



Asamblea General

Distr. general
5 de abril de 2019
Español
Original: francés e inglés

Comisión de Derecho Internacional

71^{er} período de sesiones

Ginebra, 29 de abril a 7 de junio y 8 de julio

a 9 de agosto de 2019

Primer informe sobre los principios generales del derecho

Presentado por Marcelo Vázquez-Bermúdez, Relator Especial*

Índice

	<i>Página</i>
Introducción	3
I. Inclusión del tema en el programa de trabajo de la Comisión	3
II. Propósito y estructura del informe	4
Primera parte: Generalidades	5
I. Alcance y resultado del tema	5
A. Cuestiones que debería examinar la Comisión	5
B. Resultado final	9
II. Metodología	10
Segunda parte: Labor anterior de la Comisión	11
I. Referencias a los principios generales del derecho en la labor de la Comisión	11
II. Examen previo por la Comisión de cuestiones relacionadas con el presente tema	17
Tercera parte: Evolución de los principios generales del derecho a lo largo del tiempo	21
I. Práctica anterior a la aprobación del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional	21

* El Relator Especial desea dar las gracias a la Sra. Xuan Shao (doctoranda de la Universidad de Oxford) y al Sr. Alfredo Crosato Neumann (doctorando del Instituto Superior de Estudios Internacionales y de Desarrollo) por su inestimable asistencia en la preparación del presente informe.



II.	Los “principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas” en el Artículo 38 de los Estatutos de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de la Corte Internacional de Justicia	26
III.	Los principios generales del derecho con posterioridad a la aprobación de los Estatutos de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de la Corte Internacional de Justicia	32
	Cuarta parte: Elementos y orígenes de los principios generales del derecho	44
I.	Los elementos de los principios generales del derecho en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia	44
A.	Los “principios generales del derecho”	44
B.	“Reconocidos	51
C.	“Naciones civilizadas”	55
II.	Los orígenes de los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional ...	58
A.	Principios generales de derecho derivados de los sistemas jurídicos nacionales	59
B.	Principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional	69
III.	Terminología	76
	Quinta parte: Programa de trabajo futuro	77
Anexo		
	Proyectos de conclusión propuestos	78

Introducción

I. Inclusión del tema en el programa de trabajo de la Comisión

1. En su 69º período de sesiones, la Comisión decidió incluir el tema “Principios generales del derecho” en su programa de trabajo a largo plazo¹.

2. Durante los debates celebrados en la Sexta Comisión en 2017, las delegaciones destacaron la importancia del tema y, en general, acogieron con beneplácito su inclusión en el programa de trabajo a largo plazo². Muchas delegaciones señalaron que la labor de la Comisión sobre el tema complementaría los trabajos existentes sobre las fuentes del derecho internacional mencionadas en el Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. También se señaló que el tema estaba listo para ser incluido en el programa de trabajo de la Comisión y que se le debía dar prioridad. En general, las delegaciones opinaron que la Comisión podía proporcionar aclaraciones autorizadas sobre la naturaleza, el alcance y la función de los principios generales del derecho, así como sobre los criterios y métodos para su identificación. Al mismo tiempo, se señalaron posibles dificultades relacionadas con el tema³. En su resolución 72/116⁴, la Asamblea General tomó nota de la inclusión del tema en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión.

3. En su 70º período de sesiones, la Comisión decidió incluir el tema en su programa de trabajo actual y nombró Relator Especial al Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez. En los debates celebrados en la Sexta Comisión en 2018 se expresó una vez más un apoyo

¹ A/72/10, párr. 267.

² Véase Austria (“La fuente del derecho internacional denominada [‘principios generales del derecho’] es objeto de interpretaciones sumamente divergentes, por lo que se requiere una aclaración urgente al respecto”) (A/C.6/72/SR.18, párr. 80); Brasil (“incluir el tema [...] en el programa de la Comisión sería coherente con la labor que se está llevando a cabo, o que se ha llevado a cabo recientemente, sobre otras fuentes del derecho internacional”) (A/C.6/72/SR.21, párr. 15); Chile (A/C.6/72/SR.19, párr. 87); El Salvador (A/C.6/72/SR.19, párr. 33); El Salvador (en nombre de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños) (A/C.6/72/SR.18, párr. 38); Eslovaquia (“Los principios generales del derecho son un complemento esencial de las fuentes primarias de derecho internacional, pero no han recibido mucha atención por parte de la Comisión hasta la fecha. El examen del tema es el paso lógico siguiente, tras la labor de la Comisión sobre el derecho de los tratados, el derecho internacional consuetudinario y el *ius cogens*”) (A/C.6/72/SR.19, párr. 60); Eslovenia (*ibid.*, párr. 19); Estonia (“esta labor podría proporcionar un amplio panorama de las tres principales fuentes del derecho internacional”) (A/C.6/72/SR.20, párr. 75); Federación de Rusia (A/C.6/72/SR.19, párr. 48); Grecia (“la Comisión debe emprender un examen exhaustivo del tema de los principios generales del derecho, que está estrechamente relacionado con el tema de las fuentes del derecho internacional”) (*ibid.*, párr. 54); India (*ibid.*, párr. 15); Japón (A/C.6/72/SR.20, párr. 68); Malawi (A/C.6/72/SR.26, párr. 137); Nueva Zelanda (A/C.6/72/SR.20, párr. 53); Países Bajos (*ibid.*, párr. 24); Perú (A/C.6/72/SR.19, párr. 12); Polonia (“los principios generales del derecho son la única fuente de derecho aplicada por la Corte Internacional de Justicia que no ha sido analizada por la Comisión”) (*ibid.*, párr. 96); Portugal (A/C.6/72/SR.18, párr. 92); Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (A/C.6/72/SR.26, párr. 109); República Checa (A/C.6/72/SR.20, párr. 20); Rumania (A/C.6/72/SR.19, párr. 86); Singapur (A/C.6/72/SR.18, párr. 157); Suecia (en nombre de los países nórdicos) (*ibid.*, párr. 63); Tailandia (A/C.6/72/SR.19, párr. 64); Turquía (A/C.6/72/SR.20, párr. 83).

³ A/CN.4/713, párr. 83.

⁴ Resolución 72/116 de la Asamblea General, de 7 de diciembre de 2017, párr. 7.

general al tema⁵. En su resolución 73/265⁶, la Asamblea General tomó nota de la inclusión del tema en el programa de trabajo actual de la Comisión.

II. Propósito y estructura del informe

4. Este primer informe es de carácter preliminar e introductorio. Su principal objetivo es sentar las bases para la labor futura de la Comisión sobre el tema “Principios generales del derecho”, así como recabar las opiniones de los miembros de la Comisión y de los Estados a este respecto.

5. El informe se divide en cinco partes. La primera parte trata de ciertas cuestiones generales. La sección I se ocupa del alcance del tema y expone las principales cuestiones que, a juicio del Relator Especial, deberían abordarse en los trabajos de la Comisión. También sugiere un posible resultado de esos trabajos. La sección II trata cuestiones de metodología.

6. La segunda parte se ocupa de la labor anterior de la Comisión sobre los principios generales del derecho.

7. La tercera parte ofrece un panorama general de la evolución de los principios generales del derecho a lo largo del tiempo. La sección I expone la práctica de los Estados y los órganos jurisdiccionales en relación con esta fuente del derecho internacional antes de la aprobación del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional. La sección II trata de la génesis de la redacción del Artículo 38 de los Estatutos de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de la Corte Internacional de Justicia. Por último, en la sección III se resume brevemente la práctica relativa a los principios generales del derecho desde 1920 hasta la fecha.

8. En la cuarta parte se hace una evaluación inicial de ciertos aspectos básicos del presente tema. La sección I se centra en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y aborda los elementos que figuran en él, a saber, el término “principios generales del derecho”, el requisito del “reconocimiento” y el término “naciones civilizadas”. La sección II analiza los orígenes de los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional. Por último, la sección III aporta algunas aclaraciones sobre la terminología.

9. En la quinta parte del informe se presenta un programa de trabajo futuro provisional.

⁵ Brasil (A/C.6/73/SR.21, párr. 41); Colombia (A/C.6/73/SR.27, párr. 35); Cuba (A/C.6/73/SR.23, párr. 54); Ecuador (*ibid.*, párr. 18); El Salvador (en nombre de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños) (A/C.6/73/SR.20, párr. 24); Eslovaquia (A/C.6/73/SR.21, párr. 26); Estados Unidos (A/C.6/73/SR.29, párr. 25, pero también muestra su preocupación “ante la posibilidad de que no exista suficiente material sobre la práctica de los Estados para que la Comisión pueda extraer conclusiones útiles”); Estonia (A/C.6/73/SR.21, párr. 58); Federación de Rusia (A/C.6/73/SR.22, párr. 50); Gambia (en nombre del Grupo de los Estados de África) (A/C.6/73/SR.20, párr. 27); Irán (República Islámica del) (A/C.6/73/SR.24, párr. 14); Italia (A/C.6/73/SR.20, párr. 82); Japón (*ibid.*, párr. 101); Malawi (A/C.6/73/SR.24, párr. 42); México (A/C.6/73/SR.25, párr. 57); Perú (A/C.6/73/SR.20, párr. 86); Polonia (*ibid.*, párr. 99); Portugal (A/C.6/73/SR.21, párr. 3); Reino Unido (A/C.6/73/SR.22, párr. 77); República Checa (A/C.6/73/SR.21, párr. 14); República de Corea (A/C.6/73/SR.23, párr. 70); Sierra Leona (A/C.6/73/SR.22, párr. 73); Singapur (A/C.6/73/SR.20, párr. 96); Togo (A/C.6/73/SR.22, párr. 103).

⁶ Resolución 73/265 de la Asamblea General, de 22 de diciembre de 2018, párr. 7.

Primera parte: Generalidades

I. Alcance y resultado del tema

10. El presente tema se refiere a los “principios generales del derecho” como fuente del derecho internacional. A este respecto, el Relator Especial recuerda que la Comisión ha hecho importantes contribuciones en la esfera de las fuentes del derecho internacional. Algunos de los trabajos más importantes de la Comisión se refieren, por ejemplo, al derecho de los tratados y al derecho internacional consuetudinario. En consecuencia, la Comisión está en una posición idónea para aclarar diversos aspectos de los principios generales del derecho y hacerlo de forma pragmática sobre la base del derecho y la práctica actuales. Cabe esperar que, con su labor sobre este tema, la Comisión brinde orientación a los Estados, las organizaciones internacionales, las cortes y tribunales y otras entidades llamadas a utilizar los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional.

11. Varias cuestiones prácticas y teóricas relativas a los principios generales del derecho persisten desde la aprobación del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, en 1920. La práctica de los Estados y de las cortes y tribunales internacionales se califica a veces de poco clara o ambigua. Además, la abundancia de estudios doctrinales dedicados a los principios generales del derecho demuestra no solo la pertinencia que sigue teniendo el tema, sino también la diversidad de opiniones que existen y la necesidad de aclaraciones. Habida cuenta de este contexto y de la probabilidad de que en el presente tema se toquen ciertos aspectos fundamentales del sistema jurídico internacional, debe adoptarse un enfoque prudente y riguroso.

12. A continuación se exponen brevemente las principales cuestiones relacionadas con el tema que, a juicio del Relator Especial, la Comisión debería abordar y aclarar. No se pretende establecer una lista exhaustiva de todas las cuestiones existentes. El objetivo es recabar las primeras opiniones de los miembros de la Comisión y de los Estados con respecto a la labor futura sobre el tema.

A. Cuestiones que debería examinar la Comisión

13. Sin excluir otras cuestiones o aspectos relacionados con el presente tema, se sugiere que la Comisión aborde las cuestiones que figuran a continuación. Algunas de ellas se examinan más a fondo en otras partes del presente informe.

1. La naturaleza jurídica de los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional

14. El Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es una declaración autorizada de la naturaleza jurídica de los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional. Según este Artículo:

La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

[...]

- c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

15. Esta disposición ha sido un importante punto de referencia para abordar los principios generales del derecho, tanto en la práctica como en la doctrina. A juicio del Relator Especial, el punto de partida de la labor de la Comisión sobre este tema debe

ser el Artículo 38, párrafo 1 c), analizado a la luz de la práctica de los Estados y de la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales.

16. A este respecto, la Comisión debería analizar desde un principio los tres elementos que figuran en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, a saber, el término “principios generales del derecho”, el requisito del “reconocimiento” y el término “naciones civilizadas”. En la cuarta parte del presente informe se hace una evaluación inicial de estos elementos.

17. Este párrafo suscita varias cuestiones. Por ejemplo, la Comisión tendría que aclarar si el término “principios generales del derecho” proporciona alguna indicación sobre la posible naturaleza, contenido o funciones de esta fuente del derecho internacional, su relación con otras fuentes del derecho internacional o su ámbito de aplicación.

18. El requisito del “reconocimiento” es de particular importancia y tal vez constituya el meollo de la labor de la Comisión sobre este tema. La Comisión puede aclarar varias cuestiones a este respecto, como las diferentes formas que puede adoptar el reconocimiento, qué materiales son pertinentes para acreditar su existencia y cómo sopesarlos, y en qué medida es necesario dicho reconocimiento.

19. Otra cuestión que hay que abordar es quién debe llevar a cabo el reconocimiento y el significado del término “naciones civilizadas”. Muchas voces parecen opinar que el término es anacrónico y que no debería emplearse más. Podría considerarse que esta es la posición actual de los Estados, que se han apartado de ese término en algunos tratados posteriores a la aprobación de los Estatutos de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de la Corte Internacional de Justicia, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷ y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional⁸.

20. En relación con la cuestión de quién debe llevar a cabo el reconocimiento, la Comisión puede examinar más a fondo si las organizaciones internacionales y otros agentes pueden contribuir también a la formación de principios generales del derecho como fuente del derecho internacional.

2. Los orígenes de los principios generales del derecho

21. Una cuestión inmediatamente relacionada con las antes mencionadas es la de los orígenes de los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional. Existen diferentes puntos de vista sobre esta cuestión, principalmente en la doctrina, pero también en la práctica, y se han mencionado diversas categorías de principios generales del derecho en función de su origen.

22. Entre las categorías de principios generales del derecho que pueden estar comprendidas en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia parecen destacar dos: a) los principios generales del derecho derivados de los sistemas jurídicos nacionales; y b) los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional. En la cuarta parte del presente informe se abordan estas dos categorías.

23. En los estudios doctrinales sobre este tema se hace referencia a otras categorías de principios generales del derecho. Un autor considera por ejemplo que, además de las dos categorías antes mencionadas, también existen principios “intrínsecos a la idea de derecho y básicos para todos los sistemas jurídicos”, principios “válidos en todo

⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, núm. 14668, pág. 171.

⁸ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998), *ibid.*, vol. 2187, núm. 38544, pág. 3.

tipo de sociedades en relaciones de jerarquía y coordinación” y principios fundados en “la naturaleza misma de ser humano como ser racional y social”⁹. Asimismo, otro autor sostiene que existen principios “aplicables a todo tipo de relaciones jurídicas” y principios “de lógica jurídica”¹⁰.

3. Las funciones de los principios generales del derecho y su relación con otras fuentes del derecho internacional

24. Otras cuestiones importantes que la Comisión tal vez desee examinar son las funciones de los principios generales del derecho y su relación con otras fuentes del derecho internacional, en particular los tratados y la costumbre. La Comisión ya ha abordado esta cuestión, hasta cierto punto, en su labor anterior¹¹.

25. A este respecto, sería necesario aclarar varias cuestiones. Según una opinión muy extendida, por ejemplo, los principios generales del derecho son una fuente suplementaria¹² de derecho internacional, en el sentido de que sirven para colmar lagunas en el derecho internacional convencional y consuetudinario o para evitar una declaración de *non liquet*¹³. Si tal es el caso, la Comisión quizá tenga que considerar si realmente existen lagunas en el derecho internacional y cómo definir las. Del mismo modo, la Comisión tal vez tenga que examinar cuál es el significado preciso del *non liquet* y si está prohibido en general en el derecho internacional.

26. También se ha sugerido que los principios generales del derecho, además de servir de fuente directa de derechos y obligaciones¹⁴, pueden servir como medio para

⁹ O. Schachter, “International law in theory and practice: General course in Public International Law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1982-V*, vol. 178 (1982), págs. 9 a 396, en especial págs. 74 y 75.

¹⁰ H. Mosler, “General principles of law”, en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. II (Ámsterdam, Elsevier, 1995), págs. 511 a 526, en especial págs. 513 a 515.

¹¹ Véanse los párrs. 65 a 75 *infra*.

¹² En la literatura jurídica se utiliza a menudo el término “auxiliar”. Sin embargo, este término también aparece en el Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto con respecto a las decisiones judiciales y la doctrina, y puede causar confusión si se utiliza para describir los principios generales del derecho.

¹³ H. Thirlway, *The Sources of International Law* (Oxford University Press, de próxima publicación), págs. 125 a 130; A. Pellet y D. Müller, “Article 38”, en A. Zimmermann y C.J. Tams (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3ª ed. (Oxford, Oxford University Press, 2019), pág. 923; M. Andenas y L. Chiussi, “Cohesion, convergence and coherence of international law”, en M. Andenas y otros (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Brill, 2019), págs. 10 y 14; C. Redgwell, “General principles of international law”, en S. Vogenauer y S. Weatherill (eds.), *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives* (Hart, 2017), pág. 7; F.O. Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2008), pág. 7; J.G. Lammers, “General principles of law recognized by civilized nations”, en F. Kalshoven y otros (eds.), *Essays on the Development of the International Legal Order in Memory of Haro F. van Panhuys* (Alphen aan den Rijn, Sijthoff and Noordhoff, 1980), págs. 53 a 77, en especial pág. 64; J.A. Barberis, “Los principios generales de derecho como fuente del derecho internacional”, *Revista IIDH*, vol. 14 (1991), págs. 11 a 42, en especial págs. 14 y 29; M. Bogdan, “General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 46 (1977), págs. 37 a 53, en especial pág. 37; A. Blondel, “Les principes généraux de droit devant la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice”, en *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim* (Ginebra, Institut universitaire de hautes études internationales, 1968), págs. 201 a 236, en especial págs. 202 y 204; D. Anzilotti, *Cours de droit international* (Editions Panthéon-Assas, 1929/1999), pág. 117.

¹⁴ Véase el párr. 68 *infra*. Véase también Pellet y Müller, “Article 38” (nota 13 *supra*), pág. 941.

interpretar otras normas del derecho internacional¹⁵ o como herramienta para reforzar el razonamiento jurídico¹⁶. A veces se les atribuye una función más abstracta, como la de informar o fundamentar el sistema jurídico internacional¹⁷ o la de servir para reforzar su carácter sistémico¹⁸.

27. Otra cuestión relativa a la relación entre los principios generales del derecho y otras fuentes del derecho internacional es la de la autonomía. La mayor parte de la doctrina sugiere que los principios generales del derecho son distintos de los tratados y la costumbre, tesis que se apoya en una interpretación literal del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en su conjunto. Algunos autores parecen negar esa autonomía al sugerir, por ejemplo, que un principio general del derecho debe estar consagrado de alguna manera en los tratados o el derecho internacional consuetudinario¹⁹.

28. La relación entre los principios generales del derecho y el derecho internacional consuetudinario, que a veces se califica de poco clara²⁰, merece especial atención²¹. Sin embargo, no debe pasarse por alto que una norma de derecho internacional consuetudinario requiere la existencia de una “práctica general aceptada como derecho” (acompañada de una *opinio iuris*), mientras que un principio general del derecho debe ser “reconocido por las naciones civilizadas”, lo cual sugiere que estas dos fuentes son distintas y no deben confundirse.

4. La identificación de los principios generales del derecho

29. Al igual que en el tema “Identificación del derecho internacional consuetudinario”, la Comisión puede proporcionar orientaciones prácticas sobre cómo identificar los principios generales del derecho. Esta cuestión está estrechamente relacionada con el significado de la expresión “reconocidos por las naciones civilizadas” que se emplea en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en la medida en que, para poder identificar los

¹⁵ Véase el párr. 66 *infra*. Véase también Andenas y Chiussi, “Cohesion, convergence and coherence of international law” (nota 13 *supra*), págs. 10, 14 y 15; Raimondo, *General Principles of Law...* (nota 13 *supra*), pág. 7; Lammers, “General principles of law recognized by civilized nations” (nota 13 *supra*), págs. 64 y 65.

¹⁶ Pellet y Müller, “Article 38” (nota 13 *supra*), pág. 944; Raimondo, *General Principles of Law...* (nota 13 *supra*), pág. 7; Blondel, “Les principes généraux de droit devant la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice” (nota 13 *supra*), pág. 202.

¹⁷ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, pág. 14, opinión separada del Magistrado Cançado Trindade, pág. 152, párr. 41 (“Todo el *corpus del droit des gens* debe interpretarse y aplicarse a la luz de los [principios generales del derecho]”); C.W. Jenks, *The Common Law of Mankind* (Londres, Stevens and Sons, 1958), pág. 106.

¹⁸ Andenas y Chiussi, “Cohesion, convergence and coherence of international law” (nota 13 *supra*), págs. 10 y ss.

¹⁹ Véase, por ejemplo, G. Tunkin, *Theory of International Law*, L.N. Shestakov (ed.) y William E. Butler (trad. y ed.) (Wildy, Simmons and Hill, 2003), págs. 145 a 157; G.I. Tunkin, “Co-existence and international law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 95 (1958), págs. 1 a 81, en especial pág. 26; V.M. Koretsky, “Общие Принципы Права” в *Международном Праве* [Los “principios generales del derecho” en el derecho internacional] (Kiev, Academia Ucraniana de Ciencias, 1957).

²⁰ B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Cambridge, Cambridge University Press, 1953), pág. 23. Véanse también los párrs. 70 y 71 *infra*.

²¹ Véase, por ejemplo, Pellet y Müller, “Artículo 38” (nota 13 *supra*), pág. 943 (“los principios generales del derecho son ‘transitorios’, en el sentido de que su uso reiterado en el plano internacional los transforma en costumbre y, por tanto, hace innecesario recurrir a los principios generales del derecho subyacentes”). Véase también P. Palchetti, “The role of general principles in promoting the development of customary international rules”, en M. Andenas y otros (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Brill, 2019), págs. 47 a 59.

principios generales del derecho, quizá sea necesario examinar la manera en que son reconocidos.

30. El método para identificar los principios generales del derecho dependerá de las conclusiones que adopte la Comisión sobre las cuestiones antes mencionadas²². Por ejemplo, a fin de identificar los principios generales del derecho derivados de los sistemas jurídicos nacionales quizá sea necesario realizar un análisis en dos etapas: en primer lugar, identificar un principio común a la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales; en segundo lugar, determinar si ese principio es aplicable en el sistema jurídico internacional²³.

31. Si, por otra parte, la Comisión llega a la conclusión de que los principios generales del derecho comprenden principios formados en el sistema jurídico internacional que no se basan en principios comunes a los sistemas jurídicos nacionales, el método de identificación podría ser diferente. Puede que el análisis en dos etapas mencionado anteriormente no sea necesario, pero en cualquier caso habría que constatar el “reconocimiento” en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto.

32. Además, la Comisión puede aclarar el papel de las decisiones judiciales y de la doctrina como “medios auxiliares”, en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto, en la identificación de los principios generales del derecho. A este respecto, tal vez sea necesario examinar las opiniones según las cuales las decisiones de las cortes y tribunales internacionales no solo son una ayuda para identificar los principios generales del derecho, sino que también desempeñan un papel sustantivo en la formación de esta fuente del derecho internacional²⁴.

33. La Comisión tal vez desee examinar también si puede haber principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto que no sean universales, sino más bien regionales, o incluso principios que sean aplicables en las relaciones bilaterales²⁵.

B. Resultado final

34. El Relator Especial considera que el resultado del presente tema debería adoptar la forma de conclusiones, acompañadas de comentarios. En este momento parece justificado proponer un primer proyecto de conclusión sobre el alcance del tema:

“Proyecto de conclusión 1: Ámbito

El presente proyecto de conclusiones se refiere a los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional.”

²² Los principios generales del derecho han sido descritos como un “concepto heterogéneo”, en el sentido de que su naturaleza y método de identificación pueden variar dependiendo de la categoría de principios generales del derecho de que se trate. Véase Lammers, “General principles of law recognized by civilized nations” (nota 13 *supra*), págs. 74 y 75.

²³ Véanse las partes tercera y cuarta del presente informe.

²⁴ Véase, por ejemplo, J.R. Leiss, “The juridical nature of general principles”, en M. Andenas y otros (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Brill, 2019), págs. 79 a 99.

²⁵ Véase, por ejemplo, R. Kolb, *La bonne foi en droit international public* (Ginebra, Presses universitaires de France, 2000), págs. 50 a 52; Lammers, “General principles of law recognized by civilized nations” (nota 13 *supra*), pág. 63.

II. Metodología

35. La labor de la Comisión se basará principalmente en la práctica de los Estados, que incluye, entre otras cosas, las declaraciones, los intercambios diplomáticos, las alegaciones ante cortes y tribunales internacionales, los tratados y la génesis de su redacción, y las decisiones de los tribunales nacionales.

36. Asimismo, podría analizarse la práctica de las organizaciones internacionales si se considera pertinente a los efectos del presente tema.

37. También se analizará la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales. El objetivo es abarcar de la manera más exhaustiva posible la jurisprudencia existente en relación con el tema.

38. Una cuestión metodológica crucial en el presente tema es cómo seleccionar materiales pertinentes para su estudio. En la práctica y en la doctrina se encuentran a menudo términos como “principio”, “principio general”, “principio general del derecho”, “principio general del derecho internacional” y “principio del derecho internacional”, por lo general sin una indicación clara de la fuente de tales principios. Podría ocurrir que, aunque en un caso concreto se empleen esos términos, se esté haciendo referencia a una norma de derecho internacional convencional o consuetudinario y no a un principio general del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto. ¿Cómo se puede hacer la distinción?

39. Para que la Comisión seleccione materiales pertinentes, el Relator Especial considera que es necesario tener en cuenta ciertos factores, entre los que cabe mencionar:

a) Si se hace una referencia expresa al Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia;

b) Si se hace una referencia implícita al Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto (por ejemplo, empleando el término “principios generales del derecho”);

c) Si se invoca o aplica una norma jurídica en ausencia de una norma de derecho internacional convencional o consuetudinario;

d) Si, aun cuando se empleen los términos “principio”, “principio general” u otros similares, existe una norma convencional o consuetudinaria que trate la situación en cuestión²⁶;

e) Si el instrumento que rige el funcionamiento de una corte o tribunal contiene una disposición sobre el derecho aplicable que incluya los principios generales del derecho²⁷.

El Relator Especial ha tenido en cuenta estos factores, en la medida de lo posible, al seleccionar los materiales que se examinan a continuación.

40. Las obras académicas sobre los principios generales del derecho también se tendrán en cuenta de manera integrada y sistemática con el resto de los materiales. A

²⁶ Puede darse el caso de que una norma de derecho internacional convencional o consuetudinario trate la misma cuestión que un principio general del derecho. Un ejemplo de ello es el principio de la cosa juzgada aplicado por la Corte Internacional de Justicia, que, aunque a menudo se invoca como principio general del derecho, también está conectado con los Artículos 59, 60 y 61 del Estatuto de la Corte. En tales casos, puede ser necesario detenerse y preguntarse si la Corte está aplicando un principio general del derecho o una norma de un tratado, o ambas cosas al mismo tiempo.

²⁷ Cabe sostener, como se desprende de alguna jurisprudencia que se examina más adelante, que no es necesario que haya una referencia expresa a los principios generales del derecho en un estatuto o compromiso para que una corte o un tribunal los aplique.

este respecto, la Comisión podría proporcionar al final de su labor una bibliografía ampliamente representativa con los principales estudios sobre el tema.

41. Durante los trabajos de la Comisión sobre el presente tema y en los comentarios que acompañarán al proyecto de conclusiones se citarán sin duda ejemplos de principios generales del derecho. Sin embargo, de conformidad con la práctica de la Comisión, el Relator Especial considera que esas referencias deben ser meramente ilustrativas y que la Comisión no debe ocuparse del fondo de los principios generales del derecho²⁸.

Segunda parte: Labor anterior de la Comisión

42. Antes de comenzar el análisis de las cuestiones expuestas en la primera parte del presente informe, es útil recordar la labor anterior de la Comisión que puede ser pertinente para el examen del presente tema²⁹. La intención del Relator Especial es basarse en esa labor, según sea conveniente.

43. Los principios generales del derecho han aparecido en la labor de la Comisión, a menudo de manera discreta, desde sus primeros años. Por comodidad, el examen de esa labor se dividirá en dos partes: en primer lugar, las referencias a los principios generales del derecho en los trabajos de la Comisión, incluidos ejemplos de esos principios; en segundo lugar, el examen previo por la Comisión de ciertos aspectos del presente tema esbozados anteriormente.

I. Referencias a los principios generales del derecho en la labor de la Comisión

44. En los trabajos de la Comisión pueden encontrarse referencias a los “principios”, “principios generales”, “principios generales del derecho” y otros términos similares. Sin embargo, como suele ocurrir en otros casos, no siempre está del todo claro si se trata de referencias a principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia o a otra cosa. Por lo tanto, hay que examinar la labor de la Comisión con cautela.

45. Los ejemplos que se ofrecen a continuación son solo ilustrativos y no son exhaustivos. Incluyen referencias a los principios generales del derecho realizadas en declaraciones de la propia Comisión, en declaraciones de los miembros de la

²⁸ Véase el enfoque adoptado por la Comisión en su proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario (párr. 6 del comentario a la conclusión 1, A/73/10, párrs. 65 y 66, pág. 124).

²⁹ Puede consultarse otra reseña de la labor de la Comisión en relación con los principios generales del derecho en el proyecto de informe de 2018 de la International Law Association sobre la utilización de los principios del derecho interno en el desarrollo del derecho internacional, titulado “The use of domestic law principles in the development of international law” (párrs. 106 a 181). El informe tiene un enfoque algo diferente, ya que se centra en las referencias a los principios del derecho interno en los trabajos de la Comisión. El informe señala que, “de conformidad con su mandato, el Grupo de Estudio se centró expresamente en los principios generales derivados del derecho interno, sin examinar si también podían derivarse principios generales de otras fuentes” (*ibid.*, párr. 2). En el informe también se afirma que “[e]l Grupo de Estudio ha concluido su labor pero, habida cuenta de la complejidad y pertinencia del tema, recomienda que la [International Law Association] considere la posibilidad de establecer un comité con una representación más amplia para contribuir a la labor de la Comisión de Derecho Internacional [...] sobre el tema más amplio de los principios generales del derecho (incluidas otras posibles fuentes de las que podrían derivarse principios generales)” (*ibid.*, pág. 70). Véase también la resolución 9/2018 aprobada en la 78ª Conferencia de la International Law Association, celebrada en Sydney (Australia) del 19 al 24 de agosto de 2018.

Comisión en el curso de los debates, en informes presentados por los Relatores Especiales sobre diversos temas y en memorandos preparados por la Secretaría.

46. En el marco del tema “Formulación de los principios de Núremberg” (Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg), la Comisión formuló una serie de “principios del derecho internacional” sobre cuestiones penales. Durante sus deliberaciones, la Comisión examinó la cuestión de si “debía determinar en qué medida los principios contenidos en el Estatuto y las sentencias [del Tribunal Militar Internacional] constituían principios del derecho internacional”, y concluyó que, “puesto que los principios de Núremberg habían sido afirmados por la Asamblea General, la tarea confiada a la Comisión [...] no era expresar ninguna valoración sobre esos principios como principios del derecho internacional, sino simplemente formularlos”³⁰. Así pues, los principios elaborados por la Comisión debían entenderse a la luz del limitado alcance de esta tarea.

47. Durante los debates de la Comisión sobre ese tema se planteó una cuestión en relación con la naturaleza jurídica del derecho de defensa del acusado. Un miembro consideró que

el derecho de defensa era sin duda un principio del derecho internacional reconocido en el Estatuto y las sentencias y que, al mismo tiempo, constituía uno de los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas a los que se hacía referencia en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia³¹.

Sobre este punto, otro miembro comentó que “los principios generales del derecho mencionados en [el Artículo 38, párrafo 1 c),] eran principios de derecho interno” y que, “[p]or lo tanto, no podía considerarse que existiera un principio del derecho internacional en la materia que, además, formara parte del proceso penal”³². Se formularon objeciones a esta opinión por considerar que nada de lo dispuesto en esa disposición limitaba su alcance a los principios del derecho interno. Se afirmó que “el Estatuto de la Corte se refería en ese párrafo tanto a los principios del derecho internacional como a los principios del derecho interno”³³.

48. En su proyecto de artículos sobre la plataforma continental y temas conexos, la Comisión observó, en el comentario al proyecto de artículo 2 (relativo al ejercicio por el Estado ribereño del control y la jurisdicción sobre la plataforma continental), que

[l]a Comisión no ha intentado basar en el derecho consuetudinario el derecho del Estado ribereño a ejercer su control y jurisdicción a los fines limitados enunciados en el artículo 2 [...] Basta decir que el principio de la plataforma continental se basa en principios generales del derecho que responden a las necesidades actuales de la comunidad internacional³⁴.

