

Anexo

Medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional

Autor: Charles C. Jalloh

I. Introducción

1. La Corte Internacional de Justicia, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas por los Estados, ha de aplicar el Artículo 38, párrafo 1, de su Estatuto. Esta disposición, que oficialmente solo va dirigida a los magistrados de la Corte, es considerada en general una de las declaraciones más autorizadas, si no la que más, de las fuentes del derecho internacional. El Artículo 38, párrafo 1, de la Corte Internacional de Justicia establece entre otras cosas que esta, al resolver las controversias que le sean sometidas, aplicará:

- a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d) *las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59¹. [Sin cursiva en el original.]*

2. No es de sorprender que, dada la importancia que tienen las fuentes para el ordenamiento jurídico internacional, la Comisión de Derecho Internacional haya dedicado mucho tiempo a estudiar las identificadas en el Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en concreto las convenciones internacionales y, más recientemente, la costumbre internacional y los principios generales del derecho. De hecho, podría decirse que la contribución más importante de la Comisión hasta la fecha ha sido su labor sobre el derecho de los tratados, cuyo punto culminante fue la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969², si bien no se detuvo ahí³. Esa obra inicial relativa al derecho de los tratados ha dado paso posteriormente a estudios de la Comisión cada vez más especializados sobre el tema. En ellos se abordan, por ejemplo, la cuestión de los tratados celebrados entre

¹ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Art. 38, párr. 1, Carta de las Naciones Unidas (1945), Anexo I, en especial págs. 21 a 30.

² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, pág. 331; Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de Tratados, 23 de agosto de 1978, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1946, pág. 3, y Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.94.V.5).

³ Véase en general Comisión de Derecho Internacional, “About the Commission”, que puede consultarse en: <https://legal.un.org/ilc/> (consultado por última vez el 27 de julio de 2021). La labor conexa de la Comisión incluye los temas siguientes: “El derecho de los tratados” (1949-1966); “Reservas a las convenciones multilaterales” (1951); “Sucesión de Estados en materia de tratados” (1968-1974); “Tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales” (1970-1982); “Reservas a los tratados” (1993-2011); “Efectos de los conflictos armados en los tratados” (2004-2011); “Actos unilaterales de los Estados” (1996-2006); “Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados”, anteriormente “Los tratados en el tiempo” (2008-2018); “Aplicación provisional de los tratados” (2012-2021); “*Ius cogens*”, ahora “Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)” (desde 2015).

Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales⁴, las reservas a los tratados⁵, los efectos de los conflictos armados en los tratados⁶, los actos unilaterales de los Estados⁷, los acuerdos posteriores y la práctica posterior en relación con la interpretación de los tratados⁸, la aplicación provisional de los tratados⁹ y las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)¹⁰.

3. En relación con el Artículo 38, párrafo 1 b), del Estatuto de la Corte, que se refiere a la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, la Comisión incluyó en el programa de trabajo de su 64º período de sesiones (2012) el tema “Formación y prueba del derecho internacional consuetudinario”, aunque en su 65º período de sesiones (2013)¹¹ cambió el título por el de “Identificación del derecho internacional consuetudinario”. En su 70º período de sesiones (2018), la Comisión aprobó en segunda lectura un proyecto de conclusiones, con comentarios, sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, que remitió con una recomendación final, de conformidad con el Artículo 23 de su Estatuto¹². La Asamblea General, en su septuagésimo tercer período de sesiones (2018), acogió con beneplácito la conclusión de la labor de la Comisión sobre el tema y tomó nota del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario que figuraba como anexo a su resolución¹³. Lo señaló a la atención de los Estados y alentó a que se le diera la máxima difusión posible.

4. Continuando con su labor de dilucidar las fuentes esenciales del derecho internacional, en su 70º período de sesiones (2018) la Comisión decidió añadir el tema “Principios generales del derecho” a su programa de trabajo y nombró un relator especial¹⁴. Los principios generales del derecho han dado lugar a varias cuestiones en la práctica y, por supuesto, son también una fuente del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹⁵. En 2019, durante el 71º período de sesiones de la Comisión, el Relator Especial sobre el tema “Principios generales del derecho” presentó su primer informe, y en 2020, el segundo¹⁶. No obstante, debido a la pandemia mundial de COVID-19, se adoptó la medida excepcional de posponer un año el período de sesiones, de modo que el debate sobre este último informe solo pudo tener lugar durante el 72º período de sesiones, en 2021¹⁷.

⁴ Naciones Unidas (1982), *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 34º período de sesiones (A/37/10)*, párrs. 12 a 63.

⁵ Naciones Unidas (2011), *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 63º período de sesiones (A/66/10)*, en especial pág. 27 y ss.

⁶ *Ibid.*, en especial pág. 117 y ss.

⁷ Naciones Unidas (2006), *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 58º período de sesiones (A/61/10)*, párrs. 160 a 177.

⁸ Naciones Unidas (2018), *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 70º período de sesiones (A/73/10)*, en especial pág. 11 y ss.

⁹ *Ibid.*, pág. 219 y ss.

¹⁰ Naciones Unidas (2019), *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 71º período de sesiones (A/74/10)*, en especial pág. 154 y ss.

¹¹ Comisión de Derecho Internacional, *Acta resumida provisional de la 3132ª sesión*, 22 de mayo de 2012 (A/CN.4/SR.3132), pág. 23.

¹² Naciones Unidas (2018), *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 70º período de sesiones (A/73/10)*, pág. 128 y ss.

¹³ Véase la resolución 73/203 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 2018, párrs. 1 y 4.

¹⁴ Comisión de Derecho Internacional, *Acta resumida provisional de la 3433ª sesión*, 19 de julio de 2018 (A/CN.4/SR.3433), pág. 3.

¹⁵ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (1945), art. 38, párrafo 1 c), Carta de las Naciones Unidas, Anexo I, págs. 21 a 30.

¹⁶ Marcelo Vázquez-Bermúdez (Relator Especial sobre el tema “Principios generales del derecho”), *Primer informe sobre los principios generales del derecho*, 5 de abril de 2019 (A/CN.4/732); Marcelo Vázquez-Bermúdez (Relator Especial sobre el tema “Principios generales del derecho”), *Segundo informe sobre los principios generales del derecho*, 9 de abril de 2020 (A/CN.4/741); véase también Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, *Principios generales del derecho*, Memorando de la Secretaría, 12 de mayo de 2020 (A/CN.4/742).

¹⁷ Véase Comisión de Derecho Internacional, “Daily Bulletin, Seventy-second Session (2021)”, que puede consultarse en: <https://legal.un.org/ilc/sessions/72/bulletin.shtml> (Consultado por última vez el 30 de julio de 2021). (El debate en sesión plenaria sobre el tema “Principios generales del derecho”

5. El enfoque de la Comisión respecto de la elucidación de las fuentes del derecho internacional parece haber sido bien recibido por los Estados y la comunidad jurídica internacional. Hasta la fecha, la Comisión ha concluido estudios para aclarar cuestiones relacionadas con los tratados y el derecho consuetudinario. Asimismo, avanza bien en el estudio de los principios generales del derecho, una fuente a veces desatendida y otras mal comprendida. Hasta ahora, la Comisión ha llevado a cabo un examen sistemático de los tres primeros apartados del Artículo 38, párrafo 1. No obstante, apenas se ha ocupado del último apartado del Artículo 38, párrafo 1, relativo a los “medios auxiliares” para la determinación de las normas de derecho internacional.

6. El tema ha surgido, claro está, en el contexto de la labor llevada a cabo por la Comisión a lo largo de los años. Por ejemplo, en el 71^{er} período de sesiones, en el debate en sesión plenaria del primer informe sobre los principios generales del derecho, se puso de manifiesto la falta de claridad respecto de los medios auxiliares. No obstante, no se ha examinado por separado para determinar su posible valor, aun cuando, según los términos empleados, se trata simplemente de “medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho”. En cualquier caso, hay aspectos de estos medios auxiliares y de su interacción y relación con las fuentes que son inciertos, confusos y cabría decir, incluso, que están por resolver. Así pues, para no dejar lagunas desde el punto de vista de la claridad, la previsibilidad y la uniformidad del derecho internacional, se propone que la Comisión considere la posibilidad de completar su estudio sistemático del Artículo 38, párrafo 1, examinando también los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional que se enumeran en el apartado d) de ese párrafo, es decir, *las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones*.

7. Las “decisiones judiciales”, así como las “doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones” han desempeñado un papel fundamental en el desarrollo del derecho internacional. Sobre todo, aunque no únicamente, ello resulta evidente en los años de formación del derecho internacional. El peso de las decisiones judiciales y de las obras académicas varía en función del órgano jurisdiccional y del ámbito del derecho internacional de que se trate. Teniendo en cuenta su labor anterior y más reciente sobre las fuentes del derecho internacional y su mandato específico como órgano de expertos en derecho internacional general, la Comisión parece estar especialmente bien situada para aclarar varios aspectos de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho. Entre esos aspectos cabría mencionar la naturaleza, el alcance y las funciones de los medios auxiliares respecto de las fuentes del derecho internacional.

