

Provisional

**Para los participantes únicamente**

29 de noviembre de 2022

Español

Original: inglés

---

## **Comisión de Derecho Internacional**

**73<sup>er</sup> período de sesiones (segunda parte)**

**Acta resumida provisional de la 3589<sup>a</sup> sesión**

Celebrada en el Palacio de las Naciones, Ginebra, el miércoles 6 de julio de 2022, a las 10.00 horas

## Sumario

Principios generales del derecho (*continuación*)

---

Las correcciones a la presente acta deberán redactarse en uno de los idiomas de trabajo. Deberán presentarse en un memorando y también incorporarse en un ejemplar del acta. Deberán enviarse, *dentro del plazo de dos semanas a partir de la fecha del presente documento*, a la Sección de Traducción al Inglés, oficina E.6040, Palacio de las Naciones, Ginebra (trad\_sec\_eng@un.org).



***Presentes:***

*Presidente:* Sr. Tladi

*Miembros:* Sr. Argüello Gómez

Sr. Cissé

Sra. Escobar Hernández

Sr. Forteau

Sra. Galvão Teles

Sr. Grossman Guiloff

Sr. Hassouna

Sr. Hmoud

Sr. Huang

Sr. Jalloh

Sr. Laraba

Sra. Lehto

Sr. Murase

Sr. Murphy

Sr. Nguyen

Sra. Oral

Sr. Ouazzani Chahdi

Sr. Park

Sr. Petrič

Sr. Rajput

Sr. Reinisch

Sr. Ruda Santolaria

Sr. Saboia

Sr. Šturma

Sr. Valencia-Ospina

Sr. Vázquez-Bermúdez

Sr. Wako

Sir Michael Wood

***Secretaría:***

Sr. Llewellyn                      Secretario de la Comisión

*Se declara abierta la sesión a las 10.00 horas.*

**Principios generales del derecho** (tema 6 del programa) (*continuación*)  
(A/CN.4/753)

**El Sr. Valencia-Ospina** dice que el Relator Especial, en el tercer informe sobre los principios generales del derecho, cumplió su promesa de examinar los aspectos restantes del tema que él había señalado en sus dos primeros informes.

El proyecto de conclusión 6 trata de la idea obvia de que, para convertirse en un principio general del derecho, un principio derivado de los sistemas jurídicos nacionales debe ser transponible al sistema jurídico internacional, en el sentido de ser capaz de operar en ese sistema. El uso de los términos “transposición” y “transponibilidad” ha generado cierta confusión dentro de la Comisión, pero el proyecto de conclusión 6 reconoce adecuadamente que lo que está en juego es la transponibilidad y no un medio no especificado de “transposición”. Una dificultad conexas en el informe es la sobrecarga semántica del término “reconocidos”, que se encontraba originalmente en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que hablaba de “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. Los Estados reconocen un principio si existe en los sistemas jurídicos nacionales o en el sistema jurídico internacional que han creado. Cualquier requisito adicional para los principios generales del derecho asociado a la palabra “reconocidos” exige una amplia justificación. Por ejemplo, el requisito de transponibilidad no puede derivarse del requisito de que los Estados deban “reconocer” un determinado principio, porque el primero es pasivo, mientras que el segundo es activo. Además, sigue sin estar claro lo que se entiende exactamente por los “principios fundamentales del derecho internacional” mencionados en el proyecto de conclusión 6.

El orador sigue apoyando la postura del Relator Especial en cuanto a la existencia de la segunda categoría de principios generales del derecho, a saber, los formados en el sistema jurídico internacional, al tiempo que toma nota de las observaciones pertinentes formuladas por colegas en el debate actual, en particular las del Sr. Forteau y Sir Michael Wood. Todo sistema jurídico lleva integrado dentro de sí determinados principios. Si esos principios se identifican adecuadamente, pueden ser descritos como principios del sistema. Al mismo tiempo, el orador sigue considerando que el correspondiente proyecto de conclusión 7 es ambiguo, y tal vez engañoso. Está de acuerdo con el Relator Especial en que es necesario que ese proyecto de conclusión sea debatido a fondo en el Comité de Redacción.

Asimismo, la referencia que figura en el párrafo 31 del informe a un proceso combinado de inducción y deducción dista mucho de ser clara. La inducción como proceso se refiere a la obtención de un principio a partir de ejemplos; no opera excluyendo el análisis. Al contrario: en cualquier ejercicio de inducción se presume un cierto grado de análisis. Mientras que la primera categoría de principios generales del derecho (los derivados de sistemas jurídicos nacionales) puede calificarse adecuadamente como inductiva, ya que se fija en la práctica de múltiples Estados, no es en absoluto evidente que la segunda categoría sea también inductiva. Más bien al contrario: la segunda categoría podría describirse mejor como deductiva, ya que implica observar el sistema jurídico internacional y deducir de él principios esenciales.

Uno de los principales problemas que le plantea al orador el tercer informe es la incoherencia analítica entre el proyecto de conclusión 10, que afirma que no hay jerarquía entre las fuentes del derecho internacional, y el proyecto de conclusión 13, que afirma que la función esencial de los principios generales del derecho es subsanar las lagunas de los tratados y del derecho internacional consuetudinario. En efecto, afirmando que la función esencial de los principios generales del derecho es subsanar lagunas se corre el riesgo de rebajar dichos principios a las situaciones en las que no existe ninguna norma convencional o consuetudinaria. En ese caso, la igualdad de las fuentes del derecho es meramente teórica: la desigualdad resultante está demostrada por el propio material examinado en el tercer informe.

En la causa relativa al *Derecho de paso por territorio de la India (Portugal c. India)*, examinada en el párrafo 42, la Corte Internacional de Justicia declaró que existía un derecho de paso para Portugal respecto a los particulares, los funcionarios civiles y las mercancías y,

por lo tanto, consideró que no necesitaba examinar el argumento adicional de Portugal de que un principio general habría establecido el mismo resultado. La Corte continuó afirmando que la costumbre mostraba que no existía un derecho de paso para las fuerzas armadas y que esa conclusión se mantendría independientemente de lo que pudieran demostrar los principios generales del derecho.

En el caso de la *Indemnización rusa* mencionado en el párrafo 46, el tribunal arbitral indicó explícitamente que la costumbre, si se estableciese, prevalecería sobre el principio general del derecho que se examinaba. Estas fueron las palabras exactas del tribunal: “El principio general de responsabilidad del Estado implica la existencia de una responsabilidad especial por el retraso en el pago de una deuda monetaria, a menos que se establezca la existencia de una costumbre internacional contraria”. Un examen de la parte anterior del laudo parece dar a entender que la “costumbre internacional” a la que se hace referencia es la costumbre internacional general y no una costumbre específica de los dos Estados partes en el arbitraje.

Pueden encontrarse otros ejemplos en las citas del Estatuto de Roma por parte de la Corte Penal Internacional, como las mencionadas en los párrafos 54 a 57 del tercer informe. Aunque cabría preguntarse sobre la idoneidad de esas citas (puesto que el estatuto que está examinando la Comisión es el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia), esos ejemplos proporcionan un apoyo adicional a la existencia de una jerarquía. En la decisión de la causa *Katanga*, por ejemplo, la Sala de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional dictaminó que “en todas sus decisiones, debe aplicar ‘en primer lugar’ las disposiciones pertinentes del Estatuto” y utilizar las fuentes auxiliares previstas en el artículo 21, párrafos 1 b) y c), del Estatuto únicamente cuando haya una laguna. En la causa *Lubanga*, la Sala de Apelaciones de la Corte desestimó el argumento de que la norma 55 no debía aplicarse en razón de una supuesta incompatibilidad con los principios generales del derecho, al determinar que dado que la norma 55 existía, no era necesario remitirse a los principios generales.

Los ejemplos mencionados demuestran el modo en que la función de los principios generales del derecho como medio de subsanar lagunas los sitúa jerárquicamente por debajo de los tratados y del derecho internacional consuetudinario. En el tercer informe se trata de explicarlo invocando el principio de *lex specialis*. La observación del informe sobre la *lex specialis* es ciertamente pertinente: en muchos casos de conflicto entre un principio general y una disposición convencional o una costumbre, podría aplicarse la *lex specialis*. Sin embargo, el informe va demasiado lejos cuando emprende un análisis abstracto con la intención de demostrar que las disposiciones convencionales y la costumbre serían casi siempre menos amplias que un principio general. El análisis no señala que las disposiciones convencionales y la costumbre también pueden ser muy generales y que los principios generales a menudo se aplican en contextos bastante limitados. La cuestión planteada en el párrafo 97, sobre si los principios generales del derecho deben considerarse ley general o ley especial o ambas, no reconoce que la valoración de la generalidad de las leyes es relativa y no absoluta.

Posteriormente, el informe cambia de rumbo en los párrafos 102 y 103 y afirma correctamente que la cuestión está mal planteada, pero a continuación modifica esa postura en los párrafos 104 y 105 y considera que los principios generales tienen que ser más amplios que las otras dos fuentes del derecho internacional. Si bien el orador no cuestiona la utilidad del principio de *lex specialis* en relación con el tema que la Comisión tiene ante sí, el proyecto de conclusión 12 es demasiado amplio. Sería mejor discutir ese principio en el comentario en lugar de incorporarlo en una conclusión.

Si bien el uso de los principios generales del derecho para subsanar lagunas es un ejercicio de manual, hay una diferencia entre hacer eso y usarlos solo para subsanar lagunas. Esta última actitud pone en duda la supuesta falta de jerarquía entre las fuentes del derecho internacional. Tal y como ha afirmado el propio Grupo de Estudio de la Comisión sobre la fragmentación del derecho internacional en su informe consolidado, varios escritos han sugerido correctamente que los tratados gozan de prioridad sobre la costumbre y que se puede dar por hecho que el derecho consuetudinario tiene primacía sobre los principios generales. Según el Grupo de Estudio: “El tribunal o el jurista han de consultar primero los tratados, después la costumbre y, por último, los principios generales del derecho para resolver un problema normativo”. Por lo tanto, la necesidad de que exista una laguna como requisito para

la aplicación de un principio general establece una jerarquía *de facto* entre las fuentes del derecho. El problema podría resolverse indicando que la de subsanar lagunas es solo una función común o principal de los principios generales del derecho, pero la Comisión tal vez no considere oportuno indicarlo explícitamente.

