

Declaración de Mario Oyarzábal

sobre el Informe sobre los Medios Auxiliares para la Determinación de las Normas de Derecho Internacional por Charles Chernor Jalloh, Relator Especial (A/CN.4/760, 13 de febrero de 2023)

**Comisión de Derecho Internacional – 74º Período de sesiones
18 de mayo de 2023**

Conforme a lectura

Gracias, Sra. Presidenta.

Me uno a otros colegas en felicitar y agradecer muy sinceramente al Relator Especial (RE) por su Primer Informe sobre los Medios Auxiliares para la Determinación de las Normas de Derecho Internacional, así como a la Secretaría por el tan útil memorando. El proyecto de conclusiones sienta las bases para un resultado muy productivo.

Mi declaración se estructurará de la siguiente manera. En primer lugar, haré algunos comentarios generales sobre el informe y el tema. En segundo lugar, abordaré los temas que considero más relevantes y aquellos sobre los que el RE ha solicitado orientación de los miembros de la CDI.

Me gustaría reiterar mis más sinceras felicitaciones al Sr. Jalloh. Su informe erudito y estimulante facilita en gran medida el trabajo de la Comisión y nos permite comenzar a trabajar con rapidez.

La relevancia del tema es indiscutible, especialmente cuando se considera en relación con nuestro trabajo simultáneo sobre los principios generales del derecho. La naturaleza misma del derecho internacional como un sistema en constante evolución sin una autoridad central, junto con el crecimiento exponencial de las decisiones judiciales internacionales y las publicaciones académicas, hacen que la cuestión de las fuentes del derecho internacional sea permanente.

También es indiscutible la necesidad de tener en cuenta la diversidad de fuentes. Sin embargo, se hace poca referencia en el Informe a decisiones judiciales o publicaciones fuera de Occidente, Europa y los sistemas de derecho consuetudinario, ni a publicaciones escritas en un idioma que no sea el inglés, y mucho menos en español. Si bien reconozco la petición del RE a los miembros de la CDI y a los Estados de que presenten materiales relevantes en varios idiomas, lo aliento enfáticamente a superar el desequilibrio en sus futuros informes. Eso puede ayudar a disipar el sesgo implícito, tanto en su propio trabajo como en los medios auxiliares en los que se apoya la CDI. Si bien una bibliografía multilingüe sería útil e importante, su uso real en el trabajo del RE y el nuestro propio es lo que verdaderamente importa.

En términos más generales, a pesar de los continuos desarrollos, y aunque menos ahora que cuando se adoptó el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), el derecho internacional sigue estando muy centrado en el Estado. Con algunas excepciones, el consentimiento del Estado sigue siendo la fuente última de autoridad en la creación del derecho internacional, y el artículo 38 refleja exactamente esta situación. Si bien los tratados, la costumbre y los principios generales son fuentes del derecho, las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas se utilizan para verificar la existencia de una norma jurídica o de una obligación vinculante para los Estados bajo el derecho internacional. Aunque las decisiones de la CIJ, en particular, tienen un peso legal y una autoridad moral innegables, el artículo 38 sigue siendo la mejor base jurídica y se debe tener mucho cuidado de evitar subvertir reglas y prácticas bien establecidas teorizando y enfatizando demasiado la importancia de las decisiones judiciales y de la doctrina en el desarrollo del derecho internacional.

Sra. Presidenta,

Ahora abordaré lo que considero que son los temas más relevantes planteados en el Informe y algunas preguntas específicas formuladas por el RE. Haré seis comentarios.

