

Capítulo IV

Principios generales del derecho

A. Introducción

30. En su 70º período de sesiones (2018), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema “Principios generales del derecho” y nombró Relator Especial al Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez. La Asamblea General, en el párrafo 7 de su resolución 73/265, de 22 de diciembre de 2018, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo.

31. En su 71º período de sesiones (2019), la Comisión examinó el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/732), en el que este exponía su enfoque respecto del alcance y el resultado del tema, así como las principales cuestiones que debían abordarse en el curso de la labor de la Comisión. Tras el debate en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de conclusión 1 a 3 que figuraban en el primer informe del Relator Especial. A continuación, la Comisión tomó nota del informe provisional del Presidente del Comité de Redacción sobre el proyecto de conclusión 1 aprobado provisionalmente por el Comité únicamente en su versión en inglés, que le había sido presentado a título informativo¹¹.

32. También en su 71º período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que preparase un memorando en el que se examinaran jurisprudencia de tribunales arbitrales interestatales y de cortes y tribunales penales internacionales de carácter universal, así como tratados, que fueran especialmente pertinentes para su labor futura sobre el tema.

33. En su 72º período de sesiones (2021), la Comisión examinó el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/741 y Corr.1), en el que este abordaba la identificación de los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. La Comisión también tuvo ante sí el memorando que había solicitado a la Secretaría (A/CN.4/742) en su 71º período de sesiones. Tras el debate en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de conclusión 4 a 9 propuestos en el segundo informe. La Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de conclusión 1, 2 y 4, con sus comentarios, y tomó nota del proyecto de conclusión 5 que figuraba en el informe del Comité de Redacción¹².

34. En el 73º período de sesiones (2022), la Comisión examinó el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/753), en el que este abordaba la cuestión de la transposición, los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional y las funciones de los principios generales del derecho y su relación con otras fuentes del derecho internacional. Tras el debate en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de conclusión 10 a 14 que figuraban en el tercer informe del Relator Especial. La Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de conclusión 3, 5 y 7, con sus comentarios, y tomó nota de los proyectos de conclusión 6, 8, 9, 10 y 11 que figuraban en el informe del Comité de Redacción¹³.

¹¹ El informe provisional del Presidente del Comité de Redacción puede consultarse en la Analytical Guide to the Work of the International Law Commission: http://legal.un.org/ilc/guide/I_15.shtml.

¹² *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/76/10)*, párrs. 169 a 172, 238 y 239. Véanse también A/CN.4/L.955 y Add.1.

¹³ *Ibid.*, septuagésimo séptimo período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/77/10), párrs. 94 a 149. Véase también A/CN.4/L.971.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

35. El Relator Especial no presentó a la Comisión ningún informe nuevo en el actual período de sesiones. El Comité de Redacción finalizó el examen de los proyectos de conclusión que le había remitido previamente la Comisión y que ya había aprobado provisionalmente¹⁴.

36. En su 3628ª sesión, celebrada el 19 de mayo de 2023, la Comisión recibió y examinó el informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.982) y aprobó el proyecto de conclusiones sobre los principios generales del derecho en primera lectura (véase la sección C.1).

37. En sus sesiones 3643ª a 3646ª, celebradas del 24 al 26 de julio de 2023, la Comisión aprobó los comentarios al proyecto de conclusiones antes mencionado (véase la sección C.2).

38. En su 3646ª sesión, celebrada el 26 de julio de 2023, la Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 a 21 de su estatuto, remitir a los Gobiernos el proyecto de conclusiones (véase la sección C), por conducto del Secretario General, para que formularan comentarios y observaciones, solicitándoles que los enviaran al Secretario General antes del 1 de diciembre de 2024.

39. En su 3646ª sesión, celebrada el 26 de julio de 2023, la Comisión expresó su profundo reconocimiento al Relator Especial, el Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, por la extraordinaria contribución realizada, que había permitido a la Comisión culminar con éxito la primera lectura del proyecto de conclusiones sobre los principios generales del derecho.

C. Texto del proyecto de conclusiones sobre los principios generales del derecho aprobado por la Comisión en primera lectura

1. Texto del proyecto de conclusiones

40. El texto del proyecto de conclusiones aprobado por la Comisión en primera lectura figura a continuación.

Principios generales del derecho

Conclusión 1 Ámbito

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

Conclusión 2 Reconocimiento

Para que un principio general del derecho exista, debe ser reconocido por la comunidad internacional.

Conclusión 3 Categorías de principios generales del derecho

Los principios generales del derecho comprenden:

- a) los que se derivan de los sistemas jurídicos nacionales;
- b) los que pueden formarse en el sistema jurídico internacional.

¹⁴ En el 73^{er} período de sesiones, el Comité de Redacción aprobó provisionalmente el texto consolidado de los proyectos de conclusión 1 a 11 que figuran en el informe del Comité correspondiente a ese período de sesiones (A/CN.4/L.971).

Conclusión 4**Identificación de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales**

Para determinar la existencia y el contenido de un principio general del derecho derivado de sistemas jurídicos nacionales, es necesario cerciorarse de:

- a) la existencia de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo; y
- b) su transposición al sistema jurídico internacional.

Conclusión 5**Determinación de la existencia de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo**

1. Para determinar la existencia de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo, se requiere un análisis comparativo de los sistemas jurídicos nacionales.

2. El análisis comparativo ha de ser amplio y representativo, e incluir las diferentes regiones del mundo.

3. El análisis comparativo incluye una evaluación de las legislaciones nacionales y de las decisiones de las cortes y tribunales nacionales, así como otros materiales pertinentes.

Conclusión 6**Determinación de la transposición al sistema jurídico internacional**

Un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo puede transponerse al sistema jurídico internacional en la medida en que sea compatible con ese sistema.

Conclusión 7**Identificación de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional**

1. Para determinar la existencia y el contenido de un principio general del derecho que puede formarse en el sistema jurídico internacional, es necesario cerciorarse de que la comunidad internacional ha reconocido aquel principio como intrínseco al sistema jurídico internacional.

2. El párrafo 1 se entiende sin perjuicio de la cuestión de la posible existencia de otros principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional.

Conclusión 8**Decisiones de cortes y tribunales**

1. Las decisiones de cortes y tribunales internacionales, en particular las de la Corte Internacional de Justicia, relativas a la existencia y el contenido de principios generales del derecho constituyen un medio auxiliar para la determinación de dichos principios.

2. Podrán tomarse en consideración, cuando proceda, las decisiones de cortes y tribunales nacionales relativas a la existencia y el contenido de principios generales del derecho como medio auxiliar para la determinación de dichos principios.

Conclusión 9**Doctrina**

La doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones puede ser un medio auxiliar para la determinación de principios generales del derecho.

Conclusión 10**Funciones de los principios generales del derecho**

1. Se recurre a los principios generales del derecho principalmente cuando otras normas de derecho internacional no resuelven total o parcialmente una determinada cuestión.

2. Los principios generales del derecho contribuyen a la coherencia del sistema jurídico internacional. Pueden servir, *inter alia*:

- a) para interpretar y complementar otras normas de derecho internacional;
- b) de base de derechos y obligaciones primarios, así como de base de normas secundarias y procesales.

Conclusión 11**Relación entre los principios generales del derecho y los tratados y el derecho internacional consuetudinario**

1. Los principios generales del derecho, como fuente del derecho internacional, no están en una relación jerárquica con los tratados y el derecho internacional consuetudinario.

2. Un principio general del derecho puede coexistir con una norma de contenido igual o similar en un tratado o en el derecho internacional consuetudinario.

3. Todo conflicto entre un principio general del derecho y una norma en un tratado o en el derecho internacional consuetudinario debe resolverse por los métodos generalmente aceptados de interpretación y solución de conflictos en derecho internacional.

2. Texto del proyecto de conclusiones con sus comentarios

41. El texto del proyecto de conclusiones, con sus comentarios, aprobado por la Comisión en primera lectura en su 74º período de sesiones figura a continuación.

Principios generales del derecho**Conclusión 1****Alcance**

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

Comentario

1) El proyecto de conclusión 1 es de carácter introductorio. Establece que el proyecto de conclusiones se refiere a los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional. La expresión “principios generales del derecho” utilizada en todo el proyecto de conclusiones designa “los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas” a los que se hace referencia en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, analizados a la luz de la práctica de los Estados, la jurisprudencia de las cortes y tribunales y la doctrina¹⁵.

2) En el proyecto de conclusión 1 se reafirma que los principios generales del derecho constituyen una de las fuentes del derecho internacional. La naturaleza jurídica de esos principios como fuente del derecho queda confirmada por su inclusión en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, junto con los tratados y el derecho internacional consuetudinario, como parte del “derecho internacional” que la Corte

¹⁵ Teniendo en cuenta la práctica de los Estados y la jurisprudencia recientes, el texto de las versiones en francés y en español del proyecto de conclusión 1 hace referencia, respectivamente, a “*principes généraux du droit*” y “principios generales del derecho”. Queda entendido que el empleo de “*du droit*” y “del derecho” no altera el contenido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia ni entraña alteración alguna de dicho contenido.

aplicará para decidir las controversias que le sean sometidas. La cláusula que precedió a esta disposición, el Artículo 38, párrafo 3, del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, se redactó en 1920 tras largos debates en la Sociedad de las Naciones, y en particular en el Comité Consultivo de Juristas establecido por el Consejo de la Sociedad, que trató de codificar la práctica existente antes de la aprobación del Estatuto. Desde entonces, se ha hecho referencia a los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional en la práctica de los Estados, incluidos los tratados bilaterales y multilaterales, y en las decisiones de diferentes cortes y tribunales¹⁶.

3) La expresión “fuente del derecho internacional” se refiere al proceso jurídico por el que surge un principio general del derecho y a la forma en que lo hace. El proyecto de conclusiones tiene por objeto aclarar el ámbito de los principios generales del derecho, el método para identificarlos y sus funciones y relaciones con otras fuentes del derecho internacional.

Conclusión 2 Reconocimiento

Para que un principio general del derecho exista, debe ser reconocido por la comunidad internacional.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 2 reafirma un elemento básico del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, a saber, que, para que un principio general del derecho exista, debe ser “reconocido” por la comunidad internacional.

2) En la práctica de los Estados, la jurisprudencia de las cortes y tribunales y la doctrina es habitual que el reconocimiento sea una condición esencial para que un principio general del derecho surja. Esto significa que, para determinar la existencia de un principio general del derecho en un momento dado, es necesario examinar todas las pruebas disponibles que demuestren que ese reconocimiento ha tenido lugar. Los criterios específicos para proceder a esta determinación son objetivos y se detallan en proyectos de conclusión posteriores.

3) En el proyecto de conclusión 2 se utiliza la fórmula “comunidad internacional” en lugar de la expresión “naciones civilizadas”, contenida en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, porque esta última expresión es anacrónica¹⁷. La fórmula “comunidad internacional” figura en el artículo 15, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, un tratado en el que son parte 173 Estados y que, por lo tanto, está ampliamente aceptado¹⁸. En las diferentes versiones lingüísticas del proyecto de conclusión 2 se reproduce la fórmula empleada en las versiones lingüísticas auténticas del Pacto. Por ejemplo, “*l'ensemble des nations*” en francés y “comunidad internacional” en español. Con esta formulación, el proyecto de conclusión pretende destacar que todas las naciones participan por igual, sin ningún tipo de distinción, en la formación de principios generales del derecho de acuerdo con el principio de igualdad soberana establecido en el Artículo 2, párrafo 1, de la Carta de las Naciones Unidas.

4) Con el uso de la expresión “comunidad internacional” no se pretende modificar el alcance ni el contenido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En particular, la expresión no trata de sugerir que un principio general del derecho requiere un reconocimiento unificado o colectivo, ni que solo pueden surgir principios generales del derecho en el sistema jurídico internacional. Además, la expresión “comunidad

¹⁶ Véanse, por ejemplo, los documentos [A/CN.4/732](#) (primer informe) y [A/CN.4/742](#) (memorando de la Secretaría).

¹⁷ Se barajaron otras expresiones como “Estados”, “comunidad de Estados”, “la comunidad internacional”, “naciones”, “Estados nación” y “naciones en su conjunto”.

¹⁸ La disposición establece lo siguiente: “Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, núm. 14668, pág. 171. Véase Naciones Unidas, *Status of Multilateral Treaties*, cap. IV.4.

internacional” no debe confundirse con la expresión “comunidad internacional de Estados en su conjunto” que figura en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁹, relativo a las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

5) El uso de la expresión “comunidad internacional” no excluye que, en determinadas circunstancias, las organizaciones internacionales también puedan contribuir a la formación de principios generales del derecho.

Conclusión 3

Categorías de principios generales del derecho

Los principios generales del derecho comprenden:

- a) los que se derivan de los sistemas jurídicos nacionales;
- b) los que pueden formarse en el sistema jurídico internacional.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 3 aborda las dos categorías de principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Se utiliza el término “categorías” para indicar los dos grupos en que pueden clasificarse los principios generales del derecho en función de su origen y, por tanto, del proceso por el que pueden surgir. A diferencia del apartado a) del proyecto de conclusión, que emplea la expresión “se derivan de”, en el apartado b) se utiliza “pueden formarse”. Esta expresión se ha considerado apropiada para introducir cierta flexibilidad en la disposición, y con ella se reconoce que no hay consenso sobre la existencia de una segunda categoría de principios generales del derecho.

