

La Jurisprudencia Internacional como fuente de Derecho de Gentes según la Corte de La Haya*)

*Julio A. Barberis **)*

Sumario

1. Generalidades
2. El Estatuto de la Corte
3. La práctica de la Corte
- A) La Corte de La Haya y la jurisprudencia de otros tribunales internacionales
 4. Los precedentes invocados por la Corte
 5. La práctica jurisprudencial invocada por la Corte
 6. a) Derecho internacional material
 7. b) Las normas de procedimiento
 8. Consideraciones generales
 9. Tesis de Max Sørensen: crítica
- B) La Corte de La Haya y su jurisprudencia
 10. Introducción
 11. a) Las reglas de interpretación
 12. b) Las normas de procedimiento
 13. c) Derecho internacional material
 14. Consideraciones generales

1. Generalidades

El establecimiento del sistema judicial es una parte fundamental de la organización constitucional del Estado. La labor específica de los jueces, cualquiera fuere la constitución estatal, consiste primordialmente en decidir

*) Abreviaturas empleadas: B. Y. B. = The British Year Book of International Law; C. I. J. = Cour Internationale de Justice; C. P. J. I. = Cour permanente de Justice internationale; Mémoires = C. I. J. Mémoires, Plaidoiries et Documents; O. I. T. = Organización Internacional del Trabajo; O. N. U. = Organización de las Naciones Unidas; R. d. C. = Recueil des Cours de l'Académie de Droit International; R. D. I. = Revue de Droit International; v. dis. = voto disidente; v. ind. = voto individual; ZaöRV = Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.

**) Profesor de Derecho internacional público en la Universidad Católica de Buenos Aires.

según el Derecho controversias que se sometan a su conocimiento. Los jueces pronuncian sentencias y éstas son obligatorias para las partes en el litigio. Este aspecto de la actividad jurisdiccional es relativamente uniforme en todos los órdenes jurídicos estatales.

Las diferencias se presentan cuando se comienza a analizar cuál es el valor de una o varias decisiones judiciales más allá del caso concreto para el cual fueron dictadas.

En algunos Estados, la ley de organización judicial dispone que las decisiones de los tribunales de alzada son obligatorias para los jueces de primera instancia¹⁾. En otros, la obligatoriedad jurídica para los jueces de ajustarse a un precedente cuando deben fallar una causa, no deriva de un texto legal, pero no es por ello menos estricta.

La doctrina suele dividir a los ordenamientos jurídicos internos, según el valor atribuido a los precedentes, en dos sistemas que se da en llamarlos continental y anglo-americano o anglo-sajón. La diferencia entre ambos no es, sin embargo, tan notable como a veces se expone²⁾. En la práctica, tanto en uno como en el otro sistema, los jueces tratan de fallar las causas que se someten a su conocimiento siguiendo la doctrina sentada anteriormente en casos análogos. Este ajustarse a los precedentes anteriores, independientemente de su obligatoriedad jurídica, es, en primer término, razonable pues resulta lógico que los jueces decidan litigios análogos aplicando los mismos principios jurídicos. En segundo lugar, la continuidad en las decisiones, al par que otorga jerarquía y respetabilidad a los jueces, contribuye a dar seguridad a los negocios jurídicos. En efecto, el seguir la experiencia del pasado permite a los miembros de la sociedad saber a qué atenerse. El valor seguridad actúa también sobre el juez como elemento de presión para que acepte lo ya decidido anteriormente. En la práctica, *stare decisis* y *quieta non movere* son reglas que no sólo tienen validez en el sistema anglo-sajón sino también, en gran medida, en el continental europeo.

2. El Estatuto de la Corte

El Estatuto de la Corte contiene dos disposiciones que se refieren al valor de las decisiones jurisprudenciales, que son los arts. 38, inc. 1, d), y 59.

¹⁾ Ver p. ej. el art. 303 del Código federal de procedimientos en lo civil y comercial de la Argentina.

²⁾ Conf. Lauterpacht, *The so-called anglo-american and continental schools of thought in international law*, B. Y. B. t. 12 (1931), p. 52 ss.; Cueto Rúa, *Fuentes del Derecho* (Buenos Aires 1961), p. 123 ss.

El art. 38, inc. 1, d), del actual Estatuto coincide con el texto del art. 38 inc. 4 que regía a la C. P. J. I. y establece que la Corte deberá aplicar:

«sous réserve de la disposition de l'Article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit»³⁾).

Esta norma no atribuye a los precedentes la categoría de una fuente de derecho, sino de simple «medio auxiliar» para precisar las reglas jurídicas vigentes. El art. 38, inc. 1, d), no especifica si los precedentes que la Corte ha de considerar son los producidos sólo por los tribunales internacionales o también las sentencias de órganos jurisdiccionales internos⁴⁾. En el presente artículo, sin embargo, nos ocupamos exclusivamente de los precedentes sentados por la jurisprudencia internacional.

El inciso 1, d), del art. 38 se refiere a las «decisiones judiciales». Parecería, pues, que no se tuvieran en cuenta las decisiones de los tribunales arbitrales.

El art. 59 del Estatuto consagra el principio de *res judicata* en los términos siguientes:

«La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé»⁵⁾).

Las disposiciones de los arts. 38, inc. 1, d), y 59 responden a la concepción de un sistema continental. La sentencia de la Corte es jurídicamente obligatoria para las partes en el litigio⁶⁾ y sólo constituye un medio auxiliar para precisar las normas del Derecho de gentes en otros litigios⁷⁾.

³⁾ En cuanto a los antecedentes de esta disposición, ver Comité Consultatif de Juristes, Procès-verbaux des séances du Comité (La Haye 1920), pp. 331 ss., 344, 351, 584 y 730.

⁴⁾ Lauterpacht afirma que el art. 38, inc. 1, d), se refiere sólo a los precedentes de los tribunales internacionales y que las decisiones de los tribunales internos caerían bajo la disposición del art. 38, inc. 1, b), en el sentido que ellas pueden contribuir a crear la costumbre internacional (The Development of International Law by the International Court [London 1958], p. 20).

⁵⁾ En cuanto al origen de esta disposición, ver el informe de Léon Bourgeois al Consejo de la Sociedad de las Naciones; Société des Nations, Journal Officiel 1920, t. 8, p. 18.

El art. 63 del Estatuto aclara que cuando un litigio verse sobre la interpretación de una convención multilateral, la sentencia será obligatoria para las partes en el diferendo y para los otros Estados firmantes del tratado que hubieren intervenido en el proceso.

⁶⁾ En el caso de los intereses alemanes en la *Alta Silesia polaca*, la Corte dijo respecto del art. 59: «Son but est seulement d'éviter que des principes juridiques admis par la Cour dans une affaire déterminée, soient obligatoires pour d'autres Etats ou d'autres litiges» (C. P. J. I., Série A No. 7, p. 19). Este pasaje es invocado por la Corte en C. P. J. I., Série A No. 13, p. 20.

⁷⁾ En cuanto a la relación existente entre los arts. 38, inc. 1, d), y 59, ver la inter-

3. La práctica de la Corte

Hemos expuesto en el párrafo anterior las disposiciones del Estatuto sobre el valor atribuido a los precedentes jurisprudenciales. Estas normas cumplen ya medio siglo de existencia. La labor que nos proponemos desarrollar en este estudio consiste en investigar en qué medida la práctica de la Corte durante este tiempo se ha ajustado a lo establecido en el Estatuto.

Un primer análisis de la jurisprudencia de la Corte nos indica que es conveniente distinguir entre la práctica de invocar sus propios precedentes y la de recurrir a las decisiones de otros tribunales internacionales. La Corte asume una actitud diferente respecto de ambas, tal como se lo expone en los párrafos siguientes.

A) La Corte de la Haya y la jurisprudencia de otros tribunales internacionales

4. Los precedentes invocados por la Corte

La Corte ha recurrido sólo en cuatro oportunidades a un precedente concreto de otro tribunal internacional y en todas ellas se trató de decisiones de tribunales arbitrales. Así, en la opinión consultiva No. 8 hizo mención del arbitraje de *Meerhaug*⁸⁾ y en la opinión consultiva sobre el servicio postal polaco se refirió al fallo sobre los *Fondos píos de las Californias*⁹⁾. Además, el arbitraje sobre el *Costa Rica Packet* es citado por el Tribunal en el caso del *Lotus*¹⁰⁾. En la jurisprudencia de la Corte actual sólo es posible hallar el precedente del *Alabama*, que es citado en la sentencia sobre el caso *Nottebohm*¹¹⁾.

Si bien la Corte se muestra muy reservada en recurrir a precedentes

pretación dada por Beckett, Les questions d'intérêt général au point de vue juridique dans la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale, R. d. C. (1932 I), p. 140 ss.

⁸⁾ «De l'avis de la Cour ... la frontière entre la Hongrie et la Galicie était en août 1914 une frontière internationale ... L'arbitrage du 13 septembre 1902 sur l'affaire du *Meerhaug* en est une preuve» (C. P. J. I., Série B No. 8, p. 42).

⁹⁾ «Ceci est clairement indiqué dans la sentence de la Cour permanente d'Arbitrage, en date du 14 octobre 1902, relative aux Fonds pieux des Californies ... La Cour est d'accord sur cette déclaration ...» (C. P. J. I., Série B No. 11, p. 30).

¹⁰⁾ C. P. J. I., Série A No. 10, p. 26.

¹¹⁾ C. I. J., Recueil 1953, p. 119.

concretos de otros tribunales internacionales, las Partes litigantes suelen observar una actitud distinta. En efecto, en las memorias y en los alegatos se invocan regularmente todos los fallos judiciales y arbitrales que puedan constituir un precedente para el caso en litigio. Algunos pasajes de la jurisprudencia de la Corte son prueba de esta práctica¹²⁾.

En los votos particulares de los jueces se recurre con cierta frecuencia a las citas de precedentes concretos de otros tribunales internacionales¹³⁾, especialmente en los anexos a las decisiones de la Corte actual. Los precedentes más invocados en estos últimos son las sentencias dictadas por la Corte Permanente de Arbitraje y por los tribunales arbitrales convocados según las convenciones de La Haya de 1899 y 1907¹⁴⁾, en particular los fallos sobre la *isla de Palmas*¹⁵⁾ y sobre las *Grisbadarna*¹⁶⁾. Respecto de este último caso, se invoca el conocido pasaje según el cual:

¹²⁾ Ver p. ej. C. P. J. I., Série A/B No. 53, p. 45. El pasaje siguiente del voto disidente de Read en el caso *Nottebohm* nos demuestra esta práctica: "It is not surprising that no precedent has been cited to the Court in which — in the absence of fraud or injury to an adverse party — the exercise of a discretionary power, possessed by a State under the principles of positive international law, has been successfully questioned. If there had been such precedent, it would certainly have been brought to the attention of the Court" (C. I. J., Recueil 1955, p. 43).

¹³⁾ En cuanto a la Corte Permanente, ver C. P. J. I., Série A No. 10, p. 47 (v. dis. de Weiss), pp. 83 y 84 (v. dis. de Moore), p. 97 (v. dis. de Altamira); Série A No. 17, p. 75 (v. dis. de Ehrlich, juez nacional); Série A/B No. 63, p. 135 (v. ind. del Jonkheer van Eysinga); Série A/B No. 70, p. 76 (v. ind. de Hudson); Série A/B No. 71, p. 129 (v. ind. de Hudson).