Mi primer comentario se refiere a las opiniones consultivas (OCs). A pesar de su carácter no obligatorio, las OCs constituyen una parte clave de la función de la CIJ, y su autoridad apenas se cuestiona en la práctica. Si bien su efecto material puede ser discutido —piénsese por ejemplo en la OC sobre el *Muro*— y afectado por su carácter no obligatorio, eso no invalida las OCs como medios auxiliares, de la misma manera que lo son las sentencias, independientemente de su cumplimiento y a pesar del hecho de que son obligatorias solo para las partes en el litigio (art. 59, Estatuto de la CIJ). En el ejercicio de su función consultiva, la Corte también se guía por las disposiciones del Estatuto que se aplican en casos contenciosos (art. 68, Estatuto de la CIJ). Y a su manera, las OCs también contribuyen a la clarificación y el desarrollo del derecho internacional. Las prácticas recientes confirman aún más la relevancia de las OCs de la CIJ, como lo demuestra, por ejemplo, la eventual aceptación del Reino Unido de negociar con Mauricio la entrega de las Islas Chagos luego de la OC de la CIJ de 2019, y el “efecto legal” que le otorgó el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM) en su sentencia de 2021 sobre la *Disputa de límites marítimos entre Mauricio y Maldivas*. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado que las OCs tienen un “efecto legal innegable”, un enfoque aparentemente respaldado por la Corte Europea de Derechos Humanos cuando afirmó que aunque “sus opiniones consultivas no serían formalmente vinculantes para los tribunales nacionales, el propio Tribunal debería considerarlas como jurisprudencia válida que seguiría al pronunciarse sobre posibles solicitudes individuales posteriores”. Las solicitudes de OCs sobre cambio climático presentadas al TIDM y a la Corte Interamericana, y más recientemente a la CIJ, demuestran que los propios Estados recurren a OCs para el desarrollo del derecho internacional cuando es conveniente hacerlo en interés de la comunidad internacional. En conclusión, en un sentido funcional, las OCs sí califican como medios auxiliares, encuadrándose dentro de la categoría de “decisiones judiciales” conforme al artículo 38(1)(d), y no veo razón para excluirlas del ámbito de nuestro trabajo.

Mi segundo comentario se refiere a las decisiones de los tribunales nacionales. Estoy de acuerdo en que el artículo 38(1)(d) del Estatuto de la CIJ no se limita a las decisiones de los tribunales internacionales, y que las decisiones de los tribunales nacionales tienen valor probatorio de la práctica del Estado del foro. De hecho, las decisiones de los tribunales nacionales han sido una fuente importante de material, por ejemplo, sobre inmunidad diplomática, inmunidad soberana y extradición. La aplicación del derecho internacional está encomendada, en primer lugar, a los tribunales internos; y, sin embargo, abundan los ejemplos de aplicación incorrecta por parte de ellos del derecho internacional. Una de las más flagrantes es la decisión de 2012 de un tribunal ghanés de incautar un buque de guerra extranjero, que finalmente fue dejada sin efecto por la Corte Suprema de Ghana solo después de una decisión del TIDM que declaró que la incautación era ilegal y ordenó la liberación inmediata del buque. Sin embargo, debido a la descentralización del sistema jurídico internacional, en la mayoría de los casos, no hay un tribunal internacional disponible para revertir la infracción, siendo el recurso a los tribunales regionales de derechos humanos una notable excepción en ese sentido. Además, las decisiones de los tribunales nacionales de los países occidentales, incluidos Europa y los Estados Unidos, son relativamente fáciles de encontrar, pero las sentencias de los países en desarrollo suelen ser difíciles de descubrir y poner en contexto. El resultado es que a menudo se pasan por alto las contribuciones de los tribunales de los países en desarrollo. Por ejemplo, el derecho internacional aplicable a la inmunidad del Estado — tal como lo describe la doctrina mayoritaria — se deriva en gran medida de la jurisprudencia de los EEUU y del Reino Unido, a pesar de que una cantidad de jurisdicciones continúan otorgando inmunidad soberana por “actos comerciales”, lo que plantea la cuestión de cuáles son las normas de aplicación general en la materia. En general, las decisiones judiciales nacionales plantean serias dudas sobre la “calidad” de las mismas y la “legitimidad” del proceso de transmutación en derecho internacional debido a su aplicación limitada y selectiva. Por estas y otras razones explicadas en el Informe, estoy de acuerdo con la conclusión del RE de que, independientemente de los méritos que pueda tener la invocación de las decisiones de los tribunales nacionales como medios auxiliares, deben examinarse con (extrema) cautela.