2) El apartado a) del proyecto de conclusión se refiere a los principios generales del derecho que se derivan de sistemas jurídicos nacionales. El hecho de que los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia incluyen los derivados de sistemas jurídicos nacionales ha quedado establecido en la jurisprudencia de las cortes y tribunales²⁰

¹⁹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, núm. 18232, pág. 331.

²⁰ Véanse, por ejemplo, el caso *Fabiani* (1896) (en H. La Fontaine, *Pasicrisie internationale 1794-1900: Histoire documentaire des arbitrages internationaux* (Berlín, Stämpfli, 1902), pág. 356); *Affaire de l'indemnité russe (Russie, Turquie)*, laudo de 11 de noviembre de 1912, *Reports of International Arbitral Awards* (U.N.R.I.A.A.), vol. XI, págs. 421 a 447, en especial pág. 445; Corte Internacional de Justicia, *Corfu Channel case, fallo de 9 de abril de 1949: I.C.J. Reports 1949*, págs. 4 y ss., en especial pág. 18; Corte Internacional de Justicia, *South West Africa [segunda fase], fallo, I.C.J. Reports 1966*, pág. 6, párr. 88; *Argentine-Chile Frontier Case*, laudo de 9 de diciembre de 1966, U.N.R.I.A.A., vol. XVI, págs. 109 a 182, en especial pág. 164; Corte Internacional de Justicia, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, fallo, I.C.J. Reports 1970*, pág. 3 y ss., en especial pág. 38, párr. 50; Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, *Sea-Land Service, Inc. v. Iran*, laudo núm. 135-33-1, 20 de junio de 1984, *Iran-United States Claims Tribunal Reports* (IUSCTR), vol. 6, págs. 149 y ss., en especial pág. 168; Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, *Questech, Inc. v. Iran*, laudo núm. 191-59-1, 25 de septiembre de 1985, IUSCTR, vol. 9, págs. 107 y ss., en especial pág. 122; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Aloeboetoe y otros. Vs. Surinam*, sentencia (Reparaciones y Costas), 10 de septiembre de 1993, Serie C, núm. 15, párr. 50; Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Prosecutor v. Duško Tadić*, causa núm. IT-94-1-A, fallo, 15 de julio de 1999, Sala de Apelaciones, párr. 225; *Prosecutor v. Zejnir Delalić et al.*, causa núm. IT-96-21-A, fallo, 20 de febrero de 2001, Sala de Apelaciones, párr. 179; Organización Mundial del Comercio, Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Trato fiscal aplicado a las “empresas de ventas en el extranjero”*, informe del Órgano de Apelación, 14 de enero de 2002 (WT/DS108/AB/RW), párrs. 142 y 143; Alemania, Tribunal Constitucional, fallo, 4 de septiembre de 2004 (2 BvR 1475/07), párr. 20; Corte Permanente de Arbitraje, *Award in the Arbitration regarding the delimitation of the Abyei Area between the Government of Sudan and the Sudan People's Liberation Movement/Army*, caso núm. 2008-7, laudo, 22 de julio de 2009, U.N.R.I.A.A., vol. XXX, págs. 145 a 416, en especial págs. 299, párr. 401; Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, *El Paso Energy International Company c. la República Argentina*, caso núm. ARB/03/15, laudo, 31 de octubre de 2011, párr. 622; Filipinas, Corte Suprema,

y en la doctrina²¹, y ha sido confirmado por los trabajos preparatorios del Estatuto²². Los proyectos de conclusión 4 a 6 tratan con mayor detalle la metodología para identificar esos principios generales del derecho.

3) El apartado b) del proyecto de conclusión 3 se refiere a los principios generales del derecho que pueden formarse en el sistema jurídico internacional. La jurisprudencia de las cortes y tribunales²³ y la doctrina²⁴ parecen corroborar la existencia de esta categoría de

Mary Grace Natividad S. Poe-Llamanzares v. COMELEC, decisión de 8 de marzo de 2016 (G.R. núm. 221697; G.R. núms. 221698-700), págs. 19 y 21.

- ²¹ Véanse, por ejemplo, B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Cambridge, Cambridge University Press, 1953/2006), pág. 25; G. Abi-Saab, “Cours général de droit international public”, en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 207 (1987), págs. 188 y 189; J. A. Barberis, “Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional”, *Revista IIDH*, vol. 14 (1991), págs. 11 a 41, en especial págs. 30 y 31; R. Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, vol. I, 9ª ed. (Longman, 1996), págs. 36 y 37; S. Yee, “Article 38 of the ICJ Statute and applicable law: selected issues in recent cases”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 7 (2016), págs. 472 a 498, en especial pág. 487; P. Palchetti, “The role of general principles in promoting the development of customary international rules”, en M. Andenas y otros (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Leiden, Brill, 2019), págs. 47 a 59, en especial pág. 48; Pellet y D. Müller, “Article 38”, en A. Zimmermann y otros (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3ª ed. (Oxford, Oxford University Press, 2019), pág. 925.
- ²² Corte Permanente de Justicia Internacional, Advisory Committee of Jurists, *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920* (La Haya, Van Langenhuysen Brothers, 1920), págs. 331 a 336.
- ²³ Véanse, por ejemplo, Corte Internacional de Justicia, *Corfu Channel case* (véase la nota 20 *supra*), pág. 22; Corte Internacional de Justicia, *Reservations to the Convention on Genocide, opinión consultiva, I.C.J. Reports 1951*, págs. 15 y ss., en especial pág. 23; Corte Internacional de Justicia, *Case of the Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Preliminary Question), fallo de 15 de junio de 1954, I.C.J. Reports 1954*, págs. 19 y ss., en especial pág. 32; Corte Internacional de Justicia, *Frontier Dispute, fallo, I.C.J. Reports 1986*, págs. 554 y ss., en especial pág. 565, párrs. 20 y 21; Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, causa núm. IT-95-17/1-T, fallo, Sala de Primera Instancia, 10 de diciembre de 1998 (IT-95-17/1-T), párr. 183; Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al.*, causa núm. IT-95-16-T, fallo, Sala de Primera Instancia, 14 de enero de 2000, párr. 738.
- ²⁴ Véanse, por ejemplo, D. Anzilotti, *Cours de droit international* (ediciones Panthéon-Assas, 1929/1999), pág. 117; L. Siorat, *Le problème des lacunes en droit International : Contribution à l’étude des sources du droit et de la fonction judiciaire* (París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1958), pág. 286; P. Reuter, *Principes de droit international public, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 103 (1961), págs. 425 a 656, en especial págs. 466 y 467; J. G. Lammers, “General principles of law recognized by civilized nations”, en F. Kalshoven, P. J. Kuyper y J. G. Lammers (eds.), *Essays on the Development of the International Legal Order in Memory of Haro F. van Panhuys* (Alphen aa den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1980), págs. 53 a 75, en especial pág. 67; O. Schachter, “International law in theory and practice: general course in public international law”, en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 178 (1982), págs. 9 a 396, en especial págs. 75, 79 y 80; R. Kolb, *La bonne foi en droit international public: contribution à l’étude des principes généraux de droit* (Ginebra/París, Presse Universitaire de France, 2000), págs. 56 y 57; R. Wolfrum, “General international law (principles, rules, and standards)”, en R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Law*, vol. IV (entrada actualizada en 2010; Oxford, Oxford University Press, 2012), párr. 28; M. Diez de Velasco Vallejo, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18ª ed. (Madrid, Tecnos, 2013), págs. 126 y 127; A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, 3ª ed. Rev. (Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2013), págs. 55 a 86; B. I. Bonafé y P. Palchetti, “Relying on general principles of law”, en C. Brölmann y Radi (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking* (Cheltenham, Edward Edgar Publishing, 2016), págs. 160 a 176, en especial pág. 162; R. Yotova, “Challenges in the identification of the ‘general principles of law recognized by civilized nations’: the approach of the International Court”, *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, vol. 3. (2017), págs. 269 a 325, en especial págs. 275 y 291 a 310; M. Fitzmaurice, “The history of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice: the journey from the past to the present”, en S. Besson, J. d’Aspremont y S. Knuchel (eds.), *The Oxford Handbook of the Sources of International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2017), pág. 193; A. Yusuf, “Concluding remarks”, en M. Andenas y otros (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (nota 21 *supra*), pág. 450; P. Dumberry, *A Guide to General*

principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. No obstante, algunos miembros consideran que el Artículo 38, párrafo 1 c), no prevé una segunda categoría de principios generales del derecho, o al menos se muestran escépticos sobre su existencia como fuente autónoma del derecho internacional, y señalan que la doctrina está dividida a este respecto²⁵. En el comentario al proyecto de conclusión 7 se explican más aspectos de los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional.

Conclusión 4 **Identificación de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales**

Para determinar la existencia y el contenido de un principio general del derecho derivado de sistemas jurídicos nacionales, es necesario cerciorarse de:

- a) la existencia de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo; y
- b) su transposición al sistema jurídico internacional.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 4 trata de los requisitos para la identificación de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales. Establece que, para determinar la existencia y el contenido de un principio general del derecho, es necesario constatar a) la existencia de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo; y b) la transposición de ese principio al sistema jurídico internacional.

2) Este análisis en dos etapas está ampliamente aceptado en la práctica y en la doctrina y tiene por objeto demostrar que un principio general del derecho ha sido “reconocido” en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Se trata de un método objetivo que han de aplicar todos aquellos llamados a establecer si un determinado principio general del derecho existe en un momento concreto y cuál es el contenido de ese principio general del derecho.

3) El apartado a) se ocupa del primer requisito para la identificación, es decir, la constatación de la existencia de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo. Este ejercicio, que es esencialmente inductivo, es necesario para demostrar que un principio jurídico ha sido generalmente reconocido por la comunidad internacional. El uso de la expresión “los diferentes sistemas jurídicos del mundo” tiene por objeto destacar el requisito de que un principio debe encontrarse en los sistemas jurídicos del mundo en general. Se trata de una expresión inclusiva y amplia que abarca la variedad y diversidad de los sistemas jurídicos nacionales del mundo. Este requisito se detalla en el proyecto de conclusión 5.

4) En el apartado b) se aborda el segundo requisito para la identificación, es decir, la constatación de la transposición al sistema jurídico internacional del principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo. Este requisito, que se explica con más detalle en el proyecto de conclusión 6, es necesario para demostrar que un principio no solo es reconocido por la comunidad internacional en los sistemas jurídicos nacionales, sino que también se reconoce como aplicable en el sistema jurídico internacional.

Principles of Law in International Investment Arbitration (Oxford, Oxford University Press, 2020), págs. 35 a 42; F. Francioni, “Custom and general principles of international cultural heritage law”, en F. Francioni y A. F. Vrdoljak (eds.), *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law* (Oxford, Oxford University Press, 2020), págs. 531 a 550, en especial págs. 541 a 544; G. Gaja, “General principles of law”, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2020), párrs. 17 a 20; G. Boas, *Public International Law: Contemporary Principles*, 2ª ed. (Cheltenham, Edward Elgar, 2023), págs. 125 y 126.

²⁵ Algunos autores consideran que solo son principios generales del derecho los derivados de sistemas jurídicos nacionales.

5) El apartado b) emplea el término “transposición”, entendido como el proceso consistente en determinar si un principio común a los diferentes sistemas jurídicos puede aplicarse en el sistema jurídico internacional y en qué medida y cómo puede hacerlo. El uso de este término no pretende indicar que se requiere un acto formal o expreso de transposición.

6) Se ha preferido “transposición” al término “transponibilidad”, utilizado a veces en este contexto. La transposición entraña necesariamente transponibilidad, término que hace referencia a la posibilidad o no de que un principio identificado mediante el proceso indicado en el apartado a) se aplique en el sistema jurídico internacional, pero que no abarca todo el proceso de constatación de la transposición.

7) Debido a las diferencias entre el sistema jurídico internacional y los sistemas jurídicos nacionales, es posible que un principio o algunos elementos de un principio identificados mediante el proceso indicado en el apartado a) no sean adecuados para su aplicación en el sistema jurídico internacional. Por consiguiente, la “transposición” incluye la posibilidad de que el contenido del principio general del derecho identificado mediante este análisis en dos etapas no sea idéntico al del principio encontrado en los diferentes sistemas jurídicos nacionales.

Conclusión 5

Determinación de la existencia de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo

1. Para determinar la existencia de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo, se requiere un análisis comparativo de los sistemas jurídicos nacionales.

2. El análisis comparativo ha de ser amplio y representativo, e incluir las diferentes regiones del mundo.

3. El análisis comparativo incluye una evaluación de las legislaciones nacionales y de las decisiones de las cortes y tribunales nacionales, así como otros materiales pertinentes.

Comentario

1) En el proyecto de conclusión 5 se aborda la primera de las dos etapas de la metodología establecida en el proyecto de conclusión 4 para la identificación de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales: la determinación de la existencia de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo. El párrafo 1 del proyecto de conclusión dispone que, para determinar dicha existencia, se requiere un análisis comparativo. En el párrafo 2 se describe el análisis comparativo indicando que este ha de ser amplio y representativo e incluir las diferentes regiones del mundo. En el párrafo 3 se explica cuáles son los materiales pertinentes para esta metodología.