En C. P. J. I., Série A No. 22, p. 38, el juez Negulesco menciona el informe sobre las *islas Aaland* del Comité de juristas designado por la Sociedad de las Naciones como un «*précédent de jurisprudence internationale*».

¹⁴⁾ Los precedentes mencionados son los siguientes: *Fondos píos de las Californias* (C. I. J., Recueil 1962, pp. 44—45 y 48, v. ind. de Alfaro); *Tratamiento preferencial en las reclamaciones contra Venezuela* (C. I. J., Recueil 1962, p. 46, v. ind. de Alfaro); *Pesquerías del Atlántico Norte* (C. I. J., Recueil 1951, p. 188, v. dis. de Read; Recueil 1969, p. 113, v. ind. de Ammoun); *Orinoco Steamship Co.* (C. I. J., Recueil 1954, p. 66, v. ind. de Winiarski; Recueil 1960, p. 226, v. dis. de Urrutia Holguín, juez *ad hoc*); *indemnizaciones rusas* (C. I. J., Recueil 1960, p. 96, v. dis. de Moreno Quintana; Recueil 1962, pp. 47—48, v. ind. de Alfaro; Recueil 1969, pp. 134 y 137, v. ind. de Ammoun); *Carthage y Manouba* (C. I. J., Recueil 1962, p. 425, v. ind. de Jessup); *isla de Timor* (C. I. J., Recueil 1959, p. 256, v. dis. de Moreno Quintana; Recueil 1969, p. 138, v. ind. de Ammoun); *reclamaciones noruegas* (C. I. J., Recueil 1969, p. 134, v. ind. de Ammoun).

¹⁵⁾ C. I. J., Recueil 1949, p. 53 (v. dis. de Winiarski); Recueil 1959, pp. 254 y 255 (v. dis. de Moreno Quintana); Recueil 1962, p. 46 (v. ind. de Alfaro); Recueil 1962, p. 61 (v. ind. de Sir Gerald Fitzmaurice); Recueil 1962, pp. 69—70 (v. dis. de Moreno Quintana); Recueil 1969, p. 115 (v. ind. de Ammoun).

¹⁶⁾ C. I. J., Recueil 1959, p. 255 (v. dis. de Moreno Quintana); Recueil 1960, p. 83 (v. dis. de Armand-Ugon); Recueil 1962, p. 45 (v. ind. de Alfaro); Recueil 1969, p. 81 (v. ind. de Jessup); Recueil 1969, p. 113 (v. ind. de Ammoun).

«dans le droit des gens, c'est un principe bien établi, qu'il faut s'abstenir autant que possible de modifier l'état des choses existant de fait et depuis longtemps»¹⁷⁾.

Un precedente de la Corte europea de los Derechos humanos es citado por Jessup en su voto disidente sobre el *S.O. africano*¹⁸⁾. En el caso del *templo de Préah Vihear*, el juez Alfaro hace una detallada exposición de los precedentes jurisprudenciales en materia de *estoppel* y del efecto obligatorio de los actos propios¹⁹⁾. El mismo procedimiento expositivo empleó el juez *ad hoc* Urrutia Holguín en el diferendo sobre la sentencia del rey de España del 23. XII. 1906 al referirse al *uti possidetis*, a los vicios de las sentencias arbitrales y a la forma de interpretar ciertas cláusulas del compromiso arbitral²⁰⁾.

Por último, cabe señalar que los jueces han invocado también como precedentes algunos fallos arbitrales conocidos como el del *Alabama*²¹⁾, el del *I'm alone*²²⁾ y otros²³⁾.

5. La práctica jurisprudencial invocada por la Corte

En el párrafo anterior hemos analizado los pasajes de la jurisprudencia en que la Corte recurre a precedentes concretos fallados por otros tribunales internacionales. Corresponde ahora examinar los casos en que la Corte hace referencias a la práctica arbitral o judicial en general, sin citar casos determinados.

¹⁷⁾ Scott, *The Hague Court Reports* (New York 1916) t. I, p. 493. En C. I. J., Recueil 1969, p. 160, el juez Koretsky invoca otro pasaje distinto del fallo sobre las *Grisbadarna*.

¹⁸⁾ C. I. J., Recueil 1966, p. 438.

¹⁹⁾ C. I. J., Recueil 1962, p. 43 ss.

²⁰⁾ C. I. J., Recueil 1960, p. 223 ss.

²¹⁾ C. I. J., Recueil 1949, p. 96 (v. dis. de Azevedo); Recueil 1951, p. 181 (v. dis. de Sir Arnold McNair).

²²⁾ C. I. J., Recueil 1962, p. 425 (v. ind. de Jessup); Recueil 1970, p. 79 (v. ind. de Sir Gerald Fitzmaurice).

²³⁾ Ver C. I. J., Recueil 1951, pp. 165, 166 y 168 (v. dis. de Sir Arnold McNair); Recueil 1951, pp. 192 y 193 (v. dis. de Read); Recueil 1952, p. 71 (v. dis. de Basdevant); Recueil 1955, p. 51 (v. dis. de Guggenheim, juez *ad hoc*); Recueil 1959, p. 87 (v. dis. de Armand-Ugon); Recueil 1959, p. 255 (v. dis. de Moreno Quintana); Recueil 1964, p. 56 (v. ind. de Wellington Koo); Recueil 1966, p. 352 (v. dis. de Jessup); Recueil 1969, p. 142 (v. ind. de Ammoun); Recueil 1970, pp. 72, 81, 84 y 85 (v. ind. de Sir Gerald Fitzmaurice); Recueil 1970, pp. 165, 168, 186, 197, 198, 199, 200 y 206 (v. ind. de Jessup); Recueil 1970, p. 248 (v. ind. de Padilla Nervo); Recueil 1970, p. 278 (v. ind. de Gros); Recueil 1970, pp. 293, 298, 316 y 319 (v. ind. de Ammoun).

Hemos señalado más arriba que las Partes en un litigio suelen invocar ante la Corte todos los precedentes que conocen sobre la materia. Pero, el Tribunal no se refiere a ellos en particular, sino que lo hace en términos genéricos, mencionando la práctica de la jurisprudencia arbitral o de los tribunales mixtos. A fin de realizar un estudio detallado de estos pasajes, haremos una distinción entre los casos que se refieren al derecho internacional material y los relativos a cuestiones de procedimiento.

6. a) Derecho internacional material

En el caso sobre la fábrica de *Chorzów*, Alemania demandó por indemnización a Polonia ante la C. P. J. I. debido a ciertos actos contrarios a la Convención de Ginebra (15. V. 1922) que ésta habría realizado respecto de aquel bien, que era propiedad de una sociedad alemana. La Corte falló la causa a favor de Alemania e indicó en la sentencia los daños que habría que tener en cuenta para fijar la indemnización reclamada y el método a seguir para determinar su monto. En cuanto a la valuación de la indemnización, la Corte dijo:

«il convient de constater avant tout que, pour évaluer le dommage causé par un acte illicite, il faut tenir compte exclusivement de la valeur des biens, droits et intérêts qui ont été atteints et dont le titulaire est la personne au profit de laquelle l'indemnité est réclamée ou le dommage de qui doit servir de mesure pour l'évaluation de la réparation réclamée. Ce principe, admis dans la jurisprudence arbitrale, a pour conséquence, d'une part, d'exclure du préjudice à évaluer, les dommages causés aux tiers par l'acte illicite, et d'autre part de n'en pas exclure le montant des dettes et autres obligations à la charge du lésé» ²⁴).

Luego, para determinar el monto de la indemnización, el Tribunal agregó:

«Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite, et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis» ²⁵).

²⁴) C. P. J. I., Série A No. 17, p. 31.

²⁵) C. P. J. I., Série A No. 17, p. 47. Ver también Série A No. 17, pp. 70—71 (v. dis. de Lord Finlay) y Série C No. 15-II, pp. 307—308 y 350—352 (réplica de Alemania).

En el caso de los *Fosfatos de Marruecos*, la demanda italiana invocó este precedente en los siguientes términos: «la restitution en nature étant possible, la Cour est à même d'ordonner, conformément à sa jurisprudence, les mesures nécessaires pour effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir la situation qui aurait

En este orden de ideas, conviene mencionar también que la Corte se basó en la práctica jurisprudencial para resolver el asunto de *Groenlandia oriental*. El Tribunal expresó en esa ocasión:

"It is impossible to read the records of the decisions in cases as to territorial sovereignty without observing that in many cases the tribunal has been satisfied with very little in the way of the actual exercise of sovereign rights, provided that the other State could not make out a superior claim. This is particularly true in the case of claims to sovereignty over areas in thinly populated or unsettled countries" ²⁶).

Cuando la Corte debió decidir acerca de la soberanía sobre las *islas Ecréhous*, parece haber aplicado igual principio pues ella examinó las pruebas producidas por una Parte en relación a las de la otra y en el fallo se refiere a "the relative strength of the opposing claims" ²⁷).

La Corte consideró como un «principe généralement reconnu par la jurisprudence arbitrale internationale» la regla según la cual una Parte no puede oponer a otra el hecho de no haber cumplido una obligación o no haber interpuesto un recurso procesal si la primera, mediante un acto contrario al derecho, ha impedido a esta última cumplir la obligación o interponer el recurso ²⁸).

En el caso *Nottebohm*, el Tribunal declaró que:

«selon la pratique des Etats, les décisions arbitrales et judiciaires ... la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement» ²⁹).

Por último, en el asunto de la *Universidad Peter Pázmány*, la Corte interpretó ciertas disposiciones del tratado de Trianón fundándose en «une jurisprudence des tribunaux arbitraux mixtes, qui peut être décrite comme constante» ³⁰).

existé si ledit acte n'avait pas été commis» (Série A/B No. 74, p. 14). Este precedente fue invocado también por Gran Bretaña en el caso *Oscar Chinn* (C. P. J. I., Série C No. 75, p. 57). Ver también C. I. J., Recueil 1949, pp. 255—256 (v. dis. de Ecer, juez *ad hoc*).

²⁶) C. P. J. I., Série A/B No. 53, p. 46. Se cita este precedente en C. I. J., Recueil 1959, p. 255 (v. dis. de Moreno Quintana).

²⁷) C. I. J., Recueil 1953, p. 67. En el voto individual de Levi Carneiro anexo a este fallo se menciona la regla aplicada por la Corte en el caso de *Groenlandia oriental* (C. I. J., Recueil 1953, p. 85).

²⁸) C. P. J. I., Série A No. 9, p. 31.

²⁹) C. I. J., Recueil 1955, p. 23.

³⁰) C. P. J. I., Série A/B No. 61, p. 243. La jurisprudencia de los tribunales arbitrales mixtos es admitida también en C. I. J., Recueil 1949, pp. 255—256 (v. dis. de Ecer, juez *ad hoc*). En sentido contrario, ver C. P. J. I., Série A No. 3, p. 7 y C. I. J., Recueil

Los votos particulares de los jueces invocan también reglas que habrían sido elaboradas por la jurisprudencia internacional. Así, en el diferendo anglo-noruego de las *Pesquerías*, se trataba de determinar si el Derecho internacional permite a los Estados tomar como punto de partida para medir la extensión de las aguas territoriales una línea distinta de la de la costa. El juez *Read* expresó entonces que el único sistema reconocido por la costumbre internacional es el de fijar la anchura del mar territorial a partir de la línea de la costa. Esta regla se habría formado, según el voto del juez canadiense, por una jurisprudencia interna e internacional que puede ser caracterizada como "clear, unequivocal and consistent"³¹⁾, como una verdadera "universal practice"³²⁾.