El orador desea resaltar la relación entre los capítulos I y III de la tercera parte del informe. En el capítulo III se enuncian los modos en que los principios generales del derecho cumplen su función como medio de subsanar lagunas conforme se especifica en el capítulo I. En el capítulo I se analiza el fundamento independiente de las normas y el uso de los principios generales del derecho para interpretar otras normas del derecho internacional, mientras que los ejemplos del capítulo III tienen como fundamento lagunas del derecho internacional. En el tercer informe se reconoce lacónicamente la relación entre esos dos capítulos en los párrafos 109 y 121. La consecuencia de esa relación es que los ejemplos que se dan en el informe sobre la aplicación de los principios generales del derecho parecen centrarse casi exclusivamente en la subsanación de lagunas. No obstante, en el tercer informe se recuerda correctamente, en el párrafo 72, que los principios generales del derecho no deben considerarse desde una óptica únicamente judicial. Al fin y al cabo, el propósito principal del derecho es orientar el comportamiento, no resolver casos. Sin embargo, centrarse en la subsanación de lagunas corre el riesgo de hacer precisamente eso. No se recurre a los principios generales del derecho a menos que haya algún tipo de situación contenciosa que detecte una laguna.

El orador está de acuerdo con el Relator Especial en que los principios generales del derecho pueden coexistir con las normas convencionales y consuetudinarias. Al fin y al cabo, la Comisión emprendió su estudio sobre la fragmentación precisamente porque reconoció que existían conflictos. Es interesante observar que el riesgo de conflictos entre los principios generales y las normas convencionales o consuetudinarias es relativamente bajo, ya que esos conflictos suelen impedir que se identifiquen principios generales.

Si bien el orador está de acuerdo con la idea general de la tercera parte del informe en lo que respecta a funciones específicas de los principios generales del derecho, le preocupa bastante la noción de “aclarar determinados aspectos del derecho internacional consuetudinario”. No es obvio qué es una norma consuetudinaria ambigua; o el modo en que se obtiene esa norma. Si una norma consuetudinaria es muy amplia, tiene tan poco contenido que no sirve para nada o no es realmente una norma consuetudinaria. En el caso *Libyan American Oil Company (LLAMCO) v. Libya*, el árbitro se remitió a una norma nacional, a resoluciones de las Naciones Unidas, a una causa de la Corte Permanente de Justicia Internacional y a una fuente secundaria, y concluyó que los Estados estaban obligados a pagar una indemnización en caso de nacionalización. No estaba claro de qué fuente del derecho se trataba, pero el árbitro no indicó que estuviese aclarando la norma consuetudinaria para plantear la cuestión del lucro cesante. Muy al contrario, en el laudo se afirmaba que la costumbre divergía sobre la cuestión y se establecía de forma concluyente que no existía ninguna norma consuetudinaria sobre el lucro cesante. Sobre ese punto, el informe parece adentrarse en un terreno pantanoso que habría hecho bien en evitar.

En el tercer informe se mencionan con frecuencia intervenciones de representantes de los Estados en el curso de litigios. Tales intervenciones no son, por definición, opiniones de cortes y tribunales ni doctrina de los publicistas, y mucho menos tratados o principios generales, y no suelen constituir en sí mismas normas consuetudinarias. En cuanto a los análisis jurídicos, para que sean útiles, deben situarse dentro de un marco, como servir de *opinio iuris* en la identificación del derecho internacional consuetudinario.

El orador es partidario de remitir todos los proyectos de conclusión del tercer informe al Comité de Redacción.

**El Sr. Nguyen** dice que en el informe se cita una gran variedad de casos que ayudan a disipar las dudas sobre la importante función práctica que desempeñan los principios generales del derecho. También aclara dos cuestiones aparentemente “vagas” relacionadas con la función de los principios generales del derecho que se enuncian en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En primer lugar, su carácter complementario para subsanar las lagunas del derecho internacional y prevenir las situaciones de *non liquet* no les impide actuar como fuente autónoma de derecho

internacional. En segundo lugar, en el informe se reafirma la nueva tendencia a aceptar los principios generales del derecho que se forman en el sistema jurídico internacional.

El reconocimiento de los principios generales del derecho, ya sea que se deriven de los sistemas nacionales o se formen en el sistema jurídico internacional, está determinado por las necesidades de la comunidad internacional. Como reconoció el Tribunal Militar Internacional en Núremberg: “El 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”. De hecho, en muchos casos, los tratados no hacen más que expresar y definir de forma más precisa principios ya existentes. El respeto a la integridad territorial es un principio rector de las relaciones internacionales, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración sobre los Principios referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de 1970, la Definición de la agresión de 1974 y el Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa de 1975.

El orador está totalmente de acuerdo con la observación del Relator Especial en el párrafo 27 de que hay “suficiente práctica, jurisprudencia y doctrina en apoyo de la existencia de una segunda categoría de principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c)”. En comparación con los principios generales del derecho derivados de los sistemas jurídicos nacionales, la práctica relativa a la segunda categoría de principios generales del derecho, los formados en el sistema jurídico internacional, es menor, pero la práctica existente basta para respaldar la existencia de esa segunda categoría. No solo hay jurisprudencia, sino también mucha práctica de los Estados. El mantenimiento de las fronteras coloniales en el momento de la independencia, consagrado en la Declaración de El Cairo aprobada por la Organización de la Unidad Africana en 1964, surgió en respuesta a la necesidad de asegurar la integridad territorial y la estabilidad de las fronteras. En el derecho ambiental, la aceptación del principio de precaución en los casos en los que se carece de plena certidumbre científica y el reconocimiento de la prohibición de la contaminación transfronteriza son pruebas de la práctica de los Estados con respecto a la segunda categoría de principios generales del derecho. En el derecho del mar, el principio de un “patrimonio común de la humanidad” se formó a partir de la necesidad de gestionar los recursos de los fondos marinos.

Subsanar lagunas del derecho internacional es una función de todas las fuentes principales del derecho internacional cuando se detecta una laguna. El Sr. Murase ha dicho, con razón, que los principios generales del derecho no tienen el monopolio para subsanar las lagunas; los tratados y las costumbres desempeñan una función similar. En general, no existe una relación jerárquica entre las tres fuentes del derecho internacional en lo que respecta a subsanar las lagunas del derecho internacional. No obstante, esa función es especialmente pertinente para los principios generales del derecho cuando las normas convencionales y consuetudinarias existentes no pueden regular una cuestión jurídica de reciente aparición. Por lo tanto, el orador apoya plenamente la conclusión del párrafo 71 de que los principios generales del derecho solo desempeñan la función de colmar lagunas en la medida en que existan y puedan identificarse.

El tercer informe es coherente con la opinión de la Comisión de que no existe una relación jerárquica entre las principales fuentes del derecho internacional enunciadas en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. El reconocimiento por parte de la comunidad internacional pone a los principios generales del derecho en pie de igualdad con las fuentes consuetudinarias y convencionales como parte de un sistema jurídico internacional coherente. Ese reconocimiento significa que los principios generales del derecho tienen un carácter vinculante aunque no hayan cristalizado todavía en normas consuetudinarias o convencionales. Ese es el motivo por el que en el caso *Inceysa c. El Salvador*, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones indicó que los principios generales del derecho son “una fuente autónoma o directa del derecho internacional”. Sería interesante ver si el Relator Especial ha llevado a cabo cualquier otro análisis de la relación jerárquica entre principios del derecho como la intervención humanitaria y la prohibición del uso de la fuerza.

El orador está plenamente de acuerdo con el Relator Especial en que, como fuente autónoma o directa del derecho internacional, los principios generales del derecho pueden coexistir con normas idénticas o similares de derecho convencional y consuetudinario. La práctica de los Estados no ha demostrado expresamente esa observación, pero el número de casos que invoca el Relator Especial en los párrafos 84 a 94 es convincente.

En cuanto a los proyectos de conclusión, el único comentario del orador se refiere a la estructura del proyecto de conclusión 10. La secuencia de fuentes del Artículo 38, párrafo 1 c), no tiene jerarquía en el razonamiento jurídico, aunque bien podría influir en el modo en que se apliquen las normas en la práctica. Está claro que no existe una jerarquía entre los tratados, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho para subsanar las lagunas del derecho internacional. Por lo tanto, la redacción del proyecto de conclusión 10 debería ser revisada por el Comité de Redacción. El orador es partidario de remitir todos los proyectos de conclusión que figuran en el tercer informe al Comité de Redacción.

**El Sr. Hassouna** desea agradecer al Relator Especial que haya elaborado un informe tan bien redactado y documentado sobre una cuestión que todavía está rodeada de considerable ambigüedad y controversia. El informe proporciona una veta sumamente rica de materiales sobre el tema y se ocupa de algunas de las controversias esenciales relativas a los principios generales del derecho, especialmente en lo que respecta a su identificación, sus funciones y su relación con otras fuentes de derecho internacional.

En la primera parte, el informe trata la cuestión de la transposición. El orador está de acuerdo con el prudente criterio del Relator Especial de insistir en que debe tener lugar un proceso de transposición antes de que una norma obtenga el reconocimiento como principio general del derecho en el plano internacional. Un proceso riguroso de transposición es importante por varias razones. Los derechos sustantivos y procesales surgen en los sistemas nacionales en respuesta a derechos, obligaciones y necesidades particulares de actores subestatales. Por lo tanto, sería un error aplicar esas normas al ámbito internacional sin considerar primero si son necesarias y adecuadas para que los Estados las apliquen. Además, un proceso riguroso de transposición debería ser una protección para los Estados menos desarrollados. La primera medida para identificar un principio general del derecho es un estudio amplio y representativo de los sistemas jurídicos nacionales. Por más exhaustivo que sea un estudio de ese tipo, siempre se tenderán a pasar por alto las prácticas de los Estados menos desarrollados porque sus leyes internas pueden ser poco claras o estar aún en evolución, o porque el Estado tal vez no tenga los recursos necesarios para codificar y difundir adecuadamente sus códigos jurídicos nacionales. Por consiguiente, un proceso riguroso de transposición obligará al órgano judicial a ser prudente antes de importar al ámbito internacional una norma suscrita amplia, pero no universalmente. Al orador le hubiera gustado que el informe estableciera criterios rigurosos de transponibilidad o directrices para determinar la transponibilidad más allá de exigir que el proceso sea oficioso, implícito, riguroso y flexible.

En cuanto al proyecto de conclusión 6, el orador considera que la expresión “principales sistemas jurídicos” requiere una mayor elaboración. También sigue pensando que la expresión “principios fundamentales del derecho internacional” no es clara. Además, se pregunta cómo se puede tener en cuenta la práctica de los actores no estatales, como las organizaciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales y otros actores pertinentes, a la hora de identificar un principio general del derecho. Por último, apoya la idea de que debería simplificarse el proyecto de conclusión 6 para que no sea excesivamente prescriptivo y mantenga cierta flexibilidad en lo que respecta a la identificación de los principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales.

