumen más detallado del debate mantenido en la Sexta Comisión. A continuación, el Relator Especial abordará cuatro cuestiones planteadas en los debates y hará propuestas al respecto.

8. En el capítulo III, el Relator Especial examinará la naturaleza y la función de los medios auxiliares y se centrará en las decisiones judiciales como medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho. Se argumenta, en consonancia con la labor anterior y actual de la Comisión sobre otros temas, que los medios auxiliares tienen principalmente una función auxiliar. El análisis del texto y los antecedentes de redacción del párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y de la práctica relativa a dicha disposición indica que tanto las cortes y tribunales internacionales y nacionales como la doctrina confirman la función auxiliar de los medios auxiliares. Por supuesto, las decisiones judiciales, la doctrina y los otros medios auxiliares tienen algunas funciones más específicas asociadas a su relación con las fuentes del derecho internacional, como la interacción entre los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho y los medios de interpretación complementarios previstos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁵, funciones que se estudiarán en un futuro informe.

9. En el segundo capítulo sustantivo, el capítulo IV, el Relator Especial analiza la relación entre el párrafo 1 d) del Artículo 38 y el Artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, ya que los medios auxiliares mencionados en la primera disposición están expresamente sujetos a lo estipulado en la segunda, que establece que las decisiones de la Corte no son obligatorias sino para las partes en litigio y respecto del caso que haya sido decidido. Esa disposición ha suscitado mucha polémica y confusión sobre la obligatoriedad o no del precedente en derecho internacional. El capítulo contiene una breve sección en la que se compara la forma en que abordan el precedente las cortes y tribunales nacionales en los sistemas de

¹² A/CN.4/760, párr. 388.

¹³ *Ibid.*, párr. 50.

¹⁴ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo octavo periodo de sesiones, suplemento núm. 10 (A/78/10)*, párr. 261.

¹⁵ 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.

derecho anglosajón y los sistemas de derecho romanista. A continuación se analiza la cuestión del precedente en derecho internacional en relación con la Corte Internacional de Justicia y se centra la atención en los elementos de la práctica relativos al Artículo 59, también en lo que se refiere a lo que pretende conseguir al proteger o preservar los derechos de terceros. Luego el Relator Especial analiza brevemente ejemplos de la forma en que el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, que, al igual que la Corte Internacional de Justicia, también resuelve controversias interestatales y formula opiniones consultivas, aborda los precedentes antes de emitir sus dictámenes.

10. En su segundo memorando¹⁶, la Secretaría estudia la jurisprudencia de las cortes y tribunales y de otros órganos internacionales, como los tribunales arbitrales, y las decisiones de otros órganos., Ofrece información completa sobre la práctica real de una amplia gama de órganos en relación con a) las funciones de los medios auxiliares y b) el uso de precedentes para resolver cuestiones tanto procesales como de fondo. En el segundo memorando, la Secretaría incluye numerosos ejemplos que ilustran la forma en los tribunales arbitrales, las cortes y tribunales penales internacionales *ad hoc* y permanentes y otros órganos interpretan los medios auxiliares y abordan en la práctica la cuestión del precedente. Aunque hay algunos matices, como la aplicabilidad de un sistema de precedentes vinculantes por parte de las cortes y tribunales internacionales con una jerarquía interna, como la Corte Penal Internacional, la conclusión general confirma que en derecho internacional no existe un sistema formal de precedentes vinculantes en las controversias entre Estados sometidas a órganos permanentes o *ad hoc*. El Relator Especial elogia encarecidamente a la Secretaría por su segundo memorando por ser un valioso repositorio de la práctica judicial en relación con los dos aspectos fundamentales del tema que se abordan en el presente informe.

11. En la última parte del informe, el capítulo V, el Relator Especial aborda el futuro programa de trabajo sobre el tema. Recuerda lo que ya dijo el año pasado, a saber, que, aunque propuso un programa provisional para orientar su labor sobre el tema, este “podrá cambiar según avance la labor sobre el tema”¹⁷. A fin de mantener la flexibilidad necesaria para abordar las cuestiones científicas y de otro tipo que plantee el tema en función del resultado del debate y de los progresos que se realicen durante el 75º período de sesiones (2024), tal vez proponga la introducción de algunos ajustes al programa provisional en su próximo informe.

12. Para facilitar la labor de sus miembros, se adjuntan al presente informe las conclusiones aprobadas provisionalmente por la Comisión en su 74º período de sesiones (2023) y los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción (anexos I y II). Se adjuntan también los tres nuevos proyectos de conclusión propuestos por el Relator Especial en el presente informe (anexo III).

II. Labor sobre el tema hasta la fecha

A. Primer informe del Relator Especial y primer debate de la Comisión en sesión plenaria

13. En su primer informe, el Relator Especial expuso las principales cuestiones planteadas por la labor de la Comisión sobre el tema de los medios auxiliares para la determinación de normas de derecho internacional¹⁸. Analizó la opinión generalmente

¹⁶ A/CN.4/765.

¹⁷ A/CN.4/760, párr. 387.

¹⁸ *Ibid.*

positiva sobre el tema que los Estados habían manifestado en la Sexta Comisión en dos períodos de sesiones sucesivos de la Asamblea General en 2021¹⁹ y 2022²⁰. Abordó cuestiones de metodología, basada en la práctica de los Estados y de las cortes y tribunales. Examinó la labor anterior de la Comisión sobre el tema, los fundamentos teóricos y la naturaleza de los medios auxiliares y su relación con las fuentes del derecho internacional, distinguiéndolos como materiales, y no como fuentes formales del derecho. Asimismo, realizó un análisis detallado del texto y los antecedentes de redacción del párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y de la práctica a ese respecto.

14. Desde el punto de vista sustantivo, el Relator Especial analizó los principales aspectos del tema de los medios auxiliares, tomando como punto de partida el párrafo 1 d) del Artículo 38, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que califica expresamente de medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones. Dicho esto, dado que nada en el texto ni en los antecedentes de redacción del párrafo 1 d) del Artículo 38 indica que ese enunciado pretendiera ser exhaustivo, y que en la práctica contemporánea ya se usan ampliamente otros medios para determinar las normas del derecho internacional, el Relator Especial examinó otros materiales que podían ser medios auxiliares para seguir avanzando en el estudio del tema. Para ello, realizó, entre otras cosas, una evaluación preliminar de las declaraciones o actos unilaterales de los Estados, las resoluciones y decisiones de las organizaciones internacionales, los acuerdos entre Estados y empresas internacionales, el derecho religioso y la labor de los órganos de expertos de carácter público y privado.

15. El Relator Especial propuso que, en consonancia con la sinopsis aprobada y el enfoque adoptado por la Comisión en los temas anteriores relativos a las fuentes, el resultado final de su labor revistiera la forma de un proyecto de conclusiones acompañado de comentarios. Sugirió que se aclarase el valor normativo del proyecto de conclusiones resultante del examen del tema. A ese respecto, el Relator Especial explicaba en su primer informe que, si bien todavía no existía en la práctica de la Comisión una definición única de los proyectos de conclusiones, ya que esta debía guiarse forzosamente por las circunstancias específicas de cada tema, su función esencial estaba clara: aclarar el derecho a partir de la práctica actual. Así pues, conforme al Estatuto y a la práctica general de la Comisión, el contenido de las conclusiones resultantes del examen del tema reflejará principalmente una codificación y quizás elementos de desarrollo progresivo.

16. Para concluir, sobre la base del análisis detallado contenido en su primer informe y teniendo en cuenta la labor anterior de la Comisión al respecto, el Relator Especial propuso cinco proyectos de conclusión. El proyecto de conclusión 1 se refiere al alcance del tema; el proyecto de conclusión 2 a las categorías de medios auxiliares; el proyecto de conclusión 3 enuncia los criterios de evaluación de los medios auxiliares; el proyecto de conclusión 4 se refiere a las decisiones de las cortes y tribunales y, por último, el proyecto de conclusión 5 aborda la doctrina.

17. El Relator Especial también propuso un programa de trabajo provisional para el tema. En dicho programa de trabajo provisional, proponía la elaboración de tres informes sustantivos sucesivos, el segundo sobre las decisiones judiciales y el tercero acerca de la doctrina y otros medios auxiliares. La idea es, de mantenerse el calendario previsto, finalizar la primera lectura del conjunto completo de conclusiones y sus comentarios en 2025 y la segunda lectura en 2027, después de recibir las observaciones de los Estados. Dicho esto, en el primer informe, el Relator Especial

¹⁹ *Ibid.*, cap. II, secc. A.

²⁰ *Ibid.*, secc. B.

también insistía en que el calendario preliminar no era definitivo y podía modificarse para reflejar el avance real de los trabajos y las necesidades científicas o de otro tipo del tema.

18. Durante el primer debate sobre el tema en sesión plenaria, la mayoría de los miembros de la Comisión valoraron positivamente el informe y felicitaron al Relator Especial por haber elaborado un informe riguroso, equilibrado y completo, aunque algunos miembros señalaron que hubieran preferido que fuera más breve. Dadas las limitaciones impuestas para su redacción, no es necesario resumir en el presente informe el primer debate celebrado en sesión plenaria. En cualquier caso, aunque el debate se centró en las dos conclusiones para las que aún no se habían elaborado comentarios, la Comisión reflejó debidamente los principales aspectos abordados en el primer debate en sesión plenaria sobre el tema de los medios auxiliares en su informe de 2023 a la Asamblea General²¹.

19. Al final del primer debate celebrado en sesión plenaria, que suscitó un gran interés entre casi todos los miembros de la Comisión, el Relator Especial resumió los fructíferos intercambios mantenidos y señaló la existencia de un firme consenso sobre el alcance y la orientación generales del tema²². A continuación se resumen sus conclusiones.

20. En primer lugar, hubo consenso entre los miembros de la Comisión sobre la importancia y la pertinencia práctica del tema de los medios auxiliares. Los miembros destacaron que el texto del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y la práctica al respecto eran el punto de partida de la labor actual, que brindaba a la Comisión la oportunidad de completar sus trabajos sobre la última parte del párrafo 1 d) del Artículo 38, relativa a los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional.

21. En segundo lugar, hubo consenso entre los miembros de la Comisión en que, aunque los medios auxiliares enunciados en el párrafo 1 d) del Artículo 38 no son en sí mismos fuentes del derecho internacional, en la práctica cumplen una importante función de asistencia en el proceso de determinación de la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional.

22. En tercer lugar, por lo que se refiere a la metodología de la labor sobre el tema, hubo consenso en que la Comisión debía seguir su metodología habitual y examinar las prácticas de los Estados, en especial de sus cortes y tribunales, así como de las cortes y tribunales internacionales, entre otros. A ese respecto, se acordó que, por razones de coherencia, la Comisión debía basarse en su labor anterior relativa a los medios auxiliares y evitar reabrir cuestiones ya resueltas. Naturalmente, ello no obviaba la procedencia de un examen exhaustivo de las cuestiones que se plantearan en el contexto específico del tema, en particular teniendo en cuenta que los medios auxiliares se habían abordado como elementos secundarios, y no como objeto principal de los temas examinados.

23. En cuarto lugar, hubo un amplio consenso entre los miembros de la Comisión en que el estudio abordaría tres componentes principales del tema. El primer componente principal sería el del origen, el carácter y el alcance de los medios auxiliares. A ese respecto, todos los miembros estuvieron de acuerdo en que las dos categorías tradicionales de medios auxiliares establecidas en el párrafo 1 d) del Artículo 38, a saber, las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, son medios auxiliares para la determinación de

²¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo octavo período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/78/10).*

²² *Ibid.*, párrs. 84 a 98.

las normas de derecho internacional. Los miembros también coincidieron en general en la conveniencia de estudiar más a fondo el peso de los medios auxiliares.

24. El segundo componente principal del tema sería el de la función de los medios auxiliares y su relación con las fuentes del derecho internacional, a saber, los tratados, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho. En consonancia con lo establecido por la Comisión en sus trabajos anteriores, se determinó que su función principal era de carácter complementario o auxiliar, como confirman las distintas versiones lingüísticas oficiales del párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. A ese respecto, los miembros coincidieron ampliamente en que sería útil aclarar mejor la función de los medios auxiliares que, a tenor de la forma en que el concepto de “*subsidiary means*” recogido en la versión en inglés del párrafo 1 d) del Artículo 38 se enunciaba en los otros idiomas oficiales de las Naciones Unidas, parecía ser principalmente ayudar a determinar la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional que se encuentran en las fuentes del derecho internacional.

25. El tercer componente principal del tema sería el de la tercera categoría de medios auxiliares para la determinación de normas de derecho internacional. Dado que las decisiones judiciales y la doctrina no son en la práctica todos los medios auxiliares que pueden consultarse, los miembros coincidieron ampliamente en que la Comisión debería estudiar otros medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional.

26. Había divergencia de opiniones en cuanto a los medios auxiliares específicos que podrían incluirse en la tercera categoría acordada. La 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. Algunos de esos miembros instaron a que dichas categorías se reconocieran expresamente, incluso en conclusiones específicas. Varios miembros expresaron dudas a este respecto, mientras que otros no descartaron la idea. Solo unos pocos miembros estaban a favor de que se siguieran analizando los actos unilaterales capaces de crear obligaciones jurídicas, mientras que la mayoría de los demás miembros y el Relator Especial estaban en contra y todos menos uno apoyaban la exclusión del derecho religioso. Ningún miembro se mostró partidario de seguir examinando los acuerdos entre Estados y empresas multinacionales.

27. En quinto lugar, en lo que respecta a la cuestión de la unidad y coherencia del derecho internacional, a veces denominada fragmentación, hubo un amplio acuerdo en que la Comisión podría contribuir examinando la cuestión en el marco de su labor sobre el tema. Varios miembros rechazaron esta idea. Aunque parecía haber un fuerte apoyo al estudio de ese aspecto del tema en el seno de la Comisión, que tenía la última palabra al respecto, el Relator Especial propuso que se siguiera dando a los Estados la oportunidad de pronunciarse en la Sexta Comisión para que pudieran tenerse en cuenta sus importantes puntos de vista.

28. En sexto lugar, los miembros de la Comisión apoyaron de forma abrumadora el resultado final propuesto para el tema. Se acordó que adoptaría la forma de un proyecto de conclusiones acompañado de comentarios con el objetivo principal de aclarar el derecho a partir de la práctica actual.

29. En séptimo lugar, como parte de la contribución de la Comisión al tema, los miembros convinieron en apoyar la elaboración de una bibliografía multilingüe que fuera lo más representativa posible de las distintas regiones, sistemas jurídicos e idiomas del mundo. A fin de lograr una mayor representatividad, en su recapitulación el Relator Especial invitó a los miembros de la Comisión y a los Estados a que

propusieran elementos para su inclusión en la bibliografía multilingüe que se elaboraría hacia el final de la primera lectura del proyecto de conclusiones.

30. Tras el resumen del primer debate en sesión plenaria hecho por el Relator Especial, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los cinco proyectos de conclusión que figuraban en su primer informe, teniendo en cuenta las opiniones expresadas durante el debate en sesión plenaria²³. El Comité de Redacción celebró varias sesiones sobre el tema y ultimó los tres primeros proyectos de conclusión al final de la primera parte del período de sesiones. Los otros dos proyectos de conclusión se reservaron para su examen durante la segunda parte del período de sesiones. Cuando se reanudó el período de sesiones, el Comité de Redacción dedicó varias sesiones a examinar los otros dos proyectos de conclusión propuestos por el Relator Especial en su primer informe.

31. El 3 de julio de 2023, la Comisión examinó el informe del Comité de Redacción sobre el tema²⁴. Aprobó provisionalmente los proyectos de conclusión 1 a 3 y, hacia el final del 74º período de sesiones, los comentarios correspondientes²⁵.

32. El 21 de julio de 2023, la Comisión examinó también otro informe del Comité de Redacción que contenía los proyectos de conclusión 4 y 5 aprobados provisionalmente por el Comité en su forma revisada oralmente, y tomó nota de ellos²⁶. Los comentarios a esos dos proyectos de conclusión se presentarán probablemente para su aprobación durante el 75º período de sesiones (2024) de la Comisión.

B. Debate en la Sexta Comisión

1. Apoyo general al alcance, el enfoque y el resultado del tema

33. Un número relativamente elevado de delegaciones participaron en 2023 en el debate celebrado en la Sexta Comisión sobre el informe de la Comisión acerca de la labor realizada en sus periodos de sesiones 73º y 74º. Unos 51 Estados (incluidos los países nórdicos, representados por Dinamarca), además de la Unión Europea y un observador (la Santa Sede), abordaron de manera específica el capítulo VII del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 74º período de sesiones, relativo a los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional²⁷.

34. En términos generales, la mayoría de las delegaciones participantes se pronunciaron favorablemente sobre el tema y muchas reiteraron su apoyo a la decisión de la Comisión de incluir el tema de los medios auxiliares en su programa de trabajo,

²³ *Ibid.*, párr. 63.

²⁴ Véase la declaración del Presidente del Comité de Redacción sobre los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional, 3 de julio de 2023, en https://legal.un.org/ilc/documentation/english/statements/2023_dc_chair_statement_sm.pdf.

²⁵ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo octavo período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/78/10)* párr. 64.

²⁶ *Ibid.*, párr. 65.

²⁷ Además de la Unión Europea y la Santa Sede, en el debate de la Sexta Comisión examinaron el tema las siguientes delegaciones: Alemania, Armenia, Austria, Belarús, Brasil, Camerún, Chequia, Chile, China, Colombia, Cuba, Dinamarca (en nombre de los países nórdicos), Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, Estados Unidos de América, Estonia, Federación de Rusia, Filipinas, Francia, Grecia, Guatemala, Hungría, India, Irán (República Islámica del), Irlanda, Israel, Italia, Jamaica, Japón, Kenia, Malasia, México, Países Bajos (Reino de los), Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República de Corea, Rumanía, Sierra Leona, Singapur, Sudáfrica, Tailandia, Türkiye y Uganda.

que consideraban una continuación lógica²⁸ y un útil complemento²⁹ de su labor anterior sobre las fuentes del derecho internacional. Una de las pocas delegaciones que se habían mostrado inicialmente indecisas señaló que, si bien en un principio había expresado dudas sobre la inclusión del tema en el programa de trabajo actual, ahora, tras el primer año de trabajos, estaba convencida de su potencial³⁰. El Relator Especial acoge con satisfacción ese cambio, sobre todo teniendo en cuenta el fuerte apoyo de muchos otros Estados al tema.

35. En sus observaciones sobre el contenido, la mayoría de las delegaciones también acogieron con satisfacción, en general, el exhaustivo primer informe del Relator Especial. Varias delegaciones elogiaron los progresos realizados por la Comisión en el estudio del tema hasta la fecha, incluida la aprobación de tres proyectos de conclusión y sus comentarios, así como la aprobación provisional de dos proyectos de conclusión por el Comité de Redacción³¹. La mayoría de las delegaciones formularon observaciones sobre los tres proyectos de conclusión provisionalmente aprobados y sus comentarios. Alrededor de la mitad de las delegaciones que participaron en el debate en la Sexta Comisión también dieron su opinión preliminar sobre los otros dos proyectos de conclusión³².

36. En términos generales, muchas de las delegaciones participantes expresaron su apoyo al alcance del tema en cuanto al fondo. La mayoría de las delegaciones se mostraron a favor de que se examinaran las decisiones judiciales y la doctrina para determinar las normas de derecho internacional, sin dejar de coincidir con la Comisión en que esos medios tenían carácter auxiliar y no eran fuentes del derecho internacional. Si bien algunas delegaciones apoyaron expresamente la inclusión de “diversos otros medios”³³, otras manifestaron dudas sobre la tercera categoría o pidieron cierta prudencia para no ampliar indebidamente la categoría de los medios auxiliares³⁴.

37. Se expresó un apoyo generalizado al enfoque metodológico de la Comisión, que se basaría en la práctica de los Estados y de las cortes y tribunales internacionales. También hubo un amplio apoyo al programa de trabajo provisional para el tema. A ese respecto, casi todas las delegaciones acogieron favorablemente los avances

²⁸ Véanse las declaraciones de Alemania (A/C.6/78/SR.31), Armenia (A/C.6/78/SR.30), Belarús (A/C.6/78/SR.31), Sierra Leona (A/C.6/78/SR.32) y Uganda (*ibid.*).

²⁹ Véanse las declaraciones del Camerún (A/C.6/78/SR.33), Chequia (A/C.6/78/SR.31), Chile (*ibid.*), El Salvador (A/C.6/78/SR.33), Estonia (*ibid.*), Kenya (*ibid.*) y Singapur (A/C.6/78/SR.31).

³⁰ Véase la declaración del Reino de los Países Bajos (A/C.6/78/SR.31, párr. 68).

³¹ Véanse las declaraciones de Eslovaquia (*ibid.*), Estonia (A/C.6/78/SR.33), el Japón (A/C.6/78/SR.32), Sierra Leona (*ibid.*), Uganda (*ibid.*) y la Unión Europea (A/C.6/78/SR.30).

³² Véanse las declaraciones de Alemania (A/C.6/78/SR.31), Austria (*ibid.*), el Brasil (*ibid.*), Chequia (*ibid.*), Chile (*ibid.*), China (A/C.6/78/SR.29), Dinamarca (en nombre de los países nórdicos) (A/C.6/78/SR.30), Eslovaquia (A/C.6/78/SR.31), los Estados Unidos (*ibid.*), Francia (*ibid.*), Hungría (*ibid.*), Irán (República Islámica del) (*ibid.*), Israel (*ibid.*), Italia (*ibid.*), Malasia (A/C.6/78/SR.32), Países Bajos (Reino de los) (A/C.6/78/SR.31), Polonia (*ibid.*), la República de Corea (*ibid.*), Rumanía (*ibid.*), Singapur (*ibid.*), Tailandia (*ibid.*), Türkiye (A/C.6/78/SR.33), el Reino Unido (A/C.6/78/SR.31), la Unión Europea (A/C.6/78/SR.30) y la Santa Sede (A/C.6/78/SR.33).

³³ Véanse las declaraciones de Chile (A/C.6/78/SR.31), Dinamarca (en nombre de los países nórdicos) (A/C.6/78/SR.30), Estonia (A/C.6/78/SR.33), Grecia (A/C.6/78/SR.32), México (*ibid.*), el Perú (*ibid.*), Rumanía (A/C.6/78/SR.31), Sierra Leona (A/C.6/78/SR.32), Singapur (A/C.6/78/SR.31) y Uganda (A/C.6/78/SR.32).

³⁴ Véanse las declaraciones de Austria (A/C.6/78/SR.31), el Brasil (*ibid.*), Colombia (A/C.6/78/SR.33), Cuba (A/C.6/78/SR.32), los Estados Unidos (A/C.6/78/SR.31), Israel (*ibid.*), el Japón (A/C.6/78/SR.32), Malasia (*ibid.*), el Reino Unido (A/C.6/78/SR.31), la República de Corea (*ibid.*), Singapur (*ibid.*) y Tailandia (*ibid.*).

realizados en el primer año de examen del tema, menos tres que consideraban que podría necesitarse más tiempo para abordar debidamente todas las cuestiones³⁵.

38. Casi todas las delegaciones participantes³⁶ apoyaron la elección por parte de la Comisión de unas conclusiones como resultado final adecuado para el tema. En general, consideraron adecuado el formato de conclusiones acompañadas de comentarios y de una bibliografía multilingüe, y varias señalaron que esa elección iba en consonancia con los trabajos anteriores de la Comisión sobre temas conexos.

2. Observaciones sobre los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por la Comisión

39. 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. Concretamente, muchas delegaciones³⁷ acogieron favorablemente el texto del proyecto de conclusión 1³⁸ por entender que enunciaba debidamente el alcance del tema, a saber, aclarar los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional³⁹. Varias delegaciones elogiaron el análisis de las distintas versiones lingüísticas del párrafo 1 d) del Artículo 38 y estuvieron de acuerdo con la afirmación explícita de que los medios auxiliares desempeñaban un papel auxiliar o complementario respecto de las fuentes del derecho internacional⁴⁰.

40. No obstante, como es habitual con los temas examinados por la Comisión, algunas otras delegaciones contribuyeron al debate sobre el texto del proyecto de conclusión 1⁴¹. Por ejemplo, Chile y Filipinas apoyaron que la Comisión hablara de “la utilización de” los medios auxiliares en lugar de la forma “en que se utilizan” dichos medios por entender que la nueva fórmula reflejaba mejor el carácter facultativo del enunciado del párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁴². Eslovaquia también acogió con satisfacción la formulación más neutra y menos imperativa del alcance en el proyecto de conclusión 1. Al mismo tiempo, esa delegación sugirió que se reconsiderara la fórmula “la utilización de” ya que, en su opinión, tal vez no reflejaba adecuadamente todos los aspectos del tema dado el objetivo declarado por el Relator Especial de explicar el origen o la función de los medios auxiliares⁴³.

³⁵ Véanse las declaraciones de Armenia (A/C.6/78/SR.30, párr. 80), la Federación de Rusia (A/C.6/78/SR.32, párr. 63) y el Reino Unido (A/C.6/78/SR.31, párr. 38).

³⁶ Solo 1 de las 51 delegaciones, la del Reino Unido, propuso que la Comisión no descartara otras opciones en cuanto a la forma del resultado final (*ibid.*, párr. 35).

³⁷ Véanse las declaraciones de Chile (*ibid.*), China (A/C.6/78/SR.29), Estonia (A/C.6/78/SR.33), Filipinas (A/C.6/78/SR.32), Francia (A/C.6/78/SR.31), Irlanda (*ibid.*), México (A/C.6/78/SR.32), Rumanía (A/C.6/78/SR.31), Sierra Leona (A/C.6/78/SR.32), Sudáfrica (A/C.6/78/SR.31), Uganda (A/C.6/78/SR.32) y la Unión Europea (A/C.6/78/SR.31).

³⁸ El proyecto de conclusión 1 aprobado provisionalmente por la Comisión establece lo siguiente:

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.

³⁹ Véanse las declaraciones de México (A/C.6/78/SR.32), Sierra Leona (*ibid.*) y Uganda (*ibid.*).

⁴⁰ Véanse las declaraciones de Dinamarca (en nombre de los países nórdicos) (A/C.6/78/SR.30), Francia (A/C.6/78/SR.31) y México (A/C.6/78/SR.32).

⁴¹ Véanse las declaraciones de China (A/C.6/78/SR.29), Dinamarca (en nombre de los países nórdicos) (A/C.6/78/SR.30), Estonia (A/C.6/78/SR.33), Francia (A/C.6/78/SR.31) y la Unión Europea (A/C.6/78/SR.30).

⁴² Véanse las declaraciones de Chile (A/C.6/78/SR.31) y Filipinas (A/C.6/78/SR.32).

⁴³ Véase la declaración de Eslovaquia (A/C.6/78/SR.31, para. 127).

41. Malasia señaló que, en aras de la claridad, la Comisión podría definir el concepto de “medios auxiliares” e indicar su sentido y sus efectos en el proyecto de conclusión 1⁴⁴. Del mismo modo, la Unión Europea respaldó el análisis realizado por la Comisión del carácter auxiliar de los medios auxiliares e indicó que esta podría considerar la posibilidad desarrollar sus argumentos sobre ese carácter auxiliar respecto de las fuentes del derecho internacional y poner de relieve en el proyecto de conclusiones o en sus comentarios los elementos de la voluntad o el consentimiento de los sujetos de derecho internacional⁴⁵. Polonia se mostró a favor de que se explicase mejor lo que se entendía por “determinación de las normas” y señaló que el concepto podría situarse a medio camino entre la interpretación y la determinación⁴⁶. La Federación de Rusia alegó que la “determinación” mencionada en el párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se utilizaba en el sentido de “identificación”, y no de “establecimiento”, de las normas de derecho internacional, y que ello debería indicarse más claramente en el comentario o incluso directamente en el texto del proyecto de conclusiones⁴⁷.

42. En general, las delegaciones también acogieron favorablemente el proyecto de conclusión 2⁴⁸, en cuyos apartados a), b) y c) el Relator Especial enuncia las tres categorías de medios auxiliares. Algunas delegaciones hablaron del texto de la disposición, varias del alcance de las categorías y otras de ambas cosas. Muchas delegaciones apoyaron la forma en que la Comisión había enunciado las dos primeras categorías de medios auxiliares, a saber, las decisiones de cortes y tribunales y la doctrina, puesto que se había inspirado principalmente en el texto del párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Chequia, China, Filipinas, Hungría, México, Singapur, Sierra Leona y Uganda apoyaron la elección por parte de la Comisión de las fórmulas más generales “decisiones de cortes y tribunales” y “doctrina” en los apartados a) y b) para hacer referencia a las “decisiones judiciales” y “las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones”⁴⁹ mencionadas en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Algunas de esas delegaciones valoraban positivamente que la formulación empleada en el tema fuera también coherente con la utilizada por la Comisión en los proyectos de conclusión sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho⁵⁰.

43. Otras delegaciones, a saber, Alemania, Austria, el Brasil, y Grecia, expresaron algunas dudas y pidieron más aclaraciones sobre ciertos elementos del texto de los apartados a) y b) del proyecto de conclusión 2⁵¹. Por ejemplo, en relación con la primera categoría de medios auxiliares, Alemania quiso saber cuál era la diferencia

⁴⁴ Véase la declaración de Malasia (A/C.6/78/SR.32, párr. 49).

⁴⁵ Véase la declaración de la Unión Europea (A/C.6/78/SR.30, párr. 106).

⁴⁶ Véase la declaración de Polonia (A/C.6/78/SR.31, para. 43).

⁴⁷ Véase la declaración de la Federación de Rusia (A/C.6/78/SR.32, párr. 59).

⁴⁸ El proyecto de conclusión 2 aprobado provisionalmente por la Comisión establece lo siguiente:

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.

⁴⁹ Véanse las declaraciones de Chequia (A/C.6/78/SR.31), China (A/C.6/78/SR.29), Filipinas (A/C.6/78/SR.32), Hungría (A/C.6/78/SR.31), México (A/C.6/78/SR.32), Singapur (A/C.6/78/SR.31), Sierra Leona (A/C.6/78/SR.32) y Uganda (*ibid.*).

⁵⁰ Véanse las declaraciones de Sierra Leona (*ibid.*, párr. 44) y Uganda (*ibid.*, párr. 22).