³⁰ *Anuario ... 1950*, vol. II, documento [A/1316](#), pág. 374, párr. 96. Véase también *Anuario ... 1949*, pág. 133, párr. 35; *Anuario ... 1950*, vol. II, documento [A/CN.4/22](#), pág. 189, párr. 36.

³¹ *Anuario ... 1949*, pág. 205, párr. 75.

³² *Ibid.*, pág. 206, párr. 80. Spiropoulos también afirmó que “[e]l significado de ese párrafo era que la Corte debía, cuando fuera necesario, aplicar los principios generales del derecho interno en la solución de controversias internacionales” (*ibid.*).

³³ *Ibid.*, pág. 206, párr. 81. Scelle señaló, sin embargo, que “todo principio del derecho internacional tenía su origen en la costumbre [...] Por lo tanto, antes de convertirse en un principio del derecho internacional, todo principio era primero un principio general del derecho interno y podía, en ambas etapas de su desarrollo, ser aplicado por la Corte en asuntos internacionales” (*ibid.*).

³⁴ Párr. 6 del comentario al art. 2 del proyecto de artículos sobre la plataforma continental y temas conexos, *Anuario ... 1951*, vol. II, documento [A/1858](#), anexo, pág. 142.

49. En la labor de la Comisión relativa al procedimiento arbitral también se hizo referencia a los principios generales del derecho. En un primer proyecto sobre el procedimiento arbitral, de 1952, la Comisión consideró que “el tribunal arbitral siempre tiene derecho a resolver la controversia sobre la base de principios generales del derecho considerados normas de derecho positivo, pero no tiene derecho a actuar como amigable componedor, es decir, a juzgar *contra legem*, sin el consentimiento de las partes”³⁵. La Comisión también consideró, con respecto al proyecto de artículo 12, que

el párrafo 2 contiene una de las disposiciones más importantes de todo el proyecto. Corresponde a la norma jurídica general, reconocida en un gran número de sistemas judiciales del mundo, según la cual un juez no puede negarse a juzgar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley³⁶.

50. El proyecto de artículo 12 fue objeto de nuevos debates en 1958 y se propuso su supresión³⁷. La disposición se mantuvo finalmente como artículo 11 (“El tribunal no podrá pronunciar el *non liquet* so pretexto de silencio o de oscuridad del derecho aplicable”)³⁸. La Comisión también aprobó el artículo 10, relativo a la posibilidad de que un tribunal arbitral aplicara, entre otras cosas, “los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” a falta de acuerdo entre las partes acerca del derecho aplicable³⁹.

51. También se hicieron varias referencias a los principios generales del derecho en el contexto de la labor de la Comisión sobre el derecho de los tratados. El Relator Especial, Sir Hersch Lauterpacht, sugirió por ejemplo que “las condiciones de validez de los tratados, su ejecución, interpretación y terminación se rigen por la costumbre internacional y, en los casos pertinentes, por los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”⁴⁰. También se mencionaron los principios generales del derecho relativos a la nulidad de los acuerdos contractuales cuyo objeto es ilegal⁴¹, la *fraus omnia corrumpit*,⁴² el error como vicio del consentimiento⁴³ y las excepciones a la regla *pacta tertiis*⁴⁴.

52. En su proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, la Comisión se refirió al “principio general” de equidad en el contexto de los bienes de Estado muebles, principio que “debe tenerse siempre presente y que, en tales casos, impone la distribución de los bienes entre el Estado sucesor (o los Estados sucesores) y el Estado predecesor”⁴⁵.

³⁵ Párr. 8 del comentario al art. 9 del proyecto sobre el procedimiento arbitral, *Anuario ... 1952*, vol. II, documento A/2163, cap. II, pág. 63. Véase también *Anuario ... 1953*, vol. I, 194ª sesión, págs. 63 y 64, párr. 73.

³⁶ Párr. 2 del comentario al art. 12 del proyecto sobre el procedimiento arbitral, *Anuario ... 1952*, vol. II, documento A/2163, cap. II, pág. 64. Véase también *Anuario ... 1953*, vol. I, 188ª sesión, pág. 24, párrs. 25 y 26; *Anuario ... 1958*, vol. I, sesiones 441ª y 442ª, págs. 49 a 52, párrs. 17 a 52.

³⁷ *Anuario ... 1958*, vol. I, págs. 54 a 58, párrs. 69 a 74 y párrs. 1 a 42, respectivamente.

³⁸ *Anuario ... 1958*, vol. II, documento A/3859, págs. 90 y ss., párr. 22.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Anuario ... 1953*, vol. II, documento A/CN.4/63, págs. 90, 105 y 106, proyecto de art. 3 y comentario correspondiente de los artículos sobre el derecho de los tratados propuestos por el Relator Especial sobre el tema.

⁴¹ *Ibid.*, pág. 155, comentario al proyecto de art. 15, párr. 5.

⁴² *Anuario ... 1963*, vol. I, 679ª sesión, págs. 34 a 40, párrs. 2 a 60.

⁴³ *Ibid.*, 680ª sesión, págs. 43 a 46, párrs. 19 a 60.

⁴⁴ Párr. 1 del comentario al proyecto de art. 62 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario ... 1964*, vol. II, documento A/CN.4/167 y Add.1 a 3, pág. 18.

⁴⁵ Párr. 8 del comentario a la secc. 2 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, *Anuario ... 1981*, vol. II (segunda parte), pág. 31.

53. Según el artículo 33 del proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional, este aplicará, entre otros, “los tratados aplicables y los principios y normas del derecho internacional general”⁴⁶. En el comentario a esta disposición se precisa que “[l]a expresión ‘principios y normas’ del derecho internacional general comprende los principios generales del derecho, lo que significa que, siempre que busque orientaciones sobre cuestiones que no estén claramente reguladas por tratados, el Tribunal puede legítimamente invocar todo el cuerpo de derecho penal, ya se encuentre en normas nacionales o en la práctica internacional”⁴⁷.

54. La Comisión también parece haber identificado una serie de “principios generales” en el contexto de su labor sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. En él la Comisión reconoció, basándose en los principios de Núremberg, el “principio general de la aplicabilidad directa del derecho internacional respecto de la responsabilidad individual y el castigo por crímenes de derecho internacional”⁴⁸. Asimismo, reconoció el “principio general de la autonomía del derecho internacional con respecto al derecho nacional en cuanto a la tipificación penal de comportamientos que constituyan crímenes de derecho internacional”⁴⁹. En particular, la Comisión también declaró que el hecho de que no fuera necesario que una persona conociera de antemano la sanción precisa de un delito “concuera con el precedente del castigo de un crimen en virtud del derecho internacional consuetudinario o de los principios generales de derecho reconocidos en las sentencias del Tribunal de Nuremberg y en el párrafo 2 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”⁵⁰.

55. La Comisión se refirió asimismo a los “principios generales del derecho penal relativos a la complicidad”⁵¹, así como al “principio general” de *aut dedere aut iudicare*⁵² y de un juicio con las debidas garantías⁵³.

56. Los artículos 14 y 15 del proyecto de código se refieren a la admisibilidad de las circunstancias eximentes y atenuantes, que deben tenerse en cuenta “conforme a los principios generales del derecho”⁵⁴. Con respecto al artículo 14, la Comisión explicó que el tribunal competente debía considerar la validez de una circunstancia eximente conforme a los principios generales del derecho, lo que limitaba las posibles circunstancias eximentes a las que estuvieran “bien establecidas y sean ampliamente reconocidas como admisibles con respecto a crímenes graves similares, en virtud del derecho nacional o internacional”⁵⁵. Se llegó a una conclusión similar en relación con

⁴⁶ Art. 33 del proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional, *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), párr. 91, pág. 54.

⁴⁷ Párr. 2 del comentario al art. 33, *ibid.* Véase también el párr. 5, *ibid.*, pág. 55. Para los debates anteriores de la Comisión sobre esta cuestión, véase *Anuario ... 1992*, vol. I, sesiones 2254^a a 2264^a, págs. 3 a 72; *ibid.*, vol. II (segunda parte), pág. 15, párr. 77; *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), pág. 18, párr. 63.

⁴⁸ Párr. 8 del comentario al art. 1 del proyecto de código contra la paz y la seguridad de la humanidad, *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), párr. 50, pág. 20.

⁴⁹ Párr. 12, *ibid.*

⁵⁰ Párr. 7 del comentario al art. 3, *ibid.*, pág. 25.

⁵¹ Párr. 5 del comentario al art. 6, *ibid.*, pág. 29.

⁵² Párr. 2 del comentario al art. 9, *ibid.*, pág. 34.

⁵³ Párr. 4 del comentario al art. 11, *ibid.*, pág. 37. En los debates de la Comisión sobre el tema también se hizo referencia a ciertos “principios generales del derecho penal”. Véase, por ejemplo, *Anuario... 1985*, vol. I, pág. 15, párr. 23, pág. 20, párrs. 51 y 52, pág. 27, párr. 42, pág. 38, párr. 27, págs. 52 y 53, párrs. 35 y 36, *Anuario... 1986*, vol. I, pág. 150, párr. 43, págs. 151 y 152, párrs. 58 y 61, pág. 160, párrs. 1 y 4, págs. 161 y 162, párrs. 11 y 14 a 16, pág. 189, párr. 36; *Anuario... 1988*, vol. I, págs. 303 y 304, párrs. 46 y 47.

⁵⁴ *Anuario ... 1996*, vol. II (segunda parte), párr. 50, págs. 43 y 46.

⁵⁵ Párr. 3 del comentario al art. 14, *ibid.*, pág. 43. Véanse más debates sobre esta cuestión en *Anuario ... 1991*, 2236^a sesión, vol. I, págs. 203 a 205, párrs. 66 a 94.

las circunstancias atenuantes⁵⁶. La Comisión consideró que, a fin de determinar los principios generales que regían esas cuestiones, podía recurrirse a la jurisprudencia de los tribunales militares y de los tribunales nacionales tras el enjuiciamiento de los principales criminales de guerra por el Tribunal de Núremberg para obtener orientaciones al respecto⁵⁷.

57. La Comisión también se refirió a diversos “principios”, “principios generales”, “principios generales del derecho” y “principios generales del derecho internacional” en sus artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos⁵⁸. En relación con el artículo 3, por ejemplo, la Comisión identificó el “principio” según el cual la calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito no se veía afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno⁵⁹.

58. En lo que respecta a la atribución, la Comisión se refirió al “principio general” según el cual el comportamiento de particulares o entidades privadas, así como los movimientos insurreccionales fracasados, no eran atribuibles al Estado⁶⁰. La Comisión también hizo referencia al “principio general” del derecho intertemporal⁶¹ y al “principio general” según el cual las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito no afectaban el deber que seguía teniendo el Estado responsable de cumplir la obligación violada⁶². En cuanto a la fuerza mayor, la Comisión consideró que “se la puede calificar de principio general del derecho”⁶³.

59. En sus principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, la Comisión señaló que “[e]n el curso del tiempo han surgido algunos principios generales concernientes al pago de indemnizaciones, principios que han sido refrendados por la [Corte Internacional de Justicia] y otros tribunales internacionales”⁶⁴. Durante los debates de la Comisión también se hizo referencia a los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, como el principio de “quien contamina paga”⁶⁵.

60. En el contexto de su labor sobre la protección diplomática, la Comisión consideró que, en caso de perjuicio directo a los accionistas y cuando la sociedad estuviera constituida en el Estado autor del hecho lesivo, “tal vez se justifique invocar los principios generales del derecho de sociedades a fin de asegurarse de que los derechos de los accionistas extranjeros no sean objeto de un trato discriminatorio”⁶⁶.

⁵⁶ Párr. 3 del comentario al art. 15, *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), párr. 50, pág. 46.

⁵⁷ Párr. 4, *ibid.*

⁵⁸ Se han hecho referencias similares en el tema de la “Responsabilidad de las organizaciones internacionales”. Véase *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte).

⁵⁹ Comentarios a los arts. 3 y 32 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77, págs. 37 a 39 y 100.

⁶⁰ Comentarios a los arts. 8 y 10, *ibid.*, págs. 49 y 52 a 54.

⁶¹ Comentario al art. 13, *ibid.*, págs. 60 a 62.

⁶² Párr. 2 del comentario al art. 29, *ibid.*, párrs. 76 y 77, pág. 93.

⁶³ Párr. 8 del comentario al art. 23, *ibid.*, pág. 82. En un estudio de 1978, la Secretaría se refirió también a la posibilidad de que la fuerza mayor fuera un principio general del derecho (véase *Anuario... 1978*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/315, págs. 220 a 222, párrs. 525 a 529).

⁶⁴ Párr. 18 del comentario al principio 3 de los principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), párrs. 66 y 67, pág. 84.

⁶⁵ Véase, por ejemplo, *Anuario... 2003*, vol. I, 2766ª sesión, pág. 118, párr. 32, y pág. 120, párr. 48.

⁶⁶ Párr. 4 del comentario al art. 12 de los artículos sobre la protección diplomática, *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), párrs. 49 y 50, pág. 46.

Asimismo, la Comisión opinó que, en caso de ejercicio conjunto del derecho a la protección diplomática, los problemas relacionados con esas situaciones debían “tratarse de conformidad con los principios generales del derecho reconocidos por los tribunales nacionales e internacionales concernientes a la satisfacción de las reclamaciones conjuntas”⁶⁷.

61. El Grupo de Estudio sobre la Fragmentación del Derecho Internacional, creado por la Comisión, hizo referencia en sus conclusiones al “principio general”, la “máxima” o la “técnica generalmente aceptada para la interpretación y la solución de conflictos” de la *lex specialis derogat legi generali*⁶⁸, al “principio” de la *lex posterior derogat legi priori*⁶⁹ y al “principio de armonización” como “principio generalmente aceptado que, cuando varias normas tratan de la misma cuestión, esas normas deben interpretarse, en la medida de lo posible, de modo que den lugar a una sola serie de obligaciones compatibles”⁷⁰.

62. Durante el debate sobre el informe de 2005 del Grupo de Estudio, un miembro de la Comisión observó que el informe contenía “referencias bastante vagas a ‘principios generales de derecho internacional’” y señaló que, al menos en francés, existía una clara distinción entre “*les principes généraux du droit international*” y “*les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées*”, siendo estos últimos los previstos en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁷¹.

63. En sus comentarios a la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, la Comisión se refirió a los “principios generales” de buena fe y reciprocidad⁷². En relación con este último, la Comisión señaló que “se reconoce no solo como un principio general, sino también como un principio de aplicación automática que no necesita ni cláusula específica en el tratado ni declaración unilateral de los Estados u organizaciones internacionales que hayan aceptado la reserva a estos efectos”⁷³.

64. Otras normas que han sido consideradas principios generales del derecho durante la labor de la Comisión son las relativas a la conexión entre las reconveniones y la demanda principal⁷⁴, el reparto de las costas y gastos⁷⁵, la lectura pública de las decisiones judiciales⁷⁶, el abuso del derecho⁷⁷, la norma *ex iniuria ius non oritur*⁷⁸, la libertad de consentimiento⁷⁹, la nulidad de los acuerdos contractuales

⁶⁷ Párr. 4 del comentario al art. 6, *ibid.*, pág. 36.

⁶⁸ Párr. 5 de las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la Fragmentación del Derecho Internacional, *ibid.*, párr. 251, pág. 195.

⁶⁹ Párrs. 24 a 27, *ibid.*, pág. 199.

⁷⁰ Párr. 4, *ibid.*, pág. 195.

⁷¹ *Anuario ... 2005*, vol. I, 2860ª sesión, pág. 232, párr. 60.

⁷² Párr. 5 del comentario a la directriz 3.1.5 y párr. 33 del comentario a la directriz 4.2.4 de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, *Anuario ... 2011*, vol. II (tercera parte), págs. 226 y 289, respectivamente.

⁷³ Párr. 33 del comentario a la directriz 4.2.4, *ibid.*, pág. 289.

⁷⁴ *Anuario ... 1953*, vol. I, 188ª sesión, pág. 27, párr. 75.

⁷⁵ *Ibid.*, 192ª sesión, pág. 53, párr. 98.

⁷⁶ *Ibid.*, 193ª sesión, pág. 57, párr. 65.

⁷⁷ *Ibid.*, 236ª sesión, pág. 362, párr. 92, y pág. 376, párrs. 67 y 68; *Anuario ... 1953*, vol. II, pág. 219, párr. 100.

⁷⁸ *Anuario ... 1953*, vol. II, A/CN.4/63, pág. 148, párr. 3 del comentario al proyecto de art. 12 de los artículos sobre el derecho de los tratados propuestos por el Relator Especial sobre el tema.

⁷⁹ *Ibid.*, pág. 149, párr. 6.

cuyo objeto es ilegal⁸⁰, el principio de la competencia del tribunal para decidir acerca de su propia competencia⁸¹ y el concepto de “expectativa compartida”⁸².

II. Examen previo por la Comisión de cuestiones relacionadas con el presente tema

65. Además de las referencias a los principios generales del derecho y los ejemplos de estos que figuran en sus trabajos, la Comisión ha abordado cuestiones concretas que guardan relación con este tema y que se esbozaron en la primera parte del presente informe.

66. Las conclusiones de la labor del Grupo de Estudio sobre la Fragmentación del Derecho Internacional⁸³, por ejemplo, son pertinentes para algunos aspectos del presente tema, en particular en lo que respecta a la relación entre los principios generales del derecho y otras fuentes del derecho internacional, así como a las funciones de los principios generales del derecho. Cabe destacar las siguientes conclusiones del Grupo de Estudio:

a) “En el contexto de la máxima *lex specialis derogat legi generali*, la fuente de una norma (tratado, costumbre o principio general del derecho) no es decisiva para la determinación de la norma más específica. Sin embargo, en la práctica los tratados surten a menudo efectos de ley especial en relación con el derecho consuetudinario pertinente y con los principios generales del derecho”⁸⁴;

b) Una de las funciones de la ley general (incluidos los principios generales del derecho) en los regímenes especiales es la de colmar lagunas⁸⁵;

c) Los principios generales del derecho pueden servir de fuente externa a un tratado a efectos de la interpretación en virtud del artículo 31, párrafo 3 c), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁸⁶;

d) El objetivo de la integración sistémica se aplica como presunción, con aspectos positivos y negativos: “a) se considera que las partes se remiten al derecho internacional consuetudinario y a los principios generales del derecho en relación con todas las cuestiones que el tratado no resuelva de manera expresa; b) al asumir obligaciones en virtud de un tratado, [los Estados] no se proponen actuar en

⁸⁰ *Ibid.*, pág. 155, párr. 5 del comentario al proyecto de art. 15 de los artículos sobre el derecho de los tratados propuestos por el Relator Especial sobre el tema.

⁸¹ *Anuario ... 1958*, vol. I, 441ª sesión, pág. 48, párr. 8.

⁸² *Anuario ... 1982*, vol. I, 1739ª sesión, pág. 257, párr. 6.

⁸³ *Anuario ... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 195, párr. 251.

⁸⁴ Párr. 5 de las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la Fragmentación del Derecho Internacional, *ibid.*, págs. 195 y 196. Véase también “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional elaborado por Martti Koskenniemi (A/CN.4/L.682 y Corr.1 y Add.1) (puede consultarse en el sitio web de la Comisión, en los documentos del 58º período de sesiones; el texto definitivo se publicará como adición al *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte)), párr. 66.

⁸⁵ Párr. 15 de las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la Fragmentación del Derecho Internacional, *Anuario ... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 197.

⁸⁶ Párr. 18, *ibid.*, págs. 197 y 198. Véase también “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional elaborado por Martti Koskenniemi (A/CN.4/L.682 y Corr.1 y Add.1) (véase la nota 84 *supra*), párr. 469. Para la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969), véase Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, núm. 18232, pág. 331.

contradicción con los principios de derecho internacional generalmente reconocidos”⁸⁷;

e) Los principios generales del derecho son particularmente importantes para la interpretación de un tratado, especialmente cuando: “a) la disposición del tratado es confusa o ambigua; b) los términos empleados en el tratado tienen un significado reconocido [...] de conformidad con los principios generales del derecho; c) el tratado no dice nada sobre la ley aplicable y es necesario que el intérprete, aplicando la presunción [de la integración sistémica], recurra a normas desarrolladas en otra parte del derecho internacional para resolver la cuestión”⁸⁸;

f) “No existe ninguna relación jerárquica entre las principales fuentes de derecho internacional (tratados, costumbre y principios generales del derecho [...])”⁸⁹.

67. El Grupo de Estudio también examinó la distinción entre “reglas” y “principios” y señaló que esta “engloba un conjunto de relaciones típicas, a saber: las existentes entre las normas de un mayor o menor grado de abstracción. Así, una ‘regla’ puede en ocasiones verse como la aplicación específica de un ‘principio’ y entenderse como la *lex specialis* o *lex posterior* en relación al mismo, y resultar aplicable en su lugar”⁹⁰. Además, el Grupo de Estudio señaló que “cabe entender que el principio general [o anterior] articula una justificación o una finalidad en relación con la regla específica (o posterior)”⁹¹.

68. En sus artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la Comisión consideró, en relación con el artículo 12 (Existencia de violación de una obligación internacional), que “las obligaciones internacionales pueden ser establecidas por una norma consuetudinaria de derecho internacional, por un tratado o por un principio general aplicable en el marco del ordenamiento jurídico internacional”⁹².

69. El Relator Especial para el tema “Identificación del derecho internacional consuetudinario” previó, desde el comienzo de su labor, la posibilidad de examinar la relación entre el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho⁹³. Algunos miembros de la Comisión apoyaron esta posibilidad⁹⁴.

⁸⁷ Párr. 19, *Anuario ... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 198. Véase también “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional elaborado por Martti Koskenniemi (A/CN.4/L.682 y Corr.1 y Add.1) (véase la nota 84 *supra*), párr. 465.

⁸⁸ Párr. 20, *Anuario ... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 198.

⁸⁹ Párr. 31, *ibid.*, pág. 200. Véase también “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional elaborado por Martti Koskenniemi (A/CN.4/L.682 y Corr.1 y Add.1) (véase la nota 84 *supra*), párr. 85 (cualquier tribunal o jurista consultará “primero los tratados, después la costumbre y, por último, los principios generales del derecho para resolver un problema normativo”).

⁹⁰ “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional elaborado por Martti Koskenniemi (A/CN.4/L.682 y Corr.1 y Add.1) (véase la nota 84 *supra*), párr. 28.

⁹¹ *Ibid.*, párr. 29.

⁹² Párr. 3 del comentario al art. 12 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario ... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77, pág. 57. Véase también el comentario al proyecto de art. 17 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, *Anuario ... 1976*, vol. II (segunda parte), párr. 78, págs. 80 a 87.

⁹³ *Anuario ... 2012*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/653, pág. 59, párr. 14.

⁹⁴ *Ibid.*, vol. I, 3148ª sesión, pág. 138, párr. 31, 3151ª sesión, pág. 164, párr. 27, y 3152ª sesión, pág. 173, párr. 8.

70. En su primer informe, el Relator Especial examinó brevemente la distinción entre los principios generales del derecho y el derecho internacional consuetudinario⁹⁵. Señaló que: a) la distinción entre los dos es importante, pero no siempre está clara en la jurisprudencia o en la doctrina; b) los “principios generales del derecho” se enumeran como una fuente separada del derecho internacional consuetudinario en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y en la jurisprudencia y la doctrina a veces se considera que no se refieren únicamente a los principios generales comunes a los diversos sistemas jurídicos nacionales, sino también a los principios generales del derecho internacional; c) la Corte Internacional de Justicia puede recurrir a los principios generales del derecho internacional cuando no se cumplen los criterios del derecho internacional consuetudinario; y d) si bien puede ser difícil distinguir en abstracto entre el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho, siempre es importante identificar, con independencia del alcance de los principios generales del derecho, cuáles son las normas que, por su propia naturaleza, tienen que basarse en la práctica efectiva de los Estados⁹⁶. El Relator Especial también se refirió al término “derecho internacional general” y señaló que “[a] veces el término se emplea con un significado más amplio que el de derecho internacional consuetudinario general, por ejemplo en un sentido que abarca el derecho internacional consuetudinario y, además, los principios generales de derecho o los convenios internacionales más aceptados”⁹⁷. Y sugirió que “[l]o ideal sería que se aclare el sentido exacto que se quiere dar al término cuando el contexto deja dudas sobre su significado”⁹⁸.

71. El debate en la Comisión sobre estas cuestiones fue breve. Algunos miembros estuvieron de acuerdo con el enfoque del Relator Especial y consideraron que debía abordarse la relación entre las dos fuentes. También se formularon algunas observaciones preliminares sobre esa relación. Un miembro, por ejemplo, señaló que

[una] interacción esencial es la que se da entre el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho, que a menudo se utilizan como complemento, si no en lugar, de los criterios tradicionales de la costumbre. Es concebible, pues, que una norma consuetudinaria sea interpretada a la luz de un principio general reconocido. El papel de esos principios está estrechamente relacionado con la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario [...] La Comisión, sin embargo, debe velar por que no se cierre la puerta a una posible identificación de los principios generales como fuente de derecho internacional, en sí mismos o como complemento de otras normas nacidas de otras fuentes⁹⁹.

Otro miembro sugirió que “los principios generales aplicables en derecho interno, cuando se trasponen al derecho internacional con cierta frecuencia, devienen normas consuetudinarias de derecho internacional. El proceso mediante el cual esto sucede es un modo de formación que la Comisión no puede permitirse pasar por alto”¹⁰⁰. Otro miembro señaló que la distinción entre el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho no siempre estaba muy clara en la jurisprudencia ni en la doctrina, y citó como ejemplo la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, “ya que la Corte funda sus conclusiones, en particular, sobre el análisis de la costumbre internacional, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional general

⁹⁵ A/CN.4/663, párr. 36.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.*, párr. 42. Véase también A/73/10, pág. 133, nota 667.

⁹⁸ A/CN.4/663, párr. 42.

⁹⁹ *Anuario ... 2013*, vol. I, 3183ª sesión, pág. 100, párr. 14.

¹⁰⁰ *Ibid.*, 3182ª sesión, pág. 97, párr. 39.

sin aclarar, sin embargo, las relaciones entre esas diferentes fuentes”¹⁰¹. Refiriéndose también a la dificultad de distinguir entre el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho, otro miembro planteó la cuestión de si *pacta sunt servanda* era un principio general del derecho, una norma de derecho internacional consuetudinario o una norma convencional, y sugirió que “[e]l criterio podría ser la presencia o ausencia de una verdadera práctica de los Estados”¹⁰². También se expresó la opinión de que el término “derecho internacional general” abarcaba los principios generales del derecho¹⁰³.

72. En su segundo informe, el Relator Especial recordó que había acuerdo general en que “la Comisión debería ocuparse de algún modo de la relación entre el derecho internacional consuetudinario y otras fuentes del derecho internacional, en particular los tratados y los principios generales del derecho”¹⁰⁴. Al mismo tiempo, consideró que la Comisión debía evitar abordar cuestiones relativas a otras fuentes del derecho internacional, que era mejor tratar por separado¹⁰⁵. Este enfoque fue adoptado por la Comisión, que dejó claro en el comentario al proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario que dichos proyectos de conclusión

no intentan explicar la relación entre el derecho internacional consuetudinario y otras fuentes del derecho internacional enumeradas en el Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (las convenciones internacionales, sean generales o particulares, y los principios generales del derecho); los proyectos de conclusión solo abordan esta cuestión en la medida en que es necesario para explicar la manera en que han de identificarse las normas de derecho internacional consuetudinario¹⁰⁶.

73. La relación entre los principios generales del derecho y las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) fue examinada por el Relator Especial para este último tema en su segundo informe¹⁰⁷. El Relator Especial se centró en si el término “derecho internacional general” del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados incluye los principios generales del derecho, y si estos últimos pueden servir de base para las normas de *ius cogens*.

74. El Relator Especial indicó que “[l]os principios generales del derecho, al igual que las normas de derecho internacional consuetudinario, son de aplicación general”, pero que hay pocos fundamentos, aparte de en la doctrina, para sostener que los principios generales del derecho pueden ser la base de una norma de *ius cogens*¹⁰⁸. Tras cierto análisis, concluyó que el término “derecho internacional general” abarcaba los principios generales del derecho¹⁰⁹ y propuso un proyecto de conclusión en el que se afirmaba que podían servir de base para las normas de *ius cogens*¹¹⁰.

¹⁰¹ *Ibid.*, 3183ª sesión, pág. 99, párr. 5.

¹⁰² *Ibid.*, 3184ª sesión, pág. 105, párr. 21.

¹⁰³ *Ibid.*, pág. 106, párr. 30.

¹⁰⁴ A/CN.4/672, párr. 3.

¹⁰⁵ *Ibid.*, párr. 14. Las reacciones a la decisión del Relator Especial de no tratar la relación entre el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho pueden consultarse en: A/CN.4/SR.3223, pág. 12 (Sr. Caflisch); A/CN.4/SR.3226, págs. 3 (Sr. Šturma) y 6 (Sr. Hmoud); A/CN.4/SR.3227, pág. 6 (Sir Michael Wood).

¹⁰⁶ Párr. 6 del comentario a la conclusión 1 del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, A/73/10, párrs. 65 y 66, pág. 134.

¹⁰⁷ A/CN.4/706, párrs. 48 a 52.

¹⁰⁸ *Ibid.*, párr. 48.

¹⁰⁹ *Ibid.*, párr. 52.

¹¹⁰ El proyecto de conclusión 5, párrafo 3, propuesto por el Relator Especial estaba redactado de la siguiente manera: “Los principios generales del derecho, en el sentido del Artículo 38 1) c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, también pueden servir de base para las normas de

75. La propuesta del Relator Especial fue aprobada provisionalmente por el Comité de Redacción, con enmiendas. El proyecto de conclusión 5, párrafo 2, aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción está redactado de la siguiente manera: “Las disposiciones de los tratados y los principios generales del derecho también pueden servir de base para las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)”¹¹¹.

Tercera parte: Evolución de los principios generales del derecho a lo largo del tiempo

76. Con el fin de arrojar algo de luz sobre la naturaleza de los principios generales del derecho y, en términos más generales, proporcionar algunos antecedentes y materiales pertinentes a los miembros de la Comisión, en la presente parte se exponen la práctica de los Estados y los órganos jurisdiccionales anterior a la aprobación del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, la génesis de la redacción del Artículo 38, párrafo 3, de este último y del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y las referencias posteriores a esta fuente del derecho internacional en la práctica de los Estados y en las decisiones de las cortes y tribunales internacionales¹¹².

I. Práctica anterior a la aprobación del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional

77. El Relator Especial considera útil recordar la práctica anterior a la aprobación del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional en virtud de la cual se recurría a normas o principios derivados de fuentes distintas de los tratados y la costumbre. Como han señalado algunos autores, el recurso a esas normas o principios puede explicarse, al menos en parte, por el hecho de que el derecho internacional en ese momento no estaba suficientemente desarrollado para abordar todas las situaciones, pero las controversias debían resolverse de todas maneras¹¹³.

78. Desde el siglo XVIII hasta principios del siglo XX, muchos de los tratados concertados para la solución de controversias contenían disposiciones amplias sobre el derecho aplicable. En ellos se disponía que los órganos jurisdiccionales debían decidir las controversias que se les sometieran sobre la base de conceptos tales como el “derecho de gentes”, los “principios del derecho internacional”, la “justicia” y la “equidad”¹¹⁴. Por ejemplo, el Convenio XII de La Haya Relativo al Establecimiento

ius cogens del derecho internacional” (*ibid.*, pág. 44). El debate general sobre el informe puede consultarse en [A/CN.4/SR.3368](#) a 3370 y 3372 a 3374.

¹¹¹ Declaración de la Presidencia del Comité de Redacción, 26 de julio de 2017, anexo, pág. 11.

¹¹² Los ejemplos que figuran a continuación no son exhaustivos. En la cuarta parte del presente informe y en informes futuros se mencionarán y analizarán con más detalle otros materiales.

¹¹³ A. Pellet, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international* (Université de droit, d'économie et de sciences sociales, 1974), págs. 7 y 15; H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (Londres, Longmans, 1927), pág. 39. Véase también H. Waldock, “General course on public international law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 106 (1962), pág. 54.

¹¹⁴ Véase, por ejemplo, el art. VII del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación, de 1794 (“Tratado de Jay”), entre Gran Bretaña y los Estados Unidos; el art. IV de la Convención para el Arreglo de Reclamaciones de Ciudadanos de los Estados Unidos contra México, de 1839; el art. II de la Convención sobre el Arreglo de Reclamaciones de Ciudadanos de los Estados Unidos contra Costa Rica, de 1860; el art. VI del Tratado de Washington entre Gran Bretaña y los Estados Unidos, de 1871 (concluido para resolver el asunto *Alabama Claims*); el art. 6 del Convenio para la Reparación de Daños Causados a Ciudadanos Franceses entre Chile y Francia,

de un Tribunal Internacional de Presas, de 1907, que nunca entró en vigor pero al que posteriormente se hizo referencia durante la redacción del Artículo 38, párrafo 3, del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, establecía en su artículo 7 que si una cuestión no estaba prevista en un tratado o en una norma de derecho internacional generalmente reconocida, el tribunal debía “resolver conforme a los principios generales de la justicia y de la equidad”¹¹⁵.