La segunda parte del tercer informe trata de los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional. Si bien el orador está de acuerdo en que existe esa categoría de principios generales, opina que debería hacerse una distinción más clara entre ella y otras fuentes del derecho internacional, en particular el derecho internacional consuetudinario. No obstante, le preocupa que no haya suficiente práctica al respecto para justificar una conclusión sólida sobre la cuestión. El Relator Especial reconoce esa escasez de práctica y propone una metodología unificada para la identificación de los principios generales formados en el sistema internacional que es principalmente inductiva, pero también

deductiva cuando sea necesario. La metodología cuenta con el apoyo del orador, pero es preciso aclarar el modo en que podría aplicarse utilizando ejemplos concretos.

En cuanto al proyecto de conclusión 7, es necesario aclarar la expresión “otros instrumentos internacionales” que figura en el apartado a). En cuanto al apartado b), el orador está de acuerdo en que puede considerarse que un principio que sirve de base a una norma convencional o consuetudinaria es realmente independiente de esa norma, y no parte de ella. También comparte la opinión de que la formulación del apartado c) es ambigua y puede generar inseguridad jurídica e interpretaciones subjetivas. Apoya la opinión del Relator Especial de que el proyecto de conclusión 7 puede simplificarse, teniendo en cuenta todas las propuestas formuladas hasta la fecha.

En cuanto a la tercera parte del tercer informe, relativa a las funciones de los principios generales del derecho y su relación con otras fuentes del derecho internacional, el orador está de acuerdo con el Relator Especial en que los principios generales del derecho son provechosos para asegurar la coherencia y la uniformidad del sistema jurídico internacional. Los principios generales son valiosos por su capacidad para prevenir situaciones de *non liquet* y para conectar las fuentes fragmentadas del derecho internacional. No obstante, la uniformidad y la coherencia no son los únicos valores apreciados por el sistema jurídico internacional; el consentimiento y la libertad son también valores clave, en reconocimiento de la soberanía de los Estados, como se ejemplifica en la causa del S.S. “*Lotus*”.

La sección del informe que trata de la función de los principios generales del derecho como medio de subsanar lagunas resume claramente la doctrina y los argumentos que respaldan esa función. En el párrafo 44, el Relator Especial cita el fallo de la Corte Internacional de Justicia de 1949 en la causa relativa al *Canal de Corfú* y señala como principio general del derecho las “consideraciones elementales de humanidad”, que son “aún más imperativas en la paz que en la guerra”. Si bien el orador está de acuerdo en que existe ese principio moral, opina que puede ponerse como ejemplo del modo en que los principios generales del derecho permiten a los jueces utilizar su intuición moral personal para resolver los casos con un barniz de legitimidad jurídica.

El ejemplo tomado del caso *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, citado en el párrafo 47 del tercer informe, es demasiado específico para ser un principio general del derecho. En el párrafo 71, el Relator Especial afirma que los principios generales del derecho solo desempeñan la función de colmar lagunas “en la medida en que existan y puedan identificarse”. Esa aclaración es importante para frenar las decisiones judiciales demasiado creativas.

El orador está de acuerdo con las opiniones del Relator Especial sobre la falta de jerarquía entre las fuentes del derecho internacional, la aplicación del principio de *lex specialis* para resolver los litigios cuando dos fuentes estén en conflicto y la posible coexistencia de principios generales del derecho y normas convencionales y consuetudinarias. También está de acuerdo en que, si bien los tratados y las normas consuetudinarias suelen ser más concretos que los principios generales del derecho, en determinadas circunstancias, el principio de *lex specialis* puede favorecer la aplicación de un principio general del derecho frente a una norma convencional o consuetudinaria.

La tesis de que los principios generales del derecho pueden servir, en determinados casos, de base independiente para el establecimiento de derechos y obligaciones sustantivos en virtud del derecho internacional debe basarse en criterios claros, de modo que se puedan identificar esos casos y preservar los derechos y obligaciones de los Estados consagrados en los tratados y en el derecho internacional consuetudinario.

El orador está de acuerdo en que los principios generales del derecho sirven también como medio para interpretar y complementar otras normas de derecho internacional y garantizar la coherencia del sistema jurídico internacional, dada su función esencial como medio de subsanar lagunas. Al respecto, el Relator Especial cita, en el párrafo 140, la declaración formulada por el entonces Presidente de la Corte Internacional de Justicia, el Magistrado Yusuf, ante la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2019. Consultado recientemente con respecto al tema en cuestión, el Magistrado Yusuf ha reiterado que los principios generales han cumplido múltiples funciones en la labor de la Corte. El término “principios” ha sido utilizado por la Corte para describir las normas

derivadas de los tratados internacionales o del derecho internacional consuetudinario, y el uso de los principios generales ha permitido a la Corte subsanar lagunas del derecho internacional cuando no había normas convencionales o consuetudinarias a las que recurrir. La Corte se ha remitido principalmente a principios generales de carácter procesal o probatorio o que reflejan una concepción de justicia objetiva. La Corte ha citado principios generales en relación con diferentes esferas del derecho internacional, como por ejemplo, el derecho internacional de las inversiones, el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional del medio ambiente, que pueden garantizar la coherencia del sistema jurídico internacional al consagrar valores comunes del sistema. En opinión del Magistrado Yusuf, la importancia de los principios generales aumentará en lo sucesivo, ya que los tribunales se enfrentarán a nuevas situaciones para las que aún no existen normas jurídicas específicas o que exigen aplicar valores fundamentales básicos reconocidos por la comunidad internacional en su conjunto.

En cuanto a los proyectos de conclusión incluidos en el tercer informe, el proyecto de conclusión 1 es breve y conciso; debería ser objeto de mayores aclaraciones y precisiones en el comentario. Si bien la cuestión de los principios generales como fuente del derecho internacional es el centro de la labor de la Comisión sobre el tema actual, el comentario del proyecto de conclusión 1 debería referirse también a las demás funciones de los principios generales examinadas en el tercer informe.

En cuanto al proyecto de conclusión 2, el orador está de acuerdo en que la expresión más apropiada es la de “comunidad de naciones”. En el comentario del proyecto de conclusiones debería explicarse que no se ha utilizado la expresión “comunidad internacional de Estados”, que aparece en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, porque excluye a otros actores pertinentes. También podría explicarse la distinción entre naciones y Estados.

Con respecto al párrafo 3 del proyecto de conclusión 5, en el comentario del proyecto de conclusión se debería aclarar que la expresión “legislaciones nacionales” debe interpretarse de manera que comprenda todas las fuentes del derecho nacional de un Estado concreto, y no solo su legislación e instrumentos equivalentes. La expresión “materiales pertinentes” también debería explicarse en el comentario.

El proyecto de conclusión 6 indica que, para que un principio general se transponga al sistema jurídico internacional, debe ser compatible con los principios fundamentales del derecho internacional. No obstante, la cuestión de cuáles son los principios fundamentales del derecho internacional no está resuelta ni está en absoluto exenta de polémica. Esa cuestión debería explicarse claramente en el comentario del proyecto de conclusión.

El proyecto de conclusión 10, relativo a la falta de jerarquía entre las fuentes del derecho internacional, debería simplificarse. El orador desea sugerir la formulación siguiente: “No existe una relación jerárquica entre los principios generales del derecho, los tratados y el derecho internacional consuetudinario”.

Los proyectos de conclusión 13 y 14 se refieren a las funciones de los principios generales del derecho. En aras de la claridad, los dos proyectos de conclusión deberían fusionarse en uno solo, bajo el título “Funciones de los principios generales del derecho”.

El orador desea proponer que se incluya en el proyecto de conclusiones otro proyecto de conclusión adicional que proporcione una lista no exhaustiva de principios generales del derecho, similar a la lista de normas imperativas de derecho internacional general anexa al proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

El Relator Especial indica en el párrafo 148 del tercer informe que el programa de trabajo futuro sobre el tema dependerá de los avances que haga la Comisión en su período de sesiones actual y, en particular, de la aprobación provisional de un proyecto de conclusiones con comentarios. Aunque el orador está de acuerdo en que la aprobación provisional del proyecto de conclusiones debería ser, por supuesto, el objetivo de la Comisión, duda de que sea posible alcanzar tal objetivo en vista del poco tiempo que le queda al período de sesiones.

Habida cuenta de los puntos de vista expresados en el debate plenario, el orador es partidario de remitir todos los proyectos de conclusión, incluidos los considerados controvertidos por miembros de la Comisión, al Comité de Redacción, que siempre ha demostrado ser capaz de encontrar soluciones a cuestiones controvertidas.

**El Sr. Jalloh** desea comenzar agradeciendo al Relator Especial su razonado tercer informe, que ha proporcionado a la Comisión una sólida base para su debate plenario y, junto con sus informes anteriores sobre el tema, ha hecho posible que se finalizara una primera lectura del proyecto de conclusiones sobre los principios generales como fuente de derecho en virtud del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En cuanto a la cuestión del alcance planteada por el Sr. Murase, aunque es correcto que el Artículo 38, párrafo 1 c), es, en principio, una directiva específica solo para la Corte, se considera ampliamente que es una indicación autorizada, aunque algo incompleta, de todas las fuentes del derecho internacional. Esto significa que es pertinente para otras cortes y tribunales y para los abogados internacionales que tratan de interpretar y aplicar el derecho internacional. Por lo tanto, está justificado que el Relator Especial se centre en el Artículo 38, párrafo 1 c).

Por lo que respecta a la primera parte del tercer informe, el Relator Especial ha resumido bien el debate en torno a la compleja cuestión de la constatación de la transposición de un principio general al sistema jurídico internacional, exponiendo provechosamente las posturas dispares de los miembros de la Comisión y de las delegaciones en la Sexta Comisión. Cabe resaltar que, de los Estados que presentaron comentarios sobre la cuestión de la transposición durante el debate de otoño de 2021, 22 se mostraron en general favorables a la metodología propuesta por el Relator Especial, 4 pospusieron su opinión hasta que se aclarara la cuestión y solo 1 Estado cuestionó la metodología. Si bien observa que algunos miembros de la Comisión, como el Sr. Forteau, han interpretado esos comentarios de manera diferente, el orador acoge con satisfacción la sugerencia del Relator Especial, expuesta en el párrafo 12 del informe, de que se simplifique el proyecto de conclusión 6, ya que es decisivo evitar un texto excesivamente prescriptivo y mantener cierta flexibilidad en lo que respecta a la identificación de los principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales.