⁵¹ Véanse las declaraciones de Alemania (A/C.6/78/SR.31), Austria (*ibid.*, párrs. 20 a 22), el Brasil (*ibid.*) y Grecia (A/C.6/78/SR.32).

entre el sentido de las “decisiones judiciales” del párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y las “decisiones de cortes o tribunales” del proyecto de conclusión 2, e instó a que, en la medida de lo posible, se reprodujera la formulación del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia para evitar malentendidos con respecto a lo que podría ser y requerir el derecho aplicable⁵². Del mismo modo, Austria también consideró que la expresión “decisiones de cortes y tribunales” podría no ser apropiada y se preguntó si no sería mejor hablar de “jurisprudencia de las cortes y tribunales, así como de otros órganos” para incluir a cualquier institución independiente facultada para el arreglo de controversias⁵³. Una vez más, como en el caso del proyecto de conclusión 1, algunas delegaciones solicitaron que se introdujeran aclaraciones en las futuras revisiones del comentario, incluida la Unión Europea, que pidió que se explicaran mejor los criterios para distinguir las “cortes y tribunales” de otros órganos⁵⁴.

44. En lo que respecta a la “doctrina”, la segunda categoría de medios auxiliares que se enuncia en el apartado b) del proyecto de conclusión 2, la mayoría de las delegaciones, incluidas las de Chequia, Grecia, México, Sierra Leona y Uganda⁵⁵, apoyaron la formulación sucinta de la Comisión, mientras que otras se mostraron más prudentes. Malasia, por ejemplo, afirmó que, al hablar de doctrina en un sentido general, no se podría saber con seguridad cuáles eran los criterios que debían cumplirse para considerar que una determinada doctrina encajaba en la categoría de medio auxiliar⁵⁶. El Brasil afirmó que, por diversas razones, era necesario mostrar prudencia con las obras de publicistas a título individual y que, en cualquier caso, prefería que el término “doctrina” se interpretara en un sentido muy estricto de manera que la categoría solo abarcara las contribuciones de órganos colectivos⁵⁷. Irlanda señaló que, en la medida en que la Comisión había propuesto omitir la referencia a los “publicistas de mayor competencia” por su carga histórica y geográfica, había llegado el momento de que reflexionara sobre la expresión “de las distintas naciones” para hablar tal vez de “Estados” en lugar de “naciones”, por ser un término más adecuado en el contexto actual, o emplear una fórmula más inclusiva, como “comunidad internacional de Estados”⁵⁸.

45. Varias delegaciones reflexionaron sobre las implicaciones del proyecto de conclusión 2 para la tecnología moderna. Grecia consideró especialmente interesante que la doctrina pueda incluir nuevos materiales, incluidos los que puedan desarrollarse en el futuro a raíz de los avances tecnológicos pertinentes⁵⁹. Portugal se expresó en el mismo sentido⁶⁰. Jamaica pidió más aclaraciones sobre “la inclusión de la doctrina en forma no escrita”, en especial teniendo en cuenta que, a diferencia de las obras escritas, “en las obras no escritas no se podía acceder a esa información de forma tan inmediata, por lo que resultaba más difícil examinar la base sobre la que los autores elaboraban sus conclusiones”⁶¹.

⁵² Véase la declaración de Alemania (A/C.6/78/SR.31, párr. 40).

⁵³ Véase la declaración de Austria (*ibid.*, párr. 22).

⁵⁴ Véanse las declaraciones de Alemania (*ibid.*), el Brasil (*ibid.*), Chequia (*ibid.*), Grecia (A/C.6/78/SR.32), Irán (República Islámica del) (A/C.6/78/SR.31), Jamaica (A/C.6/78/SR.33), Malasia (A/C.6/78/SR.32), Polonia (A/C.6/78/SR.31) y la República de Corea (*ibid.*).

⁵⁵ Véanse las declaraciones de Chequia (A/C.6/78/SR.32), Grecia (A/C.6/78/SR.33), México (A/C.6/78/SR.32), Sierra Leona (*ibid.*) y Uganda (*ibid.*).

⁵⁶ Véase la declaración de Malasia (*ibid.*, párr. 50).

⁵⁷ Véase la declaración del Brasil (A/C.6/78/SR.31, párr. 14).

⁵⁸ Véase la declaración de Irlanda (*ibid.*, para. 146).

⁵⁹ Véase la declaración de Grecia (A/C.6/78/SR.32, párr. 68).

⁶⁰ Véase la declaración de Portugal (A/C.6/78/SR.31, párr. 89).

⁶¹ Véase la declaración de Jamaica (A/C.6/78/SR.33, párr. 19).

46. Como esperaba el Relator Especial, el apartado c) del proyecto de conclusión 2, relativo a “cualquier otro medio generalmente utilizado para ayudar a determinar las normas de derecho internacional”, es el que suscitó más observaciones. En términos generales, un número considerable de delegaciones o bien apoyaban plenamente esa categoría (por ejemplo, Chile, Dinamarca (en nombre de los países nórdicos), Estonia, Grecia, México, Países Bajos (Reino de los), Perú, Rumanía, Sierra Leona y Uganda)⁶², o bien se mostraban receptivos al respecto (por ejemplo, Italia y Singapur)⁶³. A la inversa, otras delegaciones expresaron ciertas reservas (por ejemplo, Brasil, Chile, Estados Unidos, Israel y Portugal)⁶⁴ o rechazo (por ejemplo, Colombia, Japón, Malasia y Reino Unido)⁶⁵. Entre las delegaciones a favor estaban los países nórdicos, que destacaron que la categoría era “muy amplia” e “inclusiva” y subrayaron la importancia de la expresión “generalmente utilizado” como precisión adicional, en especial unida a la explicación de la función de asistencia de los medios auxiliares⁶⁶.

47. A Austria, Cuba, la República de Corea y Tailandia aún no les convence la tercera categoría⁶⁷. La República de Corea quiso saber si la tercera categoría podría ampliar el alcance del tema más allá de lo establecido en el párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁶⁸. Austria mostró escepticismo sobre la existencia de otros tipos de medios auxiliares y suscribió la opinión expresada en el comentario de que las categorías mencionadas en el párrafo 1 d) del Artículo 38 eran lo suficientemente amplias como para abarcar la aparición de nuevos medios⁶⁹. El Reino Unido pidió prudencia y sugirió que se evitara ampliar las categorías de medios auxiliares y se mantuviera coherencia con los trabajos anteriores de la Comisión en los que se hubieran abordado los medios auxiliares, mientras que Italia tomó nota del debate sin pronunciarse en un sentido u otro⁷⁰. Algunas de las delegaciones indecisas pidieron más explicaciones sobre la tercera categoría.

48. Por último, con respecto al proyecto de conclusión 3, hubo un considerable apoyo a los seis criterios generales para evaluar los medios auxiliares⁷¹. No obstante, como es habitual, también se pidieron aclaraciones sobre algunas cuestiones, como el sentido, el peso y el orden de los criterios⁷². Se hicieron un par de propuestas de

⁶² Véanse las declaraciones de Chile (A/C.6/78/SR.31), Dinamarca (en nombre de los países nórdicos) (A/C.6/78/SR.30), Estonia (A/C.6/78/SR.33), Grecia (A/C.6/78/SR.32), México (*ibid.*), Países Bajos (Reino de los) (A/C.6/78/SR.31) y el Perú (A/C.6/78/SR.32).

⁶³ Véanse las declaraciones de Italia (A/C.6/78/SR.31) y Singapur (*ibid.*).

⁶⁴ Véanse las declaraciones del Brasil (*ibid.*), Chile (*ibid.*), los Estados Unidos (*ibid.*), Israel (*ibid.*), el Japón (A/C.6/78/SR.32) y Portugal (A/C.6/78/SR.31).

⁶⁵ Véanse las declaraciones de Colombia (A/C.6/78/SR.33), el Japón (A/C.6/78/SR.32), Malasia (*ibid.*), el Reino Unido (A/C.6/78/SR.31) y la República de Corea (A/C.6/78/SR.32).

⁶⁶ Véase la declaración de Dinamarca (en nombre de los países nórdicos) (A/C.6/78/SR.30, párr. 116).

⁶⁷ Véanse las declaraciones Austria (A/C.6/78/SR.31), Cuba (A/C.6/78/SR.32), la República de Corea (A/C.6/78/SR.31) y Tailandia (*ibid.*).

⁶⁸ Véase la declaración de la República de Corea (*ibid.*, párr. 8).

⁶⁹ Véase la declaración de Austria (*ibid.*, párr. 20).

⁷⁰ Véanse las declaraciones del Reino Unido (*ibid.*, párr. 37) e Italia (*ibid.*, párr. 26).

⁷¹ Véanse las declaraciones de Alemania (*ibid.*), Austria (*ibid.*), el Brasil (*ibid.*), Chile (*ibid.*), El Salvador (A/C.6/78/SR.33), Filipinas (A/C.6/78/SR.32), Grecia (*ibid.*), Guatemala (*ibid.*), Irán (República Islámica del) (A/C.6/78/SR.31), Israel (*ibid.*), Italia (*ibid.*), México (A/C.6/78/SR.32), Países Bajos (Reino de los) (A/C.6/78/SR.31), Rumanía (*ibid.*), Sierra Leona (A/C.6/78/SR.32), Sudáfrica (A/C.6/78/SR.31), Tailandia (*ibid.*), Uganda (A/C.6/78/SR.32) y la Santa Sede (A/C.6/78/SR.33).

⁷² Véanse las declaraciones de Alemania (A/C.6/78/SR.31), Austria (*ibid.*), Chile (*ibid.*), Colombia (A/C.6/78/SR.33), Cuba (A/C.6/78/SR.32), Eslovaquia (A/C.6/78/SR.31),

modificación del texto de los proyectos de conclusión. Por ejemplo, si bien muchas delegaciones acogieron favorablemente el uso del verbo “debería” para indicar flexibilidad, Singapur quería sustituirlo por “podría” que, en su opinión, dejaría más claro que los factores que deberían tenerse en cuenta para evaluar el peso de los medios auxiliares dependerían en última instancia de las circunstancias de cada caso⁷³.

49. Varias delegaciones valoraron positivamente el hecho de que el carácter objetivo de algunos de los criterios ofreciera a los usuarios de medios auxiliares un punto de referencia común para evaluar dichos medios y determinar otros criterios. Por ejemplo, Jamaica propuso que se añadiera un nuevo criterio como “la pertinencia para las cuestiones y los hechos examinados por la corte o el tribunal”, por entender que podría resultar importante en las situaciones en que una decisión abordara de la misma manera la cuestión que se estuviera examinando, de manera que la corte o el tribunal en cuestión podrían atribuirle más peso⁷⁴. Del mismo modo, Tailandia propuso que también se incluyera entre los criterios generales la coherencia de decisiones anteriores sobre una cuestión jurídica específica, ya que podría ser una prueba de la existencia de una norma de derecho internacional⁷⁵. Otras delegaciones, como Francia, advirtieron contra el carácter subjetivo de algunos de los criterios, que podría dar lugar a interpretaciones divergentes de los medios auxiliares⁷⁶.

50. Se hicieron observaciones específicas sobre cada uno de los seis criterios ilustrativos. Se alabó ampliamente la inclusión del criterio del grado de representatividad, en especial de las diferentes regiones y sistemas jurídicos del mundo⁷⁷. Asimismo, varios Estados destacaron que la calidad del razonamiento, especialmente en lo que se refería a las decisiones judiciales y la doctrina, era la consideración más importante⁷⁸ y creían que debía atribuírsele un peso especial⁷⁹. Otras delegaciones insistieron en la importancia de la especialización de quienes participaran y el nivel de acuerdo entre ellos para evaluar los medios auxiliares⁸⁰. En cuanto a la acogida por parte de los Estados y otras entidades, varias delegaciones preferían que figurase en primer lugar⁸¹, mientras que otras no estaban seguras de su pertinencia y pidieron que ese criterio se matizara⁸². En lo que respecta al mandato otorgado al órgano, una delegación destacó que dicha evaluación debía basarse en los instrumentos constitutivos del órgano, y no en la interpretación que este hiciera del mandato en cuestión⁸³. Por último, más allá de los criterios generales de evaluación de los medios auxiliares, algunas delegaciones instaron a la Comisión a que explicara los criterios actuales con más ejemplos en el comentario o, haciéndose eco de cuestiones similares planteadas por algunos miembros de la Comisión, propusieron

Grecia (A/C.6/78/SR.32), Israel (A/C.6/78/SR.31), Malasia (A/C.6/78/SR.32), Países Bajos (Reino de los) (A/C.6/78/SR.31), Polonia (*ibid.*), Tailandia (*ibid.*) y Türkiye (A/C.6/78/SR.33).

⁷³ Véase la declaración de Singapur (A/C.6/78/SR.31, párr. 5).

⁷⁴ Véase la declaración de Jamaica (A/C.6/78/SR.33, párr. 20).

⁷⁵ Véase la declaración de Tailandia (A/C.6/78/SR.31, párr. 118).

⁷⁶ Véanse las declaraciones de Francia (*ibid.*), Malasia (A/C.6/78/SR.32) y Türkiye (A/C.6/78/SR.33).

⁷⁷ Véanse las declaraciones de Austria (A/C.6/78/SR.31), el Brasil (*ibid.*), El Salvador (A/C.6/78/SR.33), Italia (A/C.6/78/SR.31), Sierra Leona (A/C.6/78/SR.32) y Uganda (*ibid.*).

⁷⁸ Véanse las declaraciones de Alemania (A/C.6/78/SR.31), Austria (*ibid.*) y los Estados Unidos (*ibid.*).

⁷⁹ Véanse las declaraciones de Alemania (*ibid.*) y los Estados Unidos (*ibid.*).

⁸⁰ Véase la declaración de la Santa Sede (A/C.6/78/SR.33).

⁸¹ Véanse las declaraciones de Cuba (A/C.6/78/SR.32, párr. 3) y Polonia (A/C.6/78/SR.31, párr. 45).

⁸² Véanse las declaraciones de Austria (*ibid.*, párr. 23) y Países Bajos (Reino de los) (*ibid.*, párr. 73).

⁸³ Véase la declaración de Türkiye (A/C.6/78/SR.33, párr. 25).

que esta estableciera criterios más específicos en relación con los distintos tipos de medios auxiliares⁸⁴.

3. Observaciones sobre los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción

51. Aunque la Comisión aún no ha aprobado los proyectos de conclusión 4 y 5 ni sus comentarios, que han sido aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción, las delegaciones formularon una serie de observaciones útiles al respecto. Como se recordará, esos proyectos de conclusión tenían por objeto concretar de manera preliminar las dos primeras categorías de medios mencionadas en el proyecto de conclusión 2, a saber, las “decisiones de cortes y tribunales” y la “doctrina”. El Relator Especial recuerda que el Comité de Redacción había convenido, en consonancia con los trabajos anteriores de la Comisión y el primer informe del Relator Especial, en la utilidad de aclarar las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario y el proyecto de conclusiones sobre los principios generales del derecho y basarse en ellas para abordar los aspectos relativos a la relación entre los medios auxiliares y las normas presentes en los tratados, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho.

52. A ese respecto, varias delegaciones valoraron positivamente el proyecto de conclusión 4, en el que se abordaban las decisiones de cortes y tribunales y se establecía que dichas decisiones, en particular las de la Corte Internacional de Justicia, eran un medio auxiliar para determinar la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional⁸⁵. En el segundo párrafo también se reconocía la pertinencia de las decisiones de las cortes y tribunales nacionales, pero se matizaba su utilización con la expresión “en determinadas circunstancias”.

53. Por lo que respecta al primer párrafo del proyecto de conclusión 4, varias delegaciones apoyaron el planteamiento de la Comisión, y muchas subrayaron la importancia como medios auxiliares de las decisiones de las cortes y tribunales internacionales —en especial las de la Corte Internacional de Justicia— sobre cuestiones de derecho internacional general⁸⁶. Consideraban que esas decisiones eran fundamentales para limitar la fragmentación y asegurar una integración sistémica⁸⁷. En cambio, otras delegaciones, si bien estaban de acuerdo en conceder más peso a las decisiones de las cortes y tribunales internacionales, en especial las del órgano judicial principal de las Naciones Unidas, dudaban hasta cierto punto de que las decisiones de la Corte Internacional de Justicia pudieran considerarse las más autorizadas con respecto a todas las cuestiones de derecho internacional⁸⁸. Varias delegaciones destacaron, al igual que ciertos miembros de la Comisión, que en

⁸⁴ Véanse las declaraciones de Alemania (A/C.6/78/SR.31), Chile (*ibid.*), Colombia (A/C.6/78/SR.33) e Israel (A/C.6/78/SR.31).

⁸⁵ El proyecto de conclusión 4 aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción establece lo siguiente:

Proyecto de 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.

⁸⁶ Véanse las declaraciones del Brasil (A/C.6/78/SR.31), Dinamarca (en nombre de los países nórdicos) (A/C.6/78/SR.30) y México (A/C.6/78/SR.32).

⁸⁷ Véase la declaración de Dinamarca (en nombre de los países nórdicos) (A/C.6/78/SR.30, párr. 112).

⁸⁸ Véanse las declaraciones de Belarús (A/C.6/78/SR.31, párr. 50) y Eslovaquia (*ibid.*, párr. 130).

algunos ámbitos especializados del derecho internacional podrían tener más peso las decisiones de los tribunales especializados u órganos arbitrales con conocimientos más específicos⁸⁹. Algunas delegaciones pidieron prudencia para no dar a entender que existía una jerarquía entre las decisiones de las cortes y tribunales internacionales⁹⁰.

54. El párrafo 2 del proyecto de conclusión 4, relativo a las decisiones de las cortes y tribunales nacionales como medios auxiliares, fue el que suscitó más observaciones. Todas las delegaciones que se pronunciaron al respecto coincidieron en la necesidad de mostrar prudencia al emplear las decisiones de las cortes y tribunales nacionales para determinar las normas de derecho internacional, y algunas señalaron su doble función como prueba de la práctica de los Estados y como medios auxiliares⁹¹. Se adujeron varias razones para pedir prudencia, como la posibilidad de que la calidad de su razonamiento sobre cuestiones jurídicas internacionales fuera inferior, la necesidad de no favorecer la jurisprudencia de las cortes y tribunales de unos Estados sobre la de otros y la posible especificidad de algunos principios⁹². Se pidió que se aclarase la relación entre este proyecto de conclusión y el apartado b) del proyecto de conclusión 2⁹³, y varias delegaciones pidieron que se explicaran expresiones esenciales como “en determinadas circunstancias” y que se establecieran más criterios sobre el uso de las decisiones de las cortes y tribunales nacionales, por ejemplo, para que solo se utilizaran las decisiones en que dichas cortes y tribunales aplicaran el derecho internacional⁹⁴. Una delegación hizo una propuesta razonada para que se incluyera una referencia a la representatividad en el proyecto de conclusión 4 a fin asegurar la coherencia con el proyecto de conclusión 5 y garantizar así la representación de las diferentes regiones y sistemas jurídicos del mundo al evaluar las decisiones judiciales⁹⁵.

55. El proyecto de conclusión 5 establece que 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 determinar la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional⁹⁶. En la segunda oración se indica que, en lo que respecta a la evaluación de la representatividad, también se debería tener en cuenta, *inter alia*, la diversidad lingüística y de género.

⁸⁹ Véanse las declaraciones de Belarús (*ibid.*, párr. 50) y Eslovaquia (*ibid.*, párr. 130).

⁹⁰ Véase la declaración de Eslovaquia (*ibid.*, párr. 130).

⁹¹ Véanse las declaraciones de Chequia (*ibid.*), Portugal (*ibid.*), Tailandia (*ibid.*) y la Santa Sede (A/C.6/78/SR.33).

⁹² Véanse las declaraciones de Chequia (A/C.6/78/SR.31), Eslovaquia (*ibid.*) y la Santa Sede (A/C.6/78/SR.33).

⁹³ Véanse las declaraciones de Hungría (A/C.6/78/SR.31, párr. 67) y Malasia (A/C.6/78/SR.32, párr. 53).

⁹⁴ Véanse las declaraciones de Eslovaquia (A/C.6/78/SR.31), Estonia (A/C.6/78/SR.33), Filipinas (A/C.6/78/SR.32), Irán (República Islámica del) (A/C.6/78/SR.31), Portugal (*ibid.*) y Sudáfrica (*ibid.*).

⁹⁵ Véase la declaración de Italia (*ibid.*, párr. 27).

⁹⁶ El proyecto de conclusión 5 aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción establece lo siguiente:

Proyecto de 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.

56. Varias delegaciones acogieron favorablemente el proyecto de conclusión 5, y algunas de ellas apoyaron la primera oración y destacaron especialmente la necesidad de reforzar la inclusión de los diversos sistemas jurídicos y regiones del mundo⁹⁷, mientras que otras apoyaron la segunda oración y, en particular, la necesidad de tener debidamente en cuenta la diversidad lingüística y de género⁹⁸. Dos delegaciones⁹⁹ pidieron de manera específica a la Comisión que incluyera la diversidad racial entre los criterios pertinentes que debían tenerse en cuenta, y otras insistieron en que la inclusión de criterios de representatividad, en especial en lo que respecta a la diversidad lingüística y el género, era innecesaria o requeriría un examen más detenido, ya que esas consideraciones deberían ser secundarias¹⁰⁰. En general, las delegaciones destacaron que el criterio primordial debía ser la calidad del razonamiento¹⁰¹. Al mismo tiempo, algunas delegaciones pidieron que la Comisión pusiera de relieve la función auxiliar de la doctrina al aclarar que esta se limitaba a ayudar a identificar las normas de derecho internacional pertinentes¹⁰². Otras delegaciones, haciéndose eco de lo dicho en el debate de la Comisión sobre el tema, se preguntaron si el criterio de la coincidencia general de puntos de vista podría tener el efecto no deseado de restringir el ámbito de la doctrina pertinente que debería tenerse en cuenta¹⁰³.

C. Cuestiones derivadas de los debates y camino a seguir

57. A la luz de las observaciones generalmente positivas de los miembros de la Comisión y de los Estados durante el debate en la Sexta Comisión sobre el tema, el Relator Especial cree conveniente formular cuatro observaciones generales pero importantes antes de pasar a las cuestiones de fondo relativas a las funciones de los medios auxiliares y el precedente que se examinan en el segundo informe.

58. En primer lugar, como ya ha indicado antes, celebra el gran interés en el tema mostrado por los miembros de la Comisión y por las delegaciones en la Sexta Comisión. Está claro que tanto en la Comisión de Derecho Internacional como en la Sexta Comisión se apoya firmemente la labor realizada hasta la fecha sobre este tema. Los tres proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por la Comisión y los dos proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción han tenido en general una buena acogida. Algunas delegaciones han hecho críticas constructivas y, aunque puede no estar necesariamente de acuerdo con todas ellas, el Relator Especial considera que son un componente esencial del diálogo productivo entre la Comisión y la Sexta Comisión. Las observaciones de los Estados participantes serán sin duda una importante fuente de inspiración para la futura labor del Relator Especial y de la Comisión sobre el tema.

59. En segundo lugar, como se ha señalado en las secciones anteriores, varias delegaciones hicieron propuestas de texto concretas durante el septuagésimo octavo (2023) período de sesiones de la Asamblea General para revisar los proyectos de conclusión y ampliar sus comentarios. El Relator Especial acoge favorablemente todas

⁹⁷ Véase la declaración de la República Islámica del Irán (A/C.6/78/SR.31, párr. 106).

⁹⁸ Véanse las declaraciones de El Salvador (A/C.6/78/SR.33), Eslovaquia (A/C.6/78/SR.31), Portugal (*ibid.*) y Uganda (A/C.6/78/SR.32).

⁹⁹ Véanse las declaraciones de Sierra Leona (*ibid.*, párr. 46) y Uganda (*ibid.*, párr. 26).

¹⁰⁰ Véanse las declaraciones de Filipinas (*ibid.*, párr. 19) e Irán (República Islámica del) (A/C.6/78/SR.31, párr. 106).

¹⁰¹ Véanse las declaraciones de Austria (*ibid.*, párr. 23) y Filipinas (A/C.6/78/SR.32, párr. 15).

¹⁰² Véase la declaración de Belarús (A/C.6/78/SR.31, párr. 52).

¹⁰³ Véase la declaración de Filipinas (A/C.6/78/SR.32, párr. 19).

esas propuestas, que estudiará detenidamente, y alienta a los demás miembros de la Comisión a que también lo hagan.

60. Convendría aclarar que el Relator Especial no ha dado en el presente informe una respuesta sustantiva a las críticas y propuestas formuladas, y ello porque, en general, los métodos de trabajo de la Comisión impiden revisar el texto y el comentario el año siguiente al de su aprobación provisional. Por consiguiente, propone abordar todas las críticas de fondo, así como las propuestas de revisión de las conclusiones y los comentarios provisionalmente aprobados, cuando se haga la primera lectura del tema. En ese momento, y en consonancia con la práctica de la Comisión, las cuestiones de fondo planteadas por el tema también deberían estar más claras. Dada la interconexión entre los diversos aspectos del tema, que conforman un completo proyecto de conclusiones estructurado en partes coherentes con comentarios, los Estados podrán pronunciarse detenidamente antes de que la Comisión proceda a la segunda y última lectura sobre el tema.

61. En tercer lugar, en lo que respecta al alcance del tema, como indicó el Relator Especial tras los debates en la Comisión de Derecho Internacional y en la Sexta Comisión, el alcance general y la orientación de los trabajos sobre el tema ya han quedado claramente definidos. En consecuencia, sobre la base de las observaciones recibidas hasta la fecha, el Relator Especial cree que la Comisión no tiene motivos para apartarse del alcance previsto en su informe presentado a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 74º período de sesiones, que ya ha recibido el respaldo general de los Estados.

62. El cuarto y último aspecto sustantivo se refiere a la cuestión de la coherencia y la unidad o fragmentación del derecho internacional. En el primer informe, habida cuenta de que las decisiones judiciales son un medio auxiliar establecido para determinar las normas de derecho internacional de conformidad con el párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el Relator Especial señaló, a título preliminar, que la práctica había demostrado que era posible que diferentes cortes y tribunales internacionales pudieran conocer simultáneamente de la misma controversia y que, en tales casos, a veces podían dictar decisiones contradictorias con respecto a la misma cuestión jurídica. Afirmó que lo había observado tras estudiar las decisiones judiciales y que ello podría afectar al alcance del tema, así como a su utilidad y complejidad. Por ello, el Relator Especial había pedido a la Comisión, tanto al redactar el informe como al presentárselo, que le diera orientaciones sobre la conveniencia de abordar la cuestión. Al resumir el primer debate en sesión plenaria, dijo que, si bien creía que la cuestión debía examinarse más a fondo, recomendaba no tomar ninguna decisión al respecto hasta que los Estados no se pronunciaran. Tras estudiar las observaciones de los miembros de la Comisión y los Estados, cree firmemente que la cuestión debería abordarse debidamente en el marco del tema.

63. Inicialmente, el Relator Especial consideró la posibilidad de tratar la cuestión en el presente informe. No obstante, por diversos motivos, entre ellos el interés en no alargar ni complicar excesivamente el informe, considera que podría ser más útil estudiar cómo los medios auxiliares, en especial las decisiones judiciales, y su interacción con las fuentes del derecho internacional, contribuyen a promover la integración sistémica en el derecho internacional. El Relator Especial propone abordar estos aspectos, íntimamente relacionados con la cuestión de la unidad y la coherencia del derecho internacional, en un futuro informe. Ese será, a su juicio, el momento oportuno para atender a la propuesta de algunos miembros de la Comisión y ciertos Estados de que en el examen del tema también se aclare el vínculo entre el párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que

habla de los “medios auxiliares”, y los “medios de interpretación complementarios” previstos en el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

III. Funciones de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional

A. Análisis anterior de las funciones en el marco del tema

64. El primer informe del Relator Especial, así como los debates mantenidos en la Comisión de Derecho Internacional y en la Sexta Comisión, confirman que una parte de su mandato consiste en aclarar las funciones de los medios auxiliares para la determinación de normas de derecho internacional y su relación con las fuentes del derecho internacional. Por ello, en la presente sección del informe, el Relator Especial abordará brevemente esa cuestión con un examen de la función o papel fundamental de los medios auxiliares. Las funciones más específicas de los distintos medios auxiliares tendrán que estudiarse en futuros informes.

65. En su primer informe, el Relator Especial solo abordó de manera implícita las funciones de las decisiones judiciales, y concluyó que desempeñaban un papel auxiliar o de asistencia respecto de las fuentes. Así, se utilizan para la identificación y la determinación de las normas de derecho internacional. En cuanto a la doctrina, que es la segunda categoría de medios auxiliares enunciada en el párrafo 1 d) del Artículo 38, el Relator Especial señaló en su primer informe tres funciones más específicas (que el Relator Especial llamó funciones interpretativa, persuasiva y codificadora o de desarrollo progresivo). Todas estas funciones tienen un carácter similar a las de las decisiones judiciales, en el sentido de que ayudan a identificar y determinar las normas de derecho internacional.

66. Antes de abordar más directamente las funciones de los medios auxiliares, conviene recordar varias cosas. En el examen preliminar de ese aspecto en el primer informe, el Relator Especial observó que la cuestión de la naturaleza y la función de las fuentes era fundamental en cualquier análisis del derecho internacional. Por ello, antes de abordar los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional, que, por su propia naturaleza, habían de considerarse en relación con las fuentes del derecho internacional, se consideró útil comenzar con algunas observaciones generales sobre el sistema jurídico internacional frente a los sistemas jurídicos nacionales. Tras un análisis de las principales características del sistema jurídico internacional, como su naturaleza descentralizada y horizontal, se destacó el carácter fundamental del párrafo 1 del Artículo 38 por ser la disposición del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, como órgano judicial principal de las Naciones Unidas, relativa al derecho aplicable, habida cuenta de que se considera que refleja el derecho internacional consuetudinario¹⁰⁴.

67. A continuación se examinaron dos cuestiones fundamentales. En primer lugar, si el párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que enumera, en un determinado orden, las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen normas expresamente reconocidas por los Estados litigantes (apartado a)); la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho (apartado b)); y los principios generales del derecho (apartado c)), establece una jerarquía formal entre las fuentes del derecho internacional. No obstante, aunque, cuando se redactó el Artículo 38, se estudió la posibilidad de establecer algún tipo de jerarquía entre las fuentes, al final los redactores decidieron no hacerlo. Entre los miembros del Comité Consultivo de

¹⁰⁴ Véase [A/CN.4/760](#), párr. 170.

Juristas prevalecía la opinión de que la Corte Permanente de Justicia Internacional podía tener en cuenta las tres fuentes, en algunos casos incluso simultáneamente. Así pues, por principio, en la disposición del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia relativa al derecho aplicable se atribuyó el mismo rango a los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho¹⁰⁵.

68. Dicho esto, en el primer informe, el Relator Especial subrayó que, a pesar de que, formalmente, no había ninguna jerarquía entre las fuentes enunciadas en el Artículo 38, sí la había en la práctica. Ello se debe a que los Estados y los profesionales, además de la propia Corte Internacional de Justicia, han tendido a recurrir más a los tratados y al derecho internacional consuetudinario al abordar cuestiones planteadas en controversias entre Estados¹⁰⁶. Se recurre en menor medida a los principios generales del derecho, al menos en la práctica de la Corte Internacional de Justicia. De hecho, la práctica confirma que, aunque técnicamente son iguales que las otras dos fuentes y no están en modo alguno subordinados a ellas, los principios generales del derecho cumplen más bien la función de subsanar lagunas en las fuentes del derecho internacional, como ha concluido la propia Comisión en el contexto de su labor sobre ese tema específico¹⁰⁷.