79. Las Convenciones de La Haya para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales, de 1899 y 1907, también contenían una disposición amplia sobre el derecho aplicable, según la cual la solución de controversias debía hacerse “sobre la base del respeto a la ley” (artículos 15 y 37, respectivamente). Como se verá más adelante, algunos tribunales arbitrales constituidos en virtud de estas Convenciones aplicaron normas o principios derivados de fuentes distintas de los tratados y la costumbre.

80. También vale la pena destacar la cláusula de Martens, que figura en el preámbulo de la Segunda Convención de La Haya relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, de 1899, que se mencionó durante la redacción del Artículo 38, párrafo 3, del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional. La cláusula disponía que:

En espera de que un código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno hacer constar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública¹¹⁶.

81. En el contexto de la solución de controversias, los Estados y los órganos jurisdiccionales recurrían a normas y principios derivados de fuentes distintas de los

de 1882; el art. 6 del Convenio de Arbitraje entre Chile e Italia, de 1882; el art. 4 del Convenio de Arbitraje entre la Argentina y Chile, de 1896; el art. II del Convenio de Arbitraje para la Solución de Controversias entre Italia y el Perú, de 1899; el art. XXII de la Convención para el Establecimiento de una Corte Centroamericana de Justicia, de 1907; el art. 7 del Compromiso para Someter a Arbitraje las Reclamaciones Pecuniarias Pendientes entre los Estados Unidos y Gran Bretaña, de 1910. Estos y otros tratados pertinentes pueden encontrarse en J.B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party*, 6 vols. (Washington, Government Printing Office, 1898), y H. La Fontaine, *Pasicrisie internationale 1794-1900: Histoire documentaire des arbitrages internationaux* (Berna, Stämpfli, 1902).

¹¹⁵ Véanse los párrs. 95 y 97 *infra*. Un informe preparado por la Primera Comisión de la Conferencia de Paz de La Haya, de 1907, explicaba esta disposición de la siguiente manera: “[La Corte] está llamada a *crear el derecho* y a tener en cuenta otros principios distintos de aquellos a los que estaba obligado a ajustarse el tribunal nacional cuya sentencia se recurre. Confiamos en que los jueces elegidos por las Potencias estarán a la altura de la elevada misión que se les ha confiado y que la ejecutarán con moderación y firmeza. Ellos orientarán la práctica en dirección a la justicia sin alterarla. El temor a las decisiones justas que adopten puede dar lugar a que los beligerantes y los jueces nacionales actúen más sabiamente y realicen investigaciones más serias y minuciosas, y se prevenga, de esa manera, la adopción de normas y decisiones demasiado arbitrarias”. Véase J.B. Scott, *The Proceedings of The Hague Peace Conferences: The Conference of 1907*, vol. I (Oxford, Oxford University Press, 1920), págs. 189 y 190.

¹¹⁶ *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th, 1920* (La Haya, Van Langenhuisen Bros., 1920), 13^a sesión (véase el párr. 97 *infra*). La cláusula de Martens se incluyó posteriormente en la Cuarta Convención de La Haya relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre (1907) con idéntica redacción, y en tratados posteriores con algunas modificaciones.

tratados y la costumbre, tanto con fundamento en disposiciones sobre el derecho aplicable como las mencionadas anteriormente, como en ausencia de ellas.

82. En el caso *Cestus* (1870), por ejemplo, el árbitro estudió una reclamación de Gran Bretaña por las pérdidas sufridas por buques británicos debido a la decisión de la Argentina de cerrar sus puertos como acto de guerra contra el Uruguay. Después de rechazar los argumentos de Gran Bretaña basados en ciertas disposiciones convencionales¹¹⁷, el árbitro procedió a analizar si la Argentina estaba obligada a indemnizar las pérdidas “en justicia”¹¹⁸. Este argumento fue rechazado porque, entre otras cosas, “según un principio de la doctrina jurídica universal, quien ejerce su derecho no perjudica a nadie”¹¹⁹.

83. En el arbitraje sobre las *Reclamaciones de Alabama* entre Gran Bretaña y los Estados Unidos (1872), se pidió al tribunal que aplicara normas y principios relacionados con la diligencia debida, el cálculo de los daños y el pago de intereses¹²⁰. El razonamiento del tribunal fue conciso, pero los alegatos de las partes contenían diversas referencias a las leyes nacionales en apoyo de sus argumentos¹²¹.

84. En el caso *Fabiani* (1896), el árbitro aplicó el concepto de denegación de justicia a los daños sufridos por un ciudadano francés ante los tribunales venezolanos. El árbitro precisó el concepto basándose en la jurisprudencia del Tribunal Federal de Suiza, en el Código de Procedimiento Civil francés y en la doctrina. Concluyó, en particular, que:

El estudio de los principios generales del derecho de gentes [...], es decir, de las normas comunes a la mayoría de los ordenamientos jurídicos o consagradas por la doctrina jurídica, nos lleva a la conclusión de que constituye denegación de justicia no solo la negativa de la autoridad judicial a ejercer sus funciones, [...] sino también el retraso persistente en el pronunciamiento de las sentencias¹²².

85. En el caso del *Fondo Piadoso* entre México y los Estados Unidos (1902) se solicitó al tribunal que determinara si se aplicaba el principio de cosa juzgada a una decisión previa emitida por la Comisión Mixta México-Estados Unidos¹²³. En el curso del procedimiento, ambas partes presentaron sus argumentos fundándose ampliamente en el derecho interno de varios Estados y en el derecho romano¹²⁴. En

¹¹⁷ La Fontaine, *Pasicrisie internationale* (nota 114 *supra*), págs. 64 a 66. El compromiso no contenía ninguna disposición sobre el derecho aplicable.

¹¹⁸ *Ibid.*, pág. 66.

¹¹⁹ *Ibid.*, pág. 67.

¹²⁰ *Alabama claims of the United States of America against Great Britain*, laudo de 14 de septiembre de 1872, *Reports of International Arbitral Awards* (UNRIAA), vol. XXIX, págs. 125 a 134.

¹²¹ Véase, por ejemplo, *Case of the United States, to Be Laid before the Tribunal of Arbitration, to Be Convened at Geneva under the Provisions of the Treaty between the United States of America and Her Majesty the Queen of Great Britain, Concluded at Washington, May 8, 1871* (Washington D.C., Government Printing Office, 1872), págs. 150 a 158 (donde se define la “diligencia debida”). Véase también Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (nota 113 *supra*), págs. 216 a 223.

¹²² La Fontaine, *Pasicrisie internationale* (nota 114 *supra*), pág. 356 (véase también el caso *Antoine Fabiani*, 31 de julio de 1905, UNRIAA, vol. X, págs. 83 a 139, en especial pág. 91). El árbitro también se basó en distintos sistemas jurídicos nacionales para analizar más a fondo las normas en materia de prueba (pág. 362) y de responsabilidad (págs. 363 y 364).

¹²³ La controversia fue sometida a arbitraje sobre la base de un compromiso de 1902. El compromiso no contenía ninguna disposición sobre el derecho aplicable. Véase *The Pious Fund Case (United States of America v. Mexico)*, laudo de 14 de octubre de 1902, UNRIAA, vol. IX, págs. 1 a 14, en especial pág. 7 a 10. Véase también el párr. 101 *infra*.

¹²⁴ Las partes invocaron el derecho romano, el Código napoleónico y el derecho y la jurisprudencia de Alemania, Bélgica, España, los Estados Unidos, Francia, México, los Países Bajos y Prusia. Véase *United States vs. Mexico, Report of Jackson H. Ralston, Agent of the United States and of*

su laudo, el tribunal consideró que el principio de cosa juzgada era un principio aplicable al arbitraje internacional¹²⁵.

86. En el caso del *Trato preferencial ante Venezuela* (1904)¹²⁶, el tribunal arbitral decidió, con base en “los principios del derecho internacional y las máximas de la justicia”, que Alemania, Gran Bretaña e Italia tenían derecho a un trato preferencial en ciertas reclamaciones pecuniarias respecto de otros Estados con reclamaciones similares¹²⁷. En el caso de las *Pesquerías de la costa del Atlántico Norte* (1910)¹²⁸, los Estados Unidos argumentaron que existía una “servidumbre internacional” a su favor, que impedía a Gran Bretaña ejercer un derecho independiente de regulación de la pesca con respecto a los nacionales de los Estados Unidos en ciertas partes de las aguas de Gran Bretaña. Para rechazar esa reclamación, el tribunal se basó, entre otras cosas, en el derecho civil francés y en el derecho romano y consideró que esa servidumbre no se aplicaba a las relaciones entre Estados¹²⁹.

87. En el caso de la *Frontera en Walfish Bay* entre Alemania y Gran Bretaña (1911)¹³⁰, el árbitro consideró, al definir el derecho aplicable, que las dos cuestiones principales que se le habían planteado

se debían resolver de conformidad con los principios y normas positivas del derecho internacional público y, en su ausencia, de conformidad con los principios generales del derecho, ya que ni dicho Acuerdo de 1890 [ni] la Declaración suplementaria de Berlín, de 30 de enero de 1909, autorizaban en modo alguno al árbitro a basar su decisión en otras normas, y es sabido, según la teoría y la práctica constantes, que no se puede presumir dicha autorización¹³¹.

88. Posteriormente, en el caso de la *Indemnización rusa* (1912)¹³², se pidió al tribunal arbitral que decidiera sobre cuestiones relacionadas con el pago de intereses moratorios o compensatorios. El tribunal consideró que estaba aplicando el derecho internacional público, pero se basó también en el derecho interno (civil) de diversos

Counsel, in the matter of the case of the Pious Fund of the Californias (Washington, Government Printing Office, 1902), respuesta de México, págs. 7 y 8; réplica de los Estados Unidos, págs. 7 y 10; conclusiones de México, pág. 11; declaración y escrito en nombre de los Estados Unidos, págs. 32, 46, 47 y 50 a 52; actas de las sesiones, págs. 123, 130, 131, 235 y 309.

¹²⁵ *Pious Fund* (nota 123 *supra*), pág. 12. En este caso también se debatió y aplicó el principio relativo a la competencia del tribunal para decidir acerca de su propia competencia.

¹²⁶ La controversia fue sometida a arbitraje sobre la base de un compromiso firmado en 1903 entre Venezuela, por un lado, y Alemania, Gran Bretaña e Italia, por otro. El compromiso no incluía ninguna disposición sobre el derecho aplicable, pero contenía una referencia a la Convención de La Haya de 1899. Véase *The Venezuelan Preferential Case (Germany, Great Britain, Italy, Venezuela et al)*, laudo de 22 de febrero de 1904, UNRIAA, vol. IX, págs. 105 y 106.

¹²⁷ *Ibid.*, págs. 108 a 110.

¹²⁸ *The North Atlantic Coast Fisheries Case (Great Britain, United States)*, laudo de 7 de septiembre de 1910, UNRIAA, vol. XI, págs. 167 a 226. La controversia fue sometida a arbitraje sobre la base de un compromiso que no contenía ninguna disposición sobre el derecho aplicable, pero sí una referencia a la Convención de La Haya de 1907 (véanse las págs. 173 a 178).

¹²⁹ *Ibid.*, págs. 181 y 182. El tribunal también invocó el principio de buena fe (págs. 186 a 189).

¹³⁰ *The Walfish Bay Boundary Case (Germany, Great Britain)*, laudo de 23 de mayo de 1911, UNRIAA, vol. XI, págs. 263 a 308. La controversia se sometió a arbitraje en virtud de un compromiso que no contenía ninguna disposición sobre el derecho aplicable (véanse las págs. 265 y 266).

¹³¹ *Ibid.*, pág. 294.

¹³² *Affaire de l'indemnité russe (Russie, Turquie)*, laudo de 11 de noviembre de 1912, UNRIAA, vol. XI, págs. 421 a 447. El compromiso entre las partes no contenía ninguna disposición sobre el derecho aplicable, pero incluía una referencia a la Convención de La Haya de 1907 (véanse las págs. 427 a 430).

Estados y en el derecho romano¹³³. El tribunal llegó a la conclusión de que “el principio general de la responsabilidad del Estado implica una responsabilidad especial para el caso de retraso en el pago de una deuda dineraria, a menos que se pueda probar la existencia de una costumbre internacional en contrario”¹³⁴. Asimismo, el tribunal, basándose en los sistemas jurídicos nacionales, concluyó que Rusia había renunciado al pago de dichos intereses. En particular, señaló que:

Dado que el Tribunal ha reconocido que, de conformidad con los principios generales y la costumbre del derecho internacional público, existe una similitud entre las situaciones de un Estado y de un particular que adeudan una suma convencional líquida y exigible, es conforme a derecho y a la equidad aplicar también, por analogía, las normas del derecho privado común a los casos en que la mora en el pago debe considerarse subsanada y el beneficio que se deriva de ella extinguido. En el derecho privado, los efectos de una mora en el pago se extinguen cuando el acreedor, después de haber enviado un requerimiento de pago al deudor, concede una o más prórrogas para el cumplimiento de la obligación principal sin reservarse los derechos adquiridos en virtud de la mora¹³⁵.

89. La práctica expuesta anteriormente, aunque no fuera siempre clara, constituye el contexto en el que se redactó el Artículo 38, párrafo 3, del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional. Algunos autores van más allá y sostienen que el Artículo 38, párrafo 3, constituye, de hecho, una codificación de esa práctica anterior¹³⁶. Algunos puntos parecen claros: en primer lugar, se invocaban y aplicaban normas o principios que se consideraban diferentes de los que figuraban en los tratados y la costumbre, pero a veces también relacionados con ellos; en segundo lugar, si bien la invocación de esas normas o principios podía fundarse en las

¹³³ *Ibid.*, págs. 439, 440 y 442.

¹³⁴ *Ibid.*, pág. 441.

¹³⁵ *Ibid.*, pág. 446. Véanse también los siguientes casos (mencionados en Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (nota 113 *supra*), parte III): *Dispute between Great Britain and Portugal in the case of Yuille, Shortridge & Cie* (1861) (laudo de 21 de octubre de 1861, UNRIAA, vol. XXIX, págs. 57 a 71); *Delagoa Bay Railway Arbitration* (1875) (Moore, *History and Digest of the International Arbitrations ...* (nota 114 *supra*), vol. 2, pág. 1865); *Van Bokkelen* (1888) (La Fontaine, *Pasicrisie internationale* (nota 114 *supra*), págs. 301 a 322); *Behring Sea Arbitration* (1893) (laudo de 15 de agosto de 1893, UNRIAA, vol. XXVIII, págs. 263 a 276); *British Guiana Boundary Arbitration* (1899) (laudo de 3 de octubre de 1899, UNRIAA, vol. XXVIII, págs. 331 a 340); *Cape Horn Pigeon, James Hamilton Lewis, C.H. White and Kate and Anna* (1902) (19 de octubre de 1901 a 29 de noviembre de 1902, UNRIAA, vol. IX, págs. 51 a 78); *Alaska Boundary* (1903) (20 de octubre de 1903, UNRIAA, vol. XV, págs. 481 a 540); *Japanese House Tax* (1905) (22 de mayo de 1905, UNRIAA, vol. XI, págs. 41 a 58); *Grisbadarna* (1909) (laudo de 23 de octubre de 1909, UNRIAA, vol. XI, págs. 147 a 166). Véase también *U.S. v. Schooner La Jeune Eugenie* (1822), Fed. Case núm. 15551, pág. 28 (“El derecho de gentes puede deducirse, en primer lugar, de los principios generales del derecho y la justicia, aplicados a los problemas de las personas, y luego a las relaciones y los deberes de las naciones; o, en segundo lugar, en temas indiferentes o cuestionables, de la costumbre observada y reconocida por las naciones civilizadas; o, por último, del derecho convencional o positivo, que regula la relación entre Estados”).

¹³⁶ Véase, por ejemplo, Pellet y Müller, “Artículo 38” (nota 13 *supra*), pág. 923; Jennings y Watts (eds.), *Oppenheim’s International Law*, vol. I, 9ª ed. (Harlow (Reino Unido), Longman, 1996), págs. 38 y 39; Jenks, *The Common Law of Mankind* (nota 17 *supra*), págs. 266 a 268; Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (nota 20 *supra*), págs. 19 y 20; A. Verdross, “Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale”, en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 52 (1935), págs. 191 a 251, en especial pág. 220; Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (nota 113 *supra*), págs. 67 a 69. Para un punto de vista diferente, véase J. d’Aspremont, “What was not meant to be: general principles of law as a source of international law”, en R. Pisillo Mazzeschi y P. de Sena (eds.), *Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law* (Cham, Springer, 2018), págs. 163 a 184.

referencias a conceptos amplios como la “justicia” y la “equidad” presentes en los acuerdos de arbitraje, la ausencia de tales referencias no impedía su aplicación¹³⁷; en tercer lugar, al aplicar esas normas o principios, los árbitros no decidían *ex aequo et bono*¹³⁸; y, en cuarto lugar, los Estados y los árbitros se basaban a menudo en los ordenamientos jurídicos nacionales y en el derecho romano para identificar las normas o principios en cuestión.

II. Los “principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas” en el Artículo 38 de los Estatutos de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de la Corte Internacional de Justicia

90. Los Estatutos de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de la Corte Internacional de Justicia fueron redactados en varios foros: el Comité Consultivo de Juristas (1920), el Consejo y la Asamblea de la Sociedad de las Naciones (1920), el Comité de Juristas de las Naciones Unidas (1945) y el Comité IV/1 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Organización Internacional (1945). Si bien es cierto que no se pueden extraer conclusiones definitivas únicamente de los trabajos preparatorios, estos proporcionan, sin embargo, algunas orientaciones útiles en cuanto a la inclusión de los “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” en el Artículo 38 de los Estatutos.

91. Mucho antes de que el Comité Consultivo de Juristas comenzara sus trabajos se formularon propuestas para el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional en las que se hacía referencia a los “principios generales del derecho” (o conceptos más amplios) como fuente adicional a los tratados y la costumbre. Alemania, por ejemplo, propuso que los fallos de la Corte se dictaran “de conformidad con los acuerdos internacionales, el derecho consuetudinario internacional y los principios generales del derecho y la equidad”¹³⁹. Del mismo modo, Dinamarca, Noruega y Suecia propusieron que, a falta de tratados y “normas establecidas de derecho internacional”, la Corte debía aplicar “los principios generales del derecho”¹⁴⁰. Suiza, por otra parte, propuso que, en ausencia de un tratado o de un “principio del derecho de gentes”, la Corte debía decidir de conformidad con “la justicia y la equidad”¹⁴¹. La propuesta conjunta de las “cinco potencias neutrales” (Dinamarca, Noruega, Países Bajos, Suecia y Suiza) se apartaba de estas formulaciones y sugería que, a falta de un tratado o de “normas reconocidas de derecho internacional”, la Corte “decidirá de acuerdo con su propia opinión sobre cuál debe ser la norma de derecho internacional en la materia”¹⁴².

¹³⁷ Kolb, *La bonne foi en droit international public* (nota 25 *supra*), págs. 36 y 37.

¹³⁸ Raimondo, *General Principles of Law ...* (nota 13 *supra*), pág. 10; V.D. Degan, *Sources of International Law* (La Haya, Martinus Nijhoff, 1997), pág. 35; Pellet, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international* (nota 113 *supra*), págs. 40 y 41; Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (nota 113 *supra*), págs. 63 a 67.

¹³⁹ Corte Permanente de Justicia Internacional, Comité Consultivo de Juristas, *Documents Presented to the Committee Relating to Existing Plans for the Establishment of a Permanent Court of International Justice*, pág. 129.

¹⁴⁰ *Ibid.*, pág. 179. La redacción alternativa era la siguiente: “la Corte decidirá de acuerdo con lo que, en su opinión, deberían ser las normas del derecho internacional”. Véase también la pág. 205.

¹⁴¹ *Ibid.*, pág. 267.

¹⁴² *Ibid.*, pág. 301.

92. El Comité Consultivo de Juristas¹⁴³ comenzó a examinar la cuestión del derecho aplicable por la Corte en su 13ª sesión. Los tratados y la costumbre se aceptaron rápidamente y sin mucha discusión. Por el contrario, los principios generales del derecho fueron objeto de largos debates y suscitaron opiniones divergentes en el seno del Comité. Por ello, el Relator Especial considera útil describir esos debates con cierto detalle.

93. El Presidente del Comité, Sr. Descamps, propuso desde el principio la siguiente disposición:

El juez aplicará las siguientes reglas para la solución de controversias internacionales, que considerará en el orden que se indica a continuación:

1. El derecho internacional convencional, ya sea general o especial, por tratarse de normas expresamente adoptadas por los Estados;
2. La costumbre internacional, que es la práctica entre las naciones aceptadas por ellas como derecho;
3. Las normas del derecho internacional reconocidas por la conciencia jurídica de las naciones civilizadas;
4. La jurisprudencia internacional como medio para la aplicación y el desarrollo del derecho¹⁴⁴.

94. Los párrafos tercero y cuarto de esta propuesta provocaron reacciones diversas. El tercer párrafo fue rechazado por Root, por considerarlo poco claro y potencialmente peligroso¹⁴⁵. En su opinión, el Comité tenía que “limitarse a las normas contenidas en las convenciones y en el derecho internacional positivo”¹⁴⁶. Phillimore defendió una posición similar y sostuvo que la propuesta “otorgaba a la Corte un poder legislativo”¹⁴⁷.

95. De Lapradelle propuso una formulación más breve: “la Corte juzgará de conformidad con el derecho, la justicia y la equidad”¹⁴⁸. Al mismo tiempo, consideró que no era realmente necesario definir el derecho que debía aplicar la Corte y que sería útil aclarar que la Corte no debía actuar como legislador. También propuso que se permitiera a la Corte decidir si una solución jurídica concreta era “justa y equitativa”¹⁴⁹. Hagerup, haciendo referencia al artículo 7 del Convenio XII de La Haya Relativo al Establecimiento de un Tribunal Internacional de Presas, señaló que era necesario evitar que se declarara un *non liquet* y consideró que la Corte solo debía recurrir a la equidad si se la autorizaba a hacerlo¹⁵⁰.

95. Loder discrepó de Root y afirmó que “se habían mencionado normas reconocidas y respetadas por todo el mundo, normas que, sin embargo, todavía no tenían naturaleza de derecho positivo, pero que el deber de la Corte era precisamente

¹⁴³ El Comité Consultivo de Juristas fue establecido por el Consejo de la Sociedad de las Naciones de conformidad con el artículo 14 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, y se reunió del 16 de junio al 24 de julio de 1920. Sus miembros fueron Mineichiro Adatci (Japón), Rafael Altamira (España), Clovis Bevilacqua (Brasil) (posteriormente sustituido por Raoul Fernandes), Baron Descamps (Bélgica), Francis Hagerup (Noruega), Albert de Lapradelle (Francia), B.C.J. Loder (Países Bajos), Lord Phillimore (Reino Unido), Arturo Ricci-Busatti (Italia) y Elihu Root (Estados Unidos).

¹⁴⁴ *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th, 1920* (nota 116 *supra*), 13ª sesión, pág. 293, y anexo 3, pág. 306.

¹⁴⁵ *Ibid.*, págs. 293 y 294.

¹⁴⁶ *Ibid.*, pág. 294.

¹⁴⁷ *Ibid.*, pág. 295.

¹⁴⁸ *Ibid.*, pág. 295.

¹⁴⁹ *Ibid.*, págs. 295 y 296.

¹⁵⁰ *Ibid.*

desarrollar el derecho, ‘madurar’ costumbres y principios universalmente reconocidos y cristalizarlos en normas positivas; en una palabra, establecer jurisprudencia internacional”¹⁵¹.

97. El debate continuó en la 14ª sesión del Comité. Descamps planteó la cuestión de si, “después de haber registrado como derecho las convenciones y las costumbres, debía añadirse la justicia objetiva como complemento de aquellas, con ciertas condiciones a fin de evitar decisiones arbitrarias”¹⁵². Descamps explicó que, en su opinión, “sería un gran error imaginar que las naciones solo pueden estar vinculadas por compromisos que han contraído de mutuo acuerdo”, y que “la justicia objetiva es el principio natural que debe aplicar el juez”¹⁵³. Además, consideró que el enfoque de Root de limitar el derecho que debía aplicar la Corte a los tratados y la costumbre podía dar lugar a una “denegación de justicia” y dejaría al juez en un “estado de ceguera obligada”¹⁵⁴. Descamps siguió justificando su propuesta inicial, esta vez fundándose en el artículo 7 del Convenio XII de La Haya Relativo al Establecimiento de un Tribunal Internacional de Presas y en la cláusula de Martens¹⁵⁵.

98. Hagerup estuvo de acuerdo con la opinión de Descamps. Con respecto a la posición de Root, consideró que limitaría la competencia de la Corte y la situaría “en una posición totalmente diferente a la de un tribunal ordinario, que no puede declarar un *non liquet*”. También reiteró su opinión de que “una de las tareas de la nueva Corte sería desarrollar la jurisprudencia”¹⁵⁶.

99. Root respondió que, en su opinión, “el mundo estaba dispuesto a aceptar la jurisdicción obligatoria de una Corte que aplicara las normas del derecho internacional reconocidas universalmente”, pero no la de una Corte “que aplicara principios entendidos de forma diferente en los distintos países”¹⁵⁷. Añadió que “es inconcebible que un Gobierno acepte comparecer ante una Corte que base sus sentencias en concepciones subjetivas de los principios de la justicia. La Corte no debe estar facultada para legislar”¹⁵⁸. A esto Descamps respondió que, aunque pudiera ser cierto que los principios de la justicia variaban de un país a otro, al menos en lo relativo a ciertas normas “de importancia secundaria”, “ya no lo es cuando se trata de la ley fundamental de la justicia y la injusticia, profundamente arraigada en el corazón de cada ser humano y que goza de su más alta y autorizada expresión en la conciencia jurídica de las naciones civilizadas”¹⁵⁹. Y añadió que, “lejos de dar demasiada libertad de decisión a los jueces, su propuesta la limitaría [...] impondría a los jueces un deber que les impediría apoyarse demasiado en su propia opinión subjetiva; correspondería a los jueces considerar si los dictados de su conciencia estaban de acuerdo con la concepción de la justicia de las naciones civilizadas”¹⁶⁰.

100. Ricci-Busatti estuvo de acuerdo en cierta medida con Root, en particular en que la Corte no debía actuar como legislador, y consideró además que, “al declarar que no existe ninguna norma positiva de derecho internacional [...] se establece, sin embargo, una situación jurídica. Lo que no está prohibido está permitido; ese es uno de los principios generales del derecho que la Corte deberá aplicar. Si se somete una causa a la Corte y esta determina que no existe ninguna norma que se le aplique, la Corte declarará que una parte no tiene ningún derecho contra la otra y que la conducta

¹⁵¹ *Ibid.*, pág. 294.

¹⁵² *Ibid.*, 14ª sesión, anexo 1, págs. 322 y 323.

¹⁵³ *Ibid.*, pág. 323.

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ *Ibid.*, págs. 323 y 324.

¹⁵⁶ *Ibid.*, 14ª sesión, pág. 307.

¹⁵⁷ *Ibid.*, pág. 308.

¹⁵⁸ *Ibid.*, pág. 309.

¹⁵⁹ *Ibid.*, págs. 310 y 311.

¹⁶⁰ *Ibid.*, pág. 311.

del Estado acusado no es contraria a ninguna norma admitida”¹⁶¹. De Lapradelle¹⁶² y Descamps no estuvieron de acuerdo con este punto de vista. Este último declaró que, si no existe una norma convencional o consuetudinaria aplicable, “el juez debe entonces aplicar los principios generales del derecho. Pero se le debe librar de la tentación de aplicar estos principios a su antojo. Por esta razón, se insta al juez a que adopte sus decisiones de acuerdo con los dictados de la conciencia jurídica de los pueblos civilizados”¹⁶³.

101. En la 15ª sesión del Comité, Root presentó una nueva propuesta para el artículo en cuestión, que incluía como tercera fuente que debía aplicar la Corte “los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”¹⁶⁴. Como se ha señalado anteriormente, Descamps ya había utilizado el término “principios generales del derecho” en la sesión anterior y estuvo de acuerdo con la propuesta¹⁶⁵. Basándose en una analogía con la aplicación de los principios generales por los tribunales nacionales, Fernandes afirmó que “[I]o que es verdadero y legítimo en los asuntos nacionales, por razones fundadas en la lógica y no en el ejercicio arbitrario de la soberanía, no puede ser falso e ilegal en los asuntos internacionales, en los que, además, se carece de legislación y el derecho consuetudinario se forma muy lentamente, de modo que la necesidad práctica de reconocer la aplicación de tales principios es mucho mayor”¹⁶⁶. Mencionó como ejemplo la “declaración americana de los derechos y deberes de las naciones” y explicó además que la Corte tendría la facultad de basar sus sentencias, en ausencia de un tratado o de costumbre, “en aquellos principios de derecho internacional que, con anterioridad a la controversia, no hubieran sido rechazados por las tradiciones jurídicas de alguno de los Estados involucrados en la controversia”¹⁶⁷. Phillimore señaló que “los principios generales a los que se hacía referencia en el punto 3 eran los aceptados por todas las naciones en el ámbito interno, tales como ciertos principios procesales, el principio de buena fe y el principio de cosa juzgada”¹⁶⁸, y que con el término “principios generales del derecho” había querido referirse a las “máximas del derecho”¹⁶⁹. De Lapradelle señaló que “los principios que constituían la base del derecho nacional eran asimismo fuentes del derecho internacional. Sin embargo, los únicos principios generalmente reconocidos que existen son los que han obtenido un apoyo unánime o casi unánime”¹⁷⁰. Al mismo tiempo, consideró preferible no indicar “exactamente las fuentes de las cuales deben derivarse estos principios”¹⁷¹.

102. La propuesta de Root fue aprobada por el Comité en su 27ª sesión sin modificaciones¹⁷². El artículo 35, párrafo 3, del proyecto de estatuto del Comité decía así:

¹⁶¹ *Ibid.*, pág. 314. Phillimore parece haber estado de acuerdo con este punto de vista (véase la pág. 316).

¹⁶² *Ibid.*, pág. 315.

¹⁶³ *Ibid.*, págs. 318 y 319.

¹⁶⁴ *Ibid.*, 15ª sesión, pág. 331, y anexo 1, pág. 344. Parece que Root había aceptado esta redacción porque “[estaba] basada en una decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos”. Véase O. Spiermann, “‘Who attempts too much does nothing well’: The 1920 Advisory Committee of Jurists and the Statute of the Permanent Court of International Justice”, *British Yearbook of International Law*, vol. 73 (2002), págs. 187 a 260, en especial pág. 217.

¹⁶⁵ *Procès-verbaux* (nota 144 *supra*), 14ª sesión, pág. 331.

¹⁶⁶ *Ibid.*, pág. 331, y anexo 2, pág. 346.

¹⁶⁷ *Ibid.*, pág. 346.

¹⁶⁸ *Ibid.*, pág. 335. Anteriormente se había referido al caso *Pious Fund* (*ibid.*, pág. 316).

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ *Ibid.*, pág. 336.

¹⁷² *Ibid.*, 27ª sesión, pág. 584, y 31ª sesión, pág. 648.

La Corte, dentro de los límites de su competencia definidos en el artículo 34, deberá aplicar, en el orden siguiente:

[...]

3. Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas¹⁷³.

103. El proyecto de estatuto se presentó a la Sociedad de las Naciones para que los Estados lo examinaran, y se formularon algunas propuestas con respecto al artículo 35, párrafo 3. En el seno de la Subcomisión de la Tercera Comisión de la Primera Asamblea, Francia propuso incluir la formulación “los principios generales del derecho y la justicia”¹⁷⁴. Francia explicó que esta enmienda “permitiría a la Corte invocar, como única razón de sus sentencias, que la decisión le había parecido justa”, pero que “[e]sto no implicaba que la Corte pudiera hacer caso omiso de las normas existentes”¹⁷⁵. Esta propuesta se aprobó provisionalmente¹⁷⁶. Posteriormente, Grecia se opuso a la enmienda y sugirió que el artículo 35, párrafo 3, se redactara, en cambio, de la siguiente manera: “Los principios generales del derecho y, con el consentimiento de las partes, los principios generales de la justicia reconocidos por las naciones civilizadas”¹⁷⁷. Tras algunos debates, se decidió mantener el artículo 35, párrafo 3, tal como había sido redactado inicialmente por el Comité Consultivo de Juristas, y se añadió la siguiente oración al final de la disposición:

La presente disposición se entenderá sin perjuicio de la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono* si las partes así lo convinieren¹⁷⁸.

104. En cuanto a las palabras “en el orden siguiente” que aparecen en el encabezamiento del artículo 35 del proyecto de estatuto, la Subcomisión decidió suprimirlas¹⁷⁹.