Al respecto, el orador está de acuerdo en que corresponde al Comité de Redacción, y no al pleno de la Comisión, discutir las alternativas textuales del proyecto de conclusión 6. El Comité de Redacción es el foro adecuado y, en última instancia, el mejor para resolver las diferencias de fondo que permitan a la Comisión alcanzar un consenso al respecto. Es posible que el modo de avanzar en el proyecto de conclusión 6 sea la solución textual que propuso el Sr. Murphy en la declaración que formuló en el presente período de sesiones (A/CN.4/SR.3587). También podría ser la propuesta formulada por el Sr. Tladi en el 72º período de sesiones de la Comisión (A/CN.4/SR.3538), a la que se hace referencia en el párrafo 16 del tercer informe, de que el proyecto de conclusión 6 se limite a afirmar que un principio común a los distintos sistemas jurídicos del mundo ha de ser transponible, y que los criterios de dicha transponibilidad deberían explicarse en el comentario. Cualquiera de las dos soluciones tendría sentido.

El orador respalda las observaciones formuladas por el Relator Especial en los párrafos 13 y 14 del tercer informe en relación con el elemento del reconocimiento, así como el recordatorio, en el párrafo 17, de que, al abordar la cuestión de la transposición, la Comisión siempre debe tratar de encontrar un equilibrio entre rigor y flexibilidad. Esa es la única manera de garantizar que la metodología para la identificación de los principios generales del derecho se base en criterios objetivos, sin cargar tanto la prueba que la vuelva inútil. Al respecto, el orador está de acuerdo con los puntos planteados por el Sr. Valencia-Ospina en relación con la transponibilidad y el proyecto de conclusión 6.

La noción controvertida de los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional, de la que se trata en la segunda parte del tercer informe, ha sido objeto de un amplio debate en la Comisión y en la Sexta Comisión, así como en la doctrina. El orador es uno de los miembros de la Comisión que están de acuerdo, en todo o en parte, con las opiniones del Relator Especial sobre la existencia de esa segunda categoría de principios generales del derecho. El reto consiste ahora en proporcionar una metodología clara para su identificación. El orador confía en que, gracias a la orientación del Relator

Especial y las provechosas sugerencias formuladas por los miembros durante el debate plenario, la Comisión podrá aclarar la mejor manera de distinguir claramente la segunda categoría de principios generales del derecho de otras fuentes de derecho, incluido el derecho internacional consuetudinario.

Como se indica en el párrafo 25 del tercer informe, la Comisión todavía tiene que abordar la escasez de práctica relacionada con los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional. El Relator Especial ha dado razones convincentes por las que, a primera vista, podría parecer que la práctica al respecto es insuficiente, especialmente si uno se centra, como parecen haber hecho algunos colegas, únicamente en la labor de la Corte Internacional de Justicia. No obstante, tras un examen más amplio de las pruebas disponibles, tal y como se analizó en los informes primero y segundo del Relator Especial, parece haber base suficiente en la práctica para respaldar las propuestas presentadas en el proyecto de conclusión 7.

El hecho de que la Corte Internacional de Justicia se haya mostrado generalmente reacia a invocar los principios generales del derecho, incluidos aquellos de los que se puede decir que se derivan del sistema jurídico internacional, no significa necesariamente que no exista en absoluto una segunda categoría de principios generales del derecho. Podría ser simplemente un reflejo de otras consideraciones. Desde la perspectiva práctica de un magistrado de la Corte, si una cuestión puede resolverse sobre la base de una norma convencional o consuetudinaria, no cabe esperar que la Corte, incluso por razones de economía judicial, analice la posible existencia de un principio general del derecho abstracto. Además, aunque el Relator Especial parece dudar en sugerirlo, no hay ninguna razón por la que la Comisión no pueda formular una propuesta relativa a la segunda categoría sobre la base de su mandato de contribuir al desarrollo progresivo del derecho internacional, ya que nada hay en el Artículo 38, párrafo 1 c), que indique que los principios generales del derecho se limiten a los principios derivados de los sistemas jurídicos nacionales.

En general, el orador acoge con satisfacción la idea de una metodología simplificada para la identificación de los principios generales formados en el sistema jurídico internacional, como se propone en el proyecto de conclusión 7, lo que podría contribuir a disipar las preocupaciones planteadas por algunos miembros de la Comisión en el sentido de que existe un solapamiento excesivo entre las tres categorías de reconocimiento propuestas en el segundo informe del Relator Especial. A su entender, con arreglo a la metodología actualizada, en primer lugar se analizarán los tratados, las costumbres y otros instrumentos internacionales para determinar si reflejan o adoptan un principio general del derecho; después, si el contenido del principio debe deducirse de las normas existentes de derecho convencional o de derecho internacional consuetudinario, el principio general se determinará mediante un proceso de razonamiento deductivo.

A primera vista, la nueva metodología podría parecer circular. Sin embargo, es factible, ya que, como primer paso, se debe reconocer la existencia efectiva de un principio general del derecho que abarque la cuestión en litigio; el proceso deductivo y comparativo de conjeturar el modo en que se ha aplicado ese principio se lleva a cabo solo si los contornos completos de ese principio general aún no están claros, con el fin de determinar todas sus ramificaciones. No obstante, habida cuenta de las fundadas preocupaciones sobre la segunda parte del informe expresadas por algunos miembros, como el Sr. Park y el Sr. Forteau, el orador espera que el Relator Especial presente una propuesta revisada del proyecto de conclusión 7.

En cuanto a la tercera parte del tercer informe, el orador está de acuerdo, en general, con el Relator Especial acerca de la función de los principios generales del derecho en virtud del Artículo 38, párrafo 1 c). Los principios generales del derecho sirven principalmente para subsanar lagunas del sistema jurídico internacional cuando otras fuentes, como el derecho internacional consuetudinario o las normas convencionales, no ofrecen soluciones. Aunque, en principio, no existe una jerarquía formal entre las fuentes del derecho internacional, en la práctica, es necesario aplicar cada apartado del párrafo 1 del Artículo 38, desde el a) hasta el c), en orden, lo que podría servir para argumentar la existencia de una jerarquía implícita. Parafraseando la opinión separada del Magistrado Lauterpacht en la causa relativa a *Ciertos empréstitos noruegos (Francia c. Noruega)*, cuando la práctica internacional sobre una cuestión no es lo suficientemente abundante como para permitir un intento de generalización

seguro, se puede buscar ayuda justificadamente en los principios generales del derecho aplicables. Al respecto, el orador se adhiere plenamente a las observaciones formuladas por el Sr. Valencia-Ospina en cuanto al riesgo de rebajar el rango de los principios generales del derecho.

La función de los principios generales del derecho como medio de subsanar lagunas está respaldada por la práctica de varias instituciones internacionales. En la causa relativa a las *Pesquerías (Reino Unido c. Noruega)*, la Corte Internacional de Justicia hizo una de las primeras menciones a esa función de subsanar lagunas. Esa temprana visión de los principios generales del derecho como subsanadores de lagunas fue explicada por el entonces Presidente de la Corte, el Magistrado Yusuf, en su discurso ante la Sexta Comisión de la Asamblea General en 2019, en el que citó la causa relativa a las *Pesquerías* para afirmar que la Corte también ha invocado los principios generales del derecho internacional para “subsanar las lagunas” y, así, evitar las declaraciones de *non liquet* o tener que recurrir al principio de libertad plasmado en la causa relativa al *Lotus*.

Del mismo modo, aunque opera con su propio fundamento jurídico particular, como se establece en su instrumento fundacional, la Corte Penal Internacional reconoce la función de los principios generales del derecho como medio de subsanar lagunas en el artículo 21 del Estatuto de Roma, que dispone que, cuando otras fuentes de derecho aplicables no sean suficientes, la Corte podrá aplicar los principios generales del derecho. Además, en la región de África, en virtud del artículo 31 del Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos, que trata del derecho aplicable y se inspira en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la Corte Africana de Justicia puede aplicar los principios generales del derecho reconocidos universalmente o por los Estados de África.

Así, si bien es cierto que otras fuentes del derecho pueden desempeñar la misma función, la práctica de varios tribunales internacionales es considerar que el objetivo principal de los principios generales del derecho es subsanar lagunas. De hecho, en algunas esferas del derecho internacional, como el derecho penal internacional, la función de los principios generales como medio de subsanar lagunas es especialmente destacada. Debido a que el derecho convencional aplicable al derecho penal internacional no está demasiado desarrollado y no existe un código único de crímenes internacionales o de procedimiento penal, a menudo se ha recurrido a estudios de los principios generales del derecho derivados de la labor de los tribunales nacionales para subsanar lagunas en relación con conceptos básicos del derecho penal, cuando ninguna norma consuetudinaria o convencional proporcionaba orientación. Eso explica que en el informe actual y en los anteriores del Relator Especial haya amplias referencias a la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales *ad hoc* y de la Corte Penal Internacional.

Por supuesto, hay ocasiones en las que un principio general del derecho no puede cumplir su función de subsanar lagunas, porque el principio no supera el análisis en dos etapas. En esos casos se puede recurrir a las decisiones judiciales y a las doctrinas de los publicistas, de acuerdo con el Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

En general, el orador coincide con el Relator Especial en la cuestión del *non liquet* y en la idea de que las cortes y tribunales no deben ser los únicos órganos que recurran a la capacidad de subsanar lagunas de los principios generales del derecho; los Estados también podrían hacerlo. No obstante, se pregunta si, en circunstancias distintas a las de un litigio, podría ser demasiado difícil para las partes establecer una base común suficiente para convenir en los principios generales del derecho pertinentes.

En cuanto a la sección de la tercera parte que trata de la relación entre los principios generales del derecho y las otras fuentes del derecho internacional, el orador coincide con la atención especial que presta el Relator Especial a las tres cuestiones señaladas en el párrafo 75, a saber, la falta de jerarquía formal entre las tres fuentes enumeradas en el Artículo 38, párrafo 1; la posible coexistencia de principios generales y normas convencionales y consuetudinarias; y el funcionamiento del principio de *lex specialis* frente al principio de *lex generalis*. Está de acuerdo, en líneas generales, con los argumentos del Relator Especial al respecto; no obstante, alberga graves preocupaciones sobre la perspectiva de que se releguen los principios generales del derecho a una posición subsidiaria en relación

con otras fuentes de derecho, lo que corre el riesgo de degradar su rango a pesar de que son una fuente de derecho igualmente importante. Además, la decisión de centrarse en el principio de *lex specialis* como método para interpretar los principios generales del derecho plantea la cuestión de qué hacer con las otras reglas de interpretación, cuestión que ya han planteado varios miembros de la Comisión.