69. La segunda cuestión es si hay alguna diferencia entre los tres primeros apartados del párrafo 1 del Artículo 38, en los que se enuncian las a menudo denominadas fuentes o fuentes formales, y el apartado d), en el que se enumeran los medios auxiliares, denominados a veces fuentes materiales o documentales, a saber, las decisiones judiciales y la doctrina. Se explicó que en la doctrina sobre las fuentes del derecho internacional había cierta divergencia de opiniones entre, por un lado, los académicos y profesionales que sostienen que existe una clara línea divisoria entre las fuentes y los medios auxiliares y, por otro lado, los que creen que no existe tal distinción¹⁰⁸.

70. En resumen, una corriente de opinión sostiene que el párrafo 1 del Artículo 38 establece dos listas distintas: la primera (es decir, los apartados a) a c)) con las fuentes de las que pueden extraerse normas de derecho internacional, y la segunda con los medios que permiten identificar y determinar esas normas (apartado d))¹⁰⁹. Dicho de otro modo, las dos listas distintas reflejan, en primer lugar, los denominados procesos creadores de derecho en los apartados a) a c) del párrafo 1 del Artículo 38 y, en segundo lugar, los medios determinantes del derecho en el apartado d) de ese párrafo¹¹⁰. Los primeros se centran en la forma en que los Estados crean una determinada norma de derecho internacional y los segundos en la forma en que los jueces deben verificar la existencia de una supuesta norma recurriendo a decisiones judiciales anteriores o consultando obras académicas. Ese enfoque, que podría decirse que es el que predomina en la doctrina, está respaldado por una práctica establecida y por los antecedentes de redacción del Artículo 38¹¹¹.

¹⁰⁵ *Ibid.*, párr. 191.

¹⁰⁶ *Ibid.*, párr. 192.

¹⁰⁷ Proyectos de conclusión 10 y 11 sobre los principios generales del derecho (aprobadas por la Comisión en primera lectura), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/78/10)*, párr. 40, pág. 14.

¹⁰⁸ Véase [A/CN.4/760](#), párrs. 194 a 198.

¹⁰⁹ *Ibid.*, párr. 198.

¹¹⁰ Georg Schwarzenberger, "International law as applied by international courts and tribunals 1957", en Jill Barrett y Jean-Pierre Gaucci (eds.), *British Contributions to International Law, 1915-2015: An Anthology Set*, vol. 1 (Leiden y Boston, Brill Nijhoff, 2021), págs. 96 a 98. Véase también Martín C. Ortega Carcelén, "Análisis del valor creador de la jurisprudencia en el derecho internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 40, núm. 2 (julio a diciembre de 1988), págs. 55 a 88.

¹¹¹ Véase [A/CN.4/760](#), párr. 248.

71. La segunda opinión, menos plausible al no estar respaldada por el texto y los antecedentes de redacción del Artículo 38, defiende que no hay distinción alguna entre las fuentes del derecho internacional y los medios auxiliares¹¹². Esa corriente esencialmente considera que los medios auxiliares y las fuentes gozan del mismo rango. No obstante, hay algunas diferencias entre los defensores de esa tesis, ya que algunos autores consideran que los principios generales del derecho y las decisiones judiciales son fuentes cuasiformales del derecho internacional y que la doctrina es, en última instancia, menos relevante¹¹³.

72. Tras analizar las posiciones divergentes, el Relator Especial concluyó que existían diferencias entre las fuentes del derecho y los medios auxiliares¹¹⁴. Las primeras enuncian el derecho, y los segundos pueden utilizarse para determinar qué derecho debe aplicarse. A juicio del Relator Especial, aunque cierta doctrina no lo entendía así, tanto las decisiones judiciales como la doctrina estaban subordinadas a las fuentes enumeradas en los apartados a) a c) del párrafo 1 del Artículo 38¹¹⁵.

73. En relación con los medios auxiliares propiamente dichos, a saber, las decisiones judiciales y la doctrina mencionadas en el párrafo 1 d) del Artículo 38, el Relator Especial observó que, en principio, no había distinción alguna ni jerarquía entre ellos¹¹⁶. Por supuesto, es cierto que, en la práctica, las decisiones judiciales son más importantes que la doctrina, cuya influencia ha ido disminuyendo a medida que la judicialización del derecho internacional ha ido aumentando. Dicho esto, teniendo en cuenta su carácter, el Relator Especial también señaló que no se trataba de saber si las decisiones judiciales eran más importantes que la doctrina, sino si ambas cumplían funciones distintas aunque, en última instancia, complementarias, al ofrecer a los jueces un medio para resolver problemas jurídicos concretos¹¹⁷. Dada su complejidad, el Relator Especial concluyó que sería necesario estudiar más a fondo en el presente informe la condición y función de los medios auxiliares, y la interacción y relación entre los medios auxiliares enunciados en el párrafo 1 d) del Artículo 38 y los tratados, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho enunciados en los apartados a) a c)¹¹⁸.

¹¹² Las dos corrientes de opinión se analizan en detalle en el primer informe del Relator Especial (*ibid.*, párrs. 199 a 208). Véanse también Robert Yewdall Jennings, “The judiciary, international and national, and the development of international law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, núm. 1 (1996), págs. 3 y 4 (que cree que el texto del Artículo 38 es esencial en principio y no ve grandes problemas en considerar que los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho son una fuente del derecho, no solo por analogía, sino directamente); y Mohamed Shahabuddeen, “Judicial creativity and joint criminal enterprise”, en Shane Darcy y Joseph Powderly (eds.), *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals* (Nueva York, Oxford University Press, 2010), págs. 184 a 203, en especial pág. 186.

¹¹³ Gerald Fitzmaurice, “Some problems regarding the formal sources of international law”, en Barrett y Gauci, *British Contributions to International Law*, pág. 493.

¹¹⁴ Véase [A/CN.4/760](#), párr. 345.

¹¹⁵ *Ibid.*, párr. 335.

¹¹⁶ *Ibid.*, párr. 348.

¹¹⁷ *Ibid.*, párr. 259.

¹¹⁸ *Ibid.*, párr. 208.

B. Opinión de la Comisión de Derecho Internacional y de la Sexta Comisión sobre las funciones de los medios auxiliares

74. En el primer debate sobre el tema, varios miembros de la Comisión¹¹⁹ y algunas delegaciones en la Sexta Comisión¹²⁰ hicieron observaciones preliminares sobre las funciones generales de los medios auxiliares y, en algunos casos, de las decisiones judiciales, la doctrina y otros medios en particular. En términos generales, los participantes en los debates sostenían que los medios auxiliares tenían carácter auxiliar y servían para interpretar las fuentes o para identificar o determinar los efectos y las consecuencias jurídicas de las normas de derecho internacional. Aunque se decía que cumplían una función auxiliar, los medios auxiliares seguían siendo importantes y desempeñaban un papel complementario en el proceso de determinación de las normas de derecho internacional, es decir, eran materiales útiles para identificar, interpretar y aplicar las normas de derecho internacional.

¹¹⁹ Véanse las declaraciones formuladas en las sesiones plenarias de 2023 por el Sr. Dapo Akande (3632ª sesión, 25 de mayo de 2023); el Sr. Mathias Forteau ([A/CN.4/SR.3626](#)); el Sr. Rolf Einar Fife ([A/CN.4/SR.3628](#)); la Sra. Vilawan Mangklatanakul ([A/CN.4/SR.3630](#)); el Sr. Ivon Mingashang ([A/CN.4/SR.3627](#)); el Sr. August Reinisch (3631ª sesión, 25 de mayo de 2023); el Sr. Giuseppe Nesi (*ibid.*); la Sra. Nilüfer Oral (*ibid.*) y la Sra. Penelope Ridings ([A/CN.4/SR.3629](#)).

¹²⁰ Véanse las declaraciones de Chequia (que afirmó que la Comisión ya había convenido en que los medios auxiliares no eran fuentes formales del derecho internacional y que su función era ayudar a identificar y determinar las normas de derecho internacional ([A/C.6/78/SR.31](#), párr. 59)); China (que afirmó que el alcance de los proyectos de conclusión sobre los medios auxiliares para la determinación del derecho internacional aprobados provisionalmente por la Comisión enunciado en el proyecto de conclusión 1 era generalmente acorde con lo estipulado en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que establecía que los medios auxiliares eran una fuente complementaria del derecho internacional, y no la fuente principal ([A/C.6/78/SR.29](#), párr. 91)); Colombia (“Esa posible confusión tal vez se despeje cuando la Comisión pueda definir con mayor claridad el término ‘determinación’ en el título del proyecto de conclusión 3 y aclarar así qué función cumplen los medios auxiliares y cómo deben ser empleados” ([A/C.6/78/SR.33](#), párr. 46)); Eslovaquia (que afirmó que valdría la pena estudiar si la expresión “la utilización de” reflejaba todos los aspectos que el Relator Especial pretendía abordar en sus trabajos, como el origen y la función de los medios auxiliares ([A/C.6/78/SR.31](#), párr. 127)); los Estados Unidos (que señalaron la importancia de evaluar la función de los medios auxiliares en una fase temprana del examen del tema por la Comisión (*ibid.*, párr. 17)); Estonia (“Estonia apoya los planes para los trabajos futuros acerca del tema, incluida la atención del Relator Especial de abordar el origen, la naturaleza y el alcance de los medios auxiliares, así como las decisiones judiciales y su relación con las fuentes primarias del derecho internacional” ([A/C.6/78/SR.33](#), párr. 33)); Filipinas (“Filipinas podría apoyar la propuesta de que se incluya un proyecto de conclusión relativo a las funciones de los medios auxiliares, que también podría referirse a la utilización de los medios auxiliares para interpretar otras fuentes o para determinar los efectos y las consecuencias jurídicas de determinadas normas” ([A/C.6/78/SR.32](#), párr. 18)); Grecia (“En cuanto a la función de los medios auxiliares, sería útil que la Comisión analizara más a fondo la distinción entre los medios auxiliares y la prueba de la existencia de normas de derecho internacional” (*ibid.*, párr. 66)); Irlanda (que valoró favorablemente que la Comisión articulara la función auxiliar de los medios auxiliares y convino en que dichos medios no constituían una fuente separada o distinta del derecho internacional, sino más bien un medio de elucidar el derecho ([A/C.6/78/SR.31](#), párr. 144)); Malasia (“como se señala en el informe de la Comisión ([A/78/10](#)), los miembros de la Comisión han expresado su acuerdo con el Relator Especial en el sentido de que los medios auxiliares no son fuentes del derecho internacional, y también han destacado que la función de los medios auxiliares es ayudar a determinar las normas de derecho internacional” ([A/C.6/78/SR.32](#), párr. 49)); el Reino Unido (que expresó su acuerdo con la Comisión en la importancia de explicar las funciones de los medios auxiliares y establecer qué debía entenderse por “determinación de las normas” ([A/C.6/78/SR.31](#), párr. 37)); y la Santa Sede (“Como se deduce claramente de las versiones española y francesa del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional cumplen una función auxiliar y, por tanto, no son fuentes del derecho en sí mismos” ([A/C.6/78/SR.33](#), párr. 57)).

75. En su informe a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 74º período de sesiones, la Comisión, teniendo muy en cuenta la ambigüedad de la expresión inglesa “*subsidiary means*” y de las diversas versiones lingüísticas oficiales del párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, explicó en el comentario a la conclusión 1 que se trataba de medios auxiliares respecto de las fuentes¹²¹. En el apartado c) del proyecto de conclusión 2 se hacía referencia a la función de ayuda de los medios auxiliares¹²². Posteriormente se aclaró en el comentario al proyecto de conclusión 1 que los medios auxiliares “tienen un carácter distinto al de las fuentes del derecho, expresamente enumeradas en el párrafo 1 a) a c) del Artículo 38 del Estatuto”¹²³. Por consiguiente, la función principal de los medios auxiliares, que se confirma que tienen carácter auxiliar y “no son fuentes del derecho aplicables por sí mismas”, es servir “de asistencia o ayuda para determinar si una norma de derecho internacional existe o no y, en caso afirmativo, el contenido de dicha norma”¹²⁴. El apartado c) del proyecto de conclusión 2 refleja esa tesis al enunciar entre las funciones esenciales de los medios auxiliares la de ayudar a determinar las normas de derecho internacional.

76. Los trabajos previos de la Comisión sobre los temas de la identificación del derecho internacional consuetudinario, los principios generales del derecho y la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) también confirman el carácter auxiliar de los medios auxiliares. Así queda de manifiesto, entre otras disposiciones, en las conclusiones 13 y 14 sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, en las que se abordan la función y el peso de las decisiones y la doctrina en la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario, y en los proyectos de conclusión 8 y 9 sobre los principios generales del derecho, relativos a la función de ambos medios como ayuda para la identificación de los principios generales del derecho. En el párrafo 2) del comentario a la conclusión 13 sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, la Comisión explica, entre otras cosas, que la expresión “medio auxiliar” “denota la función complementaria de esas decisiones en la elucidación del derecho; no son fuentes de derecho internacional en sí mismas (a diferencia de los tratados, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho)”¹²⁵. En un comentario similar incluido en ambos temas, basado también en el párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, se explica que la doctrina no es en sí una fuente del derecho internacional, “pero puede ofrecer orientación para la determinación de la existencia y el contenido”¹²⁶ de las normas de

¹²¹ Véase el párrafo 6) del comentario al proyecto de conclusión 1, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo octavo período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/78/10)*, párr. 127, págs. 83 y 84.

¹²² El apartado c) del proyecto de conclusión 2, leído conjuntamente con el encabezamiento, establece que los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional comprenden “cualquier otro medio generalmente utilizado para ayudar a determinar las normas de derecho internacional”. Véase el párrafo 19) del comentario al proyecto de conclusión 2, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo octavo período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/78/10)*, párr. 127, pág. 91.

¹²³ Véase el párrafo 6) del comentario al proyecto de conclusión 1, *ibid.*, págs. 83 y 84.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2018*, vol. II (segunda parte), párr. 65, pág. 117; *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo octavo período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/78/10)*, párr. 40, pág. 27; y *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), párr. 66, pág. 117, párr. 2). Véanse también el párrafo 1) del comentario al proyecto de conclusión 8 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo octavo período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/78/10)*, párr. 41, pág. 27) y el párrafo 2) del comentario al proyecto de conclusión 9 (*ibid.*, pág. 30) sobre los principios generales del derecho.

¹²⁶ *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), párr. 66, pág. 118.

derecho internacional consuetudinario y de los principios generales del derecho. En el proyecto de conclusiones sobre la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), el proyecto de conclusión 9 establece que las decisiones judiciales pueden utilizarse como medios auxiliares para identificar y determinar las normas de *ius cogens*, sin constituir en sí mismas prueba de dicha aceptación y reconocimiento, y que, en algunos casos, la labor de los órganos de expertos establecidos por Estados o por organizaciones internacionales y la doctrina también pueden servir de medios auxiliares¹²⁷.

77. Teniendo en cuenta lo que antecede, y en consonancia con la labor anterior de la Comisión, parece haber un consenso en que los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional cumplen una función auxiliar o de ayuda. Ello significa que la principal función de las decisiones judiciales y la doctrina —y quizás de cualquier otro medio auxiliar cuya existencia se determine en el marco de la futura labor de la Comisión sobre el tema— es proporcionar ayuda o apoyo o servir de asistencia a las fuentes. Por tanto, parece conveniente partir de esa premisa. Así, y sobre la base del análisis que figura a continuación, se demostrará que los medios auxiliares se utilizan en la práctica para ayudar a determinar la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional. Resulta lógico centrar la atención en la función auxiliar o de asistencia porque esa parece ser su función principal o característica esencial. No obstante, hay medios auxiliares que probablemente tienen funciones específicas que, por razones de espacio y también metodológicas, deberán abordarse en un futuro informe. Esas funciones pueden coincidir o incluso variar de un medio a otro. En muchos casos, los medios auxiliares se complementarán entre sí.

C. Carácter y función auxiliares de los medios auxiliares

78. La Comisión ya ha determinado que los medios auxiliares desempeñan una función auxiliar respecto de las fuentes, y algunos Estados parecen apoyar ya esta conclusión, que puede justificarse por varios motivos. En primer lugar, partiendo de una interpretación textual del párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia conforme al artículo 31, párrafo 1, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹²⁸, es posible determinar el sentido corriente que debe darse a la disposición leída en su contexto y a la luz de su objeto y fin. Además, en caso de que siga sin estar claro ese sentido, puede recurrirse a medios de interpretación complementarios como los trabajos preparatorios del párrafo 1 del Artículo 38 y las circunstancias en que se ultimó, que pueden servir de base para confirmar el sentido de dicha disposición o eliminar toda ambigüedad, falta de claridad o interpretación manifiestamente absurda o irrazonable.

79. Como ya se ha dicho más arriba, así como en el primer informe del Relator Especial, el texto del párrafo 1 d) del Artículo 38 contiene algunos elementos de ambigüedad que han generado muchos debates en la doctrina. A los efectos estrictamente del análisis de las funciones de los medios auxiliares basado exclusivamente en el texto, no es necesario repetir todos esos argumentos ni el detallado análisis anterior del sentido de las expresiones “medios auxiliares”¹²⁹ o

¹²⁷ Proyecto de conclusión 9 y su comentario sobre la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo séptimo período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/77/10)*, párr. 44, págs. 47 a 52.

¹²⁸ El artículo 31, párrafo 1, establece lo siguiente: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

¹²⁹ Véase [A/CN.4/760](#), párr. 334.

“para la determinación de las normas de derecho”¹³⁰. Basta con observar, tanto en ese análisis como en la doctrina, así como en el texto propiamente dicho, que la noción de “medios auxiliares” implica la existencia de medios principales, que son las fuentes. A este respecto, los jueces deben proceder a al menos dos niveles de determinación de las normas de derecho al aplicar el párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

80. El primer nivel de determinación obliga a la Corte, al cumplir su función, a “decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas” y “aplicar” las fuentes, a saber, los tratados, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho. Esos son la tarea y el nivel de determinación primordiales de los jueces: encontrar y aplicar las normas pertinentes en las fuentes del derecho acordadas por los Estados y, en el estado actual del derecho internacional, por los Estados y las organizaciones internacionales y entre las organizaciones internacionales. Las fuentes se justifican como elementos de referencia, puesto que tienen su origen en el consentimiento de Estados soberanos. En opinión del Relator Especial, en esa parte del proceso de aplicación del párrafo 1 del Artículo 38, la Corte habrá de aplicar necesariamente una norma que se encuentre en una de las fuentes enumeradas en los apartados a) a c) del párrafo 1 a los hechos del litigio que tenga ante sí para resolver la controversia o cuando emita una opinión consultiva. Esa es la principal tarea de la Corte: acude a las fuentes del derecho para interpretar y aplicar el corpus de derecho aplicable.

81. La tesis de que la referencia a las fuentes constituye el principal nivel de determinación del derecho encuentra apoyo en la doctrina¹³¹ y es acorde a la abundante práctica de la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia. Por ejemplo, para resolver un litigio en que las partes difieran en su interpretación de una determinada norma convencional, la Corte Internacional de Justicia determinará la interpretación correcta de dicha norma, que luego aplicará al litigio que se le ha sometido. La tarea de la Corte será relativamente más difícil cuando tenga que aplicar una norma de derecho internacional consuetudinario o principios generales del derecho, dado que, en su análisis, tendrá que determinar si, en el primer caso, se cumple el doble criterio (es decir, la existencia de una práctica estatal acompañada de la *opinio iuris*) y, en el segundo caso, si existe un principio general del derecho común a los diferentes sistemas jurídicos y, en caso afirmativo, si este es transponible al sistema jurídico internacional. La función de la Corte es resolver controversias conforme al derecho internacional y, en cada litigio, los jueces siempre han de determinar las normas de derecho internacional aplicables mediante un examen de las fuentes, y en su defecto, los medios auxiliares. Ello no quiere decir que sea un proceso mecánico o que no haya ninguna interacción entre las fuentes y los medios auxiliares.

82. El segundo nivel de determinación jurídica, más “auxiliar”, es el de la determinación de las normas de derecho internacional a través de los medios auxiliares, es decir, las decisiones judiciales o la doctrina, que deben utilizarse como medios para identificar en primer lugar la existencia de una norma de derecho internacional sobre una determinada cuestión y, una vez identificada, aplicar dicha norma. A diferencia de las fuentes, a las que los jueces pueden acudir directamente para encontrar la norma aplicable, su recurso a los medios auxiliares es indirecto. En efecto, algunos autores han coincidido con el Relator Especial al señalar que la

¹³⁰ *Ibid.*, párr. 339.

¹³¹ Véanse 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, núm. 2, págs. 649 a 661; y Mads Andenas y Johann Ruben Leiss, “The systemic relevance of ‘judicial decisions’ in Article 38 of the ICJ Statute”, *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 77, págs. 907 a 972, en especial pág. 927.

expresión “medio auxiliar” indica que las decisiones judiciales se aplican después de una determinación principal anterior de las normas de derecho y dependen de dicha determinación¹³². Ello, en esencia, significa que no pueden ser autónomas, sino que deben remitir a otras fuentes jurídicas¹³³.

83. Dicho de otro modo, en su proceso de identificación y determinación, en lugar de utilizar las normas que se encuentran directamente en las propias fuentes del derecho, la Corte acudirá a los medios auxiliares que le permitirán establecer el fundamento y el alcance de la norma. Para ello, podrá invocar sus propias decisiones o las de otras cortes o tribunales, como el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia¹³⁴, o de entidades como el Comité de Derechos Humanos¹³⁵ o, en menor medida, una doctrina¹³⁶ que considere persuasiva para verificar si una determinada norma de derecho es aplicable y, en caso afirmativo, establecer su alcance y contenido antes de aplicarla al litigio concreto que tenga ante sí. Así, los medios auxiliares son auxiliares respecto de las fuentes.

D. Los antecedentes de redacción confirman la función auxiliar de los medios auxiliares

84. La interpretación expuesta más arriba puede confirmarse con los antecedentes de redacción del texto en cuestión. En su primer informe, el Relator Especial analizó exhaustivamente los antecedentes de redacción del párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Como explicó, a diferencia de las fuentes, a saber, los tratados, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho, la propuesta de incluir los medios auxiliares partió inicialmente de la idea de que se debía permitir a la Corte examinar “la jurisprudencia internacional como medio para la aplicación y el desarrollo del derecho”¹³⁷. Más adelante se mencionaron, en ese mismo sentido, “las opiniones de los publicistas como medio para la aplicación y el desarrollo del derecho”¹³⁸. A ese respecto, los redactores parecían atribuir una función similar a la jurisprudencia internacional (expresión que posteriormente se amplió para hablar de “decisiones judiciales”) y a

¹³² Andenas y Leiss, “The systemic relevance of ‘judicial decisions’”, pág. 927.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ Véase *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, fallo, *I.C.J. Reports 2015*, págs. 3 y ss., en especial pág. 61, párr. 129 (“Corresponde a la Corte, al aplicar la Convención, valorar si se cometieron actos de genocidio, pero no determinar la responsabilidad penal individual por esos actos [...] No obstante, la Corte tendrá en cuenta, cuando corresponda, las decisiones dictadas por cortes o tribunales penales internacionales, en particular el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, para examinar los elementos constitutivos de genocidio en la presente causa”).

¹³⁵ Véase *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 (“Aun cuando, en el ejercicio de sus funciones judiciales, la Corte 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. En 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” (sin cursiva en el original)).

¹³⁶ Véase *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, fallo, 11 de septiembre de 1992, párr. 394 (donde se cita a “los sucesivos editores de *Oppenheim’s International Law*”).

¹³⁷ Véase A/CN.4/760, párr. 215.

¹³⁸ *Ibid.*, párr. 227.

la doctrina, a saber, que podían aplicarse y, lo que es más controvertido, podían utilizarse para desarrollar el derecho¹³⁹.

85. Los primeros debates entre los redactores, que parecían bastante animados, se centraron en el derecho que los jueces debían aplicar cuando no hubiera ninguna norma prevista ni en el derecho convencional ni en el derecho internacional consuetudinario. Ello, como explicó el Relator Especial, generó un largo debate sobre los principios generales del derecho y su relación con la “jurisprudencia internacional”¹⁴⁰. Un aspecto fundamental de ese debate fue el malestar de algunos miembros del Comité Consultivo de Juristas que pensaban que, de aprobarse las formulaciones iniciales, se estaría pidiendo a los jueces que crearan derecho, algo que, en su opinión, los Estados no considerarían aceptable. En cualquier caso, al final se concluyó que, si bien no estaban formalmente subordinados a las fuentes, los principios generales del derecho podían desempeñar un papel esencial, en especial en las situaciones de *non liquet*. Asimismo, se consideró que ese razonamiento también era válido con respecto a las decisiones judiciales y la doctrina.

86. Por supuesto, en los años veinte del siglo pasado, cuando ni siquiera se había establecido una corte internacional permanente, el escaso desarrollo del derecho internacional preocupaba a los expertos, que temían que la Corte Permanente de Justicia Internacional pudiera verse obligada a declarar un *non liquet*¹⁴¹. A medida que evolucionaba el debate, los redactores llegaron a un acuerdo sobre una cuestión esencial: la jurisprudencia y la doctrina no creaban derecho, pero ayudaban a determinar las normas existentes¹⁴². Así, uno de los miembros señaló que el juez podía recurrir tanto a la doctrina como a la jurisprudencia, pero solo con fines de elucidación, mientras que, en opinión de otro miembro, el juez debía utilizar ambos medios de manera supletoria para aclarar las normas de derecho internacional¹⁴³. El concepto de elucidación remite al acto de explicar algo para hacerlo más claro o nítido.

87. Era necesario encontrar una solución de compromiso. No se consideraba aceptable el planteamiento restrictivo de algunos redactores —rechazado después por muchos autores— que consideraban que los futuros jueces de la corte internacional debían limitarse, sin más, a elegir y aplicar objetivamente las normas de derecho existentes. El delegado del Reino Unido ante la Asamblea de la Sociedad de las Naciones planteó expresamente la idea de que la jurisprudencia pudiera llegar a moldear, configurar o incluso desarrollar el derecho internacional (lo que llevó a la introducción de la precisión que figura al principio del Artículo 38)¹⁴⁴. Por otra parte, tampoco había consenso en torno a la idea de ampliar las funciones de los jueces para que actuaran como legisladores facultados para subsanar lagunas jurídicas a fin de evitar un *non liquet*, en especial dada la inmadurez del derecho internacional en aquel

¹³⁹ *Ibid.*, párrs. 215 y 227.

¹⁴⁰ *Ibid.*, párr. 217 (donde se cita *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920* (La Haya, Van Langenhuisen Brothers, 1920), págs. 310 a 315).

¹⁴¹ Véase A/CN.4/760, párr. 217 (donde se cita *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920*, pág. 296).

¹⁴² *Ibid.*, párr. 223 (donde se cita *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920*, pág. 336).

¹⁴³ *Ibid.*, (donde se cita *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920*, pág. 336).

¹⁴⁴ Véase Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court* (Cambridge (Reino Unido), Grotius Publications, Cambridge University Press, 1996), págs. 56 a 64. Además, en 1926, el futuro Presidente de la Corte Permanente de Justicia Internacional, Sir Cecil Hurst, también escribió sobre la cuestión y afirmó que en aquel momento era imposible conocer el alcance de una norma plasmada en una decisión de la Corte, y que esta desarrollaría gradualmente una norma de derecho sobre la cuestión planteada a partir de las decisiones que dictase, ya que, sin duda, esas decisiones sucesivas constituirían precedentes del mismo modo que las primeras decisiones sucesivas de los tribunales ingleses habían desarrollado el *Common Law* de Inglaterra. *Ibid.*, pág. 13.

momento. Ello se reflejó en el texto de compromiso propuesto por el Barón Descamps, Presidente del Comité Consultivo de Juristas, que, en última instancia, calificó las decisiones judiciales y la doctrina de “medios auxiliares para la determinación de las reglas de derecho”¹⁴⁵.

88. A pesar de las funciones auxiliar, de subsanación de lagunas o de asistencia de los medios auxiliares, como ha argumentado Shabtai Rosenne, las decisiones judiciales, y en especial las de la Corte Internacional, no pueden relegarse a una posición subsidiaria¹⁴⁶. Según esa perspectiva práctica, que se centra en lo que la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia han hecho realmente, y no en lo que el Estatuto dice que deben hacer, “la expansión de un corpus de jurisprudencia internacional que puede examinarse junto con todos los alegatos pertinentes está propiciando una codificación judicial o, al menos, a una reafirmación del derecho mediante su aplicación a circunstancias concretas”¹⁴⁷. Esa conclusión indica la clarividencia del delegado del Reino Unido ante la Asamblea de la Sociedad de las Naciones que destacó, sin que nadie lo negara, la influencia y repercusión de una jurisprudencia constante en la configuración del derecho internacional¹⁴⁸. Es perfectamente lógico que, en el proceso de elucidación destinado a aclarar una cuestión, el juez o tribunal de que se trate contribuyan a definir una norma. Por otra parte, como la propia Corte Internacional de Justicia se ha cuidado de explicar, aunque pueda interpretarse que esas palabras eran una mera negación destinada a tranquilizar a los Estados en el contexto de una controversia, su función es enunciar el derecho, “aunque al enunciar y aplicar el derecho, la Corte necesariamente tiene que definir su ámbito y, a veces, señalar su tendencia general”¹⁴⁹.

E. La práctica de la Corte Internacional de Justicia y de otras cortes y tribunales internacionales confirma la función auxiliar de los medios auxiliares

89. Como confirma la Secretaría en su segundo memorando sobre el presente tema, la Corte Internacional de Justicia se remite con frecuencia a sus propias decisiones, así como a las de su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional, y a las de otras cortes y tribunales internacionales. Sin embargo, desde el punto de vista metodológico, la Corte Internacional de Justicia no siempre explica su razonamiento ni el porqué de esas remisiones, en especial habida cuenta de que son habituales. Por

¹⁴⁵ Véase [A/CN.4/760](#), párr. 231 (donde se cita *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920*, pág. 620). Véase también Amos O. Enabulele, “The avoidance of non liquet by the International Court of Justice, the completeness of the sources of international law in Article 38(1) of the Statute of the Court and the role of judicial decisions in Article 38(1)(d)”, *Commonwealth Law Bulletin*, vol. 38, núm. 4 (2012), págs. 617 a 652.