105. El Artículo 38, párrafo 3, del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional no sufrió ningún cambio cuando se redactó el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, más allá de aparecer ahora como Artículo 38, párrafo 1 c). En el seno del Comité de Juristas de las Naciones Unidas, Costa Rica propuso eliminar la palabra “generales”, pero la propuesta no se debatió. Por su parte, Francia señaló que, “si bien el Artículo 38 no estaba bien redactado, sería difícil hacer un mejor proyecto en el tiempo de que disponía el Comité”. También observó que la Corte Permanente de Justicia Internacional había funcionado bien con el Artículo 38 del Estatuto¹⁸⁰.

106. En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Organización Internacional, celebrada en San Francisco en 1945, Chile señaló que el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional no hacía referencia al derecho internacional y propuso cambiar la formulación del Artículo 38, párrafo 3, por “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas y en especial los principios del derecho internacional”. Las delegaciones respondieron que

¹⁷³ *Ibid.*, 32ª sesión, anexo, pág. 680. En el informe final del Comité no se dieron mayores explicaciones acerca de esta disposición (véase *ibid.*, 34ª sesión, anexo 1, págs. 729 y 730).

¹⁷⁴ *Documents concerning the action taken by the Council of the League of Nations under Article 14 the Covenant and the adoption by the Assembly of the Statute of the Permanent Court* (Ginebra, 1921), Subcomisión de la Tercera Comisión, 7ª sesión, 1 de diciembre de 1920, pág. 145.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ *Ibid.*, 10ª sesión, 7 de diciembre de 1920, pág. 157.

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ *Ibid.*, 7ª sesión, 1 de diciembre de 1920, pág. 145.

¹⁸⁰ *Documents of the United Nations Conference on International Organization, San Francisco, 1945*, vol. XIV, 7ª sesión, 13 de abril de 1945, págs. 162 y ss., en especial pág. 170.

esa adición era innecesaria dado que siempre se había considerado que el Artículo 38 implicaba una obligación de aplicar el derecho internacional¹⁸¹. En virtud de una nueva propuesta de Chile, el encabezamiento del Artículo 38 se cambió de “La Corte deberá aplicar” a “La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar”¹⁸².

107. También se planteó brevemente en San Francisco la cuestión del orden en que debían aplicarse las fuentes enumeradas en el Artículo 38. Colombia sugirió que se debían aplicar en el orden en que aparecían, pero esa propuesta fue abandonada posteriormente¹⁸³.

108. De la génesis de la redacción del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y su predecesora se pueden extraer las siguientes conclusiones. En primer lugar, como han señalado algunos autores¹⁸⁴, parece que los redactores no creían que, al incluir en el Estatuto los “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”, estuvieran creando una nueva fuente del derecho internacional, sino más bien codificando una ya existente. En segundo lugar, la inclusión de esta tercera fuente parece haber sido motivada en parte por la preocupación de que la Corte pudiera negarse a ejercer su jurisdicción y declarara un *non liquet*, pero también hubo acuerdo general en que la Corte no debía tener facultades para crear derecho¹⁸⁵.

109. En tercer lugar, la génesis de la redacción aporta algunas aclaraciones importantes sobre los orígenes de los principios generales del derecho. Por una parte, hubo acuerdo general entre los miembros del Comité Consultivo de Juristas en el sentido de que los principios generales del derecho podían derivar de principios que se encontraban en el orden interno. Por otra parte, el Comité no excluyó la posibilidad de que los principios generales del derecho pudieran tener también otros orígenes¹⁸⁶. Por último, los trabajos preparatorios también muestran que los principios generales del derecho forman parte del derecho internacional, que no existe una jerarquía formal entre las diferentes fuentes del derecho internacional enumeradas en la disposición y que los principios generales del derecho se distinguen claramente del *ex aequo et bono*.

¹⁸¹ *Documents of the United Nations Conference on International Organization, San Francisco, 1945*, vol. XIII, 5ª sesión del Comité IV/1, 10 de mayo de 1945, págs. 162 y ss., en especial pág. 164.

¹⁸² *Ibid.*, 19ª sesión del Comité IV/1, 6 de junio de 1945, págs. 279 y ss., en especial págs. 284 y 285. Véase también *ibid.*, informe del Relator del Comité IV/1, Nasrat Al-Fasry, págs. 381 y ss., en especial pág. 392.

¹⁸³ *Ibid.*, 19ª sesión del Comité IV/1, 6 de junio de 1945, págs. 279 y ss., en especial pág. 287.

¹⁸⁴ Véase la nota 132 *supra*.

¹⁸⁵ Pellet y Müller, “Article 38” (nota 13 *supra*), pág. 923; O. Spiermann, “The history of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice: ‘A purely platonic discussion’?”, en J. d’Aspremont y S. Besson (eds.), *The Oxford Handbook of the Sources of International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2017), págs. 167 y 171; Spiermann, “‘Who attempts too much does nothing well’ ...” (nota 164 *supra*), pág. 215.

¹⁸⁶ G. Gaja, “General principles in the jurisprudence of the ICJ”, en M. Andenas y otros (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Brill, 2019), pág. 37.

III. Los principios generales del derecho con posterioridad a la aprobación de los Estatutos de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de la Corte Internacional de Justicia

110. Los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional se han mencionado y aplicado en la práctica de los Estados y la práctica judicial en numerosas ocasiones tras la aprobación de los Estatutos de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de la Corte Internacional de Justicia. El objetivo de esta sección es ofrecer una breve reseña de la aplicación de los principios generales del derecho en la práctica reciente y mostrar la pertinencia que ha seguido teniendo esta fuente del derecho internacional hasta la fecha, así como la variedad de contextos en los que puede desempeñar un papel.

A. Referencias a los principios generales del derecho en los instrumentos internacionales

111. En muchos tratados concertados después de la aprobación de los Estatutos de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de la Corte Internacional de Justicia se hace referencia a los principios generales del derecho, ya sea a los efectos de establecer el derecho que han de aplicar las cortes y tribunales o para determinar el alcance de determinadas disposiciones sustantivas.

112. Algunos tratados hacen referencia a los principios generales del derecho incorporando de manera exacta el texto del Artículo 38 del Estatuto¹⁸⁷. Otros tratados utilizan un lenguaje similar, aunque no idéntico, al del Artículo 38. El Tratado de Arbitraje y Conciliación entre Suiza y Alemania de 1921, por ejemplo, establece en su artículo 5 que:

El Tribunal aplicará:

En primer lugar, las convenciones en vigor entre las partes, ya sean generales o especiales, y los principios de derecho que de ellas se derivan;

En segundo lugar, la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

En tercer lugar, los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

Si, en un caso particular, las bases jurídicas antes mencionadas son insuficientes, el Tribunal dictará su laudo de conformidad con los principios del derecho que,

¹⁸⁷ Véase, por ejemplo, el art. 19 del Tratado de Conciliación y Arbitraje entre Polonia y Checoslovaquia (Varsovia, 23 de abril de 1925, *Arbitration and Security: Systematic Survey of the Arbitration Conventions and Treaties of Mutual Security Deposited with the League of Nations*, 2ª ed. (publicación de la Sociedad de las Naciones 1927.V.29, Ginebra, 1927), pág. 236); el art. 4 del Convenio de Arbitraje y Conciliación entre Alemania y los Países Bajos (La Haya, 20 de mayo de 1926, *ibid.*, págs. 291 y ss., en especial pág. 292); el art. 19 del Tratado de Conciliación y Arbitraje entre Polonia y el Reino de los Serbios, Croatas y Eslovenos (Ginebra, 18 de septiembre de 1926, *ibid.*, págs. 342 y ss., en especial pág. 345); el art. 2 del Convenio de Arbitraje entre Bélgica y Francia de 1936 (laudo de 1 de marzo de 1937, UNRIAA, vol. III, págs. 1701 a 1716, en especial pág. 1704); el art. 19, párr. 2, del Reglamento de Procedimiento de la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía de 2002; el art. 2 del Compromiso entre Singapur y Malasia de 2012. Véase también el art. 10 del Reglamento Modelo de Procedimiento Arbitral finalizado por la Comisión en 1958 (*Anuario ... 1958*, vol. II, págs. 90 y ss., párr. 22).

en su opinión, deben regir el derecho internacional. Para ello se guiará por las soluciones consagradas en la doctrina y la jurisprudencia.

Si las partes están de acuerdo, el Tribunal podrá, en lugar de basar su decisión en principios jurídicos, dictar un laudo basándose en consideraciones de equidad¹⁸⁸.

113. En el ámbito del derecho penal internacional, el Estatuto de Roma merece cierta atención¹⁸⁹. El artículo 21 del Estatuto, titulado “Derecho aplicable”, dispone lo siguiente:

1 La Corte aplicará:

a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los Crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba;

b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables y los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados;

c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos. [...]

114. Los trabajos preparatorios del Estatuto de Roma pueden proporcionar alguna orientación sobre el significado del párrafo 1, apartados *b)* y *c)*, del artículo 21. En el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional elaborado por la Comisión se enumeran tres fuentes del derecho sin especificar jerarquía alguna entre ellas: el Estatuto, los “tratados aplicables y los principios y normas del derecho internacional general” y, “en la medida en que sea aplicable, cualquier norma de derecho interno”¹⁹⁰. Como se señaló en la segunda parte del presente informe, en el comentario a esa disposición la Comisión declaró que “la expresión ‘principios y normas’ del derecho internacional general comprende los principios generales del derecho, lo que significa que, siempre que busque orientaciones sobre cuestiones que no estén claramente reguladas por tratados, el Tribunal puede legítimamente invocar todo el cuerpo de derecho penal, ya se encuentre en normas nacionales o en la práctica internacional”¹⁹¹.

¹⁸⁸ Tratado de Arbitraje y Conciliación entre la Confederación Suiza y el Reich Alemán (Berna, 3 de diciembre de 1921), *Arbitration and Security* (nota 187 *supra*), págs. 201 y ss., en especial pág. 202. Véase también el artículo 5 del Convenio de Arbitraje y Conciliación entre Alemania y Finlandia de 1925 (Berlín, 14 de marzo de 1925, *ibid.*, págs. 226 y ss., en especial pág. 227); el artículo 5 del Convenio de Arbitraje y Conciliación entre Alemania y Estonia de 1925 (Berlín, 10 de agosto de 1925, *ibid.*, págs. 284 y ss., en especial págs. 285 y 286); el artículo 4 del Tratado de Arbitraje y Conciliación entre Alemania y Dinamarca de 1926 (Berlín, 2 de junio de 1926, *ibid.*, págs. 269 y ss., en especial págs. 269 y 270).

¹⁸⁹ A diferencia del Estatuto de Roma, los estatutos de otros tribunales penales internacionales no contienen disposiciones sobre el derecho aplicable. Sin embargo, como se verá en la siguiente sección, esto no ha impedido que esos tribunales apliquen los principios generales del derecho. Véase el informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad (*S/25704*), párr. 58 (“El [Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia] tendrá que pronunciarse respecto de qué argumentos personales podrán eximir de responsabilidad penal, por ejemplo, carecer de la edad mínima o encontrarse mentalmente incapacitado, basándose en los principios generales de derecho generalmente reconocidos por las naciones”).

¹⁹⁰ Art. 33 del proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional, *Anuario ... 1994*, vol. II (segunda parte), párr. 91, pág. 55.

¹⁹¹ Párr. 2 del comentario al art. 33, *ibid.*

115. En el Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional se debatió la cuestión de “si la Corte debía estar facultada para desarrollar ulteriormente los principios generales del derecho penal que no estaban incluidos expresamente en el Estatuto o para legislar al respecto”¹⁹². Las delegaciones presentaron varias propuestas. Algunas estuvieron a favor de conceder cierto grado de libertad judicial a la Corte (por ejemplo, para formular los elementos de los crímenes y los principios relativos a la responsabilidad y a las circunstancias eximentes), mientras que otras se opusieron a la idea de facultar a la Corte para legislar y prefirieron que se incluyeran remisiones al derecho interno¹⁹³.

116. El proyecto final del Comité Preparatorio contenía una disposición sobre el derecho aplicable (proyecto de artículo 20) que era similar a la que finalmente se convirtió en el artículo 21 del Estatuto de Roma. Contenía, sin embargo, dos variantes para la tercera fuente del derecho que debía aplicar la Corte. La primera variante disponía que la Corte aplicaría “los principios generales del derecho que derive del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo”. La segunda variante requería que la Corte aplicara el derecho interno de Estados concretos, según distintos criterios¹⁹⁴.

117. En la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, celebrada en Roma en 1998, los Estados llegaron a una solución de avenencia que combinaba básicamente ambas variantes. En un documento de trabajo del Grupo de Trabajo sobre el Derecho Aplicable se explica que “[l]a mayoría de las delegaciones eran partidarias de la variante 1, pero algunas seguían prefiriendo la variante 2. Se expresó la opinión de que las normas aplicables en el derecho interno indicadas en la variante 2 podrían darse como ejemplos del derecho interno a que se hace referencia en la variante 1, de forma que se combinaran las dos variantes”¹⁹⁵. En el informe del Grupo de Trabajo se señala además que “[a]lgunas delegaciones opinaron que, por principio, no debía hacerse remisión al derecho interno de ningún Estado. La Corte debe derivar esos principios de un examen general de los sistemas jurídicos y sus leyes nacionales respectivas”¹⁹⁶.

118. El artículo 21 del Estatuto de Roma ha sido interpretado de manera diferente por los expertos. Según una opinión, los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia están incluidos en el párrafo 1 b) (“principios y normas del derecho internacional”)¹⁹⁷. Otra

¹⁹² Informe del Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, vol. II, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 22A (A/51/22)*, pág. 105.

¹⁹³ *Ibid.*, págs. 105 a 107. Véase también el informe del Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional vol. I, *ibid.*, *Suplemento núm. 22 (A/51/22)*, párrs. 179 a 188.

¹⁹⁴ Informe del Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, *A/CONF.183/2/Add.1*, págs. 46 y 47.

¹⁹⁵ *A/CONF.183/C.1/WGAL/L.1*, pág. 2.

¹⁹⁶ *A/CONF.183/C.1/WGAL/L.2* y Corr.1, pág. 2. Véase también *Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, Roma, 15 de junio a 17 de julio de 1998, Documentos Oficiales*, vol. II, *Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria (A/CONF.183/13 (Vol. II))*, Comisión Plenaria, sesiones 12ª y 13ª, págs. 217 a 224.

¹⁹⁷ W.A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2ª ed. (Oxford, Oxford University Press, 2016), pág. 520 (“Del artículo 21 1) c) parece inferirse el uso de los ‘principios generales’ no como medio para determinar el contenido del derecho internacional público, sino más bien en el contexto del derecho penal comparado. La referencia en el artículo 21 1) c) a que esos principios no sean incompatibles con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos daría lugar a una conclusión ilógica si esa disposición tuviera por objeto incluir los ‘principios generales’ cuando este término se

opinión considera que el párrafo 1 c) (“los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo”) es una formulación más precisa del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹⁹⁸. Según una tercera opinión, los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), están incluidos en ambos párrafos del artículo 21 del Estatuto de Roma¹⁹⁹.

119. Un autor señala que las fuentes enumeradas en el artículo 21 del Estatuto de Roma parecen derivar, en términos generales, de las que figuran en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, aunque con ciertas “modificaciones para tener en cuenta las características propias del derecho penal, en particular la necesidad de claridad y especificidad”²⁰⁰. El mismo autor observa acertadamente que el artículo 21 refleja la solución de avenencia alcanzada durante las negociaciones del Estatuto de Roma entre, por una parte, el grado de discrecionalidad que debe concederse a los magistrados a la luz del principio de legalidad y, por otra, las posibles lagunas del derecho penal internacional²⁰¹.

120. Los debates y las soluciones de avenencia alcanzadas durante la redacción del artículo 21 del Estatuto de Roma muestran que el párrafo 1 c) de este artículo es único, ya que fue concebido para tener en cuenta el carácter y las consideraciones especiales del derecho penal internacional. Por ello, podría resultar inapropiado concluir que se trata de una formulación más precisa del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la

utiliza para referirse a una de las tres fuentes primarias del derecho internacional público. Por esta razón, se debe considerar que los ‘principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas’ están comprendidos en el artículo 21 1) b) más que en el artículo 21 1) c)”). Schabas también señaló, sin embargo, que una referencia en un fallo reciente de la Sala de Apelaciones al artículo 21, párrafo 1 c), del Estatuto de Roma con respecto a los principios generales del derecho (véanse los párrs. 213 y 214 *infra*) “hace que esta cuestión siga siendo algo incierta” (págs. 520 y 521). Véase también J.P. Pérez-León Acevedo, “Reparation principles at the International Criminal Court”, en M. Andenas y otros (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Brill, 2019), págs. 332 y 333; J. Powderly, “The Rome Statute and the attempted corseting of the interpretative judicial function: reflections on sources of law and interpretative technique”, en C. Stahn (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court* (Oxford, Oxford University Press, 2015), págs. 478 y 482.

¹⁹⁸ A. Pellet, “Article 21”, en A. Cassese, P. Gaeta y J.R.W.D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court* (Oxford, Oxford University Press, 2002), págs. 1051 y ss., en especial págs. 1071 a 1073 (“Quizás no debería darse tanta importancia a la letra del artículo 21 1) b) del Estatuto. En realidad, no cabe duda de que esta disposición se refiere, exclusivamente, al derecho internacional consuetudinario, del cual los ‘principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados’ forman claramente parte integrante [...] El artículo 21 del Estatuto de la Corte Penal Internacional define [los principios generales del derecho] mejor y más precisamente que el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, ya que indica que estos principios son los ‘que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo’, lo que disipa toda incertidumbre en cuanto a su naturaleza y los diferencia claramente de los principios generales del derecho internacional”).

¹⁹⁹ R. Wolfrum, “General international law (principles, rules, and standards)”, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2010), párr. 28 (“Sobre la base de la redacción del Artículo 38 1) c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, su génesis legislativa y su objeto y propósito, la opinión más defendible parece ser que los principios generales pueden derivarse no solo del derecho interno, sino también del derecho internacional. Este razonamiento se aplica en el artículo 21 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que distingue claramente entre los principios generales derivados del derecho internacional y los derivados del derecho nacional”). Véase también M. de Guzmán, “Article 21”, en O. Triffterer y K. Ambos (eds.), *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 3ª ed. (Múnich y Oxford, C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016), págs. 932 a 948, en especial págs. 939 a 944.

²⁰⁰ De Guzmán, “Article 21” (véase la nota precedente), pág. 933.

²⁰¹ *Ibid.*

Corte Internacional de Justicia. Sin embargo, dado que el artículo 21, párrafo 1 c), del Estatuto de Roma se refiere expresamente a los “principios generales del derecho” y, como se verá en la cuarta parte del presente informe, la práctica de los Estados y la práctica judicial respaldan la tesis de que los principios generales del derecho pueden derivarse de los sistemas jurídicos nacionales, se podría considerar que esa disposición refleja parte del alcance del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Con respecto al párrafo 1 b) del artículo 21 del Estatuto de Roma, puede concluirse que también incluye los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, dada su similitud con el proyecto inicial preparado por la Comisión.

121. En el ámbito del derecho de los derechos humanos, el artículo 15, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que “[n]ada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”. De manera similar, el artículo 7, párrafo 2, del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos)²⁰² dispone que “[el] presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas”. Los trabajos preparatorios de ambos tratados muestran que estos artículos se introdujeron con el fin de confirmar y reforzar los principios afirmados en la resolución 95(I) de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1946 (principios de Núremberg)²⁰³.

122. A este respecto, cabe mencionar que, siguiendo la formulación del artículo 15, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 11 g) de la Ley Constitucional del Canadá, de 1982, dispone que “toda persona acusada de un delito tiene derecho [...] a no ser declarada culpable de ningún acto u omisión, a menos que, en el momento de su comisión, el acto u omisión constituyera un delito con arreglo al derecho canadiense o al derecho internacional o tuviera carácter delictivo según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad de naciones”. La Constitución de Sri Lanka contiene una disposición similar (artículo 13, párrafo 6), que también hace referencia a “los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad de naciones”.

123. Se pueden encontrar otros ejemplos en el ámbito del derecho económico internacional. Por ejemplo, el artículo 143, párrafo 2, del Tratado de Libre Comercio entre China y Nueva Zelanda, de 2008, establece que “[u]n trato justo y equitativo incluye la obligación de garantizar que, teniendo en cuenta los principios generales del derecho, a los inversores no se les deniegue la justicia ni se los trate de manera injusta o inicua en ningún procedimiento judicial o administrativo que afecte sus inversiones”. Otros acuerdos de inversión establecen que “un ‘trato justo y equitativo’ incluye la obligación de no denegar la justicia en los procedimientos judiciales

²⁰² Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 213, núm. 2889, pág. 221.

²⁰³ Véase A/2929, pág. 127, párr. 96; A/4625, párrs. 15 y 16; A/C.3/SR.1008, párrs. 2 y 14; A/C.3/SR.1010, párr. 9; A/C.3/SR.1012, párr. 15; A/C.3/SR.1013, párrs. 14, 15 y 17; Comisión Europea de Derechos Humanos, Trabajos Preparatorios sobre el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, Documento informativo preparado por la Secretaría de la Comisión (DH (57) 6), pág. 4.

penales, civiles o contencioso-administrativos, de conformidad con el principio del debido proceso consagrado en los principales sistemas jurídicos del mundo”²⁰⁴.

124. También se ha hecho referencia a los principios generales del derecho en acuerdos de concesiones estatales. Por ejemplo, de conformidad con la disposición sobre el derecho aplicable que figura en el Acuerdo entre Petroleum Development (Qatar) Ltd. y el Jeque de Qatar, de 1935, “el laudo será compatible con los principios jurídicos conocidos por las naciones civilizadas”. La concesión otorgada por el Gobierno persa a la Anglo-Persian Oil Company, Ltd. en 1933 contenía una cláusula que establecía que “el laudo se basará en los principios judiciales contenidos en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional”.

125. Algunos tratados regionales contienen disposiciones que parecen referirse a principios generales con un ámbito de aplicación limitado. El artículo 340 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 2007, por ejemplo, establece que, “[e]n materia de responsabilidad extracontractual, la Unión deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros”²⁰⁵. El artículo 61 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos²⁰⁶ dispone que “[l]a Comisión también tomará en consideración, como medidas subsidiarias para determinar los principios del derecho [...] los principios generales del derecho reconocidos por los Estados africanos”. Del mismo modo, el artículo 29 del Reglamento del Tribunal Económico de la Comunidad de Estados Independientes, de 1997, establece que el Tribunal aplicará, entre otras cosas, “los principios generales del derecho reconocidos por los Estados miembros de la Comunidad”.

B. Los principios generales del derecho en la práctica judicial internacional

126. En la práctica judicial contemporánea se ha hecho referencia en varias ocasiones y en diferentes jurisdicciones a los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional. Si bien, como se ha mencionado anteriormente, el Relator Especial no tiene la intención de ofrecer aquí una reseña completa y detallada de esa práctica (se hará cuando se examinen cuestiones concretas en este y en futuros informes), resulta útil, sin embargo, mostrar brevemente la variedad de contextos en que los principios generales del derecho han desempeñado un papel. En esta etapa, el Relator Especial desea destacar que el hecho de que esta subsección se centre en la práctica relacionada con los litigios (por la sencilla razón de que es de más fácil acceso que otros materiales) no implica en modo alguno que este sea el único contexto en el que se aplican los principios generales del derecho. Como fuente del derecho internacional, dichos principios deben regir las relaciones entre los sujetos de derecho internacional en general.

²⁰⁴ Véase, por ejemplo, el art. 9.5, párr. 2 a), del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Corea, de 2018; el artículo 11.5, párr. 2 a), del Tratado de Libre Comercio entre Australia y Corea, de 2014; el artículo 5, párr. 2 a), del Tratado Bilateral de Inversión entre los Estados Unidos y Rwanda, de 2008; el artículo 5, párr. 2 a), del Tratado Bilateral de Inversión entre los Estados Unidos y el Uruguay, de 2005.

²⁰⁵ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (13 de diciembre de 2007), versión consolidada en *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. C 326, pág. 47. Véase también el art. 215 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Roma, 25 de marzo de 1957, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 298, núm. 4300, pág. 3).

²⁰⁶ Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Nairobi, 27 de junio de 1981), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1520, núm. 26363, pág. 217.

127. La Corte Internacional de Justicia y su predecesora parecen haberse referido de manera clara a los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 3, y el Artículo 38, párrafo 1 c), de los respectivos Estatutos en unos pocos casos solamente, lo cual podría parecer que está, de alguna manera, en contraposición con la actitud de los Estados respecto de esa fuente del derecho internacional, ya que estos han invocado los principios generales del derecho en sus alegaciones en muchas oportunidades, aunque a veces la Corte, por una u otra razón, no haya acogido sus argumentos o, incluso, no los haya tratado. De manera similar, distintos magistrados han basado a menudo sus opiniones en los principios generales del derecho²⁰⁷.

128. La Corte Permanente de Justicia Internacional, por ejemplo, parece haber rechazado la aplicación de los principios generales del derecho, sin negar su existencia, en la opinión consultiva sobre la *Cuestión de Jaworzina*²⁰⁸, en la causa relativa a las *Concesiones Mavrommatis Jerusalem*²⁰⁹ y la causa relativa a los *Empréstitos serbios*²¹⁰. Los principios generales del derecho sí se aplicaron en la opinión consultiva sobre el *Acuerdo greco-turco*²¹¹ y en la causa relativa a la *Fábrica Chorzow*²¹². Además, en algunos casos hay breves referencias a lo que parecen ser principios generales del derecho, pero sin que se extraigan consecuencias claras de ellos, como en la opinión consultiva relativa a la *Interpretación del artículo 3, párrafo 2, del Tratado de Lausanne (frontera entre Turquía y el Iraq)*²¹³. En ninguno de los casos mencionados en este párrafo hizo la Corte referencia alguna al Artículo 38, párrafo 3, de su Estatuto.

129. En cuanto a la Corte Internacional de Justicia, parece haber aplicado los principios generales del derecho en la causa del *Canal de Corfú*²¹⁴, la opinión consultiva sobre las *Reservas a la Convención sobre el Genocidio*²¹⁵, la opinión

²⁰⁷ En la cuarta parte del presente informe se hace referencia a las opiniones de distintos magistrados.

²⁰⁸ *Question of Jaworzina*, opinión consultiva de 6 de diciembre de 1923, PCIJ Series B, núm. 8, págs. 37 y 38 (donde se rechaza una reclamación de Polonia basada en el “principio tradicional” de *ejus est interpretare legem cuius condere*).

²⁰⁹ *The Mavrommatis Jerusalem Concessions*, fallo de 26 de marzo de 1925, PCIJ Series A, núm. 5, pág. 30 (donde se hace referencia a los “principios que parecen ser generalmente aceptados en materia de contratos”).

²¹⁰ *Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France*, fallo de 12 de julio de 1929, PCIJ Series A, núm. 20/21, págs. 38 y 39 (donde se rechaza la aplicación del principio del estoppel).

²¹¹ *Interpretation of Greco-Turkish Agreement of December 1st, 1926*, opinión consultiva de 28 de agosto de 1928, PCIJ Series B, núm. 16, pág. 20 (donde se aplica el principio relativo a la competencia del tribunal para decidir acerca de su propia competencia).

²¹² *Case concerning the Factory at Chorzów (Germany/Poland)*, fallo de 26 de julio de 1927, PCIJ Series A, núm. 9, pág. 31 (donde se considera que es “un principio generalmente aceptado en la jurisprudencia del arbitraje internacional, así como por los tribunales nacionales, que una parte no puede valerse del hecho de que la otra parte no haya cumplido alguna obligación o no haya recurrido a algún medio de reparación si la primera parte ha impedido, por algún acto ilegal, que la segunda cumpla la obligación en cuestión o que recurra al tribunal correspondiente”); *Case concerning the Factory at Chorzów* (fondo), fallo de 13 de septiembre de 1928, PCIJ Series A, núm. 17, pág. 29 (donde se afirma que “es un principio del derecho internacional, e incluso un concepto general del derecho, que cualquier incumplimiento de un compromiso implica una obligación de reparar”).

²¹³ *Interpretation of Article 3, Paragraph 2, of the Treaty of Lausanne*, opinión consultiva de 21 de noviembre de 1925, PCIJ Series B, núm. 12, pág. 32 (donde se considera que el artículo 15, párrafos 6 y 7, del Pacto de la Sociedad de las Naciones reflejaba la “conocida regla de que nadie puede ser juez en causa propia”).

²¹⁴ *Corfu Channel case*, fallo de 9 de abril de 1949, *I.C.J. Reports 1949*, págs. 4 y ss., en especial pág. 18 (con respecto a la admisión de pruebas indirectas).

²¹⁵ *Reservations to the Convention on Genocide*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1951*, págs. 15 y ss., en especial pág. 23 (donde se hace referencia a los principios subyacentes a la Convención

consultiva sobre los *Efectos de los fallos del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas en los que se fijan indemnizaciones*²¹⁶, la causa relativa a la *Barcelona Traction*²¹⁷, la opinión consultiva sobre la *Petición de revisión del fallo núm. 158 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas*²¹⁸ y las causas relativas a la *Cuestión de la delimitación de la plataforma continental entre Nicaragua y Colombia más allá de las 200 millas marinas contadas desde la costa de Nicaragua*²¹⁹ y la *Frontera terrestre en la parte septentrional de Isla Portillos*²²⁰.

130. En otros casos, la Corte ha rechazado argumentos basados en los principios generales del derecho²²¹, o simplemente ha considerado que, dado que las normas del derecho internacional convencional o consuetudinario regulaban la situación en cuestión, no era necesario determinar si existía un principio general del derecho²²².

131. En cuanto a la invocación de los principios generales del derecho por los Estados que comparecen ante la Corte, dicha invocación va desde breves referencias hasta argumentos detallados sobre esta fuente del derecho internacional²²³. Entre los

sobre el Genocidio como “principios reconocidos por las naciones civilizadas como vinculantes para los Estados, incluso aunque no exista ninguna obligación convencional”).

²¹⁶ *Effects of awards of compensation made by the United Nations Administrative Tribunal*, opinión consultiva de 13 de julio de 1954, *I.C.J. Reports 1954*, págs. 47 y ss., en especial pág. 53 (en la que se aplica el “principio de derecho bien establecido y generalmente reconocido” de cosa juzgada).

²¹⁷ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, págs. 3 y ss., en especial pág. 37, párr. 50 (en el que se aplican las “normas generalmente aceptadas por los sistemas jurídicos internos que reconocen la sociedad anónima cuyo capital está dividido en acciones”).

²¹⁸ *Application for Review of Judgment No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1973*, págs. 166 y ss., en especial pág. 181, párr. 36 (donde se considera que “[l]os principios generales del derecho y el carácter judicial de la Corte exigen que, incluso en los procedimientos consultivos, las partes interesadas tengan la oportunidad, sobre la base de la igualdad, de presentar todos los elementos pertinentes a las cuestiones que se hayan sometido al tribunal de revisión”). Véase también *Application for Review of Judgment No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1982*, págs. 325 y ss., en especial págs. 338 y 339, párr. 29.

²¹⁹ *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 2016*, págs. 100 y ss., en especial pág. 125, párr. 58 (donde se hace referencia al principio de cosa juzgada).

²²⁰ *Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos (Costa Rica v. Nicaragua)*, fallo de 2 de febrero de 2018, párr. 68 (donde se hace referencia también al principio de cosa juzgada).

²²¹ *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, págs. 3 y ss., en especial págs. 21 y 22, párrs. 17 y 18 (donde se rechaza el argumento de Alemania de que el principio del reparto justo y equitativo es un principio general del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto); *Application for Review of Judgment No. 158* (nota 218 *supra*), pág. 181, párr. 36 (donde se considera que no existe un principio general del derecho que exija que en los procedimientos de revisión las partes deban tener necesariamente la oportunidad de presentar alegaciones orales); *South West Africa* (segunda fase), fallo, *I.C.J. Reports 1966*, págs. 6 y ss., en especial pág. 47, párr. 88 (donde se estima que la acción popular no puede considerarse un principio general del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto).

²²² *Case concerning Right of Passage over Indian Territory* (fondo), fallo de 12 de abril de 1960, *I.C.J. Reports 1960*, págs. 6 y ss., en especial pág. 43.

²²³ Por citar solo algunos ejemplos recientes, véanse los argumentos relativos al estoppel y a las expectativas legítimas en *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)* (respuesta de Bolivia, párrs. 320 y ss; contrarréplica de Chile, párr. 2.28); a la buena fe en *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)* (memoria de las Islas Marshall, párr. 182); al abuso del derecho en *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)* (contramemoria del Japón, párrs. 9.40 y ss.); al cálculo de los daños y perjuicios en *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo)* (memoria relativa a la indemnización de Guinea, párr. 13); a la *exceptio non adimpleti contractus* en

ejemplos de estos últimos, que se examinarán con más detalle más adelante, figuran los alegatos de Portugal y la India en la causa relativa al *Derecho de paso por territorio de la India*²²⁴, de Liechtenstein en la causa relativa a *Determinados bienes*²²⁵ y de Australia y Timor-Leste en la causa relativa a *Cuestiones relacionadas con la incautación y retención de ciertos documentos y datos*²²⁶.