8. Al igual que ha ocurrido con otros temas recientes relacionados con las fuentes, y sin perjuicio de que del presente estudio pueda resultar una conclusión diferente, el análisis del tema podría dar lugar a un proyecto de conclusiones acompañadas de comentarios. La preferencia por un proyecto de conclusiones sería un reflejo del enfoque de la Comisión sobre los temas “Identificación del derecho internacional consuetudinario”¹⁸ y “Principios generales del derecho”¹⁹. En la práctica de la Comisión no existe todavía una definición única de “proyecto de conclusiones”. En el sentido en que aquí se emplea, se propone que el resultado del estudio sobre el tema sea fruto de un proceso de deliberación razonada y una reafirmación de las normas y prácticas constatadas en relación con los medios auxiliares a la hora de determinar las normas de derecho internacional. Así pues, podría suponerse que el contenido de ese proyecto de conclusiones, en consonancia con el Estatuto y la práctica habitual de la Comisión, reflejaría tanto la codificación como el desarrollo progresivo del derecho internacional.

comenzó con la presentación del Relator Especial el 12 de julio de 2021, durante la 3536^a sesión de la Comisión, y concluyó con la remisión al Comité de Redacción el 21 de julio de 2021, durante la 3546^a sesión de la Comisión).

¹⁸ Naciones Unidas (2018), *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 70^o período de sesiones (A/73/10)*, págs. 128 a 131.

¹⁹ Naciones Unidas (2019), *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 71^{er} período de sesiones (A/74/10)*, pág. 362 y ss.

II. El tema cumple los criterios de la Comisión sobre nuevos temas

9. El tema cumple los criterios de selección de nuevos temas establecidos por la Comisión en 1996 y reiterados en 1998²⁰. Los requisitos son que el tema debe: a) reflejar las necesidades de los Estados en materia de desarrollo progresivo y codificación del derecho internacional; b) encontrarse en una etapa suficientemente avanzada desde el punto de vista de la práctica de los Estados para permitir el desarrollo progresivo y la codificación, y c) ser concreto y viable para el desarrollo progresivo y la codificación²¹. Aunque no es aplicable en esta situación, por tratarse de un tema clásico de derecho internacional general, la Comisión convino además en que no debía limitarse a los temas tradicionales, sino que también podía examinar los que representaran una evolución del derecho internacional e inquietudes apremiantes de la comunidad internacional²².

10. Los criterios de selección de temas de la Comisión antes mencionados se cumplen en el presente caso. El tema es importante para los Estados, ya que promueve una mejor comprensión de las *decisiones judiciales* y de las *doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones*, así como de los enfoques prácticos y teóricos subyacentes que han adoptado las distintas cortes y tribunales nacionales e internacionales. Hay abundante jurisprudencia internacional y nacional, así como bibliografía académica, en que se hace referencia a las decisiones judiciales y a la doctrina de los publicistas, aunque no siempre expresamente como medios auxiliares, en el proceso de determinación de las normas de derecho internacional aplicables²³. Así pues, el estudio de los enfoques y las opiniones divergentes sobre el uso de medios auxiliares en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 d) podría dar lugar a una guía metodológica autorizada y, probablemente, ayudaría a establecer el peso que se les debe atribuir en el proceso de determinación de la existencia de las normas de derecho internacional en relación con los apartados a) a c) del Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

11. Además, el tema está lo suficientemente avanzado en lo que se refiere a práctica estatal, lo que permite la codificación y el desarrollo progresivo. Esto se debe a que existe un voluminoso *corpus* de decisiones judiciales nacionales e internacionales. Asimismo, ha aumentado enormemente el número de cortes y tribunales internacionales en el último medio siglo, y hay una amplia obra académica y bibliografía especializada en que se hace referencia a los medios auxiliares para la determinación de normas de derecho.

12. El tema es también concreto y viable, dado que se centra en el Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto y, junto a trabajos anteriores de la Comisión, constituye una oportunidad de completar la contribución de esta a dilucidar el papel de los medios auxiliares en la identificación de las fuentes del derecho internacional. Así pues, puede ser un complemento útil de la labor en curso en relación con el Artículo 38, párrafo 1 c), acerca de los principios generales del derecho y, dependiendo de cuándo lo aborde la Comisión, podría facilitar una exploración más a fondo de posibles sinergias entre aquel y el Artículo 38, párrafo 1 d).

²⁰ *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), págs. 72 y 73, párr. 238 (A/CN.4/SER.A/1997/Add.1); *Anuario... 1998*, vol. II (segunda parte), págs. 120 y 121, párr. 553 (A/CN.4/SER.A/1998/Add.1).

²¹ *Ibid.* Véase también Naciones Unidas (2000), *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 52º período de sesiones (A/55/10)*, en especial pág. 267, párr. 728.

²² *Anuario... 1998*, vol. II (segunda parte), págs. 120 y 121, párr. 553 (A/CN.4/SER.A/1998/Add.1): “La Comisión convino además en que no debería limitarse a los temas tradicionales, sino que también podría examinar los que representaran la evolución del derecho internacional e inquietudes apremiantes de la comunidad internacional en general”.

²³ Véase Sandesh Sivakumaran, “The Influence of Teachings of Publicists on the Development of International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 66, pág. 1 (2017). Véase también Sondre T. Helmersen, “Scholarly Judicial Dialogue in International Law”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 16, pág. 464 (2017). Para una detallada monografía publicada recientemente sobre la doctrina, véase Sondre T. Helmersen, *The Application of Teachings by the International Court of Justice* (Cambridge University Press, 2021).

III. Breve sinopsis sobre el Artículo 38, párrafo 1, y dudas acerca de los medios auxiliares

13. El lugar que ocupan en el Artículo 38, párrafo 1, las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones sigue siendo objeto de debate entre los autores. Incluso parece haber una divergencia de opiniones doctrinales sobre si el Artículo 38, párrafo 1, establece uno o dos grupos. Hay un enfoque según el cual se considera que las decisiones judiciales a las que se refiere el apartado d) del párrafo 1 son una fuente del derecho al igual que las fuentes mencionadas en los apartados a) a c) de dicho párrafo, y que la redacción del Artículo 38 es esencial en principio y no hay gran dificultad en considerar que un medio auxiliar para la determinación de normas de derecho es una fuente del derecho, no meramente por analogía, sino directamente²⁴. De acuerdo con el segundo enfoque, quizá predominante, en el Artículo se establecen dos grupos: en los apartados a) a c) del párrafo 1 se enumeran las fuentes formales que pueden dar lugar a normas de derecho internacional jurídicamente válidas²⁵, mientras que en el apartado d) de ese párrafo se recogen medios alternativos o adicionales por los que se pueden determinar las normas de derecho existentes²⁶. Dicho de otro modo, se entiende que los medios auxiliares son únicamente un vehículo para la determinación o constatación de la existencia o el contenido de las fuentes, no se considera que sean en sí mismos fuentes. La oportunidad de estudiar esta cuestión podría permitir a la Comisión aclarar la situación jurídica existente, tomando como base la práctica, y ofrecer orientaciones sobre el estatus y el uso de los medios auxiliares en diferentes ámbitos del derecho internacional.

14. Además, en el debate sobre la amplia categoría de las “decisiones judiciales”, se plantean cuestiones relativas al estatus de las decisiones de los tribunales *nacionales* en contraposición con las de las cortes y tribunales *internacionales*²⁷. Aunque las decisiones judiciales no pueden ser en sí mismas fuente del derecho, en las conclusiones de los órganos judiciales al interpretar y aplicar los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho que determinan las normas de derecho internacional se pueden identificar obligaciones jurídicas vinculantes para los Estados, las organizaciones internacionales y otros órganos.

15. En lo que respecta a la relación de los medios auxiliares con las distintas fuentes del derecho internacional, las decisiones judiciales parecen desempeñar diferentes funciones. A veces aclaran normas convencionales generales o las interpretan con un propósito para aplicarlas a situaciones que podrían no haber sido contempladas anteriormente²⁸. En este sentido, la Corte Internacional de Justicia, principal órgano judicial de las Naciones Unidas, ha contribuido sustancialmente, mediante los fallos que ha emitido, al desarrollo de diversos ámbitos del derecho internacional, como el derecho que rige el uso de la fuerza, el derecho

²⁴ Robert Y. Jennings, “International Lawyers and the Progressive Development of International Law”, en *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*, págs. 413 a 424 (J. Makarczyk ed., 1996).

²⁵ Aldo Z. Borda, “A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals”, *European Journal of International Law* (2013), núm. 24, págs. 649 y 652; O. J. Lissitzyn, “Reviewed Work: International Law, Vol. 1 (3rd ed.): International Law as Applied by International Courts and Tribunals por Georg Schwarzenberger”, *American Journal of International Law* (1959), vol. 53, pág. 197.

²⁶ *Ibid.*, en especial pág. 653 (en que se cita a Schwarzenberger).

²⁷ Véase Sienho Yee, “Article 38 of the ICJ Statute and Applicable Law: Selected Issues in Recent Cases”, *Journal of International Dispute Settlements* (2016), vol. 7, pág. 472.