¹⁴⁶ Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, vol. III (Leiden y Boston, Martinus Nijhoff, 2006), pág. 1554.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ Véase Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, págs. 56 a 64.

¹⁴⁹ Véase, a este respecto, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 226 y ss., en especial pág. 237, párr. 18 (“El argumento de que responder a la cuestión planteada exigiría a la Corte legislar se basa en la suposición de que el actual corpus jurídico carece de normas pertinentes en esta materia. La Corte no puede aceptar ese argumento; la Corte enuncia el derecho vigente y no legisla, aunque, al enunciar y aplicar el derecho, la Corte necesariamente tiene que definir su ámbito y, a veces, señalar su tendencia general”). En la causa relativa a las *Pesquerías*, la Corte sostuvo que, “como tribunal, no puede fallar *sub specie legis ferendae* ni enunciar el derecho antes de que el legislador lo haya promulgado”. Véase *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)* [Cuestiones de fondo], fallo, *I.C.J. Reports 1974*, págs. 3 y ss., en especial págs. 23 y 24, párr. 53.

consiguiente, aunque, en sus decisiones y opiniones consultivas, la Corte Permanente de Justicia Internacional no hacía referencia al párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, sí se remitió de manera específica, aunque en muy contadas ocasiones, al párrafo 4 del Artículo 38 de su Estatuto. Las referencias a la doctrina sobre una cuestión de derecho también son bastante excepcionales en las opiniones mayoritarias de la Corte Internacional de Justicia (aunque son frecuentes en las opiniones separadas), en las que solo se ha citado a juristas en contadas ocasiones e, incluso entonces, a menudo para ilustrar o confirmar posiciones ya adoptadas¹⁵⁰. Esta práctica confirma la función de asistencia de la doctrina, que, si bien es frecuentemente invocada por las partes, rara vez lo es por la Corte en sus decisiones mayoritarias.

90. A ese respecto, teniendo en cuenta el contexto en que las invoca, es evidente que la Corte Internacional de Justicia considera que las decisiones judiciales y la doctrina desempeñan una función auxiliar y da más peso a las primeras. Si bien, en su práctica anterior, la Corte no se remitía a las decisiones de otras cortes y tribunales y naturalmente prefería acudir a las suyas, esa pauta ha cambiado ahora por diversas razones, entre ellas el aumento del número de cortes y tribunales internacionales especializados que se ocupan de cuestiones de derecho internacional más específicas de una manera que a menudo resulta útil para la propia Corte. Esta se remite a otras decisiones cuando son útiles, y no porque esté obligada a hacerlo (véase el capítulo IV *infra*).

91. A continuación el Relator Especial desea citar algunos ejemplos prácticos. En la causa relativa a la *Controversia sobre fronteras terrestres, insulares y marítimas*, una Sala de la Corte Internacional de Justicia hace referencia a la condición jurídica de una sentencia de 1917 de la Corte Centroamericana de Justicia. La Corte señala que, “en una causa en la que se plantea una cuestión de soberanía conjunta de tres Estados ribereños, no es útil saber si una controversia entre dos partes causa o no efecto de cosa juzgada”¹⁵¹. Asimismo, señala que “ello se ve confirmado por el hecho de que Nicaragua ha solicitado y obtenido el derecho a intervenir precisamente en relación con esta cuestión de la situación jurídica de las aguas del Golfo”¹⁵². En el fallo, la Corte afirma a continuación que “la Sala debe tomar en consideración la sentencia de 1917 como precedente pertinente de un tribunal competente y, retomando el texto del Artículo 38 del Estatuto de la Corte, como ‘medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho’. En resumen, la Sala debe formarse su propia opinión sobre la condición de las aguas del Golfo y atribuir a la decisión de 1917 la consideración que le parezca merecer”¹⁵³. Así, la Corte también habló de “las razones de su conclusión, con independencia de las razones de la sentencia dictada en 1917 por la Corte Centroamericana de Justicia y de los efectos de esa sentencia...”¹⁵⁴. En esta causa se invocó la sentencia de otro tribunal para confirmar una

¹⁵⁰ Véase Sondre Torp Helmersen, *The Application of Teachings by the International Court of Justice* (Cambridge (Reino Unido), Cambridge University Press, 2021), pág. 45 (donde se muestra que, de las 155 causas que juzgó entre 1945 y 2016, la Corte Internacional de Justicia solo se remitió a escritos de juristas en relación con una cuestión de derecho en 5 de ellas). Véase también Tamara G. Quiroga y Leopoldo L. M. Godio, “La doctrina como fuente auxiliar y su utilización en el Tribunal Internacional del Derecho del Mar”, en *Aspectos Actuales de las Fuentes del Derecho Internacional* (Buenos Aires, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, 2022), págs. 123 a 153.

¹⁵¹ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)* (véase la nota 136 *supra*), párr. 403.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ *Ibid.*, párr. 405.

interpretación, y la Sala la tuvo en cuenta en sus conclusiones y razonamientos para pronunciarse al respecto.

92. En la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, para resolver la cuestión del derecho aplicable, la Corte explicó que debía aplicar las diversas “fuentes del derecho enumeradas en el Artículo 38 del Estatuto”¹⁵⁵, que incluían los tratados multilaterales y el derecho consuetudinario. En la causa relativa a la *Plataforma continental (Túnez/Jamahiriya Árabe Libia)*, la Corte Internacional de Justicia recordó que, “si bien es indudable que la Corte está obligada a tener en cuenta todas las fuentes jurídicas especificadas en el párrafo 1 del Artículo 38 de su Estatuto para determinar los principios y normas de derecho pertinentes aplicables a la delimitación, también está obligada, de conformidad con el apartado a) de dicho párrafo, a aplicar las disposiciones del Acuerdo Especial”¹⁵⁶. La prioridad en esas causas era aplicar primero las fuentes en forma de tratados y derecho internacional consuetudinario antes de recurrir a las decisiones judiciales.

93. En la causa relativa al *Golfo de Maine*¹⁵⁷, una Sala de la Corte Internacional de Justicia determinó lo siguiente:

en su razonamiento sobre la cuestión, obviamente la Corte debe *comenzar* remitiéndose al Artículo 38, párrafo 1, de su Estatuto. A los fines de la Sala en la fase actual de su razonamiento, a saber, la determinación de los principios y normas de derecho internacional que rigen en general la cuestión de la delimitación marítima, se hará referencia a las convenciones (Art. 38, párr. 1 a)) y a la costumbre internacional (párr. 1 b)), a cuya definición han contribuido de manera sustancial las decisiones judiciales (párr. 1 d)) tanto de la Corte como de tribunales arbitrales¹⁵⁸.

En ese ejemplo, la Corte Internacional de Justicia se centró en las fuentes del derecho antes de reconocer la posibilidad de recurrir a sus propias decisiones y a las decisiones pertinentes de órganos arbitrales conforme a lo dispuesto en el párrafo 1 d) del Artículo 38 de su Estatuto. En el resto del fallo se pone de manifiesto el carácter auxiliar de esas decisiones.

94. En la causa relativa a la *Delimitación marítima de la zona situada entre Groenlandia y Jan Mayen*, la Corte Internacional de Justicia examinó “las fuentes enumeradas en el Artículo 38 de su Estatuto”, que estimó que “debía tomar en consideración” en relación con “el derecho aplicable en la zona de pesca”¹⁵⁹. Cabe señalar que en esa causa se acudió a las fuentes, y no a los medios auxiliares, lo que no significa, por supuesto, que la Corte no consultara posteriormente esos medios, en especial sus propias decisiones anteriores sobre cuestiones de delimitación marítima.

95. Por último, en otro ejemplo, esta vez en relación con la causa relativa a la *Controversia fronteriza (Burkina Faso/Níger)*, la Corte interpretó el párrafo 1 del Artículo 38 en el contexto del objeto de un acuerdo especial entre las partes y

¹⁵⁵ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* [Cuestiones de fondo], fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 14 y ss., en especial pág. 92, párr. 172. Véase, en general, Carlos Iván Fuentes, “The imperfect paradigm: Article 38 of the Statute of the International Court of Justice”, en Carlos Iván Fuentes, *Normative Plurality in International Law: A Theory of the Determination of Applicable Rules*, 1ª ed., Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice, vol. 57 (Springer, 2016).

¹⁵⁶ *Continental Shelf (Tunisia/ Libyan Arab Jamahiriya)*, fallo, *I.C.J. Reports 1982*, pág. 18 y ss., en especial pág. 37, párr. 23.

¹⁵⁷ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, fallo, *I.C.J. Reports 1984*, pág. 246.

¹⁵⁸ *Ibid.*, párr. 83 (sin cursiva en el original).

¹⁵⁹ *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen*, fallo, *I.C.J. Reports 1993*, págs. 38 y ss., en especial pág. 61, párr. 52.

consideró que “indica claramente que las normas y principios mencionados en esa disposición del Estatuto deben aplicarse a cualquier cuestión que la Corte tenga que resolver a fin de pronunciarse sobre la controversia”¹⁶⁰.

96. Los ejemplos anteriores, más otros muchos en los que la Corte suele remitirse a las fuentes del derecho internacional antes de recurrir a sus propias decisiones, indican que esta atribuye carácter auxiliar a los medios auxiliares. De hecho, en varias de las causas citadas, se remitió a todas las fuentes enunciadas en el párrafo 1 del Artículo 38, entre las que, obviamente, pueden figurar los medios auxiliares después de las fuentes propiamente dichas, pero dio claramente prioridad a los tratados celebrados por las partes y al derecho internacional consuetudinario.

97. Otras cortes y tribunales internacionales también consideran que los medios auxiliares son auxiliares respecto de las fuentes del derecho internacional. Por ejemplo, en la causa *Kupreškić*, la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia sostuvo lo siguiente:

Siendo internacional por naturaleza y aplicando el derecho internacional *principaliter*, el Tribunal no puede sino basarse en las fuentes bien establecidas del derecho internacional y, en ese marco, en las decisiones judiciales. ¿Qué valor debe atribuirse a esas decisiones? La Sala de Primera Instancia considera que solo deben utilizarse como “medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho” [...] Es evidente que el precedente judicial *no es una fuente distinta del derecho* internacional penal¹⁶¹.

98. En la causa *Delalić*, la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia afirmó que “se recurrirá a las diversas fuentes del derecho internacional enumeradas en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, a saber, las convenciones internacionales, la costumbre y los principios generales del derecho, *así como a otras fuentes auxiliares como las decisiones judiciales y los escritos de juristas*. A la inversa, es evidente que el Tribunal no tiene el mandato de aplicar las disposiciones del derecho interno de ningún sistema jurídico en particular”¹⁶².

99. La práctica de la Corte Penal Internacional, que también considera que los medios auxiliares sirven de ayuda para subsanar lagunas, concuerda con el enfoque de los tribunales penales internacionales *ad hoc* y de la Corte Internacional de Justicia. En el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional¹⁶³, la disposición sobre el derecho aplicable, contenida en el artículo 21, retoma algunos aspectos del debate, mencionado anteriormente, que el Comité Consultivo de Juristas mantuvo a principios del siglo XX cuando aclara expresamente que los principios generales del derecho y las decisiones judiciales deben utilizarse esencialmente para subsanar las lagunas de las fuentes primarias:

¹⁶⁰ *Frontier Dispute (Burkina Faso/Niger)*, fallo, *I.C.J. Reports 2013*, págs. 44 y ss., en especial pág. 73, párr. 62.

¹⁶¹ *Prosecutor v. Zoran Kupreškić and others*, causa núm. IT-95-16-T, fallo, 14 de enero de 2000, Sala de Primera Instancia, párr. 540 (sin cursiva en el original).

¹⁶² *Prosecutor v. Zejnil Delalić and others*, causa núm. IT-96-21-T, fallo, 16 de noviembre de 1998, Sala de Primera Instancia, párr. 414 (sin cursiva en el original). Véase también *Prosecutor v. Anto Furundžija*, causa núm. IT-95-17/1-T, fallo, 10 de diciembre de 1998, Sala de Primera Instancia, párr. 196. La Sala afirmó que la jurisprudencia de los “tribunales militares británicos” en materia de enjuiciamiento de criminales de guerra era “menos pertinente para establecer normas de derecho internacional”, ya que el derecho aplicado era interno.

¹⁶³ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, núm. 38544, pág. 3.

1. La Corte aplicará:
 - a) *En primer lugar*, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba;
 - b) *En segundo lugar*, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados;
 - c) *En su defecto*, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos.
2. *La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.*
3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.

100. La disposición anterior, y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional al interpretarla, han dejado claro que, al igual que en el párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, existe una jerarquía en la cláusula del Estatuto de Roma relativa al derecho aplicable, contenida en el artículo 21. Establece expresamente una secuencia: en primer lugar, se deben aplicar el Estatuto de Roma y sus documentos secundarios, como los Elementos de los crímenes; seguidos, en segundo lugar, por los tratados aplicables y los principios y normas del derecho internacional; luego, en su defecto, los principios generales del derecho derivados del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen; y solo después, como cuarto paso, la Corte puede optar por (es decir, “podrá”) aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores. Este último aspecto, como se demostrará en el próximo capítulo, concuerda con la práctica de la Corte Internacional de Justicia, que no aplica sus decisiones como precedentes, sino que suele aplicar los principios y normas de derecho internacional contenidos en ellas.

101. Esta interpretación fue confirmada judicialmente por la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional cuando sostuvo que es preferible recurrir a medios auxiliares cuando existe un vacío o laguna en las otras fuentes. En la causa relativa a la *Situación en la República de Kenia*, por ejemplo, la Sala de Cuestiones Preliminares II de la Corte Penal Internacional explicó que “el propósito del artículo 21 del Estatuto es regular las fuentes del derecho” que puede utilizar la Corte y “establecer una jerarquía entre esas fuentes del derecho”¹⁶⁴. Así pues, mientras que el Estatuto de Roma es la “primera fuente del derecho”, “solo se puede recurrir a las fuentes auxiliares del derecho mencionadas en los apartados b) y c) del párrafo 1 del

¹⁶⁴ *Situation in the Republic of Kenya*, causa núm. ICC-01/09-159, decisión sobre la “Solicitud de las víctimas de revisión de la decisión de la Fiscalía de poner fin a la investigación activa”, 5 de noviembre de 2015, párr. 17.

artículo 21 del Estatuto cuando, como ha establecido la Sala de Apelaciones, existe una *laguna* en el Estatuto o en las Reglas”¹⁶⁵.

102. El segundo memorando de la Secretaría contiene otros ejemplos de este tipo¹⁶⁶. En otra causa, la Corte Penal Internacional reconoció la interacción entre los medios auxiliares y sus fuentes al afirmar, como hizo en la causa *Katanga*, lo siguiente: “Cuando los instrumentos constitutivos 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”¹⁶⁷.

103. En este caso, al señalar la jurisprudencia de otras cortes y tribunales, se pone de manifiesto que las decisiones judiciales también cumplen una función auxiliar en el sentido de que pueden ser invocadas posteriormente por otras cortes y tribunales porque enuncian una norma de derecho internacional (derivada ya sea de un tratado, del derecho internacional consuetudinario o de un principio general del derecho) que la Corte Penal Internacional considera persuasiva a los efectos de la causa que tiene ante sí. En definitiva, en el sistema del Estatuto de Roma, las principales fuentes del derecho son los tratados aplicables y los principios y normas de derecho internacional, incluido en estos últimos el derecho consuetudinario, seguidas de los principios generales del derecho y, por último, los medios auxiliares y los principios y normas que estos articulan. En la cita reproducida en el párrafo anterior queda claro que la Sala considera que la referencia a la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* y otras cortes y tribunales es secundaria respecto de las referencias al derecho humanitario convencional o consuetudinario y los principios generales del derecho. La conclusión principal es que no solo la Corte Internacional de Justicia (que se ocupa del derecho internacional general), sino también la Corte Penal Internacional (cuyo ámbito es el derecho penal internacional y el derecho de los conflictos armados) consideran que los medios auxiliares, como sus propias decisiones judiciales y las de otros tribunales, son auxiliares respecto de las fuentes.

F. La práctica de las cortes y tribunales nacionales indica la función auxiliar de los medios auxiliares

104. Además de los ejemplos anteriores extraídos del ámbito internacional, las cortes y tribunales nacionales también tratan los medios auxiliares como auxiliares. Hay muchos ejemplos, pero basta con citar algunos de Alemania, los Estados Unidos, Sierra Leona, Sudáfrica. Por lo que respecta al primer ejemplo, en una causa juzgada por el Tribunal Federal de Justicia de Alemania, el recurrente (un exoficial del Ejército Nacional Afgano), que había sido declarado culpable de tortura por el Tribunal Regional de Munich, recurrió alegando que gozaba de inmunidad funcional¹⁶⁸. Para examinar el recurso, el Tribunal Federal de Justicia se remitió al párrafo 1 b) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia a fin de determinar si el derecho internacional consuetudinario prohibía juzgar a funcionarios subordinados de Estados extranjeros. Tras señalar que el Tribunal Constitucional Federal había sostenido que las decisiones judiciales y la doctrina en materia de derecho internacional solo debían utilizarse como medios auxiliares para la aclaración del derecho internacional consuetudinario, el Tribunal Federal de Justicia procedió a

¹⁶⁵ *Ibid* (se omite la nota y sin cursiva en el original).

¹⁶⁶ Véase A/CN.4/765, párrs. 415 a 480.

¹⁶⁷ *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.

¹⁶⁸ Véase Tribunal Federal de Justicia, 3 StR 564/19, sentencia, 28 de enero de 2021 (en alemán).

un amplio estudio de las decisiones de las cortes y tribunales nacionales e internacionales que habían abordado la misma cuestión y observó que en la gran mayoría de los escritos académicos no se reconocía esa inmunidad funcional a los funcionarios subordinados. Finalmente, falló en contra del recurrente.

105. El segundo ejemplo es el de una causa juzgada por la Corte Suprema de Apelaciones de Sudáfrica¹⁶⁹, en que esta debía determinar la cuestión concreta de si el derecho internacional consuetudinario admitía excepciones a la inmunidad de los jefes de Estado que permitieran a Sudáfrica, o a sus tribunales nacionales, ignorar esa inmunidad y ejecutar una orden de detención dictada por la Corte Penal Internacional contra el entonces Presidente del Sudán, Omar Hassan Ahmad Al-Bashir¹⁷⁰. La Corte analizó el Estatuto de Roma antes de recurrir al derecho internacional consuetudinario y, ante la imposibilidad de resolver la cuestión planteada mediante el análisis de esas fuentes, explicó que las decisiones judiciales podían brindarle “orientación”: “*A falta de un tratado u otro instrumento internacional vinculante que prevea tal excepción, o de una práctica universal establecida en los asuntos de las naciones, cabe recurrir a las decisiones de las cortes y tribunales internacionales en busca de orientación sobre la existencia de dicha excepción*”¹⁷¹.

106. A continuación, la Corte Suprema de Apelaciones de Sudáfrica analizó las decisiones de la Corte Internacional de Justicia sobre la cuestión de la inmunidad, entre ellas la dictada en la causa relativa a la *Orden de detención*¹⁷², confirmada posteriormente en un *obiter dictum* en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*¹⁷³, para concluir que no existía esa excepción a la regla de la inmunidad respecto de los Jefes de Estado en ejercicio¹⁷⁴. Curiosamente, en esa decisión la Corte también examinó los escritos de varios juristas y observó que no tenían una opinión unánime sobre la aplicabilidad o no de la inmunidad. Al final, cuando negó que el demandado pudiera alegar esa inmunidad en virtud del derecho internacional vigente, al menos ante los tribunales nacionales, la Corte observó que, si bien las opiniones divididas de los juristas podrían servir más adelante para fundamentar el *debate futuro y contribuir al desarrollo del derecho internacional consuetudinario*¹⁷⁵ —en referencia a otra función auxiliar de las decisiones judiciales (a saber, contribuir al desarrollo del derecho internacional consuetudinario)—, no le competía a ella crear derecho, sino evaluar el estado del derecho internacional consuetudinario en ese momento y aplicarlo¹⁷⁶.

107. En tales circunstancias, la Corte Suprema de Apelaciones consideró poco útil examinar la doctrina sobre la cuestión porque los comentaristas estaban divididos, aunque percibiera el deseo de muchos de ellos de resolver el problema admitiendo una excepción a la regla de la inmunidad de los Jefes de Estado¹⁷⁷. En última instancia, tras considerar también el argumento adicional a favor de la excepción basado en el carácter de *ius cogens* de los crímenes internacionales presuntamente cometidos por Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, la Corte concluyó que no podía sostener que, en esa

¹⁶⁹ Véase Corte Suprema de Apelaciones de Sudáfrica, *Minister of Justice and Constitutional Development and others v. Southern African Litigation Centre and others*, 2016 (3) SA 317 (SCA) (15 de marzo de 2016).

¹⁷⁰ *Ibid.*, párr. 69.

¹⁷¹ *Ibid.*, párr. 70 (sin cursiva en el original).

¹⁷² *Ibid.*, párrs. 67 y 76 (donde se cita *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 3 y ss., en especial págs. 20 a 22, párrs. 51 y 54).

¹⁷³ *Ibid.*, párr. 70 (donde se cita *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 99 y ss., en especial págs. 136 a 142, párrs. 81 a 97).

¹⁷⁴ *Ibid.*, párr. 84.

¹⁷⁵ *Ibid.*, párr. 74 (sin cursiva en el original).

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ *Ibid.*, párr. 83.

fase de desarrollo del derecho internacional consuetudinario, existiera una excepción, por la comisión de crímenes internacionales, a la inmunidad e inviolabilidad de que gozaban los Jefes de Estado cuando visitaban países extranjeros ante las cortes y tribunales de esos países¹⁷⁸.

108. El tercer ejemplo se ha sacado de la práctica de los tribunales nacionales de Sierra Leona, y también demuestra que los medios auxiliares se utilizan con una función auxiliar para determinar las normas de derecho internacional. A ese respecto, en una causa juzgada por el Tribunal Supremo de Sierra Leona¹⁷⁹, este abordó varias cuestiones relativas a la validez del tratado entre el Gobierno de Sierra Leona y las Naciones Unidas por el que se establecía el Tribunal Especial para Sierra Leona, entre ellas la cuestión de la inmunidad.

109. Para examinar la cuestión de constitucionalidad relativa a la inmunidad de los Jefes de Estado, el Tribunal recurrió a las decisiones de la Corte Internacional de Justicia y de la Cámara de los Lores. Consideró que, cuando un Jefe de Estado alegaba inmunidad ante un tribunal internacional, de las decisiones de diversas cortes y tribunales nacionales e internacionales y de los escritos de juristas internacionales debía desprenderse que no existía un derecho *a priori* a alegar inmunidad, en particular respecto de un proceso penal por la comisión de crímenes internacionales¹⁸⁰.

110. Para abordar la cuestión secundaria de la supuesta falta de competencia concurrente entre el Tribunal Especial para Sierra Leona y los tribunales nacionales del país, el Tribunal Supremo de Sierra Leona se remitió a los Estatutos del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, y después a las Reglas de Procedimiento y Prueba y los fallos de dicho tribunal en las causas *Tadić* y *Karadžić*, para confirmar la primacía de la competencia del tribunal internacional para conocer del asunto que tenía ante sí. Entonces, después de invocar esas fuentes autorizadas para dictaminar que la primacía del Tribunal Especial para Sierra Leona no contravenía el artículo 125 de la Constitución, que establecía la competencia del más alto tribunal del país para supervisar a los demás tribunales, el Tribunal Supremo de Sierra Leona también invocó, como apoyo adicional, la obra de un reconocido jurista sobre la competencia concurrente de las cortes y tribunales internacionales.

111. En definitiva, como concluye Sierra Leona en su comunicación a la Comisión sobre el tema, desde la perspectiva del párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el tratamiento de las cuestiones de derecho internacional por los tribunales nacionales del país parece indicar que a menudo se invocan decisiones judiciales de otras cortes y tribunales nacionales e internacionales que se han ocupado de la misma cuestión. Puede utilizarse la doctrina de los publicistas para dilucidar las cuestiones planteadas o confirmar la interpretación adoptada por los tribunales¹⁸¹. Esa práctica va en consonancia con la práctica del

¹⁷⁸ *Ibid.*, párr. 84.

¹⁷⁹ Véase Tribunal Supremo de Sierra Leona, *Issa Hassan Sesay and others v. The President of the Special Court, the Registrar of the Special Court, the Prosecutor of the Special Court and the Attorney General and the Minister of Justice*, causa núm. 1/2003, fallo, 14 de octubre de 2005. Se adjunta una copia de la decisión a la comunicación de Sierra Leona a la Comisión sobre la utilización de medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional en los tribunales nacionales del país, de 18 de enero de 2023, en https://legal.un.org/ilc/sessions/74/pdfs/english/sm_sierra_leone.pdf.

¹⁸⁰ *Sesay and others* (véase la nota anterior), pág. 12.

¹⁸¹ Comunicación de Sierra Leona a la Comisión sobre la utilización de medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional en los tribunales nacionales del país, párr. 8.

Tribunal Constitucional Federal alemán y la Corte Suprema de Sudáfrica comentada más arriba.

112. El cuarto y último grupo de ejemplos que confirman la función de asistencia de los medios auxiliares proviene de los Estados Unidos de América. En la práctica del país, los tribunales, en las pocas ocasiones en que abordan cuestiones de derecho internacional, suelen invocar el párrafo 1 del Artículo 38 como lista autorizada de las fuentes del derecho internacional¹⁸². A ese respecto, en la comunicación de los Estados Unidos sobre el tema se afirma que cierta jurisprudencia estadounidense ha señalado la existencia de una jerarquía entre los distintos elementos de ese párrafo¹⁸³ y ha afirmado a ese respecto que en su apartado d) se enuncian medios auxiliares para determinar las normas de derecho internacional.

113. Por ejemplo, en la causa *Flores v. Southern Peru Copper Corp.*, el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Segundo Circuito determinó lo siguiente:

El Artículo 38 recoge el entendimiento de los Estados sobre las fuentes que constituyen una prueba válida del contenido del derecho internacional consuetudinario. Establece que la prueba *primaria* pertinente consiste únicamente en las “convenciones” (es decir, los tratados) que establecen “reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes” (párr. 1 a)) (sin cursiva en el original), la “costumbre internacional” en la medida en que constituye “prueba de una práctica general *aceptada como derecho*” (párr. 1 b)) (sin cursiva en el original), y “los principios generales de *derecho* reconocidos por las naciones civilizadas” (párr. 1 c)) (sin cursiva en el original). También establece que, entre las fuentes *secundarias* (o “auxiliares”) aceptables que resumen el derecho internacional consuetudinario figuran “las decisiones judiciales” y la obra de “los publicistas de mayor competencia” en la acepción que tenía esa expresión cuando se redactó el Estatuto¹⁸⁴ [cita traducida].

114. La sentencia en la causa *Flores* confirma la distinción entre las fuentes primarias y los medios auxiliares e indica que las decisiones judiciales y la doctrina son secundarias o auxiliares respecto de las fuentes. Ha habido una evolución en la práctica de los tribunales estadounidenses en lo que respecta al carácter secundario de la doctrina como medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho internacional. En efecto, en la causa posiblemente más citada del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en materia de derecho internacional, *The Paquete Habana*, el Tribunal Supremo abordó la naturaleza de las decisiones judiciales y la labor de los *juristas* y *especialistas* y la relación entre ambos tipos de materiales¹⁸⁵. Explicó, en un famoso pasaje, lo siguiente:

cuando no exista un tratado, ni tampoco un acto ejecutivo o legislativo o decisión judicial de control, es preciso recurrir a los usos y costumbres de las naciones civilizadas y, como prueba de ello, a las obras de juristas y especialistas que, tras años de trabajo, investigación y experiencia, han llegado a conocer particularmente bien los temas que tratan. Los tribunales recurren a tales obras, no por las especulaciones de sus autores acerca de lo que debería ser el derecho,

¹⁸² Véase, por ejemplo, *U.S. v. Hasan*, 747 F. Supp. 2d 599, 631-637 (E.D. Va. 2010) (donde, para examinar la cuestión planteada, se aplican, por orden, los distintos elementos del párrafo 1 d) del Artículo 38).

¹⁸³ Véase la comunicación de los Estados Unidos a la Comisión sobre la utilización de los medios auxiliares 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, de 12 de enero de 2023, en https://legal.un.org/ilc/sessions/74/pdfs/english/sm_us.pdf.

¹⁸⁴ *Flores v. Southern Peru Copper Corp.*, 406 F.3d 65, 83 (2d. Cir. 2003) (sin cursiva en el original).

¹⁸⁵ *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677 (1900), pág. 700 (sin cursiva en el original).

sino como prueba fidedigna de lo que el derecho es en realidad¹⁸⁶ [cita traducida].

En la decisión se justificaba el peso otorgado a la doctrina con citas de obras de Henry Wheaton y James Kent sobre derecho internacional, quienes habían estudiado la autoridad de los autores¹⁸⁷. Dicho esto, cabe señalar que en la sentencia de la causa *Paquete Habana* se indica que se acudió a obras académicas, entre otras cosas, por la inexistencia de tratados, leyes nacionales o decisiones judiciales pertinentes. Ello demuestra que, incluso antes de que se creara la Corte Internacional de Justicia, algunos tribunales nacionales recurrían a trabajos académicos como medio auxiliar, lo cual es notable dado que la decisión se dictó unos 25 años de que se redactara el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional y 45 años antes de la aprobación del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

115. En la causa más reciente *Sosa v. Alvarez-Machain* juzgada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, el demandado alegaba que había sido víctima de una detención arbitraria contraria a la Declaración Universal de Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁸⁸. El Tribunal determinó que no podía fundar su *alegación* únicamente en la Declaración Universal de Derechos Humanos porque esta no era un instrumento vinculante, mientras que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aunque sí era vinculante en los Estados Unidos, no era de aplicación directa en virtud de una declaración formulada (lo que significaba que el demandado no podía invocarlo, en ausencia de legislación, para poder ejercer una acción en los tribunales federales). El Tribunal citó entonces la causa *The Paquete Habana*, procedió a una evaluación para determinar si la prohibición de la detención arbitraria había alcanzado la condición de derecho internacional consuetudinario y concluyó que la demanda no debía prosperar, puesto que no había alcanzado dicha condición.

116. En *United States v. Yousef*¹⁸⁹, el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Segundo Circuito consideró que, aunque la doctrina sobre las fuentes del derecho internacional seguía evolucionando, los escritos de los publicistas no eran verdaderas fuentes del derecho internacional¹⁹⁰. En opinión del Tribunal, los escritos eran útiles para explicar o aclarar un principio jurídico establecido o un corpus de derecho¹⁹¹ y, en ese sentido, podían contribuir a arrojar luz sobre una cuestión concreta de derecho internacional solo *cuando hubiera que mirar* más allá de las opiniones, decisiones y actos de los Estados, y únicamente entonces en menor medida que pruebas más autorizadas como las propias declaraciones, leyes e instrucciones del Estado a sus agentes¹⁹². A ese respecto, el Tribunal sostuvo que el argumento de que, por su experiencia académica, los profesores de derecho internacional podían determinar las normas de derecho internacional consuetudinario carecía de fundamento¹⁹³. Señaló que, por mucho que protestasen algunos académicos (o “publicistas” o “juristas”), una afirmación de los académicos de mayor competencia

¹⁸⁶ *Ibid.* (sin cursiva en el original).