7. b) Las normas de procedimiento

Las reglas principales que constituyen las bases del procedimiento internacional han sido creadas por la práctica de los tribunales arbitrales. En este sentido, escribe *Cavare*:

«le droit arbitral est le résultat de la coutume. On trouve à l'origine, des faits, des pratiques, qui deviennent des habitudes. Des arbitres successifs les interprètent et l'adhésion des membres de la société internationale qui regardent ces pratiques comme obligatoires les transforme en règles coutumières. C'est là une des matières les plus remarquables où la coutume est source du droit internationale»³³⁾.

En el caso particular de la Corte de La Haya, el procedimiento a seguir está determinado en un texto convencional (el Estatuto), pero éste, tal

1951, p. 97 (v. dis. de *Winiarski* y *Badawi*) y *Recueil* 1970, p. 247 (v. ind. de *Padilla Nervo*).

En cuanto al valor de la jurisprudencia de los tribunales arbitrales mixtos, resulta interesante citar un pasaje del alegato de *Erich Kaufmann* en el caso de los *intereses alemanes en la Alta Silesia polaca*. Haciendo referencia a la noción de «liquidación» en derecho internacional público, el representante del Gobierno alemán dijo que la «jurisprudence ... est, sauf quelques nuances, tellement constante dans tous les Tribunaux arbitraux mixtes qu'il y a lieu de parler d'un véritable droit créé par la jurisprudence et devenu droit coutumier» (C. P. J. I., Série C No. 11, vol. I, p. 263).

³¹⁾ C. I. J., *Recueil* 1951, p. 192. Ver también *affaire des Pêcheries*, *Mémoires*, vol. I, p. 56 ss. (memoria del Reino Unido), vol. II, p. 452 (réplica del Reino Unido).

³²⁾ C. I. J., *Recueil* 1951, p. 192. En la p. 187, este juez manifiesta: "I have no doubt that the Coast-Line Rule is an established rule of international law". Refiriéndose a esta misma regla, *Read* agregó: "Innumerable national courts, international tribunals and prize courts settled the limits in the same way" (C. I. J., *Recueil* 1951, p. 192).

³³⁾ *Le droit international public positif* (2ème. éd. Paris 1962) t. 2, p. 213.

como lo señalamos más abajo, ha adoptado algunas reglas ya consagradas por la jurisprudencia arbitral.

El art. 36, inc. 6, del Estatuto de la C. I. J. (art. 36 del Estatuto de la C. P. J. I.) estipula que «en cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est compétente, la Cour décide». Esta norma, conocida generalmente bajo el nombre de «regla de la competencia de la competencia», debe su origen a las sentencias arbitrales sobre el *Betsey* (1797)³⁴ y el *Sally* (1797)³⁵. A partir de entonces, la regla fue aplicada por los tribunales arbitrales y por las comisiones mixtas. En 1872, con motivo del caso del *Alabama*, este principio recibió su consagración³⁶. La regla de la competencia de la competencia fue adoptada también por las convenciones de La Haya de 1899 (art. 48) y de 1907 (art. 73).

En cuanto a la jurisprudencia de la Corte, este principio fue aplicado por primera vez en la opinión consultiva No. 16 sobre la interpretación del *acuerdo greco-turco* del 1. XII. 1926. El Tribunal expresó que «tout organe possédant des pouvoirs juridictionnels a le droit de se prononcer en premier lieu lui-même sur l'étendue de ses attributions»³⁷. La Corte actual ha aplicado también esta regla. Así, en el caso *Nottebohm*, afirmó:

«Le paragraphe 6 de l'article 36 ne fait que reprendre pour la Cour une règle que le droit international commun a consacré en matière d'arbitrage international. Depuis l'affaire de l'Alabama, il est admis, conformément à des précédents antérieurs, qu'à moins de convention contraire, un tribunal international est juge de sa propre compétence et a le pouvoir d'interpréter à cet effet les actes qui gouvernent celle-ci»³⁸.

Igualmente, en los votos particulares de los jueces se hallan numerosos pasajes en que se hace mención de la regla que aquí examinamos³⁹. Al

³⁴) Lapradelle/Politis, *Recueil des arbitrages internationaux* (2ème éd. Paris 1957) t. 1, p. 51 ss.

³⁵) Lapradelle/Politis, *op. cit.*, t. 1, p. 127 ss.

³⁶) Lapradelle/Politis, *op. cit.*, t. 2, pp. 839—840 (declaración de los árbitros), t. 2, p. 889 ss. (sentencia).

En cuanto al origen jurisprudencial de la regla en cuestión, conf.: Cavaré, *op. cit.*, t. 2, p. 228 ss., y principalmente Berlia, *Jurisprudence des tribunaux internationaux en ce qui concerne leur compétence*, R. d. C. 1955 II, p. 119 ss.

³⁷) C. P. J. I., Série B No. 16, p. 20. Ver también C. P. J. I., Série A/B No. 76, p. 19; Série A/B No. 77, p. 107 (v. dis. de Urrutia).

³⁸) C. I. J., Recueil 1953, p. 119. Ver también C. I. J., Recueil 1956, p. 87.

³⁹) C. I. J., Recueil 1952, p. 55 (v. ind. de Spiropoulos, juez *ad hoc*); Recueil 1952, p. 83 (v. dis. de Klaestad); Recueil 1957, p. 44 (v. ind. de Sir Hersch Lauterpacht); Recueil 1957, p. 69 (v. dis. de Guerrero); Recueil 1959, p. 92 (v. dis. de Armand-Ugon); Recueil 1964, p. 153 (v. dis. de Armand-Ugon, juez *ad hoc*).

referirse precisamente al principio de la competencia de la competencia, Sir Hersch Lauterpacht expresó en el asunto de la *Interhandel*: "the principle enshrined in Article 36 (6) of the Statute is declaratory of one of the most firmly established principles of international arbitral and judicial practice" ⁴⁰).

En materia de medios de prueba, la Corte declaró en el fallo relativo al *estrecho de Corfú* que los indicios o pruebas circunstanciales tienen aplicación en el orden internacional. «Ces moyens de preuve indirecte — dice la sentencia — sont admis dans tous les systèmes de droit et leur usage est sanctionné par la jurisprudence internationale» ⁴¹).

El art. 41 del Estatuto confiere a la Corte la facultad de dictar medidas precautorias. Esta disposición, según la C.P.J.I., constituye la aplicación de un principio «universellement admis devant les juridictions internationales» ⁴²). En el asunto de la *Interhandel*, Sir Hersch Lauterpacht expresó que las medidas precautorias previstas por el art. 41 sólo pueden ser dictadas por la Corte si existe un instrumento o una declaración de las Partes que *prima facie* le otorgue competencia. El juez inglés declaró que este principio "has been uniformly adopted in international and judicial practice" ⁴³).

Los votos particulares de los jueces hacen referencia a una norma que es complementaria de la regla de la competencia de la competencia. Esta última no es un principio absoluto, sino que ha de ser aplicada teniendo en cuenta la norma fundamental del arbitraje internacional que es el consentimiento de las Partes en el diferendo y no puede ser interpretada por un tribunal internacional de modo que afecte dicho principio. Si un tribunal actuara de esta manera, su decisión sería nula por estar viciada por un *excès de pouvoir*. Esta noción pertenece hoy al derecho internacional común ⁴⁴). En el caso de las concesiones de *Mavrommatis* en Palestina, el juez Moore se refirió a la nulidad de las sentencias por *excès de pouvoir* en los términos siguientes:

⁴⁰) C. I. J., Recueil 1959, p. 104. Al analizar esta regla, Münch expresa: »Heute kann es als allgemeine Regel gelten, daß ein internationales Gericht oder Schiedsgericht selbst über seine Zuständigkeit entscheidet« (Zum Stand der internationalen obligatorischen Gerichtsbarkeit, ZaöRV, t. 21, p. 232).

⁴¹) C. I. J., Recueil 1949, p. 18. Sobre este tema, conf.: Ferrari Bravo, La prova nel processo internazionale (Napoli 1958), p. 106 ss.

⁴²) C. P. J. I., Série A/B No. 79, p. 199.

⁴³) C. I. J., Recueil 1957, p. 118.

⁴⁴) Conf.: Berlia, *op. cit.*, R. d. C. 1955 II, p. 126 ss. Guggenheim, La validité et la nullité des actes juridiques internationaux, R. d. C. 1949 I, p. 216 ss.

"Ever mindful of the fact that their judgements, if rendered in excess of power, may be treated as null, international tribunals have universally regarded the question of jurisdiction as fundamental. It would be superfluous to cite from the records of international tribunals particular decisions to this effect" ⁴⁵).

En la opinión consultiva sobre las decisiones del tribunal administrativo de la O.N.U., el juez Alvarez sostuvo que una Parte en un litigio puede rehusarse a cumplir una sentencia si ella presenta defectos graves, particularmente si está viciada de *excès de pouvoir*. Según el juez chileno, esta norma es el producto de la práctica constante de los tribunales arbitrales ⁴⁶).

8. Consideraciones generales

El valor de la jurisprudencia como fuente de Derecho de gentes es un tema sobre el cual existe una interesante controversia doctrinaria. Max Sørensen, en su obra titulada «Les sources du Droit International», tomando como base las decisiones de la C.P.J.I., llega a la conclusión que la jurisprudencia sólo se presenta como fuente en tanto que precedente. Este autor niega la posibilidad que la jurisprudencia dé origen a una norma consuetudinaria. En el ámbito del Derecho internacional — expresa Sørensen — la jurisprudencia vale como precedente y no como costumbre ⁴⁷).

En contraposición a esta tesis, otros autores como Guggenheim, De Visscher y Kopelmanas, afirman que la jurisprudencia internacional puede engendrar normas consuetudinarias y rehusan otorgar a los precedentes el carácter de fuente formal en Derecho de gentes ⁴⁸).

Las dos concepciones indicadas se oponen entre sí en ciertos aspectos pero coinciden, sin embargo, en el hecho de negar que la jurisprudencia

⁴⁵) C. P. J. I., Série A No. 2, p. 60.

⁴⁶) «Ces précédents des tribunaux d'arbitrage ont fini par donner naissance à un principe de droit international classique d'après lequel l'exécution d'une sentence arbitrale peut être refusée si celle-ci est entachée de graves défauts» (C. I. J., Recueil 1954, p. 68).

⁴⁷) Sørensen, Les sources du Droit International (Copenhague 1946), pp. 154 y 155. Es preciso observar que Sørensen emplea el término «fuente» en un sentido distinto del usado generalmente. En efecto, al igual que Alf Ross, no hace la distinción entre fuentes «formales» y «materiales». Conf.: Sørensen, *op. cit.*, pp. 24 y 161. Ross, Lehrbuch des Völkerrechts (Stuttgart, Köln 1951), p. 78. Ver las críticas dirigidas por Kelsen a esta concepción, Reine Rechtslehre (2 a. ed. Wien 1960), p. 215 ss.

