

Capítulo VII

Medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional

A. Introducción

59. En su 73^{er} período de sesiones (2022), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema “Medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional” y nombró Relator Especial al Sr. Charles Chernor Jalloh²¹². También en su 73^{er} período de sesiones²¹³, la Comisión solicitó a la Secretaría que preparara un memorando en el que se abordaran elementos de trabajos anteriores de la Comisión que pudieran ser especialmente pertinentes para su labor futura sobre el tema, con miras a su presentación en el 74^a período de sesiones (2023); y un memorando en el que se estudiara la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales, así como de otros órganos, que fuera especialmente pertinente para su futura labor sobre el tema, con miras a su presentación en el 75^o período de sesiones (2024).

60. La Asamblea General, en el párrafo 26 de su resolución 77/103, de 7 de diciembre de 2022, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

61. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/760) y el memorando de la Secretaría en el que se identificaban elementos de trabajos anteriores de la Comisión que podían ser especialmente pertinentes para el tema (A/CN.4/759), y los examinó en sus sesiones 3625^a a 3632^a, celebradas del 16 al 25 de mayo de 2023.

62. En su primer informe, el Relator Especial abordó el alcance del tema y las principales cuestiones que la Comisión debía tratar en su labor al respecto. En el informe también se examinaban las observaciones de los Estados sobre el tema; las cuestiones relativas a la metodología, que debe basarse en la práctica de los Estados y de las cortes y tribunales internacionales; la labor anterior de la Comisión sobre el tema; la naturaleza y la función de las fuentes del derecho internacional y su relación con los medios auxiliares; y los antecedentes de redacción del Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y su función en el derecho internacional consuetudinario. También se hacía una evaluación inicial de ciertos aspectos del tema, como las decisiones judiciales, la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones y otros posibles medios auxiliares utilizados en la práctica por los Estados y las cortes y tribunales internacionales para determinar las normas de derecho internacional, como los actos unilaterales, las resoluciones y decisiones de las organizaciones internacionales y la labor de los órganos de expertos. El Relator Especial abordó la cuestión del resultado de la labor sobre el tema y, en consonancia con los trabajos anteriores de la Comisión sobre temas conexos, propuso que el documento final revistiera la forma de un proyecto de conclusiones con el principal objetivo de aclarar el derecho sobre la base de la práctica existente. Propuso cinco proyectos de conclusión e hizo sugerencias en relación con el programa de trabajo futuro sobre el tema.

²¹² En su 3583^a sesión, celebrada el 17 de mayo de 2022. El tema se había incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión en su 72^o período de sesiones (2021), sobre la base de la propuesta que figuraba en un anexo del informe presentado por la Comisión sobre ese período de sesiones (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/76/10)*, anexo).

²¹³ En su 3612^a sesión, celebrada el 5 de agosto de 2022.

63. En su 3633ª sesión, que tuvo lugar el 26 de mayo de 2023, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de conclusión 1 a 5 que figuraban en el primer informe del Relator Especial, teniendo en cuenta las observaciones formuladas en el debate en sesión plenaria²¹⁴.

64. En su 3635ª sesión, celebrada el 3 de julio de 2023, la Comisión examinó el informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.985) sobre el tema y aprobó provisionalmente los proyectos de conclusión 1 a 3 (véase la secc. C.1 *infra*). En sus sesiones 3651ª a 3657ª, celebradas del 31 de julio al 4 de agosto de 2023, la Comisión aprobó los comentarios a los proyectos de conclusión 1 a 3 aprobados provisionalmente en el actual período de sesiones (véase la secc. C.2 *infra*).

65. En su 3642ª sesión, que tuvo lugar el 21 de julio de 2023, la Comisión examinó otro informe del Comité de Redacción que contenía los proyectos de conclusión 4 y 5 aprobados provisionalmente por el Comité (A/CN.4/L.985/Add.1) en su forma revisada oralmente, y

²¹⁴ Los proyectos de conclusión propuestos por el Relator Especial en su primer informe dicen lo siguiente:

“Proyecto de conclusión 1

Alcance

El presente proyecto de conclusiones se refiere a la forma en que se utilizan medios auxiliares para determinar la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional.

Proyecto de conclusión 2

Categorías de medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho

Son medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional:

- a) las decisiones de las cortes y tribunales nacionales e internacionales;
- b) la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones;
- c) cualquier otro medio derivado de las prácticas de los Estados o de las organizaciones internacionales.

Proyecto de conclusión 3

Criterios de evaluación de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho

Los medios auxiliares utilizados para determinar una norma de derecho internacional se evalúan en función de la calidad de las pruebas presentadas, de la especialización de las partes implicadas, de la conformidad con un mandato oficial, del nivel de convergencia entre las partes implicadas y de la acogida entre los Estados y otras partes.

Proyecto de conclusión 4

Decisiones de cortes y tribunales

- a) las decisiones de las cortes y tribunales internacionales sobre cuestiones de derecho internacional son medios especialmente autorizados para la identificación o determinación de la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional;
- b) a efectos del apartado a), se tendrán especialmente en cuenta las decisiones de la Corte Internacional de Justicia;
- c) las decisiones de las cortes y tribunales nacionales pueden utilizarse, en determinadas circunstancias, como medio auxiliar para la identificación o determinación de la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional.

Proyecto de conclusión 5

Doctrina

La doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, en especial la que refleje opiniones académicas coincidentes, puede ser un medio auxiliar para la identificación o determinación de la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional.”

tomó nota del informe²¹⁵. Está previsto que los comentarios a estos dos proyectos de conclusión se aprueben en el próximo período de sesiones²¹⁶.

1. Presentación del primer informe por el Relator Especial

66. El Relator Especial presentó su informe e hizo algunas observaciones generales y un análisis de la estructura y organización de los diez capítulos de que consta. Como punto de partida, señaló que, dado que los medios auxiliares eran un componente importante del sistema jurídico internacional, la Comisión consideraba que podría ser útil aclararlos mucho después de que se incluyeran en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Explicó que, como se indicaba en el capítulo I del informe, el objetivo principal de este era sentar una base sólida para la labor de la Comisión sobre el tema y recabar las opiniones de los miembros de la Comisión y de los Estados. Indicó que, en principio, el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en el que se basaba la labor sobre el tema, era una disposición de derecho aplicable dirigida a los magistrados de la Corte y ampliamente reconocida por los Estados, los profesionales y los académicos como la declaración más autorizada de las fuentes del derecho internacional. Recordó que el examen del tema sería el complemento final de la labor de la Comisión relativa a las fuentes enumeradas en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. El hecho de que esa disposición se considerara parte integrante del derecho internacional consuetudinario y se utilizara ampliamente en la práctica nacional e internacional indicaba que, con un enfoque prudente y riguroso basado en la forma en que se empleaban medios auxiliares para determinar las normas de derecho internacional, la Comisión podría proporcionar orientaciones útiles a los Estados, las organizaciones internacionales, las cortes y tribunales y todos aquellos llamados a utilizar medios auxiliares para contribuir a la determinación de las normas de derecho internacional.

67. En relación con el capítulo II, el Relator Especial observó que, en general, los Estados miembros en la Sexta Comisión habían valorado positivamente la inclusión del tema en el programa de trabajo de la Comisión. Señaló que, en la Sexta Comisión, 24 delegaciones habían apoyado el estudio del tema como forma de complementar y completar la labor anterior de la Comisión sobre las fuentes del derecho internacional y habían indicado que podría ayudar a evitar ciertas consecuencias negativas de la fragmentación del derecho internacional. Observó que incluso las pocas delegaciones que inicialmente se habían mostrado reticentes en el debate de la Asamblea General en 2021 parecían apoyar la decisión de la Comisión en 2022. La única excepción era la de una delegación que en 2021 había señalado que la Comisión podría tener dificultades para recabar el interés y las aportaciones

²¹⁵ El informe y la correspondiente declaración del Presidente del Comité de Redacción pueden consultarse en la guía analítica de la labor de la Comisión de Derecho Internacional: https://legal.un.org/ilc/guide/1_16.shtml. Los proyectos de conclusión 4 y 5 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción dicen 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 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.”

²¹⁶ Véase, en los párrafos 84 a 108 *infra*, un resumen del debate celebrado en sesión plenaria sobre estos dos proyectos de conclusión.

de los Estados sobre el tema. El Relator Especial también señaló que la Comisión estaba interesada en recibir información de los Estados sobre la forma en que ellos y sus cortes y tribunales nacionales utilizaban medios auxiliares para determinar las normas de derecho internacional. Expresó su reconocimiento a los dos Estados que habían presentado observaciones escritas y señaló que esperaba que Estados de todas las regiones geográficas informaran a la Comisión sobre su práctica para así contribuir a reforzar la pertinencia y la utilidad prácticas de su labor sobre el tema.

68. El Relator Especial se refirió después al capítulo III, en el que se proponía que la Comisión examinara tres cuestiones. En primer lugar, el origen, la naturaleza y el alcance de los medios auxiliares: en esa parte del informe se examinaban la naturaleza y las funciones de las fuentes en el sistema jurídico internacional y se centraba la atención principalmente en los aspectos teóricos y en la forma en que las diferentes formas de abordar las fuentes del derecho internacional y su interacción con los medios auxiliares podían influir en la labor práctica de la Comisión sobre el tema. Una cuestión esencial que se planteaba en relación con ese análisis era la de determinar la amplitud del abanico de medios auxiliares, es decir, si, además de estudiar las decisiones judiciales (y aclarar su alcance) y la doctrina (y aclarar su alcance), era preciso tener en cuenta las décadas de práctica de los juristas y las cortes y tribunales internacionales que habían empleado otros medios y materiales auxiliares para determinar las normas de derecho internacional. En el informe se analizaban en detalle los antecedentes de redacción del Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. El Relator Especial señaló que también se hacía un análisis textual sistemático de los distintos elementos de dicha disposición y se estudiaba la posibilidad de abordar otros medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional.

69. Un segundo componente del tema se refería a la función de los medios auxiliares y a su relación con las fuentes del derecho internacional, a saber, los tratados, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho. El Relator Especial destacó que algunas de las cuestiones que era preciso abordar eran el peso y el valor que se atribuía a las decisiones de las cortes y tribunales internacionales y la relación entre los Artículos 38 y 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, incluida la cuestión de si existía un sistema de precedentes *de facto*. Explicó que también habría que examinar la idea de que las conclusiones de los órganos judiciales podían contribuir a determinar la existencia de obligaciones al interpretar y aplicar los tratados, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho.

70. Un tercer componente del tema se refería a la posibilidad de proporcionar aclaraciones sobre otros medios auxiliares. El Relator Especial señaló que la Comisión podría examinar la evolución de los medios auxiliares utilizados para determinar la existencia de obligaciones de los Estados, como, por ejemplo, los actos unilaterales y las declaraciones de los Estados y las resoluciones de las organizaciones internacionales, así como la labor de los órganos de expertos, en especial los creados por Estados y organizaciones internacionales con el mandato de desempeñar determinadas funciones. A su juicio, la Comisión debía mostrar prudencia y rigor al decidir los medios auxiliares específicos que incluiría en su estudio sin obstaculizar el desarrollo del derecho internacional reflejado en la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales.

71. El Relator Especial indicó que el problema de la coherencia y la unidad del derecho internacional, llamado también a veces problema de la fragmentación, podría afectar al alcance y la utilidad del tema. Señaló que, cuando preparó la sinopsis del tema en 2021, pensó que el problema de las decisiones judiciales contradictorias sobre una misma cuestión jurídica podía quedar fuera del alcance del proyecto. Sin embargo, habida cuenta de su pertinencia para el examen de las decisiones judiciales y de que la Comisión no había abordado el fondo de la cuestión hasta la fecha, pidió a los demás miembros que indicaran si el problema de la fragmentación debía mantenerse o no fuera del alcance del tema. También indicó que, si bien, con arreglo al mandato independiente que le habían conferido los Estados, correspondía a la Comisión decidir sobre la cuestión a partir de una evaluación científica, sería útil que lo hiciera teniendo en cuenta las opiniones expresadas por los Estados en la Sexta Comisión.

72. El Relator Especial también hizo referencia a la forma que podía revestir el resultado de la labor sobre el tema. En su opinión, lo ideal sería un proyecto de conclusiones acompañado de comentarios, en consonancia con la práctica de la Comisión en relación con

otros temas relativos a las fuentes del derecho internacional, que había recibido el apoyo de los Estados en la Sexta Comisión.