Si bien el objetivo principal de los principios generales del derecho es subsanar las lagunas, también tienen otros usos, en particular los señalados por el Relator Especial en el párrafo 39 del tercer informe. Como bien ha explicado el Relator Especial, la Comisión ha aludido a esas cuestiones anteriormente, y también han aparecido en la práctica de los Estados y en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia. El orador toma nota con interés de las observaciones críticas formuladas al respecto por algunos miembros de la Comisión. En algunos escritos académicos se ha sugerido que, en la concepción china del derecho internacional, los principios generales del derecho ni siquiera se consideran una fuente del derecho. Si esa afirmación es cierta, entonces el orador entiende por qué, para algunos, es ir demasiado lejos sugerir que los principios generales del derecho pueden servir como fuente directa de derechos y obligaciones.

En cualquier caso, el orador está de acuerdo con el Relator Especial en que los principios generales del derecho pueden utilizarse para interpretar o complementar otras normas. También está de acuerdo, en gran medida, con el Relator Especial en lo que respecta a la función específica de los principios generales del derecho como medio para garantizar la coherencia del sistema jurídico internacional, como se analiza en los párrafos 139 a 146 del tercer informe.

Por lo que respecta a los proyectos de conclusión 10 a 14, la única sugerencia textual del orador es que se modifique la formulación del proyecto de conclusión 10, de modo que no esté redactada como una oración negativa. El proyecto de conclusión debería evitar describir lo que no son los principios generales y, en lugar de ello, describir lo que sí son. Ese cambio podría evitar un debate sobre las jerarquías formales e informales de las fuentes. El orador desea sugerir la siguiente redacción: “Los principios generales del derecho, al igual que los tratados y el derecho internacional consuetudinario, gozan del mismo rango como fuente del derecho internacional”.

Algunos miembros de la Comisión han tenido dificultades con los proyectos de conclusión 11 a 14. La opinión del orador al respecto está más próxima a la del Sr. Murphy que a la de los Sres. Forteau, Park y Wood, algunos de los cuales parecen oponerse incluso a que se remitan determinados proyectos de conclusión al Comité de Redacción. Su propia opinión es que deberían remitirse al Comité de Redacción todos los proyectos de conclusión. Conforme a la práctica habitual de la Comisión, corresponde al Relator Especial y a los miembros del Comité de Redacción decidir el mejor modo de proceder para revisar y, en su caso, fusionar o incluso reformular o suprimir los proyectos de conclusión propuestos.

En cuanto a la cuarta parte del informe del Relator Especial, el orador está de acuerdo en general con el proyecto de programa de trabajo.

Habría sido útil que el Relator Especial hubiera incluido en un anexo al informe el texto de todos los proyectos de conclusión, señalando cuáles ya han sido aprobados, cuáles están pendientes en el Comité de Redacción y cuáles aún no han sido remitidos al Comité de Redacción. Así se hizo con buenos resultados en el quinto informe sobre la sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado y en el octavo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. El Relator Especial tal vez desee considerar la posibilidad de crear un documento oficioso en el que se reúnan todos los proyectos de conclusión.

El orador apoya el objetivo del Relator Especial de finalizar la primera lectura antes de que termine el período de sesiones actual o en el siguiente. También apoya su propuesta de incluir una bibliografía relacionada con el tema. Aunque una cierta selección está justificada, la bibliografía debería incluir ampliamente a académicos y profesionales de todas las regiones del mundo, que escriban en diferentes idiomas oficiales de las Naciones Unidas e, idealmente, que reflejen puntos de vista de una variedad de los principales sistemas jurídicos del mundo.

**El Sr. Rajput** está de acuerdo con la orientación general del proceso de transposición, tal y como se expone en los párrafos 12 a 16 del tercer informe del Relator Especial, que es muy interesante y hace reflexionar. También está de acuerdo en que el proceso de identificación de los principios generales del derecho no debe ser excesivamente prescriptivo, aunque eso dependerá de dónde se formen los principios. Si los principios generales del derecho se forman en los sistemas jurídicos nacionales, como siempre se ha entendido, la metodología debe ser flexible. Sin embargo, si se abre la posibilidad de que tales principios se creen en el sistema jurídico internacional (la segunda categoría), será necesaria una metodología mucho más rigurosa. En opinión del orador, la cuestión relativamente sencilla de la metodología se ha complicado artificialmente debido al afán de proponer una segunda categoría de principios generales del derecho, lo que contradice la posición del derecho internacional.

El orador acoge con satisfacción el esfuerzo del Relator Especial por presentar las opiniones divergentes de los miembros de la Comisión y de los Estados en la Sexta Comisión sobre la cuestión de los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional. No obstante, está bastante de acuerdo con la observación citada por el Sr. Forteau de que la propuesta de la Comisión al respecto constituye una “innovación”. Tras reconocer sumariamente algunas de las preocupaciones expresadas, el Relator Especial enuncia en el párrafo 27 la solución que prefiere. El material presentado en los informes anteriores del Relator Especial en apoyo de la idea de que los principios generales del derecho pueden formarse en el sistema jurídico internacional ya ha sido criticado duramente por algunos miembros de la Comisión, entre ellos el mismo orador. Ignorar simplemente esas críticas en el tercer informe parece hipócrita.

En el párrafo 28, el Relator Especial se apoya en afirmaciones de miembros que respaldan su postura de que los principios generales del derecho pueden formarse en el sistema jurídico internacional. Una de las afirmaciones que cita señala que si los tribunales pueden extraer principios abstractos de los sistemas jurídicos nacionales, no hay razón para que no se puedan extraer principios jurídicos abstractos del sistema jurídico internacional. Ese argumento se fundamenta en la premisa errónea de que los principios generales del derecho extraídos de los sistemas jurídicos nacionales se basan en principios jurídicos abstractos. En realidad, se derivan de principios jurídicos concretos existentes en sistemas jurídicos de distintos países, culturas jurídicas y tradiciones. Por ejemplo, la cosa juzgada no es un principio abstracto; para que sea aplicable en un caso dado, deben darse determinadas condiciones. Durante la redacción del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, se desechó la idea de que los principios generales se creasen en el plano internacional, ya que se consideró que unos principios tan vagos no serían aceptables para los Estados.

El orador ya expresó su preocupación por que se recurriese a los Principios de Núremberg (también citados en el párrafo 28 como ejemplo de creación de principios generales del derecho) en el 72º período de sesiones de la Comisión. Además, en el párrafo 28 se afirma de manera incorrecta que los trabajos preparatorios y los antecedentes de redacción del Artículo 38, párrafo 1 c), distan de apoyar el argumento de que los principios generales del derecho solo se forman en los sistemas jurídicos nacionales. Cuando se redactó el Estatuto, la propuesta original de referirse a “las normas del derecho internacional reconocidas por la conciencia jurídica de las naciones civilizadas” fue rechazada de plano por considerar que podría interpretarse erróneamente en el sentido de que algunos principios podrían formarse en el sistema jurídico internacional. Lo que se pretendió con el Artículo 38, párrafo 1 c), fue que abarcara únicamente los principios que emanan *in foro domestico*. Durante las negociaciones del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, México formuló una propuesta similar de principios generales del derecho creados en el plano internacional, que fue rechazada. Lamentablemente, el Relator Especial no ha tenido en cuenta las amplias referencias que hizo el orador a la historia de la redacción del Estatuto en su intervención en el 72º período de sesiones. Si la Comisión aceptara la segunda categoría de principios generales del derecho, lo que haría sería nada menos que modificar el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y deshacer más de cien años de historia. Por lo tanto, el orador se opone absolutamente a que se incluya la segunda categoría.

En cuanto a las funciones de los principios generales del derecho, el orador está de acuerdo, en líneas generales, con las preocupaciones planteadas por otros miembros. En la doctrina y en las opiniones separadas de los magistrados se ha atribuido a los principios generales del derecho la función como medio de subsanar lagunas cuando no existe una norma convencional o consuetudinaria para resolver un litigio. La referencia a “subsanar lagunas” pretende reflejar el carácter subsidiario de los principios generales del derecho en relación con las normas del derecho internacional convencional y consuetudinario. Por lo tanto, sería contradictorio afirmar a continuación que los principios generales del derecho están al mismo nivel que los tratados y la costumbre.

Además, los principios generales del derecho solo cumplen una función como medio de subsanar lagunas en el contexto específico de la solución de controversias para evitar situaciones de *non liquet*. La razón dada por el Relator Especial en el párrafo 72 para no limitar la función de los principios generales del derecho al contexto judicial es poco convincente. El Relator Especial argumenta que no hay ninguna razón por la que dos Estados no puedan recurrir a un principio general del derecho para resolver una controversia. Sin embargo, los resultados de las negociaciones bilaterales entre Estados suelen ser tratos *quid pro quo*, y no un ejercicio judicial o cuasi judicial en el que se aplican estrictamente las normas de interpretación de los tratados o las fuentes del derecho internacional. Curiosamente, los tribunales y la doctrina han calificado de superfluo el requisito de los artículos 74 y 83 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de que los acuerdos de delimitación marítima se ajusten al Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Por lo tanto, los principios generales del derecho no cumplen más función que la de subsanar lagunas para evitar una situación de *non liquet* en los contextos judiciales.

En cuanto a la relación entre los principios generales del derecho y otras fuentes del derecho internacional, el orador está de acuerdo en que, en teoría, no hay jerarquía entre las fuentes. Sin embargo, en la práctica, las fuentes se aplican en el orden en que se enumeran en el Artículo 38 del Estatuto: primero los tratados, seguidos de la costumbre y, por último, a falta de ambos, los principios generales del derecho. Dado que los principios generales deben desempeñar la función subsidiaria de subsanar lagunas, no pueden tener, ni tienen en la práctica, el mismo rango que un tratado o una costumbre. Por lo tanto, el orador no ve la utilidad del proyecto de conclusión 10.