¹⁸⁷ *Ibid.*, págs. 700 y 701.

¹⁸⁸ Véase *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004).

¹⁸⁹ *United States v. Yousef*, 327 F.3d 56 (2d Cir. 2003).

¹⁹⁰ *Ibid.*, párr. 101.

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² *Ibid.* (donde se hace referencia a Clive Parry, *The Sources and Evidences of International Law* (Manchester, Manchester University Press, 1965)).

¹⁹³ Comunicación de los Estados Unidos a la Comisión sobre la utilización de los medios auxiliares, pág. 2.

de que el derecho internacional era x no podía prevalecer sobre la prueba de que la práctica convencional o consuetudinaria de los Estados decía otra cosa¹⁹⁴.

117. El Tribunal de Apelaciones para el Segundo Circuito volvió a analizar el valor de los materiales secundarios enumerados en el párrafo 1 d) del Artículo 38 en la causa *Vietnam Association for Victims of Agent Orange v. Dow Chemical Co*¹⁹⁵. Afirmó que, por lo general, los tribunales recurrían a las obras de juristas, que se suponía que estaban especializados en derecho público, o a las decisiones judiciales que reconocían y aplicaban ese derecho¹⁹⁶, pero también citó su opinión en la causa *Yousef* de que las obras académicas no figuraban entre las fuentes autorizadas del derecho internacional consuetudinario¹⁹⁷. En otras causas, como *Doe v. Nestle S.A.*, el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Central de California citó el artículo 103, nota 1, de la Recopilación (Tercera) sobre el Derecho relativo a las Relaciones Exteriores, que, a su juicio, explicaba de forma útil la función de las fuentes académicas como prueba del derecho internacional consuetudinario¹⁹⁸.

118. Las causas mencionadas más arriba, que reflejan la práctica de diversas cortes y tribunales nacionales, confirman un enfoque asentado: que las decisiones judiciales y la doctrina deben utilizarse como complementos para interpretar, aclarar y aplicar las fuentes del derecho internacional. En ellas, las cortes y tribunales dan más importancia a las decisiones judiciales que a la doctrina. La práctica de esas cortes y tribunales se ajusta al enfoque de la Corte Internacional de Justicia y otras cortes y tribunales internacionales, y también lo complementa.

G. Los académicos también confirman el carácter auxiliar de los medios auxiliares

119. Se ha escrito mucho sobre las fuentes del derecho internacional y, a ese respecto, sobre los medios auxiliares. No es necesario proceder a un extenso estudio bibliográfico para afirmar, sin temor a equivocarse, que la mayoría de los autores apoyan la tesis expuesta más arriba, a saber, que los medios auxiliares tienen carácter auxiliar o secundario. No obstante, algunos ejemplos pueden ser de utilidad.

120. Por ejemplo, James Crawford explica que, si bien las decisiones judiciales no son estrictamente una fuente formal del derecho, en muchos casos *se consideran una prueba del derecho*¹⁹⁹. Esto no quiere decir que las decisiones judiciales o, para el caso, las obras académicas no puedan ayudar a aclarar el derecho o incluso fundamentar su desarrollo posterior, como ha reconocido la Corte Suprema de Apelaciones de Sudáfrica. Lassa Oppenheim, cuya obra se remonta a hace más de un siglo, señaló que las decisiones judiciales y los escritos académicos podían *influir en el desarrollo del derecho internacional al crear usos que gradualmente se convertían en costumbre*, o inducir a los miembros de la comunidad de naciones a celebrar tratados que establecieran normas jurídicas para regular la futura conducta

¹⁹⁴ *Yousef* (véase la nota 189 *supra*), párr. 102. Véase también *Flores* (nota 184 *supra*) (donde se cita la causa *Yousef* (párr. 103) para afirmar que se acude principalmente a la legislación formal y las acciones oficiales de los Estados y solo en segundo lugar a las obras de los académicos como prueba de la práctica establecida de los Estados).

¹⁹⁵ *Vietnam Association for Victims of Agent Orange v. Dow Chemical Co.*, 517 F.3d 104 (2d Cir. 2008).

¹⁹⁶ *Ibid.*, párr. 116.

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ *Doe v. Nestle S.A.*, 748 F. Supp. 2d 1057, 1069, n. 11 (C.D. Cal. 2010), nota 11.

¹⁹⁹ James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8ª ed. (Oxford, Oxford University Press, 2012), pág. 37 (sin cursiva en el original).

internacional²⁰⁰. La doctrina, como sostiene James Brierly, también puede influir en el comportamiento de los Estados y, con el tiempo, contribuir indirectamente a modificar el derecho en su estado actual²⁰¹.

121. Otros académicos con obras más recientes han observado la considerable repercusión de las decisiones judiciales en diversos ámbitos del derecho internacional. Por ejemplo, en un estudio detallado sobre el derecho internacional humanitario, Shane Darcy ha demostrado que las decisiones judiciales influyen en el desarrollo del derecho de los conflictos armados en la medida en que subsanan lagunas jurídicas (los negociadores de tratados pueden aceptar y aceptan la existencia de lagunas en el derecho, pero los jueces no), complementan las disposiciones convencionales básicas o conceptos jurídicos elementales como la necesidad militar o la proporcionalidad, e identifican nuevos conceptos jurídicos, como la costumbre emergente, y les dan legitimidad²⁰².

122. Por su parte, Anthea Roberts señala que las decisiones judiciales de las cortes y tribunales nacionales cumplen una doble función como prueba de la práctica de los Estados y fuente de medios auxiliares y desempeñan un papel sumamente importante para la identificación y formación del derecho internacional, de manera que, con frecuencia, esas cortes y tribunales examinan decisiones de otros tribunales para determinar normas consuetudinarias e interpretar los tratados²⁰³. La autora menciona también la relación entre los dos medios auxiliares y afirma que los académicos, los profesionales y las cortes y tribunales internacionales y nacionales suelen identificar e interpretar el derecho internacional mediante un análisis comparativo de la forma en que las cortes y tribunales nacionales han abordado la cuestión²⁰⁴.

H. Observaciones del Relator Especial sobre el carácter auxiliar de los medios auxiliares

123. Para concluir el presente capítulo, relativo a la función auxiliar de los medios auxiliares, conviene hacer tres observaciones finales. En primer lugar, sobre la base del texto, los antecedentes de redacción y, lo que es más importante, la práctica de las cortes internacionales y nacionales, se puede concluir que los medios auxiliares establecidos en el párrafo 1 d) del Artículo 38 no son fuentes del derecho internacional. Son más bien medios o materiales secundarios a los que se recurre principal o habitualmente en el proceso de identificación, determinación o aplicación de las normas de derecho internacional para abordar una cuestión jurídica. Esa tesis refuerza las conclusiones de la Comisión sobre la naturaleza de los medios auxiliares respecto de las fuentes del derecho internacional en relación con este y otros temas, por ejemplo, como se ha señalado más arriba, en el contexto de la identificación del

²⁰⁰ Lassa Oppenheim, *International Law* (Londres, Longmans, Green and Co., 1905), pág. 24 (sin cursiva en el original).

²⁰¹ James L. Brierley, *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace*, 5ª ed. (Oxford, Oxford University Press, 1955) pág. 66.

²⁰² Shane Darcy, *Judges, Law and War: The Judicial Development of International Humanitarian Law* (Cambridge (Reino Unido) Cambridge University Press 2014), pág. 65.

²⁰³ Anthea Roberts, "Comparative international law? The role of national courts in creating and enforcing international law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60 (2011), págs. 63 y 58.

²⁰⁴ *Ibid.*, pág. 58.

derecho internacional consuetudinario²⁰⁵, los principios generales del derecho²⁰⁶ y la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)²⁰⁷.

124. En segundo lugar, aunque la principal función de los medios auxiliares es la auxiliar, es probable que, en la práctica, estos también cumplan otras funciones más específicas. Entre esas funciones específicas cabe citar, como en el caso de los principios generales del derecho, la de servir de medio para interpretar o complementar las normas de derecho internacional, entre otras cosas mediante la subsanación de las lagunas del derecho o el fomento de la coherencia o la naturaleza sistémica del derecho internacional como sistema jurídico²⁰⁸. Las funciones específicas de los medios auxiliares pueden coincidir entre distintos tipos de medios, pero también variar de un medio a otro. Por consiguiente, es preciso tener presente que su función general es principalmente auxiliar, de manera que la Comisión mantenga cierto grado de flexibilidad a medida que avancen los trabajos sobre el tema y reconocer que los medios auxiliares cumplen otras funciones más específicas que podrán abordarse más adelante. Ese fue el enfoque adoptado con respecto a los principios generales del derecho que, como se ha visto en ambos informes del Relator Especial, desempeñan una función similar de subsanación de lagunas como previeron los redactores del Estatuto.

125. Por último, y esto se abordará en un futuro informe, los medios auxiliares, en particular las decisiones judiciales, pero también otros, como las decisiones de los órganos de expertos o ciertas resoluciones de organizaciones internacionales, pueden servir de base independiente de derechos y obligaciones de los sujetos de derecho internacional, es decir, principalmente los Estados, pero también las organizaciones internacionales.

I. Propuesta de proyecto de conclusión

126. A la luz del análisis anterior, el Relator Especial desea proponer el siguiente proyecto de conclusión sobre el carácter y la función de los medios auxiliares:

Proyecto de conclusión 6 **Carácter y función de los medios auxiliares**

- a) Los medios auxiliares tienen carácter 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.

²⁰⁵ Véanse las conclusiones 13 y 14 sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/73/10)*, párr. 65.

²⁰⁶ Véanse los proyectos de conclusión 8 y 9 sobre los principios generales del derecho, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo octavo período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/78/10)*, párr. 40.

²⁰⁷ Véase el proyecto de conclusión 9 sobre la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo séptimo período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/77/10)*, párr. 43.

²⁰⁸ Véase el tercer informe del Relator Especial sobre los principios generales del derecho, Marcelo Vázquez-Bermúdez (A/CN.4/753, págs. 39 a 50).

IV. Carácter general del precedente en los procedimientos judiciales nacionales e internacionales

127. Como se indica en la sinopsis del tema²⁰⁹ y en el primer informe del Relator Especial²¹⁰, todo análisis de calado de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional debe abordar necesariamente la salvedad relativa al Artículo 59 mencionada al final del apartado d) del párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. El párrafo 1 d) del Artículo 38 invoca expresamente otra disposición del Estatuto por su pertinencia manifiesta para delimitar el alcance de los medios auxiliares. El párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto, que forma parte integrante de la Carta de las Naciones Unidas, exige a la Corte que, cuando resuelva controversias entre Estados conforme al derecho internacional y a las fuentes enumeradas en los apartados a) a c), aplique “las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, *sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59*” (sin cursiva en el original).

128. En el presente capítulo, el Relator Especial examinará ese aspecto del tema con especial hincapié en la relación entre estas dos importantes disposiciones del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Dado que a menudo se dice que el Artículo 59 del Estatuto plantea la cuestión del precedente en derecho internacional, a continuación el Relator Especial procede a un análisis comparativo del precedente en los sistemas jurídicos nacionales de tradición anglosajona y romanista. Después, examinará la cuestión del precedente en las cortes y tribunales internacionales, en particular en la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, y, por último, formulará unas observaciones finales y propondrá un proyecto de conclusión.

A. Concepto y aplicación del precedente en los sistemas de derecho anglosajón y de derecho romanista

129. Existe un antiguo debate, sorprendentemente intenso aún, sobre la naturaleza y la importancia del “precedente” en los procedimientos judiciales²¹¹. Los jueces, académicos y profesionales del derecho internacional han necesitado toneladas de papel en su afán por desentrañar esa noción en todas sus vertientes. Como suele ocurrir con los conceptos jurídicos complejos, no existe una única definición universalmente aceptada de “precedente”, término que puede definirse en sentido estricto o amplio. Puede encontrarse una interpretación restringida o técnica del precedente en el *Black's Law Dictionary*, que define el término, sin duda inspirado por el derecho interno, como causa juzgada o decisión dictada por un tribunal que se invoca como pauta a seguir o criterio autorizado en una causa posterior idéntica o similar o para resolver una cuestión jurídica similar²¹². El *Oxford Dictionary* también define el precedente como una causa anterior que se invoca como pauta a seguir²¹³; una decisión judicial que constituye una pauta o un criterio autorizados a seguir en

²⁰⁹ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/76/10)*, párr. 302 y anexo.

²¹⁰ *A/CN.4/760*, párr. 275.

²¹¹ El Relator Especial no tiene intención de entrar de lleno en esas disquisiciones académicas teóricas. En cambio, dado el enfoque estrictamente práctico adoptado en el examen del tema, lo abordará principalmente desde la perspectiva del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

²¹² Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, 2ª ed. (St. Paul, West Publishing, 1910).

²¹³ *Oxford Paperback Dictionary*, 4ª ed. (Oxford, Oxford University Press, 1994), pág. 627.

causas análogas posteriores²¹⁴; o una causa anterior invocada como pauta o criterio a seguir en causas o circunstancias similares; un ejemplo que permite justificar una argumentación posterior comparable²¹⁵.

130. La noción del precedente en el ámbito internacional, al igual que las definiciones del término que figuran más arriba, tiene la misma característica esencial. Así queda bien reflejado en la definición del Instituto de Derecho Internacional, según la cual un precedente es una decisión dictada por una corte o tribunal internacional que puede servir de referencia en una causa distinta de aquella en la que se dictó²¹⁶. Como ha explicado el Instituto, se puede sentar precedente de diversas formas, y deben cumplirse ciertas condiciones para invocarlo en una causa, entre ellas que haya una similitud o semejanza sustancial entre esta y la causa anterior²¹⁷.

131. Una definición más amplia y no técnica del término “precedente” lo califica de acción o hecho similar anterior²¹⁸. Esa definición más amplia remite esencialmente a la idea de algo ocurrido con anterioridad, que es el sentido corriente del término. La distinción propuesta entre el sentido estricto o técnico y el sentido más amplio o no técnico tiene consecuencias prácticas para los juristas. Con arreglo a la primera interpretación más estricta, que es la empleada en el contexto jurídico, se puede afirmar en general que en algunos sistemas jurídicos nacionales existe un sistema de precedentes y, más concretamente, de precedentes vinculantes. Según esa doctrina, denominada a veces *stare rationibus decisis*, o *stare decisis* para abreviar, un tribunal debe seguir los principios jurídicos aceptados y establecidos en causas anteriores resueltas por ese mismo tribunal, así como por otros tribunales de rango igual o superior, respecto de cuestiones juzgadas y necesariamente decididas²¹⁹.

132. La doctrina del *stare decisis* tiene su origen en los sistemas jurídicos anglosajones basados en el *common law* y se asocia a esa tradición jurídica. Ese método de arreglo judicial otorga un papel central a los jueces y a sus decisiones y, lo que es más importante, los obliga a atenerse a lo decidido en causas anteriores, de modo que las causas similares se juzgan en general de forma similar. Como las causas similares se juzgan de la misma manera, y los tribunales inferiores siguen los criterios establecidos en las causas juzgadas por los más altos tribunales, se garantiza cierta seguridad jurídica y cierta previsibilidad.

133. En los sistemas nacionales, el precedente jurídico puede funcionar de múltiples y complejas maneras. En la primera de ellas, el juez puede estar autorizado a tomar en consideración las decisiones anteriores como parte del material jurídico general a partir del cual puede determinarse el derecho; en la segunda, puede estar obligado a

²¹⁴ *Oxford English Dictionary* (Oxford, Oxford University Press, 2023), en <https://doi.org/10.1093/OED/2995362323>.

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ Resolución *Precedents and case law (jurisprudence) in interstate litigation and advisory proceedings* (2 RES EN), 1 de septiembre de 2023, párr. 1, Relatores Especiales: Mohamed Bennouna y Alain Pellet. El estudio detallado sobre la jurisprudencia y los precedentes en el derecho internacional realizado por Mohamed Bennouna y Alain Pellet es una lectura muy recomendable para cualquier persona interesada en profundizar en el tema del precedente, ya que hay aspectos de esa cuestión que no se explicarán habida cuenta de los fines específicos del presente informe. Los lectores también encontrarán útil el coloquio sobre el precedente en el derecho internacional organizado por la Sociedad Francesa de Derecho Internacional. *Colloque de Strasbourg: Le précédent en droit international* (París, Pedone, 2016).

²¹⁷ Véase la resolución *Precedents and case law (jurisprudence) in interstate litigation and advisory proceedings* (nota 216 *supra*), párrs. 2 y 3.

²¹⁸ *Oxford Learner's Dictionary*, en <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/us/definition/english/precedent?q=precedent>.

²¹⁹ Guido Acquaviva y Fausto Pocar, “*Stare decisis*”, en Anne Peters (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2023), párr. 1.

resolver el asunto de la misma forma que un asunto anterior, a menos que pueda aducir una buena razón para no hacerlo; y, en la tercera, puede estar obligado a resolverlo de la misma forma que el asunto anterior aunque pueda aducir una buena razón para no hacerlo²²⁰. En términos generales, esta útil clasificación tripartita del enfoque generalmente adoptado respecto de los precedentes refleja las características generales de las jurisdicciones de derecho romanista o continental, que se considera que adoptan el primer enfoque de los indicados más arriba y, en ocasiones, el segundo, mientras que las jurisdicciones de derecho anglosajón aplican el último enfoque.

134. Con todo, no hay que dar excesiva importancia a las diferencias entre los enfoques adoptados respecto del precedente en los sistemas de derecho anglosajón y los de tradición jurídica romanista: algunos de estos últimos también adoptan el segundo enfoque, mientras que los primeros, relativamente más rígidos, también reflejan algunos matices. Por ejemplo, aunque incluso en los sistemas de derecho anglosajón hay variaciones —por ejemplo, entre los enfoques adoptados en Inglaterra, los Estados Unidos, la India y Sierra Leona—, en general en ellos se consideran vinculantes las normas y excepciones formuladas en decisiones anteriores válidas de tribunales superiores que, en principio, se atienen a su propia jurisprudencia, pero también se tiende a mantener la posibilidad de apartarse de tales decisiones siempre que haya buenas razones para hacerlo; ya sea porque vaya en interés de la justicia o por otro motivo.

135. Por otra parte, los jueces de los sistemas de derecho anglosajón que aplican precedentes deben distinguir entre el fundamento de la decisión, llamado *ratio decidendi*, que es vinculante, y el *obiter dictum*, que, si bien no constituye fundamento, puede tener cierto valor persuasivo o una influencia interpretativa. Cuando se sigue la *ratio*, en virtud del *stare decisis* los dictámenes judiciales pasados, en los que se aplicó el derecho a circunstancias específicas, se convierten en una fuente del derecho conforme a la cual deben juzgarse las causas futuras relativas a hechos análogos²²¹. Ello explica por qué la jurisprudencia resultante es tan importante.

136. Conviene aclarar que, en los sistemas de derecho anglosajón, el término “jurisprudencia” (“*case law*” en inglés) se utiliza a menudo como sinónimo del término técnico “precedente” (junto con otras expresiones como “decisiones judiciales” y el término inglés menos claro “*jurisprudence*”). Como ha explicado Bing Bing Jia:

Puede hablarse indistintamente de “jurisprudencia” (“*case law*” en inglés) en sentido amplio y “decisiones judiciales”, “precedentes” y “*jurisprudence*” (en inglés). Pero, en sentido estricto, el término “jurisprudencia” es el que tiene un alcance más restringido, puesto que designa 1) los precedentes que son claramente vinculantes para los tribunales inferiores de un mismo sistema judicial, con independencia de su función persuasiva en general; 2) las normas de derecho establecidas exclusivamente mediante decisiones judiciales, incluidas, excepcionalmente, las reglas de procedimiento y prueba. El término inglés “*jurisprudence*” tiene un alcance más amplio que “*case law*” (“jurisprudencia”) en un sentido estricto, pero más limitado que “*precedents*” (“precedentes”) y “*judicial decisions*” (“decisiones judiciales”)²²² [cita traducida].

²²⁰ Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, pág. 9.

²²¹ Acquaviva y Pocar, “*Stare decisis*”, párr. 6.

²²² Bing Bing Jia, “International case law in the development of international law” *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 382 (2015), pág. 203.

137. La idea de que las decisiones judiciales pueden ser una fuente válida de normas jurídicas en los sistemas nacionales de derecho anglosajón, en los que se puede confiar a los jueces la tarea de subsanar las lagunas legislativas, explica en parte la resistencia considerable a importar esa noción al derecho internacional, puesto que ello equivaldría a conferir a los jueces la facultad de crear derecho. Esa resistencia quedó patente en los debates que mantuvieron los redactores del Comité Consultivo de Juristas a mediados de la década de 1920 sobre la disposición que pasó a ser el párrafo 1 d) del Artículo 38.

138. En cambio, los sistemas de derecho romanista siguen su propio modelo. Utilizan los precedentes, aunque de otro modo, sin que sea obligatorio aplicar los principios jurídicos establecidos en causas anteriores. Se siguen precedentes en el sentido de serie de decisiones judiciales concordantes o que establecen una “tendencia”²²³. En lugar de entender el precedente en el sentido del derecho anglosajón, que puede atribuir carácter decisivo a una sola causa, se aplica el concepto de jurisprudencia constante o asentada. En estos sistemas, para establecer una norma jurídica el juez no suele invocar decisiones específicas, sino una acumulación de decisiones específicas que establecen una pauta.

139. Esencialmente, conforme al enfoque romanista, al examinar una cuestión el juez puede aprovechar la pauta ya establecida en causas anteriores. Así, tras examinar los casos anteriores en que se estudiaron cuestiones iguales o similares a la que tiene ante sí, el juez del sistema de derecho romanista también aplica el precedente entendido en el sentido amplio indicado más arriba. No obstante, conviene introducir una precisión: al parecer, en Francia, que es una jurisdicción de derecho romanista, se puede seguir el criterio establecido en una única decisión por su valor persuasivo, como hacen los tribunales del sistema de derecho anglosajón, cuando esa única decisión se refiriere a una cuestión de principio abordada por la Asamblea Plenaria del Consejo de Estado o del Tribunal de Casación²²⁴. Dicho esto, las decisiones de los tribunales no pueden calificarse de fuentes formales del derecho²²⁵.

140. A diferencia del ámbito nacional, existe un amplio consenso entre los juristas sobre la inexistencia de una teoría o doctrina del precedente a nivel internacional. En otras palabras, no hay un equivalente a la doctrina del *stare decisis* existente en los sistemas de tradición jurídica anglosajona. No existen normas formales, salvo en determinados tribunales con una jerarquía interna específica, que obliguen a los jueces a seguir decisiones anteriores. Con todo, hay que destacar que, con independencia del enfoque que hayan establecido formalmente respecto de los precedentes, los órganos judiciales internacionales, como la Corte Internacional de Justicia, sí siguen sus propias resoluciones. La Corte también se inspira cada vez más en las resoluciones de otras cortes y tribunales cuando considera que tienen carácter persuasivo, sin por ello adherirse necesariamente a un sistema formal de precedente.

²²³ Véase Tribunal Especial para el Líbano, *In the Case Against Akhbar Beirut S.A.L. and Ibrahim Mohamed Ali Al Amin*, causa núm. STL-14-06/PT/AP/AR126.1, decisión relativa a la apelación interlocutoria sobre la competencia personal en materia de desacato, 23 de enero de 2015, Sala de Apelaciones, opinión separada y parcialmente disidente de la Magistrada Nosworthy, párrs. 21 a 39 (en la que esta consideró que, aunque podía ser adecuado para los sistemas jurídicos nacionales con cortes y tribunales permanentes y para la Corte Internacional de Justicia, el sistema libanés de jurisprudencia constante no debía ser aplicado por el Tribunal Especial para el Líbano, que, en consonancia con la práctica de otras cortes y tribunales penales internacionales, debía aplicar la doctrina del *stare decisis* frente a sus salas inferiores).

²²⁴ Véase René David y Henry P. de Vries, *The French Legal System: An Introduction to Civil Law Systems* (Nueva York, Oceana Publications, 1958), tercera parte, cap. IV.

²²⁵ *Ibid.*, pág. 115.

B. El párrafo 1 d) del Artículo 38 y su relación con el Artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

141. En el contexto descrito más arriba, en el que se compara el enfoque adoptado respecto del precedente en los países con sistemas de derecho anglosajón y aquellos con sistemas de derecho romanista, el Relator Especial pasa a abordar la cuestión del precedente en las cortes y tribunales internacionales, principalmente en la Corte Internacional de Justicia. El punto de partida del análisis ha de ser la regla general de interpretación enunciada en el artículo 31, párrafo 1, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece lo siguiente: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

142. El párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia exige a la Corte que, cuando resuelva controversias entre Estados conforme al derecho internacional y a las fuentes enumeradas en los apartados a) a c), aplique “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”. El Artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia estipula lo siguiente: “La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”²²⁶. Puede decirse que la proposición jurídica enunciada en el artículo establece una regla general (“la decisión de la Corte no es obligatoria”), pero con dos excepciones (en primer lugar, “sino para las partes en litigio”) y (en segundo lugar, “respecto del caso que ha sido decidido”). Dicho en términos más positivos, aunque, por regla general, las decisiones de la Corte no son obligatorias para terceros Estados, sí lo son para las partes en litigio y respecto el caso que ha sido decidido. Básicamente, ello significa que, técnicamente, la decisión de la Corte se dirigirá formalmente a ellas y solo determinará las relaciones jurídicas entre las partes en litigio respecto de la controversia que han sometido al arreglo judicial que han consentido en acatar.

143. La salvedad que figura al final del párrafo 1 d) del Artículo 38 no parece establecer una condición previa para poder aplicar los medios auxiliares. Más bien delimita el alcance de los medios auxiliares que ya pueden utilizarse sometiéndolos a lo dispuesto en el Artículo 59. Curiosamente, el párrafo 1 d) del Artículo 38 no distingue entre las dos categorías de medios auxiliares al afirmar que las decisiones judiciales y la doctrina son medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho y someter su aplicación “a lo dispuesto en el Artículo 59”.

144. No obstante, de una simple lectura, de la práctica y de los antecedentes de redacción puede deducirse que esa salvedad hace referencia a las decisiones judiciales, y no a la doctrina. Con arreglo a esta interpretación, la Corte puede consultar toda decisión judicial que considere pertinente —a saber, en primer lugar, las de la Corte y su predecesora, y las de cualquier corte o tribunal nacional, regional e internacional, así como la labor de otros órganos, incluidos los que pueden tener un carácter más cuasijudicial— pero sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59. El Relator Especial se centra en ese importante aspecto: la relación entre el Artículo 59,

²²⁶ La disposición se inspiró en disposiciones anteriores similares y a su vez ha inspirado otras posteriores. Véanse, a ese respecto, los artículos 54 y 56 de la Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales (1899); el artículo 46 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) y en el artículo 53 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.

que a veces se considera que hace referencia a la cuestión del precedente, y el párrafo 1 d) del Artículo 38, relativo a los medios auxiliares.

145. La cuestión del precedente se plantea en los debates sobre la función de las cortes y tribunales internacionales en el arreglo judicial de controversias entre Estados y tiende a suscitar una serie de importantes interrogantes. Con respecto a la Corte Internacional de Justicia, que, como órgano judicial principal de las Naciones Unidas, desempeña una función esencial al ser el principal órgano de arreglo de controversias entre Estados y emitir dictámenes jurídicos mediante opiniones consultivas, es fundamental establecer el lugar que ocupan las decisiones judiciales y la doctrina como medios auxiliares para determinar las normas de derecho en el sentido del párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte.

146. Como se explica en el primer informe del Relator Especial, parte del problema que se pone de manifiesto radica en el texto de la disposición relativa a las fuentes del derecho, en la que se indica que los jueces aplican los medios auxiliares. Algunos, incluidos destacados académicos, han interpretado que el enunciado del párrafo 1 d) del Artículo 38 indica que los medios auxiliares son fuentes del derecho internacional, aunque secundarias, y no primarias ni formales. Esta polémica cuestión suele plantearse al mismo tiempo que el delicado asunto del papel de los jueces en un sistema jurídico internacional descentralizado en el que el consentimiento respecto de la jurisdicción de un tribunal internacional es facultativo, y no obligatorio. Los jueces, que resuelven esas controversias, deben aplicar el derecho que los Estados han acordado en tratados o que se refleja en el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho. Existe el temor de que, si no lo hacen y dictan decisiones judiciales que no están fundamentadas en las fuentes del derecho reconocidas respecto de las cuales el Estado ha dado su consentimiento, incurriendo así en un ejercicio de “legislación judicial”, podrían extralimitarse en su función legítima y perder la confianza de los Estados y, posiblemente, el interés de estos en resolver pacíficamente sus controversias mediante el arreglo judicial.

147. La visible falta de claridad derivada del enunciado del párrafo 1 d) del Artículo 38 también tiende a suscitar otras preocupaciones, centradas en las implicaciones prácticas de la salvedad que remite al Artículo 59 del Estatuto. En esencia, esa disposición confirma que las decisiones de la Corte Internacional de Justicia no son obligatorias sino para las partes en litigio e, incluso entonces, únicamente respecto del caso que ha sido decidido. Tanto los antecedentes de redacción como la doctrina indican que la salvedad que figura al final del párrafo 1 d) del Artículo 38 se añadió esencialmente para aliviar las inquietudes de los Estados celosos de su soberanía por los efectos que pudiera tener un fallo definitivo, puesto que, sin esa reserva, estos serían reacios a someter sus intereses nacionales a un proceso judicial sobre el que no tendrían ningún control directo²²⁷. De hecho, algunos autores sostienen que, si bien la Asamblea de la Sociedad de las Naciones básicamente introdujo la referencia al Artículo 59 en el Estatuto *ex abundanti cautela*, dicha disposición no tiene nada que ver con los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho mencionados en el párrafo 1 d) del Artículo 38²²⁸.

²²⁷ “It is presumably inserted out of abundant caution” (Cabe suponer que se inserta por extrema precaución) (véase Robert Yewdall Jennings, “General course on principles of international law”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 121 (1967), pág. 341). Véanse también Sir Arnold D. McNair, *The Development of International Justice* (New York University Press, 1954), págs. 13 y 14; y James-Leslie Brierly, “Règles générales du droit de la paix”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 58 (1936), págs. 78 y 79 (donde se analiza la desconfianza en los jueces).