²⁸ Véase Corte Internacional de Justicia, *Handbook of the International Court of Justice*, págs. 98 a 100, núm. de venta 1055 (2016), que puede consultarse en: www.icj-cij.org/public/files/publications/handbook-of-the-court-en.pdf (consultado por última vez el 27 de julio de 2021). (De hecho, ya en 1949, la Corte Internacional de Justicia reconoció esa “nueva situación” en relación con la Carta de las Naciones Unidas en *Advisory Opinion on Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, opinión consultiva, *ICJ Reports 1949*). (“La Corte se enfrenta aquí a una situación nueva. Las cuestiones a las que da lugar solo pueden resolverse comprendiendo que la situación está dominada por las disposiciones de la Carta consideradas a la luz de los principios de derecho internacional”). Desde entonces, en numerosas decisiones, la Corte ha reconocido expresamente la evolución del derecho internacional y ha subrayado la importancia de esa evolución para la determinación del derecho aplicable al caso en cuestión.

del mar, la delimitación de las fronteras marítimas, la responsabilidad del Estado, el derecho de los tratados, las relaciones consulares, el asilo, el derecho internacional del medio ambiente, la descolonización y la libre determinación, entre otros. La Corte, a su vez, suele aplicar las normas sustantivas a cuya conclusión ha llegado en decisiones anteriores. Con ese proceso, mediante decisiones judiciales que explican normas de derecho internacional, también contribuye a la consolidación, si no al desarrollo, del derecho internacional²⁹.

16. En cuanto al derecho internacional consuetudinario, según se explica en el memorando preparado por la Secretaría de la Comisión sobre el tema “Identificación del derecho internacional consuetudinario”, “[l]as decisiones de los tribunales nacionales cumplen dos funciones generales en la determinación del derecho internacional consuetudinario”³⁰. Una de ellas es la de poner de manifiesto la práctica estatal. La otra ayudar a la determinación de normas de derecho. Esta dualidad fue reconocida en las conclusiones finales de la Comisión sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario³¹. Así pues, tomando como base esa labor previa y la labor en curso sobre los principios generales del derecho, podría resultar de utilidad para el análisis de este tema considerar el papel que desempeñan las decisiones judiciales de las cortes y tribunales nacionales e internacionales en la interpretación y aplicación de las normas de derecho internacional articuladas en los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho, como se prevé en el Artículo 38.

17. Claro está que el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no surgió de la nada. En una obra de 1908, Oppenheim daba una idea de la situación previa a la redacción del Artículo 38:

Aparte del Tribunal Internacional de Presas acordado en la Segunda Conferencia de Paz de La Haya, pero aún no establecido, no existen cortes o tribunales internacionales que puedan definir estas normas consuetudinarias y aplicarlas de manera autorizada en causas que se conviertan en precedentes vinculantes para cortes y tribunales de rango inferior. Los especialistas en derecho internacional, y en especial los tratadistas, tienen que ocupar en cierto modo el lugar de los jueces y pronunciarse sobre si existe o no una costumbre establecida, si existe un uso únicamente en contraposición a una costumbre, si un uso reconocido ha madurado hasta convertirse en una costumbre, y otras cuestiones similares... Por ese motivo, los manuales de derecho internacional tienen mucha más importancia para la aplicación del derecho que los de otras ramas del derecho³².

18. El actual artículo 38, párrafo 1 d), se basa en el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional. El Comité Consultivo de Juristas de 1920, concretamente el Presidente Descamps, propuso el siguiente enunciado: la jurisprudencia internacional como medio de

²⁹ Véase Corte Internacional de Justicia, *Handbook of the International Court of Justice*, pág. 77, núm. de venta 1055 (2016), que puede consultarse en: www.icj-cij.org/public/files/publications/handbook-of-the-court-en.pdf (consultado por última vez el 27 de julio de 2021). (Se llega a la conclusión de que “[u]n fallo de la Corte no se limita a decidir una controversia en particular, sino que, inevitablemente, contribuye también al desarrollo del derecho internacional. Plenamente consciente de ello, la Corte tiene en cuenta esos dos objetivos al preparar y redactar sus fallos”).

³⁰ Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional: *Identificación del derecho internacional consuetudinario: La función de las decisiones de los tribunales nacionales en la jurisprudencia de los tribunales y cortes internacionales de carácter universal a los fines de la determinación del derecho internacional consuetudinario*, Memorando de la Secretaría, 9 de febrero de 2016 (A/CN.4/691).

³¹ Véase, por ejemplo, Naciones Unidas (2018), *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 70º período de sesiones* (A/73/10), págs. 129 a 131 (conclusiones 6, 10, 13 y 14). Abarcan, en algunos de estos casos, tanto las decisiones judiciales de los tribunales nacionales como la doctrina de los publicistas.

³² Aldo Z. Borda, “A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals”, *European Journal of International Law* (2013), vol. 24, págs. 649 y ss., en especial pág. 659. Véase también L. F. L. Oppenheim, “The Science of International Law: Its Task and Method”, *American Journal of International Law* (1908), vol. 2, pág. 313.

aplicación y desarrollo del derecho³³. Hubo cierta oposición. En debates ulteriores, el Presidente Descamps dijo que, sin duda, la doctrina y la jurisprudencia no creaban el derecho, pero que ayudaban a determinar las normas existentes. Y añadió que un juez debía recurrir a la jurisprudencia y a la doctrina, aunque solo con fines de elucidación³⁴. La propuesta inicial de Descamps no fue aprobada. En un debate posterior, el Sr. Root y el Sr. Phillimore presentaron una formulación alternativa³⁵. Ante la continua oposición, Descamps sugirió la siguiente formulación: “la Corte tendrá en cuenta las decisiones judiciales y los escritos de los publicistas más reputados de las distintas naciones como medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho”³⁶. El propio Descamps también propuso que se añadiera “como medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho”. El texto se aprobó sin cambios³⁷. Así pues, como parte del estudio propuesto, se espera que un examen detenido de la historia de la redacción de la disposición pueda resultar útil para aclarar la función prevista y el lugar actual de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional.

IV. Decisiones judiciales

19. En el primer párrafo del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se indica claramente que las “decisiones judiciales” son un “medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”³⁸. Dicho esto, como ha argumentado un autor, “esta fórmula subestima el papel que desempeñan las decisiones de las cortes y tribunales internacionales en el proceso de creación de normas. Fallos razonados de forma convincente a menudo tienen una influencia notable en el proceso de creación de normas, aun cuando, en teoría, los tribunales aplican el derecho vigente y no crean normas nuevas”³⁹. Por supuesto que las decisiones de la Corte Internacional de Justicia no son obligatorias, sino para las partes, e incluso entonces, solo respecto del caso que ha sido decidido (Artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia)⁴⁰. Así pues, aunque no exista una obligatoriedad de respetar el precedente ante la Corte similar a la que se observa en los ordenamientos jurídicos del derecho anglosajón (*common law*), en que hay una jerarquía de los precedentes judiciales con arreglo a la cual los precedentes establecidos por los tribunales de rango superior son vinculantes para los tribunales de rango inferior, en la práctica, la Corte Internacional de Justicia se basa en sus propias decisiones anteriores. Ello redundaría en una mayor previsibilidad y coherencia en la aplicación del derecho internacional. Además, ayuda a promover la seguridad jurídica respecto de los Estados y las organizaciones internacionales. La Corte solo se aparta de decisiones anteriores por razones de peso y, cuando lo hace, suele ofrecer una justificación razonada.

20. A veces puede resultar difícil determinar si la interpretación del Artículo 38, párrafo 1, ha de ser estricta o amplia. La Corte también se basa, naturalmente, en la labor de su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional. Lo mismo hacen las partes que recurren a la Corte. Asimismo, las partes y los terceros que puedan intervenir suelen remitirse ampliamente tanto a decisiones judiciales como a escritos u obras académicas. En sus conclusiones, la Corte también se remite con frecuencia, tal vez como cabría esperar, a decisiones de otras cortes y tribunales internacionales y nacionales. Solo en un número relativamente reducido de casos ha citado obras de académicos en sus principales fallos,

³³ *Ibid.*, pág. 651.

³⁴ *Ibid.*, pág. 652.

³⁵ Aldo Z. Borda, “A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals”, *European Journal of International Law* (2013), vol. 24, págs. 649 y ss., en especial pág. 652.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Art. 38, párr. 1 d), Carta de las Naciones Unidas (1945), Anexo I, en especial págs. 21 a 30.

³⁹ Rudolf Bernhardt, “Custom and Treaty in the Law of the Sea”, en *Recueil Des Cours: Collected Courses of the Hague Academy of International Law* (1987), vol. 205, págs. 247 a 330.

⁴⁰ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, art. 59, Carta de las Naciones Unidas (1945), Anexo I, en especial págs. 21 a 30.

aunque la labor de órganos especializados, como la Comisión, parece ocupar un lugar destacado a la hora de pronunciarse en una causa o de emitir una opinión consultiva.

21. En la actualidad, la Corte se remite cada vez más a decisiones judiciales de otras cortes y tribunales, siguiendo una tendencia que solo cabe esperar que se acentúe a medida que se impone la especialización en el derecho internacional. La Corte ha citado, por ejemplo, al Tribunal Internacional del Derecho del Mar⁴¹, a la Corte Centroamericana de Justicia⁴², al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁴³ (ahora Tribunal de Justicia de la Unión Europea), algunos laudos arbitrales⁴⁴ y a órganos regionales de derechos humanos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁵, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁶ y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos⁴⁷. En relación con esta última, en 2010, en su fallo en la causa relativa a *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. la República Democrática del Congo)*, la Corte se remitió a la interpretación que la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos hacía del artículo 12, párrafo 4, de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos⁴⁸. La Corte dijo:

[c]uando la Corte tiene que aplicar un instrumento regional de protección de los derechos humanos, ha de tener debidamente en cuenta la interpretación de dicho instrumento que hayan hecho los órganos independientes creados específicamente, de ser el caso, para supervisar la correcta aplicación del tratado en cuestión⁴⁹.

