

## **Declaración de Mario Oyarzábal\***

**sobre el Segundo Informe sobre los Medios Auxiliares para la Determinación de las Normas de Derecho Internacional por Charles Chernor Jalloh, Relator Especial (A/CN.4/769, 30 de enero de 2024)**

**Comisión de Derecho Internacional – 75º Período de sesiones  
9 de mayo de 2024**

*Conforme a lectura*

Gracias Sr. Presidente.

Comienzo por felicitar y agradecer profundamente al Relator Especial (RE) por su Segundo Informe sobre los medios subsidiarios para la determinación de normas de derecho internacional, que contiene elementos de reflexión muy útiles, así como a la Secretaría por el extremadamente valioso Memorándum.

En primer lugar, haré unos comentarios generales sobre el Informe y el tema, antes de referirme específicamente a los proyectos de conclusiones 6, 7 y 8.

Sr. Presidente,

En lo que concierne a mis comentarios generales, coincido con la conclusión clave del RE acerca de que los medios subsidiarios no deben considerarse fuentes del derecho internacional. Como señala el RE en el proyecto de conclusión 6, las fuentes del derecho internacional son los tratados, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho. Los medios subsidiarios tan solo reflejan estas fuentes, pero no constituyen fuentes independientes en sí mismas.

Asimismo, coincido con el análisis general del RE sobre la no aplicabilidad de la regla de *stare decisis* en el derecho internacional. El RE señala correctamente que, en ausencia de ciertos regímenes especiales, no existe un sistema de precedentes vinculantes en el sistema jurídico internacional.

Añadiría que debemos ser cautelosos a la hora de importar nociones derivadas de sistemas domésticos — en este caso, de la tradición del *Common Law* — al contexto del derecho internacional. Nuestro marco normativo para analizar la noción de precedentes en el derecho internacional debe estar contenido en el sistema jurídico internacional, y no en nociones derivadas de tradiciones nacionales específicas. Algunas categorías y conceptos jurídicos nacionales, como la noción de *stare decisis*, no se ajustan al sistema internacional y tienen el riesgo de comprometer sus principios.

---

\* Agradezco a Lucas Mathieu, Quazi Omar Foysal y Trinidad Gómez Barbella por su asistencia en la investigación.

En efecto, el sistema jurídico internacional es diferente del derecho doméstico, ya que se basa en el consentimiento de los Estados. A diferencia del *Common Law*, las decisiones judiciales no son fuentes de Derecho internacional. Conceptualizar a los tribunales internacionales como vinculados por sus decisiones previas en ausencia de un régimen de tratados específico sería vincular a los Estados a una nueva fuente de derecho internacional al que nunca consintieron.

Una vez realizados estos comentarios preliminares, abordaré específicamente las conclusiones 6, 7 y 8.

Sr. Presidente,

Según entiendo la estructura del **proyecto de conclusión 6**, mientras que el numeral (a) se refiere a la “naturaleza” de los medios subsidiarios, el numeral (b) se refiere a su función o funciones.

En relación con el proyecto de conclusión 6 (a), abogaría por un cambio de terminología. El proyecto de conclusión se refiere a las “fuentes del derecho internacional que se encuentran en los tratados, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho”. Esta redacción podría modificarse para reflejar el hecho de que los tratados, el derecho consuetudinario y los principios generales del derecho más que contener las fuentes, constituyen las fuentes en sí mismas.

En esta misma línea de ideas, también considero que el uso del término “auxiliar” para describir la naturaleza de los medios subsidiarios es algo confuso y no necesariamente útil. En su informe, el RE defiende con firmeza que los medios subsidiarios no deben considerarse fuentes del derecho internacional, sino un reflejo de esas fuentes. Los medios subsidiarios son de utilidad para dilucidar el contenido y el significado de las fuentes del derecho internacional. El término “auxiliar” implica esta función subsidiaria de identificación y elucidación de las normas de derecho internacional derivadas de las fuentes, la que se aborda en el proyecto de conclusión 6 (b). Sin embargo, este término continúa siendo ambiguo, especialmente para un lector que no disponga del Segundo Informe del RE. Es por ello que abogo por una redacción más directa: la naturaleza de los medios subsidiarios es, antes que nada, que no son fuentes de derecho internacional en ausencia de un régimen de tratados específico. Seamos inequívocos al respecto.