73. En el capítulo IV del informe, el Relator Especial abordó la cuestión de la metodología y observó que el estudio del tema requeriría un examen exhaustivo de una amplia variedad de materiales primarios y secundarios y de doctrina jurídica sobre el tema. Habló de la importancia de las decisiones de las cortes y tribunales nacionales e internacionales sobre cuestiones de derecho internacional y de la medida en que las cortes y tribunales y los Estados aplicaban una metodología similar a la de la Corte Internacional de Justicia. Destacó que el análisis debía basarse en materiales lo más representativos posible de todos los Estados, regiones y sistemas jurídicos del mundo. El Relator Especial propuso que, en el marco de su labor sobre el tema, la Comisión incluyera una bibliografía multilingüe como había hecho con otros temas examinados recientemente. Insistió en la necesidad de que dicha bibliografía fuera representativa de las distintas regiones y sistemas jurídicos del mundo e invitó a los miembros de la Comisión y a los Estados a que propusieran referencias para incluirlas en ella, en especial en todos los idiomas oficiales de las Naciones Unidas.

74. El Relator Especial pasó a analizar, en el capítulo V del informe, la labor anterior de la Comisión sobre los medios auxiliares e hizo referencia al memorando de la Secretaría a ese respecto. Señaló que a) las decisiones judiciales y la doctrina ocupaban un lugar prominente en los trabajos de la Comisión, pero que, al igual que ocurría con otros materiales, la naturaleza y el alcance de su uso variaban y dependían del tema que se estuviera examinando; b) dado que la Comisión recurría con frecuencia a las decisiones judiciales, estas podían asimilarse a fuentes primarias del derecho internacional; c) la Comisión recurría más a las decisiones judiciales que a la doctrina; y d) en algunos casos la Comisión se había basado en la doctrina para determinar la práctica de los Estados, y había dado a la labor realizada por expertos a título individual un peso diferente al atribuido a la labor de los grupos de expertos.

75. En el capítulo VI del informe se abordaban la naturaleza y la función de las fuentes en el sistema jurídico internacional. El Relator Especial indicó que había querido situar los medios auxiliares en el contexto más amplio de las fuentes del derecho internacional y tratado de dar respuesta a algunos debates teóricos, incluida la referencia a las fuentes formales y materiales del derecho internacional. Destacó la pertinencia del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y observó que dicha disposición planteaba ciertas cuestiones de jerarquía, a saber, si el orden en el que se enumeraban las fuentes indicaba la existencia de una jerarquía, cuáles eran la función y la naturaleza de los medios auxiliares y si existía una distinción entre fuentes primarias y secundarias.

76. El capítulo VII se centraba en los antecedentes de redacción del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en particular en qué debatieron y acordaron los redactores de la disposición en lo que respecta a la función que debían cumplir los medios auxiliares en la determinación de las normas de derecho internacional. Recordó que el Artículo 38 figuraba tanto en el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional como en el Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia.

77. El Relator Especial hizo cuatro observaciones con respecto a la redacción del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional. En primer lugar, observó que los antecedentes de esa redacción confirmaban que, cuando se redactó el Artículo 38, había diversidad de opiniones sobre la función de las decisiones judiciales y la doctrina. Algunos pensaban que los jueces solo podían aplicar el derecho, mientras que otros consideraban que los jueces internacionales también cumplían la función de desarrollar el derecho debido a la existencia de lagunas en el derecho internacional y a la lentitud del proceso de formación del derecho internacional consuetudinario. En segundo lugar, observó que los miembros del Comité Consultivo de Juristas establecido en virtud de lo dispuesto en el Artículo 14 del Pacto de la Sociedad de las Naciones²¹⁷ (Comité Consultivo) habían considerado que la función de la doctrina era ayudar a determinar de manera objetiva la existencia de normas acordadas por los Estados que pudieran aplicarse en un caso concreto. En tercer lugar, en el

²¹⁷ Pacto de la Sociedad de las Naciones (Versalles, 28 de abril de 1919), Sociedad de las Naciones, *Official Journal*, núm. 1, febrero de 1920, pág. 3.

debate celebrado en el Comité Consultivo había quedado de manifiesto que la mayoría de los miembros consideraban que, en principio, tanto las decisiones judiciales como la doctrina eran importantes en el proceso de identificación de las normas de derecho internacional. Observó que ambas cosas contribuían a resolver problemas jurídicos prácticos. En cuarto lugar, el Comité Consultivo había debatido sobre si las fuentes enunciadas en el Artículo 38 debían utilizarse de manera sucesiva en la administración de justicia: algunos miembros del Comité Consultivo consideraban que sí, mientras que otros opinaban que la lista solo indicaba que las fuentes debían abordarse sistemáticamente.

78. En el capítulo VIII del informe se analizaba el Artículo 38, comenzando por su sentido corriente, para después estudiar sus elementos. El Relator Especial había formulado dos observaciones a título provisional: en primer lugar, que los medios auxiliares no eran fuentes en el sentido formal de las tres primeras enumeradas en el Artículo 38, sino fuentes documentales o auxiliares que indicaban dónde podían las cortes y tribunales encontrar pruebas de la existencia de normas, aunque, por razones de seguridad y estabilidad jurídicas, las cortes y tribunales, incluida la Corte Internacional de Justicia, recurrieran más a sus decisiones anteriores que a los escritos académicos —práctica que también se daba entre los Estados—; y, en segundo lugar, que, en principio, la doctrina y las decisiones judiciales tenían el mismo rango y cumplían funciones complementarias sin que hubiera ninguna jerarquía entre ellas.

79. En el capítulo IX, el Relator Especial había analizado otros materiales que podían considerarse medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional. Examinó el carácter no exhaustivo del Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, los medios auxiliares que podían encontrarse en la práctica y la forma de distinguir entre los medios auxiliares y la prueba de la existencia de normas de derecho internacional, y abordó provisionalmente cuestiones relativas al peso que debía atribuirse a esos materiales.

80. El Relator Especial afirmó que el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia era una mera indicación dirigida a la Corte y no pretendía necesariamente ser una enumeración exhaustiva de las fuentes del derecho internacional. No obstante, en general se consideraba una declaración autorizada, aunque a veces incompleta, de las fuentes del derecho internacional. Añadió que, en ese contexto, la Comisión podría contribuir aclarando el papel de los medios auxiliares e intentando identificar materiales que pudieran considerarse medios auxiliares. Asimismo, citó algunos de los principales ejemplos que había en la doctrina jurídica, como los actos unilaterales o las declaraciones de los Estados, las resoluciones o decisiones de las organizaciones internacionales, los acuerdos entre Estados y empresas multinacionales, el derecho religioso, la equidad y el derecho indicativo.

81. El Relator Especial observó que los actos unilaterales podían considerarse vinculantes o no según el contexto, y que las resoluciones de organizaciones internacionales o aprobadas en conferencias intergubernamentales también podían ser vinculantes o no. Añadió que los medios auxiliares tenían distinto peso y autoridad en función, entre otras cosas, del contexto jurídico, de la forma en que se hubieran redactado y del nivel de especialización de las personas que hubieran intervenido en su redacción. Otros factores que debían tenerse en cuenta para evaluar el peso de una determinada fuente eran el mandato de la institución que elaborara el material y el nivel de convergencia existente dentro y fuera del órgano en cuestión.

82. El Relator Especial recordó que, en principio, se había pronunciado a favor de considerar que las resoluciones y decisiones de las organizaciones internacionales y la labor de los órganos de expertos eran medios auxiliares pertinentes. No obstante, a su juicio los actos unilaterales y el derecho religioso no debían abordarse por diversas razones, entre ellas porque había dudas sobre si algunos eran fuentes formales del derecho internacional en lugar de medios auxiliares para determinar las normas de derecho internacional.

83. Por último, en el capítulo X, el Relator Especial había propuesto cinco proyectos de conclusión y un programa de trabajo provisional. También había propuesto que en el segundo informe se abordara la función de los medios auxiliares y se estudiaran las decisiones judiciales, y que el tercer informe se dedicara a la doctrina y, en su caso, a otros medios auxiliares, así como al estudio de la función de los particulares y de los órganos de expertos

de carácter privado, y también de los establecidos por Estados. Había señalado que, si se cumplía el calendario propuesto, la Comisión podría aprobar el proyecto de conclusiones en primera lectura en 2025.

2. Resumen del debate celebrado en sesión plenaria

a) Observaciones generales

84. Los miembros acogieron favorablemente el informe del Relator Especial y convinieron en la importancia y pertinencia prácticas de la labor sobre el tema, no solo por sus propios méritos, sino también por la necesidad de completar los trabajos de la Comisión sobre el último elemento pendiente del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, relativo a los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional. Coincidieron con el Relator Especial en que los medios auxiliares no eran fuentes del derecho internacional como las mencionadas en los apartados a) a c) del párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

85. Los miembros también destacaron que la función de los medios auxiliares era ayudar a determinar las normas de derecho internacional. Por ello, era importante que la Comisión explicara las funciones de los medios auxiliares y definiera qué debía entenderse por “determinación” de las normas.

86. En relación con la terminología, algunos miembros opinaron que sería importante recordar que la expresión utilizada en las versiones en español y en francés del Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia indicaba expresamente la función auxiliar de dichos materiales, lo que confirmaba que no eran fuentes del derecho internacional. Sin embargo, ello no quería decir que los medios auxiliares no fueran importantes en la práctica, sino que cumplían una función auxiliar en el proceso de determinación de las normas de derecho internacional.

87. Hubo consenso entre los miembros sobre la necesidad, en la medida de lo posible, de mantener la coherencia con los trabajos anteriores de la Comisión sobre otros temas relativos a las fuentes del derecho internacional, incluidos los concluidos recientemente sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y la labor en curso sobre los principios generales del derecho. Ello no debía ir en perjuicio de las necesidades particulares del presente tema.

88. Los miembros estuvieron de acuerdo en general en que la categoría de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional no era necesariamente exhaustiva. Algunos propusieron que se examinaran otros medios en el marco del tema. En ese sentido, varios miembros se mostraron partidarios de seguir analizando la labor de los órganos de expertos y las resoluciones de las organizaciones internacionales. Otros también afirmaron que, entre otros medios auxiliares que podían utilizarse para determinar las normas de derecho internacional, la Comisión debía estudiar ciertos tipos de actos unilaterales capaces de crear obligaciones jurídicas. No obstante, otros miembros señalaron que no debía ampliarse indebidamente la categoría de los medios auxiliares y propusieron en cambio que se ampliaran las categorías de medios auxiliares existentes para incluir nuevos medios, que podrían abordarse por separado.

89. Algunos miembros mencionaron el principio *iura novit curia* y su posible relación con los medios auxiliares. En su opinión, los jueces debían conocer el derecho. Se propuso que la Comisión estudiara la incidencia que ello pudiera tener en su enfoque del presente tema. Otros hablaron de la función de los abogados de las partes litigantes, que por lo general defendían una determinada interpretación o comprensión del contenido del derecho, lo que indicaba que la determinación de las normas no incumbía exclusivamente a los jueces. Ello venía a reforzar la importancia práctica del estudio del presente tema.

90. En general, los miembros apoyaron el estudio del peso que debía atribuirse a los medios auxiliares. Algunos señalaron que el Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no distinguía entre las decisiones judiciales y la doctrina. Otros consideraban que las decisiones judiciales tenían más peso en la práctica. Varios miembros indicaron que debían establecerse más criterios para invocar las decisiones de cortes y

tribunales nacionales como medio auxiliar, y que debían estudiarse las resoluciones y decisiones de las organizaciones y órganos internacionales.

i) *Alcance y resultado del tema*

91. En términos generales, los miembros se mostraron a favor de que la Comisión examinara las cuestiones expuestas en el primer informe del Relator Especial, a saber, a) el origen, la naturaleza y el alcance de los medios auxiliares; b) la función de los medios auxiliares y su relación con las fuentes del derecho internacional; y c) otros medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional. Los miembros convenían, en líneas generales, en que la lista de medios auxiliares que figuraba en el Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no era exhaustiva y que la Comisión debía estudiar otros posibles medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional además de los incluidos en esa categoría. Algunos miembros coincidían con el Relator Especial en que los actos unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas no debían considerarse medios auxiliares. Varios miembros estaban de acuerdo en que la Comisión debía examinar más detenidamente otros medios auxiliares, como los actos unilaterales. Se citaron con frecuencia algunas resoluciones y decisiones de organizaciones y órganos internacionales, así como la labor de órganos de expertos de carácter privado y de órganos de tratados, que podían contribuir a la determinación de las normas de derecho internacional. No obstante, algunos miembros expresaron dudas sobre la utilización de las resoluciones de las organizaciones internacionales como medios auxiliares, puesto que esta se inscribe más bien en el proceso de interpretación o formación del derecho internacional.

92. Los miembros destacaron que la principal función de los medios auxiliares era contribuir a la determinación de las normas. Se propuso incluir un proyecto de conclusión sobre las funciones en el que también podría aludirse al uso de medios auxiliares para interpretar otras fuentes o determinar los efectos y las consecuencias jurídicas de determinadas normas. También se propuso incluir un proyecto de conclusión sobre la relación entre los medios auxiliares y las fuentes del derecho internacional.

93. Se propuso que la Comisión estudiara la distinción entre la formación, la interpretación y la identificación de las normas de derecho internacional. Asimismo, se propuso que el examen de la Comisión profundizara en la diferencia entre los medios de interpretación complementarios previstos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²¹⁸ y los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional.