22. Además, la Corte Internacional de Justicia se ha remitido con frecuencia a la labor de tribunales especializados, como el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia⁵⁰ y el Tribunal Penal Internacional para Rwanda⁵¹, en relación con cuestiones de derecho penal internacional y de derecho internacional humanitario. En algunos casos, como los citados en

⁴¹ Véase *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, 19 de noviembre, págs. 624 y ss., en especial, pág. 666, párr. 114.

⁴² Véase *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras: Nicaragua intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 1992*, 11 de septiembre, págs. 351 y ss., en especial pág. 599, párr. 401 (en referencia al fallo en la causa relativa a *El Salvador contra Nicaragua, American Journal of International Law*, pág. 674 (Corte Centroamericana de Justicia, 1917)).

⁴³ Véase *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (The former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*, fallo, 5 de diciembre, *I.C.J. Reports 2011*, págs. 644 y ss., en especial págs. 678 y 679, párr. 109.

⁴⁴ Véase *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, fallo, 8 de octubre, *I.C.J. Reports 2007*, págs. 659 y ss., en especial pág. 701, párr. 133 (en referencia al laudo dictado el 24 de marzo de 1922 por el Consejo Federal Suizo en la Disputa Fronteriza entre Colombia y Venezuela (1922), *R.I.A.A.*, vol. I, págs. 223 y ss.). Sobre la misma causa, en el párrafo siguiente, la Corte también se refirió al laudo dictado el 23 de enero de 1933 por el Tribunal Especial de Límites en el caso de las fronteras de Honduras (Guatemala contra Honduras) (1949), *R.I.A.A.*, vol. II, pág. 1325).

⁴⁵ Véase *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo)*, indemnización, 19 de junio, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 324 y ss., en especial pág. 331, párr. 13.

⁴⁶ Véanse *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, fallo, 26 de febrero, *I.C.J. Reports 2007*, págs. 43 y ss., en especial pág. 92, párr. 119; *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo)*, indemnización, 19 de junio, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 324 y ss., en especial pág. 331, párr. 13, y *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, 3 de febrero, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 99 y ss., en especial pág. 132, párr. 72.

⁴⁷ Véase *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo)*, cuestiones de fondo, fallo, 30 de noviembre, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 639 y ss., en especial págs. 663 y 664, párrs. 66 y 67.

⁴⁸ *Ibid.*, pág. 664, párr. 67.

⁴⁹ *Ibid.* Véase también en Mads Andenas y Johann R. Leiss, "The Systemic Relevance of 'Judicial Decisions' in Article 38 of the ICJ Statute", *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (2017), vol. 77, págs. 907 a 972, un análisis a fondo del artículo 38 y del enfoque de la Corte Internacional de Justicia sobre las decisiones judiciales.

⁵⁰ Véase *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, fallo, 26 de febrero, *I.C.J. Reports 2007*, págs. 43 y ss., en especial pág. 130, párr. 212.

⁵¹ *Ibid.*, pág. 126, párr. 198.

el párrafo anterior, la Corte ha tenido en cuenta resoluciones de tribunales especializados. Del mismo modo, dado que cada ámbito del derecho internacional forma parte de un ordenamiento jurídico internacional más amplio, esos tribunales también suelen remitirse a la Corte Internacional de Justicia en busca de una orientación autorizada sobre la situación del derecho internacional en cuestiones fundamentales, además de a las fuentes mencionadas en el Artículo 38.

23. Asimismo, podría ser interesante examinar la práctica de los tribunales especializados y de los tribunales nacionales en el seguimiento de las decisiones de la Corte sobre cuestiones de derecho internacional general, en el marco de lo que suele denominarse diálogo judicial entre las distintas cortes y tribunales⁵². Por ejemplo, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia se ha referido a estos medios auxiliares contemplados en el Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. A modo de ejemplo, en la causa *Kupreškić y otros*, la Sala de Primera Instancia del Tribunal dijo que, al ser de carácter internacional, el Tribunal no podía sino basarse en las fuentes bien establecidas del derecho internacional y, en ese marco, en las decisiones judiciales⁵³. En cuanto al valor que debía darse a esas decisiones, la Sala de Primera Instancia consideró que solo debían utilizarse como medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho⁵⁴. El Tribunal aclaró, además, que el precedente judicial no es una fuente de derecho específica en el enjuiciamiento penal internacional⁵⁵. A ese respecto, el artículo 20, párrafo 3, del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona especifica que los magistrados de la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial se guiarán por las decisiones de la Sala de Apelaciones de los Tribunales Internacionales para la ex-Yugoslavia y para Rwanda⁵⁶. No obstante, el Tribunal Especial para Sierra Leona subrayó que esa disposición no suponía que las decisiones de esos tribunales internacionales constituyeran fuentes directas ni que fueran vinculantes para el Tribunal⁵⁷.

24. Una posición similar puede observarse en el caso de la Corte Penal Internacional, cuyo corpus de derecho aplicable según el artículo 21⁵⁸ del Estatuto de Roma refleja, en gran medida, las fuentes enumeradas en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Aparte de aplicar su propio estatuto, así como los tratados pertinentes y otros principios y normas de derecho internacional, además de los principios generales derivados del derecho interno de los ordenamientos jurídicos del mundo, incluida la legislación de los

⁵² Véase, por ejemplo, el análisis académico del diálogo judicial en el ámbito del derecho de los derechos humanos en *Special Issue: Judicial Dialogue in Human Rights*, editado por Elżbieta Karska y Karol Karski, *International Community Law Review* (2019), vol. 21, pág. 5.

⁵³ Aldo Z. Borda, “A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals”, *European Journal of International Law* (2013), vol. 24, págs. 649 y ss., en especial pág. 653; véase también L. F. L. Oppenheim, “The Science of International Law: Its Task and Method”, *American Journal of International Law* (1908), vol. 2, pág. 313.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Aldo Z. Borda, “A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals”, *European Journal of International Law* (2013), vol. 24, págs. 649 y ss., en especial pág. 653.

⁵⁶ Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, art. 20, párr. 3, 16 de enero de 2002, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2178, pág. 145.

⁵⁷ Véase *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay et. al.*, causa núm. SCSL-04-15-T, fallo, 2 de marzo de 2009, Tribunal de Primera Instancia, pág. 295. Para un comentario sobre las contribuciones de la jurisprudencia del Tribunal Especial para Sierra Leona al derecho internacional, véanse Charles C. Jalloh, *The Legal Legacy of the Special Court for Sierra Leone* (Cambridge University Press, 2020); Charles C. Jalloh (ed.), *The Sierra Leone Special Court and Its Legacy: The Impact for Africa and International Criminal Law* (Cambridge University Press, 2014); *Symposium: The Legal Legacy of the Special Court for Sierra Leone*, *FIU Law Review* (2021), vol. 15, núm. 1; Charles C. Jalloh, “The Continued Relevance of the Contributions of the Sierra Leone Tribunal to International Criminal Law”, *FIU Law Review* (2021), vol. 15, núm. 1, págs. 1 a 13; Charles C. Jalloh, “Closing Reflections on the Contributions on the SCSL’s Legal Legacy”, *FIU Law Review* (2021), vol. 15, núm. 1, págs. 91 a 95.

⁵⁸ Véase un excelente comentario en Margaret M. deGuzman, “Article 21”, en O. Triffterer y K. Ambos, eds., *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (3ª ed., Munich y Oxford, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016), págs. 932 a 948.

Estados que normalmente tendrían competencia para conocer de diversos delitos dentro de su jurisdicción, la Corte Internacional de Justicia puede aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.

25. Si bien el lugar que ocupan las decisiones judiciales, incluidas las de otras cortes y tribunales, dependerá de los estatutos o instrumentos constitutivos correspondientes e incluso de la jurisprudencia de esas cortes y tribunales, existe una práctica muy diversa en relación con el recurso a decisiones judiciales para determinar las normas jurídicas aplicables en un caso concreto como medio auxiliar para la determinación del derecho. Ello lleva a plantear la cuestión: ¿qué es una “decisión judicial”? Además, el término “decisiones judiciales”, que figura en el Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte no va acompañado del calificativo “internacional” o “nacional”, ni siquiera “regional”, lo que parece sugerir que quizá sea necesario entender de manera más general los términos “judicial” y “decisiones”.

26. También siguen planteándose cuestiones acerca de la relevancia y el peso de las decisiones de los tribunales nacionales, frente a las de las cortes y tribunales internacionales, así como de las de los órganos jurisdiccionales regionales y los tribunales cuasijudiciales, en la determinación de las normas de derecho *internacional* en el contexto de las fuentes. Asimismo, es legítimo preguntarse si, en el contexto de la determinación de normas específicas, la labor de los grupos *ad hoc* especializados o de árbitros designados por una o dos partes en litigio deberían tener el mismo peso que las decisiones de órganos judiciales establecidos por cortes o tribunales internacionales o regionales creados por Estados, especialmente los de carácter universal o cuasiuniversal. Este es el caso, en particular, en ámbitos como el derecho internacional de las inversiones o cuando la decisión de esos órganos arbitrales se aparta de las normas de derecho internacional existentes.

27. En algunos casos, también se ha planteado como motivo de preocupación que diferentes cortes y tribunales internacionales puedan conocer de una misma controversia simultáneamente, o llegar a conclusiones contradictorias respecto de la misma norma internacional, lo que daría lugar a cuestiones relativas a sus respectivas competencias institucionales y a las relaciones jerárquicas existentes entre esas instancias⁵⁹. Aunque esas preocupaciones y cuestiones pueden tener cierta importancia, quedan fuera del alcance del presente tema.