132. Los principios generales del derecho también han desempeñado un papel más allá de la Corte Internacional de Justicia. En los arbitrajes entre Estados, por ejemplo, se ha recurrido o se ha hecho amplia referencia a ellos en el caso *Eastern Extension, Australasia and China Telegraph Co.*²²⁷, en el caso *Goldenberg*²²⁸, en una decisión de la Comisión de Conciliación Franco-Italiana²²⁹, en el caso *Cargamentos desviados*²³⁰, en el arbitraje *Concesión de los faros*²³¹, en el caso sobre la *Frontera argentino-chilena*²³², en el caso del *Lago Lanoux*²³³, en el arbitraje *OSPAR*²³⁴, en el arbitraje de

Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece) (contramemoria de Grecia, párrs. 8.1 y ss; respuesta de Macedonia del Norte, párrs. 5.54 y ss; contrarréplica de Grecia, párrs. 8.6 y ss); a la exclusión de pruebas obtenidas ilegalmente en procedimientos penales en *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)* (memoria de México, párrs. 21, 374 y 380; contramemoria de los Estados Unidos, párrs. 8.27 y ss.); a la admisibilidad de pruebas en forma de confesión en *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (memoria de Nicaragua (fondo), párr. 160; y a la nulidad de laudos arbitrales en *Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906* (contramemoria de Nicaragua, párrs. 56 y ss.).

²²⁴ *Right of Passage* (nota 222 *supra*).

²²⁵ *Certain Property (Liechtenstein v. Germany)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 2005*, pág. 6.

²²⁶ *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia)* (medidas provisionales), providencia de 3 de marzo de 2014, *I.C.J. Reports 2014*, pág. 147.

²²⁷ *Eastern Extension, Australasia and China Telegraph Company, Ltd. (Great Britain v. United States)*, laudo de 9 de noviembre de 1923, UNRIAA, vol. VI, págs. 112 a 118, en especial págs. 114 y 115.

²²⁸ *Affaire Goldenberg (Allemagne contre Roumanie)*, laudo de 27 de septiembre de 1928, UNRIAA, vol. II, págs. 901 a 910, en especial pág. 909 (donde se considera que el término “derecho de gentes” empleado en el párrafo 4 del anexo de los artículos 297 y 298 del Tratado de Versalles incluía los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas, y se hace referencia al “principio general” que prohíbe la expropiación de los bienes de los extranjeros sin justa indemnización).

²²⁹ *Différend Sociétés “Les Petits-Fils de C.J. Bonnet” – “Tessitura Serica Piemontese”*, decisiones de 16 de marzo de 1949, 1 de diciembre de 1950 y 3 de marzo de 1952, UNRIAA, vol. XIII, págs. 75 a 87, en especial pág. 83 (donde se hace referencia a los principios generales del derecho a efectos de la interpretación de los tratados).

²³⁰ *The Diverted Cargoes Case (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, laudo de 10 de junio de 1955, UNRIAA, vol. XII, págs. 53 a 81, en especial pág. 70.

²³¹ *Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman (Grèce, France)*, laudo de 24/27 de julio de 1956, UNRIAA, vol. XII, págs. 155 a 269, en especial págs. 197, 199 y 241 (en el que se hace referencia a los principios generales del derecho relativos al enriquecimiento injusto y la sucesión de responsabilidad).

²³² *Argentine-Chile Frontier Case*, laudo del 9 de diciembre de 1966, UNRIAA, vol. XVI, págs. 109 a 182, en especial pág. 164 (donde se hace referencia al principio del estoppel).

²³³ *Affaire du lac Lanoux*, laudo de 16 de noviembre de 1957, UNRIAA, vol. XII, págs. 281 a 317, en especial pág. 308 (donde se considera, entre otros, el principio según el cual no se puede presumir la mala fe). Véase también *International Law Reports*, vol. 24 (1994), págs. 101 a 142, en especial págs. 129 a 130 (texto en inglés).

²³⁴ *Proceedings pursuant to the OSPAR Convention (Ireland-United Kingdom)*, laudo de 2 de julio de 2003, UNRIAA, vol. XXIII, págs. 59 a 151, en especial pág. 87, párr. 84.

*Abyei*²³⁵, en el caso del *Área marina protegida de Chagos*²³⁶, así como en el reciente procedimiento de arbitraje entre Croacia y Eslovenia²³⁷.

133. También se han hecho varias referencias a los principios generales del derecho en el contexto del derecho penal internacional, un ámbito en el que, como han señalado algunos autores, esta fuente del derecho internacional puede desempeñar un papel particularmente importante²³⁸. Pueden encontrarse ejemplos en los fallos y decisiones de la Corte Penal Internacional²³⁹, el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia²⁴⁰, el Tribunal Internacional para Rwanda²⁴¹ y el Tribunal Especial para Sierra Leona²⁴².

134. También se han invocado los principios generales del derecho en la solución de controversias entre inversores y Estados, donde se pueden encontrar referencias (que

²³⁵ *Delimitation of the Abyei Area between the Government of Sudan and the Sudan People's Liberation Movement/Army*, laudo de 22 de julio de 2009, UNRIAA, vol. XXX, págs. 145 a 416, en especial pág. 299, párr. 401 (relativo, entre otras cosas, a la cuestión del exceso de jurisdicción).

²³⁶ *Chagos Marine Protected Area (Mauritius v. United Kingdom)*, laudo de 18 de marzo de 2015, UNRIAA, vol. XXXI, págs. 359 a 606, en especial págs. 542 a 544, párrs. 435 a 438 (en relación con el principio del estoppel).

²³⁷ *Arbitration between the Republic of Croatia and the Republic of Slovenia*, Corte Permanente de Arbitraje, caso núm. 2012-04, laudo de 29 de junio de 2017, párr. 347.

²³⁸ A. Cassese, "The contribution of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia to the ascertainment of general principles of law recognized by the community of nations", en S. Yee y W. Teyia (eds.), *International Law in the Post-Cold War World: Essays in Memory of Li Haopei* (Londres, Routledge, 2001), págs. 46 a 55, en especial pág. 46.

²³⁹ Véase, por ejemplo, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, fallo relativo a la solicitud de la Fiscalía de que se examine con carácter extraordinario la decisión de 31 de marzo de 2006 por la cual la Sala de Cuestiones Preliminares I denegó la autorización para apelar, 13 de julio de 2006 (ICC-01/04-168), párr. 32 (donde se rechaza el argumento de que un principio general del derecho puede dar derecho a apelar en un caso no previsto en el Estatuto de Roma); *Situation in the Democratic Republic of the Congo, Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, decisión confirmatoria de la acusación, 30 de septiembre de 2008 (ICC-01/04-01/07), párr. 190 (donde se hace referencia al principio de cosa juzgada); *Situation in the Republic of Kenya, Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, decisión sobre la solicitud de la Fiscalía de citar a testigos y la consiguiente solicitud de cooperación al Estado parte, 17 de abril de 2014 (ICC-01/09-01/11), párrs. 65 y ss. (en relación con la competencia de las Salas de Primera Instancia para citar testigos).

²⁴⁰ Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, fallo de 10 de diciembre de 1998 (IT-95-17/1-T), Sala de Primera Instancia, *Judicial Reports 1998*, párrs. 177 a 186 (donde se recurre a los principios generales del derecho para dar una definición de violación); *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al.*, fallo de 14 de enero de 2000, Sala de Primera Instancia (IT-95-16-T), párrs. 539 y 677 y ss. (donde se hace referencia a los principios generales del derecho como parte del derecho que ha de aplicar el Tribunal y se abordan los principios generales relativos a los delitos múltiples); *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al.*, fallo de 22 de febrero de 2001, Sala de Primera Instancia (IT-96-23-T e IT-96-23/1-T), párrs. 437 a 460 (donde se recurre también a los principios generales del derecho para dar una definición de violación); *Prosecutor v. Mucić et al. (Čelebići)*, fallo de 20 de febrero de 2001, Sala de Apelaciones (IT-96-21-A), párrs. 583 a 590 (donde se aborda una "circunstancia eximente especial" de responsabilidad atenuada).

²⁴¹ Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Elizaphan and Gérard Ntakirutimana*, decisión sobre la petición de la Fiscalía para que la Sala tome conocimiento de oficio de hechos ya probados, 22 de noviembre de 2001, Sala de Primera Instancia (ICTR-96-10-T e ICTR-96-17-T), párr. 42 (donde se hace referencia al principio de cosa juzgada); *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, fallo de 2 de septiembre de 1998, Sala de Primera Instancia (ICTR-96-4-T), párr. 501 (donde se hace referencia a los "principios generales del derecho penal" para adoptar una decisión basada en una interpretación más favorable al acusado).

²⁴² Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay et al.*, decisión sobre la negativa de un tercero acusado, Augustine Gbao, a comparecer ante el Tribunal Especial para Sierra Leona en las audiencias celebradas el 7 de julio de 2004 y en días posteriores, 12 de julio de 2004, Sala de Primera Instancia (SCSL-04-15-T), párrs. 9 a 10 (donde se hace referencia al juicio en rebeldía).

a veces mencionan expresamente el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia) a principios como la cosa juzgada²⁴³, la competencia del tribunal para decidir acerca de su propia competencia²⁴⁴, la carga de la prueba²⁴⁵, las expectativas legítimas²⁴⁶, el enriquecimiento injusto²⁴⁷ y la buena fe²⁴⁸. Asimismo, se ha hecho referencia a los principios generales del derecho, aunque con menos frecuencia, en la jurisprudencia del mecanismo de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio²⁴⁹

135. Los principios generales del derecho también han aparecido en la esfera de los derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, ha considerado en varias ocasiones que los principios generales del derecho forman parte del *corpus* del derecho de los derechos humanos que deber aplicar²⁵⁰. La Corte se ha referido brevemente a los principios de *estoppel*²⁵¹, *pacta sunt servanda*²⁵² y *iura*

²⁴³ *Waste Management, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos* (“Number 2”), Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), caso núm. ARB(AF)/00/3, decisión de 26 de junio de 2002, párrs. 38 y ss.

²⁴⁴ *Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. República de Chile*, CIADI, caso núm. ARB/04/7, laudo de 21 de agosto de 2007, párr. 203.

²⁴⁵ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, CIADI, caso núm. ARB/02/13, laudo de 31 de enero de 2006, párrs. 70 y ss; *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, CIADI, caso núm. ARB/00/5, laudo de 23 de septiembre de 2003, párr. 110; *International Thunderbird Gaming Corporation v. United Mexican States*, laudo de 26 de enero de 2006, párr. 95; *Asian Agricultural Products Limited v. Republic of Sri Lanka*, CIADI, caso núm. ARB/87/3, laudo de 27 de junio de 1990, párr. 56.

²⁴⁶ *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, CIADI, caso núm. ARB(AF)/09/1, laudo de 22 de septiembre de 2014, párrs. 575 y 576; *Total S.A. c. República Argentina*, CIADI, caso núm. ARB/04/01, decisión sobre responsabilidad de 27 de diciembre de 2010, párrs. 128 a 130; *Toto Costruzioni S.p.A. v. Republic of Lebanon*, CIADI, caso núm. ARB/07/12, laudo de 7 de junio de 2012, párr. 166.

²⁴⁷ *Sea-Land Service, Inc. v. Iran*, caso núm. 33, laudo núm. 135-33-1 (20 de junio de 1984), *Iran–United States Claims Tribunal Reports* (IUSCTR), vol. 6, pág. 168; *Saluka Investments B.V. v. Czech Republic*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), laudo parcial de 17 de marzo de 2006, párr. 449.

²⁴⁸ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI, caso núm. ARB(AF)/00/2, laudo de 29 de mayo de 2003, párr. 153; *Canfor Corporation v. United States, Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America*, CNUDMI, decisión sobre cuestiones preliminares de 6 de junio de 2006, párr. 182; *Sempre Energy International c. República Argentina*, CIADI, caso núm. ARB/02/16, laudo de 28 de septiembre de 2007, párr. 297.

²⁴⁹ Véase, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos–Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS58/AB/R, 12 de octubre de 1998, párr. 158; informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Brasil–Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados*, WT/DS332/AB/R, 3 de diciembre de 2007, párr. 224 (donde se hace referencia a la buena fe y al abuso del derecho).

²⁵⁰ *Opinión consultiva sobre medio ambiente y derechos humanos*, 15 de noviembre de 2017 (OC-23/17), Serie A, núm. 23, párr. 45; *Opinión consultiva sobre los derechos de las personas jurídicas*, 26 de febrero de 2016 (OC-22/16), Serie A, núm. 22, párr. 29; *Opinión consultiva sobre los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, 19 de agosto de 2014 (OC-21/14), Serie A, núm. 21, párr. 60.

²⁵¹ *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) de 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154, párr. 65; *Comunidad Moiwana vs. Suriname*, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) de 15 de junio de 2005, Serie C, núm. 124, párr. 58; *Neira Alegria y otros vs. Perú*, sentencia (excepciones preliminares) de 11 de diciembre de 1991, Serie C, núm. 13, párr. 29.

²⁵² *Bulacio vs. Argentina*, sentencia (fondo, reparaciones y costas) de 18 de septiembre de 2003, Serie C, núm. 100, párrs. 117 y 118; *Opinión consultiva relativa al derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, 1 de octubre de 1999 (OC-16/99), Serie A, núm. 100, párr. 128.

*novit curia*²⁵³, al “principio de derecho internacional” según el cual todo incumplimiento de una obligación internacional conlleva una obligación de reparar²⁵⁴, al principio que permite la revisión de las sentencias²⁵⁵ y a los principios relativos a los daños consecutivos y al lucro cesante en materia de daños y perjuicios²⁵⁶. Solo en un caso la Corte ha hecho referencia expresa al Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia para determinar quiénes son los sucesores de una persona a los efectos de la reparación²⁵⁷. En otro caso, la Corte consideró que el principio de “igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación” es un principio general del derecho que, además, constituye una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)²⁵⁸.

136. En el asunto *Golder c. Reino Unido*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hizo referencia al Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y determinó que los principios generales del derecho debían tomarse en cuenta asimismo al interpretar el Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁵⁹.

137. En la práctica también se pueden encontrar referencias a lo que parecen ser principios generales del derecho con un ámbito de aplicación regional (cuestión que, como ya se ha mencionado, podría abordarse en un futuro informe). Es el caso, en particular, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que en varias ocasiones ha aplicado los “principios generales del derecho comunitario” basados en las tradiciones constitucionales comunes a sus Estados miembros o en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea²⁶⁰.

²⁵³ *Durand y Ugarte vs. Perú*, sentencia de 16 de agosto de 2000, Serie C, núm. 68, párr. 76; *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, sentencia (fondo, reparaciones y costas) de 30 de mayo de 1999, Serie C, núm. 52, párrs. 116 y 166; *Blake vs. Guatemala*, sentencia (fondo) de 24 de enero de 1998, Serie C, núm. 36, párr. 112; *Godínez Cruz vs. Honduras*, sentencia (fondo) de 20 de enero de 1989, Serie C, núm. 5, párr. 172; *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia (fondo) de 29 de julio de 1988, Serie C, núm. 4, párr. 163.

²⁵⁴ *Goiburú y otros vs. Paraguay*, sentencia (fondo, reparaciones y costas) de 22 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 153, párrs. 140 y 141; “*Panel blanca*” (*Paniagua Morales y otros*) vs. *Guatemala*, sentencia (reparaciones y costas) de 25 de mayo de 2001, Serie C, núm. 76, párr. 75; *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia (reparaciones y costas) de 21 de julio de 1989, Serie C, núm. 7, párr. 25.

²⁵⁵ *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, resolución de 13 de septiembre de 1997, Serie C, núm. 45, párr. 9.

²⁵⁶ *Aloeboetoe y otros vs. Suriname*, sentencia (reparaciones y costas) de 10 de septiembre de 1993, párr. 50.

²⁵⁷ *Ibid.*, párrs. 61 y 62.

²⁵⁸ *Opinión consultiva sobre la condición jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados*, 17 de septiembre de 2003 (OC-18/03), Serie A, núm. 18, párr. 101.

²⁵⁹ *Golder v. the United Kingdom*, sentencia de 21 de febrero de 1975, Serie A, núm. 18, párr. 35. Véase también *Enea v. Italy* [Gran Sala], núm. 74912/01, sentencia de 17 de septiembre de 2009, *Reports of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights 2009*, párr. 104; *Demir and Baykara v. Turkey* [Gran Sala], núm. 34503/97, sentencia de 12 de noviembre de 2008, *Reports of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights 2008*, párr. 71. Véase también M. Forowicz, *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights* (Oxford, Oxford University Press, 2010), pág. 360; J. G. Merrills, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights* (Manchester, Manchester University Press, 1988), págs. 160 a 183.

²⁶⁰ Véase, por ejemplo, E. Castellarin, “General Principles of EU Law and General International Law”, en M. Andenas y otros (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Brill, 2019), págs. 131 a 148; S. Vogenauer y S. Weatherill (eds.), *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives* (Hart, 2017); K. Lenaerts y J.A. Gutiérrez-Fons, “The constitutional allocation of powers and general principles of EU law”, *Common Market Law Review*, vol. 47 (2010), págs. 1629 a 1669; T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, 2ª ed. (Oxford, Oxford University Press, 2016); C. Semmelmann, “General principles of EU law between a compensatory role and an intrinsic value”, *European Law Journal*, vol. 19 (2013), págs. 457 a 487; U. Bernitz y J. Nergelius (eds.), *General Principles of European*

138. Además, los tribunales administrativos internacionales también parecen haber aplicado en cierta medida los “principios generales”²⁶¹.

139. Esta breve reseña de algunas de las prácticas recientes relacionadas con los principios generales del derecho muestra que, desde la aprobación del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1920, los Estados y las cortes y tribunales internacionales se han referido a esta fuente del derecho internacional en varias ocasiones y en diferentes contextos, lo cual no deja ninguna duda en cuanto a su pertinencia para el ordenamiento jurídico internacional.

Cuarta parte: Elementos y orígenes de los principios generales del derecho

140. A la luz del panorama general que acaba de describirse sobre la evolución de los principios generales del derecho en la práctica de los Estados y en las decisiones de las cortes y tribunales internacionales a lo largo del tiempo, el Relator Especial pasa ahora a analizar ciertos aspectos básicos del presente tema: los elementos de los principios generales del derecho que figuran en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y los orígenes de los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional. Asimismo, se ofrecen algunas aclaraciones en cuanto a la terminología.

I. Los elementos de los principios generales del derecho en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

141. Como se mencionó en la primera parte del presente informe, el punto de partida de la labor de la Comisión sobre el presente tema es el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Esta sección tiene por objeto realizar una evaluación inicial de esa disposición y abordar lo que, a juicio del Relator Especial, pueden considerarse los elementos que dicha disposición contiene. En particular, las subsecciones que figuran a continuación abordan el término “principios generales del derecho”, el requisito del “reconocimiento” y el término “naciones civilizadas”.

A. Los “principios generales del derecho”

142. El Relator Especial considera útil comenzar con un análisis del primer elemento del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, a saber, el término “principios generales del derecho”. En la presente subsección se abordan dos cuestiones: en primer lugar, si el término “principios generales del derecho” nos dice algo acerca de las posibles características, orígenes, funciones u otros aspectos de esta fuente del derecho internacional, y en segundo lugar, la relación entre los principios generales del derecho y el derecho internacional general.

Community Law (La Haya, Kluwer Law International, 2000); J.A. Usher, *General Principles of EC Law* (Londres, Longman, 1998).

²⁶¹ Véase, por ejemplo, G. Ullrich, *The Law of the International Civil Service* (Berlín, Duncker & Humblot, 2018), parte 2, cap. 2; A. Reinisch, “Sources of international organizations’ law: why custom and general principles are crucial”, en J. d’Aspremont y S. Besson (eds.), *The Oxford Handbook of the Sources of International Law* (Oxford University Press, 2017), pág. 1022.

143. Como observación introductoria, el Relator Especial señala que los “principios generales del derecho” no son exclusivos del sistema jurídico internacional. Existe una noción similar en la mayoría, si no en todos, los sistemas jurídicos nacionales, aunque no siempre se emplea la misma terminología. El Código Civil General austríaco, por ejemplo, establece que cuando un caso no puede resolverse mediante disposiciones legales o por analogía, la decisión debe tomarse sobre la base de los *natürliche Rechtsgrundsätze* (principios del derecho natural)²⁶². El Código Civil italiano establece que, cuando una controversia no puede resolverse con una disposición legal específica, se puede recurrir a la analogía y, en caso de no alcanzarse una solución, a los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado²⁶³. Según el Código Civil Federal mexicano, cuando una controversia civil no pueda ser resuelta mediante la aplicación de disposiciones legales o su interpretación, se resolverá de acuerdo con los principios generales del derecho²⁶⁴. El Código Civil español permite igualmente la aplicación de los principios generales del derecho en ausencia de ley o costumbre aplicables²⁶⁵. El Código Civil egipcio autoriza a los jueces a decidir sobre la base de los principios del derecho natural y los principios de la justicia a falta de textos legislativos, costumbre o principios del derecho islámico aplicables²⁶⁶.

144. Puede plantearse la cuestión de si los principios generales de los sistemas jurídicos nacionales, como los que se mencionan anteriormente, y los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia comparten alguna característica. Algunos autores parecen ser de esta opinión²⁶⁷. La génesis de la redacción del Artículo 38, párrafo 3, del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, que se expone en la tercera parte del presente informe, muestra que una de las razones para la inclusión de esa disposición en el Estatuto fue la necesidad que se percibió de colmar las lagunas del derecho internacional convencional y consuetudinario y evitar las declaraciones de *non liquet*²⁶⁸. En caso de que colmar las lagunas sea, en efecto, una función de los principios generales del derecho, podría tratarse de una característica

²⁶² Artículo 7 (“Si una controversia jurídica no puede resolverse con arreglo a la letra o al sentido natural de una ley, se tomarán en consideración casos similares regulados en la ley, así como los fundamentos de otras leyes conexas. Si la resolución de la controversia sigue siendo dudosa, se resolverá de conformidad con los principios del derecho natural, teniendo en cuenta las circunstancias cuidadosamente recopiladas y analizadas”).

²⁶³ Artículo 12 (“Al aplicar la ley, no se le atribuirá otro sentido que el que resulte claramente del significado inherente de las palabras interpretadas en su contexto, así como de la intención del legislador. Si una controversia no puede resolverse mediante la aplicación de una disposición jurídica específica, se tendrán en cuenta las disposiciones que regulen casos similares o materias análogas; si la resolución de la controversia sigue siendo dudosa, se resolverá de conformidad con los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado”).

²⁶⁴ Artículo 19 (“Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho”).

²⁶⁵ Artículo 1 4) (“Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”).

²⁶⁶ Artículo 1 2) (“A falta de disposiciones legales aplicables, el juez decidirá con arreglo a la costumbre o, en su defecto, de conformidad con los principios del derecho islámico. A falta de tales principios, el juez aplicará los principios del derecho natural y los principios de la justicia”).

²⁶⁷ Véase, por ejemplo, S. Besson, “General principles of international law—whose principles?”, en S. Besson y P. Pichonnaz (eds.), *Les principes en droit européen - Principles in European Law* (Ginebra, Schulthess, 2011), págs. 32 a 34. El autor considera que “[l]os principios generales del derecho internacional [...] comparten las principales características de los principios generales del derecho interno [...]: son generales y abstractos, pero también normas jurídicas fundamentales e indeterminadas” (pág. 32).

²⁶⁸ Véase el párr. 108 *supra*.

en común con los principios generales de los sistemas jurídicos nacionales. Al mismo tiempo, sin embargo, no se debe perder de vista que los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, al ser una fuente del derecho internacional, probablemente tengan sus propias características únicas debido a las diferencias estructurales entre el sistema jurídico internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales.

145. El término “principios generales del derecho” en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia ha sido interpretado en varias ocasiones, ya sea en su totalidad o palabra por palabra, para tratar de aclarar ciertos aspectos de esta fuente del derecho internacional, incluidas sus características, orígenes y funciones. El Relator Especial considera que este ejercicio es útil como primera aproximación al presente tema. No obstante, es importante destacar que las conclusiones que se extraigan de ese modo solo pueden ser preliminares y deberán evaluarse más a fondo a la luz de la práctica existente.

146. El término “principio” y su relación con el término “norma” han atraído una atención considerable. Por citar solo algunas opiniones, un autor sugiere que “[l]a diferencia entre los principios jurídicos y las normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conceptos apuntan a decisiones particulares sobre obligaciones jurídicas en circunstancias particulares, pero difieren en el carácter de la orientación que brindan. Las normas se aplican de manera absoluta, es decir, ‘todo o nada’, [mientras que] el principio se debe tener en cuenta, si es pertinente, como un factor que inclina la decisión en una u otra dirección”²⁶⁹. Para otro autor, “un principio, o un principio general, a diferencia de una norma de derecho, incluso de una norma general, significa fundamentalmente algo que no es en sí mismo una norma, sino que subyace a ella, y que explica o proporciona su razón de ser. Una norma responde a la pregunta ‘qué’, mientras que un principio responde a la pregunta ‘por qué’”²⁷⁰. Y otro autor sugiere que los principios “son sinónimos de normas jurídicas abstractas, que sustentan un régimen jurídico que podría aplicarse a múltiples situaciones específicas, ya sea para regularlas de forma permanente o para resolver las dificultades que puedan surgir de ellas”²⁷¹.

147. También se ha sugerido en la doctrina que, “cuando se asocia con ‘general’, la palabra ‘principio’ implica una norma de amplio alcance”²⁷², o que el término “principio general” se relaciona con el número de sistemas jurídicos nacionales que deben considerarse para identificar un principio general del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia²⁷³. Por otra parte, se ha expresado la opinión de que un “principio de derecho difiere de una norma jurídica, tal como se entiende comúnmente, no en razón de su amplia validez, sino

²⁶⁹ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Londres, Bloomsbury, 2013), págs. 40 y 42.

²⁷⁰ G. Fitzmaurice, “The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law”, en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 92 (1957), págs. 5 a 128, en especial pág. 7. Comentando este punto de vista, Thirlway sugiere que “[e]llo no significa que un principio esté en un plano demasiado elevado para poder aplicarse a un problema jurídico, pero sí significa que el principio, al aplicarse al caso concreto, generará, efectivamente, una norma para resolverlo” (Thirlway, *The Sources of International Law* (nota 13 *supra*), pág. 107).

²⁷¹ M. Virally, “Le rôle des ‘principes’ dans le développement du droit international”, en *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim* (Ginebra, IUHEI, 1968), págs. 531 a 556, en especial págs. 533 y 534.

²⁷² Pellet y Müller, “Article 38” (nota 13 *supra*), pág. 925.

²⁷³ D. Costelloe, “The role of domestic law in the identification of general principles of law under Article 38 (1)(c) of the Statute of the International Court of Justice”, en M. Andenas y otros (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Brill, 2019), pág. 183.

más bien por la generalidad de su contenido”²⁷⁴. Asimismo, algunos autores sugieren que los principios generales encarnan valores importantes o fundamentales²⁷⁵.

148. El Magistrado Cançado Trindade, que también se refirió al término “principios”, señaló lo siguiente:

Todo sistema jurídico tiene principios fundamentales que inspiran, informan y conforman sus normas. Los principios (que se derivan etimológicamente del latín *principium*) son los que, evocando las causas, fuentes u orígenes de las normas y reglas, dan cohesión, coherencia y legitimidad a las normas jurídicas y al sistema jurídico en su conjunto. Los principios generales del derecho (*prima principia*) son los que confieren al ordenamiento jurídico (tanto nacional como internacional) su ineludible dimensión axiológica: revelan los valores que inspiran el ordenamiento jurídico en su conjunto y, en última instancia, constituyen sus propios fundamentos²⁷⁶.

149. Por el contrario, otros autores no ven mucha diferencia entre los términos “normas” y “principios”. Por ejemplo, se ha observado que, “aunque existe un debate considerable entre los teóricos jurídicos sobre la diferencia y la relación jerárquica entre las normas y los principios, nada de esto se refleja en los pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia, que tiende a tratar los dos términos como sinónimos”²⁷⁷. Otro autor sugiere que “[e]s casi imposible trazar una línea clara entre las normas jurídicas positivas que son principios generales y otras normas jurídicas positivas”²⁷⁸.

150. La génesis de la redacción del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no proporciona mucha orientación sobre este tema. La cuestión no fue debatida por los miembros del Comité Consultivo de Juristas, por los Estados ni por ninguna otra entidad. Los miembros del Comité Consultivo de Juristas, por ejemplo, parecen haber utilizado los términos “normas” y “principios” indistintamente durante sus deliberaciones²⁷⁹. El propio Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no hace una distinción clara entre “normas” y

²⁷⁴ G. Herczegh, *General Principles of Law and the International Legal Order* (Budapest, Akadémiai Kiadó, 1969), pág. 43. Y añade que “los principios generales del derecho internacional denotan normas de contenido general y no disposiciones que regulan detalles” (*ibid.*).

²⁷⁵ Besson, “General principles of international law – whose principles?” (nota 267 *supra*), págs. 32 y 33; M. Sørensen, “Principes de droit international public: cours général”, en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 101 (1960), págs. 16 a 30, en especial pág. 16. Para Thirlway, “en el concepto de ‘principios generales’ existe una idea de permanencia, de estabilidad, de haber sido seleccionados por su rectitud evidente y perpetua, de manera tal que una interpretación de la frase en el sentido de ‘cualquier principio que en el futuro pueda llegar a ser considerado como principio general’ resulta de alguna manera inquietante” (Thirlway, *The Sources of International Law* (nota 13 *supra*), pág. 111).

²⁷⁶ *Pulp Mills* (nota 17 *supra*), opinión separada del Magistrado Cançado Trindade, pág. 210, párr. 201.

²⁷⁷ M. Mendelson, “The International Court of Justice and the sources of international law”, en V. Lowe y M. Fitzmaurice (eds.), *Fifty years of the International Court of Justice: Essays in honour of Sir Robert Jennings* (Cambridge, Cambridge University Press, 1996), págs. 63 a 89, en especial pág. 80.

²⁷⁸ Bogdan, “General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations” (nota 13 *supra*), pág. 47. Véase también Kolb, *La bonne foi en droit international public* (nota 25 *supra*), págs. 53 y 54.

²⁷⁹ Por ejemplo, la propuesta inicial de Descamps era “las normas del derecho internacional reconocidas por la conciencia jurídica de las naciones civilizadas” (véase el párr. 93 *supra*). De manera similar, según Loder “se habían mencionado normas reconocidas y respetadas por todo el mundo, normas que, sin embargo, todavía no tenían naturaleza de derecho positivo, pero que el deber de la Corte era precisamente desarrollar el derecho, ‘madurar’ costumbres y principios universalmente reconocidos y cristalizarlos en normas positivas” (véase el párr. 96 *supra*).

“principios”, dado que las “reglas de derecho” que han de determinarse a través de los medios auxiliares previstos en el Artículo 38, párrafo 1 *d*), incluyen claramente los principios generales del derecho²⁸⁰.

151. La Corte Internacional de Justicia y la Comisión no parecen hacer una distinción clara entre “normas” y “principios”, pero están de acuerdo en que estos últimos pueden considerarse normas de carácter más general y más fundamental. En la causa relativa al *Golfo de Maine*, por ejemplo, la Sala de la Corte Internacional de Justicia declaró lo siguiente:

[L]a asociación de los términos “normas” y “principios” [en el compromiso] no es más que el uso de una expresión dual para transmitir una misma y única idea, ya que en este contexto “principios” significa claramente principios del derecho, de manera que comprende también las normas de derecho internacional para las que el uso del término “principios” puede justificarse por su carácter más general y más fundamental²⁸¹.

152. Del mismo modo, en su proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario la Comisión explicó que, “[e]n el presente proyecto de conclusiones y sus comentarios, la referencia a las ‘normas’ de derecho internacional consuetudinario incluye aquellas que pueden considerarse ‘principios’ por ser de carácter más general y fundamental”²⁸².

153. A la luz de lo anterior, se puede concluir que el término “principios generales del derecho” del Artículo 38, párrafo 1 *c*), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia hace referencia a normas que tienen carácter “general” y “fundamental”. Son “generales” en el sentido de que su contenido tiene cierto grado de abstracción, y “fundamentales” en el sentido de que son la base de normas específicas o encarnan valores importantes.

154. Sin embargo, no puede excluirse que algunos principios generales del derecho no tengan un carácter “general” y “fundamental” en el sentido mencionado anteriormente. Como se muestra en la tercera parte del presente informe y se analizará más adelante, los Estados han invocado, en el contexto de los litigios, una gran variedad de normas que consideran principios generales del derecho, como la buena fe, el abuso del derecho, la doctrina de las “manos limpias”, el enriquecimiento injusto, la obligación de reparar íntegramente, la cosa juzgada, el derecho de paso por el territorio de otro Estado y el derecho de confidencialidad entre abogado y cliente. La misma variedad se puede encontrar en las decisiones de las cortes y tribunales internacionales, que se han basado en los principios generales del derecho para, entre otras cosas, establecer la personalidad separada de una empresa respecto de sus accionistas, proporcionar una definición de “violación” a los efectos de determinar la comisión de un delito internacional y proporcionar una definición de “sucesores” a los efectos de la reparación. Aunque algunos de esos principios, como la buena fe, pueden considerarse “generales” y “fundamentales”, es cuestionable que otros, como el derecho de confidencialidad entre abogado y cliente o el derecho de paso por el territorio de otro Estado, o ciertos principios relativos a cuestiones procesales, tengan un carácter similar.