2) En el párrafo 1 del proyecto de conclusión 5 se afirma la necesidad de realizar un “análisis comparativo de los sistemas jurídicos nacionales” para determinar la existencia de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo. Esta formulación se basa en un enfoque general, adoptado en la práctica y en la doctrina, consistente en evaluar y comparar los sistemas jurídicos nacionales para establecer si un principio jurídico les es común. Para realizar el “análisis comparativo” mencionado en el proyecto de conclusión, no es necesario emplear las metodologías particulares que se utilizan en derecho comparado. Si bien esas metodologías pueden, en su caso, proporcionar cierta orientación, en la práctica suele haber cierta flexibilidad. De lo que se trata, a los efectos del proyecto de conclusión 5, es de encontrar un denominador común a todos los sistemas jurídicos nacionales²⁶.

3) En el proyecto de conclusión 5 no se especifica qué se entiende por principio jurídico “común” a los diferentes sistemas jurídicos del mundo. La Comisión consideró que, dado que los principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales podían

²⁶ Véanse, por ejemplo, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Furundzija* (nota 23 *supra*), párr. 178; y *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kunac and Zoran Vuković*, causas núms. IT-96-23-T y IT-96-23/1-T, fallo, Sala de Primera Instancia, 22 de febrero de 2001, párr. 439.

tener distinto contenido y alcance, convenía no ser excesivamente prescriptivos a ese respecto y permitir un análisis caso por caso. En muchos casos, el resultado del análisis comparativo puede ser la determinación de la existencia de un principio jurídico de carácter general y abstracto²⁷. En otros, no obstante, el análisis comparativo puede llevar a determinar la existencia de principios jurídicos con un carácter más concreto o específico²⁸.

4) En el segundo párrafo del proyecto de conclusión 5 se indica que el análisis comparativo para determinar la existencia de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo ha de ser “amplio y representativo, e incluir las diferentes regiones del mundo”. Con esta descripción se pretende aclarar que, si bien no es necesario evaluar cada uno de los sistemas jurídicos del mundo para identificar un principio general del derecho, el análisis comparativo ha de ser suficientemente completo para tener en cuenta los sistemas jurídicos de los Estados conforme al principio de igualdad soberana de los Estados. Se ha incluido la expresión “diferentes regiones del mundo” para destacar que no basta con demostrar la existencia de un principio jurídico en los sistemas jurídicos correspondientes a determinadas familias jurídicas (como el derecho continental, el derecho anglosajón y el derecho islámico), sino que también es necesario demostrar que el principio ha sido ampliamente reconocido en las diferentes regiones del mundo²⁹ o, como indicó la Corte

²⁷ Un principio general del derecho mencionado con frecuencia en la práctica y en la doctrina, y que puede considerarse de carácter general y abstracto, es el principio de buena fe.

²⁸ Entre los ejemplos de principios generales del derecho que se han invocado o aplicado en la práctica y que pueden considerarse de carácter más específico (por ejemplo, porque su aplicación está sujeta a condiciones concretas), cabe citar los principios de cosa juzgada y *lis pendens*, y el derecho a la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente. Véanse, respectivamente, Corte Internacional de Justicia, *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia)* [Excepciones preliminares], fallo, *I.C.J. Reports 2016*, págs. 100 y ss., en especial págs. 125 y 126, párrs. 58 a 61; Corte Permanente de Justicia Internacional, *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, fallo, *25 de Agosto de 1925, P.C.I.J. Series A*, núm. 6, págs. 5 y ss., en especial pág. 20; Corte Internacional de Justicia, *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia)* [Medidas provisionales], providencia de 3 de marzo de 2014, *I.C.J. Reports 2014*, págs. 147 y ss., en especial págs. 152 y 153, párrs. 24 a 28.

²⁹ Entre los ejemplos de práctica de Estados que se puede considerar que han realizado un análisis comparativo amplio y representativo, cabe mencionar Corte Internacional de Justicia, *Case concerning Right of Passage over Indian Territory [Cuestiones de fondo]*, fallo de 12 de abril de 1960, *I.C.J. Reports 1960*, pág. 6, observaciones y conclusiones de Portugal sobre las excepciones preliminares de la India, anexo 20, págs. 714 a 752, y réplica de Portugal, anexo 194, págs. 858 a 861 (donde se analizan los sistemas jurídicos de Alemania, la Arabia Saudita, la Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Bolivia (el Estado Plurinacional de), el Brasil, Bulgaria, el Canadá, Chile, China, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dinamarca, el Ecuador, Egipto, El Salvador, España, los Estados Unidos de América, Filipinas, Francia, Ghana, Grecia, Guatemala, Haití, Honduras, la India, Indonesia, Irlanda, Italia, el Japón, México, Myanmar, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelandia, el Reino de los Países Bajos, el Pakistán, Panamá, el Paraguay, el Perú, Polonia, Portugal, la República de Corea, la República Dominicana, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Türkiye, el Uruguay, Venezuela (República Bolivariana de), el Yemen y Zambia, así como Checoslovaquia y la Unión Soviética); Corte Internacional de Justicia, *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)* [Excepciones preliminares], fallo, *I.C.J. Reports 1992*, pág. 240, memoria de Nauru, apéndice 3 (donde se analizan los sistemas jurídicos de Alemania, la Argentina, Australia, Bangladesh, Bélgica, el Canadá, Chile, China, Chipre, Colombia, Dinamarca, España, los Estados Unidos, Etiopía, Finlandia, Francia, Ghana, Grecia, Hungría, la India, Irlanda, Italia, el Japón, Liechtenstein, México, Nigeria, Nueva Zelandia, el Reino de los Países Bajos, el Pakistán, el Reino Unido, Rumania, el Senegal, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia y Suiza); Corte Internacional de Justicia, *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia)* (véase la nota 28 *supra*), memoria de Timor-Leste, anexos 22 a 24 (donde se analizan los sistemas jurídicos de Alemania, la Arabia Saudita, Australia, Austria, Bélgica, el Brasil, Bulgaria, China, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, los Estados Unidos, Estonia, la Federación de Rusia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Indonesia, Irlanda, Italia, el Japón, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, México, Noruega, Nueva Zelandia, el Reino de los Países Bajos, Polonia, Portugal, el Reino Unido, la República Checa, la República de Corea, Rumania, Singapur, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Türkiye, así como la Unión Europea y Hong Kong (China)), y contramemoria de Australia, anexo 51 (donde se analizan los sistemas jurídicos de Alemania, Australia, Bélgica, Dinamarca, Eslovaquia, los Estados Unidos de América, la Federación de Rusia,

Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Barcelona Traction*, que el principio ha sido “generalmente aceptado en los sistemas jurídicos internos”³⁰.

5) El párrafo 3 del proyecto de conclusión 5 proporciona una orientación adicional al enumerar, de manera no exhaustiva, las fuentes a las que se puede acudir para realizar el análisis comparativo de los sistemas jurídicos nacionales. Las expresiones “legislaciones nacionales” y “decisiones de las cortes y tribunales nacionales” deben entenderse en un sentido amplio, de manera que designan toda la gama de materiales de los sistemas jurídicos nacionales que pueden ser pertinentes para la identificación de un principio general del derecho, como las constituciones, las leyes, los decretos y los reglamentos, así como las decisiones de las cortes y tribunales nacionales de diferente nivel y competencia, como las cortes y tribunales constitucionales, supremos, de casación y de apelaciones y los tribunales de primera instancia y administrativos. Se ha añadido la expresión “así como otros materiales pertinentes” para no excluir otras fuentes de los sistemas jurídicos nacionales que también pueden ser pertinentes, como el derecho consuetudinario o la doctrina.

6) Al redactar el párrafo 3 del proyecto de conclusión 5, la Comisión ha sido consciente de que los sistemas jurídicos nacionales no son iguales y que cada uno debe analizarse en su propio contexto y teniendo en cuenta sus propias características. En algunos sistemas jurídicos, por ejemplo, las decisiones de las cortes y tribunales nacionales pueden ser más pertinentes para determinar la existencia de un principio jurídico, mientras que en otros pueden tener más importancia los textos jurídicos y la doctrina. La Comisión también ha

Francia, la India, Indonesia, Marruecos, México, Nueva Zelandia, el Reino Unido, Suiza, Timor-Leste y Uganda). Pueden encontrarse ejemplos similares en la jurisprudencia. Véase, por ejemplo, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Delalić*, Sala de Apelaciones (véase la nota 20 *supra*), párrs. 584 a 589 (Alemania, Australia, Bahamas, Barbados, Croacia, Escocia, Estados Unidos, ex-Yugoslavia, Federación de Rusia, Italia, Japón, Singapur, Sudáfrica, Türkiye e Inglaterra, así como Hong Kong (China)); Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, causa núm. IT-01-42-A, fallo, Sala de Apelaciones, 17 de julio de 2008, párrs. 52 a 54 (Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Canadá, Chile, Croacia, Estados Unidos, Federación de Rusia, India, Japón, Malasia, Montenegro, el Reino de los Países Bajos, Reino Unido República de Corea y Serbia); Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Prosecutor v. Dražen Erdemović*, fallo, Sala de Apelaciones, causa núm. IT-96-22-A, fallo, 7 de octubre de 1997, párr. 19, donde se hace referencia a la opinión separada conjunta de la Magistrada McDonald y el Magistrado Vohrah, párrs. 59 a 65 (Alemania, Australia, Bélgica, Canadá, Chile, China, España, Etiopía, Finlandia, Francia, India, Italia, Japón, Malasia, Marruecos, México, Nicaragua, Nigeria, Noruega, el Reino de los Países Bajos, Panamá, Polonia, Somalia, Sudáfrica, Suecia, Venezuela (República Bolivariana de), así como Inglaterra y ex-Yugoslavia); *Furundžija* (véase la nota 23 *supra*), párr. 180 (Alemania, Argentina, Austria, Bosnia y Herzegovina, Chile, China, Francia, India, Italia, Japón, el Reino de los Países Bajos, Pakistán, Uganda y Zambia, así como Inglaterra y Gales, ex-Yugoslavia y Nueva Gales del Sur (Australia)); *Kunarac* (véase la nota 26 *supra*), párrs. 437 a 460 (Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bangladesh, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Canadá, China, Costa Rica, Dinamarca, España, Estados Unidos, Estonia, Filipinas, Finlandia, Francia, India, Italia, Japón, Noruega, Nueva Zelandia, Portugal, Reino Unido, República de Corea, Sierra Leona, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Uruguay y Zambia).

³⁰ *Barcelona Traction* (véase la nota 20 *supra*), pág. 38, párr. 50. Véanse también *Mary Grace Natividad S. Poe-Llamanzares v. COMELEC* (nota 20 *supra*), págs. 19 y 21; *El Paso Energy International Company c. la República Argentina* (nota 20 *supra*), párr. 622; Corte Internacional de Justicia, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* [Cuestiones de fondo], fallo, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 639 y ss., en especial pág. 675, párr. 104; *Abyei Area* (nota 20 *supra*), pág. 299, párr. 401; Alemania, Tribunal Constitucional, sentencia, 4 de septiembre de 2004 (nota 20 *supra*), párr. 20; *Kunarac* (véase la nota 26 *supra*), párr. 439; *Delalić*, Sala de Apelaciones (nota 20 *supra*), párr. 179; *Tadić* (nota 20 *supra*), párr. 225; Tribunal Penal Internacional para Rwanda, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, causa núm. ICTR-96-4-T, fallo, 2 de septiembre de 1998, párr. 46; Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Prosecutor v. Zejnil Delalić et al.*, causa núm. IT-96-21-T, decisión sobre la moción para que se permita que los testigos K, L y M presten declaración mediante videoconferencia, Sala de Primera Instancia, 28 de mayo de 1997, párrs. 7 y 8; *Aloboetoe y otros Vs. Surinam* (nota 20 *supra*), párr. 62; *Questech* (nota 20 *supra*), pág. 122; *Sea-Land Service, Inc. v. Iran* (nota 20 *supra*), pág. 168; *Corfu Channel case* (nota 20 *supra*), pág. 18; caso *Fabiani* (nota 20 *supra*), pág. 356; y caso *Queen* entre el Brasil, Noruega y Suecia (1871) (reproducido en La Fontaine, *Pasicrisie internationale 1794–1900: Histoire documentaire des arbitrages internationaux* (nota 20 *supra*)), pág. 155.

convenido en que todas las ramas del derecho interno, de derecho tanto privado como público, pueden ser pertinentes para la identificación de un principio general del derecho derivado de sistemas jurídicos nacionales³¹.

7) Cabe destacar que, para establecer la existencia y el contenido de un principio general del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, no basta con determinar la existencia de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo. Como se afirma en el proyecto de conclusión 4, también es necesario cerciorarse de la transposición de ese principio al sistema jurídico internacional. Esa segunda etapa de la metodología se aborda en el proyecto de conclusión 6.