Mi tercer comentario es sobre los tribunales internacionales especializados y regionales y los órganos creados por Estados. El Informe da cuenta de la diversidad de “cortes y tribunales internacionales” que forman el panorama actual, que incluye cortes y tribunales penales internacionales, tribunales regionales (de derechos humanos), tribunales híbridos, tribunales arbitrales y otros órganos de solución de controversias. Coincido con el RE en que las decisiones de los tribunales internacionales e internacionalizados ameritan consideración, lo que a su vez plantea la cuestión del “peso” que se les debe dar en la determinación de las reglas internacionales de aplicación general, más allá de la determinación de las reglas que puede ser aplicable al régimen jurídico específico (Derecho Penal Internacional, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho del Mar, Derecho Económico Internacional, etc.). Lo primero que viene a la mente es el trabajo anterior de la CDI sobre la fragmentación del derecho internacional, y nuestro trabajo actual podría ayudar a generar coherencia y seguridad jurídica a este respecto. También presenta una oportunidad para que la CDI establezca la autoridad especial que poseen las decisiones de la Corte Internacional de Justicia, a la luz del papel institucional de la Corte como el “órgano judicial principal” de las Naciones Unidas (art. 92,

Carta de la ONU) y la alta calidad general de su jurisprudencia. También presenta una oportunidad para abordar la llamada “jurisprudencia” de los tribunales arbitrales inversionista-Estado que — quizás por una buena razón — el RE no abordó en su Informe, ya que los problemas planteados por la imparcialidad y falta de independencia de los árbitros, la carencia de previsibilidad y consistencia en la interpretación, y la mala calidad de los laudos y las fallas en los procedimientos, junto con la falta de un tribunal de apelaciones con jueces de tiempo completo, arrojan serias dudas sobre su credibilidad como fuentes materiales para la determinación del derecho internacional, más allá y dentro mismo del régimen internacional de inversiones. Los problemas de imprevisibilidad e inconsistencia de las decisiones son comunes a otras cortes y tribunales internacionales, por ejemplo, los tribunales penales internacionales, así como las comisiones y tribunales regionales de derechos humanos, y el Informe del próximo año podría arrojar luz sobre posibles medios para resolverlos.

Mi cuarto comentario es sobre “las enseñanzas de los publicistas más calificados de las diversas naciones” como medio auxiliar para la determinación del derecho en el artículo 38(1)(d). A pesar de no ser un factor creador de derecho, ciertamente la doctrina ha sido muy influyente en sentar las bases del derecho internacional. La CIJ rara vez se refiere a los escritos de los publicistas en sus sentencias y opiniones consultivas. Sin embargo, la evidencia de que se utilizan autores se refleja no solo en referencias expresas en opiniones disidentes y separadas, sino indirectamente en la aplicación de “los principios generales del derecho”. Siendo los principios un derivado doméstico, los autores han sido una fuente importante para la exposición de la ley de los diferentes países y las decisiones municipales de las cortes y autoridades de Estados particulares sobre cuestiones legales. Desde una perspectiva histórica, el peso de la doctrina jurídica ha disminuido con el crecimiento de la actividad judicial. Aun así, la influencia recíproca de la doctrina y la jurisprudencia es significativa. Sortear la maraña de los laudos arbitrales y las decisiones de los tribunales domésticos sería arduo si no fuera por las opiniones de autores y otros órganos de expertos que a menudo entran en una evaluación subjetiva de los hallazgos judiciales. En este sentido, a mi juicio, la cuestión no es tanto si existe una jerarquía entre la actividad judicial y la doctrina — la hay en la práctica —, sino si cumplen funciones parcialmente distintas como medio auxiliar del derecho. Si bien las decisiones judiciales internacionales pueden ser instrumentales en el desarrollo o moldeado del derecho internacional, el papel de la doctrina se limita a una determinación en el sentido de “descubrir” cuál es la norma. Por difícil que sea, aclarar los contornos de las funciones de la doctrina y de las decisiones judiciales, como medios auxiliares, será fundamental para nuestro trabajo. En cuanto a la doctrina, sugeriría que la cuestión de si desempeña un papel “superior” diferente en la determinación de los principios generales en comparación con los tratados y la costumbre podría estudiarse más en profundidad.