²⁸⁰ S. Yee, “Article 38 of the ICJ Statute and applicable law: selected issues in recent cases”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 7 (2016), págs. 472 a 498, en especial págs. 488 y 489.

²⁸¹ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, fallo, *I.C.J. Reports 1984*, págs. 246 y ss., en especial págs. 288 a 290 y ss., párr. 79.

²⁸² Párr. 3 del comentario a la conclusión 1 del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, *A/73/10*, párrs. 65 y 66, pág. 134. Véase también el párr. 67 *supra*.

155. Con respecto a la opinión de que el término “general” empleado en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia sugiere un ámbito de aplicación amplio, es decir, que los principios generales del derecho se aplican a todos los Estados, puede que sí sea el caso²⁸³. Sin embargo, parece haber excepciones a esta regla general respaldadas por referencias en la práctica a principios generales con un ámbito de aplicación regional. Como se mencionó en la tercera parte del presente informe, existen ejemplos de ello en la práctica en África, Asia y Europa²⁸⁴.

156. En cuanto al término “derecho” en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, se ha sugerido en la doctrina que, tomado en su sentido ordinario, puede referirse tanto al derecho nacional como al derecho internacional, de modo que un principio general del derecho puede surgir tanto de los sistemas jurídicos nacionales como del sistema jurídico internacional²⁸⁵. Además, suponiendo que el propósito del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia sea colmar las lagunas del derecho internacional convencional y consuetudinario, el mismo autor sugiere que no hay razón para creer que los redactores pretendieran limitar los orígenes de los principios generales del derecho a los sistemas jurídicos nacionales. Según dicho autor, se debe considerar en cambio “que han consentido implícitamente en que se utilicen los principios generales del derecho internacional”²⁸⁶. Esta opinión puede verse favorecida por la forma en que se aplican los principios generales en algunos sistemas jurídicos nacionales. Como ya se ha indicado, los tribunales nacionales pueden a veces basarse en principios generales propios de su propio ordenamiento jurídico cuando un litigio no puede resolverse sobre la base de otras normas. Siguiendo esta lógica, se podría considerar que los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia deberían incluir también los principios generales formados en el sistema jurídico internacional.

157. Otros autores han argumentado que el término “derecho” sugiere más bien que, al identificar los principios generales del derecho derivados de los sistemas jurídicos nacionales, son pertinentes todas las ramas de estos últimos. El Magistrado Tanaka, por ejemplo, opinó que, “en la medida en que no se califica a los ‘principios generales del derecho’, debe entenderse que el ‘derecho’ abarca todas las ramas del derecho, incluido el derecho interno, el derecho público, el derecho constitucional y administrativo, el derecho privado, el derecho mercantil, el derecho sustantivo y el derecho procesal, etc.”²⁸⁷.

158. Si bien estas interpretaciones del término “derecho” son plausibles, el Relator Especial considera, como ya se ha mencionado, que es necesario evaluarlas más a fondo a medida que se avance en el tema y teniendo en cuenta la práctica de los Estados y las decisiones de las cortes y tribunales internacionales.

159. Una última cuestión que debe abordarse en la presente subsección es la relación entre los principios generales del derecho y el “derecho internacional general”.

160. El hecho de que el derecho internacional general abarca los principios generales del derecho ha sido confirmado por la Comisión en varias ocasiones. Así, el uso del término “derecho internacional general” puede referirse en ciertos casos, dependiendo del contexto, a los principios generales del derecho. Por ejemplo, en su comentario al proyecto de artículo 33 del proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional, la Comisión precisó que “la expresión ‘principios y normas’ del derecho internacional

²⁸³ Véase también el párr. 161 *infra*.

²⁸⁴ Véanse los párrs. 125 y 137 *supra*.

²⁸⁵ Lammers, “General principles of law recognized by civilized nations” (nota 13 *supra*), pág. 67.

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ *South West Africa* (nota 221 *supra*), opinión disidente del Magistrado Tanaka, pág. 294.

general comprende los principios generales del derecho”²⁸⁸. Más tarde, el informe del Grupo de Estudio sobre la Fragmentación del Derecho Internacional señaló que el “término ‘derecho internacional general’ se refiere claramente al derecho consuetudinario general, así como a los ‘principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas’ con arreglo al Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia”²⁸⁹. Del mismo modo, en sus comentarios al proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, la Comisión observó que “el ‘derecho internacional general’ se utiliza de diversas maneras (que no siempre se especifican claramente), entre otras para referirse a las normas de derecho internacional de aplicación general, ya se trate de derecho de los tratados o el derecho internacional consuetudinario o principios generales del derecho”²⁹⁰. Además, en el segundo informe del Relator Especial sobre el tema de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) se indicó que “los principios generales del derecho, al igual que las normas de derecho internacional consuetudinario, son de aplicación general”²⁹¹, y que el derecho internacional general incluye los principios generales del derecho²⁹². A ese respecto, el Comité de Redacción aprobó provisionalmente el proyecto de conclusión 5, párrafo 2, según el cual los principios generales del derecho, junto con el derecho internacional consuetudinario y las disposiciones de los tratados, pueden servir de base para las normas imperativas del derecho internacional general (*ius cogens*)²⁹³.

161. En la causa relativa a la *Plataforma continental del mar del Norte*, la Corte Internacional de Justicia declaró que las normas del derecho internacional general “deben tener igual fuerza para todos los miembros de la comunidad internacional”²⁹⁴. Dado el amplio apoyo que existe a la tesis de que el derecho internacional general abarca los principios generales del derecho, puede concluirse que los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia son de aplicación universal, sin perjuicio de la posibilidad de que existan principios generales del derecho con un ámbito de aplicación regional o bilateral.

162. A la luz de los párrafos anteriores, cabe concluir que los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia pueden compartir algunas características con los principios generales que existen en los sistemas jurídicos nacionales, pero que no se deben pasar por alto las diferencias estructurales entre estos últimos y el sistema jurídico internacional. Además, los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional pueden tener un carácter más “general” y más “fundamental” que otras normas del derecho internacional. Por otra parte, el significado ordinario del término “principios generales del derecho”, junto con la función generalmente aceptada de esta fuente del derecho internacional (colmar lagunas), sugiere que los principios generales del derecho no se limitan a los principios derivados de los sistemas jurídicos nacionales. Por último, los principios generales del derecho, al formar parte del derecho internacional general, son de aplicación universal.

²⁸⁸ Párr. 2 del comentario al art. 33 del proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional, *Anuario ... 1994*, vol. II (segunda parte), párr. 91, en pág. 55.

²⁸⁹ “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional elaborado por Martti Koskenniemi (A/CN.4/L.682 y Corr.1 y Add.1) (véase la nota 84 *supra*), pág. 292. Véase también el párr. 174.

²⁹⁰ A/73/10, pág. 133, nota 667.

²⁹¹ A/CN.4/706, párr. 48.

²⁹² *Ibid.*, párr. 49.

²⁹³ Declaración de la Presidencia del Comité de Redacción, 26 de julio de 2017, anexo, pág. 11.

²⁹⁴ *North Sea Continental Shelf* (nota 221 *supra*), pág. 38, párr. 63.

B. “Reconocidos”

163. El segundo elemento de los principios generales de derecho que figura en el Artículo 38, párrafo 1 *c*), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es el requisito del “reconocimiento”. A juicio del Relator Especial, este segundo elemento está estrechamente relacionado con la cuestión de la determinación de los principios generales del derecho, que se abordará en un futuro informe, y con los orígenes de los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional, que se examinan más adelante. Por lo tanto, en la presente sección solo se formulan algunas observaciones generales sobre el reconocimiento.

164. Como punto de partida, parece justificada una comparación entre el Artículo 38, párrafos 1 *b*) y 1 *c*), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, ya que puede resultar útil para entender el requisito del reconocimiento. En su proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, la Comisión siguió el “enfoque de dos elementos”, basado en los dos elementos que figuran en el Artículo 38, párrafo 1 *b*): una práctica general y su aceptación como derecho (*opinio iuris*). En este sentido, la Comisión aclaró que estas “son condiciones esenciales para la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario”²⁹⁵.

165. El Artículo 38, párrafo 1 *c*), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia está redactado de manera muy diferente: no menciona una práctica general aceptada como derecho, sino que habla de principios reconocidos por las “naciones civilizadas”. En opinión del Relator Especial, el reconocimiento es también condición esencial para la existencia de un principio general del derecho como fuente del derecho internacional²⁹⁶. Por lo tanto, para identificar un principio general del derecho, es necesario examinar cuidadosamente las pruebas disponibles que demuestren su reconocimiento.

166. La génesis de la redacción del Artículo 38, párrafo 3, del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional y, en particular, las actas del Comité Consultivo de Juristas, confirman que el reconocimiento es la condición esencial que determina la existencia de los principios generales del derecho. Si bien había algunos desacuerdos entre los miembros del Comité, estos convinieron en que la validez formal de los principios generales del derecho depende de su reconocimiento por parte de las “naciones civilizadas”. La razón de ello era evitar que se concediera a los jueces una facultad discrecional excesivamente amplia para determinar la ley, o incluso la facultad de legislar²⁹⁷. En otras palabras, la existencia de un principio general del derecho debe establecerse sobre una base objetiva. Esto está tanto más justificado cuanto que, como ya se ha dicho, los principios generales del derecho

²⁹⁵ Párrafo 2 del comentario a la conclusión 2 del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, A/73/10, párrafos 65 y 66, en especial pág. 125. La Comisión aclaró además que “[l]a identificación de una norma de ese tipo entraña un examen minucioso de las pruebas disponibles para establecer su presencia en un caso determinado (*ibid.*)”.

²⁹⁶ Un autor ha señalado a este respecto que: “En la definición de la tercera fuente del derecho internacional está también presente el elemento del reconocimiento por parte de los pueblos civilizados, pero no el requisito de una práctica general. El objeto del reconocimiento ya no es, por lo tanto, el carácter jurídico de la norma implícita en un uso internacional, sino la existencia de ciertos principios de naturaleza intrínsecamente jurídica” (Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (nota 20 *supra*), pág. 24).

²⁹⁷ Véase Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (nota 20 *supra*), pág. 24 (“¿cómo es posible determinar si cierto principio es un principio de derecho y no de otra disciplina social conexas, como la religión o la moral? El reconocimiento de su carácter jurídico por parte de los pueblos civilizados proporciona el elemento necesario para dicha determinación”).

como fuente del derecho internacional deben aplicarse en las relaciones entre los sujetos del derecho internacional en general.

167. ¿Qué formas puede adoptar el reconocimiento? La respuesta a esta pregunta puede depender de la categoría de los principios generales del derecho. Con respecto a los principios generales del derecho derivados de los ordenamientos jurídicos nacionales, una opinión generalmente aceptada por la doctrina y que, como se verá en la siguiente sección, se ha visto respaldada por la práctica, es que el requisito del reconocimiento se cumple cuando se verifica un principio en un número suficientemente amplio de ordenamientos jurídicos nacionales²⁹⁸. Algunos expertos

²⁹⁸ Pellet y Müller, “Article 38” (nota 13 *supra*), pág. 925; Andenas y Chiussi, “Cohesion, convergence and coherence of international law” (nota 13 *supra*), pág. 26; Palchetti, “The role of general principles in promoting the development of customary international rules” (nota 21 *supra*), pág. 48; Costelloe, “The role of domestic law in the identification of general principles of law under article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice” (nota 273 *supra*), pág. 178; B. Juratowitch y J. Shaerf, “Unjust Enrichment as a Primary Rule of International Law”, en M. Andenas *et al.* (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Leiden, Brill, 2019), págs. 231 y 232; A. Yusuf, “Concluding Remarks”, en *ibid.*, pág. 450; A. Orakhelashvili, *Akehurst's Modern Introduction to International Law* (Routledge, 2019), pág. 46; E. Bjorge, “Public Law Sources and Analogies of International Law”, en *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 49 (2018), pág. 533 a 560, en especial pág. 536; Redgwell, “General principles of international law” (nota 13 *supra*), págs. 5 a 19; O. Casanovas y A. Rodrigo, *Compendio de Derecho Internacional Público*, 6ª edición (Tecnos, 2017), pág. 72; B.I. Bonafé y P. Palchetti, “Relying on general principles in international law”, en C. Brölmann y. Radi (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking* (Cheltenham, Edward Edgar, 2016), págs. 160 a 176, en especial pág. 163; Yee, “Article 38 of the ICJ Statute and applicable law [...]” (nota 280 *supra*), pág. 487; A. Verdross y B. Simma, *Universelles Völkerrecht* (Berlín, Dunker and Humboldt, 2010), pág. 383; Besson, “General principles of international law – whose principles?” (nota 267 *supra*), págs. 33 y 35; Wolfrum, “General international law (principles, rules, and standards)” (nota 199 *supra*), párrs. 30 a 32; T. Gazzini, “General principles of law in the field of foreign investment”, *Journal of World Investment and Trade*, vol. 10 (2009), págs. 103 a 120, en especial pág. 104; A. Boyle y C. Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2007), pág. 223; Jennings y Watts, *Oppenheim's International Law*, (nota 136 *supra*), págs. 36 y 37; Barberis, “Los principios generales de derecho como fuente del derecho internacional” (nota 13 *supra*), págs. 30 y 31; G. Abi-Saab, “Cours général de droit international public”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 207 (1987), págs. 188 y 189; American Law Institute, *Restatement of the Law (Third), the Foreign Relations of the United States*, vol. I (Minnesota, 1987), pág. 24; Lammers, “General principles of law recognized by civilized nations” (nota 13 *supra*), págs. 59 a 66 y 74; Bogdan, “General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations” (nota 13 *supra*), págs. 42 y 43; Pellet, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international* (nota 113 *supra*), págs. 9, 195 y 196, y 239; P. de Visscher, “Cours général de droit international public”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 136 (1972), págs. 114 y 116; C. de Visscher, *Théories et réalités en droit international public* (París, Pedone, 1970), pág. 419; Herczegh, *General Principles of Law and the International Legal Order* (nota 274 *supra*), pág. 97; Blondel, “Les principes généraux de droit devant la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice” (nota 13 *supra*), págs. 203 y 213; Verdross, “Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale” (nota 136 *supra*), págs. 223 y 224; W. Bishop, “General Course of Public International Law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 115 (1965), pág. 238; Jenks, *The Common Law of Mankind* (nota 17 *supra*), pág. 312; Waldock, “General course on public international law” (nota 113 *supra*), págs. 55 y 56; Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (nota 20 *supra*), pág. 25; L. Le Fur, “Règles générales du droit de la paix”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 54 (1935), pág. 205; G. Ripert, “Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 44 (1933), págs. 579 y 580; Anzilotti, *Cours de droit international* (nota 13 *supra*), pág. 117. Véase también el proyecto de informe de 2018 de la International Law Association titulado “The use of domestic law principles in the development of international law” (nota 29 *supra*).

establecen un vínculo expreso entre el reconocimiento y la existencia de ese principio en el orden interno. Otros no mencionan el requisito del reconocimiento, sino que afirman, en un sentido más amplio, que los principios generales del derecho “derivan de”, o son los “aceptados en”, los “que se encuentran en”, los “aplicados en” o los “tomados prestados de” los sistemas jurídicos nacionales, lo que podría interpretarse en el sentido de que así es como tiene lugar el reconocimiento. Para explicar la lógica de esta forma de reconocimiento, se ha observado, por ejemplo, que la existencia de un principio en los sistemas jurídicos nacionales responde a “los dictados de la conciencia jurídica de las naciones civilizadas”²⁹⁹.

168. Las cortes y tribunales internacionales han utilizado expresiones similares. En la causa relativa a la *Barcelona Traction*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia determinó que “[e]l derecho internacional se refiere a normas generalmente aceptadas por los sistemas jurídicos internos que reconocen la sociedad anónima cuyo capital está dividido en acciones, y no al derecho interno de un Estado en particular”³⁰⁰. De manera similar, en el asunto *Sea-Land Service c. el Irán*, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos determinó que el enriquecimiento injusto “está codificado o ha sido reconocido por los tribunales en la gran mayoría de los sistemas jurídicos internos del mundo, y está ampliamente aceptada su inclusión en la lista de principios generales del derecho que pueden ser aplicados por los tribunales internacionales”³⁰¹.

169. La afirmación de que el requisito del reconocimiento puede cumplirse por la existencia de un principio común en los ordenamientos jurídicos nacionales es, por supuesto, muy general, y sigue suscitando algunas cuestiones que aún no se han resuelto del todo. Por ejemplo, el grado de reconocimiento es un factor a tener en cuenta para que pueda considerarse el nacimiento de un principio general del derecho. Además, se suele señalar que, tras identificar un principio que es común a los ordenamientos jurídicos nacionales, debe determinarse a continuación si cabe aplicarlo en el sistema jurídico internacional. Esto se denomina a veces “transposición”³⁰². La razón de ello es “que las condiciones en el ámbito internacional son a veces muy diferentes de las que se dan en el ámbito nacional, y ciertas normas que están plenamente justificadas en este último pueden ser más difíciles de defender, si se aplican estrictamente, cuando se transponen al plano internacional”³⁰³.

170. Una cuestión clave a este respecto es si el requisito del reconocimiento es también pertinente para determinar si un principio común a los ordenamientos jurídicos nacionales es aplicable a nivel internacional y, de ser así, de qué manera. Esta importante cuestión se analizará en un futuro informe sobre la identificación de los principios generales del derecho.

²⁹⁹ Pellet y Müller, “Article 38” (nota 13 *supra*), pág. 925, que hace referencia a la propuesta inicial de Descamps en el Comité Consultivo de Juristas (véase el párrafo 93 *supra*).

³⁰⁰ *Barcelona Traction*, (nota 217 *supra*), pág. 37, párr. 50.

³⁰¹ *Sea-Land Service v. Iran* (nota 247 *supra*), pág. 168. Véanse más ejemplos en la sección siguiente.

³⁰² Pellet y Müller, “Article 38” (nota 13 *supra*), págs. 930 a 932; Andenas y Chiussi, “Cohesion, convergence and coherence of international law” (nota 13 *supra*), pág. 26; Juratowitch y Shaerf, “Unjust enrichment as a primary rule of international law” (nota 298 *supra*), pág. 232; Yusuf, “Concluding remarks” (nota 298 *supra*), pág. 451; Bonafé y Palchetti, “Relying on general principles in international law” (nota 298 *supra*), pág. 163; Yee, “Article 38 of the ICJ Statute and applicable law [...]” (nota 280 *supra*), pág. 487; Gazzini, “General principles of law in the field of foreign investment” (nota 298 *supra*), pág. 104; Jennings y Watts, *Oppenheim’s International Law* (nota 136 *supra*), pág. 37; Pellet, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international* (nota 113 *supra*), págs. 272 a 320.

³⁰³ *Barcelona Traction* (nota 217 *supra*), opinión separada del Magistrado Fitzmaurice, pág. 66.

171. Como ya se ha mencionado, otra categoría de principios generales del derecho que la doctrina suele incluir en el ámbito del Artículo 38, párrafo 1 *c*), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es la de los principios generales del derecho que nacen en el marco del sistema jurídico internacional y que no tienen su origen en los ordenamientos jurídicos nacionales. Si consideramos que esta categoría es distinta de la examinada en los párrafos anteriores, puede que el reconocimiento deba establecerse de manera diferente.

172. Algunos autores afirman de manera general que esta segunda categoría entra en el ámbito del Artículo 38, párrafo 1 *c*), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, pero no explican con detalle cómo se produce el reconocimiento³⁰⁴. Quienes intentan explicar cómo se cumple el requisito del reconocimiento en esta categoría presentan una serie de argumentos.

173. Por ejemplo, algunos sostienen que los principios generales del derecho de esta categoría surgen mediante un proceso de deducción o abstracción a partir de las normas existentes de derecho internacional convencional y consuetudinario. El requisito del reconocimiento se cumpliría recurriendo a las normas existentes, que ya han sido aceptadas (o reconocidas) por los Estados³⁰⁵. Otros sugieren que el reconocimiento podría adoptar la forma de actos de organizaciones internacionales o instrumentos similares que muestren el consenso de los Estados sobre cuestiones específicas, como las resoluciones de la Asamblea General³⁰⁶. Se ha señalado que, en este contexto, “el elemento básico debería ser una actitud de los Estados que indique que se consideran obligados”³⁰⁷.

174. A los efectos de la presente sección, baste con señalar que, a pesar de los diferentes enfoques adoptados por la doctrina, parece existir consenso en cuanto a que el reconocimiento en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 *c*), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia puede tener lugar a nivel internacional, sin necesidad de acudir a los sistemas jurídicos nacionales de los Estados. Como se verá en la próxima sección, esta postura parece verse respaldada en cierta medida por la práctica de los Estados y por las decisiones de las cortes y tribunales internacionales.

175. A la luz de lo anterior, cabe concluir que el reconocimiento en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 *c*), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es la condición indispensable para la existencia de un principio general del derecho. Las

³⁰⁴ Boyle y Chinkin, *The Making of International Law* (nota 298 *supra*), pág. 223; Anzilotti, *Cours de droit international* (nota 13 *supra*), pág. 117.

³⁰⁵ Palchetti, “The role of general principles in promoting the development of customary international rules” (nota 21 *supra*), pág. 50; R. Yotova, “Challenges in the Identification of the ‘General Principles of Law Recognized by Civilized Nations’: The Approach of the International Court”, *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, vol. 3 (2017), págs. 269 a 325, en especial pág. 310; Bonafé y Palchetti, “Relying on general principles in international law” (nota 298 *supra*), pág. 163; Wolfrum, “General international law (principles, rules, and standards)” (nota 199 *supra*), párrs. 33 y 34; A. Cassese, *International Law in a Divided World* (Oxford, Clarendon, 1986), pág. 174; Lammers, “General principles of law recognized by civilized nations” (nota 13 *supra*), pág. 74.

³⁰⁶ Yotova, “Challenges in the identification of the ‘general principles of law recognized by civilized nations’” (nota 305 *supra*), pág. 310; Wolfrum, “General international law (principles, rules, and standards)” (nota 199 *supra*), párr. 36; Verdross y Simma, *Universelles Völkerrecht* (nota 298 *supra*), pág. 386.

³⁰⁷ Gaja, “General principles in the jurisprudence of the ICJ” (nota 186 *supra*), págs. 42 y 43. Gaja observa que “[e]n cierta medida, esta actitud puede desprenderse de la aprobación de resoluciones por la Asamblea General, pero habría que considerarla en relación con otros elementos de la práctica de los Estados. Dar relevancia a la práctica de los Estados cuando se afirma la existencia de este tipo de principios aproximaría estos a las normas consuetudinarias” (*ibid.*).

formas concretas que adopte ese reconocimiento pueden depender de la categoría de principios generales del derecho de que se trate.

C. “Naciones civilizadas”

176. El Artículo 38, párrafo 1 *c*), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que los principios generales del derecho son aquellos reconocidos por las “naciones civilizadas”. Este tercer elemento alude a la cuestión de qué reconocimiento es necesario para que un principio general del derecho forme parte del derecho internacional.

177. La expresión “naciones civilizadas” es el producto de concepciones políticas y jurídicas que se remontan a los inicios de la historia del derecho internacional. En esas épocas se pensaba que únicamente las llamadas “naciones civilizadas” participaban en la formación del derecho internacional y estaban obligadas por él³⁰⁸. Por ejemplo, para determinar la existencia del derecho internacional consuetudinario solo se tenía en cuenta la práctica de las “naciones civilizadas”³⁰⁹. Un autor ha observado que, en el contexto de los principios generales del derecho, la expresión “naciones civilizadas” tenía por objeto excluir del análisis los sistemas jurídicos de países que no se tenían por civilizados³¹⁰. Según otro autor, cuando las cortes y tribunales recurrieron a los “principios comunes de los países civilizados” para colmar las lagunas existentes en los tratados y la costumbre, “enunciaron principios de alcance muy general e indiscutiblemente comunes a todos los principales sistemas jurídicos occidentales”³¹¹.

178. Hoy en día la mayor parte de la doctrina coincide en que no hay necesidad de atribuir ningún significado particular a la expresión “naciones civilizadas” del Artículo 38, párrafo 1 *c*), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Se considera a menudo que el término es anacrónico y que, por lo tanto, debe evitarse³¹². Esta opinión también se ve respaldada por la práctica, que no hace distinción entre naciones “civilizadas” y “no civilizadas”. Como señaló el Magistrado Ammoun:

el [texto del Artículo 38, párrafo 1 *c*), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia] no puede interpretarse de otro modo que atribuyéndole un alcance universal que no implique discriminación entre los miembros de una sola comunidad basada en la igualdad soberana. Por lo tanto, el criterio para diferenciar entre naciones civilizadas y las que supuestamente no lo son ha sido un criterio político (la política del poder) y cualquier cosa menos ético o jurídico [...]

³⁰⁸ J. Sloan, “Civilized Nations”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2011), párr. 2.

³⁰⁹ *Ibid.*, párr. 25.

³¹⁰ Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (nota 20 *supra*), pág. 25.

³¹¹ Cassese, “The contribution of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia to the ascertainment of general principles of law recognized by the community of nations” (nota 238 *supra*), pág. 43.

³¹² Pellet y Müller, “Article 38” (nota 13 *supra*), pág. 927; Yusuf, “Concluding remarks” (nota 298 *supra*), págs. 449 y 450; Besson, “General principles of international law – whose principles?” (nota 267 *supra*), págs. 37 y 38; Barberis, “Los principios generales de derecho como fuente del derecho internacional” (nota 13 *supra*), pág. 33; Bogdan, “General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations” (nota 13 *supra*), pág. 45; Herczegh, *General Principles of Law and the International Legal Order* (nota 274 *supra*), pág. 41; Verdross, “Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale” (nota 136 *supra*), pág. 523; Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (nota 20 *supra*), pág. 25.

[...]

[...] la Corte, cuando cite, en su caso, el párrafo 1 *c*) del Artículo 38, podría omitir el adjetivo mencionado y contentarse con las palabras “los principios generales del derecho reconocidos por [...] [las] naciones”; o podría recurrir a la siguiente formulación empleada por Sir Humphrey Waldock en su intervención del 30 de octubre de 1968: “los principios generales del derecho reconocidos en los ordenamientos jurídicos nacionales”. También se podría decir, simplemente, “los principios generales del derecho”³¹³.

179. Por otra parte, se ha observado que “esta formulación inapropiada [‘naciones civilizadas’] puede explicar en parte por qué la [Corte Internacional de Justicia] se ha mostrado reticente hasta ahora a referirse a normas específicas de uno u otro ordenamiento interno, por si ello pudiera dar a entender que otros deben considerarse menos civilizados”³¹⁴.

180. Se han hecho algunos llamamientos para que se modifique el Artículo 38, párrafo 1 *c*), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En 1971, por ejemplo, el Secretario General de las Naciones Unidas, a petición de la Asamblea General, preparó un informe que contenía las opiniones y sugerencias de los Estados sobre la función de la Corte Internacional de Justicia³¹⁵. México y Guatemala propusieron la modificación o supresión del término “naciones civilizadas” del Artículo 38, párrafo 1 *c*), del Estatuto de la Corte. En particular, México consideró esa expresión como “una reliquia verbal del viejo colonialismo”, y sugirió que se utilizara en su lugar el término “comunidad internacional” u otro similar³¹⁶.

181. Partiendo de la presunción de que los principios generales del derecho deben ser generalmente reconocidos, algunos expertos han establecido un vínculo entre el término “naciones civilizadas” y el Artículo 9 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Según un autor, “[el Artículo 9] ofrece garantías suficientes, ya que los magistrados han sido elegidos para asegurar ‘la representación de las principales civilizaciones y los más importantes sistemas jurídicos del mundo’ [...] en vista de ello, cabe admitir que lo que la totalidad de los magistrados de la Corte esté dispuesta a aceptar como ‘principios generales de derecho’ debe ser, en efecto, ‘reconocido por todas las naciones civilizadas’”³¹⁷. El Magistrado Ammoun hizo una observación similar en la causa relativa a la *Plataforma continental del mar del Norte*. Según él, el requisito de la participación de “las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo” en la composición de la Corte Internacional de Justicia reafirma la igualdad soberana de todos los Estados Miembros, consagrada en la Carta de las Naciones Unidas, y la idea de que todas las naciones deben participar en la formación de los principios generales del derecho³¹⁸.

³¹³ *North Sea Continental Shelf* (nota 221 *supra*) opinión separada del Magistrado Ammoun, págs. 134 y 135. Véase también *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1949*, pág. 174, opinión disidente del Magistrado Krylov, pág. 219 (en referencia a los principios generales del derecho “reconocidos por las naciones”); *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen*, fallo, *I.C.J. Reports 1993*, pág. 38, opinión separada del Magistrado Weeramantry, en especial pág. 236, nota 9 (que califica el término “naciones civilizadas” como fraseología inadecuada).

³¹⁴ G. Gaja, “General Principles of Law”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2013), párr. 2. Véase también Yusuf, “Concluding remarks” (nota 298 *supra*), pág. 449.

³¹⁵ [A/8382](#).

³¹⁶ *Ibid.*, págs. 24 y 25.

³¹⁷ M. Virally, “The Sources of International Law”, en M. Sørensen (ed.), *Manual of Public International Law* (Londres, Macmillan, 1968), págs. 116 a 174, en especial pág. 146.

³¹⁸ *North Sea Continental Shelf* (nota 221 *supra*), opinión separada del Magistrado Ammoun, págs. 133 y 134.

182. Algunos expertos sostienen que la expresión “naciones civilizadas” del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia todavía tiene cierto significado. Se ha sugerido, por ejemplo, que solo los Estados cuyos sistemas jurídicos nacionales son conformes con las normas fundamentales de derechos humanos, o que son “democráticos”, deberían ser considerados “civilizados”³¹⁹. Esta tesis, sin embargo, no encuentra apoyo en la práctica de los Estados ni en las decisiones de las cortes y tribunales internacionales. Mantener una distinción entre naciones “civilizadas” y “no civilizadas” puede llevar a decisiones subjetivas y arbitrarias cuando se trate de identificar los principios generales del derecho, y sería contrario al principio fundamental de la igualdad soberana. Además, si para identificar los principios generales del derecho hubiera que probar previamente la conformidad de los sistemas jurídicos nacionales con las normas internacionales de derechos humanos o con los principios democráticos, resultaría demasiado oneroso, si no imposible, determinar tales principios.

183. Como se muestra en la tercera parte del presente informe, ciertos tratados posteriores a los Estatutos de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de la Corte Internacional de Justicia contienen formulaciones que ya no emplean el término “naciones civilizadas”. Por ejemplo, la cláusula relativa al trato justo y equitativo de algunos acuerdos internacionales de inversión se refiere al “principio del debido proceso consagrado en los principales sistemas jurídicos del mundo”³²⁰. Del mismo modo, el artículo 21, párrafo 1 c), del Estatuto de Roma alude a “los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo”. Estas formulaciones se refieren claramente a los principios que existen en los sistemas jurídicos nacionales y sugieren que estos últimos deberían ser ampliamente representativos.

184. También se ha empleado la frase “comunidad internacional” como una alternativa de “naciones civilizadas”. Este es el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que cuenta con 172 Estados partes, y cuyo artículo 15, párrafo 2, dice lo siguiente: “Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”. Cuando se redactó esta disposición, se propuso la formulación “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”³²¹, pero las delegaciones se opusieron a ella³²².

185. En resumen, existe un amplio consenso en que no puede mantenerse una distinción entre naciones “civilizadas” y “no civilizadas”. Para evitar las connotaciones históricas que aún puede conllevar la expresión “naciones civilizadas” del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia³²³, se han adoptado formulaciones alternativas tales como “Estados”, “naciones” y “la comunidad de naciones”.

186. El Relator Especial opina que, además de todas las consideraciones anteriores, es necesario que los principios generales del derecho como fuente del derecho

³¹⁹ Besson, “General principles of international law – whose principles?” (nota 267 *supra*), pág. 38; Raimondo, *General Principles of Law [...] (nota 13 supra*, págs. 52 y 53; Sloan, “Civilized nations” (nota 308 *supra*), párr. 3. Véase también B. Conforti, *International Law and the Role of Domestic Legal Systems* (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993), pág. 64; A. Favre, “Les principes généraux du droit, fonds commun du droit des gens”, en *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim* (IUHEI, 1968), págs. 366 a 390, en especial pág. 371.

³²⁰ Véase la nota 204 *supra*.

³²¹ E/CN.4/SR.324, pág. 4.

³²² *Ibid.*, págs. 5 a 14.

³²³ Yusuf, “Concluding remarks” (nota 298 *supra*), pág. 449.

internacional se consideren en el contexto del principio fundamental de la igualdad soberana de los Estados. Por lo tanto, debe evitarse la expresión “naciones civilizadas” del Artículo 38, párrafo 1 *c*), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y, en cualquier caso, debe interpretarse como una referencia general a los Estados. En este sentido, la formulación por la que debería optarse es: “los principios generales del derecho reconocidos por los Estados”.