Conclusión 6

Determinación de la transposición al sistema jurídico internacional

Un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo puede transponerse al sistema jurídico internacional en la medida en que sea compatible con ese sistema.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 6 se refiere a la determinación de la transposición al sistema jurídico internacional de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo. Establece que ese principio puede transponerse en la medida en que sea compatible con el sistema jurídico internacional. Conviene recordar que, como aclara el proyecto de conclusión 4, la determinación de la transposición es el segundo requisito que se debe cumplir para cerciorarse de la existencia y el contenido de un principio general del derecho derivado de sistemas jurídicos nacionales.

2) El proyecto de conclusión 6 establece que un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo “puede” transponerse al sistema jurídico internacional. Se utiliza el verbo “puede” para poner de relieve que la transposición no es automática.

3) Para determinar la transposición, hay que demostrar que el principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo es “compatible” con el sistema jurídico internacional. Este criterio de la compatibilidad debe cumplirse porque el sistema jurídico internacional y los sistemas jurídicos nacionales tienen estructuras y características distintas que no deberían ignorarse. Unos principios que pueden ser comunes a los diferentes sistemas jurídicos del mundo, adoptados ante todo para responder a las necesidades de una sociedad determinada y

³¹ Véanse, por ejemplo, *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia* (nota 28 *supra*), pág. 125, párr. 58 (donde se aplica el principio de cosa juzgada, derivado del derecho procesal civil); *Barcelona Traction* (nota 20 *supra*), pág. 38, párr. 50 (donde se aplica el principio de separación entre las sociedades y sus accionistas, derivado del derecho mercantil); *Estados Unidos – Trato fiscal aplicado a las “empresas de ventas en el extranjero”* (nota 20 *supra*), párr. 143 (donde se aplica un principio relativo a la tributación de los no residentes, derivado del derecho fiscal); *Questech* (véase la nota 20 *supra*), pág. 122 (donde se aplica el principio de *rebus sic stantibus*, derivado del derecho contractual); *Sea-Land Service* (nota 20 *supra*), pág. 168 (donde se aplica el principio de enriquecimiento injusto, derivado del derecho civil o el derecho de las obligaciones); *Furundžija* (véase la nota 23 *supra*), párrs. 178 a 182, y *Kunarac* (véase la nota 26 *supra*), párrs. 439 a 460 (donde se aplica una definición de “violación” derivada del derecho penal); *Aloeboetoe Vs. Surinam* (nota 20 *supra*), párr. 62 (donde se aplica un principio relativo a la sucesión a efectos de indemnización, derivado de las legislaciones sobre herencia o sucesiones); *Mary Grace Natividad S. Poe-Llamanzares v. COMELEC* (nota 20 *supra*), pág. 21 (donde se aplica un principio de nacionalidad de los expósitos, derivado de las legislaciones sobre nacionalidad). Véanse también *El Paso Energy International Company c. la República Argentina* (nota 20 *supra*), párr. 622 (“los ‘principios generales’ son normas que por lo general se aplican en el ámbito interno, a las cuestiones privadas o públicas, de fondo o de forma”); *South West Africa [Segunda fase]* (nota 20 *supra*), opinión disidente del Magistrado Tanaka, págs. 250 y ss., en especial pág. 294 (“En la medida en que no se precisa cuáles son los ‘principios generales del derecho’, debe entenderse que el término ‘derecho’ abarca todas las ramas del derecho, entre ellas el derecho interno, el derecho público, el derecho constitucional y administrativo, el derecho privado, el derecho mercantil, el derecho sustantivo y el derecho procesal”).

para aplicarse en un sistema jurídico específico, no siempre serán válidos a nivel internacional debido a esas diferencias.

4) Un principio reconocido *in foro domestico* puede considerarse compatible con el sistema jurídico internacional si es aplicable en el marco del sistema jurídico internacional cuando se dan las condiciones para ello³².

5) Un ejemplo citado a menudo a este respecto es el derecho de acceso a la justicia reconocido sistemáticamente en todos los sistemas jurídicos nacionales. Ese derecho no puede transponerse a las cortes y tribunales internacionales porque sería incompatible con el principio fundamental del consentimiento respecto de la jurisdicción en derecho internacional, en el que se basan la estructura y el funcionamiento de las cortes y tribunales internacionales. Si se transpone, el derecho de acceso a la justicia no solo contravendría directamente el principio de consentimiento respecto de la jurisdicción, sino que tampoco podría ser efectivo a nivel internacional porque no se dan las condiciones para asegurar su efectividad al no existir ningún órgano judicial con jurisdicción universal y obligatoria para resolver las controversias.

6) El proyecto de conclusión 6 establece que un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo solo puede transponerse “en la medida en que” sea compatible con el sistema jurídico internacional. Con el uso de estas palabras (“en la medida en que”) se pretende destacar que existe cierto grado de flexibilidad para determinar la transposición. Como se indica más arriba en el comentario al proyecto de conclusión 4, si solo una parte de

³² Por ejemplo, en el caso *North Atlantic Coast Fisheries*, el tribunal no respaldó la existencia del principio de “servidumbre internacional” por entender que no encajaba bien con el principio de soberanía. *North Atlantic Coast Fisheries Case (Great Britain, United States)*, laudo, 7 de septiembre de 1910, U.N.R.I.A.A., vol. XI, págs. 167 a 226, en especial pág. 182. En la causa *North Sea Continental Shelf*, la Corte Internacional de Justicia no respaldó la existencia del “principio de reparto justo y equitativo” invocado por Alemania como principio general del derecho por entender que esa doctrina era “bastante ajena al concepto básico de los derechos sobre la plataforma continental e incompatible con dicho concepto”. *North Sea Continental Shelf, fallo, I.C.J. Reports 1969*, págs. 3 y ss., en especial págs. 21 a 23, párrs. 17 y 19 a 20. En la causa *Tadić*, en relación con el principio de que un tribunal debe estar establecido por la ley, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia observó que era evidente que la separación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial ampliamente establecida en la mayoría de los sistemas nacionales no se aplicaba al ámbito internacional ni, más concretamente, al de una organización internacional como las Naciones Unidas, y que, por consiguiente, el elemento de separación de poderes del requisito de que un tribunal esté “establecido por la ley” no era de aplicación en un contexto de derecho internacional. Teniendo en cuenta varias convenciones de derechos humanos y decisiones adoptadas por órganos de derechos humanos, la Sala de Apelaciones consideró que “establecido por la ley” significaba “conforme al estado de derecho”. *Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a “DULE”*, causa núm. IT-94-1-AR72, decisión sobre la moción presentada por la defensa relativa a una apelación interlocutoria sobre la competencia, 2 de octubre de 1995, Sala de Apelaciones, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párrs. 43 a 45. En la causa *Delalić et al.*, una Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia consideró que los principios de legalidad [*nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*] existían y estaban reconocidos en los principales sistemas de justicia penal del mundo, pero que no se sabía con certeza en qué medida se habían admitido como parte de la práctica jurídica internacional, distinta e independiente de los sistemas jurídicos nacionales debido a los diferentes métodos de criminalización del comportamiento en los sistemas de justicia penal nacionales e internacionales. En consecuencia, la Sala de Primera Instancia dictaminó que los principios de legalidad eran, en derecho penal internacional, diferentes de dichos principios en los sistemas jurídicos nacionales en lo que respecta a su aplicación y sus normas; que parecían diferenciarse por su claro objetivo de mantener el equilibrio entre la necesidad de mostrar justicia y equidad hacia el acusado y la necesidad de preservar el orden mundial; y que, a tal fin, el Estado o los Estados afectados debían tener en cuenta factores como la naturaleza del derecho internacional, la ausencia de políticas y normas legislativas internacionales, los procedimientos *ad hoc* de redacción técnica, y el supuesto básico de que las normas de derecho penal internacional se incorporarán al derecho penal interno de los diversos Estados. *Prosecutor v. Zejnil Delalić et al.*, causa núm. IT-96-21-T, fallo, 16 de noviembre de 1998, Sala de Primera Instancia, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párrs. 403 y 405.

ese principio es compatible con el sistema jurídico internacional, este únicamente podrá transponerse en esa medida³³.

7) El proyecto de conclusión 6 debe leerse junto con el proyecto de conclusión 2, que estipula que, para que un principio general del derecho exista, debe ser reconocido por la comunidad internacional. Por consiguiente, es preciso que se reconozca la transposición al sistema jurídico internacional del principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo. En este contexto, el reconocimiento está implícito cuando se cumple el criterio de la compatibilidad. Dicho de otro modo, si un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo puede aplicarse en el marco del sistema jurídico internacional y se dan las condiciones para esa aplicación, en general cabe deducir que la comunidad internacional ha reconocido su transposición. No hace falta ningún acto formal de transposición para que surja un principio general del derecho.

Conclusión 7

Identificación de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional

1. Para determinar la existencia y el contenido de un principio general del derecho que puede formarse en el sistema jurídico internacional, es necesario cerciorarse de que la comunidad internacional ha reconocido aquel principio como intrínseco al sistema jurídico internacional.

2. El párrafo 1 se entiende sin perjuicio de la cuestión de la posible existencia de otros principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 7 se ocupa de la identificación de los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional³⁴.

2) El párrafo 1 del proyecto de conclusión 7 establece que, para determinar la existencia y el contenido de un principio general del derecho que puede formarse en el sistema jurídico internacional, es necesario cerciorarse de que la comunidad internacional ha reconocido aquel principio como intrínseco a ese sistema. La Comisión ha considerado que varias razones justifican la existencia de este tipo de principios generales del derecho. En primer lugar, en la práctica judicial y estatal hay ejemplos que parecen corroborar la existencia de estos principios generales del derecho. En segundo lugar, como cualquier otro sistema jurídico, el sistema jurídico internacional debe ser capaz de generar principios generales del derecho que

³³ Debido a las diferencias entre el sistema jurídico internacional y los sistemas jurídicos nacionales, a veces solo pueden transponerse al sistema jurídico internacional algunos aspectos de un principio común a diferentes sistemas jurídicos. Es posible que, tras la transposición, los principios generales del derecho aplicados en el ámbito internacional no tengan exactamente el mismo contenido que los principios jurídicos nacionales de los que se derivan. Véanse, por ejemplo, *Tadić* (nota 20 *supra*), párrs. 41 a 45; *Delalić* (nota 32 *supra*), párrs. 403 a 405; *Furundžija* (nota 23 *supra*), párr. 178; *El Paso Energy International Company c. la República Argentina* (nota 20 *supra*), párr. 622; Corte Internacional de Justicia, *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*, fallo de 5 de diciembre de 2011, *I.C.J. Reports 2011*, pág. 695, opinión separada del Magistrado Simma, párr. 13. Se ha señalado a este respecto que un principio reconocido *in foro domestico* no puede transponerse “en bloque” (Corte Internacional de Justicia, *International status of South-West Africa, opinión consultiva, I.C.J. Reports 1950*, pág. 128, opinión separada del Magistrado McNair, págs. 146 y ss., en especial pág. 148).

³⁴ Entre los ejemplos mencionados por los miembros de la Comisión durante los debates de la Comisión, cabe citar el principio de igualdad soberana de los Estados, el principio de integridad territorial, el principio de *uti possidetis iuris*, el principio de no intervención en los asuntos internos de otros Estados, el principio de consentimiento a la competencia de las cortes y tribunales internacionales, las consideraciones elementales de humanidad, el respeto de la dignidad humana, los Principios de Núremberg y los principios del derecho internacional del medio ambiente (Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg (Principios de Núremberg), contenidos en *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, pág. 374, párr. 96).

le sean específicos, y no tener únicamente principios generales del derecho tomados de otros sistemas jurídicos. En tercer lugar, nada en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia ni en la historia de su redacción indica que solo pueda haber principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales.

3) La Comisión ha considerado que la metodología para la identificación de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional tiene aspectos similares a la metodología aplicable para identificar principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales, que se aborda más arriba en los proyectos de conclusión 4 a 6. En ambos casos, primero se realiza un análisis inductivo de las normas existentes. En el caso de los principios de la primera categoría, se analizan de forma comparativa las normas existentes en los diferentes sistemas jurídicos nacionales para determinar la existencia de un principio que les sea común. Para identificar los principios de la segunda categoría, hay que analizar las normas existentes en el sistema jurídico internacional a fin de encontrar principios que estén reflejados en ellas o las fundamenten, y que sean autónomos. En ese análisis se han de tener en cuenta todas las pruebas disponibles del reconocimiento del principio en cuestión por parte de la comunidad internacional, como instrumentos internacionales que reflejan el principio, resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales o en conferencias intergubernamentales y declaraciones realizadas por los Estados. En los párrafos 6) a 10) se hace referencia a decisiones de cortes y tribunales en las que pueden verse aspectos de esta metodología.

4) También se emplea una metodología deductiva para ambas categorías. Por lo que respecta a los principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales, debe determinarse su compatibilidad con el sistema jurídico internacional. En el caso de los principios generales formados en el sistema jurídico internacional, debe demostrarse que son intrínsecos a dicho sistema. El término “intrínseco” significa que el principio es específico del sistema jurídico internacional y refleja y regula sus características básicas.