94. Se apoyó la idea de centrar la atención en los aspectos prácticos del empleo de los medios auxiliares. Se afirmó que la Comisión debía evitar los debates excesivamente teóricos y en cambio concentrarse en el derecho y la práctica existentes. Algunos miembros consideraban lógico incluir un análisis de las decisiones contradictorias de las cortes y tribunales internacionales en el ámbito del tema. Pensaban que podía ser útil que la Comisión aclarara la cuestión para orientar a los profesionales. Otros miembros señalaron que, dado que la fragmentación del derecho internacional había resultado ser un problema más teórico que práctico, esa cuestión no debía plantearse. Varios miembros indicaron que era importante hacer referencia a la proliferación de cortes y tribunales internacionales y al fenómeno de la interacción y armonización del derecho internacional.

95. Se apoyó la referencia al grado de representatividad tanto en el contexto del proyecto de conclusiones como al evaluar los medios auxiliares. Esa representatividad debía darse en relación con varios aspectos, en particular en cuanto a la distribución regional, las tradiciones jurídicas y el género.

96. En lo que respecta al resultado de la labor sobre el tema, los miembros estuvieron de acuerdo en general en que no era necesario apartarse de la decisión de la Comisión de que este revistiera la forma de un proyecto de conclusiones, puesto que se ajustaba al enfoque adoptado en su labor anterior sobre temas conexos. Se dijo que un proyecto de directrices

²¹⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, núm. 18232, pág. 443.

también podría ser un resultado adecuado. Varios miembros apoyaron y agradecieron la propuesta del Relator Especial de elaborar una bibliografía multilingüe en el marco de la labor de la Comisión sobre el tema.

ii) *Metodología*

97. En general, los miembros estuvieron de acuerdo con la metodología propuesta por el Relator Especial, que incluía un examen minucioso de la práctica y la doctrina. Algunos indicaron que, si bien la práctica de los Estados y la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales eran un buen punto de partida, la jurisprudencia de las cortes y tribunales nacionales, los textos de las organizaciones internacionales y la doctrina también eran pertinentes. Los miembros mencionaron además la necesidad de que en el examen del tema se utilizaran fuentes y referencias más diversas, en más idiomas y de distintas regiones del mundo y tradiciones jurídicas, lo que contribuiría a reforzar la utilidad y legitimidad de la labor de la Comisión sobre el tema.

98. Algunos miembros señalaron que podría ser algo difícil desde el punto de vista metodológico examinar la práctica de las cortes y tribunales, ya que algunos medios auxiliares, en especial la doctrina, se consultaban a menudo pero no siempre se citaban formalmente en las decisiones judiciales. Varios miembros destacaron también la importancia de tener en cuenta las cláusulas de cada corte o tribunal relativas al derecho aplicable al analizar la forma en que utilizaba medios auxiliares.

b) **Proyectos de conclusión 1 a 3**

99. La Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de conclusión 1 a 3 con sus comentarios en el actual período de sesiones (véase la secc. C *infra*). Por consiguiente, siguiendo la práctica de la Comisión, en el presente informe no se ha incluido el resumen del debate celebrado en sesión plenaria sobre esos proyectos de conclusión.

c) **Proyecto de conclusión 4**

100. Por lo que se refiere al proyecto de conclusión 4 (decisiones de cortes y tribunales)²¹⁹, varios miembros señalaron que se solapaba con el proyecto de conclusión 2 y desarrollaba su contenido en lo que respecta a las decisiones de cortes y tribunales. Algunos miembros mencionaron la necesidad de explicar por qué las decisiones de las cortes y tribunales internacionales eran especialmente autorizadas para la determinación de las normas de derecho internacional.

101. Se afirmó que, si bien, en general, en derecho internacional no existía la obligación de respetar los precedentes judiciales, la coherencia y la previsibilidad eran importantes. Se pidió que se mantuviera una coherencia entre los proyectos de conclusión y se observó que, mientras que los proyectos de conclusión 1 a 3 propuestos por el Relator Especial en su primer informe hablaban de determinación de las normas de derecho internacional, los proyectos de conclusión 4 y 5 propuestos hablaban de identificación o determinación de la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional.

102. Algunos miembros opinaban que la autoridad de las decisiones de la Corte Internacional de Justicia debía contextualizarse y que, en ciertos casos, las decisiones de otras cortes y tribunales internacionales podían ser más pertinentes por su especialización en una determinada cuestión. Otros miembros se mostraron de acuerdo con que se incluyera una referencia general a la importancia de las decisiones de la Corte Internacional de Justicia. Algunos de ellos destacaron que ya se había hecho en conclusiones sobre temas examinados anteriormente por la Comisión.

103. En general, los miembros insistieron en la necesidad de establecer criterios adicionales aplicables específicamente a las decisiones de las cortes y tribunales nacionales. Otros miembros apoyaron la formulación propuesta por el Relator Especial, incluida la necesidad de mostrar prudencia con algunas decisiones de cortes y tribunales nacionales. En

²¹⁹ Véanse la propuesta inicial del Relator Especial en la nota 214 y el texto aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción tras el debate celebrado en sesión plenaria en la nota 215.

opinión de otros miembros, solo las decisiones de las cortes y tribunales nacionales que aplicaban el derecho internacional podían considerarse medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional.

d) Proyecto de conclusión 5

104. En relación con el proyecto de conclusión 5 (doctrina)²²⁰, los miembros apoyaron la referencia a los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones y destacaron que la doctrina debía ser representativa de los principales sistemas jurídicos y regiones del mundo. También insistieron en que la doctrina podía influir en el derecho internacional más allá del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

105. Los miembros también opinaban que la validez y calidad de la argumentación debían ser criterios más importantes que la eminencia del autor. Se preguntó por qué la “convergencia” de opiniones debía ser un criterio y qué relación tenía ese factor con los mencionados en el proyecto de conclusión 3. Se propuso que en el comentario se abordara la cuestión de la convergencia de opiniones de los académicos. Algunos miembros consideraban que dicha cuestión no debía incluirse porque podría implicar la exigencia de un consenso. Otros criterios que se propuso tener en cuenta para el examen de la doctrina fueron la calidad del material, la reputación de los autores y la aceptación o el rechazo de las tesis de estos por sus homólogos.

106. Se afirmó que era preciso subsanar la falta de diversidad de la doctrina utilizada. También se dijo que, en el proyecto de conclusión 5 o en un proyecto de conclusión específico, debía mencionarse el criterio de la representatividad, en particular en cuanto a la distribución regional, las tradiciones jurídicas y la diversidad de género y racial.

107. Asimismo, se propuso que la Comisión explicara en el comentario el peso de la labor de determinados órganos, como el Comité Internacional de la Cruz Roja, o el valor que podían tener otros materiales que no entraban en la categoría de doctrina, como los votos particulares individuales y conjuntos de los jueces.

e) Programa de trabajo futuro

108. En líneas generales, los miembros apoyaron la propuesta del Relator Especial de abordar el origen, la naturaleza y la función de los medios auxiliares y centrarse en las decisiones judiciales y su relación con las fuentes del derecho internacional. Consideraban que el análisis de esa cuestión en su próximo informe podría complementarse con el memorando solicitado a la Secretaría sobre la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales y de otros órganos. Aunque la mayoría de los miembros estaban de acuerdo con el calendario previsto en el programa de trabajo provisional propuesto por el Relator Especial, algunos aconsejaron que se mostrara prudencia. Se recordó que se había necesitado más tiempo para completar el examen de otros temas relacionados con las fuentes.

3. Observaciones finales del Relator Especial

109. En su resumen del debate, el Relator Especial celebró el interés que el tema había suscitado entre los miembros de la Comisión. Señaló que la amplia participación de los miembros en el debate en sesión plenaria había demostrado la importancia y la pertinencia práctica del tema para los Estados y los profesionales del derecho internacional. Destacó que, si bien los miembros podían tener distintas prioridades o puntos de vista con matices diferentes, existía entre ellos un consenso sobre las cuestiones de fondo que se había propuesto examinar en un debate que había resultado fructífero e intelectualmente estimulante. Lo que es más importante, el Relator Especial recordó que su enfoque, incluida la propuesta que hizo en su primer informe sobre el alcance y el resultado del tema, había recibido un fuerte apoyo. Existía un consenso sobre los tres pilares del tema. A ese respecto, se había apoyado unánimemente el examen de las dos categorías específicas de medios

²²⁰ Véanse la propuesta inicial del Relator Especial en la nota 214 y el texto aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción tras el debate celebrado en sesión plenaria en la nota 215.

auxiliares expresamente mencionadas en el Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, a saber, las decisiones judiciales y la doctrina.

110. El Relator Especial recordó asimismo que los miembros también habían llegado a un consenso en cuanto a que el Artículo 38 no era exhaustivo y que, por lo tanto, debía ser solo un punto de partida, y no el punto final, del examen del tema por la Comisión si se quería que este tuviera una utilidad práctica para los juristas internacionales. En su opinión, existía un consenso general sobre la utilización de otros medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional en la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales, por lo que dichos medios debían incluirse en el examen del presente tema. Sin perjuicio de que abordase otras cuestiones en futuros informes, sobre la base de los resultados de las investigaciones y teniendo en cuenta las aportaciones de los Estados, el Relator Especial consideraba que, como mínimo, la Comisión debía abordar en el marco del presente tema la labor de los órganos de expertos y las resoluciones y decisiones de las organizaciones internacionales a fin de aclarar su función como medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional.

111. El Relator Especial observó que los miembros se mostraron favorables en general a que el resultado final de la labor de la Comisión adoptara la forma de un proyecto de conclusiones acompañado de comentarios, habida cuenta de que el objetivo del examen tema era aclarar diversos aspectos de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional y que dicho resultado era coherente con trabajos anteriores de la Comisión. También afirmó que el uso de ese tipo de texto para el presente tema —que reflejaba principalmente una labor de codificación— no impediría que la Comisión, en consonancia con su práctica establecida ya desde 1949, procediera a un ejercicio de desarrollo progresivo de ser necesario.

112. En lo que respecta a la metodología relativa a la utilización de los medios auxiliares, el Relator Especial recordó que los miembros se habían mostrado partidarios de que se siguiera la práctica de la Comisión y de los Estados y, en su caso, de las organizaciones internacionales y otras entidades. Señaló también que los miembros habían apoyado en general el alcance propuesto para el tema y la importancia fundamental de proceder a un análisis en profundidad del Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia como punto de partida, sin que ello limitara necesariamente la labor de la Comisión. En particular, destacó que se trataba de una disposición de derecho internacional consuetudinario y que existía casi un siglo de práctica que confirmaba el amplio recurso a otros medios auxiliares.

113. El Relator Especial señaló que las preocupaciones planteadas por algunos miembros se referían a las versiones lingüísticas del texto del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que hablan de “*moyens auxiliaires*” y “medios auxiliares” en francés y en español, respectivamente. Subrayó la importancia del multilingüismo y recordó que la práctica de redactar los textos en español, francés e inglés contribuiría a garantizar que se transmitiera el mismo sentido en todos los idiomas oficiales.

114. El Relator Especial recordó que en la sinopsis del tema se habían planteado tres cuestiones relativas a las decisiones judiciales, la doctrina y el alcance de dichas categorías. Observó que varios miembros habían abordado algunas de esas cuestiones, y que la mayoría de ellos confirmaron que la categoría de las decisiones judiciales debía entenderse en un sentido amplio de manera que incluyera las opiniones consultivas, en consonancia con los trabajos anteriores de la Comisión.

115. El Relator Especial observó además que los miembros apoyaban la mención de las decisiones de la Corte Internacional de Justicia, que también era coherente con la labor reciente de la Comisión. Señaló que, si bien esas decisiones eran particularmente importantes, en especial cuando se referían a cuestiones de derecho internacional general, no debía interpretarse que al mencionarlas se establecía una jerarquía entre cortes y tribunales o entre decisiones. Recordó asimismo que en su primer informe se hacía referencia a la importancia de la labor de los tribunales especializados, que podían dictar resoluciones y sentencias muy autorizadas en sus respectivos ámbitos de competencia. En cualquier caso, en un sistema descentralizado como el de derecho internacional, en el que cada corte o tribunal tenía su

propio estatuto, la calidad de sus decisiones y la conformidad de estas con las normas aplicables en sus respectivos ámbitos serían bastante importantes.

116. El Relator Especial observó que algunos miembros habían preguntado si debían incluirse en la labor sobre el tema las decisiones de determinados órganos como, por ejemplo, los paneles arbitrales, las comisiones de conciliación, el sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio, las comisiones de investigación y otros mecanismos no judiciales. También observó que había que tener en cuenta ciertas peculiaridades de los tribunales arbitrales y que los tribunales encargados de dirimir las controversias entre inversores y Estados podían entrar en el alcance del tema. El Relator Especial observó asimismo que se había expresado un amplio apoyo a la inclusión de las decisiones de los órganos creados en virtud de tratados internacionales de derechos humanos. Recordó que los miembros se habían preguntado si debían incluirse como decisiones judiciales o en una categoría aparte. Explicó que ya había previsto estudiar muchas de las propuestas formuladas en sus futuros informes.