187. Naturalmente, esta conclusión básica no agota la cuestión de cuál es el reconocimiento que se requiere, y quedan por resolver una serie de cuestiones, como el grado de representatividad que debería tener el reconocimiento de los Estados, o si existen otras formas de establecer la existencia de un principio general del derecho; y dilucidar además si las organizaciones internacionales y otros actores también puedan participar en la formación de los principios generales del derecho³²⁴. El Relator Especial tratará más a fondo estas cuestiones en un futuro informe.

“Proyecto de conclusión 2 — Requisito del reconocimiento

Para que exista un principio general del derecho, debe ser generalmente reconocido por los Estados”.

II. Los orígenes de los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional

188. Como ya se ha mencionado en el presente informe, existe cierta controversia, al menos en la doctrina, en cuanto a los orígenes de los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional. Esta cuestión, a menudo formulada como las posibles categorías de principios generales del derecho que entrarían dentro del ámbito del Artículo 38, párrafo 1 *c*), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, ya se ha mencionado brevemente en la sección anterior al tratar el requisito del reconocimiento.

189. Aunque la doctrina ha propuesto diversas categorías de principios generales del derecho, hay dos que parecen estar respaldadas por la práctica y gozar de amplia aceptación entre los expertos: los principios generales del derecho derivados de los sistemas jurídicos nacionales y los principios generales del derecho formados en el marco del sistema jurídico internacional³²⁵. El Relator Especial se ocupa por separado de ambas categorías en la presente sección, sin perjuicio de las conclusiones a las que se llegue a medida que se avance en el estudio del tema. Cabe señalar que la finalidad de esta sección es abordar únicamente la existencia de estas categorías de principios generales del derecho. No se pretende dar respuesta definitiva a las formas que puede adoptar el reconocimiento, cuestión que se tratará más adelante.

³²⁴ Reinisch, “Sources of international organizations’ law [...]” (nota 261 *supra*), pág. 1022 (“Los principios generales del derecho pueden constituir un fundamento válido para establecer obligaciones también para las organizaciones internacionales. El carácter vinculante de los principios generales del derecho, que habitualmente se consideran derivados de principios comunes a diversos ordenamientos jurídicos internos de los Estados, puede ser difícil de establecer en el caso de las organizaciones internacionales, ya que, como ocurre con la costumbre, las organizaciones internacionales no habrán tenido la posibilidad de participar en su creación. No obstante, hay suficientes ejemplos de ámbitos en los que las organizaciones internacionales han aceptado los principios generales del derecho derivados del derecho interno de sus Estados miembros [...] La pertinencia de los principios generales del derecho no se limita al caso especial de la Unión Europea. Como lo demuestra su uso generalizado para colmar lagunas en la normativa laboral interna de las organizaciones internacionales, especialmente por los tribunales administrativos internacionales, a menudo los principios generales del derecho se consideran derecho directamente aplicable por las organizaciones internacionales”).

³²⁵ Véase el párr. 23 *supra*.

A. Principios generales de derecho derivados de los sistemas jurídicos nacionales³²⁶

190. Como ya se ha indicado, la mayor parte de la doctrina coincide en afirmar que uno de los posibles orígenes de los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia son los sistemas jurídicos nacionales de los Estados. Para muchos autores, la mera existencia de unos principios que son comunes a la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales satisface el requisito del reconocimiento con arreglo a esa disposición³²⁷.

191. La tesis de que los principios generales del derecho pueden surgir como fuente del derecho internacional de los propios sistemas jurídicos nacionales fue respaldada por los trabajos preparatorios del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional y, en particular, por la labor del Comité Consultivo de Juristas, donde hubo consenso en que los principios generales del derecho eran los que se encontraban en el orden interno³²⁸. Asimismo, cabe recordar la práctica anterior a la aprobación de dicho Estatuto, que sirvió de referencia para dicha aprobación: en distintos casos, tanto los Estados como los órganos jurisdiccionales se habían basado en normas o principios que se encuentran en los ordenamientos jurídicos nacionales y en el derecho romano para justificar la aplicación de un principio correlativo en el plano internacional³²⁹.

192. Esta categoría de principios generales del derecho también se refleja en la práctica reciente de los Estados y en las decisiones de los tribunales y cortes internacionales. En cuanto a la práctica de los Estados, hay numerosos ejemplos en los que, en el contexto judicial, los Estados se basan en principios generales del derecho derivados de los sistemas jurídicos nacionales. Un ejemplo bien conocido es el de Portugal y la India en la causa relativa al *Derecho de paso por territorio de la India (Portugal c. India)*. Portugal justificó su reivindicación del derecho de paso de la siguiente manera:

el derecho de Portugal a transitar a través de la Unión India [...] se presenta como una necesidad lógica, implícita en la noción misma de soberanía [...] Pero no solo emana de ella. Su fundamento convencional y consuetudinario no es menos cierto ni menos sólido que el principio general al que está vinculado³³⁰.

³²⁶ Esta categoría se denomina a veces “principios generales del derecho interno”, “principios generales del derecho nacional”, “principios generales reconocidos en el orden interno” o “principios generales con un paralelismo en los sistemas jurídicos nacionales”. El Relator Especial considera que es más conveniente la expresión “principios generales del derecho derivados de los sistemas jurídicos nacionales”, ya que está más estrechamente relacionada con la forma en que deben identificarse esos principios.

³²⁷ Véase el párr. 167 *supra*.

³²⁸ Véase el párr. 109 *supra*. Un autor ha señalado que la interpretación del Artículo 38, párrafo 1) c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en el sentido de que incluye esta categoría de principios generales del derecho puede considerarse como la interpretación “estática e histórica” de esa disposición. Véase también Kolb, *La bonne foi en droit international public* (nota 25 *supra*), pág. 56.

³²⁹ Véase en particular el arbitraje relativo a *Alabama Claims* (nota 120 *supra*), el caso *Fabiani* (nota 122 *supra*), el caso *Pious Fund*, (nota 123 *supra*), el caso *North Atlantic Coast Fisheries* (nota 128 *supra*) y el caso *Indemnité Russe* (nota 132 *supra*), todos ellos citados en la tercera parte del presente informe. Véase también el caso *Queen* entre Brasil, Noruega y Suecia (1871), en el que el árbitro aplicó el principio “reconocido por la legislación de todos los países”, según el cual el demandante debe probar sus pretensiones (“la norma prevalente que debe aplicarse para dirimir la presente cuestión es el principio jurisprudencial, reconocido por la legislación de todos los países, de que la carga de la prueba corresponde a la parte demandante”) (La Fontaine, *Pasicrisie internationale* (nota 111 *supra*), pág. 155).

³³⁰ *Right of Passage* (nota 222 *supra*), memoria de Portugal, párr. 41.

193. En su respuesta a la contramemoria de la India³³¹, Portugal lo explicó con más detalle:

Existe un desacuerdo entre las Partes en lo que respecta a la noción de ‘principios generales de derecho’: el Gobierno de la India considera que solo los avalados por el derecho interno merecen esa denominación, mientras que el Gobierno de Portugal considera que esos parámetros son demasiado estrictos. En todo caso, lo cierto es que los principios aceptados en el orden interno por las naciones civilizadas forman parte del ordenamiento jurídico internacional³³².

194. Con el fin de demostrar la existencia de su supuesto derecho de paso, Portugal elaboró un estudio comparativo de 64 ordenamientos jurídicos nacionales, que se adjuntó como anexo a su réplica³³³. No obstante, tras comprobar la existencia de una costumbre bilateral entre las partes, la Corte consideró innecesario examinar si un principio general del derecho podía conducir al mismo resultado.

195. En la causa relativa a *Determinados bienes*, Liechtenstein sostuvo que el enriquecimiento injusto integraba un principio general del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 *c*), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Liechtenstein observó que “una norma debe considerarse principio general del derecho: *i*) si se aplica en los principales sistemas de derecho interno y *ii*) si se puede ‘transponer’ al derecho internacional”³³⁴. Para demostrar que se cumplía la primera condición, Liechtenstein se basó en el derecho romano y en los sistemas jurídicos de Austria, los Estados Unidos de América, Francia, Italia, el Reino Unido, la República Islámica del Irán y Suiza, entre otros países.³³⁵ Sin embargo, la Corte Internacional de Justicia no se ocupó de estos argumentos, ya que consideró que no tenía competencia para conocer de la causa.

196. En la causa relativa a *Cuestiones relacionadas con la incautación y retención de ciertos documentos y datos* (interrumpida en 2015), Timor-Leste alegó, entre otras cosas, que Australia había vulnerado el principio de no injerencia en las comunicaciones con los asesores jurídicos (secreto profesional). Timor-Leste afirmó que el derecho que reivindicaba podía considerarse una norma del derecho internacional consuetudinario o un principio general del derecho³³⁶. Según el demandante: “No hace falta decir que la mayoría de los Estados reconocen algún tipo de secreto profesional para proteger la confidencialidad de las comunicaciones entre los asesores jurídicos y sus clientes”³³⁷.

197. Australia respondió que “[l]os principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 *c*), del Estatuto se derivan generalmente de los principios generales de la jurisprudencia interna, debidamente adaptados a la esfera del derecho internacional para evitar la ‘distorsión’”³³⁸. Pero rechazó los argumentos de Timor-Leste porque “el mero hecho de que exista una forma de secreto profesional en muchos sistemas jurídicos nacionales no es suficiente para generar un nuevo principio

³³¹ *Ibid.*, contramemoria de la India, párrs. 294 a 306; dúplica de la India, párrs. 565 a 569.

³³² *Ibid.*, réplica de Portugal, párr. 327.

³³³ *Ibid.*, réplica de Portugal, pág. 858, que debe leerse junto con el anexo 20 de las observaciones y conclusiones de Portugal sobre las excepciones preliminares del Gobierno de la India, págs. 714 y ss.

³³⁴ *Certain Property* (nota 225 *supra*), memoria de Liechtenstein, párr. 6.5.

³³⁵ *Ibid.*, párrs. 6.7 a 6.15.

³³⁶ *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data* (nota 226 *supra*), memoria de Timor-Leste, párr. 6.2.

³³⁷ En apoyo de esta afirmación, Timor-Leste presentó tres estudios en la materia, que abarcaban 45 sistemas jurídicos nacionales (anexos 22 a 24 de su memoria).

³³⁸ *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data* (nota 226 *supra*), contramemoria de Australia, párr. 4.20.

general del derecho en el ámbito internacional”³³⁹, y porque Timor-Leste no había hecho “esfuerzo alguno [...] para explicar cómo adaptar adecuadamente y sin ninguna distorsión los principios del derecho interno a la esfera del derecho internacional, o cómo replicar en el derecho internacional los procedimientos específicos y a menudo complejos de los sistemas jurídicos nacionales para hacer valer el secreto profesional y verificar que se respeta [...]”³⁴⁰.

198. El artículo 21, párrafo 1 *c*), del Estatuto de Roma también resulta pertinente a este respecto. En él se estipula que, en ausencia de normas establecidas en el Estatuto, los Elementos de los Crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba, otras normas de tratados y los “principios y normas del derecho internacional”, la Corte aplicará “los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos”. Como se explica en la tercera parte del presente informe, cabe considerar que la frase “principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo” refleja parte del ámbito del Artículo 38, párrafo 1 *c*), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

199. De modo similar, algunos tratados bilaterales en materia de inversión se refieren a la obligación de no denegar la justicia “de conformidad con el principio del debido proceso consagrado en los principales sistemas jurídicos del mundo”³⁴¹.

200. En algunas decisiones de los tribunales nacionales y otro material similar se puede encontrar más información sobre la práctica de los Estados. El Tribunal Constitucional Federal de Alemania, por ejemplo, en una sentencia dictada el 4 de septiembre de 2004, consideró que la expresión “normas de derecho internacional general” empleada en el artículo 25 de la Constitución alemana incluye los principios generales del derecho, que son “principios jurídicos reconocidos y compartidos por los sistemas jurídicos nacionales y susceptibles de transposición a las relaciones interestatales”³⁴².

201. En un caso relativo a la responsabilidad de una empresa por presuntas violaciones de los derechos humanos, un Tribunal de Apelación (Cuarto Circuito) de los Estados Unidos definió el alcance del concepto “derecho de gentes” (contenido en la Ley de Reparación de Agravios a Ciudadanos Extranjeros) basándose en el Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Al hacerlo, el Tribunal de Apelación se refirió también al artículo 102 de la nueva redacción (tercera) de la Ley de Relaciones Exteriores, que define los principios generales del derecho como los aceptados por la comunidad internacional de Estados “por derivación de los principios generales comunes de los principales sistemas jurídicos”³⁴³.

³³⁹ *Ibid.*, párr. 4.21.

³⁴⁰ *Ibid.*, párr. 4.22. Véanse también los párrafos 4.34 a 4.38; 4.43 a 4.47. Australia presentó un “Resumen de las leyes nacionales sobre secreto profesional y confidencialidad: alcance y excepciones” (anexo 51).

³⁴¹ Véase la nota 204 *supra*.

³⁴² 2 BvR 1475/07, párr. 20 (“Los principios generales del derecho son principios jurídicos comunes a los sistemas jurídicos nacionales y que pueden transponerse a las relaciones entre los Estados”). Véase también BVerGE 118, 124, párr. 63.

³⁴³ *Aziz and ors v Alcolac Incorporated and ors*, sentencia en apelación de 19 de septiembre de 2011, ILDC 1878 (US 2011), párrs. 40 a 42. Véase también *Agent Orange Product Litigation, Re, Vietnam Association For Victims of Agent Orange / Dioxin and ors v. Dow Chemical Company and ors*, sentencia de 10 de marzo de 2005, ILDC 123 (US 2005), párrs. 328 a 330.

202. Del mismo modo, el Consejo Federal suizo, en un informe de 2010, definió los principios generales del derecho como los principios “que comprenden los principios comunes de los principales sistemas jurídicos del mundo y que adquieren un valor universal”. A menudo se derivan del derecho interno y se aplican, por regla general, cuando ni el derecho convencional ni el derecho consuetudinario sirven para resolver una controversia³⁴⁴.

203. Por último, también vale la pena recordar que los Estados ya han expresado en la Sexta Comisión sus opiniones con respecto a esta categoría de principios generales del derecho. Este es el caso del Brasil, que consideró que la identificación de los principios generales del derecho se basa en “todos los ordenamientos jurídicos del mundo”³⁴⁵.

204. Las cortes y tribunales internacionales también han invocado en distintas ocasiones esta categoría de principios generales del derecho. En el caso del *Canal de Corfú*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia consideró, en lo que respecta a la carga de la prueba, que un Estado “debería poder recurrir más ampliamente a las presunciones de hecho y a las pruebas circunstanciales. Estas pruebas indirectas se admiten en todos los regímenes jurídicos, y su uso ha sido reconocido por las decisiones internacionales”³⁴⁶. Cabe interpretar que la expresión “todos los regímenes jurídicos” comprende los sistemas jurídicos nacionales.

205. En la causa relativa a la *Barcelona Traction*, la Corte se remitió al derecho interno para aplicar las normas del derecho internacional sobre protección diplomática. Afirmó lo siguiente:

Para analizar ahora los aspectos jurídicos internacionales del caso, la Corte, como ya se ha indicado, debe partir del hecho de que la presente causa se refiere esencialmente a factores derivados del derecho interno (la distinción y la comunidad entre sociedad y accionistas) que las Partes, por muy distintas que sean sus interpretaciones, toman como punto de partida de su razonamiento. Si la Corte resolviera sin tener en cuenta las instituciones pertinentes del derecho interno, ello acarrearía, sin que nada lo justificara, graves dificultades jurídicas. Estaría desconectándose de la realidad, al no existir instituciones de derecho internacional a las que la Corte pueda recurrir. Así pues, como se ha indicado, la Corte no solo debe tomar conocimiento del derecho interno, sino que también debe remitirse a él. El derecho internacional se refiere a las normas generalmente aceptadas por los sistemas jurídicos internos que reconocen la sociedad anónima cuyo capital está dividido en acciones, y no al derecho interno de un Estado en particular. Al referirse a tales normas, la Corte no puede modificarlas, y menos aún deformarlas³⁴⁷.

206. En la causa relativa al *África Sudoccidental*, uno de los pocos casos en que se hizo referencia expresa al Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la Corte consideró que:

³⁴⁴ “Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008” (5 de marzo de 2010), pág. 2084. En un informe adicional de 2011, el Consejo Federal definió los principios generales del derecho como “normas de validez universal, ya que están reconocidas por todos los grandes sistemas jurídicos del mundo”. Véase “Rapport additionnel du Conseil fédéral au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne” (30 de marzo de 2011), pág. 3412.

³⁴⁵ A/C.6/72/SR.21, párr. 15; A/C.6/73/SR.21, párr. 41.

³⁴⁶ *Corfu Channel* (nota 214 *supra*), pág. 18.

³⁴⁷ *Barcelona Traction* (nota 217 *supra*), pág. 37, párr. 50. Véanse también las págs. 39 y 40, párr. 56.

el argumento viene a ser una alegación de que la Corte debería permitir el equivalente a una acción popular, o sea, el derecho de cualquier miembro de una comunidad a emprender una acción judicial en defensa de un interés público. Pero, aunque es posible que algunos ordenamientos jurídicos internos contemplen un derecho de esa naturaleza, este no es conocido en el derecho internacional actual, ni tampoco puede la Corte considerarlo como dimanante de ‘los principios generales del derecho’ mencionados en el Artículo 38, párrafo 1 c), de su Estatuto³⁴⁸.

207. Si bien la Corte rechazó la existencia en este caso de un principio general del derecho, su razonamiento puede interpretarse en el sentido de que podría haberse considerado la acción popular como un principio general del derecho de haber existido en un número suficiente de sistemas internos, y no solo en algunos de ellos. El término “demanante” utilizado por la Corte también sugiere que hay que examinar los sistemas jurídicos nacionales para identificar los principios generales del derecho³⁴⁹.

208. En cuanto al arbitraje interestatal, en el caso *Cargamentos desviados* el árbitro señaló que “los principios del derecho internacional que rigen la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales y la obtención de pruebas han sido identificados por la doctrina y, sobre todo, por la jurisprudencia internacional en estrecha correspondencia con las normas sobre interpretación de contratos adoptadas por las naciones civilizadas”³⁵⁰. En relación con lo anterior, el tribunal hizo referencia a los principios de interpretación (como la buena fe y el efecto útil) y de carga de la prueba³⁵¹.

209. En el arbitraje relativo a la *Concesión de los faros*, el tribunal consideró lo siguiente con respecto a un argumento presentado por Grecia sobre la no transmisión de deudas derivadas de hechos ilícitos civiles:

Si a través de este argumento se formuló realmente un principio general del derecho, este también debería ser aplicable, y por igual razón, en el ámbito del derecho civil, pero ello dista de ser el caso. Por el contrario, las deudas delictuales de los particulares, que tendrían exactamente el mismo carácter “estrictamente personal”, se transmiten generalmente a los herederos. Esto no significa que los principios de derecho privado sean aplicables como tales en materia de sucesión de Estados, sino solo que el único argumento que a veces se invoca para negar la transferencia de deudas delictuales carece de valor³⁵².

210. En el caso de la *Frontera argentino-chilena*, el tribunal aplicó el principio del estoppel e hizo referencia a su relación con los sistemas jurídicos nacionales. Aludiendo al caso relativo al *Templo de Preah Vihear*, afirmó que:

existe en el derecho internacional un principio, que es además un principio de derecho sustantivo y no solo una norma técnica probatoria, según el cual “un Estado parte en un litigio internacional está obligado por sus actos o su comportamiento anteriores cuando estén en contradicción con sus pretensiones en el litigio” [...] Este principio tiene varias denominaciones, entre las que “estoppel” y “preclusión” son las más comunes. Pero también es evidente que

³⁴⁸ *South West Africa* (nota 221 *supra*), párr. 88.

³⁴⁹ Según Gaja, “[e]ste razonamiento de la Corte implicaba que un principio que es común a los derechos internos no se transpone automáticamente al derecho internacional”. Véase Gaja, “General principles in the jurisprudence of the ICJ” (nota 186 *supra*), pág. 38.

³⁵⁰ *Diverted Cargoes* (nota 230 *supra*), pág. 70.

³⁵¹ *Ibid.*

³⁵² *Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman* (nota 231 *supra*), pág. 199.

estos términos no deben entenderse exactamente en el mismo sentido que en el derecho interno³⁵³.

El tribunal llegó a una conclusión similar en el caso del *Área marina protegida de Chagos*³⁵⁴.

211. En el arbitraje de *Abyei* entre el Sudán y el Movimiento/Ejército de Liberación del Pueblo del Sudán, sobre la cuestión de si los expertos de la Comisión de Límites de Abyei se excedieron del mandato que les confería el Acuerdo General de Paz entre las partes, también se examinaron los principios generales aplicables en los ordenamientos jurídicos nacionales. El acuerdo arbitral requería expresamente que el tribunal aplicara “los principios generales del derecho y las prácticas” (art. 3). En primer lugar, el tribunal determinó lo siguiente:

Dada la falta de autoridad sobre lo que el “exceso de mandato” representa exactamente en derecho, el tribunal está de acuerdo en que los principios de revisión aplicables en el derecho internacional público y en los sistemas jurídicos nacionales, en la medida en que estos últimos suelen compartir las mismas prácticas, pueden ser pertinentes como “principios generales del derecho y prácticas” para la indagación del tribunal en relación con el artículo 2, párrafo a)³⁵⁵.

212. A continuación, el tribunal analizó el proceso de revisión judicial en relación con los órganos administrativos en los sistemas jurídicos nacionales³⁵⁶, así como en el derecho internacional público³⁵⁷.

213. Los tribunales penales internacionales también han tenido ocasión de hacer referencia a los principios generales del derecho derivados de los sistemas jurídicos nacionales, y también de aplicarlos. Por ejemplo, en un fallo de 13 de julio de 2006, la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional resolvió una apelación de la Fiscalía relativa a una “revisión extraordinaria”, no prevista en el Estatuto ni en las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte, de una decisión de una Sala de Cuestiones Preliminares³⁵⁸. En opinión de la Fiscalía, “la ausencia de un mecanismo de revisión de las decisiones negativas examinadas no puede considerarse sino una laguna jurídica. Como tal, debe ser remediada a través de los principios generales del derecho aplicables en tal situación, previstos para el presente caso en el artículo 21, párrafo 1 c), del Estatuto”³⁵⁹.

214. La Sala de Apelaciones consideró que el artículo 21, párrafo 1 c), del Estatuto de Roma tiene por objeto incorporar como fuente de derecho los principios generales del derecho derivados del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo³⁶⁰. A continuación, la Sala pasó a analizar los argumentos presentados por la Fiscalía sobre la posibilidad de revisar las decisiones por las que se deniega una apelación en diversos ordenamientos jurídicos nacionales³⁶¹, y llegó a la conclusión de que “no existe ni se ha adoptado universalmente ningún principio general del derecho que

³⁵³ *Argentine-Chile Frontier Case* (nota 232 *supra*), pág. 164.

³⁵⁴ *Chagos Marine Protected Area* (nota 236 *supra*), págs. 542 a 544, párrs. 435 a 438.

³⁵⁵ *Abyei Arbitration* (nota 235 *supra*), pág. 299, párr. 401.

³⁵⁶ *Ibid.*, págs. 299 y 300, párr. 402. El tribunal examinó la práctica de los Estados Unidos de América, el Reino Unido y “determinados sistemas jurídicos de Europa continental”.

³⁵⁷ *Ibid.*, pág. 300, párrs. 403 y 404.

³⁵⁸ *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, fallo (nota 239 *supra*), párr. 3.

³⁵⁹ *Ibid.*, párr. 22.

³⁶⁰ *Ibid.*, párr. 24.

³⁶¹ *Ibid.*, párr. 32.

entrañe la revisión de las decisiones dictadas por tribunales jerárquicamente subordinados por las que se deniegue o no se permita una apelación”³⁶².

215. El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia se ha basado con mayor frecuencia en los principios generales del derecho derivados de los sistemas jurídicos nacionales. En la causa *Furundžija*, por ejemplo, una Sala de Primera Instancia, tras señalar que “[e]n el derecho internacional no existe ninguna definición de violación”³⁶³, trató de encontrar indicaciones sobre una posible definición en los tratados y en la jurisprudencia de otros tribunales penales internacionales³⁶⁴. Una vez hecho esto, declaró que:

no cabe extraer del derecho internacional de los tratados ni del derecho consuetudinario otros elementos distintos de los recalcados, y de poco servirá recurrir a los principios generales del derecho penal internacional o a los principios generales del derecho internacional. Por consiguiente, la Sala de Primera Instancia considera que, para llegar a una definición precisa de la violación basada en el principio de especificidad del derecho penal (*Bestimmtheitgrundsatz*, también expresado en la máxima “*nullum crimen sine lege stricta*”), es necesario buscar principios de derecho penal comunes a los principales sistemas jurídicos del mundo. Estos principios pueden derivarse, con la debida cautela, de los ordenamientos nacionales.

[...] Cuando las normas penales internacionales no definen un concepto de derecho penal, está justificado invocar la legislación nacional, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: i) a menos que lo indique una norma internacional, no debe hacerse referencia a un único modelo jurídico nacional, por ejemplo, el de los Estados basados en el *common law* o los de tradición romanista. Más bien, los tribunales internacionales deben basarse en los conceptos generales y las instituciones jurídicas comunes a todos los principales sistemas del mundo. Esto conlleva un proceso previo para identificar los denominadores comunes de esos sistemas jurídicos a fin de determinar con precisión las nociones básicas por ellos compartidas; ii) dado que los “juicios internacionales presentan una serie de características que los diferencian de los procedimientos penales nacionales”, debe tenerse en cuenta la especificidad de los procedimientos penales internacionales al utilizar las nociones propias del derecho nacional. De esta manera se evita la importación mecánica o la transposición de la legislación nacional a los procedimientos penales internacionales, así como la consiguiente distorsión de las características únicas de dichos procedimientos³⁶⁵.

216. Tras evaluar los sistemas jurídicos nacionales de distintos Estados, la Sala de Primera Instancia pudo establecer determinados elementos de la definición de violación³⁶⁶.

217. En la causa *Kunarac*, otra Sala de Primera Instancia se basó en los principios generales del derecho para ampliar la definición de violación establecida en la causa *Furundžija*, que consideró “apropiada para las circunstancias de esa causa”, pero “más restrictiva que lo exigido por el derecho internacional”³⁶⁷. Según la Sala:

³⁶² *Ibid.*, párrs. 26 a 31.

³⁶³ *Prosecutor v. Furundžija* (nota 240 *supra*), párr. 175.

³⁶⁴ *Ibid.*, párrs. 175 y 176.

³⁶⁵ *Ibid.*, párrs. 177 a 180.

³⁶⁶ *Ibid.*, párr. 181. No obstante, véanse también los párrafos 182 a 186 (que se examinan en la sección siguiente).

³⁶⁷ *Prosecutor v. Kunarac et al.* (nota 240 *supra*), párr. 438.

la determinación del derecho internacional pertinente para dirimir en qué circunstancias constituirían violación determinados actos de penetración sexual se ve facilitada, en ausencia de derecho internacional consuetudinario o convencional al respecto, por referencia a los principios generales de derecho comunes a los principales sistemas jurídicos nacionales del mundo. El valor de esas fuentes es que pueden sacar a la luz “conceptos generales e instituciones jurídicas” que, si son comunes a un amplio espectro de sistemas jurídicos nacionales, revelan un enfoque internacional acerca de una cuestión jurídica que podría considerarse como un indicador apropiado del derecho internacional en la materia. Al examinar esos sistemas jurídicos nacionales, la Sala de Primera Instancia no lleva a cabo un estudio de los principales sistemas jurídicos del mundo para identificar una disposición específica adoptada por la mayoría de los sistemas jurídicos, sino para considerar, a partir de un examen de los sistemas nacionales en general, si es posible identificar ciertos principios básicos o, según las palabras empleadas en el fallo *Furundžija*, “denominadores comunes”, en esos sistemas jurídicos que encarnen los *principios* que deben adoptarse en el contexto internacional³⁶⁸.

218. A continuación, la Sala analizó los sistemas jurídicos nacionales de varios Estados³⁶⁹ y concluyó, entre otras cosas, que “[e]l principio básico verdaderamente común a estos sistemas jurídicos es que las violaciones graves contra la *autonomía* sexual deben ser penalizadas”³⁷⁰.

219. En la causa *Čelebići*, la Sala de Apelaciones del Tribunal confirmó el razonamiento de una Sala de Primera Instancia sobre el principio de legalidad. La Sala de Primera Instancia había llegado a la siguiente conclusión:

Es innegable que actos como el asesinato, la tortura, la violación y el trato inhumano son criminales según los “principios generales del derecho” reconocidos por todos los sistemas jurídicos. De ahí que deba tenerse en cuenta la salvedad contenida en el Artículo 15, párrafo 2, del [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] al examinar la aplicación en el presente caso del principio *nullum crimen sine lege*. El propósito de este principio es impedir que se enjuicie y castigue a una persona por actos que creía razonablemente que eran lícitos en el momento de su comisión. Cuesta creer la afirmación de que los acusados ignoraban la naturaleza criminal de los actos alegados en el acta de acusación. El hecho de que no pudieran prever entonces la creación de un Tribunal Internacional, que sería el foro en el que serían enjuiciados, resulta irrelevante³⁷¹.

220. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Aloeboetoe y otros*, fue llamada a determinar quiénes eran los sucesores de una persona a efectos de reparación. La Corte se refirió expresamente al Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y determinó quiénes eran los sucesores basándose en “la mayoría de las legislaciones”³⁷².

221. En los casos de solución de controversias entre inversionistas y Estados, hay referencias a los principios generales de derecho derivados de los sistemas jurídicos nacionales, por ejemplo, en el caso *Inceysa c. El Salvador*, en el que el tribunal arbitral sostuvo que “de manera generalizada, [los principios generales de derecho]

³⁶⁸ *Ibid.*, párr. 439.

³⁶⁹ *Ibid.*, párrs. 443 a 456.

³⁷⁰ *Ibid.*, párr. 457.

³⁷¹ *Prosecutor v. Mucić et al.* (nota 240 *supra*), párrs. 179 y 180. Véase también *Prosecutor v. Kupreškić et al.* (nota 240 *supra*), párrs. 677 y 680 a 695; *Prosecutor v. Drazen Erdemović*, fallo de 29 de noviembre de 1996 (IT-96-22-T), párrs. 19 y 31.

³⁷² *Aloeboetoe y otros vs. Suriname* (nota 256 *supra*), párrs. 61 y 62.

han sido entendidos como reglas generales sobre las que existe un consenso internacional para considerarlas como estándares universales y normas de conducta que siempre deben ser aplicadas y que son, en opinión de importantes tratadistas, normas de derecho en las que se fundan los propios sistemas jurídicos estatales³⁷³. En *El Paso c. Argentina*, el tribunal observó que los principios generales del derecho son “normas que por lo general se aplican en el ámbito interno, a las cuestiones privadas o públicas, de fondo o de forma, siempre que, una vez adaptados, resulten aplicables en el ámbito del derecho internacional público”³⁷⁴. A continuación añadió lo siguiente:

No se puede dudar demasiado de que exista un principio general que excluya la ilicitud en algunos casos, tal como se ve ratificado por los Principios del [Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado] sobre Contratos Comerciales Internacionales, una suerte de reformulación del derecho de los contratos que refleja las normas y principios aplicados en la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales³⁷⁵.

222. De manera similar, en *Sea-Land Service c. el Irán*, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos determinó que el enriquecimiento injusto “está codificado o ha sido reconocido por los tribunales en la gran mayoría de los sistemas jurídicos internos del mundo, y está ampliamente aceptada su inclusión en la lista de principios generales de derecho que pueden ser aplicados por los tribunales internacionales”³⁷⁶. En otro caso, el Tribunal concluyó que “[el] concepto de cambio en las circunstancias [...] ha sido incorporado en su forma básica en tantos ordenamientos jurídicos que puede considerarse un principio general del derecho”; también ha encontrado amplia expresión en el artículo 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados³⁷⁷.

223. Los ejemplos mencionados muestran claramente que los principios generales del derecho pueden derivarse de los sistemas jurídicos nacionales. Si bien no se indica el número preciso de sistemas jurídicos nacionales en los que debe estar presente un principio, se han empleado expresiones como “la gran mayoría de los sistemas jurídicos internos del mundo”, “la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales”, “la mayoría de los ordenamientos” y “los principales sistemas jurídicos del mundo”.

224. En algunos casos, se llevó a cabo expresamente un estudio comparativo de los sistemas jurídicos nacionales con el fin de identificar el principio general del derecho en cuestión. A este respecto, algunos autores han sugerido que, cuando no se lleva a cabo ese estudio expreso, puede que esa identificación por las cortes y tribunales de principios de derecho comunes a los sistemas jurídicos nacionales se realice de forma “implícita”, “espontánea” o “intuitiva”³⁷⁸.

³⁷³ *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, CIADI, caso núm. ARB/03/26, laudo arbitral de 2 de agosto de 2006, párr. 227.

³⁷⁴ *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, CIADI, caso núm. ARB/03/15, laudo de 31 de octubre de 2011, párr. 622.