5) El principio de consentimiento respecto de la jurisdicción puede considerarse un principio general reconocido por la comunidad internacional como intrínseco al sistema jurídico internacional por las características básicas de este. Se deriva del principio de igualdad soberana de los Estados y de la inexistencia a nivel internacional de un tribunal con jurisdicción universal y obligatoria al que se le pueda someter cualquier controversia. Fundamenta diversos instrumentos internacionales y se refleja en ellos, y se ha invocado a menudo en las decisiones de las cortes y tribunales³⁵.

6) El principio de *uti possidetis* es otro principio general que puede considerarse reconocido por la comunidad internacional como intrínseco al sistema jurídico internacional cuando se dan las condiciones para su aplicación. En la causa relativa a la *Controversia fronteriza (Burkina Faso/República de Malí)*, una Sala de la Corte Internacional de Justicia afirmó que se trataba de un principio general lógicamente vinculado al fenómeno de la independencia, que había sido reconocido y confirmado por los Estados en afirmaciones solemnes. La Sala señaló lo siguiente:

cabe señalar que el principio de *uti possidetis* parece haber sido invocado y aplicado por primera vez en la América hispana, puesto que ese fue el continente en el que primero se observó el fenómeno de una descolonización que dio lugar a la formación de diversos Estados soberanos en un territorio que antes pertenecía a una única metrópoli. No obstante, ese principio no es una norma especial inherente a un determinado sistema de derecho internacional. Se trata de un principio general vinculado lógicamente al fenómeno de la obtención de la independencia, dondequiera que se produzca. Su finalidad obvia es impedir que la independencia y la estabilidad

³⁵ Véanse, por ejemplo, *Case of the monetary gold* (nota 23 *supra*), pág. 32 (“pronunciarse sobre la responsabilidad internacional de Albania sin su consentimiento iría en contra de un principio bien establecido de derecho internacional consagrado en el Estatuto de la Corte, a saber, que la Corte solo puede ejercer su jurisdicción sobre un Estado con el consentimiento de este”); Corte Internacional de Justicia, *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras) [Solicitud de permiso para intervenir]*, fallo, *I.C.J. Reports 1990*, págs. 92 y ss., en especial págs. 132 y 133, párr. 94.

de los nuevos Estados se vean amenazadas por luchas fratricidas provocadas por controversias fronterizas tras la retirada de la potencia administradora³⁶.

7) La Sala sostuvo además que “el hecho de que los nuevos Estados africanos hayan respetado los límites administrativos y las fronteras establecidas por las potencias coloniales debe considerarse no como una mera práctica que ha contribuido a la aparición gradual de un principio de derecho internacional consuetudinario que solo surtiría efecto en el continente africano como antes había ocurrido con la América hispana, sino como la aplicación en África de una norma de alcance general³⁷. Del mismo modo, recordó que el principio había quedado reflejado en declaraciones de dirigentes africanos, en la Carta de la Organización de la Unidad Africana y en la resolución AGH/Res.16 (I) aprobada en el primer período de sesiones de la Conferencia de Jefes de Estado Africanos celebrado en 1964³⁸. La Sala añadió que la obligación de respetar las fronteras internacionales preexistentes en caso de sucesión de Estados se derivaba de una norma general de derecho internacional, independientemente de que esta se expresara o no en la fórmula *uti possidetis*. De ahí que las numerosas afirmaciones solemnes sobre la intangibilidad de las fronteras existentes en el momento de la independencia de los Estados africanos [...] sean claramente declarativas y no constitutivas: reconocen y confirman un principio existente³⁹. Así pues, el principio de *uti possidetis*, que se considera lógicamente vinculado al fenómeno de la obtención de la independencia, ha sido aplicado por los Estados y reconocido y confirmado en declaraciones solemnes, instrumentos internacionales y resoluciones.

8) En la causa relativa al *Canal de Corfú*, la Corte Internacional de Justicia señaló la existencia de ciertas obligaciones internacionales sobre la base de determinados principios generales y bien reconocidos, a saber, las consideraciones elementales de humanidad, que son aún más imperativas en la paz que en la guerra; el principio de libertad de las comunicaciones marítimas; y la obligación de todo Estado de no permitir a sabiendas que su territorio sea utilizado para la realización de actos contrarios a los derechos de otros Estados⁴⁰.

9) La Corte no aplicó la Convención VIII de La Haya⁴¹, que solo es aplicable en tiempo de guerra y en la que de todos modos Albania no era parte. En cambio, identificó determinadas obligaciones basadas en “principios generales y bien reconocidos” que parecían haberse derivado de normas existentes de derecho internacional convencional y consuetudinario. Esos principios pueden considerarse intrínsecos al sistema jurídico internacional.

³⁶ *Frontier Dispute* (véase la nota 23 *supra*), pág. 565, párr. 20.

³⁷ *Ibid.*, párr. 21. Con respecto a la relación entre el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho, véase el proyecto de conclusión 11 *infra*.

³⁸ *Ibid.*, págs. 565 y 566, párr. 22.

³⁹ *Ibid.*, párr. 24. Véase también la pág. 567, párr. 26 (“no puede cuestionarse la aplicabilidad del *uti possidetis* en el presente caso por el mero hecho de que la Organización de la Unidad Africana, que debía proclamar este principio, aún no existía en 1960, año en que Malí y Burkina Faso alcanzaron la independencia, y de que la resolución antes mencionada en la que se pedía el respeto de las fronteras preexistentes solo es de 1964”).

⁴⁰ *Corfu Channel case* (véase la nota 20 *supra*), pág. 22: “Las autoridades albanesas tenían la obligación de notificar, en beneficio de la navegación en general, la existencia de una zona minada en aguas territoriales albanesas y advertir a los buques de guerra británicos que se aproximaban del inminente peligro al que quedaban expuestos a resultas de la zona minada. Esas obligaciones se basan no en la Convención VIII de La Haya de 1907, que es aplicable en tiempo de guerra, sino en determinados principios generales y bien reconocidos, a saber, las consideraciones elementales de humanidad, que son aún más imperativas en la paz que en la guerra; el principio de libertad de las comunicaciones marítimas; y la obligación de todo Estado de no permitir a sabiendas que su territorio sea utilizado para la realización de actos contrarios a los derechos de otros Estados”. Véanse también Corte Internacional de Justicia, *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States)* [Cuestiones de fondo], fallo, I.C.J. Reports 1986, págs. 14 y ss., en especial pág. 112, párr. 215; Tribunal Internacional del Derecho del Mar, *M/V “SAIGA” (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, fallo, ITLOS Reports 1999, págs. 10 y ss., en especial págs. 61 y 62, párr. 155.

⁴¹ Convención (VIII) de 1907 relativa a la Colocación de Minas Submarinas Automáticas de Contacto (La Haya, 18 de octubre de 1907), *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907*, J. B. Scott (ed.) (Nueva York, Oxford University Press, 1915), pág. 151.

10) En la causa *Furundžija*, la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia identificó y aplicó el “principio general del respeto de la dignidad humana” basándose en que el aspecto esencial de las normas del derecho internacional humanitario y del derecho de los derechos humanos reside en la protección de la dignidad humana de toda persona y es el fundamento básico y, de hecho, la razón de ser del derecho internacional humanitario y del derecho de los derechos humanos⁴².

11) El párrafo 2 del proyecto de conclusión 7 indica que el proyecto de conclusión se entiende sin perjuicio de la cuestión de la posible existencia de otros principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional. Este párrafo se ha añadido para reflejar la opinión de algunos miembros de la Comisión que, si bien apoyaban la existencia de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional, consideraban que el párrafo 1 del proyecto de conclusión sería demasiado restringido y excluiría otros posibles principios que, aunque no fueran intrínsecos al sistema jurídico internacional, podían surgir en ese sistema sin estar derivados de sistemas jurídicos nacionales.

12) Varios miembros, si bien no descartaban la existencia de una segunda categoría de principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, observaron con preocupación que no había suficiente práctica estatal, jurisprudencia o doctrina que respaldaran plenamente dicha existencia, lo que hacía difícil establecer una metodología clara para identificar esos principios.

13) Otros miembros consideraban que el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se refería únicamente a los principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales. Algunos señalaron que la Comisión debía procurar no embarcarse en un ejercicio de desarrollo progresivo en un tema referente a una de las fuentes del derecho internacional. También se dijo que debía evitarse toda confusión con las demás fuentes del derecho internacional. A este respecto, varios miembros de la Comisión consideraban que la distinción entre el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional en el sentido del proyecto de conclusión 7 no estaba clara, y que la Comisión no debía proponer una metodología para identificar esos principios generales del derecho que pudiera solaparse con las condiciones que debían cumplirse para la aparición de normas de derecho internacional consuetudinario.

Conclusión 8

Decisiones de cortes y tribunales

1. Las decisiones de cortes y tribunales internacionales, en particular las de la Corte Internacional de Justicia, relativas a la existencia y el contenido de principios generales del derecho constituyen un medio auxiliar para la determinación de dichos principios.

2. Podrán tomarse en consideración, cuando proceda, las decisiones de cortes y tribunales nacionales relativas a la existencia y el contenido de principios generales del derecho como medio auxiliar para la determinación de dichos principios.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 8 se refiere a la contribución de las decisiones de cortes y tribunales internacionales y nacionales a la identificación de los principios generales del derecho. La Comisión adopta el mismo enfoque que en sus conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario⁴³, que, al igual que los principios generales del derecho, también es una fuente del derecho internacional.

2) A menudo se recurre a decisiones de cortes y tribunales internacionales para determinar la existencia o no de principios generales del derecho, en particular derivados de sistemas jurídicos nacionales, así como su contenido. Por citar solo algunos ejemplos, en la causa relativa al *Canal de Corfú*, la Corte Internacional de Justicia consideró que el uso de

⁴² *Furundžija* (nota 23 *supra*), párr. 183.

⁴³ *Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), párrs. 65 y 66.

pruebas indirectas, además de estar admitido en “todos los sistemas de derecho”, estaba “reconocido por la jurisprudencia internacional”⁴⁴. Del mismo modo, en la causa relativa a la *Soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*, la Corte señaló que existía “un principio general del derecho, confirmado por su jurisprudencia, según el cual la parte que señala un hecho en apoyo de sus pretensiones debe probar ese hecho”⁴⁵. En el arbitraje relativo al *Área marina protegida de Chagos*, el tribunal señaló que la frecuente invocación del principio de *estoppel* en procedimientos internacionales había contribuido a definir su alcance⁴⁶.

3) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos también han invocado decisiones anteriores para justificar la existencia del principio de *iura novit curia*⁴⁷. En derecho penal internacional, las decisiones anteriores de cortes y tribunales internacionales también han contribuido de manera considerable a la identificación de principios generales del derecho⁴⁸.

4) También pueden utilizarse decisiones de cortes y tribunales nacionales para determinar principios generales del derecho. A este respecto, conviene recordar que las decisiones de dichas cortes y tribunales cumplen una doble función en la determinación de los principios generales del derecho. Por una parte, como se indica en el proyecto de conclusión 5, pueden ser pertinentes a los efectos del análisis comparativo exigido para determinar la existencia de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo. Por otra parte, las decisiones de cortes y tribunales nacionales pueden ser un medio auxiliar para la determinación de principios generales del derecho cuando en ellas se aborden la existencia y el contenido de un principio general del derecho. El proyecto de conclusión 8 solo se refiere a este último caso.

5) El proyecto de conclusión 8 se inspira en gran medida en el texto del Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que establece que, aunque las decisiones de la Corte no son obligatorias sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido, las decisiones judiciales son un medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho internacional, incluidos los principios generales del derecho. La expresión “medio auxiliar” indica que esas decisiones desempeñan un papel complementario en la aclaración del derecho y no son una fuente del derecho internacional en sí mismas (a diferencia de los tratados, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho). El uso de esa expresión no da a entender ni pretende dar a entender que esas decisiones no sean importantes para la identificación de principios generales del derecho.

6) Las decisiones de cortes y tribunales sobre cuestiones de derecho internacional, en particular aquellas decisiones en que se examina la existencia de principios generales del derecho y se identifican y aplican esos principios, pueden ofrecer una orientación útil para

⁴⁴ *Corfu Channel case* (véase la nota 20 *supra*), pág. 18.

⁴⁵ Corte Internacional de Justicia, *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, fallo, I.C.J. Reports 2008, págs. 12 y ss., en especial pág. 31, párr. 45.

⁴⁶ Corte Permanente de Arbitraje, *Chagos Marine Protected Area (Mauritius v. United Kingdom)*, caso núm. 2011-03, laudo de 18 de marzo de 2015, U.N.R.I.A.A., vol. XXXI, pág. 543, párr. 436.

⁴⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Handyside v. the United Kingdom*, 7 de diciembre de 1976, Serie A, núm. 24, párr. 41; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Guerra and Others v. Italy*, 19 de febrero de 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I, párr. 44; en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, véase, entre otros, *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Sentencia (Fondo) de 29 de julio de 1988, Serie C, núm. 4, párr. 163.