⁴⁸) Guggenheim, Traité de Droit international public (2 a. ed. Genève 1967) t. 1, p. 112. Ch. De Visscher, La codification du Droit international, R. d. C. 1925 I, p. 357. Kopelmanas, Custom as a means of the creation of international law, B. Y. B. 1937, pp. 141 y 142; Essai d'une théorie des sources formelles du Droit international, R. D. I., t. 21 (1938), p. 126 nota 39 y p. 127.

internacional tiene la posibilidad de manifestarse bajo dos maneras como fuente de derecho: como precedente y como costumbre.

Por el contrario, Frede Castberg es uno de los autores que parece admitir que la jurisprudencia de los tribunales internacionales puede manifestarse como fuente del Derecho de gentes, ya sea como precedente, ya sea como costumbre⁴⁹).

En los párrafos precedentes hemos analizado los pasajes de la jurisprudencia de la Corte de La Haya en que se hace referencia a las decisiones de otros tribunales internacionales. Como hemos señalado, la Corte hizo mención expresa de precedentes concretos sólo en cuatro oportunidades, lo cual es insuficiente para deducir cualquier conclusión de orden general.

Pero, en repetidas ocasiones, la Corte ha recurrido a la práctica de otros tribunales para mostrar la forma cómo se han originado ciertas normas internacionales. La jurisprudencia analizada en los párrafos anteriores nos lleva a la conclusión que la Corte de La Haya admite que las decisiones de otros tribunales internacionales pueden dar nacimiento a normas consuetudinarias⁵⁰). En los pasajes citados, la Corte no recurre a sentencias individuales de cierto tribunal, sino que invoca una práctica jurisprudencial. La terminología empleada por la Corte es la que utiliza habitualmente para referirse a las normas consuetudinarias: «principe généralement reconnu par la jurisprudence arbitrale internationale» (Série A No. 9, p. 31), «principe universellement admis devant les juridictions internationales» (Série A/B No. 79, p. 199), «usage ... sanctionné par la jurisprudence internationale» (Recueil 1949, p. 18), «une règle que le droit international commun a consacré en matière d'arbitrage international» (Recueil 1953, p. 119)⁵¹). En los pasajes citados se hace referencia precisa a una práctica, a una repetición de hechos, lo cual constituye justamente el elemento característico de la costumbre.

⁴⁹) Castberg, *La méthodologie du Droit international public*, R. d. C. 1933 I, pp. 366 y 367. Ver también Balladore Pallieri, *Diritto Internazionale Pubblico* (8 a. ed. Milano 1962), pp. 98—100.

⁵⁰) Conf.: Basdevant, *Règles générales du Droit de la Paix*, R. d. C. 1936 IV, p. 511. Kopelmanas, *op. cit.*, R. D. I., t. 21 (1938), p. 126 nota 39. Koster, *Les fondements du Droit des gens* (Leyden 1925), p. 238. Rousseau, *Principes généraux du Droit International Public* (Paris 1944), pp. 857—858; y del mismo autor *Droit International Public* (2 a. ed. Paris 1970) t. 1, pp. 337—338. Berlia, *op. cit.*, R. d. C. 1955 II, p. 154. Wengler, *Völkerrecht* (Berlin, Göttingen, Heidelberg 1964) t. 1, p. 175. Guggenheim, *Traité, op. cit.*, t. 1, p. 112. O'Connell, *International Law* (2 a. ed. London 1970), t. 1, p. 32.

⁵¹) Conf.: Barberis, *L'élément matériel de la coutume internationale d'après la Cour de La Haye*, *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht* 1967, p. 376 ss.

9. Tesis de Max Sørensen: crítica

La conclusión a la que hemos llegado difiere de la expuesta por Sørensen en su estudio sobre las decisiones de la C.P.J.I., donde afirma que la jurisprudencia no puede dar origen a reglas consuetudinarias. El profesor danés funda su razonamiento en dos argumentos que examinaremos a continuación.

Sørensen expresa primeramente, siguiendo una opinión de Kelsen, que la costumbre es creada siempre por medio de un procedimiento descentralizado. Afirma luego que los tribunales internacionales son órganos centralizados y, por lo tanto, que son incapaces de crear normas consuetudinarias en Derecho de gentes⁵²). Sørensen no brinda una definición de lo que entiende por «centralización» y «descentralización», sino que invoca sólo la opinión de Kelsen. Esto nos permite deducir que los conceptos indicados son empleados en el mismo sentido en que lo hace el autor vienés.

Kelsen estima que existe una diferencia políticamente importante entre el derecho legislado y el consuetudinario, a saber: el primero es creado mediante un procedimiento relativamente centralizado, en tanto que el segundo se forma a través de un procedimiento relativamente descentralizado⁵³). Es de notar que, en el pensamiento de Kelsen, el procedimiento de creación de derecho es centralizado cuando el órgano que establece la norma se encuentra habilitado para ello por una norma jurídica anterior⁵⁴).

Por consiguiente, y de acuerdo con estos conceptos, estimamos que los tribunales internacionales pueden ser considerados órganos centralizados en cuanto a la actividad de dictar sentencia en el caso sub judice, pero son órganos descentralizados en lo que concierne a la creación de normas generales consuetudinarias.

Según la terminología de Kelsen y de Sørensen, parecería que los órganos no pueden ser calificados como «centralizados» o «descentralizados» en abstracto, sino sólo respecto de una función determinada. Un órgano puede ser «centralizado» en cuanto al cumplimiento de cierta función y «descentralizado» respecto de otra. La certeza de nuestra conclusión se comprueba al considerar los estudios hechos por Kelsen y por Sørensen sobre la actividad de los órganos legislativos. Para los dos autores, los órganos legislativos son centralizados (en lo que respecta a la actividad

⁵²) Sørensen, *op. cit.* (*supra* nota 47), p. 154.

⁵³) *Théorie du droit international coutumier*, *Revue internationale de la Théorie du Droit* 1939, p. 266. *Reine Rechtslehre*, *op. cit.* (*supra* nota 47), pp. 234—235 y 289.

⁵⁴) *Conf.*: Kelsen, *Reine Rechtslehre*, pp. 234—235.

específicamente legislativa) y, sin embargo, ambos aceptan que dichos órganos pueden crear normas consuetudinarias internacionales⁵⁵). Los autores mencionados llegan a esta conclusión porque los órganos legislativos, respecto de la creación de la costumbre, son órganos descentralizados. Esto nos demuestra que los términos «centralización» y «descentralización» son relativos: no se los puede atribuir en abstracto a un órgano, sino teniendo en cuenta una función determinada de dicho órgano. Parecería que cuando Sørensen emplea estos términos no lo hace de manera consecuente. Cuando examina la actividad de los órganos legislativos respecto de la creación de la costumbre, los emplea correctamente, pero altera su sentido al ocuparse de la función de la jurisprudencia internacional como creadora de costumbre. Para ser consecuente con los términos empleados, Sørensen tendría que haber afirmado que los tribunales internacionales, en lo que respecta a la creación de la costumbre, son órganos descentralizados.

A diferencia de Sørensen, Kelsen es consecuente con el sentido atribuido a los términos utilizados. Por esta razón, llega a la conclusión, a nuestro parecer correcta, que los tribunales internacionales son órganos capaces de crear normas consuetudinarias internacionales⁵⁶).

El segundo argumento considerado por el autor danés como decisivo es que el elemento material, la repetición de hechos, característica del procedimiento consuetudinario, no es indispensable para que la jurisprudencia aparezca como fuente de Derecho internacional. Una sola decisión anterior sería suficiente para ejercer sobre el juez una influencia perentoria⁵⁷).

Este argumento no va en contra de la conclusión a que hemos llegado. El hecho de afirmar que una repetición uniforme y constante de decisiones judiciales puede dar nacimiento a una costumbre internacional, no implica negar que también los precedentes pueden constituir una fuente de Derecho de gentes. Por otra parte, el análisis realizado en los párrafos que anteceden nos muestra claramente que la Corte pone de relieve la existencia de una práctica jurisprudencial⁵⁸), lo cual nos demuestra que estamos en presencia de un procedimiento consuetudinario y no de simples precedentes.

⁵⁵) Sørensen, *op. cit.* (*supra* nota 47), p. 90 ss. Kelsen, *Théorie, op. cit.* (*supra* nota 53), p. 267.

⁵⁶) «La jurisprudence internationale est une des sources les plus importantes du droit coutumier» (*Revue internationale de la Théorie du Droit* 1939, p. 268).

⁵⁷) Sørensen, *op. cit.* (*supra* nota 47), p. 155.

⁵⁸) Conf.: C. P. J. I., Série A No. 9, p. 31; Série A No. 17, pp. 31 y 47; Série A/B No. 61, p. 243; C. I. J., Recueil 1949, p. 18; Recueil 1953, p. 119; Recueil 1955, p. 23.

B) La Corte de La Haya y su jurisprudencia

10. Introducción

La primera parte de este estudio ha sido dedicada al examen de los pasajes en que la Corte de La Haya se ha referido a precedentes concretos de otros tribunales internacionales y a aquéllos en que ha reconocido y aplicado normas consuetudinarias creadas por la actividad de esos tribunales. En esta segunda parte nos proponemos examinar la importancia atribuida por la Corte de La Haya a su propia jurisprudencia.

De la simple lectura de las sentencias y opiniones consultivas de la Corte se desprende la preocupación que el tribunal tiene en afirmar la unidad y la coherencia de su jurisprudencia. La Corte se refiere habitualmente a sus precedentes, ya sea para corroborar la tesis adoptada, ya sea para explicar las diferencias existentes entre el caso *sub examine* y los anteriores, tratando de eliminar así un eventual reproche de inconsecuencia y de brindar a los Estados que litigan ante ella una mayor seguridad jurídica⁵⁹).

Si bien todos los aspectos de la jurisprudencia de la Corte testimonian esta preocupación de afirmar la coherencia de sus decisiones, existen algunos ámbitos en los cuales la Corte, para demostrar la existencia de una norma, invoca generalmente como argumento principal el hecho de haber sido aplicada anteriormente por el tribunal. Estos dos ámbitos son los relativos a la interpretación de los tratados internacionales y al procedimiento. Ellos serán considerados a continuación y luego examinaremos la influencia ejercida por la jurisprudencia de la Corte en el derecho de fondo.

11. a) Las reglas de interpretación

De las decisiones de la Corte de La Haya es posible deducir un complejo sistema de reglas de interpretación que el tribunal ha aplicado de manera

⁵⁹) Beckett, Les questions d'intérêt général au point de vue juridique dans la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale, R. d. C. 1932 I, p. 138. Sørensen, *op. cit.*, pp. 166—167. Ch. De Visscher, Théories et Réalités en Droit International Public (Paris 1953), p. 430. Lauterpacht, *op. cit.* (*supra* nota 4), p. 9 ss. Pastor Ridruejo, La jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia, Estudios jurídico-sociales (Homenaje al Prof. Legaz y Lacambra) (Zaragoza 1960) t. 2, p. 1166. Rosenne, The Law and Practice of the International Court (Leyden 1965) t. 2, p. 612.