En lo que respecta al contenido del proyecto de conclusión 6 (b), considero que su formulación no refleja precisamente las funciones de los medios subsidiarios identificadas en el Informe del RE.

En primer lugar, respetuosamente considero que la formulación actual no articula claramente cuáles son las funciones de los medios subsidiarios, sino más bien las condiciones en las que se “recurre a ellos”. Creo que deberíamos adoptar una formulación más directa.

En segundo lugar, como señala el RE en varias ocasiones en el Informe y como ya debatió la Comisión el año pasado, las funciones de los medios subsidiarios consisten

principalmente en ayudar a determinar la existencia y el contenido de las normas de Derecho internacional. Esta formulación, que es la empleada por la Comisión en las conclusiones adoptadas anteriormente, sería preferible a la actual que considera que la función es: *“identificar, interpretar y aplicar normas de Derecho internacional derivadas de las fuentes del Derecho internacional”*.

En tercer lugar, el uso del término “principalmente” implica que los medios subsidiarios desempeñan funciones adicionales a las de determinar la existencia y el contenido de las normas de Derecho internacional. De hecho, en su informe, el RE se refiere a otras funciones que los medios subsidiarios pueden tener y señala además que dichas funciones adicionales estarán sujetas a debates posteriores. Esas funciones también podrían incluir garantizar la previsibilidad, la coherencia y la seguridad jurídica del sistema jurídico internacional, cuyo papel también se ha debatido en gran medida en el Segundo Informe. Sin embargo, el proyecto de conclusión 6 (b) no aborda las aludidas funciones adicionales que los medios subsidiarios tendrían. Me gustaría advertir que, dado que este proyecto de conclusión tiene como objeto determinar las funciones de los medios subsidiarios, habría sido conveniente que el Informe del RE hubiera abordado esta cuestión de forma exhaustiva y hubiera proporcionado un lenguaje acorde en el proyecto de conclusión que hubiera orientado el trabajo del Comité de Redacción. No obstante, creo que el Comité de Redacción y la Comisión deberían abordar esta cuestión durante la presente sesión al tratar este proyecto de conclusión, en la medida en que podamos convenir que los medios subsidiarios tienen funciones adicionales de carácter general que son aplicables a todos los medios subsidiarios.

Habiendo realizado estos comentarios, ahora analizaré el proyecto de conclusión 7.

Sr. Presidente,

Trataré dos asuntos relacionados con este proyecto de conclusión.

En primer lugar, el **proyecto de conclusión 7** debe leerse junto con el proyecto de conclusión 8 y a la luz de este. El proyecto de conclusión 7, tal como yo lo interpreto, sugiere que las cortes y tribunales internacionales efectivamente aplican sus propias decisiones previas o las de otras cortes y tribunales, aunque no lo hacen porque las consideren vinculantes, sino más bien por una cuestión de persuasión, conveniencia o política informada por la legitimidad, la coherencia y la economía procesal, que es a su vez el objeto del proyecto de conclusión 8. Hasta aquí estoy de acuerdo.

Ahora bien, el empleo del término “normalmente” es problemático, ya que admite la posibilidad de situaciones en las que las cortes y tribunales internacionales apliquen sus decisiones porque se consideran obligados por ellas. Estas situaciones existen, pero son limitadas en la práctica y suelen establecerse en regímenes convencionales específicos, como ocurre, por ejemplo, entre las salas de apelación y de primera instancia de los tribunales internacionales. Creo que sería mejor formular el proyecto de conclusión 7 para evitar esta ambigüedad.