117. El Relator Especial observó que existía un consenso general sobre la especial pertinencia que podían revestir las referencias a las decisiones de las cortes y tribunales nacionales sobre cuestiones de derecho internacional, mientras que otros miembros habían insistido en la necesidad de mostrar prudencia al examinar esos materiales. Añadió que una decisión de una corte o un tribunal nacional podía servir como medio auxiliar cuando contenía un estudio comparativo de una norma de derecho internacional bien aceptada. También destacó que, como había afirmado la Comisión en sus últimos trabajos, las decisiones de las cortes y tribunales nacionales desempeñaban la doble función de prueba de la práctica de los Estados y de medio auxiliar para la identificación de la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional. El Relator Especial señaló asimismo que los miembros habían indicado la importancia de garantizar la diversidad en el examen de las distintas jurisdicciones, tradiciones jurídicas y regiones del mundo.

118. En lo que respecta a la segunda categoría de medios auxiliares (la doctrina), el Relator Especial observó que la mayoría de los miembros habían aludido a la labor llevada a cabo por los juristas a título individual y colectivo. Otros miembros habían pedido que se distinguiera entre la doctrina, individual o colectiva, y los trabajos de los órganos de expertos, que podían considerarse otros medios auxiliares. El Relator Especial señaló que, en consonancia con el análisis contenido en su primer informe, tenía la intención de proponer un conjunto de proyectos de conclusión específicos en los que se abordaran la función que desempeñaban actualmente los órganos privados y públicos o habilitados por los Estados y las diferencias entre ellos. Indicó que tendría en cuenta las propuestas de algunos miembros de que se abordaran otras funciones de los medios auxiliares en futuros informes.

119. El Relator Especial observó que muchos miembros habían aludido a la cuestión de la diversidad de los publicistas, a la utilización excesiva por algunas cortes y tribunales de materiales procedentes de sistemas de tradición angloamericana y a la escasa variedad de idiomas y tradiciones jurídicas de dichos materiales, y que también se habían presentado propuestas para promover la diversidad de género. Recordó que, en su primer informe, había planteado varias cuestiones relativas a la diversidad que podían influir en la percepción de la universalidad del derecho internacional, entre otras cosas en relación con aspectos que ni siquiera habían sido debatidos por los miembros, como el desequilibrio en la nacionalidad de los abogados que intervenían ante la Corte Internacional de Justicia. En todo caso, celebró que los miembros de la Comisión se hubieran mostrado dispuestos a velar por la representatividad en su labor e incluso apoyaran esa idea, en especial en el tema que se examina.

120. En lo que respecta a las decisiones judiciales, el Relator Especial señaló que los miembros habían apoyado su intención de realizar un estudio más detallado de la relación entre los Artículos 38 y 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y la noción de los precedentes (*stare decisis*) o la falta de ellos en el derecho internacional, así como su vinculación con los derechos de terceros. Afirmó que los miembros habían convenido ampliamente en que no existía un sistema formal de precedentes (*stare decisis*) en derecho internacional general, aunque reconocieron que seguir el razonamiento jurídico adoptado en decisiones anteriores no equivale a estar obligado por esas decisiones. Añadió que, aunque no era obligatorio, las partes en controversias internacionales y los magistrados de las cortes

y tribunales internacionales seguían de manera generalizada la práctica de apoyarse en sus decisiones anteriores por razones de seguridad y previsibilidad jurídicas. Señaló que se habían citado ciertas causas en que las cortes o tribunales se habían apartado de su práctica habitual, y que en el comentario al proyecto de conclusión correspondiente se podría aclarar que la autoridad de las decisiones judiciales como medios auxiliares también dependía del contexto.

121. En relación con una tercera categoría, la de otros medios auxiliares, el Relator Especial recordó que varios miembros se habían mostrado de acuerdo con su propuesta de excluir los actos unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas. Añadió que muchos miembros habían apoyado la inclusión de las resoluciones de las organizaciones internacionales como otros medios auxiliares. Señaló que otros miembros consideraban que esas resoluciones solo podían servir como prueba de los elementos de determinadas fuentes como el derecho internacional consuetudinario, pero no eran medios auxiliares en sí mismas. No obstante, indicó que, al igual que ocurría con las decisiones de las cortes y tribunales nacionales, nada impedía en la práctica que las resoluciones cumplieran una doble función como elementos que podían tenerse en cuenta en la determinación de las normas de derecho derivadas de las fuentes establecidas o como medios auxiliares para la determinación de dichas normas. El Relator Especial recordó que entre los otros medios auxiliares propuestos figuraban las resoluciones no vinculantes, la equidad, los laudos arbitrales, el derecho religioso y determinados tipos de decisiones de organizaciones reguladoras. A su juicio, no merecía la pena que la Comisión examinara más a fondo algunos de esos posibles medios auxiliares propuestos por la doctrina. Entendía que algunos de ellos, como los actos unilaterales de los Estados y el derecho religioso, ni siquiera entraban en la categoría de medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional. En cualquier caso, la Comisión ya había examinado algunos de esos elementos, como los actos unilaterales, y el Relator Especial no veía la necesidad de volver a estudiarlos ni de examinar temas políticamente delicados como el derecho religioso.

122. En lo que respecta a la cuestión de si debían examinarse la unidad y la coherencia del derecho internacional, al menos en lo que se refiere a la posibilidad de conflicto entre decisiones judiciales dictadas por diferentes cortes y tribunales, el Relator Especial señaló que algunos miembros habían argumentado que la Comisión ya había estudiado la fragmentación del derecho internacional y que, dado que esta no planteaba dificultades prácticas, era mejor excluirla del examen del tema. Otros consideraban que la cuestión de la fragmentación era bastante importante, en especial habida cuenta del riesgo de que se dictaran resoluciones judiciales contradictorias debido a la proliferación de cortes y tribunales internacionales, y que el estudio del presente tema era la oportunidad de aclararla. Otros miembros propusieron que la cuestión se mencionara en el comentario o se abordara mediante una cláusula “sin perjuicio”. El Relator Especial, por su parte, convino en que la cuestión de las decisiones contradictorias era importante, aunque a veces compleja, y podía perfectamente ser un ámbito al que la Comisión tratara de aportar una contribución práctica. Explicó que, en el informe de 2006 del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional²²¹, la Comisión solo había indicado que la cuestión de la jurisprudencia contradictoria afectaba a las competencias institucionales de las cortes y tribunales y a las relaciones jerárquicas entre ellos. Dado que lo mejor era dejar que ellos se ocuparan, la Comisión no había abordado el fondo de la cuestión. En todo caso, el Relator Especial estaba firmemente convencido de que, habida cuenta de sus posibles implicaciones para el alcance del tema y de que, aunque en última instancia debería ser la Comisión la que decidiera de manera independiente a partir de una evaluación científica, sería especialmente importante recabar observaciones de los Estados y otras entidades y tener muy en cuenta las que formularan en la Sexta Comisión. Por consiguiente, insistió en la necesidad de invitar a los Estados a que aportasen su contribución sobre esta y otras cuestiones planteadas en su primer informe, ya que, al fin y al cabo, se esperaba que los Estados fueran los principales beneficiarios de la labor de la Comisión. Señaló que tenía la intención de volver a plantear la cuestión en el futuro.

²²¹ *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte) (adición 2), documento [A/CN.4/L.682](#) y [Add.1](#).

123. En relación con la propuesta de incluir una bibliografía multilingüe, el Relator Especial señaló que varios miembros habían indicado obras académicas y prácticas estatales de diversas jurisdicciones. Observó que, al solicitar contribuciones a los miembros y los Estados, se pretendía subsanar el problema de la desigual representatividad del material examinado en relación con los medios auxiliares, garantizar una mayor diversidad y reforzar la legitimidad de la labor de la Comisión.

124. El Relator Especial señaló el apoyo general al programa de trabajo propuesto. También indicó que el calendario que proponía en su primer informe para los futuros trabajos era provisional y podría ajustarse para abordar adecuadamente el fondo del tema. Estaba resuelto a actuar con rigor científico y no quería precipitar el examen del tema en detrimento del contenido y el rigor de los trabajos.

125. En cuanto a la labor futura sobre el tema, el Relator Especial señaló que tenía la intención de dedicar su próximo informe a las decisiones de las cortes y tribunales y la forma en que estos utilizaban los medios auxiliares para determinar las normas de derecho internacional²²². Confiaba en que el memorando de la Secretaría en el que se estudiaban las decisiones de las cortes y tribunales internacionales, así como de otros órganos, y la forma en que estos empleaban los medios auxiliares, contribuyera al debate de la Comisión el año siguiente.

C. Texto de los proyectos de conclusión sobre los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional aprobados provisionalmente por la Comisión en su 74º período de sesiones

1. Texto de los proyectos de conclusión

126. A continuación se reproduce el texto de los 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;

²²² Véase el capítulo X *infra*.

- 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.

2 Texto de los proyectos de conclusión y sus comentarios

127. A continuación se reproduce el texto de los proyectos de conclusión, con sus comentarios, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 74º período de sesiones.

Medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional

Comentario general

- 1) Como ocurre siempre con la labor de la Comisión, el proyecto de conclusiones ha de leerse con sus comentarios.
- 2) El presente proyecto de conclusiones tiene por objeto contribuir a aclarar el uso de los medios auxiliares y su relación con las fuentes del derecho internacional, principalmente de dos maneras. En primer lugar, trata de identificar y dilucidar las funciones de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional, conforme a la letra y el espíritu del Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia²²³.
- 3) En segundo lugar, el presente proyecto de conclusiones establece una metodología sistemática para la utilización de medios auxiliares a fin de determinar la existencia y el contenido²²⁴ de las normas de derecho internacional. Esa determinación se refiere a dos aspectos principales. En primer lugar, en algunos casos puede plantearse si es posible recurrir a un medio auxiliar para identificar o determinar la existencia de una norma de derecho internacional sobre la base de una de las fuentes del derecho internacional establecidas, a saber, un tratado, el derecho internacional consuetudinario o un principio general del derecho. En segundo lugar, en otros casos puede determinarse que cierta norma existe, pero es posible que su contenido y su alcance sigan sin estar claros. En cualquiera de los dos casos, se puede utilizar el medio auxiliar, por ejemplo una decisión judicial, como medio para ayudar en esa determinación. La interacción entre los medios auxiliares y las fuentes del derecho internacional, y las consecuencias de gran alcance que podría tener la posible ampliación de la categoría de los medios auxiliares, indican que es vital emplear una metodología coherente y sistemática al utilizar cualquier medio auxiliar para aclarar las fuentes de las normas de derecho internacional²²⁵. Esa metodología debería contribuir a reforzar la coherencia, previsibilidad y estabilidad del derecho internacional.

²²³ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Artículo 38, en <http://www.icj-cij.org/en/statute>.

²²⁴ La Comisión también abordó la cuestión de la existencia y el contenido de las normas en su tema sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario (véanse las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario y sus comentarios, *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), párrs. 65 y 66). En este caso se aplica la misma lógica, aunque en el presente contexto el análisis se centre en los medios auxiliares y no en una fuente del derecho internacional. Véase el primer informe del Relator Especial sobre el presente tema (A/CN.4/760).

²²⁵ La Comisión ya ha determinado en diversos proyectos que hace falta una metodología para aclarar las fuentes del derecho internacional. Debería basarse, según proceda, en sus conclusiones anteriores sobre los medios auxiliares que pueden utilizarse para determinar la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional, que ya cuentan con el apoyo general de los Estados, ya sean normas de derecho internacional consuetudinario (conclusión 13, párr. 1: “[l]as decisiones de cortes y tribunales internacionales, en particular las de la Corte Internacional de Justicia, relativas a la existencia y el contenido de normas de derecho internacional consuetudinario constituyen un medio auxiliar de determinación de dichas normas”; conclusión 14: “[l]a doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones puede ser un medio auxiliar para la determinación de normas de derecho internacional consuetudinario”, *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), párr. 65); principios generales del derecho (proyecto de conclusión 8, párr. 1: “[l]as decisiones de cortes y tribunales internacionales, en particular las de la Corte Internacional de Justicia, relativas a la existencia y el contenido de principios generales del derecho constituyen un medio auxiliar para la

4) El Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que se considera la declaración autorizada de las fuentes del derecho internacional, es el punto de partida del presente proyecto de conclusiones. El párrafo 1 del Artículo 38 establece que la Corte, cuya función primordial es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sometan los Estados, deberá aplicar: a) los tratados, sean generales o particulares, que establecen normas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales del derecho reconocidos por la “comunidad internacional”²²⁶; y d) como medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho, “las decisiones judiciales” y “las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones”.