En cuanto a las explicaciones dadas por la Corte respecto de las eventuales diferencias de criterio existentes entre sus precedentes, ver *infra* parágrafo 14.

constante a través de su jurisprudencia ⁶⁰⁾). La interpretación de los tratados y de los demás actos jurídicos internacionales es una función eminentemente jurídica ⁶¹⁾ a la que la Corte ha prestado especial atención. En este párrafo examinaremos sólo algunos ejemplos significativos a fin de señalar la importancia decisiva que la Corte atribuye a su jurisprudencia anterior en materia de reglas de interpretación.

(1) *El recurso al contexto*. En su obra sobre el Derecho de Gentes, Vattel enseña que la continuidad del discurso y su consideración como una unidad constituyen un modo de interpretación y, en este sentido, enuncia la regla siguiente:

«Il faut considérer le discours tout entier, pour en bien saisir le sens, et donner à chaque expression, non point tant la signification qu'elle pourroit recevoir en elle-même, que celle qu'elle doit avoir par la contexture et l'esprit du discours» ⁶²⁾.

La Corte se sirvió de ella por primera vez en su opinión consultiva del 12. VIII. 1922 sobre la *competencia de la Organización Internacional del Trabajo*, donde afirma:

“In considering the question before the Court upon the language of the Treaty, it is obvious that the Treaty must be read as a whole, and that its meaning is not to be determined merely upon particular phrases which, if detached from the context, may be interpreted in more than one sense” ⁶³⁾.

Tres años más tarde, la Corte recurrió a la misma regla en su opinión consultiva sobre el *servicio postal polaco*:

“It is a cardinal principle of international law that words must be interpreted in the sense which they would normally have in their context, unless such interpretation would lead to something unreasonable or absurd” ⁶⁴⁾.

⁶⁰⁾ Para un estudio de la jurisprudencia de la Corte en materia de reglas de interpretación, ver Bernhardt, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge insbesondere in der neueren Rechtsprechung internationaler Gerichte* (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 40) (Köln, Berlin 1963). Ch. De Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire en Droit International Public* (Paris 1963).

⁶¹⁾ Conf.: C. I. J., Recueil 1947—48, p. 61. Este precedente es citado por Moreno Quintana en C. I. J., Recueil 1962, p. 250. Conf. también C. P. J. I., Série A/B No. 41, p. 75 (v. dis. de Adatci, Kellogg, el barón Rolin-Jaequemyns, Sir Cecil Hurst, Schücking, el Jonkheer van Eysinga y Wang). Este voto es mencionado por Jessup en C. I. J., Recueil 1966, p. 416.

⁶²⁾ Le Droit des Gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains (Londres 1758) lib. II cap. XVII parágr. 285. Winiański se refiere precisamente a este pasaje en C. I. J., Recueil 1962, p. 229. Afirma también que esta regla tiene sus orígenes en el derecho romano.

⁶³⁾ C. P. J. I., Série B No. 2 & 3, p. 23.

⁶⁴⁾ C. P. J. I., Série B No. 11, p. 39.

Señalemos la diferencia que se da en la terminología de la Corte entre estos dos casos. En el primero, se trata de la interpretación de un caso concreto, el tratado de Versailles, en tanto que en el segundo, la Corte enuncia ya un principio de orden general. En las decisiones posteriores del tribunal, encontramos numerosos pasajes que muestran la aplicación constante de este principio de interpretación⁶⁵). Es preciso observar que la Corte Permanente aplicó esta regla sin hacer referencia a sus precedentes⁶⁶).

La jurisprudencia de la Corte actual, por el contrario, ofrece como característica el hecho que, cuando se refiere a la regla del contexto para interpretar un tratado, invoca las decisiones de la C. P. J. I. y sus propios precedentes. Así, en la opinión consultiva sobre la *competencia de la Asamblea general de la O. N. U.* del 3. III. 1950, el tribunal mencionó el precedente del *servicio postal polaco* y dijo:

«La Cour croit nécessaire de dire que le premier devoir d'un tribunal, appelé à interpréter et à appliquer les dispositions d'un traité, est de s'efforcer de donner effet, selon leur sens naturel et ordinaire à ces dispositions prises dans leur contexte»⁶⁷).

En el caso del *templo de Préah Vihear*, la Corte se refiere nuevamente a la regla del contexto en términos que merecen ser transcriptos:

“the Court must apply its normal canons of interpretation, the first of which, according to the established jurisprudence of the Court, is that words are to be interpreted according to the natural and ordinary meaning in the context in which they occur”⁶⁸).

Nótese que aquí el tribunal no sólo invoca su jurisprudencia anterior, sino que considera a la regla en cuestión como formando parte de las normas propias de interpretación elaboradas por la misma Corte.

Los votos particulares de los jueces de la C. I. J. demuestran una tendencia análoga a las decisiones del tribunal, esto es, se caracterizan por invocar la jurisprudencia anterior. Así, en el voto disidente de Basdevant, Winiański, Read y Sir Arnold McNair anexo a la opinión consultiva del 28. V. 1948 se expresa:

⁶⁵) C. P. J. I., Série A No. 10, p. 17; Série A/B No. 46, p. 140; Série A/B No. 49, p. 317. Conf. también C. P. J. I. Série A/B No. 62, p. 31 (v. ind. de Anzilotti).

⁶⁶) En cuanto a los votos particulares de los jueces, la única excepción sería el pasaje registrado en C. P. J. I., Série A/B No. 71, p. 120 (v. ind. de Hudson) donde se hace referencia a los precedentes de C. P. J. I., Série B No. 2 & 3, p. 23 y Série A/B No. 49, p. 317.

⁶⁷) C. I. J., Recueil 1950, p. 8. La Corte se refiere a este precedente en C. I. J., Recueil 1960, pp. 159—160.

⁶⁸) C. I. J., Recueil 1961, p. 32. En la p. 33 la Corte se refiere también al precedente del *servicio postal polaco*.

«c'est une règle d'interprétation bien établie et appliquée par la Cour permanente de Justice internationale qu'un texte doit être lu en son entier»⁶⁹).

Cuando los jueces mencionan la regla del contexto citan regularmente los precedentes de la *competencia de la O. I. T.*⁷⁰), del *servicio postal polaco*⁷¹) o la opinión consultiva del 3. III. 1950⁷²). Cabe señalar también que el juez Winiański considera a la norma del recurso al contexto como una *règle générale d'interprétation*⁷³).

(2) *La regla del efecto útil*. Esta regla, generalmente enunciada mediante la máxima *ut res magis valeat quam pereat*, dispone que las cláusulas de un tratado han de ser interpretadas de modo tal que todas ellas tengan un sentido positivo, que surtan un efecto. Una interpretación que privara de valor a algunos términos sería contraria a este principio.

La regla en cuestión fue aplicada por primera vez por la C.P.J.I. en la opinión consultiva del 10. IX. 1923 relativa a *ciertas cuestiones concernientes a los colonos alemanes en Polonia*⁷⁴).

Algunos días después, la Corte recurrió a su precedente y dijo:

«dans l'avis consultatif qu'elle a émis au sujet des questions à elle posées relativement aux colons allemands en Pologne, la Cour a exprimé l'opinion qu'une interprétation qui dépouillerait le traité de minorités d'une grand part de sa valeur ne saurait être admise»⁷⁵).

En estos dos casos, como en sus decisiones inmediatamente posteriores⁷⁶), la Corte se sirve de la regla del efecto útil como de un razonamiento de orden lógico para interpretar un texto determinado, sin enunciar principios de orden general.

⁶⁹) C. I. J., Recueil 1947—48, p. 84.

⁷⁰) C. I. J., Recueil 1959, p. 256 (v. dis. de Moreno Quintana).

⁷¹) C. I. J., Recueil 1950, p. 17 (v. dis. de Alvarez); Recueil 1950, p. 235 (v. dis. de Read); Recueil 1957, p. 95 (v. dis. de Read); Recueil 1958, p. 128 (v. ind. de Sir Percy Spender); Recueil 1962, p. 184 (v. ind. de Sir Percy Spender).

⁷²) C. I. J., Recueil 1950, pp. 244—245 (v. dis. de Read); Recueil 1954, p. 92 (v. dis. de Levi Carneiro); Recueil 1957, p. 95 (v. dis. de Read); Recueil 1959, p. 152 (v. ind. de Armand-Ugon); Recueil 1962, p. 184 (v. ind. de Sir Percy Spender); Recueil 1962, p. 581 (v. dis. de van Wyk, juez *ad hoc*); Recueil 1966, p. 501 (v. dis. de Mbenefo, juez *ad hoc*).

⁷³) C. I. J., Recueil 1962, p. 230. Ver otros ejemplos de aplicación de esta regla en C. I. J., Recueil 1952, pp. 227—228 (v. dis. de Hackworth, Badawi, Levi Carneiro y Sir Benegal Rau); Recueil 1955, p. 112 (v. ind. de Lauterpacht); Recueil 1956, p. 44 (v. ind. de Lauterpacht); Recueil 1962, p. 288 (v. dis. de Bustamante).

⁷⁴) C. P. J. I., Série B No. 6, p. 25.

⁷⁵) C. P. J. I., Série B No. 7, pp. 16—17.

⁷⁶) C. P. J. I., Série B No. 10, p. 25; Série B No. 13, p. 19; Série A No. 9, p. 24; Série B No. 16, p. 18.

A partir de la ordenanza sobre las *Zonas francas*, la regla del efecto útil adquiere en la jurisprudencia de la Corte el carácter de norma general:

«dans le doute, les clauses d'un compromis ... doivent, si cela n'est pas faire violence à leurs termes, être interprétées d'une manière permettant à ces clauses de déployer leurs effets utiles» ⁷⁷⁾.

El voto individual del juez Anzilotti en el diferendo de los *Faros* es aún más preciso en este sentido:

«c'est une règle fondamentale de l'interprétation des textes juridiques que l'on ne doit pas facilement admettre qu'ils contiennent des mots inutiles: il faut, autant que possible, chercher une interprétation qui assigne à chaque mot employé sa raison d'être et sa signification» ⁷⁸⁾.

En la opinión consultiva sobre las *escuelas minoritarias en Albania*, la Corte aplicó la regla del efecto útil y se fundó en su jurisprudencia anterior ⁷⁹⁾. Esta práctica ha sido continuada por la Corte actual. Así, en el caso del *estrecho de Corfú*, el tribunal recurrió a los precedentes registrados en C. P. J. I., Série B No. 13, p. 19 y Série A No. 22, p. 13, y afirmó:

«Il serait ... contraire aux règles d'interprétation généralement reconnues de considérer qu'une disposition de ce genre, insérée dans un compromis, soit une disposition sans portée et sans effet. A cet égard, la Cour se réfère à l'opinion exprimée par la Cour permanente de Justice internationale à propos de questions d'interprétation semblables» ⁸⁰⁾.

Con motivo de la opinión consultiva sobre los *tratados de paz*, la Corte precisó el alcance de las posibilidades de interpretación que esta regla le brindaba y expresó que ella estaba llamada sólo a interpretar los tratados y no a revisarlos ⁸¹⁾.

⁷⁷⁾ C. P. J. I., Série A No. 22, p. 13.

⁷⁸⁾ C. P. J. I., Série A/B No. 62, p. 31.