Mi quinto comentario se refiere a los “medios auxiliares adicionales”. Esto plantea dos interrogantes a mi juicio: si existen otros medios auxiliares junto a las decisiones judiciales y la doctrina para la determinación de las normas de derecho internacional y, de ser así, cuáles serían. Un candidato potencial son las resoluciones de las organizaciones internacionales. El otro son los productos de la CDI. Otros candidatos potenciales no son medios auxiliares — como es el caso de los actos unilaterales —, o pueden ser propiamente caracterizados como

doctrina — como son las opiniones separadas o disidentes en las decisiones judiciales, y los informes de los REs de la CDI. Esta Comisión ya ha establecido en su Proyecto de conclusiones sobre la Identificación del derecho internacional consuetudinario de 2018 que “[una] resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental puede constituir un elemento de prueba para determinar la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario o contribuir a su desarrollo” (art. 12), posición que reafirmó en su Proyecto de Conclusiones de 2022 sobre Identificación y consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) cuando afirmó que las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental son una de las formas de prueba de la aceptación y el reconocimiento de que una norma de derecho internacional general es una norma imperativa (art. 8.2). Más especialmente, el valor probatorio de las resoluciones de la Asamblea General de la ONU ha sido reconocido por la Corte Internacional de Justicia en su OC sobre la *Licitud de las armas nucleares* de 1996 en la que la Corte declaró que “las resoluciones de la Asamblea General, incluso si no son vinculantes, a veces pueden tener valor normativo. Pueden, en determinadas circunstancias, proporcionar pruebas importantes para establecer la existencia de una regla o el surgimiento de una *opinio juris*. Para establecer si esto es cierto de una determinada resolución de la Asamblea General, es necesario observar su contenido y las condiciones de su adopción; también hay que ver si existe una *opinio juris* en cuanto a su carácter normativo”. De ello se deduce que, en opinión de la Corte y de esta Comisión, las resoluciones de la Asamblea General de la ONU, al menos, pueden ser tanto parte del proceso de creación del derecho como medios auxiliares para determinar la existencia y el contenido de una regla de derecho internacional. Se puede hacer un caso similar de los productos de la Comisión de Derecho Internacional. Como señala el Informe, las sentencias y OCs de la CIJ recurren cada vez más al trabajo de la CDI, para interpretar las convenciones de codificación que ha preparado la Comisión, o como prueba de la existencia de normas consuetudinarias citando el proyecto de artículos de la Comisión. El mandato de la Comisión de asistir a los Estados a desarrollar progresivamente y codificar el derecho internacional, su condición de órgano subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sus métodos de trabajo exhaustivos y su estrecha interacción con la Asamblea General, pesan a favor de considerar los productos de la CDI como una forma de medios auxiliares. Finalmente, en vista de las similitudes pero también de las diferencias, espero un análisis adicional que pueda proporcionar el RE sobre esta posible vertiente del tema a fin de determinar si los productos de algunos otros organismos de carácter universal creados por Estados: como las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos o las reglas de la CNUDMI — pueden considerarse como medios auxiliares.

Mi sexto y último breve comentario es sobre la relación entre los medios auxiliares y las fuentes primarias. Si bien reconozco el posible valor agregado del tema, también puedo ver el peligro en una determinación por parte de la Comisión del peso y valor que se asignará a los medios auxiliares, especialmente las decisiones judiciales, en el desarrollo de derecho internacional. Suscribo plenamente lo indicado ayer por los Sres. Fathalla, Patel y Forteau. Como es bien sabido, en el derecho consuetudinario las decisiones judiciales son vinculantes, mientras que en el derecho civil solo se consideran vinculantes para todos los actos legislativos y hay menos margen para que la ley sea dictada por los jueces. Los autores han estado debatiendo este asunto

durante décadas, si no siglos, y soy bastante pesimista de que podamos resolverlo aquí. Además, esta diferencia no deja de tener consecuencias prácticas cuando se transpone al nivel internacional, donde el consentimiento del Estado, a través de los tratados y la costumbre, está en el centro del proceso de desarrollo del derecho. Las fuentes del derecho internacional son las que establece el artículo 38(1)(a)-(c) del Estatuto de la CIJ. Eso es lo que surge del texto del artículo 38, y es lo que se infiere de la jurisprudencia de la CIJ y, es una apuesta segura afirmar, es lo que piensan también los Estados. Por lo tanto, sería muy cauteloso en la forma en que nos embarcamos en tal ejercicio sin un mandato claro de la Sexta Comisión de la AGNU.

Sra. Presidenta, esto concluye mi declaración. Antes de hacerlo, permítanme agradecer una vez más al Sr. Jalloh su excelente trabajo en su Primer Informe. Apoyo que el proyecto de conclusiones sea enviado al Comité de Redacción y aguardo con interés el debate.