5) El Artículo 38 es la disposición del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia relativa al derecho aplicable. No obstante, debe su importancia no solo a su inclusión en el Estatuto del órgano judicial principal de las Naciones Unidas²²⁷ y única corte universal con jurisdicción general, sino también a su amplia aceptación y utilización por los Estados y las cortes y tribunales, así como por los juristas, como declaración autorizada de las fuentes del derecho internacional con arreglo al derecho internacional consuetudinario. Nada en la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales ni en la doctrina establecida indica que el Artículo 38 sea una enumeración exhaustiva de las fuentes del derecho internacional o los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional. Así pues, además de las decisiones judiciales y la doctrina, que pueden considerarse los medios auxiliares tradicionales, el presente proyecto de conclusiones también abordará otros medios auxiliares empleados frecuentemente en la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales, que serán objeto de proyectos de conclusión posteriores. No obstante, se afirmó que la lista de medios auxiliares que figura en el párrafo 1 d) del Artículo 38 podía interpretarse de manera amplia para tener en cuenta la práctica actual.

6) La Comisión ha decidido que el resultado final de su labor sobre el tema revista la forma de un “proyecto de conclusiones”. Así se siguen y complementan los últimos textos aprobados por la Comisión sobre cuatro temas relativos a las fuentes del derecho internacional y cuestiones conexas, a saber, la identificación del derecho internacional consuetudinario²²⁸, los principios generales del derecho²²⁹, la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general

determinación de dichos principios”; proyecto de conclusión 9: “[l]a doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones puede ser un medio auxiliar para la determinación de principios generales del derecho”, que figuran en el capítulo IV del presente informe); o incluso normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) (proyecto de conclusión 9, párr. 1: “[l]as decisiones de las cortes y tribunales internacionales, en particular las de la Corte Internacional de Justicia, constituyen un medio auxiliar para determinar el carácter imperativo de las normas de derecho internacional general”; proyecto de conclusión 9, párr. 2: “[l]a labor de los órganos de expertos establecidos por Estados o por organizaciones internacionales y la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones también pueden ser un medio auxiliar para determinar el carácter imperativo de las normas de derecho internacional general”, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo séptimo período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/77/10)*, párr. 43).

²²⁶ El párrafo 1 c) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia habla de “naciones civilizadas”. En el contexto de su tema “Principios generales del derecho”, la Comisión ha prescindido acertadamente de esa expresión anticuada en favor de la más inclusiva “comunidad internacional”. Por consiguiente, esta será también la expresión que se utilice en este tema. Véase el proyecto de conclusión 2 sobre los principios generales del derecho que figura en el capítulo IV del presente informe.

²²⁷ Carta de las Naciones Unidas, Artículo 92: “La Corte Internacional de Justicia será el órgano judicial principal de las Naciones Unidas; funcionará de conformidad con el Estatuto anexo, que está basado en el de la Corte Permanente de Justicia Internacional, y que forma parte integrante de esta Carta”.

²²⁸ *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), cap. V, págs. 95 a 121, párrs. 53 a 66.

²²⁹ En el capítulo IV del presente informe.

(*ius cogens*)²³⁰ y los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados²³¹.

7) En lo que respecta al valor normativo de los “proyectos de conclusión”, la Comisión no ha establecido aún una definición única de esos instrumentos, ya que debe tener en cuenta las necesidades específicas de cada tema en sí mismo. Dicho esto, dado que los Estados y demás usuarios de los trabajos de la Comisión podrían estar más familiarizados con los resultados finales en forma de “proyectos de artículos”, debe entenderse que el presente proyecto de conclusiones es fruto de un proceso de deliberación razonada y, más concretamente, una declaración de las normas derivadas de la práctica constatada en materia de utilización de medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional. Su función esencial es aclarar el derecho a partir de la práctica actual. Así pues, en consonancia con el estatuto de la Comisión y la práctica general en los temas conexos señalados más arriba, el contenido del presente proyecto de conclusiones refleja principalmente una codificación y quizás elementos de desarrollo progresivo del derecho internacional.

8) Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, y su mandato de ayudar a los Estados en la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional de conformidad con el artículo 1 de su estatuto, la Comisión espera que el presente proyecto de conclusiones pueda facilitar la labor de todos aquellos que puedan estar llamados a ocuparse de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional. Con todo, dado que el presente proyecto de conclusiones no se ocupa de todos los medios auxiliares posibles, los criterios enunciados en él servirán para aplicar los medios auxiliares establecidos a fin de determinar las normas de derecho internacional y para delimitar el alcance de los nuevos medios auxiliares que puedan surgir en el futuro. En definitiva, leídos conjuntamente, el texto del proyecto de conclusiones y sus comentarios proporcionarán una útil orientación a los Estados, las organizaciones internacionales, las cortes y tribunales internacionales y nacionales y todos aquellos, incluidos los juristas y los profesionales del derecho internacional, que puedan tener motivos para ocuparse de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional.

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.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 1 es de carácter introductorio. Establece, en términos generales, que el presente proyecto de conclusiones se refiere a la utilización de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional. El uso de la expresión “presente proyecto de conclusiones” deja claro que trata de establecer el alcance de todo el proyecto de conclusiones. Se han utilizado las palabras “se refiere” en lugar de “es de aplicación” (que suelen utilizarse en los textos que se recomiendan a los Estados para que sirvan de base de futuras convenciones) para aludir al objeto de la labor sobre el tema. Ello también refleja la práctica de la Comisión en sus trabajos sobre temas similares que han dado lugar a “proyectos de conclusiones” o “proyectos de directrices” en lugar de “proyectos de artículos”.

2) Se optó por hablar de “la utilización de” tras considerar principalmente dos opciones. En primer lugar, para poner de relieve la naturaleza metodológica del tema, se propuso la fórmula “la forma en que se utilizan medios auxiliares” similar a la disposición relativa al alcance sobre el tema de la identificación del derecho internacional consuetudinario²³². En

²³⁰ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo séptimo período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/77/10)*, cap. IV, párrs. 43 y 44.

²³¹ *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), cap. IV, págs. 25 a 94, párrs. 39 a 52.

²³² La disposición sobre el alcance, en la conclusión 1, establecía que “[l]as presentes conclusiones se refieren a la manera en que han de determinarse la existencia y el contenido de las normas de derecho

segundo lugar, en los debates de la Comisión se estudió una fórmula alternativa en la que se habría establecido que los medios auxiliares “han de utilizarse”. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia dispone que la Corte debe aplicar las decisiones judiciales y la doctrina como medios auxiliares, pero al mismo tiempo indica que los jueces pueden utilizarlas como medio para la determinación de las normas de derecho internacional. Dicho esto, aunque en la práctica los jueces pueden recurrir y recurren a los medios auxiliares cuando lo consideran necesario, el párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto en realidad no obliga a la Corte a aplicarlos. La Comisión optó por la fórmula en la que se afirma que el proyecto de conclusiones se refiere a “la utilización de” los medios auxiliares, que se consideró menos imperativa que la expresión “han de utilizarse”. Además, la fórmula empleada se prefirió por ser más neutra.

3) A los efectos de los presentes comentarios y en aras de una mayor claridad, es importante ofrecer explicaciones terminológicas. En primer lugar, aunque la referencia a los “medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional” se deriva del Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte, no reproduce literalmente el texto de esa disposición, que habla de la determinación de “las reglas de derecho”. En el presente tema y en los comentarios se utilizará con frecuencia la expresión “medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional”, pero la expresión más general “reglas de derecho” que figura en el Estatuto a veces se sustituirá por “normas de derecho internacional”. Con esta última fórmula se garantiza la coherencia con el título del tema, que se ha elegido para poner de relieve que el proyecto se centra en la determinación de las normas de derecho internacional, y no las reglas de derecho en general. Es importante destacar que el hecho de que la expresión “reglas de derecho” sea más general que “normas de derecho internacional” no significa que se esté limitando el alcance sustantivo del presente proyecto de conclusiones. Tampoco cambia el enfoque analítico necesario. Al mismo tiempo, no debe entenderse que la referencia a las normas de derecho internacional excluye *a priori* otras normas de derecho que pueden contribuir a la determinación de las normas de derecho internacional.

4) En segundo lugar, un análisis del sentido corriente del término “auxiliar” en las distintas versiones lingüísticas auténticas del párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto²³³ indica que esos medios tienen carácter auxiliar.

5) El término inglés procede del latín “*subsidiarius*” y designa algo que auxilia, es decir, subordinado, suplementario o secundario, algo que proporciona apoyo o asistencia adicionales; un auxilio, una ayuda²³⁴. El otro término, “medio”, hace referencia a un agente o instrumento que puede servir para un determinado fin; algo que se interpone o interviene²³⁵.

6) En tercer lugar, y entrando más en el fondo de la cuestión, en su estudio de las versiones española (medios auxiliares), francesa (*moyens auxiliaires*) y otras versiones lingüísticas auténticas del Artículo 38, párrafo 1 d), la Comisión constató que ponen de relieve de manera más precisa el carácter complementario o auxiliar de los medios auxiliares²³⁶. Las otras versiones lingüísticas auténticas también optan por una acepción del

internacional consuetudinario”. Véase la conclusión 1 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), párr. 65.

²³³ Véase, a este respecto, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 33. Por otra parte, de conformidad con el Artículo 111 de la Carta de las Naciones Unidas, los textos de la Carta en chino, francés, ruso, inglés y español son igualmente auténticos. Con arreglo al Artículo 92 de la Carta, el Estatuto de la Corte anexo forma parte integrante de la Carta. Por consiguiente, la Carta ha sido autenticada en los cinco idiomas mencionados. En virtud de la resolución 3190 (XXVIII) de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1973, el árabe se incluyó entre los idiomas oficiales y de trabajo de la Asamblea General y sus Comisiones Principales.

²³⁴ “*Subsidiary*”, *Oxford English Dictionary* (Clarendon, 3ª ed., 2013). Puede consultarse en www.oed.com.

²³⁵ “*Means*”, *ibid.*

²³⁶ Las versiones en chino y en ruso tienen esa misma acepción. La versión en árabe de la Carta y el Estatuto anexo no está sujeta a lo dispuesto en el Artículo 111 de la Carta y tiene diferentes traducciones. Ello llevó a los miembros de habla árabe de la Comisión a entablar un útil diálogo lingüístico en una reunión con traductores e intérpretes de las Naciones Unidas, tras el cual se determinó que la mejor traducción de la expresión “medios auxiliares” era وسائل احتياطية.

término “auxiliar” relativamente más rigurosa que la acepción ordinaria más amplia que también llegó a atribuirse al término en inglés. Confirman además que las decisiones judiciales y la doctrina tienen un carácter distinto al de las fuentes del derecho, expresamente enumeradas en el párrafo 1 a) a c) del Artículo 38 del Estatuto: los tratados, la costumbre internacional y los principios generales del derecho. En otras palabras, las decisiones judiciales y la doctrina son auxiliares simplemente porque no son fuentes del derecho aplicables por sí mismas. En cambio, sirven de asistencia o ayuda para determinar si una norma de derecho internacional existe o no y, en caso afirmativo, el contenido de dicha norma. Esto no quiere decir que los medios auxiliares no sean importantes. Por el contrario, siguen siéndolo, aunque solo como medios auxiliares para la identificación y determinación de las normas de derecho internacional.

7) Sobre la cuestión anterior, la Comisión ya determinó en su proyecto de conclusiones de 2022 sobre la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) que algunos medios auxiliares, concretamente las decisiones de las cortes y tribunales internacionales, son incluso “un medio auxiliar para determinar el carácter imperativo de las normas de derecho internacional general”²³⁷. Antes de llegar a esa conclusión, la Comisión también había concluido —en su labor sobre otros dos temas que son especialmente pertinentes porque se refieren a las fuentes enunciadas en el Artículo 38 del Estatuto— que pueden utilizarse medios auxiliares para la identificación o determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario (Artículo 38, párrafo 1 b)) y los principios generales del derecho (Artículo 38, párrafo 1 c)).

8) La Corte Internacional de Justicia confirma en su forma de aplicar el Artículo 38 en varias causas que, si bien las fuentes del derecho son distintas de los medios auxiliares, interactúan con algunos de ellos, como las decisiones judiciales anteriores. Por ejemplo, en la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*, para resolver la cuestión del derecho aplicable, la Corte citó su fallo anterior en las causas relativas a la *Plataforma continental del Mar del Norte* con respecto a la regla según la cual debía aplicar las diversas “fuentes del derecho enumeradas en el Artículo 38 del Estatuto”²³⁸, que incluían los tratados multilaterales, el derecho consuetudinario y el derecho internacional general, incluso cuando se solapan. En la causa relativa a la *Plataforma continental (Túnez/Jamahiriya Árabe Libia)*, la Corte 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 pertinentes aplicables a la delimitación, también está obligada, de conformidad con el apartado a) de dicho párrafo, a aplicar las disposiciones del Acuerdo Especial” y que, como se afirmó en las causas relativas a la *Plataforma continental del Mar del Norte*, el derecho internacional requería que la delimitación se efectuara “conforme a principios equitativos y teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes”²³⁹.