⁷⁹⁾ C. P. J. I., Série A/B No. 64, p. 20.

⁸⁰⁾ C. I. J., Recueil 1949, p. 24. A su vez, este precedente es invocado en C. I. J., Recueil 1950, p. 235 (v. dis. de Read) y en Recueil 1962, p. 583 (v. dis. de van Wyk, juez *ad hoc*).

Ver otras aplicaciones de esta regla en C. I. J., Recueil 1949, p. 179; Recueil 1960, p. 160 y Recueil 1971, p. 35.

⁸¹⁾ C. I. J., Recueil 1950, p. 229. Este precedente es regularmente citado: C. I. J., Recueil 1952, p. 196; Recueil 1952, p. 142 (v. dis. de Read); Recueil 1956, p. 58 (v. ind. de Sir Hersch Lauterpacht); Recueil 1962, p. 591 (v. dis. de van Wyk, juez *ad hoc*); Recueil 1966, p. 48. Además, en C. I. J., Recueil 1962, p. 513, Sir Percy Spender y Sir Gerald Fitzmaurice expresan que este pasaje "has since become part of the common stock of international legal phraseology".

En cuanto a otras limitaciones de la aplicación de la regla del efecto útil, ver C. I. J., Recueil 1962, pp. 511 y 512 (v. dis. común de Sir Percy Spender y Sir Gerald Fitzmaurice) y Recueil 1966, p. 126 (v. ind. de van Wyk, juez *ad hoc*).

Los jueces de la Corte actual, en sus votos particulares, siguen también la práctica de recurrir a los precedentes en que se ha aplicado la regla del efecto útil. Así, *Re ad* se refiere a las reglas fundamentales de interpretación adoptadas y aplicadas por la C.P.J.I. y expresa que ellas deben serlo también por el actual tribunal. Una de estas reglas, a criterio del juez canadiense, es la del efecto útil⁸²). Luego, para afirmar la continuidad de la jurisprudencia en esta materia, expresa:

"In the entire history of the Permanent Court, there is no instance in which an argument was advanced that went so far in depriving a treaty of a great part of its value"⁸³).

En el voto individual anexo a la opinión consultiva del 1. VI. 1956, Sir Hersch Lauterpacht manifestó que en ese caso la Corte se había adecuado plenamente a su práctica anterior en cuanto a la aplicación de la regla del efecto útil⁸⁴).

(3) Hemos examinado como ejemplo dos reglas de interpretación para mostrar el papel que cumplen los precedentes de la Corte en esta materia. El valor que ellos ofrecen ha sufrido una evolución que hemos tratado de poner de relieve en el análisis realizado y en la cual es posible diferenciar tres etapas. En un primer momento, la Corte interpreta un texto determinado y realiza para ello cierta argumentación que, por cierto, sólo tiene la pretensión de ser aplicable al caso *sub judice*. Luego, la jurisprudencia da a la interpretación hecha en los casos anteriores el carácter de regla general. Es decir, en esta segunda etapa, la Corte considera a la regla de interpretación como norma general y como tal la aplica al caso sometido a su conocimiento. Por último, en una tercera etapa, el tribunal adopta la práctica de recurrir a su jurisprudencia anterior, a la que menciona e invoca como principal fundamento de la existencia de la regla de interpretación en cuestión⁸⁵).

12. b) Las normas de procedimiento

El procedimiento a seguir ante la Corte se encuentra determinado, en

⁸²) C. I. J., Recueil 1950, p. 233. Ver los precedentes mencionados en las pp. 234 y 235.

⁸³) C. I. J., Recueil 1950, p. 237. Refiriéndose a la regla del efecto útil, el juez De Visscher la califica como «une règle d'interprétation reconnue» (C. I. J., Recueil 1950, p. 187).

⁸⁴) "the present Advisory Opinion of the Court seems to be fully in accordance with its previous practice of interpreting treaties and other international instruments in a manner calculated to secure their effective operation" (C. I. J., Recueil 1956, p. 59).

⁸⁵) Conf.: Pastor Ridruejo, *op. cit.* (*supra* nota 59), Estudios jurídico-sociales t. 2, p. 1181 ss.

principio, por su Estatuto y su Reglamento. Es evidente que ambos textos no pueden prever todas las situaciones procesales que suelen presentarse. Por ello, la Corte, como todo órgano jurisdiccional, va completando estas normas a través de sus ordenanzas, sentencias y opiniones consultivas.

En este parágrafo nos proponemos mencionar algunos ejemplos de los cuales se pueda deducir la labor cumplida por la jurisprudencia de la Corte en lo que hace al procedimiento a seguir y el valor atribuido por ella a sus propios precedentes.

(1) El principio esencial sobre el cual reposa la competencia de la Corte y de todo tribunal internacional es el consentimiento de las Partes. La Corte citó este principio en el caso de la *Carelia oriental*⁸⁶⁾ y luego se ha ajustado de manera constante a él⁸⁷⁾.

La jurisprudencia de la Corte ha establecido algunas reglas en cuanto a la aplicación del principio del consentimiento. En este sentido, resulta interesante mencionar primeramente que, según una jurisprudencia constante, la expresión del consentimiento para aceptar la jurisdicción de la Corte no está sujeta a la observancia de ninguna forma especial⁸⁸⁾.

Asimismo la Corte ha precisado que una vez que las Partes han aceptado su jurisdicción, ésta no puede caducar por denuncia de una de ellas o por vencimiento del término por el cual una de las Partes admitió la

⁸⁶⁾ C. P. J. I., Série B No. 5, p. 27. Este precedente es invocado en C. I. J., Recueil 1950, p. 102 (v. dis. de Zoricic); Recueil 1950, p. 108 (v. dis. de Krylov); Recueil 1953, p. 28 (v. dis. de Sir Arnold McNair, Basdevant, Klaestad y Read).

⁸⁷⁾ En cuanto a la C. P. J. I., ver p. ej.: Série A No. 2, p. 16; Série A No. 15, p. 22; Série A No. 17, pp. 37—38. Ver también el análisis realizado por Härle, *Die allgemeinen Entscheidungsgrundlagen des Ständigen Internationalen Gerichtshofes* (Berlin 1933), p. 219 ss.

Respecto de la jurisprudencia de la C. I. J., conf.: Recueil 1949, p. 178; Recueil 1950, p. 71; Recueil 1950, p. 88 (v. ind. de Azevedo); Recueil 1951, p. 97 (v. dis. de Winarski y del Pachá Badawi); Recueil 1952, p. 66 (v. dis. de Basdevant); Recueil 1952, p. 75 (v. dis. de Zoricic); Recueil 1953, p. 19; Recueil 1953, pp. 29 y 31 (v. dis. de Sir Arnold McNair, Basdevant, Klaestad y Read); Recueil 1954, p. 32; Recueil 1959, p. 77 (v. dis. de Klaestad); Recueil 1959, p. 114 (v. dis. de Sir Hersch Lauterpacht); Recueil 1959, p. 142; Recueil 1959, p. 187 (v. dis. de Sir Hersch Lauterpacht, Wellington Koo y Sir Percy Spender); Recueil 1962, pp. 467, 478 y 545 (v. dis. de Sir Percy Spender y Sir Gerald Fitzmaurice); Recueil 1962, p. 575 (v. dis. de van Wyk, juez *ad hoc*); Recueil 1964, pp. 141, 147, 150 y 158 (v. dis. de Armand-Ugon, juez *ad hoc*).

⁸⁸⁾ C. P. J. I., Série A No. 5, pp. 27 y 28; Série A No. 15, p. 23. C. I. J., Recueil 1947—48, p. 28; Recueil 1947—48, p. 38 (v. dis. de Daxner, juez *ad hoc*); Recueil 1949, pp. 25 y 26; Recueil 1951, p. 78; Recueil 1959, p. 192 (v. dis. de Sir Hersch Lauterpacht, Wellington Koo y Sir Percy Spender); Recueil 1961, p. 31; Recueil 1961, p. 40 (v. ind. de Sir Percy Spender); Recueil 1962, pp. 419—420 (v. ind. de Jessup).

jurisdicción del tribunal⁸⁹⁾. Así lo manifestó la Corte en el caso del *derecho de paso*:

“It is a rule of law generally accepted, as well as one acted upon in the past by the Court, that, once the Court has been validly seised of a dispute, unilateral action by the respondent State in terminating its Declaration, in whole or in part, cannot divest the Court of jurisdiction”⁹⁰⁾.

Cuando un diferendo es sometido a la Corte en virtud del art. 36, inc. 2, del Estatuto, ésta ha adoptado la práctica de comparar las declaraciones de aceptación de su jurisdicción formuladas por ambas Partes y de sólo declararse competente en aquellas materias en que ambas coinciden⁹¹⁾. En el caso de los *empréstitos noruegos*, la Corte aplicó esta regla invocando sus propios precedentes y expresó que se trataba del método adoptado por ella para definir los límites de su competencia⁹²⁾.

(2) En cuanto a la posibilidad de modificación de las conclusiones por las Partes durante el litigio, la jurisprudencia ha observado una práctica particular. En efecto, en el caso de la fábrica de *Chorzów*, la Corte expresa que

«elle admet ... la faculté pour les Parties de modifier, conformément aux précédents établis, leurs conclusions primitives, non seulement dans les mémoire et contre-mémoire (article 40 du Règlement), mais aussi tant dans les pièces ultérieures de la procédure écrite que dans les déclarations qu'elles peuvent faire au cours des débats oraux (article 55 du Règlement), sous réserve, seulement, que l'autre Partie soit toujours en mesure de se prononcer sur les conclusions amendées»⁹³⁾.

Una situación semejante se presentó en el diferendo sobre *Groenlandia oriental*. El noveno informe anual de la C. P. J. I. dice respecto de esta cuestión:

«À propos de cet incident, on rappela les règles qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour: la première ... est qu'une conclusion ne peut plus être modifiée et qu'une nouvelle preuve ne peut plus être produite par une Partie à un moment où l'autre Partie n'a plus l'occasion de se prononcer sur la conclusion modifiée ou sur la nouvelle preuve»⁹⁴⁾.

La Corte actual ha adoptado la misma práctica. Así, en el caso de los

⁸⁹⁾ C. I. J., Recueil 1953, p. 123.

⁹⁰⁾ C. I. J., Recueil 1957, p. 142.

⁹¹⁾ C. P. J. I., Série A/B No. 74, p. 22; Série A/B No. 77, p. 81. C. I. J., Recueil 1952, p. 103.

⁹²⁾ C. I. J., Recueil 1957, pp. 23 y 24.

⁹³⁾ C. P. J. I., Série A No. 17, p. 7.

⁹⁴⁾ C. P. J. I., Série E No. 9, p. 163.

empréstitos noruegos, el juez Read ha podido considerar a esta regla como "a practice of long standing" y afirma: "it has been the established practice of this Court, and of the Permanent Court, to permit the Parties to modify the submissions up to the end of the Oral Proceedings" ⁹⁵).

(3) Es también práctica constante de la jurisprudencia que la Corte no está obligada por la interpretación que las Partes en el litigio dan a un tratado o a una sentencia ⁹⁶). El tribunal puede apartarse, en su decisión, de las interpretaciones formuladas por las Partes.