Una manera de hacerlo sería combinar los proyectos de conclusiones 7 y 8 en una única conclusión con una formulación positiva. Un proyecto de conclusión unificado podría decir, por ejemplo:

*Las cortes o tribunales internacionales, [cuando dirimen controversias entre Estados y/u organizaciones internacionales o emiten opiniones consultivas], pueden seguir sus propias decisiones anteriores y las de otras cortes o tribunales internacionales sobre cuestiones de derecho cuando esas decisiones abordan cuestiones análogas de hecho y de derecho y se consideran persuasivas para la resolución de la cuestión. Sin embargo, las cortes y tribunales internacionales no consideran sus precedentes como jurídicamente vinculantes en ausencia de una norma específica de derecho internacional a tal efecto.*

Mi segunda observación con respecto al proyecto de conclusión 7 se refiere a la expresión “cuando diriman controversias entre Estados y/u organizaciones internacionales o emitan opiniones consultivas”, lo que limita el ámbito de aplicación del proyecto de conclusión a los casos en que estén implicados los principales sujetos del derecho internacional: los Estados y las organizaciones internacionales. Esta formulación incluiría cortes y tribunales “permanentes” como la Corte Internacional de Justicia o el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM), pero también tribunales arbitrales ad hoc de Estado a Estado y, presumiblemente, otros organismos que desempeñan una función judicial o arbitral como los paneles de la Organización Mundial del Comercio. Por el contrario, esta formulación excluye a un número cada vez mayor de cortes y tribunales internacionales que entienden en casos de derechos humanos, crímenes internacionales, reclamaciones internacionales y controversias relativas a inversiones. El segundo Memorándum de la Secretaría ha ilustrado sobre una gran variedad de decisiones de estas cortes y tribunales que también utilizan medios subsidiarios. La misma referencia a las disputas entre Estados y/u organizaciones internacionales aparece en el proyecto de conclusión 8.

Sería importante reflexionar en el Comité de Redacción sobre el alcance deseado de los proyectos de conclusiones 7 y 8 y evaluar si deberían redactarse de manera más general para abarcar las decisiones de todas las cortes y tribunales internacionales. En tal caso, podría alcanzarse con suprimir en ambos proyectos de conclusiones la expresión “*cuando diriman controversias entre Estados y/u organizaciones internacionales o emitan opiniones consultivas*”.

Sr. Presidente,

Para finalizar haré unos comentarios con respecto al proyecto de conclusión 8.

Me preocupa que analizar la persuasión de decisiones anteriores de cortes y tribunales internacionales a través del prisma de cuestiones fácticas y jurídicas análogas — que es, de nuevo, una práctica del *Common Law*. Ello puede suponer el riesgo de nuevamente traer las concepciones domésticas del precedente por la puerta de atrás.

Asimismo, en muchos casos, una corte o tribunal puede no sentirse tentada por la persuasión de las decisiones judiciales existentes al tratar las mismas cuestiones fácticas y jurídicas debido a la divergencia del marco jurídico o procesal o de las culturas judiciales. En esos casos, recurrir a la jurisprudencia existente puede socavar el carácter real de la adjudicación internacional.

Al mismo tiempo, el proyecto de conclusión 8 no proporciona indicaciones suficientes sobre lo que constituye el “carácter persuasivo”, más allá de la referencia a motivos fácticos y jurídicos similares. En su Segundo Informe, el RE se refiere a “la seguridad jurídica, la coherencia y la previsibilidad” como criterios de persuasión en la jurisprudencia de la Corte Internacional y del TIDM. Esto puede ser cierto para instituciones como la Corte Internacional de Justicia o el TIDM, que se ocupan de un número relativamente menor de casos y tienen estructuras judiciales relativamente estables y sencillas. Sin embargo, la coherencia es más difícil de lograr cuando se trata de estructuras judiciales complejas como los tribunales regionales de derechos humanos o entre tribunales ad hoc como los de inversiones. En ese caso, el proyecto de conclusión 3, adoptado provisionalmente por esta Comisión el año pasado, puede proporcionar alguna orientación, y una referencia expresa a dicho proyecto de conclusión podría estar aquí justificada.

Para concluir, Sr. Presidente, quisiera señalar que el Segundo Informe del RE y su trabajo en general podrían beneficiarse con la incorporación y la toma en consideración de fuentes precedentes de Estados distintos a los occidentales anglófonos. Al igual que el Primer Informe, el Segundo Informe sigue basándose en gran medida en decisiones judiciales y obras doctrinales de países desarrollados anglófonos, con especial énfasis en los Estados Unidos de América y el Reino Unido.