9) Del mismo modo, en la causa relativa al *Golfo de Maine*, una Sala de la Corte determinó que

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

²³⁷ Véanse, a este respecto, el proyecto de conclusión 9, párrafo 1, titulado “Medios auxiliares de determinación del carácter imperativo de las normas de derecho internacional general”, y los párrafos 1) a 4) de su comentario, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo séptimo período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/77/10)*, párr. 44, págs. 47 a 49. Véase también el párrafo 2) del comentario a la conclusión 13 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), párr. 66, pág. 117 (“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). El uso de la expresión ‘medio auxiliar’ no da a entender, ni pretende dar a entender, que esas decisiones no sean importantes para la identificación del derecho internacional consuetudinario”).

²³⁸ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) [Cuestiones de fondo]*, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 14, párrs. 82 a 85.

²³⁹ *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, fallo, *I.C.J. Reports 1982*, pág. 18 y ss., en especial pág. 37, párr. 23.

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 (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 arbitrales*²⁴⁰ [sin cursiva en el original].

En la causa relativa a la *Delimitación marítima de la zona situada entre Groenlandia y Jan Mayen (Dinamarca c. Noruega)*, la Corte examinó “las fuentes enumeradas en el Artículo 38 de su Estatuto”, que estimó que “debía tomar en consideración” en relación con “el derecho aplicable en la zona de pesca”, incluidas sus decisiones anteriores “pertinentes” dictadas en la causa relativa al *Golfo de Maine*²⁴¹. Por último, en la causa relativa a la *Controversia fronteriza (Burkina Faso/Níger)*, la Corte interpretó el párrafo 1 del Artículo 38 en el contexto del objeto del Acuerdo Especial entre las partes y consideró que “indica claramente que las normas y principios mencionados en esa disposición del Estatuto deben aplicarse a cualquier cuestión que la Corte deba resolver a fin de pronunciarse sobre la controversia”²⁴². Entre las normas que la Corte consideraba aplicables a esa causa figuraba el principio de intangibilidad de las fronteras heredadas de la colonización (*uti possidetis iuris*), respecto del cual la Corte se remitió a sus fallos anteriores en las causas relativas a la *Controversia fronteriza (Burkina Faso/Mali)* y a la *Controversia fronteriza (Benin/Níger)*²⁴³.

10) En las palabras “para la determinación de las normas de derecho internacional”, el término “determinación” procede del párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto. La Comisión considera que tiene al menos dos sentidos: uno en su forma sustantiva (“determinación”) y otro en su forma verbal (“determinar”). Como sustantivo, puede significar “constatación” (un medio de constatar cuál es la norma, una prueba), mientras que el verbo “determinar” también puede significar “decidir” (como se explica en el párrafo 13)). Conforme al primer sentido, la palabra “determinación” se entiende únicamente en el sentido de averiguar cuál es el derecho existente²⁴⁴. Esa determinación abarcará varias operaciones que, en función del contexto, pueden consistir en identificar una norma o en determinar si cierta norma existe y, en caso afirmativo, su contenido y su posible aplicación a un caso concreto.

11) Por ejemplo, el proceso de determinación podría consistir en analizar un tipo particular de medio auxiliar, como una decisión de una corte o un tribunal internacional, que establezca la existencia de una norma jurídica internacional sobre una determinada cuestión en litigio. Se puede considerar que la norma existe (o no) al igual que con cualquiera de las fuentes del derecho internacional enunciadas en los apartados a) a c) del párrafo 1 del Artículo 38, a saber, las convenciones o tratados internacionales, la costumbre internacional y los principios generales del derecho. En el caso de los tratados, por ejemplo, puede ser relativamente fácil establecer la existencia de una norma determinada, pero puede haber dudas sobre su alcance. Aquí es cuando la fuente de la norma y los medios auxiliares pueden interactuar para ayudar a resolver un problema práctico. Por ejemplo, las partes y la corte o el tribunal pueden citar como medio auxiliar una decisión judicial anterior, puesto que en ella puede haberse invocado e interpretado ya una norma enunciada en un tratado, como el principio de igualdad soberana de todos los Estados establecido en el Artículo 2, párrafo 1, de la Carta de las Naciones Unidas. Tanto la norma convencional, en el ejemplo de la Carta, como la decisión anterior en que se interpreta dicha norma pueden ser pertinentes para resolver la controversia entre las partes.

12) En el caso de las otras fuentes del derecho distintas de los tratados, es decir, el derecho internacional consuetudinario o los principios generales del derecho, será necesario analizar

²⁴⁰ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, fallo, I.C.J. Reports 1984*, págs. 246 y ss., en especial págs. 290 y 291, párr. 83.

²⁴¹ *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.

²⁴² *Frontier Dispute (Burkina Faso/Niger), fallo, I.C.J. Reports 2013*, págs. 44 y ss., en especial pág. 73, párr. 62.

²⁴³ *Ibid.*, párrs. 63 y 66.

²⁴⁴ M. Shahabuddeen, *Precedent in the World Court* (Cambridge, Cambridge University Press, 1996), pág. 76.

la interacción entre el medio auxiliar y la fuente más a fondo. Esto se debe a que, para identificar la existencia y el contenido de la norma jurídica a partir de una norma de derecho internacional consuetudinario o de un principio general del derecho, deben cumplirse determinados criterios jurídicos adicionales. Con independencia de la fuente que se consulte, la referencia a la decisión judicial anterior como medio auxiliar no significa que esta sea la fuente del derecho, sino que puede constituir una prueba de la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional que entonces podrá ser de aplicación. El efecto vinculante de la norma, en caso de que se aplique, se derivará del tratado, la costumbre o el principio general y no de la decisión judicial anterior, ya que no hay doctrina de los precedentes judiciales (*stare decisis*) en el derecho internacional general (como confirma el Artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia).

13) Con todo, además del sentido mencionado en el párrafo 10) más arriba, el verbo “determinar” también puede significar enunciar el derecho. En algunas causas, y aunque el Artículo 59 siga siendo de aplicación desde un punto de vista formal, la Corte se remite simplemente a la norma cuyo contenido determinó en decisiones anteriores. En la mayoría de las causas, puede hacerlo sin necesidad de realizar un nuevo análisis para determinar si la norma existe o no, puesto que esa determinación podrá darse por sentada más adelante tras la decisión previa a tal efecto. Porque, al fin y al cabo, en la práctica, ni los jueces ni los Estados y sus representantes legales parten de cero cuando tienen que resolver una nueva controversia que plantea cuestiones de hecho y de derecho similares a otras ya examinadas. De hecho, las decisiones anteriores se utilizan frecuentemente para identificar o aclarar una norma de derecho, no para crear esa norma, es decir, no tanto como precedentes vinculantes como por su influencia persuasiva²⁴⁵. Por razones de seguridad jurídica²⁴⁶, la Corte no solo se remite a sus propias decisiones anteriores, sino que a menudo trata de explicar una posición previa basada en decisiones anteriores o justificar por qué se aparta de una decisión anterior²⁴⁷.

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;

²⁴⁵ Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, pág. 1553.

²⁴⁶ Véase *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, págs. 43 y ss., en especial págs. 90 a 92 y 101, párrs. 116, 120 y 139 (“116. El principio de cosa juzgada tiene, a nivel internacional y nacional, dos objetivos: uno general y otro particular. En primer lugar, la estabilidad de las relaciones jurídicas exige que se ponga fin a la controversia. La función de la Corte es, de conformidad con el Artículo 38 de su Estatuto, ‘decidir’, es decir, poner fin a ‘las controversias que le sean sometidas’. En segundo lugar, a ninguna parte le interesa que un asunto que ya se ha resuelto a su favor se reabra. El Artículo 60 del Estatuto establece ese carácter definitivo de los fallos. En general, debe considerarse que privar a una parte del beneficio de un fallo dictado a su favor contraviene los principios que rigen el arreglo judicial de controversias.”).

²⁴⁷ Véase, por ejemplo, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2012*, págs. 99 y ss., en especial pág. 122, donde la Corte dictaminó que, “de conformidad con el Artículo 38, párrafo 1 b), de su Estatuto, debe determinar si existe una ‘costumbre internacional como prueba de una práctica general aceptada como derecho’ que confiera inmunidad a los Estados y, en caso afirmativo, cuál es el alcance y la extensión de dicha inmunidad. A tal efecto, ha de aplicar los criterios que ha enunciado reiteradamente para identificar una norma de derecho internacional consuetudinario. En particular, como dejó claro en las causas relativas a la *Plataforma continental del Mar del Norte*, la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario requiere la presencia de ‘una práctica establecida’ acompañada de la *opinio iuris* (*North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 44, párr. 77)” (sin cursiva en el original).

- c) cualquier otro medio generalmente utilizado para ayudar a determinar las normas de derecho internacional.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 2 establece tres categorías principales de medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional: las decisiones de cortes y tribunales; la doctrina, entendida como la obra de especialistas de todas las naciones, las regiones y los sistemas jurídicos del mundo; y cualquier otro medio generalmente utilizado para ayudar a determinar las normas de derecho internacional. Las dos primeras categorías se basan y se inspiran en gran medida en el texto del párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, con los ajustes que se indican a continuación. La tercera categoría de medios auxiliares responde al hecho de que existen otros medios generalmente utilizados en la práctica para ayudar a determinar las normas de derecho internacional. En el presente comentario se explican a continuación cada una de estas categorías, pero comienza por el encabezamiento.

Encabezamiento del proyecto de conclusión 2

2) En el encabezamiento del proyecto de conclusión 2 se afirma simplemente que “los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional comprenden”. Al redactarlo, se consideró la posibilidad de utilizar la formulación alternativa “comprenden, entre otros”, o sustituir “comprenden” por “pueden adoptar la forma de”, todo ello a fin de confirmar el carácter no exhaustivo de las categorías de medios auxiliares mencionadas en el proyecto de conclusión. Al final, la Comisión decidió utilizar simplemente el verbo “comprenden” al final de la oración por ser suficientemente claro y general. Desde un punto de vista sustantivo, como ya se ha indicado anteriormente, el encabezamiento parte de la premisa de que la lista de medios auxiliares que figura en el Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto no es exhaustiva y de que la mayor pertinencia de esos medios se debe a que forman parte integrante del derecho internacional consuetudinario.

3) Las dos primeras categorías enunciadas en los apartados a) y b) del proyecto de conclusión 2 se derivan del párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte, que se refiere a las “decisiones judiciales” y a las “doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones” como medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho. Esas fórmulas se han abreviado para hablar de “decisiones de cortes y tribunales” y “doctrina”. Luego está la tercera categoría de “cualquier otro medio”, que abarca otros medios auxiliares que, sin estar expresamente mencionados en el Artículo 38, han surgido en la práctica para desempeñar también un papel auxiliar o de asistencia en la determinación de las normas de derecho internacional. La existencia de una tercera categoría de medios considerados auxiliares se indica de dos formas: en primer lugar, por el uso del verbo “comprenden” al final del encabezamiento y, en segundo lugar y de forma más sustantiva, por la inclusión de un apartado c) que prevé la existencia de una categoría más general, la de cualquier otro medio auxiliar.

Apartado a) – las decisiones de cortes y tribunales

4) En el apartado a) se reconoce que la primera categoría de medios auxiliares está constituida por “las decisiones de cortes y tribunales”. En consonancia con sus trabajos anteriores en lo que respecta a los medios auxiliares²⁴⁸, la Comisión decidió suprimir el calificativo “judiciales” para emplear la fórmula mucho más general “las decisiones de cortes y tribunales” a fin de que el presente proyecto de conclusiones pudiera abarcar un conjunto más amplio de decisiones de diversos órganos. No obstante, hubo quien consideraba que la fórmula mucho más restringida “decisiones judiciales”, idéntica a la empleada en el Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, era preferible a la fórmula más general “decisiones de cortes y tribunales” aprobada.

²⁴⁸ Por ejemplo, en el título de la conclusión 13 en el tema de la identificación del derecho internacional consuetudinario: “Decisiones de cortes y tribunales”. *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), párr. 65.

5) El Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia incluye expresamente las “decisiones judiciales” entre los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional. A primera vista, ni la Carta de las Naciones Unidas (Capítulo XIV) ni el Estatuto o los documentos secundarios de la Corte (como su Reglamento o las Directrices sobre la Práctica) o su jurisprudencia definen de manera explícita la expresión “decisiones judiciales”. En la práctica y en el examen del presente tema han surgido dudas sobre el sentido y el alcance de dicha expresión. Por ello, la Comisión se ha decantado finalmente por la expresión más general “las decisiones de cortes y tribunales”, al igual que en otros temas examinados anteriormente.