³⁷⁵ *Ibid.*, párr. 623. Véase también *Total c. la Argentina* (nota 246 *supra*), párrs. 128 a 130; *Toto Costruzioni c. el Líbano* (nota 246 *supra*), párr. 166.

³⁷⁶ *Sea-Land Service v. Iran*, nota 247 *supra*, pág. 168.

³⁷⁷ *Questech, Inc. v. Iran*, laudo núm. 191-59-1 (20 de septiembre de 1985), IUSCTR, vol. 9, págs. 107 y ss., en especial pág. 122. Véase también *Rockwell International Systems, Inc. v. Iran*, laudo núm. 438-430-1 (5 de septiembre de 1989), IUSCTR, vol. 23, pág. 171, párr. 92; *Isaiah v. Bank Mellat*, laudo núm. 35-219-2 (30 de marzo de 1983), IUSCTR, vol. 2, pág. 237.

³⁷⁸ Por lo que respecta a la Corte Internacional de Justicia, esto se ha justificado sobre la base del Artículo 9 de su Estatuto, que exige que la composición de la Corte represente a “las grandes civilizaciones” y “los principales sistemas jurídicos del mundo”. Véase, por ejemplo, Pellet y Müller, “Artículo 38” (nota 13 *supra*), pág. 930; Bogdan, “General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations” (nota 13 *supra*), pág. 50; Waldock, “General course

225. Sin embargo, la existencia de un principio en la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales no basta, por sí sola, para que ese principio se convierta en un principio general del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Como ya se ha mencionado en la sección anterior, es un hecho generalmente aceptado en la doctrina que tal principio debe además “transponerse” al sistema jurídico internacional³⁷⁹. En palabras del Magistrado McNair, tan a menudo citadas:

El derecho internacional ha importado y sigue importando muchas de sus normas e instituciones de los sistemas de derecho privado. El Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte da fe de que ese proceso sigue vivo [...] La forma en que el derecho internacional toma prestado de esa fuente no es importando “en su totalidad” instituciones de derecho privado ya diseñadas e integradas por un conjunto específico de normas. Sería difícil conciliar semejante proceso con la aplicación de “los principios generales del derecho”. En mi opinión, el verdadero deber de los tribunales internacionales a este respecto es considerar que cualquier característica o terminología que recuerde a las normas e instituciones del derecho privado es indicativa de determinadas políticas y principios, y no una importación directa de esas normas e instituciones³⁸⁰.

226. El Magistrado Simma expresó una opinión similar. Al considerar si la *exceptio non adimpleti contractus* puede constituir un principio general del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, se refirió “a la posibilidad de transferir al plano jurídico internacional ese concepto desarrollado *in foro domestico* y, concretamente, a las modificaciones que deberán introducirse para que ese principio general desempeñe un papel constructivo también en el plano internacional”³⁸¹. También se ha observado que los principios generales del derecho son “un cuerpo de derecho internacional cuyo contenido se ha visto influenciado por el derecho interno pero que posee entidad propia”³⁸², y que:

En caso de que la Corte [Mundial] considere que hay convergencia en los aspectos pertinentes de los distintos derechos internos, una prueba adicional debería ser la compatibilidad del principio emanado en el plano interno con el marco de los principios y normas del derecho internacional en el que se aplicaría ese principio³⁸³.

227. Algunas de las prácticas mencionadas en los párrafos anteriores confirman, con importantes matices, que se requiere un proceso de transposición o una prueba de aplicabilidad en la esfera del derecho internacional para que un principio consagrado en los ordenamientos jurídicos nacionales se convierta en un principio general del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte

on public international law” (nota 113 *supra*), pág. 67; Virally, “The sources of international law” (nota 317 *supra*), pág. 146. Sobre la utilización de un método de derecho comparado para la identificación de principios generales de derecho, véase: J. Ellis, “General principles and comparative law”, *European Journal of International Law*, vol. 22 (2011), págs. 949 a 971.

³⁷⁹ Véase párr. 169 *supra*.

³⁸⁰ *International status of South-West Africa*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1950*, págs. 128 y ss., opinión separada del Magistrado McNair, en especial pág. 148. Véase también el párr. 169 *supra*.

³⁸¹ *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)* (nota 223 *supra*), opinión separada del Magistrado Simma, párr. 13.

³⁸² J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8ª ed. (Oxford, Oxford University Press, 2012), pág. 35. El autor también señala que un tribunal internacional “selecciona, modifica y adapta elementos de otros sistemas desarrollados” (*ibid.*).

³⁸³ Gaja, “General principles in the jurisprudence of the ICJ” (nota 186 *supra*), pág. 40.

Internacional de Justicia³⁸⁴. En la causa relativa a *Determinados bienes*, por ejemplo, Liechtenstein alegó que un principio común a los sistemas jurídicos nacionales debe ser “transponible” al derecho internacional y explicó, entre otras cosas, que no existe “ninguna incompatibilidad entre el principio de enriquecimiento injusto y el derecho internacional público” y que dicho principio “ha sido acogido por el derecho internacional público”³⁸⁵. En la causa sobre *Cuestiones relacionadas con la incautación y retención de ciertos documentos y datos*, Australia consideró que los principios que existen en los sistemas jurídicos nacionales deben “adaptarse adecuadamente a la esfera del derecho internacional para evitar la ‘distorsión’”³⁸⁶. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania señaló que los principios existentes en los sistemas jurídicos nacionales deben ser “transponibles a las relaciones entre los Estados”³⁸⁷.

228. La Corte Internacional de Justicia, en la causa relativa a la *Barcelona Traction*, determinó que la propia Corte no podía “modificar” ni “deformar” los principios existentes en los sistemas jurídicos nacionales³⁸⁸. Dos de los tribunales arbitrales mencionados consideraron, en cambio, que el principio del estoppel no debe entenderse exactamente en el mismo sentido que en los ordenamientos jurídicos nacionales³⁸⁹. Además, el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia señaló que debía evitarse “la importación o transposición mecánica” de los principios existentes en los sistemas jurídicos nacionales³⁹⁰. Finalmente, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos consideró que debía aceptarse de manera amplia la inclusión de un principio existente en los sistemas jurídicos nacionales “en la lista de principios generales del derecho que pueden ser aplicados por los tribunales internacionales”³⁹¹.

229. La cuestión clave que es preciso abordar es cómo determinar si un principio común a los sistemas jurídicos nacionales es aplicable en el plano internacional. Se trata de una cuestión que exige una cuidadosa reflexión y que se analizará en un futuro informe en el que se abordará la identificación de los principios generales del derecho.

230. A la luz de lo que antecede, puede concluirse que una de las categorías de principios generales del derecho en el sentido del del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia son los principios generales del derecho derivados de los sistemas jurídicos nacionales de los Estados, en la medida en que puedan identificarse principios comunes a la mayoría de esos ordenamientos.

B. Principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional³⁹²

231. La segunda categoría de principios generales del derecho se refiere a los principios que no tienen su origen en los sistemas jurídicos nacionales de los Estados,

³⁸⁴ La idea de que un principio común a los sistemas jurídicos nacionales no puede aplicarse en el derecho internacional sin un examen más detenido ya se había expresado incluso antes de que se aprobara el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia. Véase en particular el caso *North Atlantic Coast Fisheries* (párr. 86 *supra*), en el que el tribunal arbitral consideró que el concepto de “servidumbre” no se adecuaba a las relaciones entre los Estados.

³⁸⁵ *Certain Property* (nota 225 *supra*), memoria de Liechtenstein, párrs. 6.20 y 6.21.

³⁸⁶ Véase párr. 197 *supra*.

³⁸⁷ Véase párr. 200 *supra*.

³⁸⁸ Véase párr. 205 *supra*.

³⁸⁹ Véase párr. 210 *supra*.

³⁹⁰ Véase párr. 215 *supra*.

³⁹¹ Véase párr. 222 *supra*.

³⁹² Esta categoría también se denomina a veces “principios generales del derecho internacional”, “principios generales del derecho derivados de la naturaleza específica de la comunidad internacional” o “principios generales específicos del derecho internacional”.

sino en el propio sistema jurídico internacional. Al igual que la categoría tratada en la sección anterior, la existencia de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional también se apoya en la práctica y en la doctrina.

232. Esta categoría de principios generales del derecho se ha justificado con diferentes fundamentos. Como ya se ha mencionado, parte de la doctrina ha señalado que el significado ordinario del Artículo 38, párrafo 1 *c*), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no excluye la existencia de principios generales del derecho dimanantes del sistema jurídico internacional³⁹³. Además, suponiendo que la razón de ser y el propósito del Artículo 38, párrafo 1 *c*), del Estatuto de la Corte sea colmar las lagunas del derecho internacional convencional y consuetudinario, un autor ha sostenido que “[d]ebe considerarse que los autores de ese párrafo han consentido implícitamente en que se utilicen los principios generales del derecho internacional con ese mismo fin, pues cuesta creer que permitan colmar las lagunas [...] con los principios del derecho nacional, pero no con los del derecho internacional”³⁹⁴.

233. Una cuestión importante que la doctrina ha examinado en ocasiones es la relación entre los principios generales del derecho formados en el seno del sistema jurídico internacional y el derecho internacional consuetudinario. Se ha sugerido, por ejemplo, que los principios generales del derecho comprendidos en esta categoría se crean mediante un proceso de “articulación expresa de principios ‘aceptados y reconocidos’ como vinculantes en primer instancia, *ab initio* o de forma gradual [...] por ‘la comunidad internacional de Estados en su conjunto’”³⁹⁵. Según esta opinión, dicho proceso no conduce inmediatamente a la aparición de normas de derecho internacional consuetudinario, sino de principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 *c*), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia³⁹⁶. Otros autores, por el contrario, consideran que los principios generales del derecho cuya formación se produce dentro del ordenamiento jurídico internacional no pueden distinguirse de las normas del derecho internacional convencional o consuetudinario³⁹⁷.

234. Como categoría de los principios generales del derecho que pueden entrar dentro del ámbito del Artículo 38, párrafo 1 *c*), del Estatuto de la Corte Internacional de

³⁹³ Lammers, “General principles of law recognized by civilized nations” (nota 13 *supra*), pág. 67.

³⁹⁴ *Ibid.* Siorat, para quien el Artículo 38, párrafo 1 *c*), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se refería al “poder de sistematización” del juez por analogía, estimó que “la admisión expresa de la analogía con las normas del derecho interno lleva *a fortiori* al reconocimiento tácito de la analogía con las normas del derecho internacional [...] Quien está facultado para hacer más también lo está para hacer menos: permitir formalmente a la Corte basar el razonamiento analógico en las normas de un sistema jurídico distinto del que la propia Corte forma parte es también autorizarla implícitamente a basarlo en las normas del derecho internacional, convencional y consuetudinario, cuya aplicación constituye su tarea principal” (L. Siorat, *Le problème des lacunes en droit international* (París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1958, pág. 286).

³⁹⁵ Véase B. Simma y P. Alston, “The Sources of human rights law: custom, jus cogens, and general principles”, *Australian Year Book of International Law*, vol. 12 (de 1989), págs. 82 a 108, en especial pág. 104, donde se cita un informe de la subdivisión americana de la International Law Association titulado “The role of State practice in the formation of customary and jus cogens norms of international law” (19 de enero de 1989).

³⁹⁶ *Ibid.*

³⁹⁷ Yee, “Article 38 of the ICJ Statute and applicable law [...]” (nota 280 *supra*), pág. 490; Raimondo, *General Principles of Law [...]* (nota 13 *supra*), pág. 42; Degan, *Sources of International Law* (nota 138 *supra*), pág. 83; Barberis, “Los principios generales de derecho como fuente del derecho internacional” (nota 13 *supra*), págs. 24 a 26; Bogdan, “General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations” (nota 13 *supra*), pág. 42; Blondel, “Les principes généraux de droit devant la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice” (nota 13 *supra*), pág. 204. Véase Lammers, “General principles of law recognized by civilized nations” (nota 13 *supra*), págs. 67 a 69.

Justicia, los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional también están sujetos al requisito del reconocimiento. Ya se ha mencionado que, según algunos, ese reconocimiento puede tener lugar por deducción o abstracción a partir de las normas vigentes del derecho internacional convencional y consuetudinario, o mediante actos de organizaciones internacionales, como las resoluciones de la Asamblea General, que indican el consenso de los Estados acerca de cuestiones específicas³⁹⁸. En el contexto del derecho de los derechos humanos, hay dos autores que han descrito el proceso para determinar la existencia de principios generales derivados de los principios formados en el sistema jurídico internacional “como un proceso sin duda *consensuado* que dota de ‘expresión jurídica suficiente’ a consideraciones subyacentes de índole humanitaria”³⁹⁹.

235. La existencia de una categoría de principios generales del derecho que tiene su origen en el sistema jurídico internacional se ha visto corroborada por la práctica de los Estados y las decisiones de los tribunales internacionales. Los ejemplos que se ofrecen a continuación comparten algunos rasgos. En primer lugar, se hace referencia a “principios” (a veces utilizando un lenguaje que se asemeja al del Artículo 38), párrafo 1 c)), que forman parte del derecho internacional pero que no parecen ser normas de derecho internacional convencional o consuetudinario. En segundo lugar, para identificar tales principios no se hace referencia, por lo general, a principios comunes a los ordenamientos jurídicos nacionales. En tercer lugar, la existencia de esos principios se determina sobre distintas bases, por ejemplo, recurriendo a instrumentos internacionales o identificando principios subyacentes a otras normas del derecho internacional. En particular, el reconocimiento por los Estados de esos principios se ha puesto de manifiesto, entre otras vías, en los trabajos preparatorios de los tratados, en las propias disposiciones de los tratados, así como en el reconocimiento expresado en las resoluciones de la Asamblea General y en las declaraciones.

236. En la causa relativa al *Canal de Corfú*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia consideró lo siguiente:

[l]as obligaciones de las autoridades albanesas consistían en notificar, en beneficio de la navegación en general, la existencia de una zona minada en aguas territoriales albanesas y en advertir a los buques de guerra británicos que se aproximaban del inminente peligro al que quedaban expuestos a resultas de la zona minada. Esas obligaciones se basan no en la Convención VIII de La Haya de 1907, que es aplicable en tiempo de guerra, sino en ciertos principios generales y bien reconocidos, a saber, en consideraciones elementales de humanidad, aún más exigentes en la paz que en la guerra; el principio de la libertad de comunicación marítima; y la obligación de todo Estado de no permitir a sabiendas que su territorio sea utilizado para la realización de actos contrarios a los derechos de otros Estados⁴⁰⁰.

237. En la opinión consultiva relativa a las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, la Corte Internacional de Justicia declaró lo siguiente:

Los orígenes de la Convención [sobre el Genocidio] muestran la intención de las Naciones Unidas de condenar y sancionar el genocidio como “un crimen de

³⁹⁸ Véanse los párrafos 171 a 173 *supra*.

³⁹⁹ Simma y Alston, “The sources of human rights law: custom, jus cogens, and general principles” (nota 395 *supra*), pág. 107.

⁴⁰⁰ *Corfu Channel* (nota 214 *supra*), pág. 22. Véase también *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (nota 223 *supra*), pág. 112, párr. 215; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 226 y ss., en especial pág. 257, párr. 79.

derecho internacional” que implica una negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros, una denegación que conmueve la conciencia humana, causa una gran pérdida a la humanidad y es contraria a la ley moral y al espíritu y los objetivos de las Naciones Unidas (resolución 96 (I) de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1946). La primera consecuencia de esta interpretación es que los principios que subyacen a la Convención son principios reconocidos por las naciones civilizadas como vinculantes para los Estados, incluso en ausencia de toda obligación convencional⁴⁰¹.

238. La afirmación realizada por la Corte de que los principios en que se basa la Convención sobre el Genocidio son “principios reconocidos por las naciones civilizadas” como vinculantes para los Estados, incluso en ausencia de toda obligación convencional, parece apuntar directamente al Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto⁴⁰². No se hace referencia alguna a principios comunes de los sistemas jurídicos nacionales. Parece que la Corte “encontró el fundamento relativo a la existencia de un principio en el *reconocimiento* por parte de los Estados, señalando que dicho reconocimiento fue expresado en la resolución 96 (I) de la Asamblea General, que indicó la intención de las Naciones Unidas de condenar y castigar el genocidio como ‘delito de derecho internacional’”⁴⁰³.

239. En la causa relativa al *Derecho de paso*, Portugal argumentó que el derecho de paso reivindicado se basaba, además de en un principio general del derecho derivado de los sistemas jurídicos nacionales, en “principios generales inherentes al ordenamiento jurídico internacional”. Añadió que se trataba de “principios generales que son inherentes al sistema jurídico internacional y que, en consecuencia, no se encuentran en los ordenamientos jurídicos nacionales”⁴⁰⁴. Como ejemplo de esos principios, Portugal se refirió al derecho de los Estados a la existencia, a la obligación de respetar la soberanía de otros Estados y a la obligación de no permitir que el propio territorio se utilice para actos contrarios a los derechos de otros Estados⁴⁰⁵.

240. En la causa relativa al *África Sudoccidental*, Etiopía y Liberia afirmaron que la política de apartheid era “contraria a las normas políticas y morales generalmente aceptadas por la comunidad internacional, y que infringía las normas aceptadas por la costumbre internacional y reflejadas en los principios generales del derecho universalmente reconocidos por las naciones civilizadas”⁴⁰⁶. Se refirieron a una variedad de materiales, como la jurisprudencia nacional e internacional, las convenciones, las resoluciones de la Asamblea General y las resoluciones del Consejo de Seguridad, para apoyar su afirmación de que “[l]a ‘costumbre internacional’ que prohíbe la discriminación y la separación [...] junto con la amplia introducción de dicha norma en los ‘principios generales del derecho reconocidos por las naciones

⁴⁰¹ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (nota 215 *supra*), pág. 23.

⁴⁰² W. Schabas, “Genocide Convention, Reservations (Advisory Opinion)”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2010), párr. 10 (“el lenguaje utilizado alude claramente al art. 38 1) c) y no al art. 38 1) b) del Estatuto de la CIJ y, por lo tanto, se refiere a los principios generales del derecho”). Véase Wolfrum, “General international law (principles, rules, and standards)” (nota 199 *supra*), párr. 15.

⁴⁰³ Gaja, “General principles in the jurisprudence of the ICJ” (nota 186 *supra*), pág. 41.

⁴⁰⁴ *Right of Passage* (nota 221 *supra*), réplica de Portugal, párr. 335.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, párr. 336. Al mismo tiempo, Portugal consideró que, dado que la India no negaba la existencia de esos principios en general, no era necesario dilucidar si entraban en el ámbito del párr. 1 b) o 1 c) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (*ibid.*). Véanse también las excepciones preliminares de la India, párrs. 190 a 196; contramemoria de la India, párrs. 295 a 297; réplica de la India, párrs. 570 a 577.

⁴⁰⁶ *South West Africa* (nota 221 *supra*), réplica de Etiopía y Liberia, pág. 271.

civilizadas', justifica la determinación de que la política de apartheid [...] constituye una violación del derecho internacional"⁴⁰⁷.

241. En el mismo caso, el Magistrado Tanaka consideró que el reconocimiento del principio de igualdad ante la ley no se limitaba a su existencia en el orden interno, sino que podía hacerse efectivo a nivel internacional:

El reconocimiento de ese principio puede manifestarse, no solo en el acto legislativo, como antes se ha indicado, sino también en la propia actitud de las delegaciones de los Estados miembros cuando participan en resoluciones, declaraciones, etc., contra la discriminación racial aprobadas por los órganos de la Sociedad de las Naciones, las Naciones Unidas y otras organizaciones, lo que [...] constituye un elemento importante para la generación del derecho internacional consuetudinario⁴⁰⁸.

242. En la causa relativa a la *Controversia fronteriza (Burkina Faso/República de Mali)*, la Corte se refirió al principio *uti possidetis* como un "principio general, vinculado lógicamente al fenómeno de la obtención de la independencia, dondequiera que ocurra"⁴⁰⁹. La Corte señaló además que "[e]l hecho de que los nuevos Estados de África hayan respetado las fronteras y los límites administrativos establecidos por las potencias coloniales no debe considerarse como una mera práctica que contribuye a la aparición gradual de un principio de derecho internacional consuetudinario, limitado en su impacto al continente africano como lo había estado anteriormente a la América hispana, sino como la aplicación en África de una norma de alcance general"⁴¹⁰. Según la Corte, en la resolución 16 1) de la Organización de la Unidad Africana (1964) "se definía y destacaba deliberadamente el principio de *uti possidetis iuris* contenido solo de forma implícita en la Carta de [la] organización"⁴¹¹.

243. El Tribunal ha aplicado el principio *uti possidetis* en casos posteriores⁴¹², pero no ha aclarado su fuente exacta. Algunos Estados parecen considerar que el principio *uti possidetis* es un principio general del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Por ejemplo, en la causa relativa a la *Controversia sobre fronteras terrestres, insulares y marítimas*, El Salvador argumentó que el principio es una norma del derecho internacional consuetudinario, así como un principio general del derecho⁴¹³. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional de Eslovenia consideró que el principio *uti possidetis*, tal como se desarrolló durante la independencia de los Estados de África y de América, es un "principio generalmente reconocido del derecho internacional y, como tal, también es vinculante para Eslovenia"⁴¹⁴. La Comisión de Arbitraje de la Conferencia Internacional sobre la ex-Yugoslavia, refiriéndose, entre otras cosas, a la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, consideró que "[e]l *uti possidetis*, aunque inicialmente se aplicaba para

⁴⁰⁷ *Ibid.*, pág. 519.

⁴⁰⁸ *South West Africa* (nota 221 *supra*), opinión disidente del Magistrado Tanaka, pág. 300.

⁴⁰⁹ *Frontier Dispute, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, págs. 554 y ss., en especial pág. 565, párr. 20.

⁴¹⁰ *Ibid.*, párr. 21.

⁴¹¹ *Ibid.*, en especial págs. 565 y 566, párr. 22.

⁴¹² Véase *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, págs. 659 y ss., en especial pág. 706, párr. 151; *Frontier Dispute (Benin/Niger)*, fallo, *I.C.J. Reports 2005*, págs. 90 y ss., en especial pág. 108, párr. 23; *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening, I.C.J. Reports 1992)*, págs. 350 y ss., en especial págs. 386 y 387, párrs. 40 y 42.

⁴¹³ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (véase la nota anterior), memoria de El Salvador, párr. 3.4.

⁴¹⁴ *Arbitration between the Croatia and Slovenia* (nota 237 *supra*), párr. 260 y nota 396.

resolver las cuestiones relativas a la descolonización en América y África, hoy se reconoce como un principio general⁴¹⁵. Más recientemente, el tribunal arbitral en la disputa territorial y marítima entre Croacia y Eslovenia se refirió al *uti possidetis* como un “principio bien arraigado del derecho internacional”⁴¹⁶.

244. Sobre el asunto relativo a la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, Nauru consideró que:

[l]a cláusula de Martens parece exigir que se apliquen los principios generales del derecho, pues hace referencia a las leyes de la humanidad y a los dictados de la conciencia pública. Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas parecen encarnar, por tanto, los principios de humanidad y conciencia pública. Así pues, se prohíben las armas inhumanas y las que son ofensivas para la conciencia pública⁴¹⁷.

En su argumento, Nauru defendió la existencia de los principios generales del derecho invocados (los principios de humanidad y conciencia pública), no por existir principios comunes en la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales, sino en virtud de su reconocimiento por los Estados a través de la cláusula de Martens. Suecia se refirió igualmente a “principios jurídicos generales y fundamentales, reconocidos por las naciones civilizadas”, incluidos los “expresados [...] en la Declaración realizada por la Conferencia [de las Naciones Unidas] sobre el Medio Ambiente Humano, de 1972”, y los enunciados en las Convenciones de La Haya⁴¹⁸.

245. En la causa *Furundžija*, la Sala de Primera Instancia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, tras señalar que no era posible encontrar una respuesta clara a la definición de violación en el derecho internacional convencional y consuetudinario, ni tampoco en un análisis comparativo de los sistemas jurídicos nacionales, debido a la falta de uniformidad, decidió que debía “determinar si se podía llegar a una solución apropiada recurriendo a los principios generales del derecho penal internacional o, si estos no bastaban, a los principios generales del derecho internacional”⁴¹⁹. A este respecto, la Sala observó lo siguiente:

El principio general del respeto a la dignidad humana es el fundamento básico y la misma razón de ser del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos; efectivamente, en los tiempos modernos ha adquirido tal importancia que ha pasado a informar todo el corpus del derecho internacional. El propósito de este principio es proteger a todo ser humano de cualquier atropello a su dignidad personal, ya sea mediante una agresión física ilegal, o atacando o mermando su honor, su autoestima o su bienestar mental. De acuerdo con este principio, un ultraje sexual tan grave como la penetración oral forzada debería clasificarse como violación⁴²⁰.

246. En este caso, el Tribunal parece haber considerado que el reconocimiento por los Estados del principio general del respeto a la dignidad humana se verificaba en el mismo hecho de constituir este principio el “fundamento básico” o la “razón de ser” del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos.

⁴¹⁵ Comisión de Arbitraje de la Conferencia de Yugoslavia, opinión núm. 3 (11 de enero de 1992), *International Legal Materials*, vol. 31 (1992), págs. 1494 a 1526, en especial pág. 1500.

⁴¹⁶ *Arbitration between the Croatia and Slovenia* (nota 237 *supra*), párr. 256.

⁴¹⁷ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (nota 400 *supra*), respuesta de Nauru a las observaciones de otros Estados, pág. 13.

⁴¹⁸ *Ibid.*, nota verbal de fecha 20 de junio de 1995 de la Embajada de Suecia, junto con la declaración escrita del Gobierno de Suecia, págs. 4 y 5.

⁴¹⁹ *Prosecutor v. Furundžija* (nota 240 *supra*), párr. 182.

⁴²⁰ *Ibid.*, párr. 183.

247. En la causa *Kupreškić*, otra Sala de Primera Instancia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia consideró que, dado que no le era posible encontrar ningún “principio general del derecho que fuera común a todos los grandes sistemas jurídicos del mundo”, debía “esforzarse por buscar un principio general del derecho acorde con las características fundamentales y los requisitos básicos de la justicia penal internacional”⁴²¹.

248. En los juicios de Núremberg, el Tribunal recurrió a ciertos principios del derecho penal para dictar sus sentencias⁴²². Posteriormente, la Asamblea General afirmó en la resolución 95 (I) “los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg y las sentencias de dicho Tribunal”⁴²³.

249. Además, como se ha mencionado en la tercera parte del presente informe, los principios de Núremberg fueron reafirmados como “principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional” y “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, respectivamente⁴²⁴.

250. En algunos casos, se han invocado los principios generales del derecho que se forman a través de la interacción entre el sistema jurídico internacional y los sistemas jurídicos nacionales. Por ejemplo, en el asunto CE-Hormonas, la Unión Europea argumentó lo siguiente:

Si el Órgano de Apelación no determina que tal norma consuetudinaria [sobre el principio de precaución] ya está firmemente establecida, se sostiene que, en cualquier caso, el principio de precaución es un principio general del derecho, reconocido tanto en el derecho interno como en el derecho internacional. Los principios generales del derecho expresan principios articulados en el derecho interno e internacional que no necesariamente cumplen las pruebas de la práctica y la *opinio iuris*, sino que expresan valores comunes inherentes a la vida y la sociedad humanas y que en la actualidad son generalmente aceptados por todos los Estados y por la comunidad internacional. Así se establece explícitamente en el apartado 2 del artículo 130r del Tratado CE y se reconoce por la comunidad internacional, por ejemplo, en la famosa Declaración de Río, así como en numerosos convenios internacionales y otros instrumentos, y en las jurisdicciones nacionales⁴²⁵.

251. Además, en sus observaciones orales, la Unión Europea opinó que:

el principio de precaución es en todo caso, un principio general del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 *c*), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Estos son principios que a menudo surgen por la interacción entre el derecho internacional, el derecho nacional y los dictados de la razón, el sentido común o consideraciones de índole moral. Una serie de instrumentos

⁴²¹ *Prosecutor v. Kupreškić et al.* (nota 240 *supra*), párr. 738.

⁴²² Por ejemplo, al determinar que el enjuiciamiento de los crímenes internacionales no estaba en conflicto con el principio de legalidad, el Tribunal se remitió a los principios generales del derecho. En particular, afirmó que “[e]l derecho de la guerra no solo se encuentra en los tratados, sino también en las costumbres y prácticas de los Estados que han ido ganando gradualmente el reconocimiento universal, y en los principios generales de justicia aplicados por los juristas y practicados por los tribunales militares”. Véase Tribunal Militar Internacional (Núremberg), fallo de 1 de octubre de 1946, *American Journal of International Law*, vol. 41 (1947), págs. 172 a 333, en especial pág. 219.

⁴²³ Resolución 95 (I) de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1946, preámbulo.

⁴²⁴ Véase párr. 121 *supra*.

⁴²⁵ *Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)* (AB-1997-4), apelación de las Comunidades Europeas, 6 de octubre de 1997, párr. 91.

internacionales y nacionales, así como las declaraciones de los tribunales y los órganos de expertos, dan fe de que el principio de precaución es un principio general del derecho⁴²⁶.

252. Por otra parte, los Estados Unidos consideraron que el principio de precaución representa un “enfoque” más que un “principio”⁴²⁷, y Canadá opinó que “el enfoque” o “el concepto” de precaución es un principio de derecho emergente que puede cristalizar en el futuro en uno de los “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del [Estatuto de la Corte Internacional de Justicia]⁴²⁸. El Órgano de Apelación no se pronunció sobre estas cuestiones.

253. En opinión del Relator Especial, la práctica descrita en los párrafos anteriores respalda la posición de que los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia comprenden, no solo los principios generales del derecho derivados de los sistemas jurídicos nacionales, sino también los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional. Las formas precisas que puede adoptar el reconocimiento de esta categoría de principios generales del derecho se abordarán con mayor profundidad en un futuro informe del Relator Especial.

“Proyecto de conclusión 3: Categorías de principios generales del derecho

Los principios generales del derecho comprenden:

- a) los derivados de los sistemas jurídicos nacionales;
- b) los formados en el sistema jurídico internacional”.

III. Terminología

254. Como se ha señalado en la sección anterior sobre metodología, una de las dificultades que presenta este tema es determinar cuáles son los materiales pertinentes para su estudio. Esto se debe a que, tanto en la práctica como en la doctrina, expresiones como “principio”, “principio general”, “principio general del derecho”, “principio general del derecho internacional” y “principio del derecho internacional” se emplean a menudo de manera indistinta y sin aclarar a qué fuente de derecho internacional pertenecen tales principios. Se trata de un problema de terminología que el Relator Especial ha tenido que abordar al preparar el presente informe y que probablemente plantee problemas en toda la labor de la Comisión acerca del tema.

255. En vista de ello, el Relator Especial considera útil, en aras de la claridad, proponer la terminología que la Comisión debería emplear en su labor relativa a los principios generales del derecho.

256. Al referirse a los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la expresión que resulta más apropiada es la de “principios generales del derecho”, para ceñirse a la redacción de esa disposición.

257. Con respecto a las distintas categorías de principios generales del derecho que pueden entrar en el ámbito de aplicación del apartado del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en el presente informe se han

⁴²⁶ *Ibid.*, observaciones orales de las Comunidades Europeas, 4 de noviembre de 1997, párr. 18.

⁴²⁷ Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 16 de enero de 1998, párr. 122.

⁴²⁸ *Ibid.*

empleado las expresiones “principios generales del derecho derivados de los sistemas jurídicos nacionales” y “principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional”.

258. En cuanto a la expresión “naciones civilizadas”, el Relator Especial ha explicado que es necesario evitarla a la luz del principio fundamental de la igualdad soberana de los Estados, la actual actitud de los Estados y las cortes y tribunales internacionales hacia el término “naciones civilizadas”, y el consenso existente en la doctrina de que el término es inadecuado. Así, la fuente del derecho internacional reflejada en el Artículo 38, apartado 1 *c*), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia debe interpretarse como “los principios generales del derecho reconocidos por los Estados”.

Quinta parte: Programa de trabajo futuro

259. El Relator Especial propone el siguiente programa para la labor de la Comisión sobre este tema.

260. En el segundo informe, que se presentará en 2020, el Relator Especial iniciará el debate sobre las funciones de los principios generales del derecho y su relación con otras fuentes del derecho internacional.

261. El tercer informe, que se presentará en 2021, estará dedicado probablemente a determinar los principios generales del derecho, incluida la cuestión del requisito del reconocimiento. En ese informe también se podrá abordar la posibilidad de establecer principios generales del derecho con un ámbito de aplicación regional o bilateral.

Anexo

Proyectos de conclusión propuestos

Proyecto de conclusión 1

Ámbito

El presente proyecto de conclusiones se refiere a los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional.

Proyecto de conclusión 2

Requisito del reconocimiento

Para que exista un principio general del derecho, debe ser generalmente reconocido por los Estados.

Proyecto de conclusión 3

Categorías de principios generales del derecho

Los principios generales del derecho comprenden:

- a) los derivados de los sistemas jurídicos nacionales;
- b) los formados en el sistema jurídico internacional.