28. En este contexto más amplio, debería ser posible identificar una metodología que pueda ayudar a establecer el valor y el peso que debe atribuirse a las decisiones judiciales como medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho internacional aplicables. Ello permitiría a la Comisión adoptar un enfoque coherente que podría ser de utilidad para los Estados, las organizaciones internacionales, las cortes y tribunales, así como para los académicos y profesionales del derecho internacional.

V. Las doctrinas de los publicistas de mayor competencia

29. Un segundo aspecto que se señala en el Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, es que “las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones” son también un “medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”. Es cierto que, históricamente, la labor de los académicos reconocidos ha sido de gran importancia para dilucidar las normas de derecho internacional aplicables⁶⁰. Esa importancia parece ser ahora algo menor, en parte porque los Estados han regulado cada vez más ámbitos tomando como base instrumentos internacionales y, cuando estos no existen o resultan insuficientes, recurriendo, en su caso, al derecho internacional consuetudinario y a

⁵⁹ La preocupación por la fragmentación y los conflictos entre regímenes también ha dado lugar a debates sobre la unidad, coherencia y legitimidad del derecho internacional. Véase, a este respecto, *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), en especial págs. 192 a 202 (A/CN.4/SER.A/2006/Add.1); Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional: *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, 13 de abril de 2006, en especial págs. 14 y 15, párr. 13 (A/CN.4/L.682).

⁶⁰ Véase Sandesh Sivakumaran, “The Influence of Teachings of Publicists on the Development of International Law”, *International and Comparative Law Quarterly* (2017), vol. 66, pág. 1. Véase también Sondre T. Helmersen, “Scholarly Judicial Dialogue in International Law”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* (2017), vol. 16, pág. 464.

los principios generales del derecho, aunque en el proceso de determinación de la existencia y el contenido de las normas aplicables a partir de esas fuentes también suelen consultarse obras académicas. Las cortes y tribunales, independientemente de “las doctrinas” de “los publicistas de mayor competencia”, también pueden acceder con medios electrónicos al extenso *corpus* de práctica estatal que figura en compendios y otras fuentes fiables que recopilan esa información. Esto parece limitar la necesidad de basarse en la labor de los “publicistas”.

30. Los distintos tribunales y sistemas jurídicos nacionales e internacionales adoptan enfoques diferentes respecto de las doctrinas de los publicistas, o de la doctrina en general, en el contexto de la determinación de las normas de derecho, ya sean de carácter nacional o internacional. Mientras que las doctrinas de los publicistas solo están presentes en cierta medida en los fallos de la Corte Internacional de Justicia y hay un número relativamente reducido de fallos que hace referencia a ellas, las obras académicas ocupan un lugar muy destacado en los votos particulares de los magistrados, así como en las resoluciones de otras numerosas cortes y tribunales internacionales. También son habituales en decisiones de tribunales regionales y otros tribunales internacionales. Entre ellos cabe citar el Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Tribunales Penales Internacionales, incluida la Corte Penal Internacional, además de otros órganos, como los de la Organización Mundial del Comercio. A menudo, algunas cortes y tribunales nacionales e internacionales incluso reciben o solicitan con frecuencia opiniones de académicos que actúan como *amicus curiae* en relación con cuestiones jurídicas específicas.

31. Si las obras de académicos o publicistas tienen cierto peso, al menos como ayuda para la interpretación, parece que las que proceden de grupos de académicos y de ciertos órganos de expertos podrían considerarse aún más autorizadas. Una cuestión previa sería si se puede considerar que las obras conjuntas de expertos forman parte de las doctrinas de los publicistas. Si así fuera, también habría que distinguir entre los resultados de la labor de órganos de expertos de carácter estrictamente *privado* y la de órganos de expertos creados por Estados u organizaciones internacionales. Sin duda, los dictámenes de grupos de juristas internacionales dedicados a evaluar científicamente el estatus del derecho que constituye codificación o desarrollo progresivo podrían resultar útiles e influyentes. Así pues, podrían entrar en la categoría de “doctrinas”. Algunos ejemplos de estos grupos de expertos serían los grupos *ad hoc* y los grupos permanentes, como el Harvard Research in International Law (1929-1932), el Institut de Droit International y la International Law Association (Asociación de Derecho Internacional). Todos estos órganos, de carácter privado, han hecho, en diferentes momentos de la historia, aportaciones de utilidad para la clarificación y el avance de ciertos ámbitos del derecho internacional.

32. Los órganos creados por Estados, por ejemplo los establecidos por tratados y a los que se han encomendado funciones específicas con arreglo a dichos tratados, como el Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura y el Comité Internacional de la Cruz Roja, pueden tener, dependiendo de la cuestión de que se trate, cierta autoridad en la determinación de las normas de derecho internacional aplicables (al menos en lo que se refiere a la interpretación de aspectos jurídicos que entran en su ámbito de competencia). Una consideración similar podría tener la labor de órganos jurídicos o de codificación de ámbito regional, como la Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana, la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana, el Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público del Consejo de Europa o el Comité Jurídico Interamericano, que están vinculados a Estados o a organizaciones creadas por Estados, si bien a nivel regional. Así se ha reconocido en anteriores trabajos de la Comisión, por ejemplo en los proyectos de conclusión en que se aborda el dictamen de los órganos de expertos en el contexto del tema de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados⁶¹. Por tanto, parecería adecuado llevar a cabo un nuevo examen en relación con el Artículo 38, párrafo 1.

⁶¹ Naciones Unidas (2018), *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 70º período de sesiones (A/73/10)*, pág. 122, párr. 18. (“A menudo, un acuerdo de todas las

33. De manera análoga, se *podría* considerar la labor de la Comisión en el cumplimiento del mandato que le ha encomendado la Asamblea General de ayudar a los Estados a promover el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación de conformidad con el Artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas. De hecho, la Comisión, sus miembros y sus relatores especiales no solo se remiten a menudo a decisiones judiciales, sino que también lo hacen sistemáticamente a las “doctrinas” de los académicos. Estas referencias aparecen, por ejemplo, en los informes y en los comentarios a los artículos, principios y directrices aprobados, así como en los debates en sesión plenaria y en los comités de redacción. Con arreglo a su Estatuto, la Comisión puede incluso establecer relaciones más estrechas con esas autoridades, dado que también tiene la posibilidad de consultar formalmente con “instituciones científicas y con especialistas” (artículo 16). Además, se requiere expresamente que presente sus proyectos de artículos a la Asamblea General, acompañados de “[u]na presentación adecuada de los precedentes y otros datos pertinentes, con inclusión de tratados, *sentencias judiciales* y *doctrina*” (artículo 20 a)).

34. En cuanto a la codificación, para la evaluación de la práctica estatal la Comisión podría solicitar a los Gobiernos “leyes, decretos, *sentencias judiciales...*” (artículo 19, párrafo 2). Del mismo modo, al determinar los medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario, la Comisión debe tener debidamente en cuenta la compilación y publicación de “documentos relativos a la práctica de los Estados y a las *decisiones de los tribunales nacionales e internacionales* en materia de derecho internacional” (artículo 24). Tales disposiciones legales parecen demostrar la relevancia de esas decisiones, no solo para los órganos judiciales, sino también para los órganos internacionales de especialistas en derecho que prestan asistencia en la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional. Dicho esto, la Comisión se ha abstenido de reclamar un estatus o autoridad especial para su propia obra, lo que es comprensible, si bien hay tribunales y académicos que tienden a atribuirle cierta autoridad.

35. Al final, aunque omnipresentes en las cortes y tribunales nacionales e internacionales y en la labor de los expertos y de la Comisión, al menos como ayuda para la interpretación del derecho, las obras de especialistas en derecho, grupos de estos especialistas y otros órganos especializados han atraído una atención más limitada como medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho internacional. No obstante, como señaló el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el asunto *Paquete Habana*, “[a] esas obras recurren con frecuencia las cortes y tribunales de justicia, no para conocer las especulaciones de sus autores sobre qué debería constituir derecho, sino para encontrar en ellas pruebas fidedignas de qué es derecho en realidad”⁶². Así pues, la calidad, objetividad y exhaustividad de las obras son vitales para que estas se consideren autorizadas. Podrían resultar de interés las cuestiones relativas a cómo evaluar la influencia de los académicos y sus obras mediante enfoques empíricos o de otro tipo.

36. Curiosamente, después de la decisión en el asunto *Paquete Habana*, en 1900, no parece que haya habido muchos intentos de sistematizar la categoría de “decisiones judiciales” y las “doctrinas de los publicistas de mayor competencia”. En última instancia, tal vez debido a la naturaleza del tema, sigue sin ser uniforme la manera en que se valoran metodológicamente las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones y el peso que se les asigna en la determinación de las normas de derecho aplicables. También cabe plantear, en un mundo multicultural y pluralista,

partes en un tratado, o incluso de únicamente una gran parte de ellas, acerca de la interpretación expuesta en un pronunciamiento solo es concebible si puede considerarse la falta de objeciones como acuerdo de los Estados partes que han guardado silencio. El proyecto de conclusión 10, párrafo 2, establece, como norma general, que “[e]l silencio de una o más partes puede constituir aceptación de la práctica ulterior cuando las circunstancias requieran alguna reacción”. La segunda oración del párrafo 3 no pretende reconocer una excepción a esta norma general, sino que trata de precisar y aplicar la norma a los casos típicos de pronunciamientos de órganos de expertos”). Véase también Georg Nolte (Relator Especial sobre el tema “Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados”), *Cuarto informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados*, 7 de marzo de 2016 (A/CN.4/694).