⁴⁸ Véanse, por ejemplo, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Prosecutor v. Enver Hadžihasanović, Mehmed Alagić and Amir Kubura*, causa núm. IT-01-47-PT, decisión relativa a la excepción conjunta de incompetencia, Sala de Primera Instancia, 12 de noviembre de 2002, párrs. 58 a 61; Tribunal Especial para Sierra Leona, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, causa núm. SCSL-2004-14-AR72(E), decisión relativa a la excepción preliminar de incompetencia (reclutamiento de niños), 31 de mayo de 2004, párrs. 25 y 26; Tribunal Especial para Sierra Leona, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman et al.*, causa núm. SCSL-04-14-PT, decisión relativa a la petición de la Fiscalía para la constatación y admisión de pruebas, 2 de junio de 2004, párrs. 22 a 30; Tribunal Especial para Sierra Leona, *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay et al.*, causa núm. SCSL-04-15-T, resolución relativa a la cuestión de la negativa del tercer acusado, Augustine Gbao, a asistir a las vistas del Tribunal Especial para Sierra Leona los días 7 de julio de 2004 y sucesivos, 12 de julio de 2004, párrs. 10 y 11.

determinar la existencia o no de principios generales. No obstante, el valor de esas decisiones puede variar considerablemente en función de la calidad del razonamiento (incluida principalmente la medida en que este se derive de un examen de diferentes sistemas jurídicos del mundo y una transposición, en el caso de los principios generales derivados de sistemas jurídicos nacionales, y de un análisis de las normas existentes en el sistema jurídico internacional y de las resoluciones pertinentes aprobadas por organizaciones internacionales o en conferencias intergubernamentales y las declaraciones formuladas por los Estados, en el caso de los principios generales formados en el sistema jurídico internacional), y de la acogida de la decisión, en particular entre los Estados y en las decisiones posteriores de cortes y tribunales.

7) El párrafo 1 emplea la expresión “cortes y tribunales internacionales”, con la que se pretende hacer referencia a cualquier órgano internacional con competencias judiciales llamado a examinar principios generales del derecho. Se menciona de manera expresa la Corte Internacional de Justicia, el órgano judicial principal de las Naciones Unidas, cuyo Estatuto es parte integrante de la Carta de las Naciones Unidas y cuyos miembros son elegidos por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, en reconocimiento de la importancia de sus decisiones y de su posición especial como única corte internacional permanente de jurisdicción general. Aunque la Corte Internacional de Justicia solo ha mencionado expresamente el párrafo 1 c) del Artículo 38 en contadas ocasiones⁴⁹, ha invocado varios principios generales del derecho en su jurisprudencia (al igual que la Corte Permanente de Justicia Internacional), lo que ha contribuido a facilitar la comprensión de esta fuente del derecho internacional y a determinar el alcance de determinados principios⁵⁰. La expresión “cortes y tribunales internacionales” designa también, entre otros, cortes y tribunales especializados y regionales como el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, la Corte Penal Internacional y tribunales penales internacionales *ad hoc*, las cortes y tribunales regionales de derechos humanos y el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio. También se refiere a los tribunales arbitrales interestatales y otros tribunales arbitrales que apliquen el derecho internacional. Los conocimientos y la amplitud de las pruebas de que suelen disponer las cortes y tribunales internacionales pueden otorgar un peso considerable a sus decisiones, con sujeción a las consideraciones mencionadas en el párrafo anterior.

8) A los efectos del presente proyecto de conclusión, el término “decisiones” incluye los fallos, los laudos y las opiniones consultivas, así como las providencias sobre cuestiones de procedimiento y cuestiones interlocutorias. Las opiniones separadas y disidentes pueden arrojar luz sobre la decisión y examinar cuestiones no tratadas en la decisión de la corte o el tribunal de que se trate, pero deben abordarse con cautela, ya que reflejan el punto de vista de un determinado magistrado o árbitro y pueden exponer argumentos no aceptados por la corte o el tribunal.

9) El párrafo 2 se refiere a las decisiones de las cortes y tribunales nacionales (también denominados cortes y tribunales internos). La distinción entre las cortes y tribunales internacionales y nacionales no siempre está clara; en el presente proyecto de conclusiones,

⁴⁹ *South West Africa [Segunda fase]* (nota 20 *supra*), pág. 47, párr. 88; *North Sea Continental Shelf* (nota 32 *supra*), págs. 21 y 22, párrs. 17 y 18; *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 12 y ss., en especial pág. 61, párr. 127.

⁵⁰ Véanse, por ejemplo, *Corfu Channel case* (nota 20 *supra*), págs. 18 y 22; *Reservations to the Convention on Genocide* (nota 23 *supra*), pág. 23; *Effect of awards of compensation made by the U.N. Administrative Tribunal, opinión consultiva de 13 de julio de 1954: I.C.J. Reports 1954*, págs. 47 y ss., en especial pág. 53; *Right of Passage* (nota 29 *supra*), pág. 43; *South West Africa, Second Phase* (nota 20 *supra*), pág. 47, párr. 88; *North Sea Continental Shelf* (nota 32 *supra*), págs. 21 y 22, párrs. 17 y 18; *Barcelona Traction* (nota 20 *supra*), pág. 37, párr. 50; *Application for Review of Judgment No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal, opinión consultiva, I.C.J. Reports 1973*, págs. 166 y ss., en especial pág. 181, párr. 36; *Application for Review of Judgment No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal, opinión consultiva, I.C.J. Reports 1982*, págs. 325 y ss., en especial págs. 338 y 339, párr. 29; *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia* (nota 28 *supra*), pág. 100, párr. 58; *Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua)* y *Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos (Costa Rica v. Nicaragua)*, fallo, *I.C.J. Reports 2018*, págs. 139 y ss., en especial pág. 166, párr. 68.

la expresión “cortes y tribunales nacionales” abarca las cortes y tribunales de composición internacional que desempeñan su labor en uno o varios sistemas jurídicos nacionales, como algunas cortes y tribunales “híbridos” de composición y jurisdicción mixtas nacional e internacional.

10) Se requiere cierta prudencia al tratar de basarse en decisiones de cortes y tribunales nacionales como medio auxiliar para la determinación de principios generales del derecho. De ahí que los párrafos 1 y 2 se hayan formulado de manera diferente, y en particular que en el párrafo 2 se haya utilizado la expresión “[p]odrán tomarse en consideración, cuando proceda”. Las cortes y tribunales nacionales actúan en un sistema jurídico concreto, que puede incorporar el derecho internacional solamente de una determinada manera y de forma limitada. Sus decisiones pueden reflejar una determinada perspectiva nacional. A diferencia de la mayoría de las cortes y tribunales internacionales, a veces las cortes y tribunales nacionales pueden carecer de conocimientos especializados en materia de derecho internacional y pueden tomar decisiones sin oír antes los argumentos de los Estados.

Conclusión 9 Doctrina

La doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones puede ser un medio auxiliar para la determinación de principios generales del derecho.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 9 se refiere al papel de la doctrina en la identificación de los principios generales del derecho. Fiel reflejo de la formulación del Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, dispone que puede recurrirse a esas obras como medio auxiliar para determinar principios generales del derecho, es decir, establecer si existe un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo que puede transponerse al sistema jurídico internacional, o si existe un principio formado en el sistema jurídico internacional. El término “doctrina”, al que a menudo se hace referencia como “escritos de los especialistas”, debe entenderse en un sentido amplio; incluye la doctrina en forma no escrita, como las conferencias y el material audiovisual.

2) Como sucede con las decisiones de cortes y tribunales a las que se hace referencia más arriba en el proyecto de conclusión 8, la doctrina no es en sí una fuente del derecho internacional, pero puede ofrecer orientación para la determinación de la existencia y el contenido de principios generales del derecho. Esa función auxiliar se debe al valor que puede tener la doctrina al recopilar y evaluar el derecho y otros materiales nacionales, así como la compatibilidad de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo con el sistema jurídico internacional; al ponderar las normas pertinentes del sistema jurídico internacional y las resoluciones pertinentes aprobadas por organizaciones internacionales o en conferencias intergubernamentales y las declaraciones formuladas por los Estados para evaluar el reconocimiento de un principio general del derecho formado en el sistema jurídico internacional; al identificar divergencias y la inexistencia o la formación posibles de principios generales del derecho; y al evaluar el derecho. Puede ser especialmente útil recurrir a la doctrina para resolver las dificultades lingüísticas que se planteen en el análisis comparativo de los sistemas jurídicos nacionales.

3) Es necesario proceder con cautela al basarse en la doctrina, ya que su valor para la determinación de la existencia y el contenido de un principio general del derecho varía, como se indica con la expresión “puede ser” en el proyecto de conclusión. En ocasiones la doctrina no solo trata de dejar constancia del estado actual del derecho (*lex lata*), sino también de promover su desarrollo (*lex ferenda*). Por otra parte, la doctrina puede reflejar las posiciones nacionales u otras opiniones individuales de los autores. Además, la calidad de la doctrina puede variar en gran medida, por lo que es fundamental evaluar la autoridad de la obra de que se trate.

4) La referencia a los “publicistas [...] de las distintas naciones” destaca la importancia de tener en cuenta, en la medida de lo posible, la doctrina representativa de los diferentes sistemas jurídicos y regiones del mundo y en distintos idiomas. Esto puede ser especialmente

importante al identificar principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales.

5) Los textos resultantes de la labor de los órganos internacionales de carácter privado dedicados a la codificación y el desarrollo del derecho internacional pueden ser un recurso útil en este sentido. Entre esos órganos colectivos cabe citar el Instituto de Derecho Internacional y la Asociación de Derecho Internacional. El valor de cada texto debe evaluarse detenidamente teniendo en cuenta la especialización del órgano en cuestión, la medida en que el texto trata de establecer el derecho existente, el cuidado y la objetividad con que el órgano aborda una determinada cuestión, el apoyo que ha recibido el texto en cuestión dentro del órgano y la acogida que ha tenido entre los Estados y otras partes.

6) Más allá de la doctrina, merecen especial atención, entre otros medios auxiliares, los textos de la Comisión, en particular teniendo en cuenta el singular mandato de esta como órgano subsidiario de la Asamblea General encargado de promover el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional. También debería tomarse en consideración que los miembros de la Comisión proceden de diferentes regiones y representan diferentes sistemas jurídicos del mundo, y que esta mantiene una estrecha relación con la Asamblea General y con los Estados que la coloca en una posición privilegiada al poder recibir observaciones orales y escritas de los Estados en el curso de su labor. Esto se entiende sin perjuicio de la labor de la Comisión sobre el tema “Los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional”.

Conclusión 10

Funciones de los principios generales del derecho

1. Se recurre a los principios generales del derecho principalmente cuando otras normas de derecho internacional no resuelven total o parcialmente una determinada cuestión.

2. Los principios generales del derecho contribuyen a la coherencia del sistema jurídico internacional. Pueden servir, *inter alia*:

- a) para interpretar y complementar otras normas de derecho internacional;
- b) de base de derechos y obligaciones primarios, así como de base de normas secundarias y procesales.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 10 aborda las funciones de los principios generales del derecho. Establece que se recurre a los principios generales principalmente cuando otras normas de derecho internacional no resuelven total o parcialmente una determinada cuestión. También indica que los principios generales del derecho contribuyen a la coherencia del sistema jurídico internacional y que pueden servir, entre otras cosas, para interpretar y complementar otras normas de derecho internacional, y de base de derechos y obligaciones primarios, de normas secundarias y de normas procesales. El proyecto de conclusión 10 se aplica a todos los principios generales del derecho, con independencia de que se deriven de sistemas jurídicos nacionales o se formen en el sistema jurídico internacional, según el principio general de que se trate.

2) Conviene recordar que, en principio, los principios generales del derecho cumplen funciones similares a las de otras fuentes del derecho internacional. Los principios generales del derecho se enumeran en el Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en pie de igualdad con los tratados y el derecho internacional consuetudinario, lo que, junto con su aplicación en la práctica, debe tenerse en cuenta al determinar sus funciones.

3) El párrafo 1 del proyecto de conclusión 10 indica que se recurre a los principios generales del derecho principalmente cuando otras normas de derecho internacional no resuelven total o parcialmente una determinada cuestión⁵¹. Con ello se pretende indicar que,

⁵¹ Véanse también Pellet y Müller, “Article 38”, págs. 934 a 935; H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (Londres, Longmans, 1927), pág. 85; F. Raimondo, *General*

al examinar una determinada cuestión, existe una tendencia en la práctica y en la doctrina a determinar primero si existe una norma convencional o de derecho internacional consuetudinario que pueda aportar una solución y recurrir a los principios generales del derecho si las otras dos fuentes resultan insuficientes. Las palabras “se recurre [...] principalmente” aclaran que esta no es la única manera de proceder, y que en algunos casos se puede recurrir directamente a los principios generales del derecho si las circunstancias así lo requieren. La Comisión ha pretendido así evitar que se dé la impresión de que los principios generales del derecho desempeñan un papel complementario respecto de los tratados o la costumbre.

4) La expresión “otras normas de derecho internacional” se refiere a los tratados y las normas de derecho internacional consuetudinario. Con las palabras “no resuelven total o parcialmente una determinada cuestión” se pretende aclarar que pueden aplicarse principios generales del derecho cuando los tratados o la costumbre no permiten solucionar una cuestión o cuando solo permiten hacerlo parcialmente y se puede recurrir a principios generales como complemento.