²²⁸ Véase Jennings, “General course on principles of international law”, págs. 340 y 341.

148. Por razones que deberían ser obvias dado el enfoque del tema en los medios auxiliares enunciados en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, es necesario analizar la relación entre el párrafo 1 d) del Artículo 38 y el Artículo 59²²⁹. El Relator Especial abordará el tratamiento que da la Corte a la primera disposición y después examinará brevemente el enfoque del precedente en las controversias entre Estados adoptado por otro tribunal internacional permanente, a saber, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

C. El Artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el precedente y la relación con los derechos de terceros Estados

149. Habida cuenta de lo que antecede, cabe argumentar que el efecto jurídico del Artículo 59 es simplemente que la doctrina del precedente vinculante aplicada en los sistemas de derecho anglosajón no existe en derecho internacional, al menos no en el sentido jurídico estricto del término “precedente” expuesto más arriba. No obstante, en los debates sobre la función de las cortes y tribunales internacionales en el arreglo judicial de controversias entre Estados sigue planteándose la cuestión del precedente que, al parecer, suscita una serie de interrogantes.

150. Los juristas internacionales siguen debatiendo mucho sobre la finalidad del Artículo 59. Una corriente de opinión que parece gozar de cierto apoyo sugiere que es excluir la aplicación de la doctrina del *stare decisis*, es decir, la obligatoriedad de una decisión judicial como precedente creador de derecho²³⁰. Otra, a la que el Relator Especial da más crédito, considera que el Artículo 59 persigue otros fines, en particular garantizar que la decisión en sí misma solo sea obligatoria para las partes en el litigio que ha sido decidido. Esta tesis se basa también en el derecho de los terceros Estados a intervenir y en la necesidad de asegurar el carácter definitivo de los fallos conforme a la doctrina de la cosa juzgada²³¹.

151. Este último argumento viene firmemente respaldado por el hecho de que el Estatuto contiene varios artículos relacionados con el contenido del Artículo 59 que interactúan con este y facilitan su cumplimiento. Por ejemplo, el Artículo 60 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que el fallo será definitivo e inapelable (aunque deja abierta la posibilidad de que la Corte interprete su sentido o alcance a solicitud de las partes). Con arreglo al Artículo 62, si un Estado considera que “tiene un interés de orden jurídico que puede ser afectado por la *decisión* del litigio” (sin cursiva en el original), podrá solicitar intervenir. El Artículo 63 dispone que, “[c]uando se trate de la interpretación de una *convención* en la cual sean partes otros Estados además de las partes en litigio” (sin cursiva en el original), se notificará a todos esos Estados interesados que tienen derecho a intervenir. Si deciden hacerlo, la interpretación del tratado contenida en el fallo será igualmente obligatoria para los

²²⁹ Véase, en general, Amos O. Enabulele, “Judicial lawmaking: understanding articles 38(1)(d) and 59 of the Statute of the International Court of Justice”, *Australian Yearbook of International Law*, vol. 33 (2015).

²³⁰ Algunos juristas internacionales, entre ellos un destacado ex Magistrado de la Corte Internacional de Justicia, que han argumentado que el Artículo 59 no tiene nada que ver con la cuestión de los precedentes, sino que tiene por objeto destacar que la fuerza jurídica de un fallo *en tant que jugement* se limita a definir únicamente las relaciones jurídicas de las partes. Véase Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, pág. 63.

²³¹ Véanse un análisis en Jean Marc Thouvenin, “On different *res*: *res judicata*, *res interpretata*, *res praescripta* (or *indicata*), *res deliberata*”, *Japanese Yearbook of International Law*, vol. 65 (2022) págs. 270 a 300; y Benjamín Salas Kantor y María Elisa Zavala Achurra, “The principle of *res judicata* before the International Court Of Justice: in the midst of comradeship and divorce between international tribunals”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 10 (2019).

Estados intervinientes²³². Esta última disposición es un corolario del Artículo 59, en el sentido de que reconoce efectos jurídicos más amplios a las decisiones judiciales de la Corte que interpretan las obligaciones dimanantes de los tratados. De ahí que se reconozca a los Estados no solo el derecho a ser notificados, sino también el derecho a intervenir para influir en la interpretación por la que posteriormente quedarían obligados.

152. Aunque resulta menos pertinente, el Artículo 94 de la Carta de las Naciones Unidas también guarda relación en general con lo dispuesto en los Artículos 59 y 60 al confirmar el compromiso de cada miembro de las Naciones Unidas de “cumplir la *decisión* de la Corte Internacional de Justicia en todo litigio en que sea parte” (sin cursiva en el original). En el Reglamento de la Corte también se abordan algunas de estas cuestiones procesales, como el pronunciamiento y el carácter definitivo de los fallos, salvo en los casos en que se demande su revisión o interpretación. A los efectos específicos del presente informe, no es necesario que el Relator Especial analice también estas otras disposiciones ni el Reglamento de la Corte. Basta con mencionarlos para indicar simplemente que existen otras disposiciones en el Reglamento de la Corte que complementan y completan lo dispuesto en el Artículo 59.

153. Varios autores, como Robert Yewdall Jennings, Sir Arnold McNair y Mohamed Shahabuddeen, también han llegado a la conclusión de que el Artículo 59 no tiene nada que ver con la cuestión del precedente. Como ha dicho Mohamed Shahabuddeen de manera conveniente, dado que el Artículo 59 no se refiere al posible valor de una decisión como precedente, *a fortiori*, no puede decirse que la disposición tenga por objeto excluir la doctrina del precedente vinculante²³³. Como ex Magistrado de la Corte, explicó que la disposición simplemente no guardaba ninguna relación con la aplicabilidad o no de esa doctrina, que era inaplicable, pero no por lo dispuesto en la disposición, sino porque era propia de un determinado tipo de sistema de derecho interno y no entraba en el planteamiento sobre cuya base se había concebido la Corte²³⁴.

154. La cuestión es que la norma formalmente establecida en el Artículo 59 tiene por objeto proteger a los Estados, en especial a los terceros Estados respecto del litigio, frente a la obligatoriedad de la decisión dictada. Ello tiene sentido, ya que las decisiones dictadas en controversias bilaterales afectan estrictamente a las dos partes implicadas. Así pues, lógicamente, la resolución de esas controversias solo las afecta a ellas, salvo en contadas excepciones, como cuando se fijan fronteras terrestres o marítimas. Otra cosa completamente distinta es si, cuando un tribunal, como la Corte Internacional de Justicia, ha dictado una decisión en la que ha interpretado una norma de derecho de una determinada manera o se ha pronunciado sobre una cuestión de derecho específica, debe o incluso puede ignorar esa argumentación jurídica anterior cuando tenga ante sí una situación análoga en el marco de una nueva controversia.

155. Ni la Corte Internacional de Justicia ni su predecesora han interpretado el Artículo 59 en el sentido de que estén obligadas a realizar un nuevo examen en cada ocasión, puesto que ello iría en detrimento de la seguridad jurídica. Tampoco lo han hecho los Estados en su propia práctica cuando han querido resolver sus controversias judicialmente conforme al derecho internacional. De hecho, como se verá más adelante, la Corte Internacional de Justicia se ha remitido en numerosos fallos a su

²³² Algunos aspectos de estas normas se desarrollan en el Reglamento de la Corte, por ejemplo en su artículo 94, párrafo 2, que establece lo siguiente: “El fallo tendrá fuerza obligatoria para las partes desde el día de su lectura”.

²³³ Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, pág. 105.

²³⁴ *Ibid.*

propia “jurisprudencia establecida”²³⁵, a su “jurisprudencia reiterada”²³⁶ o a su “jurisprudencia constante”²³⁷. En efecto, como han reconocido varios magistrados de la Corte, cualquiera que sea la posición formal sobre los limitados efectos jurídicos del Artículo 59, lo cierto es que las decisiones judiciales surten plenos efectos con mucho más alcance de lo que parece indicar el Artículo 59. Ello se debe a que los principios que se determinen en una decisión se aplicarán necesariamente a otras causas en que se aborde un asunto similar. Este enfoque se refleja también en el artículo 21 del Estatuto de Roma, que permite a la Corte Penal Internacional basarse en los principios que haya articulado en sus decisiones anteriores.

156. Por ejemplo, el Magistrado *ad hoc* Guggenheim ha explicado que “el alcance de la decisión judicial va más allá de los efectos previstos en el Artículo 59 del Estatuto”²³⁸. El Magistrado Jessup, por su parte, ha argumentado que la “las decisiones de la Corte tienen una influencia que excede los límites de su fuerza vinculante”²³⁹, mientras que el Magistrado Singh, en referencia a los efectos del Artículo 59, ha advertido que, en virtud del principio de oportunidad judicial, un tribunal no debe pronunciarse sobre aquellos aspectos del caso sobre los que no sea necesario tomar una decisión para resolver la controversia, y destaca que “ello es particularmente necesario al aplicar el derecho entre Estados, cuando las observaciones de la Corte, *a pesar del Artículo 59 del Estatuto*, pueden perfectamente influir en las relaciones entre los Estados, incluidos incluso aquellos que no hayan comparecido ante ella”²⁴⁰.

157. Los académicos, incluidos eminentes publicistas que también fueron luego magistrados de la Corte Internacional de Justicia, tenían la misma opinión. De hecho, en las obras de académicos como Gerald Fitzmaurice y Sir Arnold McNair no se cuestiona la tesis de que no existe precedente vinculante en la Corte. Lo que se cuestiona es si la existencia del precedente se ha descartado sobre la base de lo dispuesto en el Artículo 59 o por otro motivo. En su análisis de esa disposición, Sir Arnold McNair concluyó que, a pesar de todas las apariencias, el Artículo 59 estaba estrechamente relacionado con el Artículo 63 (que reconoce el derecho a intervenir)²⁴¹. En su opinión, habida cuenta de los antecedentes de redacción, esa cláusula se incluyó por otra razón más general, a saber, impedir que un Estado que no hubiera intervenido en un litigio quedase obligado por la decisión dictada en él y por cualquier conclusión ulterior a la que esa decisión pudiera parecer apuntar²⁴². Mohamed Shahabuddeen está de acuerdo²⁴³.

158. Como era de esperar, habida cuenta de la posición formal expuesta anteriormente, de la práctica de la Corte Internacional de Justicia y de las sospechas

²³⁵ Véanse *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*, págs. 477 y ss., en especial pág. 502, párr. 63; y *Application of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Canada and the Netherlands v. Syrian Arab Republic)*, providencia de 16 de noviembre de 2023, pág. 7, párr. 24.

²³⁶ Véase *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, fallo, *I.C.J. Reports 1980*, págs. 3 y ss., en especial pág. 18, párr. 33.

²³⁷ Véase *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, opinión consultiva*, *I.C.J. Reports 2019*, págs. 95 y ss., en especial pág. 113, párr. 65.

²³⁸ *Nottebohm Case (second phase), fallo de 6 de abril de 1955*, *I.C.J. Reports 1955*, pág. 4, opinión disidente de M. Guggenheim, Magistrado *Ad Hoc*, pág. 61, párr. 12.

²³⁹ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 3, opinión separada del Magistrado Jessup, pág. 163, párr. 9.

²⁴⁰ *Aegean Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1978*, pág. 3, opinión separada del Vicepresidente Nagendra Singh pág. 47 (sin cursiva en el original).

²⁴¹ McNair, *The Development of International Justice*, pág. 13.

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ Véase Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, pág. 105.

de creatividad judicial (que algunos apoyan y otros ridiculizan), el Artículo 59 ya suscitó controversia a nivel teórico y práctico en los tiempos de la Corte Permanente de Justicia Internacional. En ese contexto, el Comité Interaliado de la Corte Permanente de Justicia Internacional, que tuvo la oportunidad de proponer que el Artículo 59 se modificara cuando se redactaron la Carta de las Naciones Unidas y el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en 1945, captó muy bien la situación en una declaración que sigue siendo válida hoy en día:

En nuestra opinión, a veces se ha malinterpretado el efecto de esta disposición. Lo que quiere decir no es que las decisiones de la Corte *no constituyan un precedente para la Corte o para el derecho internacional en general*, sino que *no tienen la fuerza obligatoria de las decisiones particulares* en las relaciones entre los países que son partes del Estatuto. La *disposición en cuestión no impide en modo alguno a la Corte atribuir a sus propios fallos carácter de precedente* y, de hecho, del Artículo 38 (citado en el párrafo 62 *supra*) se desprende que las decisiones de la Corte son en sí mismas “medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho”. Dada la importancia de mantener el principio de que los países no están “obligados” en el sentido antes mencionado por las decisiones dictadas en causas en las que no son partes, consideramos que la disposición en cuestión debe mantenerse sin cambios²⁴⁴ [cita traducida].

159. La disposición se mantuvo sin cambios como habían propuesto los expertos. El Relator Especial considera interesante que los estos mencionaran expresamente los medios auxiliares del Artículo 38 para explicar que la Corte podía utilizar sus propio fallos como precedentes entendidos en un sentido amplio no técnico²⁴⁵. A pesar de haber suscitado tanto debate y de haberse interpretado de forma aparentemente errónea, como dijo Sir Arnold McNair, el Artículo 59 no ha obstaculizado el proceso lógico de buscar en decisiones anteriores orientación para resolver problemas similares. No es necesario que exista ninguna doctrina del precedente judicial para explicar esa práctica inevitable²⁴⁶.

160. La práctica de la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia, así como de algunos tribunales arbitrales, en su interpretación del Artículo 59 resulta útil para confirmar la finalidad de esa disposición. Aunque, por razones de brevedad, no es posible examinar cada una de las decisiones de ambas Cortes en las que se hace referencia al Artículo 59, los ejemplos que figuran a continuación son ampliamente representativos y bastan para reflejar la interpretación correcta de la disposición. En esencia, como se demostrará, la finalidad del Artículo 59 es mucho más restringida y no ha impedido, como confirma la práctica, que la Corte y otros tribunales internacionales como ella sigan sus decisiones anteriores por razones de seguridad jurídica y estabilidad. Lo mismo cabe decir de las decisiones de los tribunales arbitrales y otros tribunales internacionales, como se expone en el segundo memorando de la Secretaría.

²⁴⁴ “United Nation: report of the informal Inter-Allied Committee on the Future of the Permanent Court of International Justice”, *American Journal of International Law*, vol. 39, núm. 1 (1945), párr. 63 (sin cursiva en el original).

²⁴⁵ Dicho esto, por muy importantes que sean, las opiniones de ese Comité deben situarse en su contexto. Aunque es indudable que entre los expertos figuraban algunos de los juristas internacionales más destacados de la época, como Gerald Fitzmaurice, que desempeñó las funciones de Secretario, sus opiniones no reflejaban necesariamente las de los Estados, ya que integraban el Comité a título personal y no en nombre de sus Gobiernos, que, de hecho, no aceptaron quedar obligados por dichas opiniones. Véase más información en Thouvenin, “On different res”.

²⁴⁶ McNair, *The Development of International Justice*, págs. 13 y 14.

D. Las decisiones de la Corte Internacional de Justicia no son obligatorias sino para las partes en litigio

161. A título preliminar, antes de estudiar la práctica de la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia en lo que respecta al Artículo 59, es preciso aclarar qué se entiende por “decisión”. En su primer informe, el Relator Especial analizó la expresión “decisiones judiciales” en el contexto de la referencia del párrafo 1 d) del Artículo 38 a la primera categoría de medios que pueden invocarse para determinar la aplicación de una norma de derecho internacional. En lo que respecta al primer elemento, argumentó que con las palabras “la decisión de la Corte” se hacía referencia principalmente al fallo definitivo sobre el fondo del litigio.

162. Shabtai Rosenne señaló que la parte dispositiva de una sentencia era la decisión, que estaba vinculada a los fundamentos jurídicos, pero figuraba en un epígrafe distinto y a continuación de estos²⁴⁷. Es el texto de la parte dispositiva el que tiene importancia para determinar las obligaciones sustantivas de las partes y el que surte efectos jurídicos en virtud del Artículo 59. En la práctica de la Corte Internacional de Justicia, aparte del fallo definitivo, pueden constituir la decisión otras múltiples resoluciones dictadas durante la fase preliminar, como las respuestas judiciales a las excepciones preliminares planteadas o las providencias de indicación de medidas provisionales²⁴⁸ con arreglo al Artículo 41, en la medida en que en ellas se indique claramente que son obligatorias para las partes. Dicho de otro modo, la decisión es la parte de las conclusiones de la Corte que cada Estado Miembro de las Naciones Unidas se compromete a cumplir en todo litigio en que sea parte en virtud del Artículo 94, párrafo 1, de la Carta de las Naciones Unidas²⁴⁹. En caso de que un Estado incumpla la decisión, el otro Estado podrá recurrir al Consejo de Seguridad, que podrá hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto su ejecución.

163. Así pues, en la práctica de la Corte, cuando se habla de decisión se alude a la parte dispositiva del fallo, que es obligatoria para las partes en litigio. No se hace referencia a los fundamentos jurídicos. En la jurisprudencia tanto de la Corte Permanente de Justicia Internacional como de la Corte Internacional de Justicia se ha puesto de relieve la distinción entre la parte dispositiva del fallo y los fundamentos jurídicos de este. En el caso de la primera, en la causa relativa al *Servicio postal polaco en Dantzic*, la Corte explicó lo siguiente:

es cierto que los fundamentos contenidos en una decisión, al menos en la medida en que exceden del alcance de la parte dispositiva, no tienen fuerza vinculante para las partes en litigio.

Es perfectamente cierto que todas las partes de un fallo sobre los elementos objeto de controversia se explican y completan mutuamente y deben tomarse en consideración para determinar el sentido y alcance precisos de la parte dispositiva. Así se indica claramente en el laudo de la Corte Permanente de Arbitraje, de 14 de octubre de 1902, relativo al Fondo Piadoso de las Californias,

²⁴⁷ Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, págs. 1531 y 1532.

²⁴⁸ Véanse *LaGrand (Germany v. United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 2001*, págs. 466 y ss., en especial págs. 498 a 506, párrs. 92 a 109; y *Jadhav (India v. Pakistan)* [Medidas provisionales], providencia de 18 de mayo de 2017, *I.C.J. Reports 2017*, págs. 231 y ss., en especial pág. 245, párr. 59.

²⁴⁹ En la causa *LaGrand* (véase la nota anterior), la Corte analizó la diferencia entre el párrafo 1 (en el que se habla de decisión) y el párrafo 2 (en el que se habla de fallo) del Artículo 94 en el contexto de su examen del Artículo 41 del Estatuto. Véanse *LaGrand* (nota anterior), págs. 505 y 506, párrs. 108 y 109.

que Dantzig ha invocado repetidamente. La Corte está de acuerdo con esta afirmación²⁵⁰.

164. La jurisprudencia ha destacado un argumento más amplio que confirma los efectos limitados del Artículo 59. Por ejemplo, ya en la causa relativa a *Ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca (cuestiones de fondo)*, en que debía decidir si podía dictar fallos declarativos, la Corte Permanente de Justicia Internacional explicó lo siguiente: “El Artículo 59 no excluye los fallos puramente declarativos. Solo tiene por objeto evitar que principios jurídicos aceptados por la Corte en un determinado litigio *sean obligatorios para otros Estados o en otras controversias*”²⁵¹.

165. Esa interpretación de la naturaleza del Artículo 59 se confirma en la causa relativa a la *Interpretación de los fallos núms. 7 y 8 (Fábrica de Chorzów)*, en la que se sostuvo que “el Artículo 59 solo tiene por objeto evitar que principios jurídicos aceptados por la Corte [Permanente de Justicia Internacional] en un determinado litigio sean obligatorios para otros Estados o en otras controversias”²⁵². Antes se había explicado que su fallo anterior tenía carácter declarativo y estaba destinado “a asegurar el reconocimiento de una situación de derecho de una vez por todas y con fuerza obligatoria entre las partes, de manera que la situación jurídica así establecida no pueda volver a cuestionarse en lo que respecta a sus consecuencias jurídicas”²⁵³.

166. En la causa relativa a la *Readaptación de las Concesiones Mavrommatis en Jerusalén*, el Estado demandado impugnó la competencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional para conocer del litigio. Sin embargo, esa competencia se había confirmado en decisiones anteriores. Sin citar expresamente el Artículo 59, la Corte determinó que no veía “ninguna razón para apartarse de una interpretación claramente derivada de fallos anteriores cuya *argumentación* sigue considerando bien fundada”²⁵⁴.

167. Así pues, ya en la práctica, bien es cierto que limitada, de la Corte Permanente de Justicia Internacional, esta interpretó el Artículo 59 de forma estricta al limitar sus efectos a las decisiones específicas aplicables a las partes en cuestión. Ese enfoque no excluía la aplicación de los fundamentos de derecho de la decisión respecto de otras partes en litigios posteriores. De hecho, en muchos fallos posteriores de la Corte Internacional de Justicia, que ha invocado el Artículo 59 con relativa mayor frecuencia tanto en litigios contenciosos como en procedimientos consultivos, se ha argumentado de forma similar con respecto a cuestiones tanto de fondo como procesales —tendencia que se confirma en las opiniones individuales de varios magistrados—, algo que las autoridades académicas también señalaron en su momento²⁵⁵.

168. En la causa relativa al *Templo de Preah Vihear [Excepciones preliminares]*, la Corte, que básicamente ha seguido la interpretación de la Corte Permanente de

²⁵⁰ *Polish Postal Service in Danzig*, opinión consultiva núm. 11, serie B, 16 de mayo de 1925, págs. 29 y 30.

²⁵¹ *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* [Cuestiones de fondo], fallo núm. 7, Serie A, 25 de mayo de 1925, pág. 19 (sin cursiva en el original).

²⁵² *Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (Factory at Chorzów)*, fallo núm. 11, Serie A, 16 de diciembre de 1927, pág. 21.

²⁵³ *Ibid.*, pág. 20.

²⁵⁴ *Readaptation of the Mavrommatis Jerusalem Concessions*, fallo núm. 10, Serie A, 10 de octubre de 1927, pág. 18 (sin cursiva en el original).

²⁵⁵ Véanse William Eric Beckett, “Les questions d’intérêt général au point de vue juridique dans la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 39 (1932), págs. 140 a 142; y Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, pág. 105.

Justicia Internacional, tuvo ante sí una excepción preliminar planteada en relación con la aplicabilidad del Artículo 59 en lo relativo a su decisión anterior en la causa relativa al *Incidente aéreo del 27 de julio de 1955* entre Israel y Bulgaria. La Corte distinguió entre el efecto vinculante de su decisión y la utilidad más general de esta como interpretación precisa del derecho:

Es evidente que la primera excepción preliminar planteada por Tailandia se basa enteramente en el supuesto efecto en la declaración de Tailandia de 1950 de la conclusión que había alcanzado la Corte en su decisión en la causa *Israel c. Bulgaria* en cuanto al alcance exacto del párrafo 5 del Artículo 36 del Estatuto.

La Corte no comparte la opinión de que esta decisión tenga las consecuencias que Tailandia alega con respecto al efecto de la declaración de Tailandia de 1950.

La decisión de la Corte en la causa *Israel c. Bulgaria* se refería, por supuesto, a la cuestión concreta de la posición de Bulgaria en relación con la Corte y, en cualquier caso, en virtud del Artículo 59 del Estatuto, no era obligatoria como decisión sino para las partes en litigio. Por lo tanto, como tal, no puede haber tenido el efecto de anular la declaración de Tailandia de 1950. *Sin embargo, entendida como una declaración de lo que la Corte consideraba que era la situación jurídica exacta*, parece que la única cuestión, pertinente en el presente contexto, que la Corte tuvo que examinar en la causa *Israel c. Bulgaria* era el efecto —o, más exactamente, el alcance— del Artículo 36, párrafo 5²⁵⁶.

169. Del mismo modo, en la causa relativa al *Camerún Septentrional*, la Corte Internacional de Justicia explicó que, si tuviera que pronunciarse en ese litigio, “de conformidad con el Artículo 59 del Estatuto, el fallo no sería obligatorio para Nigeria, ni para ningún otro Estado, ni para ningún órgano de las Naciones Unidas”²⁵⁷. En esa causa, la Corte reiteró su posición establecida sobre el Artículo 59 respecto de otros Estados. Al mismo tiempo, también se refirió a los órganos de las Naciones Unidas. En opinión de un comentarista, la última parte de esa afirmación, que obviamente no se menciona en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, constituyó una ampliación judicial del Artículo 59²⁵⁸. Aunque una interpretación literal permita afirmar tal cosa, no puede obviarse el hecho de que la Corte no ha vuelto a hacer esa afirmación.

170. Se planteó una cuestión diferente en relación con el Artículo 59 en el contexto de las causas relativas al *África Sudoccidental*, a saber, si la decisión dictada sobre unas excepciones preliminares en el marco del mismo asunto prejuzgaría una cuestión relativa al fondo. Al pronunciarse sobre la “preclusión”, la Corte Internacional de Justicia determinó que no era necesario determinar:

si una decisión sobre una excepción preliminar tiene fuerza de cosa juzgada en el sentido estricto del término, si constituye una “decisión” a los efectos del Artículo 59 del Estatuto de la Corte o si es “definitiva” en el sentido del artículo 60. Lo esencial es que una decisión sobre una excepción preliminar no puede en

²⁵⁶ *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)* [Excepciones preliminares], fallo de 26 de mayo de 1961: *I.C.J. Reports 1961*, págs. 17 y ss., en especial pág. 27 (sin cursiva en el original).

²⁵⁷ *Case concerning the Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom)* [Excepciones preliminares], fallo de 2 de diciembre de 1963: *I.C.J. Reports 1963*, págs. 15 y ss., en especial pág. 33.

²⁵⁸ Véase Chester Brown, “Article 59 of the Statute of the International Court of Justice”, en Andreas Zimmermann y otros (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3ª ed. (Oxford, Oxford University Press, 2019), págs. 1561 a 1590.

ningún caso precluir el examen de una cuestión relativa al fondo, haya sido o no tratada de manera efectiva en relación con la excepción preliminar²⁵⁹.

En última instancia, la Corte sostuvo que “cualquier conclusión sobre la cuestión de fondo constituye, por lo tanto, simplemente uno de los fundamentos de la decisión sobre la excepción preliminar, y no el objeto de esa decisión. No puede considerarse como una decisión definitiva sobre la cuestión de fondo pertinente”²⁶⁰.

171. Chester Brown ha calificado de “dudosa” la posición de la Corte Internacional de Justicia en esa causa²⁶¹ por entender que, en la medida en que se refieren a aspectos que afectan al fondo de un fallo anterior, ese tipo de decisiones deben entrar necesariamente en el restringido alcance del Artículo 59. De hecho, más tarde provocó la modificación de un artículo del Reglamento de la Corte para que los jueces pudieran vincular una excepción preliminar que no fuera exclusivamente preliminar al fondo en virtud del artículo 79 *ter*²⁶².

172. En la causa relativa al *Oro amonedado*, la Corte Internacional de Justicia tuvo ante sí una demanda de Italia contra los Estados Unidos Francia y el Reino Unido. El problema radicaba en que la controversia se centraba en la actuación de Albania, que no era parte en las actuaciones. Por ello, cuando Italia puso en duda que la Corte pudiera ejercer su competencia, los magistrados determinaron lo siguiente:

En el presente caso, los intereses jurídicos de Albania no solo se verían afectados por una decisión, sino que constituirían el objeto mismo de la decisión. En tal caso, no cabe considerar que el Estatuto autorice indirectamente la continuación de las actuaciones en ausencia de Albania.

También se alega que la decisión de la Corte sobre las cuestiones planteadas por Italia en su demanda solo será obligatoria para Italia y los tres Estados demandados, y no para Albania. Es cierto que, con arreglo al Artículo 59 del Estatuto, la decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido. Sin embargo, esa norma parte del supuesto de que la Corte puede, al menos, dictar una decisión obligatoria. En cambio, cuando, como en el presente caso, la cuestión esencial que debe resolverse se refiere a la responsabilidad internacional de un tercer Estado, la Corte no puede, sin el consentimiento de este, dictar una decisión sobre esa cuestión que sea obligatoria para ningún Estado, ni para el tercer Estado, ni para ninguna de las partes ante ella.

La Corte concluye que, aun cuando Italia y los tres Estados demandados hayan reconocido la competencia de la Corte, esta no puede ejercer esa competencia para pronunciarse sobre la primera petición de Italia²⁶³.

173. La posición adoptada por la Corte Internacional de Justicia en esa causa se conoce a menudo como el principio del *Oro Amonedado*. Al aplicar ese principio, que se ha invocado en otras ocasiones para instar a la Corte a que declinara su competencia por estar implicados los intereses de terceros Estados, los magistrados han abordado en varias causas, como las relativas a *Ciertas tierras fosfáticas en Nauru* y a *Timor Oriental*, el criterio que debe cumplirse para que decline su competencia distinguiendo dichas causas. En la primera, la Corte señaló que el hecho de que Nueva

²⁵⁹ *South West Africa [Segunda fase]*, fallo, *I.C.J. Reports 1966*, págs. 6 y ss., en especial págs. 36 y 37, párr. 59.

²⁶⁰ *Ibid.*

²⁶¹ Brown, “Article 59 of the Statute of the International Court of Justice”, pág. 1573, párr. 35.

²⁶² *Ibid.* Véase también un análisis de los intervinientes que no son partes y el Artículo 59 en Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, págs. 1550 a 1560.

²⁶³ *Case of the monetary gold removed from Rome in 1943 [Cuestión preliminar]*, fallo de 15 de junio de 1954: *I.C.J. Reports 1954*, págs. 19 y ss., en especial págs. 32 y 33.

Zelandia y el Reino Unido no hubieran solicitado intervenir no le impedía pronunciarse sobre las pretensiones que se le habían planteado, siempre que los “intereses jurídicos del tercer Estado que puedan verse afectados no constituyan el objeto mismo de la decisión solicitada. Cuando, siendo así, la Corte esté facultada para pronunciarse, los intereses del tercer Estado que no sea parte en el litigio están protegidos por el Artículo 59 del Estatuto de la Corte...”. A continuación, la Corte concluye que “toda decisión de la Corte sobre la existencia y el contenido de la responsabilidad que Nauru atribuye a Australia podría perfectamente tener implicaciones para la situación jurídica de los otros dos Estados afectados, pero la Corte no tendrá que pronunciarse sobre esa situación jurídica para dictar su decisión sobre las reclamaciones de Nauru contra Australia. En consecuencia, la Corte no puede declinar su competencia”²⁶⁴.

174. En la causa relativa a la *Plataforma continental* entre Libia y Malta, la Corte Internacional de Justicia, en el contexto de la petición de intervención de Italia, reiteró que no tenía competencia para pronunciarse en litigios entre Estados que no hubieran dado su consentimiento al respecto. Dado que Libia y Malta habían celebrado un acuerdo especial en mayo de 1976 para someter el asunto a la Corte, esta no podía determinar la delimitación de las respectivas plataformas continentales de dichos Estados con respecto a ningún tercer Estado. Ello se debía a que el fallo futuro no “solo quedará limitado en sus efectos por el Artículo 59 del Estatuto, sino que en él se expresará que debe entenderse sin perjuicio de los derechos y títulos de terceros Estados”²⁶⁵.