(4) La Corte se ha preocupado también a través de su jurisprudencia de establecer los límites de su competencia consultiva. El tribunal ha establecido que goza de la facultad de emitir opiniones consultivas, pero no está obligado a ello.

En el asunto de la *Carelia oriental*, la Corte se rehusó a dar la opinión consultiva solicitada por el Consejo de la Sociedad de las Naciones. Argumentó para ello que Rusia no había prestado su acuerdo y que, pese a tratarse de una opinión consultiva, acceder a dar una respuesta equivalía, en principio, a decidir un conflicto suscitado entre Finlandia y Rusia. Esto iría, según la Corte, en contra de la regla del consentimiento de las Partes, de la cual el tribunal no podía apartarse. La Corte añadió

«La Cour, étant une Cour de Justice, ne peut pas se départir des règles essentielles qui dirigent son activité de tribunal, même lorsqu'elle donne des avis consultatifs» ⁹⁷).

El art. 65 del Estatuto del actual tribunal ha sido regularmente interpretado en el sentido que la Corte tiene la facultad, mas no la obligación, de emitir opiniones consultivas. Así lo expresó la Corte en las opiniones dadas en los casos de la *interpretación de los tratados de paz* ⁹⁸) y de la *convención sobre el genocidio* ⁹⁹).

En el caso de *ciertas expensas de las Naciones Unidas*, la Corte expresó "In exercising its discretion, the International Court of Justice, like the Permanent Court of International Justice, has always been guided by the prin-

⁹⁵) C. I. J., Recueil 1957, p. 80. El juez *ad hoc* Armand-Ugon hace también referencia a esta regla que califica como la *pratique de la Cour* (C. I. J., Recueil 1964, p. 122).

⁹⁶) C. P. J. I., Série A No. 13, pp. 15—16; Série A No. 22, p. 15; Série A No. 23, p. 26; Série A/B No. 46, p. 138. C. I. J., Recueil 1949, p. 51 (v. dis. de Winarski); Recueil 1952, p. 211; Recueil 1958, p. 143 (v. dis. de Córdova); Recueil 1963, p. 29; Recueil 1966, pp. 353 y 354 (v. dis. de Jessup).

⁹⁷) C. P. J. I., Série B No. 5, p. 29. Ver también C. P. J. I., Série A/B No. 65, pp. 60 y 61 (v. ind. de Anzilotti).

⁹⁸) C. I. J., Recueil 1950, pp. 71—72.

⁹⁹) C. I. J., Recueil 1951, p. 19.

ciple which the Permanent Court stated in the case concerning the Status of Eastern Carelia on 23 July 1923" ¹⁰⁰).

Con motivo de la sentencia sobre el *Camerún septentrional*, el tribunal recordó nuevamente que su competencia consultiva tenía ciertos límites fijados por la regla según la cual él no podía apartarse de su actividad como Corte de justicia:

"This Court, like the Permanent Court of International Justice, has always been guided by the principle which the latter stated in the case concerning the Status of Eastern Carelia on 23 July 1923" ¹⁰¹).

El mismo principio fue afirmado por la Corte en su opinión consultiva sobre *Namibia*. En esta oportunidad dijo que el art. 65 del Estatuto daba a ella el poder discrecional de responder o no al pedido de opinión consultiva. Pero la Corte añadió, siguiendo sus propios precedentes, que sólo podría rehusarse si el hecho de emitir la opinión solicitada implicaba no permanecer fiel a su carácter de tribunal de justicia ¹⁰²).

Los votos particulares de los jueces se manifiestan en el mismo sentido y en ellos se invocan habitualmente los precedentes de la Corte que hemos señalado ¹⁰³).

13. c) Derecho internacional material

La jurisprudencia de la Corte ha hecho también aportes notables al derecho internacional material.

Citemos, como ejemplo, la institución de la protección diplomática. En el caso de las concesiones de *Mavrommatis* en Palestina, el tribunal manifestó que un Estado tiene derecho a proteger sus nacionales que han sido lesionados por un acto contrario al Derecho internacional cometido por otro Estado y del cual no han podido obtener satisfacción por las vías judiciales ordinarias. La Corte agregó:

«En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet Etat fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international» ¹⁰⁴).

¹⁰⁰) C. I. J., Recueil 1962, p. 155.

¹⁰¹) C. I. J., Recueil 1963, p. 30.

¹⁰²) C. I. J., Recueil 1971, p. 27.

¹⁰³) C. I. J., Recueil 1950, pp. 87—88 (v. ind. de Azevedo); Recueil 1950, p. 104 (v. dis. de Zoricic); Recueil 1956, pp. 104—105 (v. ind. de Winiarski); Recueil 1962, p. 251 (v. dis. de Moreno Quintana); Recueil 1962, p. 254 (v. dis. de Koretsky); Recueil 1966, p. 458 (v. dis. de Padilla Nervo); Recueil 1971, p. 170 (v. ind. de de Castro); Recueil 1971, p. 302 (v. dis. de Sir Gerald Fitzmaurice).

¹⁰⁴) C. P. J. I., Série A No. 2, p. 12.

Este pasaje es reiteradamente mencionado por la jurisprudencia ¹⁰⁵).

En materia de protección diplomática, la Corte ha establecido reglas que hoy pertenecen al derecho internacional general. Recordemos la opinión consultiva del 11.IV.1949 en que reconoce el derecho de la O.N.U. de ejercer la protección de sus funcionarios ¹⁰⁶). Igualmente, su fallo en el caso *Nottebohm* contribuyó a establecer la regla según la cual, para que un Estado pueda ejercer válidamente la protección diplomática de un ciudadano, la nacionalidad de éste debe fundarse en un vínculo efectivo ¹⁰⁷). Señalemos también que la decisión de la Corte en el diferendo de la *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd.* puso fin a una larga polémica sobre la eventual protección diplomática de accionistas de sociedades anónimas ¹⁰⁸).

La jurisprudencia de la Corte ha contribuído también fundamentalmente al desarrollo de la teoría de los «poderes implícitos» en cuanto a la competencia de los organismos internacionales ¹⁰⁹).

14. Consideraciones generales

a) En la sección A) de este estudio hemos señalado algunos pasajes en que la Corte reconoce que la jurisprudencia arbitral puede dar origen a normas consuetudinarias en Derecho de gentes. Resulta indudable que la jurisprudencia de la Corte de La Haya también es un elemento decisivo en la formación de reglas consuetudinarias internacionales. Así, por ejemplo, la labor cumplida durante cincuenta años en la interpretación de distintas normas convencionales, ha permitido a la Corte precisar ciertas reglas de hermenéutica que constituyen un aporte notable a la formación del derecho consuetudinario en esta materia.

La función de la práctica jurisprudencial, sea de los tribunales arbitrales

¹⁰⁵) C. P. J. I., Série A No. 17, p. 96 (observaciones de Nyholm); Série A No. 20/21, p. 17; Série A/B No. 76, p. 16; C. I. J., Recueil 1955, p. 24; Recueil 1962, p. 450 (v. dis. de Winarski); Recueil 1964, p. 57 (v. ind. de Wellington Koo); Recueil 1966, p. 367 (v. dis. de Jessup); Recueil 1970, p. 116 (v. ind. de Tanaka).

¹⁰⁶) C. I. J., Recueil 1949, p. 174 ss.

¹⁰⁷) C. I. J., Recueil 1955, p. 4 ss.

¹⁰⁸) C. I. J., Recueil 1970, p. 3 ss.

¹⁰⁹) C. P. J. I., Série B No. 13, p. 18. C. I. J., Recueil 1949, pp. 182—183; Recueil 1954, p. 56; Recueil 1954, p. 74 (v. dis. de Alvarez); Recueil 1960, p. 80 (v. dis. de Armand-Ugon); Recueil 1960, pp. 138—139 (v. dis. de Fernandes, juez *ad hoc*); Recueil 1962, pp. 208 y 213 (v. ind. de Sir Gerald Fitzmaurice); Recueil 1971, pp. 184 y 185 (v. ind. de de Castro). El juez Bustamante denomina a la regla de los poderes implícitos principio de *l'efficacité institutionnelle* (C. I. J., Recueil 1962, p. 298).

o sea de la misma Corte, como elemento de formación de la costumbre, es considerada por el Estatuto en su art. 38, inc. 1, b.

b) La Corte tiene también en cuenta los precedentes jurisprudenciales. En esta materia, el tribunal adopta una actitud muy diferente respecto de sus propios precedentes y de los de los demás tribunales internacionales. Según surge de este estudio, la Corte ha invocado sólo cuatro precedentes arbitrales en toda su jurisprudencia, en tanto que, por otra parte, ha adoptado la práctica de referirse regularmente a sus propios precedentes.

Tal como se desprende de los ejemplos examinados, la Corte actual invoca tanto sus propios precedentes como los de la C.P.J.I.¹¹⁰⁾. Se puede deducir también de los pasajes expuestos que el tribunal menciona indistintamente como precedentes las sentencias y las opiniones consultivas¹¹¹⁾.

La Corte, a través de toda su jurisprudencia, ha puesto especial empeño en ser consecuente con sus decisiones anteriores. Cuando el tribunal ha adoptado para un caso una solución que aparentemente podría estar en contradicción con un precedente, ha cuidado de señalar la diferencia existente entre ambos. Así, la Corte precisó la diferencia entre el caso de la *Carelia oriental* y el de la *interpretación de los tratados de paz*¹¹²⁾, y entre aquél y el de *Namibia*¹¹³⁾. Igualmente, en las decisiones sobre las excepciones preliminares recaídas en los casos del *templo de Préah Vihear* y de la *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd.*, el tribunal señaló los aspectos que los diferenciaban del precedente sobre el *incidente aéreo búlgaro-israelí*¹¹⁴⁾.

La Corte adjudica un valor decisivo a sus precedentes y la prueba de ello es la práctica constante adoptada por ella en el sentido de recurrir a sus sentencias y opiniones consultivas anteriores. Para destacar el valor que la Corte otorga a sus precedentes, conviene recordar aquí el razonamiento

¹¹⁰⁾ Ver otro ejemplo en C. I. J., Recueil 1964, pp. 41 y 42. Esta práctica de la Corte actual es puesta de relieve expresamente en C. I. J., Recueil 1950, pp. 232—233 (v. dis. de Read). Ver también: C. I. J., Recueil 1950, p. 91 (v. dis. de Winarski) y Recueil 1966, pp. 240—241 (v. dis. de Koretsky).

¹¹¹⁾ Esta práctica es mencionada expresamente por Jessup en C. I. J., Recueil 1966, p. 338.

¹¹²⁾ C. I. J., Recueil 1950, p. 72.

¹¹³⁾ C. I. J., Recueil 1971, pp. 23 y 24.

¹¹⁴⁾ C. I. J., Recueil 1961, p. 27 ss. y Recueil 1964, pp. 29 y 30. — Una lamentable excepción en cuanto a la continuidad de la jurisprudencia y el respeto por los precedentes la constituye la sentencia del 18. VII. 1966. En este caso del *sur-oeste africano*, la Corte ensaya en vano demostrar que su decisión no está en contradicción con la sentencia sobre las excepciones preliminares recaída en ese mismo litigio (C. I. J., Recueil 1966, pp. 36, 37 y 42). Compárese la decisión del 18. VII. 1966 con lo expresado por el tribunal en C. I. J., Recueil 1962, pp. 343 y 344.

que a veces ella efectúa: da por exacta la solución adoptada en un precedente y, si los litigantes no aportan argumentos susceptibles de modificarla, simplemente la mantiene sin dar otras razones. Así, en el caso de la *Alta Silesia polaca*, el tribunal recurrió a su opinión consultiva No. 6 y expresó:

«Rien n'a été allégué dans la présente procédure qui puisse ébranler l'opinion de la Cour à ce sujet» ¹¹⁵).