El uso selectivo de la *lex specialis* como fundamento para que los principios generales del derecho controlen o sustituyan a los tratados y las costumbres ya ha sido criticado en la Comisión. El proyecto de conclusión 10 crea una situación anómala. Si, por ejemplo, un tratado aplicable definiera el principio de cosa juzgada de forma más estricta que el principio general del derecho de cosa juzgada derivado de los sistemas jurídicos nacionales, el efecto del proyecto de conclusión 10 sería que los elementos de cosa juzgada contenidos en forma de un principio general del derecho podrían sustituir a los elementos contenidos en el tratado si se estableciese que el principio general del derecho es *lex specialis*. El proyecto de conclusión 10 podría hacer así que, en lugar de conformarse con su función como medio de subsanar lagunas, los principios generales pasasen a una posición jerárquicamente superior a los tratados y las costumbres. No cabe duda de que ninguna corte o tribunal internacional aceptaría anular una norma convencional o una norma de derecho internacional consuetudinario porque el contenido de esa norma como principio general del derecho se considerara *lex specialis*. La propuesta que figura en el proyecto de conclusión 10 corre el riesgo de ser ridiculizada tanto por la doctrina como por los profesionales, ya que no se ajusta al principio de *ordre succesif* que regula la aplicación de las fuentes en virtud del Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

La posibilidad de la coexistencia de fuentes no tiene ninguna consecuencia jurídica; lo que importa es su interacción e interrelación. En los casos citados como ejemplos en el informe, las partes que propusieron la existencia de principios generales del derecho no habían propuesto que existieran junto a los tratados y la costumbre, sino como fuente alternativa a falta de un tratado o costumbre. Por lo tanto, el orador considera innecesario el proyecto de conclusión 11.

En opinión del orador, no es necesario que la Comisión examine la relación entre los principios generales del derecho y otras fuentes del derecho internacional. No lo ha hecho en su labor sobre el derecho de los tratados o la identificación del derecho internacional consuetudinario. En cualquier caso, los ejemplos citados en el informe se refieren a la relación entre los tratados y la costumbre y no a los principios generales del derecho. Por lo tanto, el orador se opone al proyecto de conclusión 12.

Varios miembros han expresado su preocupación por el hecho de que un proyecto de conclusión declare que los principios generales del derecho pueden constituir una base independiente de derechos y obligaciones, como se propone en el proyecto de conclusión 14 a). Por ejemplo, por lo que se refiere al principio de *iura novit curia*, no se trata de crear un derecho o una obligación; sino que se trata de una cuestión de discrecionalidad judicial, que un tribunal puede optar por invocar o no. Del mismo modo, los tribunales pueden tener conocimiento de oficio de hechos evidentes sin crear ningún derecho u obligación. La descripción fragmentaria de determinados principios no basta para formular un proyecto de artículo general en el sentido de que los principios generales del derecho pueden constituir una base independiente de derechos y obligaciones. Por lo tanto, el orador considera que el proyecto de conclusión 14 a) es inadecuado.

Sin embargo, el orador está de acuerdo en que los principios generales del derecho pueden utilizarse para interpretar un tratado sobre la base del artículo 31, párrafo 3 c), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. La referencia en ese artículo a “toda norma pertinente de derecho internacional” incluye indudablemente los principios generales del derecho. Sin embargo, no hay ninguna base para ampliar esa función interpretativa al derecho internacional consuetudinario. De hecho, aunque el Relator Especial reconoce en el informe que la función interpretativa de los principios generales del derecho en virtud del artículo 31, párrafo 3 c), está bien establecida, no sugiere que se aplique la misma función con respecto al derecho internacional consuetudinario. El proyecto de conclusión 14 b) afirma no solo que los principios generales del derecho pueden servir para interpretar otras normas de derecho internacional, sino también para “complementarlas”. El orador podría estar de acuerdo con la referencia a la función interpretativa de los principios generales del derecho en relación con los tratados, pero nada más.

El orador tiene grandes reservas sobre el proyecto de conclusión 14 c), que propone que los principios generales del derecho pueden servir para asegurar la coherencia del sistema jurídico internacional. En primer lugar, la formulación parece indicar que el sistema jurídico internacional es “incoherente” y debe hacerse “coherente” mediante el uso de principios generales del derecho. En segundo lugar, esa idea parece derivarse de la presunción de que el sistema jurídico internacional es un conjunto sistemático y coherente, es decir, un sistema completo como el derecho interno, lo que dista mucho de ser el caso: ese enfoque “austiniano” de hacer valer la integridad del sistema jurídico es apropiado para el derecho nacional, pero no para el derecho internacional. Hay que reconocer que el derecho internacional y el derecho nacional son de naturaleza muy diferente. Es interesante observar que la declaración formulada por el entonces Presidente de la Corte Internacional de Justicia ante la Sexta Comisión en 2019, a la que se hace referencia en el párrafo 140 del informe, se está utilizando como base para concluir que la Corte ha utilizado los principios generales del derecho para introducir coherencia en el sistema jurídico internacional, especialmente dado que la Corte nunca ha declarado directamente que estuviese aplicando los principios generales del derecho en virtud del Artículo 38, párrafo 1 c). En escasas ocasiones se ha referido a la cosa juzgada, pero sin hacer ninguna referencia al Artículo 38. Por lo tanto, no hay ninguna tendencia a reconocer que los principios generales puedan cumplir la función de hacer coherente o completo el sistema jurídico internacional. Las referencias a opiniones individuales de magistrados en los párrafos siguientes del informe son poco convincentes y parecen haber sido sacadas de contexto. Por lo tanto, el orador no ve ningún valor en mantener el proyecto de conclusión 14 c).

Parece haber cierta confusión en la metodología utilizada para la elaboración del informe y en general en relación con el tema. Las decisiones judiciales y la doctrina se refieren a menudo a “principios”, “principios generales” y “principios generales del derecho”. El uso de esas expresiones no basta para concluir que existe una referencia a los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional en virtud del

Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Como ha indicado anteriormente el orador, se aplican varios principios para subsanar lagunas de la lógica o del razonamiento judicial, pero no todos ellos son o pueden ser principios generales del derecho como fuente del derecho internacional, y es importante hacer esa distinción. La Comisión debe seguir cuidadosamente un método inductivo, consistente en examinar el material desapasionadamente para extraer conclusiones e identificar principios, en lugar de un método especulativo. El orador es partidario de seguir la útil propuesta de Sir Michael Wood de cambiar el título del tema por el de “Principios generales del derecho como fuente del derecho internacional” para dejar más claro lo que abarca.

Aunque tiene serias dudas sobre la mayoría de los proyectos de conclusión propuestos, con las pocas excepciones que ha mencionado, el orador no se opondrá a que se remitan al Comité de Redacción.

**El Sr. Reinisch** dice que el tercer informe del Relator Especial se centra en una serie de cuestiones muy importantes, como las funciones y la utilidad de los principios generales del derecho. Está de acuerdo con el Relator Especial en que la cuestión de la transposición debe continuar debatiéndose en el seno de la Comisión, aunque sigue siendo escéptico sobre la noción de transposición tal y como se recoge en el proyecto de conclusión 6. Apoya la opinión del Relator Especial de que la transposición no es un acto formal, sino un reconocimiento implícito de que un principio es adecuado para ser aplicado en el sistema jurídico internacional. El proyecto de conclusión 6 b), que se refiere a las condiciones para la aplicación adecuada en el sistema jurídico internacional, podría quizás reformularse para que se refiera a si un principio es adecuado para ser aplicado en el sistema jurídico internacional.

Aunque el orador ya ha expresado la opinión de que la referencia a la compatibilidad con los principios fundamentales del derecho internacional (la primera condición que figura en el proyecto de conclusión 6 es vaga y poco clara, considera que, como cuestión de principio, es un requisito que está justificado. Las propuestas de utilizar formulaciones como “valores fundamentales” o “normas fundamentales” del derecho internacional podrían ser adecuadas.

En la segunda parte del informe, el Relator Especial trata de la compleja y controvertida cuestión de los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional. La cuestión en sí debe tratarse de manera independiente a la formulación del proyecto de conclusiones. La sugerencia del Relator Especial de que un análisis minucioso de la jurisprudencia y la práctica podría ser provechoso para determinar si así ocurre realmente le parece excesivamente optimista al orador. Si bien es cierto que ese análisis puede ser provechoso, en su opinión, cualquier “prueba” que se perciba en una decisión concreta debe tratarse siempre con precaución, ya que las decisiones judiciales y arbitrales pueden ser ambiguas y poco claras en cuanto a la medida en que se basan en conceptos clásicos de los principios generales del derecho formados en los sistemas jurídicos nacionales o, de hecho, en los principios formados en el sistema jurídico internacional. El orador está de acuerdo con el Relator Especial en que no es tarea de la Comisión inventar nuevas fuentes de derecho internacional y en que, al examinar la jurisprudencia sobre determinados principios, lo más significativo son “las primeras veces que se aplicaron”.

Sin embargo, la Comisión quizás no deba hacer demasiado hincapié en casos aislados de la jurisprudencia. Por un lado, la Comisión debería examinar si una metodología concreta para identificar los principios generales del derecho cuenta con un apoyo generalizado y si existe un amplio consenso entre los órganos jurisdiccionales sobre la posibilidad de utilizar dicha metodología. Por otro, no está del todo claro si deben considerarse automáticamente incluidos en el ámbito de aplicación del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia ejemplos particulares de la jurisprudencia (incluso aunque no encuentren apoyo en los tratados o la costumbre). El propio Relator Especial ha señalado en su informe que en la práctica rara vez se ha hecho referencia a ese artículo. Incluso eso podría ser decir demasiado, ya que, con la única excepción del caso *Infinito Gold Ltd. c. República de Costa Rica*, no parece haber ningún órgano jurisdiccional internacional que haya hecho esa conexión explícita.

Sería provechoso que el Relator Especial proporcionara ejemplos de las tres subcategorías de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional con arreglo a los criterios establecidos en el proyecto de conclusión 7 a), b) y c). Aunque las tres subcategorías parecen ser factibles, es difícil señalar normas específicas que puedan demostrar su existencia. Como ha señalado acertadamente el Relator Especial en el informe, los principios ampliamente reconocidos en tratados y otros instrumentos internacionales deben tener carácter independiente de un tratado concreto. Del mismo modo, los principios subyacentes a una norma internacional consuetudinaria deben tener un carácter igualmente independiente. Para mantener un debate fructífero sobre si existen esas subcategorías, son necesarios ejemplos prácticos. De lo contrario, la Comisión se arriesga a seguir discutiendo, en un plano abstracto, nociones que pueden tener significados diferentes para los distintos miembros de la Comisión.