El proyecto de conclusión 3, adoptado provisionalmente el año pasado, establece que “[a] evaluar el peso de los medios subsidiarios para la determinación de las normas de derecho internacional, deberá tenerse en cuenta, entre otras cosas: (a) su grado de representatividad”. Creo que esta Comisión debería predicar con el ejemplo.

Teniendo en cuenta lo anterior, enviaré junto con la copia escrita de mi declaración, bibliografía adicional sobre los medios subsidiarios incluyendo trabajos de la comunidad jurídica internacional francófona e hispanohablante en particular. Espero que esta bibliografía pueda ser de utilidad al RE para preparar el primer borrador de los comentarios a los proyectos de conclusiones 6 a 8.

Agradeciendo, una vez más, al RE, su extremadamente informativo Segundo Informe y el análisis que contiene, le doy las gracias, Sr. Presidente, así como al resto de mis colegas, por su tiempo y atención.

## Bibliografía sugerida

- Aloupi N, Kleiner C, and Société française pour le droit international (eds), *Le précédent en droit international: colloque de Strasbourg: actes du 49ème colloque à Strasbourg du 28 au 30 mai 2015* (Editions Pedone 2016)
- Álvarez A, “Las fuentes del ‘nuevo derecho internacional’” *Revista Española de Derecho Internacional* (1966)
- Boschiero N, T Scovazzi, C Pitea, and C Ragni, *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves*, Springer-Nature (2013)
- Boyle A and C Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford University Press (2007)
- Casanovas O y Rodrigo A.J., *Compendio de Derecho Internacional Público* (8va edición, 2019), Capítulo 3.
- Dhamelincourt C, *La Doctrine Des Publicistes Les plus Qualifiés Des Différentes Nations, Comme Moyen Auxiliaire de Détermination Des Règles de Droit* (Institut universitaire de hautes études internationales, 2001)
- Dupuy P-M and Kerbrat Y, *Droit international public* (12e édition, Dalloz 2014)
- Forteau M and others, *Droit international public* (9e éd, LGDJ 2022)
- Gaeta P, JE Viñuales, and S Zappalá, *Cassese's International Law*, Oxford University Press, 3rd Edition (2020)
- Horchani F, *Les sources du droit international public* (2 ème augmentée, LGDJ 2008)
- Kohen M, ‘La Pratique et La Théorie Des Sources Du Droit International’, *La pratique et le droit international*. (A Pedone, 2004)
- Kohen M. “La práctica y la teoría de las fuentes del Derecho Internacional”. Video disponible en la Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas: [http://legal.un.org/avl/ls/Kohen\\_IL.html](http://legal.un.org/avl/ls/Kohen_IL.html)
- Koskenniemi M, *Sources of International Law*, Routledge (2000)
- Mariño F. *Derecho Internacional Público, Parte General*, 4.ª edición, México: Trotta (1999)
- Moncayo G et al., *Derecho Internacional Público*, Zavalía: Buenos Aires, t.1. 3ª reimpr., 1987
- Nguyen LN, *The Development of the Law of the Sea by UNCLOS Dispute Settlement Bodies*, Cambridge University Press (2023)
- Papaux A et Wyler, E, ‘Le Droit International Public Libéré de Ses Sources Formelles: Nouveau Regard sur l’Article 38 du Statut de la Cour Internationale de Justice’ (2013) 46 Rev BDI 525
- Rodríguez MB, *Fuentes del derecho internacional desde una visión latinoamericana*, México: Instituto de Relaciones Jurídicas (2018)
- Ruda JM y Podesta Costa LA, *Derecho Internacional Público*, Tipográfica Editora Argentina (1996)
- Tams CJ and J Sloan, *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford University Press (2013)
- Teles PG and MA Ribeiro, *Case-Law and the Development of International Law: Contributions by International Courts and Tribunals*, Brill (2021)
- Thirlway H, *The Sources of International Law*, Oxford University Press, 2nd Edition (2019)
- Trindade AAC, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, Brill, 3rd Revised Edition (2020)
- Truyol y Serra A, *Théorie Du Droit International Public: Cours Général* (Martinus Nijhoff 1992)
- Vázquez M.S., *Derecho Internacional Público*, Editorial Porrúa (2005), Capítulo 1: Las fuentes del Derecho Internacional Público.