175. Partiendo de la posición anterior, a la que se llegó en la fase de excepciones preliminares, la Corte Internacional de Justicia, en su fallo sobre el fondo, concluyó lógicamente que su fallo solo sería obligatorio para las partes en el litigio que tenía ante sí en los siguientes términos:

De conformidad con el Artículo 59 del Estatuto, la decisión de la Corte será obligatoria para las partes, pero no para terceros Estados. Por lo tanto, si la decisión debe expresarse en términos absolutos, en el sentido de permitir la delimitación de las zonas de la plataforma “pertenecientes” a las partes, con exclusión de las zonas sobre las que una de las partes haya demostrado tener un título mejor que la otra, pero que podrían “pertenecer” a un tercer Estado si la Corte tuviera competencia para examinar el título de este, esa decisión debe limitarse a una zona geográfica respecto de la que no se hayan formulado ese tipo de pretensiones. Aunque las partes de hecho han invitado a la Corte, a pesar de los términos de su acuerdo especial, a no limitar su fallo a las zonas en las que las únicas reclamaciones contrapuestas sean las suyas; la Corte considera que no tiene libertad para hacerlo, en vista del interés mostrado en las actuaciones por Italia²⁶⁶.

176. Para concluir esta serie de ejemplos relativos a la interpretación por la Corte Internacional de Justicia del Artículo 59 de su Estatuto, en la causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria*, la Corte reafirmó que su competencia se basaba en el consentimiento de las partes:

La Corte, por consiguiente, no puede pronunciarse sobre los derechos de terceros Estados que no son partes en las actuaciones. En el presente caso, hay otros Estados distintos de las partes en estas actuaciones cuyos derechos podrían

²⁶⁴ *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)* [Excepciones preliminares], fallo, *I.C.J. Reports 1992*, págs. 240 y ss., en especial págs. 261 y 262, párrs. 54 y 55.

²⁶⁵ *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)* [Solicitud de permiso para intervenir], fallo, *I.C.J. Reports 1984*, págs. 3 y ss., en especial págs. 26 y 27, párr. 43.

²⁶⁶ *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, fallo, *I.C.J. Reports 1985*, págs. 13 y ss., en especial pág. 25, párr. 21.

verse afectados, a saber, Guinea Ecuatorial y Santo Tomé y Príncipe. Esos derechos no pueden ser determinados por una decisión de la Corte, a menos que Guinea Ecuatorial y Santo Tomé y Príncipe hayan pasado a ser partes en las actuaciones. Guinea Ecuatorial ha pedido ciertamente —y se le ha concedido— permiso para intervenir, pero únicamente como interviniente que no es parte. Santo Tomé y Príncipe ha optado por no intervenir en modo alguno²⁶⁷.

177. Para resolver dicha controversia, la Corte Internacional de Justicia explicó que el Artículo 59 limitaba el alcance de su competencia, que no se desplazaba, aunque debía ejercerse necesariamente teniendo presentes los derechos de los Estados ausentes:

La Corte considera que, en particular en el caso de las delimitaciones marítimas que afectan a las zonas marítimas de varios Estados, la protección que ofrece el Artículo 59 del Estatuto no siempre es suficiente. En el caso actual, el Artículo 59 tal vez no pueda proteger suficientemente a Guinea Ecuatorial ni a Santo Tomé y Príncipe de los efectos —aunque sean únicamente indirectos— de un fallo que afecte a sus derechos. La jurisprudencia citada por el Camerún no demuestra lo contrario²⁶⁸.

178. Al mismo tiempo, la Corte Internacional de Justicia, en respuesta a la impugnación de su competencia por Nigeria en las excepciones preliminares con el argumento, entre otros, de que, con arreglo al Artículo 59, los fallos que había dictado en la causa relativa al *Derecho de paso por territorio de la India* y otras causas anteriores no tenían ningún efecto determinante en su litigio con el Camerún, respondió lo siguiente: “Es cierto que, de conformidad con el Artículo 59, los fallos de la Corte no son obligatorios sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido. No se trata de vincular a Nigeria a decisiones dictadas por la Corte en litigios anteriores. De lo que se trata realmente es de determinar si, en este litigio, hay razones para no tener en cuenta los razonamientos y las conclusiones de litigios anteriores”²⁶⁹.

179. Esta afirmación es un ejemplo notable de la complejidad del Artículo 59, en el sentido de que se ha interpretado de tal manera que distingue lo que cabe denominar los efectos jurídicos limitados de los efectos jurídicos más generales de sus decisiones. Por lo que se refiere a los efectos jurídicos limitados, lo importante es que los elementos dispositivos de una sentencia solo se aplican a las partes en el litigio que ha sido decidido. Lo mismo cabe decir de la obligatoriedad de la decisión y su no aplicación a terceros. Los efectos jurídicos más generales repercuten en todos los Estados en el sentido de que tendrán que acatar los principios jurídicos enunciados por la Corte en su jurisprudencia.

180. No obstante, la interpretación que figura más arriba no es incompatible con lo que la práctica de la Corte Internacional de Justicia ha establecido desde hace tiempo, a saber, que los razonamientos y las conclusiones alcanzados en causas anteriores siguen siendo relevantes para otras causas; el alcance más general de sus efectos jurídicos está tan bien establecido que no puede negarse, pues negarlo sería ignorar la realidad. De hecho, como puede verse en el pasaje en cursiva anterior, la carga de demostrar la necesidad de prescindir de una determinada conclusión jurídica no es equitativa. Se da por supuesto que la Corte tomará como punto de partida su

²⁶⁷ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 303 y ss., en especial pág. 421, párr. 238.

²⁶⁸ *Ibid.*

²⁶⁹ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria [Excepciones preliminares]*, fallo, *I.C.J. Reports 1998*, págs. 275 y ss., en especial pág. 292, párr. 28 (sin cursiva en el original).

interpretación anterior del derecho. La carga de desautorizar esa presunción se traslada a la parte que pretende descartar la conclusión jurídica anterior de la Corte. Ello casi evoca la idea, quizás algo delicada, del respeto del precedente jurídico sin mencionarlo necesariamente. Sin embargo, no es necesario llamarlo así, porque ello solo genera controversias innecesarias. Con todo, en definitiva los efectos de la disposición son los mismos: viene a ofrecer seguridad jurídica, coherencia y previsibilidad a los Estados y, al mismo tiempo, legitimidad a la Corte. El hecho de que otras cortes y tribunales nacionales e internacionales se atengan a su vez a las conclusiones de la Corte tiene implicaciones sistémicas para el mantenimiento de la coherencia del derecho internacional como sistema jurídico.

181. En ese sentido, como ha argumentado un destacado comentarista, el Artículo 59 tiene por objeto destacar que los efectos jurídicos de un fallo como tal se limitan a definir las relaciones jurídicas únicamente entre las partes. Dicho de otro modo, el Artículo 59 garantiza que una decisión, como tal, solo sea obligatoria para las partes en la causa que ha sido decidida, pero no impide que esa decisión sea considerada en una causa posterior como “una declaración de lo que la Corte consideraba que era la situación jurídica exacta”²⁷⁰, como ha explicado la Corte en una de sus causas²⁷¹. De hecho, como ha concluido otro comentarista, la referencia al Artículo 59 significa simplemente que las consecuencias jurídicas de una decisión se limitan a las partes en esa causa²⁷². Esta conclusión también se ve confirmada por la práctica de los Estados (ya sea en sus alegatos ante la Corte o en su correspondencia diplomática)²⁷³.

182. En la causa relativa al *Genocidio en Bosnia*, la Corte Internacional de Justicia explicó que había aún más matices en la situación: “En un determinado fallo puede ser necesario distinguir entre, en primer lugar, las cuestiones que han sido decididas con fuerza de cosa juzgada, o que se derivan necesariamente de la decisión de dichas cuestiones; en segundo lugar, los asuntos periféricos o subsidiarios, u *obiter dicta*; y, finalmente, los asuntos sobre los que no se ha adoptado decisión alguna”²⁷⁴.

183. Del análisis que antecede se desprende claramente que la Corte Internacional de Justicia ha confirmado sistemáticamente la interpretación según la cual el Artículo 59 “protege” los derechos de los terceros Estados. No obstante, no todos los magistrados han suscrito siempre esa opinión. Hay cierta jurisprudencia, no exenta de razón, según la cual la escueta afirmación contenida en el Artículo 59 es más o menos “ilusoria”. Quien mejor la ha reflejado ha sido el Magistrado Jennings en una opinión disidente:

Aunque rechaza la solicitud de intervención de Italia, la Corte admite que “no puede dejar totalmente de lado la cuestión del interés jurídico de Italia, así como de otros Estados de la región mediterránea” (párr. 41). Para resolver este problema, se basa en primer lugar en el Artículo 59 del Estatuto para afirmar (párr. 42) que los derechos de Italia quedarán salvaguardados, sin que sea necesaria su intervención, por el efecto de esa disposición. De hecho, en los alegatos se llegó a sostener que un fallo de la Corte era *res inter alios acta* para cualquier Estado tercero (véase el párrafo 26 del fallo). Hay mucho que decir

²⁷⁰ Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, pág. 63.

²⁷¹ Véase *Case concerning the Temple of Preah Vihear* (nota 256 *supra*).

²⁷² Eric De Brabandere, “The use of precedent and external case-law by the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea”, *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 15 (1) (2016), pág. 28. Véanse también Jennings, “General course on principles of international law”, pág. 341; y Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, págs. 1552 y 1553.

²⁷³ Véase Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, pág. 63.

²⁷⁴ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, págs. 43 y ss., en especial pág. 95, párr. 126.

sobre esta tesis, porque el Artículo 59 es una importante disposición del Estatuto y debe considerarse con la perspectiva adecuada.

La Corte comienza su análisis del Artículo 59 citando a la Corte Permanente de Justicia Internacional, que afirmó (*Serie A, núm. 13*, pág. 21) de que “el Artículo 59 solo tiene por objeto evitar que principios jurídicos aceptados por la Corte en un determinado litigio sean obligatorios para otros Estados o en otras controversias” (véase el párrafo 42 del fallo). *Ello equivale a decir simplemente que los principios en los que se basa la decisión de la Corte en un fallo no son obligatorios en el sentido en que podrían serlo en algunos sistemas de derecho anglosajón en virtud de un sistema más o menos rígido de precedentes vinculantes. Pero basta con estudiar aunque sea un poco la jurisprudencia de la Corte para constatar que el Artículo 59 no excluye en modo la invocación de precedentes por su valor persuasivo. Así pues, la idea de que el Artículo 59 protege los intereses de los terceros Estados, al menos en este sentido, es ilusoria.*

Alternativamente, puede considerarse que el Artículo 59 es de aplicación, como es evidente, más particularmente a la parte dispositiva del fallo; y es cierto que los derechos y obligaciones particulares creados por la parte dispositiva se dirigen a las partes en litigio y solo a ellas, y únicamente respecto de ese litigio. En ese sentido tan particular y técnico, Italia sin duda estará protegida. Se trata de una protección importante, que no debería negarse.

No obstante, sería poco realista, incluso desde el estricto punto de vista de los principios jurídicos, suponer que los efectos de un fallo quedan totalmente limitados por el Artículo 59. Todos los Estados partes en el Estatuto de la Corte tienen la obligación general de respetar los fallos de esta²⁷⁵.

184. Como ha señalado Mohamed Shahabuddeen en sus escritos académicos, los párrafos primero y segundo de la opinión disidente del Magistrado Jennings admiten dos importantes interpretaciones. En primer lugar, que el Artículo 59 simplemente dice que los principios y las decisiones de la Corte carecen de la fuerza obligatoria que tendrían en los sistemas de derecho anglosajón. La segunda interpretación, tal vez preferible, es que la disposición se aplica a la parte dispositiva y no necesariamente a la cuestión del *stare decisis*²⁷⁶. Cabe destacar que, cualquiera que sea la interpretación, la conclusión es que la práctica relativa al Artículo 59 no impide a la Corte examinar los principios y las decisiones que ha dictado en el pasado en la medida en que siga considerando que reflejan una interpretación precisa del derecho.

185. Hay muchas razones prácticas por las que la Corte acudirá primero a sus propias decisiones anteriores para resolver litigios. Como Sir Hersch Lauterpacht argumentó convincentemente hace tiempo:

La Corte sigue sus propias decisiones por las mismas razones por las que todas las cortes y tribunales —estén o no vinculados por la doctrina del precedente— lo hacen, a saber, porque tales decisiones conforman un acervo de experiencia jurídica al que conviene adherirse; porque encarnan lo que la Corte ha considerado en el pasado buen derecho; porque el respeto de las decisiones dictadas en el pasado aporta seguridad y estabilidad, esenciales para una administración de justicia ordenada; y (una consideración menor y no siempre

²⁷⁵ *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)* (véase la nota 265 *supra*), opinión disidente de Sir Robert Jennings, págs. 148 y ss., en especial págs. 157 y 158, párrs. 27 y 28 (sin cursiva en el original).

²⁷⁶ Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, págs. 102 y 103.

acertada) porque los jueces son por naturaleza reacios a admitir que se han equivocado en el pasado, a no ser que haya razones de peso para hacerlo²⁷⁷.

E. Vínculo entre el Artículo 59 y el Artículo 61 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia sobre el carácter definitivo de los fallos (cosa juzgada)

186. En términos generales, la importancia del Artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia radica principalmente en que indica el valor o el efecto de las decisiones de la Corte sobre el fondo de un litigio. Cabe distinguir entre el elemento de obligatoriedad de las decisiones de la Corte y la idea de poner fin a un asunto. Ello plantea la noción específica de la cosa juzgada, que en general se considera que refleja un principio general del derecho. Algunos ejemplos tomados de la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia bastarán para demostrarlo.

187. En primer lugar, en el caso *Compañía General del Orinoco*, una comisión mixta de reclamaciones Francia-Venezuela señaló la existencia del principio general enunciado en numerosos casos que impedía impugnar, como motivo de recuperación, los derechos, cuestiones o hechos que se *hubieran sometido de manera específica a un tribunal competente y que este hubiera determinado directamente*²⁷⁸.

188. Ese principio, que se basa en una idea que lleva tiempo bien establecida en los sistemas jurídicos nacionales sobre la necesidad de que las sentencias sean definitivas, viene siendo respaldado desde hace tiempo en el sistema jurídico internacional por muchas cortes y tribunales internacionales. Por ejemplo, la Corte Permanente de Justicia Internacional, en la causa relativa al *Servicio postal polaco en Dantzig*, explicó la forma en que se había abordado la cuestión en la causa relativa al *Fondo Piadoso*²⁷⁹. No obstante, ha prevalecido la opinión expresada por el Magistrado Anzilotti en una opinión disidente, según la cual los elementos esenciales para determinar la existencia de cosa juzgada eran la *persona* (es decir, la identidad de las partes), el *petitum* (la reparación solicitada) y la *causa petendi* (la causa de la acción)²⁸⁰.

189. En la causa relativa a la *Barcelona Traction*, de 1964, la Corte Internacional de Justicia explicó que al hablar de cosa juzgada se hacía referencia a la “resolución definitiva del asunto”²⁸¹. En el caso relativo a la *Fundición de Trail* se utilizaron esencialmente las mismas palabras cuando el tribunal concluyó que el asunto causaba indudablemente efecto de cosa juzgada porque se daban los tres elementos tradicionales para la identificación de esta: las partes, el objeto y la causa²⁸².

190. Como ha argumentado Shabtai Rosenne en relación con la Corte, aunque algunos comentaristas han indicado que esta no siempre ha adoptado el mismo enfoque respecto de la cuestión en todas las causas, la cosa juzgada viene determinada

²⁷⁷ Sir Hersch Lauterpacht, *Development of International Law by the International Court* (Cambridge (Reino Unido), Cambridge University Press, 1982), pág. 14.

²⁷⁸ *Company General of the Orinoco Case*, laudo de 31 de julio de 1905, *United Nations Reports of International Arbitral Awards* (UNRIAA), vol. X, págs. 184 a 285, en especial pág. 276.

²⁷⁹ *Polish Postal Service in Danzig* (véase la nota 250 *supra*), pág. 30.

²⁸⁰ *Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (Factory at Chorzów)* (véase la nota 252 *supra*), opinión disidente del Magistrado Anzilotti, pág. 23.

²⁸¹ *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* [Excepciones preliminares], fallo, *I.C.J. Reports 1964*, págs. 6 y ss., en especial pág. 20.

²⁸² *Trail smelter case (United States, Canada)*, laudo de 16 de abril de 1938 y 11 de marzo de 1941, UNRIAA, vol. III, págs. 1905 a 1982, en especial pág. 1952.

por el efecto combinado de los Artículos 59, 60 y 61 del Estatuto²⁸³. Esto puede ilustrarse con el razonamiento de la causa relativa al *Genocidio en Bosnia*, en el que la Corte explicó lo siguiente:

El carácter fundamental del principio de cosa juzgada resulta de los términos del Estatuto de la Corte y de la Carta de las Naciones Unidas. La práctica judicial de la Corte refleja sus características y objetivos subyacentes. Con arreglo a ese principio, las decisiones de la Corte no son solo obligatorias para las partes, sino que son definitivas, en el sentido de que no pueden ser impugnadas por las partes en lo tocante a las cuestiones que han sido determinadas, salvo mediante procedimientos, de naturaleza excepcional, especialmente establecidos con tal fin. El Artículo 59 del Estatuto, a pesar de su formulación negativa, tiene como elemento central la afirmación de que la decisión de la Corte es obligatoria para las partes en el litigio que ha sido decidido. El Artículo 60 del Estatuto establece que el fallo será definitivo e inapelable; el Artículo 61 supedita la capacidad de las partes para pedir la revisión del fallo al cumplimiento de estrictas condiciones temporales y sustantivas²⁸⁴.

191. En otras palabras, según la Corte Internacional de Justicia, y como ya se ha indicado anteriormente en el presente informe, es la lectura conjunta de los Artículos 59, 60 y 61 la que determina el efecto de cosa juzgada de la resolución definitiva del asunto. El planteamiento anterior puede confirmarse haciendo referencia a otras causas. En la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)*, por ejemplo, la Corte amplificó el carácter casi sacrosanto de su razonamiento, que confirmó en los siguientes términos:

Si bien algunas de las cuestiones de hecho y de derecho examinadas en esas causas [en referencia a una causa contenciosa y una cuestión consultiva] también se plantean en la presente causa, ninguna de esas decisiones fue dictada en actuaciones en que las dos partes fueran las mismas que en la presente causa (Croacia y Serbia), de manera que, tal como reconocen las partes, no se da un supuesto de cosa juzgada (Artículo 59 del Estatuto de la Corte). En la medida en que dichas decisiones contengan conclusiones jurídicas, la Corte las tratará de la misma forma en que ha tratado sus decisiones previas: esto quiere decir que, si bien esas decisiones no vinculan en absoluto a la Corte, esta no se apartará de su jurisprudencia establecida a no ser que tenga razones muy específicas para hacerlo²⁸⁵.

192. De hecho, a pesar de la interpretación del Artículo 59 que figura más arriba, la Corte ha aceptado en algunas causas que un determinado fallo en una causa pueda tener implicaciones jurídicas más generales —algo que también se ha reconocido en bastantes opiniones individuales (como la del Magistrado Singh)—²⁸⁶. De los muchos ejemplos posibles que así lo demuestran, basta con citar cuatro: dos de la Corte Permanente de Justicia Internacional y dos de la Corte Internacional de Justicia. En primer lugar, comenzando por la Corte Permanente de Justicia Internacional, en su

²⁸³ Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, pág. 1598.

²⁸⁴ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (véase la nota 274 *supra*), pág. 90, párr. 115.

²⁸⁵ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)* [Excepciones preliminares], fallo, *I.C.J. Reports 2008*, págs. 412 y ss., en especial pág. 428, párr. 53 (sin cursiva en el original).

²⁸⁶ En su opinión separada, observó que, pese a lo dispuesto en el Artículo 59, los pronunciamientos de la Corte podían tener implicaciones para las relaciones entre Estados, aunque no fueran partes en el litigio en cuestión. Véase *Aegean Sea Continental Shelf*, opinión separada del Vicepresidente Nagendra Singh (nota 240 *supra*), pág. 47.

fallo en la causa relativa a la *Fábrica de Chorzów*, esta invocó su primer fallo en la causa relativa al *S.S. "Wimbledon"* al explicar que "la Corte ha de destacar lo que ya ha dicho en su fallo núm. 1 en el sentido de que no puede ni debe contemplar la posibilidad de que, una vez vencido el plazo para el cumplimiento del fallo, este no se haya cumplido"²⁸⁷.

193. En segundo lugar, y de forma similar, en la causa relativa a las *Escuelas para minorías en Albania*, la Corte Permanente de Justicia Internacional se remitió a su propia observación al señalar "que, en su opinión consultiva de 15 de septiembre de 1923 relativa a la cuestión de la adquisición de la nacionalidad polaca (opinión núm. 7), la Corte se remitió a lo que ya había dicho en la opinión consultiva núm. 6: que 'toda interpretación que prive al Tratado sobre las Minorías de gran parte de su valor es inadmisibles'"²⁸⁸.

194. Por su parte, la Corte Internacional de Justicia afirmó lo siguiente en la causa relativa a la *Plataforma continental del Mar Egeo*:

Aunque, con arreglo al Artículo 59 del Estatuto "la decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que haya sido decidido", es evidente que cualquier pronunciamiento de la Corte sobre la condición del [Acta General para el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales de 1928], se considere o no una convención en vigor, puede tener implicaciones para las relaciones entre Estados distintos de Grecia y Turquía²⁸⁹.

195. En la causa relativa a la *Plataforma continental del Mar Egeo*, la Corte Internacional de Justicia básicamente da una pátina judicial a lo que está implícito en el párrafo 1 del Artículo 63 de su Estatuto. Básicamente, como se ha visto antes, esa disposición establece que, cuando se trate de la interpretación de una convención en la cual sean partes otros Estados además de las partes en litigio, se deberá notificar a todos esos Estados, que podrán ejercer el derecho a intervenir. Es evidente que la finalidad de la disposición, que brinda a los Estados el derecho a ser oídos, por ejemplo sobre una determinada disposición convencional, es permitirles contribuir a conformar la posición jurídica de la Corte sobre esa cuestión. Se parte de la premisa de que ese pronunciamiento tendrá implicaciones más generales para terceros que no son partes en el litigio, en la medida en que toda interpretación que haga la Corte de dicha disposición probablemente se considerará autorizada con respecto a esa cuestión de derecho.

196. En otras causas, como la relativa a la *Plataforma continental ((Jamahiriya Árabe Libia /Malta)*, la Corte Internacional de Justicia desestimó la solicitud de intervención de Italia por entender, entre otras cosas, que sus derechos quedarían salvaguardados por el Artículo 59. Como ya se ha señalado, el Magistrado Jennings disintió y señaló varias consideraciones que restaban validez a esa conclusión, en especial que los efectos de un fallo no estaban totalmente limitados por el Artículo 59, puesto que podían basarse en principios y normas de derecho internacional y, en cualquier caso, los Estados Miembros de las Naciones Unidas estaban obligados a respetar los pronunciamientos judiciales de la Corte.

197. Resulta difícil rebatir ese argumento, dados los diversos pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia, de los que solo se han citado algunos. Efectivamente, rebatirlo resulta imposible. Por ejemplo, imaginemos que existe una controversia

²⁸⁷ *Case concerning the Factory at Chorzów (Claim for Indemnity)* [Cuestiones de fondo], fallo núm. 13, serie A, 13 de septiembre de 1928, pág. 63 (donde se cita *Case of the S.S. "Wimbledon"*, fallo núm. 1, serie A, 17 de agosto de 1923, pág. 32).

²⁸⁸ *Minority Schools in Albania*, opinión consultiva, 6 de abril de 1935, series A/B, pág. 20.

²⁸⁹ *Aegean Sea Continental Shelf* (véase la nota 240 *supra*), págs. 16 y 17, párr. 39.

sobre la interpretación o aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio entre dos Estados que son partes contratantes de la Convención. Posteriormente, el Estado A decide invocar el artículo IX de la Convención para llevar al Estado B ante la Corte Internacional de Justicia por una supuesta infracción del artículo II. La Corte se pronuncia sobre la interpretación o aplicación de la Convención que dio lugar al litigio y dicta una decisión. Esa decisión, como tal, solo es obligatoria para los Estados A y B de conformidad con el Artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y con la amplia práctica de la Corte examinada anteriormente.

198. No obstante, aunque los Estados C y D o E, también partes en esa Convención, no fueran partes ni hubieran intervenido en la controversia entre los Estados A y B sometida a la Corte Internacional de Justicia con respecto a la interpretación adecuada del artículo II de la Convención, cuesta imaginar que ninguno de ellos pueda ignorar las conclusiones de la Corte para determinar debidamente el alcance de sus propias obligaciones, que depende de la definición de genocidio que figura en la Convención, o en una controversia posterior sobre una cuestión jurídica similar. Dicho de otro modo, si bien, técnicamente, no son obligatorios, las normas o principios jurídicos sobre el genocidio articulados por la Corte en su decisión en el litigio entre el Estado A y el Estado B servirán de fuente para la interpretación judicial del artículo II (que no se encuentra en ningún otro lugar) y tendrán implicaciones para las obligaciones de los demás Estados partes en la Convención.

199. Aunque el ejemplo anterior es ficticio, esa fue, en efecto, la posición de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a *Avena*, en que la Corte dejó claro en su fallo que, después de dictar su decisión desde el punto de vista de la aplicación general de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares²⁹⁰, cuyo artículo 36 era en algunos aspectos objeto de controversia entre las partes, los terceros Estados no podrían interpretar *a contrario* ninguna de las conclusiones alcanzadas en ese fallo porque la interpretación realizada en relación con los nacionales de México básicamente era de aplicación a los otros nacionales extranjeros que se encontraran en situaciones análogas en los Estados Unidos²⁹¹.

200. Dicho de otro modo, los ejemplos anteriores ilustran la distinción entre la fuerza de la propia decisión y la fuerza del derecho internacional expresado de manera autorizada en la decisión²⁹². Se trata de una distinción sutil pero importante que hace tiempo que se hace en la jurisprudencia, ya en tiempos de la Corte Permanente de Justicia Internacional, en virtud de la cual, como afirmó el Magistrado Zoričić en 1950 en la opinión consultiva relativa a la *Interpretación de los Tratados de Paz*, “es muy cierto que ningún tribunal internacional está obligado a seguir precedentes. Pero la Corte sí está obligada a tener en cuenta los principios del derecho internacional. Si un precedente está firmemente basado en uno de esos principios, la Corte no puede decidir un litigio análogo en sentido contrario mientras el principio conserve su

²⁹⁰ Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Viena, 24 de abril de 1963), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 596, núm. 8638, pág. 261.

²⁹¹ Véase *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 12 y ss., en especial págs. 69 y 70, párr. 151 (“Para evitar cualquier ambigüedad, debe quedar claro que, si bien las observaciones de la Corte se refieren a los casos de los nacionales mexicanos que México le ha sometido, esta ha abordado las cuestiones de principio planteadas en el curso de las presentes actuaciones desde el punto de vista de la aplicación general de la Convención de Viena, y no hay razones para formular un argumento *a contrario* con respecto a ninguna de las conclusiones de la Corte en el presente fallo. En otras palabras, del hecho de que en la presente causa la decisión de la Corte solo se haya referido a nacionales mexicanos no puede inferirse que las conclusiones del presente fallo no se aplican a otros nacionales extranjeros que se encuentren en situaciones análogas en los Estados Unidos”).

²⁹² Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, pág. 107.

valor”²⁹³. En última instancia, desde el punto de vista de la propia Corte, el derecho enunciado en una decisión se considera parte del derecho internacional y, por lo tanto, de aplicación a todos los Estados, sean o no partes en el litigio que se ha decidido. No se trata de si la decisión *per se* se aplica como precedente vinculante, sino de si el derecho que enuncia se considera parte del derecho internacional²⁹⁴.

F. Observaciones sobre la práctica de la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia en materia de precedentes

201. Sobre la base del análisis anterior, y teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia, no cabe duda de que la posición jurídica formal en relación con el órgano judicial principal de las Naciones Unidas es que sus decisiones no son obligatorias sino para las partes en litigio y únicamente respecto del caso que ha sido decidido. Sin embargo, esa no es la regla que determina la inexistencia del precedente en la Corte. De hecho, existe cierta controversia sobre si la tesis de que la Corte no sigue un sistema de precedentes se deriva del Artículo 59 o de otra disposición del Estatuto de la Corte. La opinión imperante, como se ha demostrado en el presente capítulo, es que no es así. Lo cierto es que, con independencia de la regla que niega la existencia del *stare decisis* ante la Corte Internacional de Justicia, los efectos jurídicos de las decisiones no solo obligan a las partes. Es evidente que esos efectos también repercuten en terceros, incluidos Estados que no están necesariamente implicados directamente en el litigio, en especial en lo que respecta a cualquier determinación de la existencia y el contenido de tratados, costumbres o principios generales del derecho. La Corte se remite a su propia jurisprudencia por razones de coherencia y previsibilidad²⁹⁵.

202. Llegados a este punto, podría ser útil hacer un par de observaciones adicionales sobre la práctica de los Estados y de la Corte Internacional de Justicia en lo que respecta al vínculo entre el párrafo 1 d) del Artículo 38 y el Artículo 59. En primer lugar, con independencia de la finalidad de esta última disposición, que se incluyó como precisión del enunciado de la primera, es evidente que, conforme al Estatuto tanto de la Corte como de su predecesora, no existe doctrina del *stare decisis* en derecho internacional. Sin embargo, como ha demostrado la práctica de la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia, no es necesario recurrir a esas doctrinas de obligatoriedad del precedente, que encajan mejor en los sistemas jurídicos nacionales jerárquicos. No hace falta entrar en un debate entre derecho anglosajón y derecho romanista. La Corte, inspirándose en ambos, ha establecido su propio sistema que, en general, ha funcionado bien.

203. En segundo lugar, a pesar de que formalmente no es obligatorio seguir el precedente, la Corte Internacional de Justicia toma en consideración sus resoluciones anteriores no tanto por considerarlas precedentes vinculantes, sino más bien por su

²⁹³ *Interpretation of Peace Treaties*, opinión consultiva: *I.C.J. Reports 1950*, pág. 65, opinión disidente del Magistrado Zoričić, págs. 98 y ss., en especial pág. 104.

²⁹⁴ Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, pág. 109.