En cuanto a la tercera parte del informe, relativa a las funciones de los principios generales del derecho y su relación con otras fuentes del derecho internacional, el orador desea señalar a la atención de la Comisión el uso del término “función” en ese contexto. Lo que se discute bajo ese título se refiere esencialmente al carácter de los principios generales del derecho como fuente de normas, en la medida en que sirven “como base independiente de derechos y obligaciones”, o a la relación entre ellos y las normas derivadas de otras fuentes, cuando sirven como reglas destinadas a subsanar lagunas, a interpretar otras normas o a asegurar la coherencia. Sin embargo, aunque esas cuestiones no son en absoluto particulares de los principios generales del derecho, la Comisión nunca ha hablado de “funciones” en relación con otras fuentes. Por lo tanto, podría ser más apropiado tratar esa cuestión bajo el título de “carácter” de los principios generales del derecho y su relación o interacción con otras fuentes.

El Relator Especial ha presentado un amplio panorama de la práctica de las cortes y tribunales que se ha referido a la función de los principios generales del derecho como medio de subsanar lagunas. En el informe se indica que por “subsanar lagunas” se entiende recurrir a un principio general del derecho cuando una cuestión jurídica no está regulada, o no lo está suficientemente, por los tratados o la costumbre. Sin embargo, esa definición no se ajusta al modo en que se interpreta la noción de “lagunas” en la teoría jurídica en general, en la que una “laguna” supone que el sistema jurídico en su conjunto es incapaz de dar respuesta a una cuestión jurídica. Entonces, y solo entonces, los órganos jurisdiccionales pueden dedicarse a subsanar las lagunas por diversos medios, yendo más allá del derecho positivo.

Si los principios generales del derecho fueran “medios de subsanar lagunas” en ese sentido técnico, se limitarían, en primer lugar, a esa función y, por tanto, no podrían servir de base independiente de derechos y obligaciones. En segundo lugar, tendrían que ser necesariamente subsidiarios de otras fuentes, dado que las lagunas solo podrían existir si la ley siguiera siendo indeterminada después de que el juez hubiera agotado todos los modos “regulares” de razonamiento jurídico. El orador considera que el Relator Especial tiene razón al rechazar ambas afirmaciones.

Por lo tanto, eso lleva al orador a concluir que, en el informe, el término “laguna” se utiliza en un sentido no técnico, reconociendo así que los principios generales del derecho pueden proporcionar respuestas en los casos en los que no existe reglamentación jurídica a través de otras fuentes. Sin embargo, esto no es específico de los principios generales del derecho, ya que lo mismo ocurre con cualquier otra fuente. Un derecho o una obligación que existan sobre la base de cualquier fuente de derecho internacional pueden proporcionar soluciones jurídicas a falta de otras normas. Lo más importante es que la aplicación de los principios generales del derecho no depende de la existencia de una “laguna” en el derecho internacional. Más bien, su relación con el derecho convencional y consuetudinario se rige únicamente por la dinámica *lex specialis-lex generalis*. Es solo el recurrir a la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional para hacer afirmaciones más generales lo que resulta algo problemático, ya que el Estatuto de Roma dispone explícitamente que los principios generales del derecho derivados del derecho interno son subsidiarios de otras fuentes.

En vista de lo anterior, no está claro el motivo que justifica un proyecto de conclusión dedicado única y específicamente a la supuesta función de los principios generales del derecho como medio de subsanar lagunas. El Relator Especial ha señalado en su informe que esa “función” parece ser “inherente a esta fuente de derecho internacional”, aunque, al mismo

tiempo, reconoce que todas las demás fuentes también pueden “subsana una laguna”, según entiende el término. Como parece reconocerse en el propio informe, esa afirmación se deriva del carácter de los principios generales del derecho, que constituyen típicamente *lex generalis*. A falta de una diferencia entre los principios generales del derecho y otras fuentes a nivel conceptual, el lugar más apropiado para esas discusiones podría ser, por tanto, en los comentarios del proyecto de conclusión 12, para garantizar que se mantenga la claridad conceptual.

En cuanto a la sección del informe que trata de la relación entre los principios generales del derecho y otras fuentes del derecho internacional, el orador está de acuerdo con las conclusiones del Relator Especial en cuanto a la falta de jerarquía entre los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho, y la posibilidad de la coexistencia entre los principios generales del derecho y las normas internacionales convencionales y consuetudinarias. Aunque esa posibilidad tal vez esté menos demostrada en la práctica, parece ser una característica inherente de los principios generales del derecho. Sin embargo, el orador tiene ligeras dudas sobre algunos de los ejemplos proporcionados en el informe, en particular la causa relativa a la *Controversia sobre fronteras terrestres, insulares y marítimas (El Salvador/Honduras: intervención de Nicaragua)*, en la que una de las partes se remitió al principio de *uti possidetis* como principio general del derecho, lo que parece discutible. Si bien *uti possidetis* es un principio perfectamente reconocido del derecho internacional consuetudinario, el principio del derecho romano del que se deriva no es ampliamente conocido y difiere mucho en su contenido del significado de *uti possidetis* en el derecho internacional consuetudinario.

El orador está de acuerdo con el Relator Especial en que, como norma, un principio general del derecho sería una *lex generalis* frente a normas convencionales o consuetudinarias más específicas. Sin embargo, se pregunta si es apropiado mencionar solo el principio de *lex specialis* en el proyecto de conclusión 12, ya que, en su opinión, la relación de los principios generales del derecho con otras fuentes del derecho internacional que tratan la misma cuestión se rige igualmente por el principio de *lex posterior*. Si se menciona únicamente el principio de *lex specialis* en ese proyecto de conclusión podría interpretarse erróneamente que se pone en duda la pertinencia del principio de *lex posterior* en ese contexto.

El orador también considera problemática la redacción actual del proyecto de conclusión 12. Dado que un posible conflicto solo se plantearía a nivel de reglas o normas específicas y no de su fuente, el proyecto de conclusión podría revisarse para que dijera: “La relación de las normas derivadas de los principios generales del derecho con las de otras fuentes del derecho internacional que tratan la misma cuestión se rige por el principio de *lex specialis*”.

En cuanto a la sección del informe que trata de algunas funciones específicas de los principios generales del derecho, el orador coincide con el Relator Especial en que esos principios pueden funcionar como base independiente de derechos y obligaciones. De hecho, podría decirse que se trata de una característica esencial para que los principios generales del derecho sean reconocidos como fuente del derecho internacional, ya que esos principios pueden encarnar derechos y deberes que pueden ser invocados ante las cortes y tribunales internacionales. Sin embargo, la afirmación de que la referencia a los principios generales del derecho en el artículo 15, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos muestra que pueden “imponer a una persona la obligación directa de no cometer un determinado delito” plantea la cuestión de cuál sería el factor limitante para la tipificación en virtud de los principios generales del derecho, ya que hay claramente un gran número de delitos comunes reconocidos universalmente en el derecho interno que no constituyen crímenes internacionales.

El orador también está de acuerdo con la sugerencia del Relator Especial de que los principios generales del derecho pueden servir como medio para interpretar y complementar otras normas de derecho internacional. Sin embargo, no está seguro de que todos los ejemplos citados en el informe sean adecuados. Por ejemplo, en el asunto *Golder c. el Reino Unido*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se refirió de hecho a los “principios generales del derecho” como parte de las “normas pertinentes de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes” en el sentido del artículo 31, párrafo 3 c), de la Convención de

Viena sobre el Derecho de los Tratados. Sin embargo, el Tribunal se refirió al derecho de acceso a las cortes y tribunales “como uno de los principios fundamentales del derecho ‘reconocidos’ universalmente”. Por lo tanto, parece que, en ese caso, el derecho de acceso a las cortes y tribunales se mencionó más como un principio fundamental del derecho en el sentido de un derecho fundamental que como un principio general del derecho. Del mismo modo, la decisión del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio en el asunto *Estados Unidos – Prohibición de la importación de determinados camarones y sus productos* también se remitió literalmente a los principios generales del derecho internacional, pero esto en realidad podría ser una referencia más general al derecho internacional general. Estos son solo dos ejemplos que plantean la cuestión de si una corte o tribunal internacionales, al remitirse a los principios generales del derecho, se refieren realmente a los principios generales del derecho en el sentido estricto y técnico de la expresión.

En cuanto a la sección que trata de los principios generales del derecho como medio de asegurar la coherencia del sistema jurídico internacional, el orador considera que podría ser necesario que esa noción fuese más corroborada. Sería interesante saber, en particular, si el Relator Especial considera que esa función va más allá de la función de los principios generales del derecho como instrumentos interpretativos, y lo que entiende por la función de los principios generales del derecho como medio de subsanar lagunas en ese contexto. Si no se puede demostrar lo primero, tal vez no sea conveniente incluir un proyecto de conclusión específico sobre esa función. El orador es partidario de remitir todos los proyectos de conclusión al Comité de Redacción.

**El Sr. Hmoud** desea agradecer al Relator Especial su análisis exhaustivo de la práctica, la jurisprudencia y la doctrina en las diversas esferas del derecho internacional relacionadas con los principios generales del derecho, así como de las opiniones de los Estados, que han permitido alcanzar una forma de consenso sobre el proyecto de conclusiones. Las opiniones divergentes expresadas por los miembros en relación con los proyectos de conclusión 10 a 14 no son necesariamente un impedimento para que se alcance un consenso sobre el modo de seguir avanzando dentro de la Comisión.

Los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional continúan siendo la cuestión central, y una fuente de controversia, y el orador sigue teniendo serias dudas sobre la existencia de esa categoría de principios generales del derecho. Dicho claramente, no hay ninguna práctica que corrobore su existencia. La tesis del Relator Especial al respecto se basa en escritos académicos o, por decirlo sin rodeos, en un activismo académico que está preparando el camino para apartarse del derecho internacional basado en el consentimiento de los Estados. Solo de un puñado de principios sustantivos podría decirse que se han formado en el sistema jurídico internacional. Incluso en esos casos, se podría argumentar que el principio *uti possidetis* tiene su origen en el derecho de los bienes, tanto en el sistema de derecho de tradición romanista como en el de *common law*, y que el principio de estabilidad jurídica se originó en las legislaciones nacionales, específicamente en las leyes administrativas. Es discutible si la cláusula de Martens es una norma consuetudinaria, una norma convencional o un principio general del derecho; la conclusión de que los principios generales del derecho pueden coexistir con las normas convencionales y consuetudinarias no resuelve la cuestión. Los ejemplos restantes son de carácter procesal y, aun así, parecen tener origen en los sistemas jurídicos nacionales.

En su condición de Presidente de la Comisión en su 72º período de sesiones, el orador asistió a la Sexta Comisión en 2021 y escuchó a los Estados expresar sus opiniones sobre la categoría de los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional. Se plantearon dudas importantes sobre esa categoría, y solo un pequeño número de Estados expresó su apoyo rotundo o proporcionó ejemplos de esos principios. El hecho de que algunos Estados se muestren abiertos a la posible existencia de esa categoría no remedia en absoluto la escasez de práctica en la materia y de convicción en los efectos jurídicos de esa categoría de principios generales.