5) Es preciso señalar que no siempre existe un principio general del derecho que colme las lagunas de los tratados o el derecho internacional consuetudinario. Solo podrá recurrirse a un principio general del derecho en la forma indicada en el párrafo 1 del proyecto de conclusión 10 en la medida en que este haya podido identificarse de conformidad con el presente proyecto de conclusiones.

6) El párrafo 2 del proyecto de conclusión 10 comienza con la proposición fáctica de que los principios generales del derecho contribuyen a la coherencia del sistema jurídico internacional⁵². Aunque las normas derivadas de las demás fuentes del derecho internacional también contribuyen a la coherencia del sistema jurídico internacional, algunos principios

Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals (Leiden, Martinus Nijhoff, 2008), págs. 42 y 43; M. Bogdan, “General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 46 (1977), págs. 37 a 53, en especial págs. 37 a 41; Yee, “Article 38 of the ICJ Statute and applicable law”, pág. 487; Bonafé y Palchetti, “Relying on general principles in international law”, pág. 162.

⁵² Véase la declaración del Excmo. Sr. Abdulqawi Ahmed Yusuf, Presidente de la Corte Internacional de Justicia, ante la Sexta Comisión de la Asamblea General, Nueva York, 1 de noviembre de 2019, párr. 37 (“La cuestión de la coherencia del derecho internacional es de carácter existencial. La falta de un legislador centralizado a nivel internacional ha hecho temer a menudo que puedan surgir contradicciones entre las normas jurídicas internacionales. También ha llevado a interrogarse sobre la existencia de posibles lagunas en el derecho internacional y la consiguiente posibilidad de que la Corte declare un *non liquet*. Los principios generales han resultado útiles para ayudar a la Corte a resolver los dos problemas estructurales de la elaboración de leyes en la sociedad internacional y la necesidad de promover la coherencia”). Véanse también H. Thirlway, *The Sources of International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2019), pág. 113 (donde se afirma que los principios contemplados en el Artículo 38, párrafo 1 c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia son, o en todo caso incluyen, aquellos principios sin los cuales ningún sistema jurídico puede funcionar en absoluto y que están presentes en todo razonamiento jurídico); R. Kolb, *Theory of International Law* (Oxford, Hart Publishing, 2016), pág. 136 (donde se afirma que, desde una perspectiva lógica, todo ordenamiento jurídico debe asentarse en algunos principios generales cuya existencia debe suponerse y sin los cuales cualquier interpretación de las fuentes caería en un círculo vicioso); T. Gazzini, “General principles of law in the field of foreign investment”, *Journal of World Investment and Trade*, vol. 10 (2009), pág. 106 (donde se afirma que los principios generales del derecho constituyen el fundamento mismo del sistema jurídico internacional y son indispensables para su funcionamiento (citando a B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*)); M. Andenas y L. Chiussi, “Cohesion, convergence and coherence of international law”, en M. Andenas y otros (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Leiden, Brill, 2019), pág. 10 (donde se afirma que los principios del derecho representan una fuerza cohesiva fundamental que pone de manifiesto y refuerza la naturaleza sistémica del sistema; en segundo lugar, que funcionan como un instrumento para asegurar la convergencia intrasistémica en la constelación de cortes y tribunales internacionales, ya que evitan o reducen la fragmentación de los enfoques adoptados en los diferentes ámbitos del derecho internacional al garantizar que sigan formando parte del derecho internacional general; y, en tercer lugar, que los principios del derecho promueven la coherencia intersistémica al salvar la brecha entre el derecho internacional y los sistemas jurídicos nacionales).

generales parecen estar más directamente orientados a cumplir esta función, como, por ejemplo, los principios de *pacta sunt servanda*, buena fe, *lex specialis* y *lex posterior*, respeto de la dignidad humana y consideraciones elementales de humanidad.

7) En el párrafo 2 también se hace referencia a dos funciones más concretas de los principios generales. Se utiliza la expresión “*inter alia*” para indicar que pueden tener más funciones, mientras que las palabras “pueden servir” indican que las funciones de los principios generales deben determinarse caso por caso según el contenido y el alcance de estos.

8) El apartado a) establece que los principios generales del derecho pueden servir para interpretar y complementar otras normas de derecho internacional. En la práctica está bien establecido que pueden invocarse principios generales del derecho a efectos de interpretación⁵³.

9) El recurso a los principios generales del derecho para interpretar otras normas de derecho internacional queda confirmado por el párrafo 3 c) del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que requiere que el intérprete de un tratado tenga en cuenta “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. En el informe del Grupo de Estudio de la Comisión sobre la fragmentación del derecho internacional se afirma que esa disposición es aplicable cuando en la interpretación deban tenerse en cuenta fuentes externas al tratado, por ejemplo otros tratados, normas consuetudinarias o principios generales del derecho⁵⁴.

⁵³ Véase, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Golder v. the United Kingdom*, sentencia de 21 de febrero de 1975, Serie A, núm. 18, párr. 35 (donde se afirma que el párrafo 3 c) del artículo 31 de la Convención de Viena indica que, juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. Entre esas normas figuran los principios generales del derecho, en especial los “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. El principio según el cual una demanda civil debe poder presentarse ante un juez es uno de los principios fundamentales del derecho universalmente “reconocidos”, al igual que el principio del derecho internacional que prohíbe la denegación de justicia. El artículo 6, párrafo 1, debe leerse a la luz de estos principios); Organización Mundial del Comercio, *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, Informe del Órgano de Apelación, 6 de noviembre de 1998 (WT/DS58/AB/R), *Dispute Settlement Reports 1998*, vol. VII, pág. 2755, párr. 158 (“El preámbulo del artículo XX en realidad no es sino una expresión del principio de buena fe. Este principio, que es a la vez un principio general del derecho y un principio general del derecho internacional, regula el ejercicio de los derechos por los Estados [...] nuestra labor en este caso consiste en interpretar el texto del preámbulo, buscando una orientación interpretativa adicional, según proceda, en los principios generales del derecho internacional”); *Estados Unidos – Trato fiscal aplicado a las “empresas de ventas en el extranjero”* (nota 20 *supra*), párr. 142 (“Aunque la expresión ‘ingresos procedentes del extranjero’ no se define de manera uniforme en esos instrumentos, creemos que en ellos se consagran determinados principios fiscales ampliamente reconocidos. Para tratar de dar sentido a la expresión ‘ingresos procedentes del extranjero’ en la nota 59 del *Acuerdo SMC*, que es una disposición de carácter fiscal de un tratado comercial internacional, nos parece adecuado buscar ayuda en esos principios ampliamente reconocidos que muchos Estados generalmente aplican en la esfera tributaria”); *Kupreškić* (nota 23 *supra*), párr. 609 (donde se afirma que la Sala de Primera Instancia debe examinar qué actos no contemplados en el artículo 5 del Estatuto del Tribunal Internacional pueden corresponderse con la noción de persecución. Es evidente que debe definir claramente dicha noción para determinar si los delitos imputados en la causa entran en ella. Además, esa noción ha de ser compatible con los principios generales del derecho penal, como los principios de legalidad y especificidad). Véanse también Corte Centroamericana de Justicia, *El Salvador c. Nicaragua*, sentencia de 9 de marzo de 1917, en *American Journal of International Law*, vol. 11 (1917), págs. 674 a 730, en especial pág. 728; *Furundžija* (nota 23 *supra*), párr. 180; *Kumarac* (nota 26 *supra*), párrs. 437 a 460; *Delalić*, Sala de Apelaciones (nota 20 *supra*), párr. 538.

⁵⁴ Informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 251, págs. 197 y 198, conclusiones 17) a 20).

10) Con la inclusión del verbo “complementar” en el párrafo 2 a) del proyecto de conclusión 10 se quiere indicar que hay casos en los que se aplican a la vez principios generales del derecho y normas convencionales o de derecho internacional consuetudinario⁵⁵.

11) En el apartado b) se afirma que los principios generales del derecho pueden servir de base de derechos y obligaciones primarios y de normas secundarias y procesales. Con la expresión “derechos y obligaciones primarios” se quiere indicar que, al igual que cualquier otra fuente del derecho internacional, los principios generales del derecho pueden atribuir a los Estados y otros sujetos de derecho internacional derechos y obligaciones cuya violación puede generar responsabilidad internacional⁵⁶. Los instrumentos jurídicos y las decisiones judiciales citan como ejemplos de esos principios generales la prohibición del enriquecimiento injusto⁵⁷, el principio de *uti possidetis*⁵⁸, el principio de que la asignación de un territorio lleva consigo, *ipso facto*, las aguas territoriales dependientes de ese territorio⁵⁹, los principios en que se basa la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio⁶⁰, la prohibición de los crímenes según el derecho internacional⁶¹, las

⁵⁵ En la causa relativa a la *Barcelona Traction*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia consideró procedente la aplicación de principios generales del derecho porque las normas consuetudinarias sobre protección diplomática no abordaban la cuestión específica de la relación entre las sociedades y sus accionistas, y señaló en particular que “el derecho internacional no ha[bía] establecido sus propias normas” a ese respecto (*Barcelona Traction* (véase la nota 20 *supra*)), págs. 33 y 34, párr. 38. Véase también *Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* (véase la nota 30 *supra*), pág. 675, párr. 104). Del mismo modo, el tribunal arbitral en el caso *Proceedings concerning the OSPAR Convention* señaló, al determinar el derecho aplicable a la controversia, que no debía ser necesario recordar que el principal deber del tribunal era aplicar el Convenio OSPAR (Convenio para la Protección del Medio Marino del Atlántico Nordeste), y que, como tribunal internacional, aplicaría también el derecho internacional consuetudinario y los principios generales, a menos que las partes hubieran creado una *lex specialis* y en la medida en que lo hubieran hecho (*Proceedings pursuant to the OSPAR Convention (Ireland – United Kingdom)*, decisión de 2 de julio de 2003, U.N.R.I.A.A., vol. XXIII, págs. 59 a 151, en especial pág. 87, párr. 84). Véase también *Prosecutor v. Dražen Erdemović*, causa núm. IT-96-22-T, fallo condenatorio, 29 de noviembre de 1996, párr. 26 (donde la Sala de Primera Instancia afirma que ni el Estatuto ni las Reglas de Procedimiento y Prueba proporcionan ninguna otra indicación sobre la duración de la pena de prisión a la que podrían ser condenados los autores de los crímenes que son competencia del Tribunal Internacional, incluidos los crímenes de lesa humanidad; y que, a fin de examinar la escala de las penas aplicables a los crímenes de lesa humanidad, la Sala de Primera Instancia determinará las características propias de esos crímenes y las penas con que se castigan en el derecho internacional y los derechos internos, que son expresiones de principios generales del derecho reconocidos por todas las naciones).

⁵⁶ El artículo 12 (Existencia de violación de una obligación internacional) de los artículos de 2001 sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos establece lo siguiente: “Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación”. Al explicar el sentido de la expresión “sea cual fuere el origen [...] de esa obligación”, en el comentario se señala que “[l]as obligaciones internacionales pueden ser establecidas por una norma consuetudinaria de derecho internacional, por un tratado o por un principio general aplicable en el marco del ordenamiento jurídico internacional”. Véase *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77, págs. 57 y 58, párrafo 3) del comentario al artículo 12. Véase también *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), págs. 79 a 85.

⁵⁷ *Sea-Land Service* (véase la nota 20 *supra*), pág. 169.

⁵⁸ *Frontier Dispute* (véase la nota 23 *supra*), pág. 565, párrs. 20 y 21.

⁵⁹ *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, decisión de 18 de febrero de 1977, U.N.R.I.A.A., vol. XXI, págs. 53 a 264, en especial pág. 145.

⁶⁰ *Reservations to the Convention on Genocide* (véase la nota 23 *supra*), pág. 23 (Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (París, 9 de diciembre de 1948), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 78, núm. 1021, pág. 277).

⁶¹ Véase el artículo 15, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”). Véase también el artículo 7, párrafo 2, del Convenio Europeo de Derechos Humanos (“El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”) (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio

consideraciones elementales de humanidad, la libertad de las comunicaciones marítimas, la obligación de todo Estado de no permitir a sabiendas que su territorio sea utilizado para la realización de actos contrarios a los derechos de otros Estados⁶² y el derecho de los niños expósitos a que se presuma que han nacido de nacionales del país en el que se encuentren⁶³.

12) Con las palabras “normas secundarias y procesales” en el apartado b) se quiere hacer referencia a determinados principios generales del derecho que puede considerarse que cumplen esa función concreta a la luz de su contenido específico.

13) Las cortes y tribunales internacionales han considerado que algunas normas secundarias relativas a la responsabilidad se derivan de principios generales del derecho; por ejemplo, el principio de fuerza mayor como causa de exclusión de la ilicitud⁶⁴, la obligación de reparar las violaciones del derecho internacional⁶⁵, la obligación de pagar intereses moratorios o compensatorios⁶⁶, *rebus sic stantibus*⁶⁷, y los principios de sucesión de personas a efectos de indemnización⁶⁸.