²⁹⁵ Véase un comentario en Gilbert Guillaume, “The use of precedent by international judges and arbitrators”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 2, núm. 1 (2011), págs. 5 a 23, en especial pág. 9. Véanse también Armin von Bogdandy e Ingo Venzke, “The spell of precedents: lawmaking by international courts and tribunals”, en Cesare P. R. Romano, Karen J. Alter y Yuval Shany (eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication* (Oxford, Oxford University Press, 2014), págs. 503 a 522; y Adolfo Miaja De la Muela, “Mutación de jueces y continuidad jurisprudencial en el Tribunal Internacional de Justicia,” *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 15, núm. 1-2 (1962), págs. 11 a 34.

valor persuasivo y práctico para ayudar a resolver controversias jurídicas posteriores, al igual que hacía su predecesora. Ello es posible porque, en la práctica, hay una distinción esencial entre la decisión específica en relación con la cual se aplicará el Artículo 59, que solo es obligatoria para las partes y respecto de su litigio, y los principios y normas de derecho internacional articulados en una decisión que, en muchos casos, serán de aplicación más general. Si bien la primera se limitaría a las partes, los segundos no tienen por qué. Así será siempre con independencia de que la fuente original de la norma sea un tratado, el derecho internacional consuetudinario o un principio general del derecho. Lo cierto es que, una vez que se considere que se trata de una interpretación precisa del derecho, los otros Estados que sean partes en el tratado en cuestión, que actúen conforme al derecho internacional consuetudinario o que invoquen un principio general del derecho tendrán que ajustar su comportamiento a esa interpretación del derecho hasta que la deje de considerarse una interpretación precisa. De no hacerlo, estarían incumpliendo las obligaciones que les incumben para con otros Estados.

G. El precedente en el Tribunal Internacional del Derecho del Mar

204. Otros tribunales internacionales encargados de resolver controversias entre Estados, como el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, pueden tener un estatuto diferente al de la Corte Internacional de Justicia. Pero, en sus normas sobre el derecho aplicable y su jurisprudencia, reflejan una postura similar a la de la Corte, lo que indica esencialmente que no existe una regla formal del precedente con respecto a sus decisiones. En la presente parte del informe, el Relator Especial analizará la práctica del Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

205. Aunque el Relator Especial consideró seriamente la posibilidad de examinar el enfoque adoptado por los órganos de arbitraje entre Estados respecto de la cuestión del precedente y la práctica de otros tribunales internacionales, como el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio²⁹⁶, y compararlo con el enfoque adoptado por las cortes y tribunales penales internacionales, como el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda, el Tribunal Especial para Sierra Leona, que tiene características únicas²⁹⁷, el Tribunal Especial para el Líbano y, por supuesto, la Corte Penal

²⁹⁶ Puede encontrarse un estudio exhaustivo de la cuestión del precedente en el contexto de la Organización Mundial del Comercio en Niccolò Ridi, "Rule of precedent and rules on precedent", en Eric De Brabandere (ed.), *International Procedure in Interstate Litigation and Arbitration: A Comparative Approach* (Cambridge (Reino Unido), Cambridge University Press, 2021), págs. 354 a 400. El Relator Especial da las gracias a su colega académico por ofrecerle y facilitarle la jurisprudencia pertinente de la Organización Mundial del Comercio y de los tribunales de arbitraje.

²⁹⁷ Por ejemplo, el artículo 20, párrafo 3, del Estatuto del Tribunal Especial de Sierra Leona establece que este debe guiarse por las decisiones de la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Rwanda y, cuando aplique el derecho interno, debe guiarse también por las decisiones del Tribunal Supremo de Sierra Leona. No obstante, en causas posteriores, la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona determinó que tenía discrecionalidad para utilizar las decisiones de esos y otros tribunales por su valor persuasivo sin estar obligada por ellas. Por ejemplo, en Tribunal Especial de Sierra Leona, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, causa núm. SCSL-2003-14-08_PT, Decisión sobre la petición de la Fiscalía de adopción inmediata de medidas de protección de testigos y víctimas y de decreto del secreto de las actuaciones, 23 de mayo de 2004, párr. 11, el Tribunal sostuvo lo siguiente: "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 'se guiarán por' 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

Internacional, para no excederse en la extensión del presente informe, finalmente decidió no hacerlo, ya que a) los miembros de la Comisión ya tienen acceso a esa práctica, cuidadosamente catalogada en el segundo memorando de la Secretaría; y b) el Relator Especial siempre puede examinar la práctica más pertinente de esas cortes y tribunales en futuros informes.

206. Hecha esta salvedad, parece oportuno examinar ahora la práctica del Tribunal Internacional del Derecho del Mar. El artículo 293 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, relativo al “derecho aplicable”, confirma que el Tribunal debe aplicar la Convención “y las demás normas de derecho internacional que no sean incompatibles” con ella²⁹⁸. Curiosamente, el Artículo 38 del Estatuto del Tribunal sobre el “derecho aplicable” por la Sala de Controversias de los Fondos Marinos dice lo siguiente: “Además del artículo 293, la Sala aplicará: a) Las normas, reglamentos y procedimientos de la Autoridad adoptados de conformidad con esta Convención; b) Las cláusulas de los contratos concernientes a las actividades en la Zona, en cualquier asunto vinculado con esos contratos”.

207. Además, los artículos 74, párrafo 1, y 83, párrafo 1, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar rezan lo siguiente en disposiciones casi idénticas relativas, respectivamente, a la delimitación de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental: “La delimitación de la [zona económica exclusiva] [plataforma continental] entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente se efectuará por acuerdo entre ellos sobre la base del derecho internacional, a que se hace referencia en *el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, a fin de llegar a una solución equitativa” (sin cursiva en el original).

208. Es evidente que la lectura conjunta de estas disposiciones y del artículo 293 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativo al “derecho aplicable” confirma que el Tribunal Internacional del Derecho del Mar está obligado a aplicar el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, esencialmente como fuentes de derecho en las que basarse, además de la Convención “y las demás normas de derecho internacional que no sean incompatibles con ella”, con lo que importa expresamente a su marco jurídico tanto el marco de la Corte como las normas generales de derecho internacional. Huelga decir que el derecho aplicable y las demás normas de derecho internacional remiten directa e indirectamente a las fuentes enunciadas en los apartados a) a c) del párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto de la Corte y a los medios auxiliares mencionados en el apartado d).

209. Así pues, la referencia al Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y a las demás normas de derecho internacional no incompatibles con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar hace extensiva al Tribunal Internacional del Derecho del Mar la aplicabilidad de la disposición sobre las fuentes del derecho contenida en el Estatuto de la Corte que, en cualquier caso, también refleja una norma de derecho internacional consuetudinario. Toda duda que

hermanos. Ello obstaculizaría la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Especial conforme a sus propios orígenes y características distintivos. Por el contrario, 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” (sin cursiva en el original).

²⁹⁸ 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.

pueda existir a ese respecto quedó resuelta, irónicamente en una decisión judicial que constituye un medio auxiliar, cuando, en el contexto de la causa relativa al *Golfo de Bengala*, el propio Tribunal determinó —en relación tanto con la delimitación marítima específicamente como con su enfoque más general respecto de todas esas cuestiones,— que “las decisiones de las cortes y tribunales internacionales a que se hace referencia en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia revisten también particular importancia para determinar el contenido del derecho aplicable a la delimitación marítima en virtud de los artículos 74 y 83 de la Convención”²⁹⁹.

210. Los instrumentos constitutivos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar también contienen disposiciones equivalentes al Artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que establecen tanto el carácter definitivo como la fuerza obligatoria de los fallos, lo que resulta curioso si se comparan con la disposición de la Corte Internacional de Justicia, que disponen que “[e]l fallo del Tribunal será definitivo y obligatorio para las partes en la controversia” en el artículo 33, párrafo 1, del Estatuto del Tribunal y que “[e]l fallo solo tendrá fuerza obligatoria para las partes y respecto de la controversia que haya sido decidida” en el artículo 33, párrafo 2. Al igual que ocurre con los Estados intervinientes ante la Corte Internacional de Justicia, si su solicitud de intervención es aceptada, “el fallo del Tribunal respecto de la controversia será obligatorio para el Estado solicitante”³⁰⁰ en lo que se refiera a las cuestiones en las que haya intervenido. Del mismo modo, al igual que en el caso de la Corte Internacional de Justicia, el Estatuto reconoce el efecto sistémico que pueden tener las decisiones cuando se refieren a cuestiones relativas a la interpretación de acuerdos internacionales. Exige que, en tales circunstancias, se invite a todos los Estados partes a participar en las actuaciones y establece que los que decidan hacerlo también quedarán obligados por la decisión del Tribunal³⁰¹.

211. De lo que antecede, y del segundo memorando de la Secretaría, en relación con los tribunales arbitrales, se desprende que no existe ninguna norma formal que obligue al Tribunal Internacional del Derecho del Mar a invocar decisiones judiciales anteriores suyas o de otros tribunales como precedentes vinculantes para resolver las controversias que se le planteen. A la inversa, tampoco hay ninguna norma que prohíba al Tribunal invocar las decisiones de otros órganos que considere persuasivas. No obstante, en la práctica, esencialmente por razones de seguridad jurídica, el Tribunal también examina tanto sus propias decisiones anteriores como las de la Corte Internacional de Justicia, en especial habida cuenta de que hay cierto solapamiento entre sus competencias.

212. Desde una perspectiva más general, habida cuenta de todo lo que antecede, no resulta sorprendente que académicos como Eric De Brabandere hayan encontrado decisiones del Tribunal Internacional del Derecho del Mar basadas en decisiones de la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia sobre aspectos tanto procesales como de fondo, en especial en relación con cuestiones de delimitación marítima³⁰². El órgano judicial principal de las Naciones Unidas cuenta con una amplia jurisprudencia sobre ambos aspectos y, lo que quizá sea aún más importante para el Tribunal, en materia de delimitación de las fronteras marítimas. En ese contexto, el Tribunal se remite constantemente a la Corte

²⁹⁹ *Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, sentencia, *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders (ITLOS Reports) 2012*, págs. 4 y ss., en especial pág. 56, párr. 184.

³⁰⁰ Estatuto del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, art. 31, párr. 3.

³⁰¹ *Ibid.*, art. 32, párr. 3.

³⁰² Eric De Brabandere, “The use of precedent and external case-law by the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea”, *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 15 (2016), págs. 24 a 55.

Internacional de Justicia por el valor persuasivo de sus conclusiones de una manera que parece ir más allá de la cortesía. Ello refleja la semejanza de sus procedimientos, así como de las cuestiones que se plantean ante el Tribunal con asuntos ya abordados por la Corte Internacional de Justicia y su predecesora.

1. Decisiones del Tribunal Internacional del Derecho del Mar sobre cuestiones procesales basadas en sus propias decisiones anteriores y en las de la Corte Internacional de Justicia

213. En la causa relativa al *Atún de aleta azul del Sur*, Nueva Zelandia y Australia incoaron un procedimiento de arbitraje contra el Japón en 1999, alegando que este había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar al llevar a cabo una pesca experimental unilateral de atún de aleta azul del Sur en 1998 y 1999. En su dictamen, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar adoptó y aplicó la definición de “controversia” acuñada por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia en los siguientes términos, sin explicación alguna: “*Considerando que, en opinión del Tribunal, una controversia es un ‘desacuerdo sobre una cuestión de derecho o de hecho, un conflicto de opiniones jurídicas o intereses’ (Mavrommatis Palestine Concessions, fallo núm. 2, 1924, P.C.I.J., Serie A, núm. 2, pág. 11), y que ‘[d]ebe probarse que la reclamación de una de las partes tropieza con la oposición manifiesta de la otra’ (South West Africa [Excepciones preliminares], fallo, I.C.J. Reports 1962, pág. 328)*”³⁰³. A continuación, dictó medidas provisionales concretas a la espera de que el tribunal arbitral se pronunciase sobre la controversia.

214. Del mismo modo, en la causa relativa al *Grand Prince*, un buque pesquero que enarbolaba el pabellón de Belice fue apresado en 2000 por pescar sin autorización en la zona económica exclusiva de las islas Kerguelen, bajo jurisdicción francesa. El buque fue escoltado a la Reunión y se levantó un acta de infracción contra el capitán por pescar sin autorización y no declarar el pescado que llevaba a bordo. El tribunal de primera instancia de San Pablo confirmó el apresamiento y fijó una fianza, pero el demandante recurrió la decisión, lo que hizo que se planteara una cuestión de competencia. El Tribunal concluyó que las pruebas no demostraban que el Estado del pabellón fuera Belice y, por consiguiente, se declaró incompetente para conocer de la causa. Para tomar esa decisión, curiosamente el Tribunal invocó “la *jurisprudencia establecida de las cortes y tribunales internacionales*”, según la cual “un tribunal debe siempre cerciorarse de que es competente para conocer de la causa que se le ha sometido. A tal efecto, está facultado para examinar de oficio el fundamento de su competencia”³⁰⁴.

215. El Tribunal Internacional del Derecho del Mar citó dos fundamentos autorizados en apoyo de esa proposición jurídica. En primer lugar, recordó su propia observación en la causa relativa al “*M/V Saiga*” (núm. 2) según la cual, “aun cuando no exista desacuerdo entre las partes en cuanto a la competencia del Tribunal, ‘este debe cerciorarse de que es competente para conocer de la causa que se le ha sometido’ (fallo de 1 de julio de 1999, párrafo 40)”³⁰⁵. En segundo lugar, recordó que, “a ese respecto, la Corte Internacional de Justicia ha formulado la siguiente observación: ‘La Corte debe, sin embargo, cerciorarse siempre de su competencia y, si es necesario, examinar la cuestión de oficio’. (*Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council, fallo, I.C.J. Reports 1972, págs. 46 y ss., en especial pág. 52*)”. El Tribunal

³⁰³ *Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)* [Medidas provisionales], providencia de 27 de agosto de 1999, *ITLOS Reports 1999*, págs. 280 y ss., en especial pág. 293, párr. 44 (sin cursiva en el original).

³⁰⁴ “*Grand Prince*” (*Belize v. France*) [Pronta liberación], fallo, *ITLOS Reports 2001*, págs. 17 y ss., en especial pág. 41, párr. 77 (sin cursiva en el original).

³⁰⁵ *Ibid.*, párr. 78.

concluyó que, en consecuencia, tenía “derecho a examinar todos los aspectos de la cuestión de competencia, hayan sido o no planteados expresamente por las partes”³⁰⁶.

216. Puede encontrarse un tercer ejemplo en la causa relativa a la *Recuperación de tierras por Singapur en el estrecho de Johor y sus alrededores*³⁰⁷, incoada por Malasia el 4 de julio de 2003 de conformidad con el artículo 287 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y el artículo 1 de su anexo VII. Malasia alegó que las obras de recuperación de tierras vulneraban sus derechos en la zona. El Tribunal Internacional del Derecho del Mar dictó una providencia de medidas provisionales. A petición conjunta de las partes, el Tribunal dictó un laudo conforme a lo dispuesto en un Acuerdo de Transacción celebrado por las partes el 26 de abril de 2005, para lo que adjuntó el texto del Acuerdo de Transacción al laudo como anexo. El Tribunal se remitió tanto a la Corte Permanente de Justicia Internacional como a la Corte Internacional de Justicia de la siguiente manera en el párrafo 52: “*Considerando que*, como ha declarado la Corte Internacional de Justicia, “[n]i en la Carta ni en ningún instrumento de derecho internacional figura ninguna norma general a los efectos de que el agotamiento de las negociaciones diplomáticas constituya una condición previa para que un asunto se remita a la Corte”³⁰⁸.

217. Un cuarto y último ejemplo se refiere al enfoque adoptado por el Tribunal Internacional del Derecho del Mar respecto de la cuestión de la competencia. Curiosamente, el Tribunal se inspira en gran medida en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en asuntos tanto contenciosos como consultivos. Por ejemplo, en la causa relativa al *M/V “Louisa”*, para determinar si tenía competencia, tuvo que examinar si existía un vínculo entre los hechos alegados por el demandante y las disposiciones pertinentes de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y determinar si dichas disposiciones podían fundamentar las reclamaciones. Para resolver la cuestión, el Tribunal se remitió a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, en concreto al fallo en la causa relativa a las *Plataformas petrolíferas*³⁰⁹. No obstante, también invocó decisiones de la Corte Internacional de Justicia para afirmar que, cuando existe controversia sobre la competencia del Tribunal, este “solo es competente en la medida en que el contenido de las declaraciones formuladas por las partes [en virtud del artículo 287 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar] coincida”³¹⁰. Yendo aún más allá, el Tribunal (casi como ha hecho la Corte Internacional de Justicia en numerosas causas) dio a entender que debían existir “circunstancias especiales” para apartarse de esa jurisprudencia³¹¹.

³⁰⁶ *Ibid.*, párr. 79.

³⁰⁷ *Land Reclamation in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore)* [Medidas provisionales], providencia de 8 de octubre de 2003, *ITLOS Reports 2003*, págs. 10 y ss., en especial pág. 20, párr. 52 (donde se cita la causa *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* [Excepciones preliminares], fallo, *I.C.J. Reports 1998*, págs. 275 y ss., en especial pág. 303, párr. 56).

³⁰⁸ *Ibid.*, párr. 52.

³⁰⁹ *M/V “Louisa” (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain)*, fallo, *ITLOS Reports 2013*, págs. 4 y ss., en especial pág. 34, párr. 99 (donde se cita la causa *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* [Excepciones preliminares], fallo, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 803 y ss., en especial pág. 810, párr. 16).

³¹⁰ *Ibid.*, párr. 81 (donde se cita la causa *Certain Norwegian Loans*, fallo de 6 de julio de 1957: *I.C.J. Reports 1957*, págs. 9 y ss., en especial pág. 23). Véase también *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)* [Competencia y admisibilidad], fallo, *I.C.J. Reports 2006*, págs. 6 y ss., en especial pág. 39, párr. 88.

³¹¹ *M/V “Louisa”* (véase la nota 309 *supra*), párr. 147. Véanse otras actuaciones contenciosas ante el Tribunal en que se han invocado las decisiones de la Corte Internacional de Justicia en *M/V “Louisa” (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain)* [Medidas provisionales],

218. Esta pauta de citas también puede observarse en relación con cuestiones consultivas, y no solo contenciosas. En *Responsabilidades y obligaciones de los Estados con respecto a las actividades en la Zona y Solicitud de opinión consultiva presentada por la Comisión Subregional de Pesca*³¹², donde primero tuvo que determinar si tenía competencia para emitir la opinión consultiva solicitada, la Sala de Controversias de los Fondos Marinos examinó las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. La Sala señaló que las cuestiones que tenía ante sí se referían a la interpretación de las disposiciones de la Convención y planteaban cuestiones de derecho internacional general, y recordó que la Corte Internacional de Justicia había afirmado que “las preguntas redactadas en términos jurídicos que planteen problemas de derecho internacional son por su misma naturaleza susceptibles de obtener una respuesta fundada en derecho”³¹³.

219. Del mismo modo, en la opinión consultiva sobre la *Comisión Subregional de Pesca*, en el que algunos Estados partes solicitaron al Tribunal que declinara su competencia consultiva, este invocó diversas decisiones de la Corte Internacional de Justicia para interpretar el artículo 138 del Reglamento del Tribunal. Observó que, si bien tenía discrecionalidad para negarse a emitir una opinión consultiva aunque se cumplieran los requisitos del artículo pertinente, no lo haría a la ligera. En ese caso, hizo referencia a decisiones de la Corte Internacional de Justicia para afirmar que era bien sabido que una solicitud de opinión consultiva en principio no debía denegarse salvo por “razones imperiosas”³¹⁴.

220. Asimismo, en lo que respecta al argumento de algunos Estados de que las preguntas formuladas eran abstractas, el Tribunal respondió —de nuevo basándose en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia— que *también era bien sabido* que se podía emitir una opinión consultiva “sobre cualquier cuestión jurídica, fuera abstracta no”³¹⁵.

2. Decisiones del Tribunal Internacional del Derecho del Mar sobre cuestiones de fondo en las que se invoca la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia

221. Como se ha argumentado más arriba, a pesar de carecer de un sistema formal de precedentes vinculantes, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar ha invocado tanto sus propias decisiones anteriores como las de la Corte Internacional de Justicia

providencia de 23 de diciembre de 2010, *ITLOS Reports 2008-2010*, págs. 58 y ss., en especial pág. 68, párr. 64 (en lo que respecta a la obligación de intercambiar opiniones (artículo 283 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar)); y en “*Arctic Sunrise*” (*Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation*), providencia de 22 de noviembre de 2013, *ITLOS Reports 2013*, págs. 230 y ss., en especial págs. 242 y 243, párrs. 48, 51 y 52 (en lo que respecta a la incomparecencia).

³¹² *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area*, opinión consultiva, 1 de febrero de 2011, *ITLOS Reports 2011*, pág. 10; y *Request for Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission*, opinión consultiva, 2 de abril de 2015, *ITLOS Reports 2015*, pág. 4.

³¹³ El pasaje figura en *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area* (véase la nota anterior), párr. 39; y en *Request for Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission* (véase la nota anterior), párr. 65. En ambos casos, la Sala citó *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 403 y ss., en especial págs. 414 y 415, párr. 25; y *Western Sahara*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1975*, págs. 12 y ss., en especial pág. 18, párr.15.

³¹⁴ *Sub-Regional Fisheries Commission* (véase la nota 312 *supra*), párr. 71, donde se hace referencia a *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (véase la nota 149 *supra*), párr. 14.

³¹⁵ *Ibid.*, párr. 72 (sin cursiva en el original), donde se hace referencia a *Admission of a State to Membership in the United Nations (Charter, Art. 4)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1948*, págs. 57 y ss., en especial pág. 61.

para abordar cuestiones de fondo. Bastan algunos ejemplos, entre los muchos posibles, para demostrarlo³¹⁶.

222. Por ejemplo, lo ha hecho para determinar la aplicabilidad de las consideraciones de humanidad en el contexto del derecho del mar en la causa relativa al “*Enrica Lexie*”³¹⁷, para confirmar interpretaciones anteriores de ciertas disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativas a la conservación y administración de los recursos vivos en la zona económica exclusiva en virtud del artículo 62, párrafo 4³¹⁸, para hacer referencia al criterio de precaución articulado por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Plantas de celulosa*³¹⁹, y para confirmar que las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados reflejan el derecho internacional consuetudinario, algo que solo había hecho de manera implícita³²⁰, pero que ya habían confirmado la Corte Internacional de Justicia y otras cortes y tribunales internacionales. De hecho, para completar la serie de ejemplos, en la causa relativa al *Golfo de Bengala*, a fin de dar contexto a su aceptación de la jurisprudencia de otras cortes y tribunales, como la Corte Internacional de Justicia, y de los órganos de arbitraje que citó posteriormente, el Tribunal recordó que las cortes y tribunales internacionales habían desarrollado un corpus de jurisprudencia en materia de delimitación marítima que había reducido la subjetividad y la falta de seguridad en la determinación de las fronteras marítimas y en la elección de los métodos empleados a tal fin³²¹.

H. Observaciones sobre la práctica del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en materia de precedentes

223. El análisis anterior confirma que, como la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar carece de un sistema de precedentes vinculantes. Sin embargo, ha desarrollado una práctica en la que invoca habitualmente las decisiones de la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia, así como de otras cortes y tribunales. Al ser un tribunal más reciente, su remisión a la jurisprudencia establecida de esas Cortes le permite resolver

³¹⁶ Véanse otros ejemplos en los que el Tribunal ha invocado las decisiones de la Corte Internacional de Justicia, con respecto a la cuestión de la responsabilidad del Estado, en *M/V “SAIGA” (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, sentencia, *ITLOS Reports 1999*, págs. 10 y ss., en especial págs. 56 y 65, párrs. 133 y 170, respectivamente; y *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area* (véase la nota 312 *supra*), pág. 62, párr. 194. Con respecto a la interpretación de los tratados, en *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area* (véase la nota 312 *supra*), pág. 29, párrs. 59 y 60. Con respecto al derecho internacional consuetudinario, en *Responsibilities and Obligations of States* (véase la nota 312 *supra*), pág. 28, párr. 57. Con respecto a los presuntos derechos (verosimilitud), véase *Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d’Ivoire)* [Medidas provisionales], providencia de 25 de abril de 2015, *ITLOS Reports 2015*, págs. 146 y ss., en especial págs. 158 y 159, párrs. 57 y 63, respectivamente.

³¹⁷ “*Enrica Lexie*” (*Italy v. India*) [Medidas provisionales], providencia de 24 de agosto de 2015, *ITLOS Reports 2015*, págs. 182 y ss., en especial pág. 204, párr. 133 (donde se cita la causa *M/V “SAIGA” (No. 2)* (véase la nota anterior), párr. 155).

³¹⁸ *M/V “Virginia G” (Panama/Guinea-Bissau)*, sentencia, *ITLOS Reports 2014*, págs. 4 y ss., en especial págs. 67 y 68, párrs. 212 y 213).

³¹⁹ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 14 y ss., en especial págs. 55, 56 y 71, párrs. 101 y 164.

³²⁰ *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area* (véase la nota 312 *supra*), párr. 57.

³²¹ *Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal* (véase la nota 299 *supra*), párr. 226.

problemas jurídicos y reforzar su legitimidad. Cabe hacer al menos dos observaciones adicionales en esta etapa del examen del tema.

224. En primer lugar, al ser un tribunal relativamente nuevo, especializado en cuestiones relacionadas con el derecho del mar, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar tiene un corpus de jurisprudencia mucho más limitado. Dicho esto, en esa jurisprudencia, que incluye tanto asuntos contenciosos como algunas opiniones consultivas, parecen discernirse dos pautas generales. La primera refleja una práctica en la que el Tribunal, al igual que la Corte Internacional de Justicia, citará su propia jurisprudencia aunque no esté formalmente obligado a hacerlo. Esa pauta se ha establecido especialmente en los casos relativos a la pronta liberación de buques. Existen varios ejemplos al respecto y, aunque solo se han citado algunos, en el segundo memorando de la Secretaría se mencionan otros.

225. La segunda pauta general en la práctica del Tribunal Internacional del Derecho del Mar es la de consultar e invocar ampliamente las decisiones de otras cortes y tribunales sin tratarlas como precedentes jurídicos vinculantes. En ese sentido, se ha remitido a un amplio abanico de decisiones y fundamentos de argumentaciones jurídicas contenidos desde en laudos de tribunales de arbitraje hasta en decisiones de tribunales nacionales, pasando por los trabajos de la Comisión. La fuente de medios auxiliares persuasivos más invocada, sobre todo al principio, es la Corte Internacional de Justicia. Esto tiene sentido dado el solapamiento de las competencias de ambos tribunales. En muchos casos se recurre a decisiones judiciales y materiales de otras cortes y tribunales sin mencionar expresamente su valor como precedentes ni motivar esa práctica. Por otra parte, además de alinearse con las cortes y tribunales internacionales encargados de aplicar el derecho internacional y de reforzar su propia legitimidad, debería ser evidente que, si se mantiene cierta coherencia entre las decisiones del Tribunal y las de otras cortes y tribunales internacionales, habrá más seguridad y estabilidad jurídicas y se cumplirán mejor las expectativas legítimas de los Estados.

I. Proyectos de conclusión propuestos

226. Sobre la base del análisis que antecede, en el que se demuestra el enfoque adoptado formal e informalmente por dos tribunales internacionales respecto de la doctrina del precedente vinculante, el Relator Especial propone los siguientes proyectos de conclusión:

Proyecto de conclusión 7

Inexistencia de la norma del precedente en derecho internacional

Al resolver controversias entre Estados u organizaciones internacionales o emitir opiniones consultivas, por lo general las cortes o tribunales internacionales no siguen sus propias decisiones anteriores ni las de otras cortes y tribunales como precedentes jurídicamente vinculantes.

Proyecto de conclusión 8

Valor persuasivo de las decisiones de las cortes y tribunales

Al resolver controversias entre Estados u organizaciones internacionales o emitir opiniones consultivas, las cortes o tribunales internacionales pueden seguir sus propias decisiones anteriores y las de otras cortes o tribunales internacionales sobre cuestiones de derecho cuando dichas decisiones aborden cuestiones de hecho y de derecho análogas y se consideren persuasivas para la resolución del litigio planteado.

V. Futuro programa de trabajo sobre el tema

227. Como se indicó en el primer informe y la Comisión apoyó posteriormente, en el tercer informe, que se presentará en 2025, el Relator Especial analizará la doctrina y otros medios auxiliares. En el informe, el Relator Especial se centrará en la función que cumple la labor de los órganos privados y públicos (o con mandato de los Estados), así como de los órganos regionales y otros órganos de codificación, como medio auxiliar en la determinación de las normas de derecho internacional.

228. Dicho esto, teniendo en cuenta el debate celebrado en 2023 tanto en la Comisión de Derecho Internacional como en la Sexta Comisión, así como la decisión de limitar el presente informe a cuestiones específicas relativas a las decisiones judiciales, el Relator Especial considera que convendría examinar más detenidamente en futuros informes otras cuestiones relativas a las decisiones judiciales y de otra índole y, quizás, otros aspectos del tema que ya se han señalado en el presente informe. Así pues, en función de los progresos que se realicen en el 75º período de sesiones de la Comisión, y del resultado del debate en sesión plenaria y la labor del Comité de Redacción, el Relator Especial podrá considerar la posibilidad de proponer ajustes al programa de trabajo provisional. Esos ajustes, incluido el probable análisis ulterior de algunos aspectos de las decisiones judiciales en el próximo o futuros informes, se comunicarán debidamente a la Comisión y a la Sexta Comisión.

Anexo I

Proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por la Comisión en su 74º período de sesiones

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.

Anexo II

Proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el 74º período de sesiones de la Comisión

Proyecto de 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 pueden utilizarse, en determinadas circunstancias, como un medio auxiliar para la determinación de la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional.

Proyecto de 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.

Anexo III

Proyectos de conclusión propuestos en el presente informe

Proyecto de conclusión 6

Carácter y función de los medios auxiliares

- a) Los medios auxiliares tienen carácter 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.

Proyecto de conclusión 7

Inexistencia de la norma del precedente en derecho internacional

Al resolver controversias entre Estados u organizaciones internacionales o emitir opiniones consultivas, por lo general las cortes o tribunales internacionales no siguen sus propias decisiones anteriores ni las de otras cortes y tribunales como precedentes jurídicamente vinculantes.

Proyecto de conclusión 8

Valor persuasivo de las decisiones de las cortes y tribunales

Al resolver controversias entre Estados u organizaciones internacionales o emitir opiniones consultivas, las cortes o tribunales internacionales pueden seguir sus propias decisiones anteriores y las de otras cortes o tribunales internacionales sobre cuestiones de derecho cuando dichas decisiones aborden cuestiones de hecho y de derecho análogas y se consideren persuasivas para la resolución del litigio planteado.