⁶² Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677, 20 S. Ct. 290 (1900), págs. 686 a 700.

cómo se utiliza el lenguaje del derecho internacional para que la construcción de entendimientos del derecho internacional por los publicistas pueda ser realmente representativa de un sistema de derecho internacional universal.

VI. Alcance del tema y posibles cuestiones que habría que abordar

37. Teniendo en cuenta lo anterior, se propone que el estudio de la Comisión abarque algunas cuestiones subyacentes en relación con el Artículo 38, párrafo 1 d), con objeto de determinar cómo han utilizado los “medios auxiliares” los Estados, las cortes y tribunales internacionales y las organizaciones internacionales, así como los órganos de expertos de carácter privado y gubernamentales y el mundo académico, en el proceso de determinación de las normas de derecho (internacional) aplicables.

38. Sin excluir otras cuestiones o aspectos que puedan surgir en el transcurso de la labor sobre el tema, cabe sugerir que la Comisión analice principalmente lo siguiente:

- i) La descripción del tema, los objetivos y la metodología;
- ii) La naturaleza y el alcance de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho:
 - a) Los orígenes de los medios auxiliares, incluida la historia de la redacción durante la creación de la Corte Permanente de Justicia Internacional, y el papel funcional que desempeñan en diferentes ámbitos del derecho internacional, como el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho penal internacional y el derecho económico internacional, entre otros;
 - b) El alcance y la terminología en relación con los “medios auxiliares”, incluido el significado de “medios”, “auxiliares”, “decisiones”, “judiciales”, “determinación”, “normas de derecho”, “doctrinas”, “publicistas”, “de mayor competencia” y “distintas naciones”;
 - c) El estatus de los medios auxiliares y su uso por parte de los Estados, en particular en las decisiones de órganos jurisdiccionales internacionales, así como, en última instancia, en las decisiones judiciales y en las doctrinas de los publicistas, como prueba del derecho internacional;
 - d) Las funciones de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho y la relación entre ellos, también en las cortes y tribunales nacionales e internacionales, así como las diferencias que pueda haber al respecto entre los distintos ordenamientos jurídicos;
- iii) La relación de los medios auxiliares con las fuentes del derecho internacional: es decir, los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho;
- iv) Los diversos métodos para determinar el peso y el valor asignados a las decisiones judiciales y el peso de las doctrinas de los publicistas de las distintas naciones como medio auxiliar para determinar las normas de derecho y la diferencia existente entre el peso asignado a las obras de académicos frente a las de grupos de académicos y órganos de expertos oficiales o de otro tipo en los distintos ordenamientos jurídicos;
- v) Una bibliografía que incluya una relación de obras en distintos idiomas sobre medios auxiliares en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 d), recopiladas en el curso del estudio y solicitadas a los Estados;
- vi) Posibles resultados del estudio (conclusiones), y
- vii) Otras cuestiones.

VII. Propuesta de método de trabajo sobre el tema

39. El método de trabajo sobre el tema se basará en documentación y bibliografía primaria y secundaria. La labor se guiará principalmente por la amplia práctica estatal, los tratados y otros instrumentos internacionales, las decisiones judiciales de cortes y tribunales nacionales, regionales e internacionales competentes, así como por la legislación, los decretos y otra

documentación nacional. También se tendrán en cuenta las obras académicas, incluidas las de expertos y órganos de expertos y las de organizaciones internacionales pertinentes, atendiendo, en particular, a la naturaleza del presente tema y a la letra y el espíritu del Artículo 38, párrafo 1 d).

VIII. Conclusión

40. En general, parece que las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia son una forma de prueba del derecho internacional y que las cortes y tribunales internacionales y nacionales se remiten a ellas habitualmente. Según los términos empleados, solo son “medios auxiliares” para la “determinación” de las normas de derecho. No obstante, ante la confusión y la existencia de enfoques judiciales divergentes entre cortes y tribunales nacionales e internacionales, parece haber margen para aportar mayor claridad sobre qué decisiones judiciales y doctrinas se incluyen, así como sobre sus posibles efectos, jurídicos y de otro tipo, en el sistema del derecho internacional moderno. En este contexto, un estudio exhaustivo del Artículo 38, párrafo 1 d), podría ayudar a complementar la labor principal de la Comisión sobre la identificación de las normas de derecho internacional y los temas de los que se ha ocupado recientemente en este importante ámbito del derecho internacional general. Con ello, la Comisión podría contribuir significativamente a la codificación y al desarrollo progresivo del derecho internacional en relación con el tema clásico de las fuentes del derecho internacional.

Bibliografía preliminar/seleccionada

1. Instrumentos jurídicos

Statute of the International Court of Justice, U.N. Charter, Annex I, at 21-30 (1945).

Statute of the Special Court for Sierra Leone, Jan. 16, 2002, 2178 U.N.T.S. 145.

Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331.

Vienna Convention on the Succession of States in Respect of Treaties, Aug. 23, 1978, 1946 U.N.T.S. 3.

Vienna Convention on the Law of Treaties Concluded Between States and International Organizations, or between International Organization, Mar. 21, 1986, 1155 U.N.T.S. 331.

2. Documentos de la Comisión de Derecho Internacional

Georg Nolte (Special Rapporteur for subsequent practice in relation to treaty interpretation), *Fourth report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation*, U.N. Doc. [A/CN.4/694](#) (Mar. 7, 2016).

Marcelo Vázquez-Bermúdez (Special Rapporteur for general principles of law), *First report on general principles of law*, U.N. Doc. [A/CN.4/732](#) (Apr. 5, 2019).

Marcelo Vázquez-Bermúdez (Special Rapporteur for general principles of law), *Second report on general principles of law*, U.N. Doc. [A/CN.4/741](#) (Apr. 9, 2020).

Sir Michael Wood (Special Rapporteur for identification of customary international law), *Second report on identification of customary international law*, U.N. Doc. [A/CN.4/672](#) (May 22, 2014).

Sir Michael Wood (Special Rapporteur for identification of customary international Law), *Third report on identification of customary international law*, U.N. Doc. [A/CN.4/682](#) (Mar. 27, 2015).

Sir Michael Wood (Special Rapporteur for identification of customary international law), *Fourth report on identification of customary international law*, U.N. Doc. [A/CN.4/695](#) (Mar. 8, 2014).

Sir Michael Wood (Special Rapporteur for identification of customary international law), *Fifth report on identification of customary international law*, U.N. Doc. [A/CN.4/717](#) (Mar. 14, 2018).

Int'l Law Comm'n, Rep. on the Work of the Thirty-fourth Session, U.N. Doc. [A/37/10](#) (1982).

Int'l Law Comm'n, Rep. on the Work of its Forty-fourth Session, U.N. Doc [A/47/10](#) (1992).

Int'l Law Comm'n, Rep. on the Work of its Forty-eighth Session, U.N. Doc [A/51/10](#) (1996).

Int'l Law Comm'n, Rep. on the Work of the Sixty-third Session, U.N. Doc. [A/66/10](#) (2011).

Int'l Law Comm'n, Rep. on the Work of the Seventieth Session, U.N. Doc. [A/73/10](#) (2018).

Int'l Law Comm'n, Rep. on the Work of the Seventy-first Session, U.N. Doc. [A/74/10](#) (2019).

Int'l Law Comm'n, *Provisional summary record of the 3132nd meeting*, U.N. Doc. [A/CN.4/SR.3132](#) (May 22, 2012).

Int'l Law Comm'n, *Provisional summary record of the 3433rd meeting*, U.N. Doc. [A/CN.4/SR.3433](#) (July 19, 2018).

U.N. Secretariat, Identification of customary international law, The role of decisions of national courts in the case law of international courts and tribunals of a universal character for the purpose of the determinization of customary international law, Memorandum by the Secretariat, Int'l Law Comm'n, U.N. Doc. [A/CN.4/691](#) (Feb. 9, 2016).

U.N. Secretariat, General principles of law, Memorandum by the Secretariat, Int'l Law Comm'n, U.N. Doc. [A/CN.4/742](#), (May 12, 2020).

3. Jurisprudencia

A. *International Court of Justice*

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosn. & Herz. v. Serb. and Montenegro), Judgment, 2007 I.C.J. Rep. 43 (Feb. 26).

Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Rep. of Maced. v. Greece), Judgment, 2011 I.C.J. Rep. 644 (Dec. 5).

Ahmadou Sadio Diallo (Rep. of Guinea v. Dem. Rep. Congo), Judgment, 2010 I.C.J. Rep. 639 (Nov. 30).

Ahmadou Sadio Diallo (Rep. of Guinea v. Dem. Rep. Congo), Judgement, 2012 ICJ Rep. 324 (June 19).

Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd. (Belg. v. Spain), Judgment, 1970 I.C.J. Rep. 3 (Feb. 5).

Continental Shelf (Tunis./Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, 1982 I.C.J. Rep. 18 (Feb. 24).

Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, 1984 I.C.J. Rep. 3 (Mar. 21).

Jurisdictional Immunities of the State (Ger. v. It.: Greece intervening), Judgment, 2012 I.C.J. Rep. 99 (Feb. 3).

Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Sal. v. Hond.: Nicar. intervening), Judgment, 1992 I.C.J. Rep. 351 (Sept. 11)(Referring to the judgment in El Sal. v. Nicar. AJIL 674 (CACJ 1917)).

Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Eq. Guinea intervening), Judgment, 2002 I.C.J. Rep. 303 (Oct. 10).

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1996 I.C.J. Rep. 226 (July 8).

Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahr. (Qatar v. Bahr.), Merits, Judgment, 2001 I.C.J. Rep. 40 (Mar. 16).

Military and Paramilitary Activities (Nicar. V. U.S.), 1986 I.C.J. Rep. 14 (June 27).

North Sea Continental Shelf (F.R.G. v. Den., F.R.G., v. Neth.), Judgement, 1969 I.C.J. Rep. 3 (Feb. 20).

Nottebohm Case (Liech. v. Guat.), Preliminary Objection, Judgment, 1953 I.C.J. Rep. 111 (Nov. 18).

Territorial and Maritime Dispute (Nicar. v. Colom.), Judgment, 2012 I.C.J. Rep. 624 (Nov. 19).

Territorial and Maritime Dispute between Nicar. and Hond. in the Caribbean Sea (Nicar. v. Hond.), Judgment, 2007 I.C.J. Rep. 659 (Oct. 8) (Referring to the award rendered on Mar. 24, 1922 by the Swiss Federal Council in Frontier Dispute between Colombia and Venezuela, I.R.I.A.A. 223 (1922)).

B. Inter-American Court of Human Rights

Case of the Rochela Massacre v. Colom., Interpretation of the Judgment on Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 175 (Jan. 28, 2008).

Case of Cantoral Huamaní and García Santa Cruz v. Peru, Interpretation of the Judgment on Preliminary Objection, Merits, Reparations, and Costs, Judgement, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 176 (Jan 28, 2008).

Case of Escué Zapata v. Colom., Interpretation of the Judgment on Merits, Reparations, and Costs, Judgement, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 178 (May 5, 2008).

Case of the Miguel Castro Prison v. Peru, Interpretation of the Judgment on Merits, Reparations, and Costs, Judgement, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 181 (Aug. 2, 2008).

Case of Albán Cornejo et al. v. Ecuador, Interpretation of the Judgment on Merits, Reparations, and Costs, Judgement, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 183 (Aug. 5, 2008).

Case of the Saramaka People v. Surin., Interpretation of the Judgment on Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgement, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 185 (Aug. 12, 2008).

Case of García Prieto et al. v. El Sal., Interpretation of the Judgment on Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgement, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 188 (Nov. 24, 2008).

Case of Chaparro Álvarez and Lapo Íñiguez v. Ecuador, Interpretation of the Judgment on Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgement, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 189 (Nov. 26, 2008).

C. Other

Prosecutor v. Issa Hassan Sesay et. al., Case No. SCSL-04-15-T, Trial Court Judgment (Mar. 2, 2009).

The Paquete Habana, 175 U.S. 677, 20 S. Ct. 290 (1900).

4. Publicaciones

William J. Aceves, *Symposium Introduction: Scholarship as Evidence of International Law*, 26 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. R. 1 (2003).

Michael Akehurst, *Custom as a Source of International Law*, 47 Brit. Y.B. Int'l L. 1 (1975).

Rosanne van Alebeek & André Nollkaemper, *The legal status of decisions by human rights treaty bodies in national law*, in U.N. Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy 356-413 (H. Keller & G. Ulfstein eds., Cambridge Univ. Press, 2012).

Karen J. Alter et. al., *Backlash against International Courts in West, East and Southern Africa: Causes and Consequences*, 27 Eur. J. Int'l L. 293 (2016).

Mads Andenas & Johann R. Leiss, *The Systemic Relevance of "Judicial Decisions" in Article 38 of the ICJ Statute*, in 77 Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht 907-972 (2017).

Rudolf Bernhardt, *Custom and Treaty in the Law of the Sea*, in Recueil Des Cours: Collected Courses of the Hague Acad. Int'l L. (Vol. 205), 247-330 (1987).

- Eirik Bjorge, *The Convention as a Living Instrument Rooted in the Past, Looking to the Future*, 36 Hum. Rts. L. J. 243 (2016).
- Eirik Bjorge, *The convergence of the methods of treaty interpretation: Different regimes, different methods of interpretation?*, in A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law, 498–535 (Mads Andenas & Eirik Bjorge eds., Cambridge Univ. Press, 2015).
- Eirik Bjorge, *The Evolutionary Interpretation of Treaties* (Oxford University Press, 2014).
- Michael Bohlander, *The Influence of Academic Research on the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia—A First Overview*, in 3 The Global Community Y.B. Int'l L. & Juris. 195 (2003).
- Aldo Z. Borda, *A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals*, 24 Eur. J. Int'l Law 649 (2013).
- Christopher J. Borgen, *Resolving Treaty Conflicts*, 37 Geo. Wash. L. R. 573 (2005).
- Thomas Buergenthal, *Lawmaking by the ICJ and Other International Courts* (Cambridge Univ. Press, 2009).
- Philippe Cahier, *Le rôle du juge dans l'élaboration du droit international*, in Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century, 353-66 (J. Makarczyk ed., 1996).
- Jonathan I. Charney, *Is International Law Threatened by the Multiplication of International Tribunals?*, in Recueil Des Cours: Collected Courses of the Hague Acad. Int'l L. (Vol. 271), 101-372 (1999).
- Bin Cheng (ed.), *International Law: Teaching and Practice* (Stevens, Lond., 1982).
- Hiram E. Chodosh, *An Interpretive Theory of International Law: The Difference Between Treaty and Customary Law*, 28 Vand. J. Transnat'l L. 973 (1995).
- H. Vern Clemons, *The Ethos of the International Court of Justice is Dependent Upon the Statutory Authority Attributed to its Rhetoric: A Metadiscourse*, 20 Fordham Int'l L. J. 1479 (1996).
- James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (9th ed., Oxford Univ. Press, 2019).
- Jean D'Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules* (Oxford Univ. Press, 2013).
- Lori F. Damrosch et. al., *Scholars in the Construction and Critique of International Law*, 94 Am. Soc'y Int'l L. 317 (2021).
- Margaret M. deGuzman, "Article 21", in O. Triffterer and K. Ambos, eds., *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (3rd ed., Munich and Oxford, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016) 932–948.
- Favio Farinella, *Reinterpretación de las fuentes del Derecho Internacional desde una perspectiva de derechos humanos*, 15 Rev. Anuales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales 407 (2018).
- Bardo Fassbender & Anne Peters (eds.), *The Oxford Handbook of the History of International Law* (Oxford Univ. Press, 2012).
- Andreas Føllesdal, *To Guide and Guard International Judges*, 46 N. Y. U. J. Int'l L. & Pol. 793 (2014).
- Mathias Forteau, *Comparative International Law Within, Not Against, International Law: Lessons from the International Law Commission*, 109 Am. J. Int'l L. 498 (2015).
- Jean P.A. François, *L'influence des publicistes sur le développement du droit international*, in Mélanges en l'honneur de Gilbert Gidel, 275-81 (Sirey, Paris, 1961).
- Gilbert Guillaume, *The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators*, 2 J. Int'l Disp. Settlement 5 (2011).

- Gilbert Guillaume, *Le précédent dans la justice et l'arbitrage international*, 3 J. De Droit Int'l 685 (2010).
- Sondre T. Helmersen, *The Application of Teachings by the International Tribunal for the Law of the Sea*, 11 J. Int'l Disp. Settlement 20 (2020).
- Sondre T. Helmersen, *Scholarly Judicial Dialogue in International Law*, 16 L. & Pract. of Int'l Cts. & Trib. 464 (2017).
- Sondre T. Helmersen, *The Application of Teachings by the International Court of Justice* (Cambridge Univ. Press, 2021).
- Larissa van den Herik, *The decline of customary international law as a source of international criminal law*, in *Custom's Future: International Law in a Changing World*, 230-52 (C. A. Bradley ed., Cambridge Univ. Press, 2016).
- Larissa van den Herik, *Using custom to reconceptualize crimes against humanity*, in *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, 80-105 (S. Darcy & J. Powderly eds., Oxford Univ. Press, 2010).
- Gleider I. Hernández, *The International Court of Justice and the Judicial Function* (Oxford Univ. Press, 2014).
- Jakob v. H. Holtermann & Mikael R. Madsen, *European New Legal Realism and International Law: How to Make International Law Intelligible*, 28 Leiden J. Int'l L. 211 (2015).
- Charles C. Hyde, *International Law as Interpreted and Applied by the United States* (Vol. 1) (Sagwan Press, 2018).
- Clifford J. Hynning, *Sources of International Law*, 34 Chi.-Kent L. Rev. 116 (1956).
- Int'l Ct. of Justice, *Handbook of the International Court of Justice*, U.N. Sales No. 1055 (2016), available at <https://www.icj-cij.org/files/publications/handbook-of-the-court-en.pdf> (last accessed July 27, 2021).
- Charles C. Jalloh, *The Legal Legacy of the Special Court for Sierra Leone* (Cambridge Univ. Press, 2020).
- Charles C. Jalloh (ed.), *The Sierra Leone Special Court and Its Legacy: The Impact for Africa and International Criminal Law* (Cambridge Univ. Press, 2014).
- Symposium, *The Legal Legacy of the Special Court for Sierra Leone*, 15 FIU L. Rev. 1 (2021).
- Charles C. Jalloh, *The Continued Relevance of the Contributions of the Sierra Leone Tribunal to International Criminal Law*, 15 FIU L. Rev. 1, 1-13 (2021).
- Charles C. Jalloh, *Closing Reflections on the Contributions on the SCSL's Legal Legacy*, 15 FIU L. Rev. 1, 91-95 (2021).
- Robert Y. Jennings, *The judiciary, international and national, and the development of international law*, 45 Int'l & Comp. L. Q. 1 (1996).
- Robert Y. Jennings, *International Lawyers and the Progressive Development of International Law*, in *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*, 413-24 (J. Makarczyk ed., 1996).
- Jörg Kammerhofer, *Lawmaking by scholars*, in *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, 305-25 (C Brölmann & Y Radi eds., Edward Elgar, 2016).
- David Kennedy, *The Sources of International Law*, 2 Am. Univ. Int'l L. Rev. 1 (1987).
- Thomas Kleinlein, *Judicial Lawmaking by Judicial Restrain? The Potential of Balancing in International Economic Law*, 12 Ger. L. J. 1141 (2011).
- Robert Kolb, *The International Court of Justice* (Hart, 2016).