Según el art. 38 del Estatuto los precedentes judiciales tienen el carácter de medio auxiliar para determinar las reglas de derecho. El Estatuto distingue entre ciertos hechos que son fuentes de derecho (tratados, costumbre, principios generales de derecho) y otros elementos que sirven sólo para precisar el contenido de las mencionadas fuentes. La terminología empleada demuestra que el Estatuto se encuentra inspirado por las ideas que la escuela continental sostenía en la época de su redacción.

Trataremos de resumir a continuación las conclusiones que pueden obtenerse del estudio de la jurisprudencia de la Corte en cuanto a la función y al valor de sus propios precedentes y las compararemos luego con el texto del art. 38.

El análisis de la jurisprudencia del tribunal nos permite expresar que los precedentes judiciales desempeñan una función en dos tipos de conflictos que se suscitan en Derecho de gentes.

Existen primeramente casos en los cuales las Partes difieren en cuanto a la existencia de una determinada norma jurídica internacional. Así, por ejemplo, en los litigios sobre la *plataforma continental*, Dinamarca y Holanda postulaban la existencia de una norma consuetudinaria que, por otra parte, Alemania negaba.

En otros casos, el diferendo no versa sobre la existencia misma de la norma jurídica, sino sobre la interpretación de sus términos o, expresado en conceptos más generales, sobre la extensión de sus ámbitos de validez.

En cuanto a la influencia de los precedentes judiciales en la jurisprudencia, podemos distinguir, pues, entre diferendos que se suscitan sobre la existencia de una norma jurídica internacional y otros que versan sobre la interpretación o los ámbitos de validez de una norma que las Partes en el litigio coinciden en reconocer como existente.

(1) Los diferendos acerca de la existencia de una norma jurídica internacional se plantean generalmente con motivo de reglas consuetudinarias o de principios generales de derecho. El Derecho de gentes no determina con precisión cuándo una práctica ha adquirido el carácter de costumbre o

¹¹⁵) C. P. J. I., Série A No. 7, p. 31. Ver un razonamiento análogo en C. I. J., Recueil 1950, p. 244 (v. dis. de Read).

cuándo un principio jurídico puede ser incluido en la categoría prevista en el art. 38, inc. 1, c, del Estatuto.

La labor cumplida por los precedentes de la Corte en estos casos consiste en ir determinando precisamente las condiciones que han de reunir determinados hechos para ser considerados como fuentes de derecho ¹¹⁶⁾.

(2) Los conflictos acerca de la interpretación o, en general, de la extensión de los ámbitos de validez de una norma jurídica internacional, se presentan tanto en el derecho escrito como en el no escrito.

A fin de explicar cuál es la función que cumplen los precedentes judiciales en este tipo de diferendos, permítasenos primeramente hacer una aclaración preliminar y tomar un ejemplo simple.

Toda norma jurídica posee determinados ámbitos de validez, o sea, determina con mayor o menor precisión su campo de aplicabilidad. Dentro de este campo de aplicabilidad, se dan casos típicos o paradigmáticos, en los cuales no existe razonablemente duda que la norma ha de ser aplicada. Pero, existen siempre otros casos que podemos llamar «casos límites», en los cuales se presentan dudas acerca de la aplicabilidad de la norma en cuestión ¹¹⁷⁾.

Para aclarar el tema, tomemos un ejemplo. En una ciudad, la autoridad administrativa dicta una disposición acerca de la tenencia de animales que dice así: «Los habitantes sólo podrán tener en sus casas animales domésticos». Ante esta disposición existen casos que resultan típicos o paradigmáticos; p. ej., no se puede razonablemente dudar que está permitido poseer un gato o un canario, y, por otra parte, resulta también claro que no se puede tener una hiena. Pero se da también una serie de «casos límites», o sea, hipótesis dudosas acerca de si encuadran o no en la categoría de «animal doméstico». Por ejemplo, si una persona posee un mono amaestrado o una cigüeña en el jardín de su casa, podrá discutirse si se trata o no de «animales domésticos». Si estos casos dudosos son llevados a la decisión de la autoridad judicial, ésta determinará en cada caso concreto si se trata o no de un «animal doméstico». Las decisiones judiciales, en este caso, van concretando el contenido de la norma y determinando con mayor precisión el límite de su campo de aplicación. Expresado en otros términos, los precedentes judiciales van a contribuir a definir con precisión los conceptos «animal doméstico».

¹¹⁶⁾ Véase, por ejemplo, la labor cumplida por los precedentes de la Corte en la tarea de precisar cuándo una práctica reúne las condiciones de «general, ininterrumpida y constante», requisitos necesarios para ser considerada como costumbre, en *Barberis, op. cit. (supra nota 51)* *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht* 1967, p. 376 ss.

¹¹⁷⁾ Conf.: *Hart*, *El Concepto de Derecho* (Buenos Aires 1963), p. 155 ss.

En la jurisprudencia de la Corte, los precedentes del tribunal cumplen igual función que la indicada en el ejemplo. Así, en el párrafo 12 de este estudio hemos citado algunos casos en que la Corte recurre a sus precedentes en cuanto a materia de procedimiento. La función cumplida aquí por los precedentes de la Corte consiste en ir precisando los términos de las normas contenidas en su Estatuto y su Reglamento.

Los precedentes judiciales precisan también la extensión de las normas jurídicas no escritas. Así, por ejemplo, los precedentes que hemos mencionado sobre la protección diplomática en el párrafo 13 han contribuido a precisar el ámbito de aplicabilidad de las normas consuetudinarias relativas a esta institución. El precedente del caso *Nottebohm* aclara bien qué ha de entenderse por «nacional». Igualmente el precedente de la *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd.* indica qué intereses del nacional no son susceptibles de ser protegidos por el Estado. La opinión consultiva del 11.IV.1949 reconoce que, además del Estado, ciertos organismos internacionales tienen la facultad de proteger a sus funcionarios. Todos estos precedentes judiciales van fijando el límite preciso para el ámbito de aplicabilidad de las normas consuetudinarias sobre protección diplomática.

De lo expuesto resulta, pues, que los precedentes judiciales de la Corte desempeñan en la jurisprudencia una doble función, a saber: a) determinan con precisión qué condiciones han de reunir ciertos hechos para ser tenidos como fuentes de derecho, y b) precisan el ámbito de aplicabilidad de las distintas normas jurídicas internacionales. En el cumplimiento de ambas funciones, la Corte se atiene regularmente a sus decisiones anteriores.

Esta es la función que los precedentes de la Corte cumplen según la práctica jurisprudencial. Por ello nos parece que la terminología empleada por el art. 38, inc. 1, d, del Estatuto no describe fielmente la función que desempeñan estos precedentes del tribunal.

El análisis realizado muestra cuál es el sentido que habría que otorgar a los términos «moyen auxiliaire de détermination des règles de droit» empleados por el art. 38, inc. 1, d) del Estatuto para que ellos describan la función que efectivamente cumplen los precedentes de la Corte. Pero, por otra parte, de acuerdo con el estudio efectuado, parecería que esta disposición no describe fielmente el valor, como fuente de derecho, que, en la práctica, la Corte atribuye a sus propios precedentes.

Summary

International Jurisprudence of the Hague Court as a Source of General International Law

The author analyzes the value of international law as a source of law, in accordance with the decisions laid down by the Hague Court. The analysis begins with a brief statement of the articles of the Statute of the Court which deal with judicial precedent. The aim of this work is to examine the jurisprudential practice, so as to determine whether the Court adjusts strictly to the provisions of its Statute or if, actually, precedents play a more important role.

The article is divided into two main parts where the attitude of the Court relating to the jurisprudence of other international courts, and that concerning its own precedents, is expounded separately. This distinction is due to the fact that the attitude of the Court differs towards each of them. Indeed, the Court resorts to and usually adduces its own precedents, whilst keeping reserve as to the reference of awards of other international courts.

The Hague Court, through all its jurisprudence has, only in four instances, adduced a concrete precedent of a court of arbitration, thus hindering that any conclusion be drawn on this aspect. The Court, on the other hand, has cited jurisprudence in a certain number of judgments and advisory opinions of the courts of arbitration, in general. The terminology used by the Court to qualify this practice of the courts of arbitration, is the one regularly used to refer to the rules of customary international law. The passages quoted by the author allow him to conclude that the decisions of a court of arbitration constitute an element which may give rise to customary international norms, not only as regards procedural rules, but as material law as well.

The author expounds the thesis upheld by Max Sørensen in the sense that jurisprudence is not competent to create customary law, and essays at a criticism of the reasons on which it is based.

The second part refers to the value the Hague Court attaches to its own former pronouncements. The article deals separately with the role played by precedents of the Court on the following matters: a) interpretation rules; b) procedural norms; and c) material international law.

As far as interpretation is concerned, the author considers some of the rules as an example, and points out three moments or stages of the way in which the Court applies them. In a first stage, the Court gives a certain interpretation, and the reasoning followed is alleged to be valid only for a *sub judice* case. Then, in a second stage, the Court applies the same interpretative criterion but considers it a general rule. Lastly, the third stage is characterized by the fact that the Court applies the rule of interpretation and, as a basis of its existence, adduces the precedents where the same hermeneutic reasoning was followed.

As to the procedural norms, the article points out how the Court precedents complete the provisions contained in the Statute and the Regulations.

The norms of material international law have also been set forth and complemented by means of the precedents of the Court. Thus, it is convenient to recall the advisory opinion in the *Bernadotte* case and the judgments in the *Nottebohm* and *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd.* cases; they have led, each in a different way to determine the norms in force, about diplomatic protection.

In the general considerations the author asserts that the jurisprudence of the arbitral courts as well as that of the Hague Court are competent to create customary norms. This function of the judicial practice is foreseen in Article 38, item 1, b, of the Statute. Concerning its precedents there exists a continuity between those stated by the Permanent Court and the present one. In a similar fashion, the Court makes no difference between judgments and advisory opinions, and, resorts to either of them indistinctly. Several examples are given to illustrate how the Court has tried to restrict itself regularly to its former precedents.

In order to explain the function of the precedents and their value as source of law, the author points to two sorts of disputes where precedents play an important part *i. e.*: a) disputes about the existence of an international legal norm, and, b) disputes as to the interpretation of a norm of international law. Taking this into account and after a theoretical analysis, the article states clearly that jurisprudential precedents act in a twofold way in the practice of the Court: a) they determine precisely which conditions certain facts ought to meet in order to be considered sources of law; and, b) they determine the domain of applicability of different international legal norms. In the compliance of both functions, the Court ordinarily abides by former pronouncements. The author estimates that Article 38, item 1, d, of the Statute, even though it describes the function the precedents of the Court play, does not attach them the value of source of law that they have in practice.

Julio A. Barberis