El orador desea reiterar que esa categoría de principios generales del derecho no debe utilizarse como medio para eludir las condiciones para la formación del derecho internacional consuetudinario. La Comisión debería tener cuidado de no abrir las compuertas a la creación de una nueva categoría, o fuente, de derecho internacional, en virtud de la cual las

reclamaciones relacionadas con obligaciones jurídicas podrían formularse sobre la base de los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional, aunque no existan normas convencionales o consuetudinarias. El orador acoge con satisfacción las garantías ofrecidas por el Relator Especial en su informe de que no pretende crear una nueva fuente de derecho internacional.

En 2021 se criticó mucho la metodología deductiva para identificar los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional propuesta por el Relator Especial en el proyecto de conclusión 7. En su tercer informe, el Relator Especial propone una metodología unificada que es ante todo inductiva y subsidiariamente deductiva. Esa metodología se basa en los términos de una declaración de un Estado y de un colega, que se han enmarcado a través de los escritos de un jurista mencionado en el informe, que describe esos principios como una “fuente autónoma del derecho internacional” para apoyar la metodología sugerida. El orador no está de acuerdo en que la metodología propuesta cumpla el criterio de rigor necesario para la identificación de los principios generales del derecho. A pesar de la afirmación del Relator Especial de que el proyecto de conclusiones no pretende desarrollar nuevas normas de identificación, parece que la metodología propuesta podría hacer precisamente eso.

Es difícil encontrar una metodología bien establecida para identificar los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional. Sin embargo, a pesar de las serias dudas del orador sobre la existencia de esa categoría de principios generales, no quiere descartar del todo esa posibilidad. La Comisión tal vez desee señalar la posibilidad de su existencia añadiendo una cláusula “sin perjuicio”, que daría por cerrado el tema evitando al mismo tiempo una reinterpretación del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. El orador considera que esa disposición es la base del tema en cuestión, no el punto de partida.

Aunque la propuesta de redacción del Sr. Murphy para el proyecto de conclusión 7, si se aceptase, podría servir para restringir el alcance de esa categoría a lo que podrían ser realmente principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional, el Comité de Redacción tal vez no tenga el tiempo necesario para convenir en el proceso de identificación correspondiente. En cualquier caso, la Comisión debería velar por que los principios generales del derecho sean creados por los sujetos del derecho internacional y no por publicistas individuales. Debería basarse en las diferentes tradiciones jurídicas de las distintas regiones para garantizar que esté debidamente representada toda la humanidad. Determinados Estados o regiones no deberían tener un monopolio simplemente porque tienen los recursos necesarios para desarrollar el derecho internacional sobre la base de sus propias culturas y tradiciones. Los principios del derecho internacional no deben imponerse subrepticamente. La expresión “naciones civilizadas” se utilizó hace 100 años porque las naciones colonialistas se consideraban civilizadas y sus principios jurídicos, superiores. Afortunadamente, el mundo ha cambiado y todos los seres humanos se consideran ya civilizados. La preocupación del orador es que el concepto de “naciones civilizadas” pueda recuperarse mediante la introducción de principios generales del derecho derivados del sistema jurídico internacional.

El orador está de acuerdo en general con el análisis y las conclusiones del Relator Especial sobre las funciones de los principios generales del derecho y su relación con otras fuentes del derecho internacional.

Los principios generales del derecho son una fuente de obligaciones para los sujetos del derecho internacional como cualquier otra fuente, aunque algunos principios no tengan efectos jurídicos como tales. El argumento relativo a las normas y los principios es irrelevante y el orador está de acuerdo con la afirmación que figura en el proyecto de conclusión 14 a) de que los principios generales del derecho pueden servir como base independiente de derechos y obligaciones. El informe proporciona una base sólida para llegar a esa conclusión, aunque, como han mencionado otros colegas anteriormente, no todos los principios generales del derecho desencadenan derechos y obligaciones primarios.

Parece haber consenso entre los miembros y los Estados por igual acerca de la función esencial de los principios generales del derecho como medio para subsanar lagunas. Aunque los tratados y las costumbres también pueden desempeñar esa función, este hecho no niega

la esencia de los principios generales del derecho tal y como los concibieron los redactores del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional y los aplican las cortes y tribunales. Esa afirmación está respaldada por una práctica bien establecida. La cuestión es entonces si los principios generales del derecho deben prevenir siempre las situaciones de *non liquet*. El orador desea reiterar que, en su opinión, no es así y que la Comisión debería evitar dar esa impresión. El Relator Especial parece estar de acuerdo con esa conclusión en el párrafo 71 de su informe. Si se constata la existencia de un principio general del derecho, se puede recurrir a él para resolver una cuestión jurídica cuando el juez no pueda identificar y aplicar una norma convencional o consuetudinaria. Sin embargo, si tal principio no existiera, es obvio que el juez no debe crear un principio general del derecho para subsanar la laguna. El orador no ve ninguna razón por la que el proyecto de conclusión 13 no deba incluir la expresión “medio para subsanar lagunas”. No todos los proyectos de conclusión tienen que establecer normas.

El orador duda en tomar al pie de la letra la falta de jerarquía entre los tratados, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho. Las discusiones históricas del Comité Consultivo de Juristas sobre la cuestión no fueron terminantes y la supresión de las palabras “en el orden siguiente” en el proyecto de Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional reflejó el hecho de que, en aquel entonces, el derecho internacional no se desarrollaba a través de normas convencionales y consuetudinarias del mismo modo que en la actualidad. Contrariamente a la opinión del Relator Especial, que sostiene que no hay pruebas que sugieran que determinadas categorías de principios generales del derecho hayan sido excluidas del proyecto de Estatuto, el orador considera que se necesitan pruebas contundentes para demostrar que el Comité Consultivo de Juristas tuvo la intención de incluir una categoría específica de esos principios en el texto. En la práctica, los principios generales del derecho solo se utilizan como medio para subsanar lagunas cuando hay una laguna legal. Ese es el modo en que aplican esos principios las cortes y tribunales. Los Estados parecen aceptar la interpretación dada al orden de las fuentes del derecho enumeradas en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y su aplicación por las cortes y tribunales. El orden de las fuentes sigue el mismo patrón en el sistema de derecho de tradición romanista y se ha desarrollado en el mismo sentido en el sistema de *common law*: el derecho escrito, luego la costumbre y las tradiciones, y después los principios de justicia. Sin embargo, a este respecto, debe prestarse la debida atención a las conclusiones de la labor del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional en lo que respecta a las diferencias entre el derecho internacional y los sistemas jurídicos nacionales. El carácter intrínsecamente general de los principios generales del derecho y su función de medio para subsanar lagunas debe tenerse en cuenta al examinar la tesis de que no hay jerarquía entre las tres fuentes del derecho.

En cuanto a la posible coexistencia de principios generales del derecho y normas convencionales y consuetudinarias, el orador coincide con el Relator Especial en que lo que afirmó la Corte Internacional de Justicia en *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)* y en la causa *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)* es una prueba de la posibilidad de esa coexistencia. Esa conclusión, aunque aparentemente superflua, es provechosa para demostrar las funciones de los principios generales del derecho, entre ellas la de interpretar y complementar otras normas.

En cuanto a la aplicación del principio de *lex specialis*, como ha mencionado anteriormente el orador, los principios generales del derecho son intrínsecamente generales, mientras que las normas convencionales y consuetudinarias son especializadas. El Relator Especial está dejando efectivamente la puerta abierta para que los principios generales del derecho sean la *lex specialis* frente al derecho consuetudinario. Sin embargo, el orador señala que el informe no ofrece ejemplos en los que tales principios hayan prevalecido sobre normas consuetudinarias sobre la base de la máxima *lex specialis derogat legi generalis*. El Comité de Redacción debería perfeccionar el proyecto de conclusión 12 para que refleje el hecho de que los principios generales del derecho son normalmente la *lex generalis*. Algunos colegas han planteado una cuestión conexa en relación con el motivo por el que el Relator Especial no ha tratado el principio de *lex posterior* en el proyecto de conclusiones. El orador se pregunta si un principio general del derecho formado a partir de una norma consuetudinaria puede sustituir a esa norma.

Otra función de los principios generales del derecho con la que está plenamente de acuerdo el orador es la de interpretar y complementar otras normas del derecho internacional. Esas importantes funciones se derivan, entre otras cosas, del artículo 31, párrafo 3 c), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y garantizan la armonización de las normas de derecho internacional. Una vez más, el informe proporciona una sólida base jurisprudencial para llegar a esa conclusión.

En cuanto a la función de los principios generales del derecho como medio para asegurar la coherencia del sistema jurídico internacional, el orador opina que se deriva de la función interpretativa y de armonización de los principios generales del derecho. Aunque no se opone a que se incluya esa función en el proyecto de conclusiones, desea proponer que se fusione con la función interpretativa.

El orador desea agradecer de nuevo al Relator Especial el excelente informe. Sus críticas a determinados aspectos del enfoque del Relator Especial sobre el tema reflejan sus propias opiniones y su enfoque del derecho internacional, que no siempre coinciden necesariamente con los del Relator Especial. Sin embargo, las conclusiones a las que ha llegado el Relator Especial son sólidas y defendibles.

Por último, dado que es la última vez que el orador formulará una declaración sobre un tema en el pleno, desea dejar constancia de que ha sido un honor y un privilegio haber sido miembro de la Comisión durante 15 años y haber presidido su 72º período de sesiones durante lo que ha sido un período difícil. La Comisión debe seguir siendo un ejemplo para el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional. Los miembros deben esforzarse siempre por garantizar que la labor de la Comisión sea provechosa, produciendo resultados que respondan a las preocupaciones de todos los sujetos del derecho internacional. Los Estados escuchan a la Comisión y responden a sus resultados. El estancamiento de la Sexta Comisión y el hecho de que, en los últimos 20 años, las consideraciones políticas hayan obstaculizado la aprobación de los textos de la Comisión no deberían disuadirla de llevar a cabo su labor. Durante el mismo período, los miembros también han sido testigos de un mayor entusiasmo y una mayor implicación en la Sexta Comisión con respecto a la labor de la Comisión, lo que debería servir de motivación para intentar tender más puentes entre ambos organismos. El orador tiene la esperanza de que algunos de los textos de la Comisión se aprueben algún día como instrumentos vinculantes.

*Se levanta la sesión a las 12.40 horas.*