- Manfred Lachs, *The Teacher in International Law: Teachings and Teaching* (2d ed., Martinus Nijhoff, 1987).
- Evangelia Linaki, *Judicial Decisions: What kind of Source of International Law?*, *The Lex-Warrior Online L. J.* (Sept. 22, 2013), available at <http://www.journal.lex-warrior.in/2013/09/22/judicial-decisions-kind-source-international-law/> (last accessed July 30, 2021).
- Anja Lindroos, *Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: The Doctrine of Lex Specialis*, 74 *Nord. J. Int'l L.* 27 (2005).
- O. J. Lissitzyn, *Reviewed Work: International Law. Vol. 1 (3rd ed.): International Law as Applied by International Courts and Tribunals. by Georg Schwarzenberger*, 53 *Am. J. Int'l L.* 197 (1959).
- Mulamba Benjamin M'Buyi, *Introduction À L'étude Des Sources Modernes Du Droit International Public* (Bruylant, 1999).
- Jenny S. Martinez, *Towards an International Judicial System*, 56 *Stanford L. Rev.* 429 (2003).
- Campbell McLachlan, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, 54 *Int'l & Comp. L. Q.* 279 (2005).
- Maurice Mendelson, *The ICJ and the sources of international law, in Fifty Years of the International Court of Justice 63-89* (V. Lowe & M. Fitzmaurice eds., Cambridge Univ. Press, 1996).
- Nathan Miller, *An International Jurisprudence? The Operation of 'Precedent' Across International Tribunals*, 15 *Leiden J. Int'l L.* 483 (2002).
- Philip M. Moremen, *National Court Decisions As State Practice: A Transnational Judicial Dialogue?*, 32 *N.C. J. Int'l L. & Com. Reg.* 259 (2006).
- André Nollkaemper, *Concerted adjudication in case of shared responsibility*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2014-27 (2014), available at https://pure.uva.nl/ws/files/2401010/156047_Concerted_Adjudication_in_Cases_of_Shared_Responsibility.pdf (last accessed July 31, 2021).
- Gbenga Oduntan, *The Law and Practice of the International Court of Justice (1945-1996): A Critique of the Contentious and Advisory Jurisdiction* (Fourth Dimension Pub., 1999).
- Karen Oellers-Frahm, *Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction - Problems and Possible Solutions*, in *Max-Planck Y.B. U.N. L Online* (Vol. 5), 67-104 (2001).
- L. F. L. Oppenheim, *The Science of International Law: Its Task and Method*, 2 *Am. J. Int'l L.* 313 (1908).
- Andre Oraison, *Réflexions sur "La doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations"*, 2 *Rev. Bel. de Droit Int'l* 507 (1991).
- Andreas L. Paulus, *The Judge and International Custom*, in *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 253-265 (F. Baetens & R. Bismuth eds., Martinus Nijhoff, 2013).
- Mehrdad Payandeh, *Book Note*, 12 *Int'l J. Const. L.* 832 (2014) (Reviewing Marc Jacob, *Precedents and Case-based Reasoning in the European Court of Justice* (2014)).
- Michael Peil, *Scholarly Writings as a Source of Law: A Survey of the Use of Doctrine by the International Court of Justice*, (1) 3 *Cambridge J. Int'l L.* 136 (2012).
- Alain Pellet, *Article 38*, in *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (3d ed., A. Zimmermann & C. J. Tams eds., Oxford Univ. Press, 2019).
- Alain Pellet, *Decisions of the ICJ as Sources of International Law?*, in *Gaetano Morelli Lectures Series* (Vol. 2), 7-61 (E. Cannizzaro et. al. eds., 2018).

Alain Pellet, *Shaping the Future of International Law: The Role of the World Court in Law-Making*, in *Looking to the Future, Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, 1065-83 (M. H. Arsanjani et. al. eds., Martinus Nijhoff, 2011).

Emilia J. Powell & Sara M. Mitchell, *The International Court of Justice and the World's Three Legal Systems*, 69 *The J. of Pol.* 397 (2007).

Cesare P. R. Romano, *Can You Hear Me Now? The Case for Extending the International Judicial Network*, 10 *Chi. J. Int'l L.* 233 (2009).

Shabtai Rosenne, *The Perplexities of Modern International Law* (Martinus Nijhoff, 2004).

William Schabas, *Customary law or 'judge-made' law: judicial creativity at the UN criminal tribunals*, in *The Legal Regime of the International Criminal Court*, 75-101 (J. Doria et. al. eds., Martinus Nijhoff, 2009).

Marc Schack & Astrid Kjeldgaard-Pedersen, *Striking the balance between custom and justice- creative legal reasoning by international criminal courts*, 16 *Int'l Crim. L. R.* 913 (2016).

Christoph Schreuer & Matthew Weiniger, *A Doctrine of Precedent?*, in *The Oxford Handbook of International Investment Law* (P. Muchlinski et. al. eds., Oxford Univ. Press, 2008).

Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court* (Cambridge Univ. Press, 1996).

Malcom Shaw, *Rosenne's Law and Practice of the International Court: 1920-2015* (5th ed., Martinus Nijhoff Brill, 2016).

Yuval Shany, *No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary*, 20 *Eur. J. Int'l L.* 73 (2009).

Sandesh Sivakumaran, *The Influence of Teachings of Publicists on the Development of International Law*, 66 *Int'l & Comp. L. Q.* 1 (2017).

Anne-Marie Slaughter, *A Global Community of Courts*, 44 *Harv. Int'l L. J.* 191 (2003).

Anne-Marie Slaughter, *Court to Court*, 92 *Am. J. Int'l L.* 708 (1998).

Anne-Marie Slaughter, *Judicial Globalization*, 40 *Va. J. Int'l L.* 1103 (2000).

Soc. Fra. Droit Int'l, *Le Précédent En Droit International: Colloque de Strasbourg* (A. Pedone, 2016).

Max Sørensen, *Les Sources du Droit International: étude sur la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale* (Copenhagen Munksgaard, 1946).

Stefan Talmon, *Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology Between Induction, Deduction and Assertion*, 26 *Eur. J. Int'l L.* 417 (2015).

Ruti Teitel & Robert Howse, *Cross-Judging: Tribunalization in a Fragmented but Interconnected Global Order Symposium - The Normalizing of Adjudication In Complex International Governance Regimes: Patterns, Possibilities, and Problems*, 41 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 959 (2009).

Hugh Thirlway, *The Sources of International Law* (Oxford Univ. Press 2d ed. 2019).

Emmanuelle Tourme-Jouannet, *Quelques réflexions sur le pouvoir normatif jurisprudentiel du juge international*, in *Droits Int'l Et Culture Juris.*, 209-34 (A. Pedone, 2015).

Sébastien Touzé (dir.), *La Cour Européenne Des Droits De L'homme Et La Doctrine* (A. Pedone, 2013).

Tullio Treves, *Conflicts Between the International Tribunals for the Law of the Sea and the International Court of Justice*, 31 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 809 (1999).

Tullio Treves, *Advisory Opinions of the International Court of Justice on Questions Raised by Other International Tribunals*, in *Max-Planck Y.B. U.N. L Online* (Vol. 4), 215-31 (2000).

Antônio A. C. Trindade (dir.), *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo* (2d ed., Brasília, 2017).

Jorge E. Vinuales & Pierre-Marie Dupuy, *The Challenge of 'Proliferation': An Anatomy of the Debate*, in *The Oxford Handbook of International Adjudication*, 135-157 (C. Romano et al. eds., Oxford Univ. Press, 2013).

Michael Waibel et. al. (eds.), *The Backlash Against Investment Arbitration* (Kluwer Law International, 2011).

Melissa Waters, *Mediating norms and identity: The role of transnational judicial dialogue in creating and enforcing international law*, 93 *Georgetown Law Journal* 487–574 (2004).

Sir Michael Wood, *Teachings of the Most Highly Qualified Publicists (Art. 38(1) ICJ Statute)*, in *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2010).

Sienho Yee, *Article 37 of the ICJ Statute and Applicable Law: Selected Issues in Recent Cases*, 7 *J. Int. Disp. Settlement* 472 (2016).

A. Zimmermann & C. J. Tams., eds., *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (3d ed., Oxford Univ. Press, 2019).