14) Las normas procesales son las que regulan el proceso en las cortes y tribunales internacionales. Un ejemplo típico es el principio de cosa juzgada, que ha sido reconocido en varias ocasiones como principio general del derecho por cortes y tribunales internacionales⁶⁹. Otros principios de este tipo citados por cortes y tribunales internacionales son los de *iura novit curia*⁷⁰, competencia del tribunal para decidir acerca de su propia competencia⁷¹, examen del exceso de mandato⁷², el principio de que nadie puede ser juez en asunto propio⁷³,

Europeo de Derechos Humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 213, núm. 2889, pág. 221).

⁶² *Corfu Channel case* (véase la nota 20 *supra*), pág. 22.

⁶³ *Mary Grace Natividad S. Poe-Llamanzares v. COMELEC* (véase la nota 20 *supra*), pág. 21.

⁶⁴ Véanse, por ejemplo, Tribunal de Justicia europeo, *Denkavit België NV contra Estado belga*, asunto 145/85, sentencia, 5 de febrero de 1987 *Recopilación de la Jurisprudencia 1987*, pág. 565; y *Commission of the European Communities v. Italian Republic*, asunto 101/84, sentencia, 11 de julio de 1985, *ibid.*, 1985, pág. 2629. Véanse también Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 11 de abril de 1980), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1489, núm. 25567, pág. 3, art. 79; P. Schlechtriem (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 2ª ed. (trad. G. Thomas) (Oxford, Clarendon Press, 1998), págs. 600 a 626; art. 7.1.7 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (Roma, UNIDROIT, 1994), págs. 169 a 171; y G. H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Oxford, Clarendon Press, 1996), págs. 306 a 320.

⁶⁵ Corte Permanente de Justicia Internacional, *Case concerning the Factory at Chorzów (Fondo)*, fallo de 13 de septiembre de 1928, P.C.I.J. Series A, núm. 17, pág. 29.

⁶⁶ *Affaire de l'indemnité russe (Russie, Turquie)*, laudo de 11 de noviembre de 1912, U.N.R.I.A.A., vol. XI, págs. 421 a 447, en especial pág. 441.

⁶⁷ *Questech* (véase la nota 20 *supra*), pág. 122.

⁶⁸ *Aloboetoe v. Suriname* (véase la nota 20 *supra*), párrs. 61 y 62.

⁶⁹ *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia* (véase la nota 28 *supra*), págs. 100 y ss., en especial págs. 125 y 126, párrs. 58 a 61.

⁷⁰ Véase la nota 47 *supra*.

⁷¹ Corte Permanente de Justicia Internacional, *Interpretation of Greco-Turkish Agreement of December 1st, 1926*, opinión consultiva de 28 de agosto de 1928, P.C.I.J. Series B, núm. 16, pág. 20.

⁷² *Abyei Area* (véase la nota 20 *supra*), pág. 299, párrs. 401 a 406.

⁷³ Corte Permanente de Justicia Internacional, *Interpretation of Article 3, Paragraph 2, of the Treaty of Lausanne*, opinión consultiva de 21 de noviembre de 1925, P.C.I.J. Series B, núm. 12, pág. 32 (donde se afirma que el Artículo 15, párrafos 6 y 7, del Pacto de la Sociedad de las Naciones refleja la conocida norma de que nadie puede ser juez en asunto propio).

la regla de la carga de la prueba⁷⁴, la admisibilidad de las pruebas indirectas⁷⁵ y la posibilidad de juzgar en rebeldía⁷⁶.

Conclusión 11

Relación entre los principios generales del derecho y los tratados y el derecho internacional consuetudinario

1. Los principios generales del derecho, como fuente del derecho internacional, no están en una relación jerárquica con los tratados y el derecho internacional consuetudinario.

2. Un principio general del derecho puede coexistir con una norma de contenido igual o similar en un tratado o en el derecho internacional consuetudinario.

3. Todo conflicto entre un principio general del derecho y una norma en un tratado o en el derecho internacional consuetudinario debe resolverse por los métodos generalmente aceptados de interpretación y solución de conflictos en derecho internacional.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 11 aclara algunos aspectos relativos a la relación entre los principios generales del derecho, por una parte, y los tratados y el derecho internacional consuetudinario, por otra.

2) En el párrafo 1 del proyecto de conclusión 11 se indica que los principios generales del derecho no están en una relación jerárquica con los tratados y el derecho internacional consuetudinario. Esta afirmación se deduce del texto del párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que enumera las tres fuentes del derecho internacional sin indicar ninguna jerarquía entre ellas. Además, las conclusiones de la labor del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional⁷⁷ también confirman que no existe tal jerarquía⁷⁸.

3) Es preciso recordar que, como se indica en el párrafo 1 del proyecto de conclusión 10, se recurre a los principios generales del derecho principalmente cuando otras normas de derecho internacional no resuelven total o parcialmente una determinada cuestión. Como se aclara en el comentario a dicha disposición, así sucede en la práctica en la mayoría de los casos, aunque no en todos, por una cuestión de razonamiento jurídico y por la aplicación del

⁷⁴ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, caso núm. ARB/02/13, laudo de 31 de enero de 2006, párrs. 70 y ss; *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, caso No. ARB/00/5, laudo de 23 de septiembre de 2003, párr. 110; *International Thunderbird Gaming Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos*, laudo de la CNUDMI de 26 de enero de 2006, párr. 95; *Asian Agricultural Products Limited v. Republic of Sri Lanka*, caso núm. ARB/87/3, laudo de 27 de junio de 1990, párr. 56.

⁷⁵ *Corfu Channel case* (véase la nota 20 *supra*), pág. 18.

⁷⁶ *Sesay* (véase la nota 48 *supra*), párrs. 9 y 10.

⁷⁷ Conclusiones de la labor del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 200, párr. 31 (“No existe ninguna relación jerárquica entre las principales fuentes de derecho internacional (tratados, costumbre y principios generales del derecho, como se indica en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia”).

⁷⁸ Esta es también la tesis generalmente aceptada en la doctrina. Véanse, por ejemplo, Pellet y Müller, “Article 38”, pág. 935; J. Dugard y D. Tladi, “Sources of international law” en J. Dugard y otros (eds.), *Dugard’s International Law: A South African Perspective*, 5ª ed. (Ciudad del Cabo, Juta & Company Ltd., 2018), págs. 28 a 56, en especial págs. 28 y 29; Palchetti, “The role of general principles in promoting the development of customary international rules”, pág. 49; C. Bassiouni, “A functional approach to ‘general principles of international law’”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 11 (1990), págs. 768 a 818, en especial págs. 781 a 783; Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, págs. 20 a 22; Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, pág. 20; Díez de Velasco Vallejo, *Instituciones de Derecho Internacional Público* (nota 24 *supra*), págs. 121 y 122; V. D. Degan, *Sources of International Law* (La Haya, Martinus Nijhoff, 1997), pág. 5; T. Gazzini, “General principles of law in the field of foreign investment”, pág. 108.

principio de *lex specialis*⁷⁹. Sin embargo, la Comisión entendió que no debía considerarse que esta práctica indicaba la existencia de una relación jerárquica entre los principios generales del derecho y los tratados y el derecho internacional consuetudinario. Las tres fuentes del derecho internacional enumeradas en el párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia tienen el mismo rango. Los principios generales del derecho pueden aplicarse directamente o al mismo tiempo que otras normas de derecho internacional para interpretarlas o complementarlas, como se indica en el comentario al proyecto de conclusión 10.

4) El párrafo 1 del proyecto de conclusión 11 enuncia el derecho internacional general. Cabe señalar, no obstante, que nada impide a los Estados establecer, por ejemplo, un régimen convencional que prevea otra cosa, como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional⁸⁰, cuyo artículo 21 parece crear una jerarquía entre las diferentes fuentes que debe aplicar dicha Corte⁸¹.

5) En consonancia con lo que antecede, el párrafo 2 del proyecto de conclusión dispone que un principio general del derecho puede coexistir con una norma de contenido igual o similar en un tratado o en el derecho internacional consuetudinario. La Comisión pretende destacar así que los principios generales del derecho constituyen una fuente distinta del derecho internacional para cuya identificación existen requisitos específicos, y que su existencia y aplicabilidad en el derecho internacional general no se ven afectadas cuando una norma convencional o una norma de derecho internacional consuetudinario abordan una cuestión idéntica o similar.

6) Esta situación puede producirse, por ejemplo, cuando un tratado codifica íntegramente un principio general del derecho, de manera que puede encontrarse una norma con idéntico contenido en el tratado en cuestión y en principios generales del derecho. En tal caso, el principio general del derecho puede seguir contribuyendo a la interpretación y aplicación del tratado, y seguiría siendo aplicable como derecho internacional general entre los Estados partes y no partes en el tratado, y entre los Estados que no son partes en el tratado⁸². Del mismo modo, un tratado puede codificar un principio general del derecho solo en parte, en cuyo caso el principio general del derecho tendría que tenerse en cuenta al interpretar y aplicar la norma convencional en cuestión y además seguiría siendo aplicable entre partes y no partes en el tratado⁸³. Lo mismo ocurrirá en el caso del derecho internacional

⁷⁹ Véase, por ejemplo, *Right of Passage* (nota 29 *supra*), pág. 43 (“Habiendo llegado a la conclusión de que la manera de proceder de las autoridades británicas e indias, por una parte, y portuguesas, por otra, constituía una práctica, bien establecida entre las partes, en virtud de la cual Portugal había adquirido un derecho de paso para los particulares, los funcionarios civiles y las mercancías en general, la Corte no considera necesario examinar si la costumbre internacional general o los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas pueden llevar al mismo resultado”).

⁸⁰ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, núm. 38544, pág. 3.

⁸¹ Véase también el artículo 61 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Nairobi, 27 de junio de 1981), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1520, núm. 26363, pág. 217.

⁸² Un ejemplo a este respecto es el principio de *pacta sunt servanda*, reflejado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que puede aplicarse como norma convencional entre los Estados partes en la Convención y como principio general del derecho entre los Estados partes y no partes en la Convención, así como entre Estados que no son partes en ella. En el preámbulo de la Convención se afirma que “los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma *pacta sunt servanda* están universalmente reconocidos”.

⁸³ El principio de cosa juzgada, por ejemplo, ha sido citado varias veces por la Corte Internacional de Justicia como principio que es al mismo tiempo un principio general del derecho y una norma prevista en su Estatuto (*Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia* (véase la nota 28 *supra*), pág. 125, párr. 58; *Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua)* y *Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos (Costa Rica v. Nicaragua)* (véase la nota 50 *supra*), pág. 166, párr. 68). Otro caso en el que la Corte parece haber constatado la coexistencia de una norma establecida en su Estatuto y un principio general del derecho es el de la causa *Nottebohm* en relación con el principio de competencia del tribunal para decidir acerca de su propia competencia (*Nottebohm case [Excepción preliminar]*, fallo de 18 de noviembre de 1953: *I.C.J. Reports 1953*, págs. 111 y ss., en especial pág. 120). En lo

consuetudinario, según el contenido específico de la norma consuetudinaria en cuestión⁸⁴. Hay principios generales del derecho aplicables en diversos ámbitos del derecho internacional, como el principio de buena fe, que pueden convertirse en una norma consuetudinaria⁸⁵ sin perder su existencia y aplicabilidad propias.

7) El párrafo 3 del proyecto de conclusión 11 indica que todo conflicto entre un principio general del derecho y una norma en un tratado o en el derecho internacional consuetudinario debe resolverse por los métodos generalmente aceptados de interpretación y solución de conflictos en derecho internacional. Ha de leerse conjuntamente con las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, en las que se basa. Los “métodos generalmente aceptados de interpretación y solución de conflictos en derecho internacional” mencionados en el proyecto de conclusión hacen referencia a principios como los de *lex specialis derogat legi generali*, *lex posterior derogat legi priori*, al principio de armonización y a los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Por otra parte, debe tenerse en cuenta la jerarquía reconocida en virtud del contenido de la norma (normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)) y en virtud de una disposición convencional (como el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas).

que respecta al principio de *rebus sic stantibus*, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos señaló que el concepto de cambio de las circunstancias había sido incorporado en su forma básica en tantos sistemas jurídicos que podía considerarse un principio general del derecho, y además había encontrado amplia expresión en el artículo 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (*Questech* (véase la nota 20 *supra*), pág. 122). Otro ejemplo es el de la doctrina del abuso del derecho, codificada en el artículo 300 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar ((Montego Bay, 10 de diciembre de 1982), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1833, núm. 31363, pág. 3), y los principios generales del derecho penal codificados en la Parte III del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

⁸⁴ Por ejemplo, el principio de *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, codificado en el artículo 34 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, puede considerarse al mismo tiempo una norma de derecho internacional consuetudinario y un principio general del derecho.

⁸⁵ El principio general de buena fe ha sido codificado, por ejemplo, en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (por ejemplo, arts. 26 y 31). La conclusión 2, párrafo 1, de las conclusiones aprobadas por la Comisión sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados establece que las reglas enunciadas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados también son aplicables como derecho internacional consuetudinario (*Anuario... 2018*, vol. II (segunda parte), párr. 51). El principio de buena fe también se ha reflejado en la Declaración sobre las Relaciones de Amistad.