6) La palabra “decisiones” hace referencia a los fallos, decisiones o determinaciones de una corte o tribunal, un órgano colegiado o una institución en el marco de un proceso de resolución destinado a poner fin a una controversia o a solucionar una cuestión. Aunque normalmente este tipo de decisiones, en especial las judiciales, son adoptadas por una corte o un tribunal de justicia, como la Corte Internacional de Justicia u otras cortes y tribunales internacionales o nacionales, también pueden adoptarlas otros órganos decisorios competentes. A este respecto, por lo que se refiere a las decisiones de la Corte Internacional de Justicia u otras cortes y tribunales internacionales, conviene aclarar que incluirán no solo los fallos definitivos, sino también las opiniones consultivas y las providencias dictadas en el marco de procedimientos incidentales o interlocutorios²⁴⁹. Entre estos cabe citar las providencias de medidas provisionales dictadas por las cortes y tribunales internacionales²⁵⁰. El término “decisiones” entendido en un sentido general incluye las adoptadas en el marco de los procedimientos de denuncia individual de los órganos creados por los Estados en virtud de tratados, como el Comité de Derechos Humanos. Así pues, en lugar de la expresión “decisiones judiciales” que figura en el párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto, la Comisión, en consonancia con su labor anterior, eligió el término más general “decisiones”, que tiene la ventaja de englobar las decisiones de una mayor variedad de órganos.

7) En general, la expresión “cortes y tribunales” debería entenderse en sentido amplio. Abarca tanto las cortes y tribunales internacionales como las cortes y tribunales nacionales (también llamados a veces cortes y tribunales internos). En ese sentido amplio incluyen, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, los Tribunales Penales Internacionales establecidos *ad hoc* para la ex-Yugoslavia y Rwanda, el Tribunal Especial para Sierra Leona, el Tribunal Especial para el Líbano y los órganos de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio, así como los tribunales de inversiones. La referencia a las cortes y tribunales también abarca los órganos judiciales regionales, como la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

8) En aras de la claridad, aunque esto se explicará en otros proyectos de conclusión, por cortes y tribunales nacionales se entenderán las cortes o tribunales facultados para actuar en un sistema jurídico nacional. Suelen actuar conforme al derecho nacional, y están incluidos algunos de los denominados tribunales “híbridos” con competencia y composición mixtas, pero no todos²⁵¹. A este respecto, cabe señalar que las decisiones de las cortes y tribunales nacionales desempeñan una doble función en el sentido de que, además de ser un medio auxiliar, también pueden indicar la práctica de los Estados y servir de base para determinar

²⁴⁹ Esta tesis es coherente con la opinión manifestada por la Comisión en relación con la identificación del derecho internacional consuetudinario, cuando, en el comentario a la conclusión 13 relativa a los medios auxiliares, explica que “el término ‘decisiones’ incluye los fallos y las opiniones consultivas, así como las providencias sobre cuestiones de procedimiento y cuestiones interlocutorias”: párrafo 5) del comentario a la conclusión 13, *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), párr. 66, pág. 117.

²⁵⁰ Párrafo 5) del comentario a la conclusión 13 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), párr. 66, págs. 117 y 118.

²⁵¹ En el contexto del tema de la identificación del derecho internacional consuetudinario, la Comisión ha establecido definiciones prácticas de las “cortes y tribunales internacionales” y los tribunales “híbridos” que constituyen un conveniente aunque inicial punto de partida a los efectos del tema: párrafo 6) del comentario al proyecto de conclusión 13 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), págs. 117 y 118.

la *opinio iuris* o la existencia de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos. En las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, por ejemplo, la Comisión observó que la práctica de los Estados consistía en el comportamiento del Estado, ya fuera en el ejercicio de sus funciones ejecutivas, legislativas, judiciales o de otra índole²⁵². Es importante señalar que las decisiones de las cortes y tribunales nacionales también pueden ser, como se ha indicado anteriormente, un tipo de medio auxiliar. Sus conclusiones, en especial sobre cuestiones relativas al derecho internacional, pueden resultar valiosas.

9) La amplia práctica de utilizar las decisiones de las cortes y tribunales internacionales y nacionales como medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho internacional se abordará con mayor detalle en futuros proyectos de conclusión, comenzando por el proyecto de conclusión 4.

Apartado b) – la doctrina

10) En el párrafo 1 d) del Artículo 38 del Estatuto se establece que la Corte deberá aplicar “las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”. Al igual que ocurre con la categoría de las “decisiones de cortes y tribunales” a que se refiere el apartado a) del proyecto de conclusión 2, ni la Carta de las Naciones Unidas (Capítulo XIV) ni el Estatuto o los documentos secundarios de la Corte (en particular su Reglamento o las Directrices sobre la Práctica), definen el término “doctrina”. Ni la Corte ni la Corte Permanente de Justicia Internacional han definido el término “doctrina” como una categoría en su práctica. Por lo tanto, conviene examinar brevemente su sentido corriente.

11) En el presente proyecto de conclusiones, y como se explicará con mayor detalle en el proyecto de conclusión 5, la Comisión decidió utilizar la expresión “la doctrina” para referirse a la segunda categoría bien establecida de medios auxiliares. La Comisión estudió la posibilidad de utilizar la referencia a “los publicistas de mayor competencia” que figura en el Artículo 38, párrafo 1 d). Se consideró que la fórmula tenía una carga histórica y geográfica que podía considerarse elitista. También se creyó que se centraba demasiado en la condición del autor, en lugar de en la calidad científica de su obra, que debía ser la consideración primordial. No obstante, hubo quien dijo que la fórmula “las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones”, idéntica a la utilizada en el Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte, era preferible a la sucinta “la doctrina”.

12) En el proyecto de conclusión 2, la referencia a la doctrina no es a cualquier doctrina, sino a la que pueda considerarse que emana de especialistas o grupos de especialistas eminentes en el sentido de que figuran entre los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones. Debe prestarse especial atención a la labor de aquellos que se considere que destaquen en su especialidad. Dicho esto, como se ha indicado antes, aunque la reputación del autor de la obra puede dar una indicación útil de la calidad de esta, también es preciso insistir en que, en última instancia, lo más importante es la calidad de la obra en cuestión.

13) Tanto el término “doctrina” en su sentido corriente como sus sinónimos designan claramente una categoría amplia, que incluye tanto obras escritas como conferencias. Este puede ser el primer sentido que viene a la mente al oír hablar de doctrina, pero el término no debe entenderse de forma tan limitada. De hecho, es mejor entenderlo en un sentido más general, habida cuenta de las posibilidades que pueden ofrecer los avances tecnológicos. De hecho, en su labor anterior, la Comisión ha determinado que tanto la “doctrina” como los “escritos de los especialistas” “deben entenderse en un sentido amplio”²⁵³. También ha considerado que la categoría incluye “la doctrina en forma no escrita, como conferencias y

²⁵² *Ibid.*, párr. 65, conclusión 5 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario. Los “tribunales híbridos” y sus decisiones se abordarán más a fondo en otros proyectos de conclusión sobre el presente tema que se elaborarán más adelante.

²⁵³ Párrafo 1) del comentario a la conclusión 14 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), párr. 66, pág. 118; y memorando de la Secretaría sobre los medios para hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario (A/CN.4/710/Rev.1).

material audiovisual²⁵⁴. Así pues, cabe concluir que la doctrina comprende tanto escritos de los especialistas como conferencias grabadas, material audiovisual y, por lo demás, material en cualquier otro formato de difusión, incluido el que pueda existir en el futuro.

14) Como en el caso del apartado a), que se ocupa de las decisiones de cortes y tribunales y se explica con mayor detalle en el proyecto de conclusión 4, la naturaleza de la doctrina y la necesidad de que esta sea representativa se explicarán en futuros proyectos de conclusión, comenzando por el proyecto de conclusión 5²⁵⁵. En ese proyecto de conclusión se deja claro que la doctrina incluiría las obras de los especialistas a título individual, en especial —como confirman los antecedentes de redacción del Artículo 38, párrafo 1 d)— sus opiniones coincidentes. La coincidencia de opiniones de los especialistas no requiere que haya consenso entre ellos, suponiendo que fuera posible. No obstante, cuando del examen de un corpus diverso y representativo de obras de especialistas parezca deducirse una clara tendencia general, es probable que, en conjunto, esa tendencia sea una indicación fiable de que esas opiniones son acertadas. Así ocurre en particular cuando la corriente de opinión general se adhiere a valoraciones individuales objetivas de los autores en cuestión. La doctrina también incluiría la labor de órganos de expertos de carácter privado como el Instituto de Derecho Internacional y la Asociación de Derecho Internacional. Los textos elaborados por órganos facultados por Estados, como la Comisión, pueden considerarse distintos de las “doctrinas de los publicistas”. Esos textos se elaboran bajo los auspicios de instituciones oficiales y pueden reflejar la participación de los Estados o de sus representantes en los trabajos correspondientes, lo que los diferencia de las “doctrinas de los publicistas”. La Comisión abordará esta cuestión con mayor detalle en futuros proyectos de conclusión.

Apartado c) – cualquier otro medio generalmente utilizado para ayudar a determinar las normas de derecho internacional

15) El apartado c) del proyecto de conclusión 2 establece la tercera categoría de medios auxiliares y dispone 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”. Aunque en la práctica y en los escritos académicos pueden encontrarse diversos elementos que podrían quedar comprendidos en la categoría de “cualquier otro medio”, como ya se ha explicado en otros contextos²⁵⁶, los principales serían la labor de los órganos de expertos y las resoluciones o decisiones de las organizaciones internacionales. Se dijo que este apartado se entenderá mejor cuando se aborde más adelante la cuestión de los otros medios auxiliares.

16) Se estudiaron otras alternativas para el apartado c), desde incluir una lista ilustrativa de medios auxiliares hasta simplemente dejar un espacio reservado para insertar texto en el futuro. En lo que respecta a la lista ilustrativa de otros medios auxiliares, se mencionaron expresamente la labor de los órganos de expertos y las resoluciones o decisiones de las organizaciones internacionales. Tras un debate en profundidad y teniendo en cuenta las distintas posiciones, la Comisión optó por hablar, en términos generales, de “cualquier otro medio generalmente utilizado para ayudar a determinar las normas de derecho internacional”. Se consideró que esa fórmula era lo suficientemente amplia como para permitir que su contenido se ampliara en futuros proyectos de conclusión y en los comentarios correspondientes. Se mencionó expresamente la necesidad de incluir nuevos proyectos de conclusión específicos sobre la labor de los órganos de expertos, en especial los creados por Estados, inclusión que se apoyó ampliamente. Las categorías mencionadas se ajustarían además a la labor anterior concluida por la Comisión desde 2018 sobre varios temas.

17) La Comisión ha examinado la función de la labor de los órganos de expertos y otras entidades en sus recientes trabajos sobre otros temas: “Identificación del derecho

²⁵⁴ *Ibid.* Véanse también el tercer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, por Michael Wood, Relator Especial (A/CN.4/682), cap. V; y la declaración del Presidente del Comité de Redacción sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, pág. 15, en https://legal.un.org/ilc/guide/1_13.shtml#dcommrep.

²⁵⁵ La Comisión examinará el comentario al proyecto de conclusión 5 en su próximo período de sesiones.

²⁵⁶ Véase, a este respecto, el análisis detallado de los otros medios auxiliares que figura en el documento A/CN.4/760, cap. IX.

internacional consuetudinario” (concretamente, en las conclusiones 13, relativa a las decisiones de cortes y tribunales, y 14, sobre la doctrina), “Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados” (en la conclusión 13, relativa a los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de tratados), “Principios generales del derecho” (en los proyectos de conclusión 8, sobre las decisiones de cortes y tribunales, y 9, sobre la doctrina)²⁵⁷, y “Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)” (en el proyecto de conclusión 9, relativo a los medios auxiliares de determinación del carácter imperativo de las normas de derecho internacional general —en el que se abordan las decisiones judiciales, la doctrina y la labor de los órganos de expertos—)²⁵⁸. No obstante, es necesario evaluar más a fondo la medida en que estos textos pueden contribuir de manera específica como medios auxiliares para la determinación de normas de derecho internacional en el contexto del presente proyecto de conclusiones.

18) La Comisión ha dejado abierta la tercera categoría para no excluir la posibilidad de que, a medida que avancen los trabajos sobre el presente proyecto de conclusiones, se aborden otros medios auxiliares que quizás no se utilizan de forma generalizada en la actualidad o que se utilizan pero han quedado excluidos de la labor sobre el tema. Aun así, consideró prudente añadir el adverbio “generalmente” para indicar que, en la práctica, es preciso que se den determinadas condiciones o se alcance cierto nivel de utilización. Se trata de dejar claro que no se hace referencia a cualquier medio auxiliar, sino a los generalmente utilizados, entre otros por las cortes y tribunales. Concretamente, el uso del adverbio “generalmente” indica que un determinado material utilizado una sola vez como medio auxiliar por una corte o un tribunal específicos no se convertirá automáticamente en un medio auxiliar en general.

19) Por último, en el apartado c) se alude a la función de los medios auxiliares, a saber, “ayudar” a determinar las normas de derecho internacional. Esto puede llevar a preguntarse por la función de los medios auxiliares tradicionales y los otros medios auxiliares, sobre la que se elaborará un futuro proyecto de conclusión, al igual que en el tema “Principios generales del derecho”²⁵⁹. Por el momento, se habla de “ayudar” para anticipar algunos de los elementos que podrían ser de utilidad tanto para identificar otros posibles medios auxiliares como para destacar la función auxiliar de estos.

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.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 3, que se refiere a los criterios generales de evaluación de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional, tiene por objeto proporcionar orientación para evaluar el peso que debe atribuirse a esos medios.

²⁵⁷ En el capítulo IV del presente informe.

²⁵⁸ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo séptimo período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/77/10)*, párr. 43.

²⁵⁹ Proyecto de conclusión 9, contenido en el capítulo IV del presente informe.

Encabezamiento del proyecto de conclusión 3

2) El encabezamiento del proyecto de conclusión 3 establece que, cuando se evalúe el peso de los medios auxiliares en la determinación de las normas de derecho internacional, deberían tenerse en cuenta diversos factores. Cada medio auxiliar tendrá un “peso” distinto, que también puede variar en función del ámbito del derecho internacional, ya que un medio auxiliar puede tener diferente peso según el contexto. Por ejemplo, las decisiones de una corte o tribunal internacional suelen tener gran importancia para esa corte o tribunal, pero pueden ser menos importantes para otro, que en cambio puede dar prioridad a sus propias decisiones.

3) Los seis criterios han de utilizarse como factores generales para determinar el peso relativo que debe atribuirse a los materiales que ya se consideran medios auxiliares de una de las categorías indicadas en el proyecto de conclusión 2. No tienen por objeto determinar si un material concreto debe considerarse un medio auxiliar en el sentido del proyecto de conclusiones en su conjunto. Así se indica expresamente en el encabezamiento. Por consiguiente, los factores enumerados en el proyecto de conclusión, que se han explicado en trabajos anteriores de la Comisión, son elementos que pueden contribuir a evaluar el peso que debe atribuirse a los medios auxiliares, y su utilización dependerá de las circunstancias del caso. La disposición enumera esos criterios en apartados para facilitar la lectura y aclarar que no todos los factores serán aplicables a todas las categorías de medios auxiliares, sino que la determinación de los factores que serán pertinentes y la medida en que lo serán dependerá del medio auxiliar de que se trate y de las circunstancias del caso. No obstante, se ha dicho que es posible que en esta fase del examen del tema no haya suficiente práctica que respalde estos criterios o que la enumeración de los factores se considere un ejercicio teórico.

4) La aplicabilidad de la norma queda confirmada por la fórmula “deberían considerarse, entre otras cosas” en el encabezamiento del proyecto de conclusión 3. Cabe destacar dos cuestiones. En primer lugar, el uso del verbo “deberían” indica que la aplicación de los criterios no es obligatoria, aunque en muchos casos sea claramente deseable. Se trata de señalar que la lista que figura a continuación no pretende ser una declaración preceptiva ni establecer la obligación de utilizar un determinado medio auxiliar. En segundo lugar, con la expresión “entre otras cosas” también se quiere dar a entender que, si bien indica los criterios que probablemente se encontrarán con más frecuencia y podrán constituir una guía útil, la lista no exhaustiva, sino indicativa.

Apartado a) – su grado de representatividad

5) El apartado a) se refiere al grado de representatividad de los materiales utilizados como medios auxiliares. Con este criterio se quiere indicar, entre otras cosas, que, al evaluar los medios auxiliares, se debería recurrir a las decisiones de cortes y tribunales, a la doctrina y a cualesquiera otros medios auxiliares de diferentes regiones o sistemas jurídicos. Este criterio debería aplicarse de manera flexible si las normas de derecho internacional en cuestión son de carácter bilateral o regional. En tal caso, habría que centrar la atención en el contenido y el grado de especialización de los medios auxiliares utilizados para ayudar a determinar las normas en cuestión, lo que constituye un ejemplo de aplicación flexible de los criterios enunciados en el proyecto de conclusión 3.

Apartado b) – la calidad del razonamiento

6) El apartado b) se refiere a la calidad del razonamiento. La Comisión consideró que, en el caso de la doctrina, este criterio debía prevalecer sobre la notoriedad del autor. Al mismo tiempo, se trata de un criterio subjetivo que no es necesariamente aplicable a todos los medios auxiliares. Por ejemplo, por un lado, puede ser útil evaluar la calidad del razonamiento de una decisión judicial o del pronunciamiento de un órgano de expertos. Por otro lado, ese criterio puede ser menos pertinente cuando se examinen otros materiales.

Apartado c) – la especialización de quienes participan

7) El apartado c) se refiere al nivel de especialización de quienes participan. La Comisión opinaba que, al igual que en el apartado b), en lugar de centrarse exclusivamente en la notoriedad o los títulos académicos del autor o los actores en cuestión, este criterio se refería a la experiencia y las cualificaciones de quienes participan en relación con el tema, que debían

demostrar su especialización en la materia de diversas maneras. La Comisión también señala, en las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, que la especialización de las personas que participen en la redacción de un texto es un factor que influye en el “valor” de la “labor de los órganos internacionales encargados de la codificación y el desarrollo del derecho internacional”²⁶⁰. Esto es algo que la Comisión afirma también en trabajos anteriores y que los distintos magistrados de la Corte Internacional de Justicia tienen en cuenta al aplicar la doctrina de los publicistas.

Apartado d) – el nivel de acuerdo entre quienes participan

8) El apartado d) se refiere al nivel de acuerdo entre quienes participan, es decir, al consenso interno al tomar una decisión o entre los autores de un texto. También en este caso, este criterio debería aplicarse de manera flexible. Así, la pertinencia del nivel de acuerdo puede ser mayor en el caso de la doctrina, en el que será importante el nivel de convergencia entre los especialistas en relación con una cuestión de derecho específica.

9) El nivel de acuerdo puede reflejarse en la coincidencia de opiniones de los especialistas, que no requiere que haya un consenso entre ellos, suponiendo que siquiera fuera posible. No obstante, cuando del examen de un corpus diverso y representativo de obras de especialistas parezca deducirse una clara tendencia general, es probable que, en conjunto, esa tendencia sea una indicación fiable de que esas opiniones son correctas. Así ocurre en particular cuando la corriente de opinión general se adhiere a valoraciones individuales objetivas de los autores en cuestión.

10) La Comisión ha señalado antes, en sus conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, que el “apoyo [...] dentro del órgano” es un factor que influye en el “valor” de “[l]a labor de los órganos internacionales encargados de la codificación y el desarrollo del derecho internacional”²⁶¹. Un amplio acuerdo puede ser especialmente significativo si las personas en cuestión representan regiones geográficas o sistemas jurídicos diferentes.

Apartado e) – la acogida por parte de los Estados y otras entidades

11) En el apartado e) se aborda un elemento externo: la acogida por parte de los Estados y otras entidades. Cabe señalar que, incluso cuando existe cierto grado de consenso entre quienes han participado en la formulación de una decisión o un texto determinados, estos pueden ser objeto de críticas externas. Las reacciones y opiniones de otros especialistas en la materia también indican si un medio auxiliar ha tenido o no una buena acogida. En otras palabras, el elemento externo es la reacción después de que se adopte la decisión: “la acogida que ha tenido entre los Estados y otras partes”, es decir, el nivel de adhesión *fuera* del órgano de que se trate (algo que también mencionó la Comisión en las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario)²⁶². La Comisión ha señalado que su propia labor “merece especial atención” en parte debido a su “estrecha relación con la Asamblea General y los Estados”, pero que el valor de esta depende, “sobre todo, [de] la acogida que [le] den los Estados”²⁶³.

Apartado f) – cuando fuese aplicable, el mandato otorgado al órgano

12) Por último, el apartado f) se refiere a la importancia del mandato otorgado al órgano que tomó la decisión de que se trate. Se incluyó la precisión “cuando fuese aplicable” al principio para dejar claro que se habla de los casos en que los medios auxiliares evaluados son producto de un órgano que actúa con arreglo a un mandato oficial o intergubernamental, como los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos o ciertos órganos de expertos como la Comisión de Derecho Internacional. En su labor anterior sobre la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho

²⁶⁰ Párrafo 5) del comentario a la conclusión 14 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), párr. 66, pág. 118.

²⁶¹ *Ibid.*

²⁶² Párrafo 5) del comentario a la conclusión 14 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), párr. 66, pág. 118.

²⁶³ Párrafo 2) del comentario a la quinta parte, *ibid.*, pág. 112.

internacional general (*ius cogens*), la Comisión señaló que se trataba de entidades “establecid[as] por Estados o por organizaciones internacionales” y aclaró que comprendían tanto los órganos creados por dichas entidades como sus órganos subsidiarios²⁶⁴.

13) Este criterio permite evaluar si deben tomarse especialmente en consideración las decisiones de una corte o tribunal determinado y, en caso afirmativo, si debe atribuírsele mayor peso, por ejemplo, por tratarse de un tribunal especializado, como el Tribunal Internacional del Derecho del Mar en las cuestiones relativas al derecho del mar; la Corte Penal Internacional en las cuestiones de derecho penal internacional; o el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio en las cuestiones de derecho mercantil internacional. En cualquier caso, el criterio en cuestión no se aplica necesariamente a la labor de los órganos de expertos de carácter estrictamente privado, como el Instituto de Derecho Internacional o la Asociación de Derecho Internacional. Esto no quiere decir, sin embargo, que “la labor de los órganos de expertos que no tienen mandato intergubernamental carezca de pertinencia”²⁶⁵, sino que tendrá necesariamente un trato distinto al de la labor de los Estados o las organizaciones internacionales.

14) La Comisión señala en trabajos anteriores que el “mandato” es un factor que influye en el “valor” de “[l]a labor de los órganos internacionales encargados de la codificación y el desarrollo del derecho internacional”²⁶⁶. La labor de los órganos de codificación universales y regionales será pertinente en la medida en que estos hayan sido creados por Estados e interactúen con ellos. En esos mismos trabajos anteriores, la Comisión indica que su propia labor “merece especial atención” en parte debido a su “singular mandato”²⁶⁷. Los medios auxiliares a menudo son elaborados por organizaciones que tienen un mandato de los Estados. Los medios auxiliares que encajen perfectamente en ese mandato podrán tenerse más en cuenta que los que queden fuera de este. Algunas instituciones tienen un mandato general, como la Comisión, que está facultada para desarrollar y codificar el “derecho internacional”, ya sea público o privado²⁶⁸. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) también tiene un mandato especial sobre cuestiones de derecho internacional privado. Otras instituciones pueden tener un mandato más especializado. Así lo confirma el hecho de que la Corte Internacional de Justicia, en la causa *Diallo*, considerara “que debía atribuir un gran peso a la interpretación adoptada por” el Comité de Derechos Humanos conforme al mandato del Comité²⁶⁹. En su razonamiento en la causa relativa al *Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*, la Corte “examinó detenidamente la posición adoptada por este”, pero no se adhirió a ella²⁷⁰. Estos órganos deberán

²⁶⁴ Véanse el proyecto de conclusión 9, párrafo 2, y el párrafo 8) de su comentario, del proyecto de conclusiones sobre la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo séptimo período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/77/10)*, párr. 44, págs. 47 y 50.

²⁶⁵ Párrafo 8), *ibid.*

²⁶⁶ Párrafo 5) del comentario a la conclusión 14 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), párr. 66, pág. 118.

²⁶⁷ Párrafo 2) del comentario a la quinta parte, *ibid.*, pág. 112.

²⁶⁸ Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional, 1947, art. 1, párr. 1.

²⁶⁹ La Corte explicó que, “aun cuando en el ejercicio de sus funciones judiciales no está en modo alguno obligada a ajustar su propia interpretación del Pacto a la del Comité, estima que debe asignar mucho peso a la interpretación adoptada por este órgano independiente que fue establecido específicamente para supervisar la aplicación de dicho tratado. 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”. En la misma causa, la Corte se remitió a las interpretaciones de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos de ciertas disposiciones contenidas en diversos tratados regionales de derechos humanos. En relación con la indemnización por las violaciones de los derechos humanos, también tuvo muy en cuenta la práctica de diversas cortes, tribunales y comisiones internacionales. Véase *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo) [Indemnización]*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 324 y ss., en especial págs. 331, 334, 339 y 342, párrs 13, 24, 40 y 49.

²⁷⁰ *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates) [Excepciones preliminares]*, fallo, *I.C.J. Reports 2021*, págs. 71 y ss., en especial pág. 104, párr 101. Véase también el párr. 100.

considerarse por separado. Tanto su labor como otros medios auxiliares existentes en la práctica se analizarán con más detalle y serán objeto de proyectos de conclusión específicos a medida que avance la labor sobre el tema.