



Asamblea General

Distr. general
9 de abril de 2020
Español
Original: inglés

Comisión de Derecho Internacional

72º período de sesiones

Ginebra, 27 de abril a 5 de junio
y 6 de julio a 7 de agosto de 2020

Segundo informe sobre los principios generales del derecho

Por Marcelo Vázquez-Bermúdez, Relator Especial*

Índice

	<i>Página</i>
Introducción	2
Primera parte: Consideraciones generales	3
Segunda parte: Identificación de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales	5
I. Enfoque básico: análisis en dos etapas	6
II. Determinación de la existencia de un principio común a los principales sistemas jurídicos del mundo	7
III. Constatación de la transposición al sistema jurídico internacional	24
IV. Distinción respecto de la metodología para la identificación del derecho internacional consuetudinario	37
Tercera parte: Identificación de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional	39
I. Consideraciones generales	39
II. Metodología	42
III. Distinción respecto de la metodología para la identificación del derecho internacional consuetudinario	56
Cuarta parte: Medios auxiliares para la determinación de principios generales del derecho	59
Quinta parte: Programa de trabajo futuro	62
Anexo	
Proyectos de conclusión propuestos	63

* El Relator Especial desea agradecer a la Sra. Xuan Shao (doctoranda en la Universidad de Oxford) y al Sr. Alfredo Crosato Neumann (doctorando en el Instituto Superior de Estudios Internacionales y de Desarrollo) su inestimable ayuda en la investigación para la elaboración del presente informe.



Introducción

1. Durante su 70º período de sesiones, la Comisión decidió incluir el tema “Principios generales del derecho” en su actual programa de trabajo¹.

2. En su 71º período de sesiones, celebrado en 2019, la Comisión celebró un debate general² sobre la base del primer informe del Relator Especial³, que era de carácter introductorio. Al final de ese debate, el Relator Especial llegó, entre otras, a las siguientes conclusiones:

a) Hubo consenso entre los miembros de la Comisión acerca del alcance y la forma del resultado final de la labor sobre el tema. El tema debía abarcar la naturaleza jurídica de los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional; los orígenes de los principios generales del derecho y las categorías correspondientes; las funciones de los principios generales del derecho y su relación con otras fuentes del derecho internacional; y la identificación de los principios generales del derecho. En lo que respecta al resultado final, se acordó que debía adoptar la forma de conclusiones acompañadas de comentarios;

b) En general hubo acuerdo en que el punto de partida de la labor de la Comisión era el Artículo 38, apartado 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, analizado a la luz de la práctica de los Estados y de la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales;

c) Hubo amplio acuerdo en que el “reconocimiento” era la condición esencial de la existencia de un principio general del derecho;

d) Los miembros de la Comisión convinieron en que la expresión “naciones civilizadas” era anacrónica y ya no debía utilizarse. En el mundo actual, todas las naciones deben considerarse civilizadas;

e) Los miembros de la Comisión apoyaron de forma unánime la categoría de principios generales del derecho derivados de los sistemas jurídicos nacionales y estuvieron de acuerdo con el enfoque general de que, para identificar esos principios, se requería un análisis en dos etapas;

f) Muchos miembros de la Comisión apoyaron la categoría de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional. Al mismo tiempo, se plantearon diversas preocupaciones en relación, entre otras cuestiones, con la forma de identificar esos principios y la relación de estos con el derecho internacional consuetudinario⁴.

3. En la Sexta Comisión, los Estados manifestaron opiniones similares. Varias delegaciones expresaron su acuerdo con el alcance propuesto del tema. Algunas delegaciones también convinieron en que el punto de partida de la labor de la Comisión debía ser el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, pero que la expresión “naciones civilizadas” era anacrónica y no se debía seguir utilizando⁵. Las delegaciones también estuvieron de acuerdo en general con la descripción de la primera categoría de principios generales del derecho y su pertinencia para el tema. La mayoría de los Estados apoyaron la segunda categoría de principios generales de derecho, pero se expresaron algunas dudas acerca de si dicha categoría quedaba dentro del ámbito del tema, si había suficiente práctica de los Estados para llegar a conclusiones significativas o si esos principios correspondían a

¹ [A/72/10](#), párr. 267.

² [A/CN.4/SR.3488](#) a 3494.

³ [A/CN.4/732](#).

⁴ [A/CN.4/SR.3494](#).

⁵ [A/CN.4/734](#), párr. 33.

una fuente diferente del derecho internacional⁶. Las delegaciones destacaron también que la Comisión debía prestar atención a la distinción entre los principios generales del derecho y el derecho internacional consuetudinario⁷.

4. En su 71^{er} período de sesiones, la Comisión pidió a los Estados que proporcionaran información sobre su práctica relativa a los principios generales del derecho⁸. En el momento de redactar el presente informe se había recibido información por escrito de cuatro Estados, por lo que el Relator Especial está muy agradecido. Se aceptarán de buen grado otras contribuciones en cualquier momento.

5. El presente informe se ocupa de 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. En la primera parte se abordan algunas cuestiones generales relativas a la identificación. Se recuerdan las conclusiones preliminares a las que se llegó en el debate de 2019 con respecto a la identificación y se explica brevemente el enfoque general adoptado por el Relator Especial en el presente informe.

6. La segunda parte trata de la identificación de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales. En el capítulo I se expone brevemente el enfoque básico de esta cuestión, a saber, que para identificar un principio general del derecho derivado de sistemas jurídicos nacionales se requiere un análisis en dos etapas. Los capítulos II y III se ocupan de cada una de las etapas de este análisis: la determinación de la existencia de un principio común a los principales sistemas jurídicos del mundo, por una parte, y la constatación de que dicho principio se transpone al sistema jurídico internacional, por otra. Por último, en el capítulo IV se aborda la distinción entre la metodología para la identificación de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales y la metodología para la identificación del derecho internacional consuetudinario.

7. En la tercera parte del informe se trata la identificación de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional. En el capítulo I se recuerdan las principales cuestiones planteadas durante el debate celebrado en 2019 en la Comisión de Derecho Internacional y en la Sexta Comisión en relación con esta categoría de principios generales del derecho, y se explica el enfoque general adoptado por el Relator Especial a este respecto. En el capítulo II se aborda la metodología para determinar la existencia de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional. El capítulo III trata de la distinción entre esta metodología y la metodología para la identificación del derecho internacional consuetudinario.

8. La cuarta parte se ocupa de los medios auxiliares para la identificación de principios generales del derecho. Por último, en la quinta parte se expone brevemente un programa de trabajo futuro.

Primera parte: Consideraciones generales

9. Antes de abordar los aspectos específicos de la cuestión que se está examinando, conviene hacer cinco observaciones de carácter general.

10. En primer lugar, dado que el propósito del presente tema es proporcionar orientación práctica a todos aquellos que puedan tener que aplicar principios generales del derecho, el Relator Especial considera que la Comisión no necesita

⁶ *Ibid.*, párr. 34.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/74/10)*, párr. 30.

ocuparse de los complejos procesos mediante los cuales los principios generales del derecho surgen, cambian o dejan de existir de manera sistemática. Por supuesto, la Comisión abordará esos procesos de manera indirecta cuando aclare la metodología para identificar los principios generales del derecho, ya que se trata de cuestiones claramente relacionadas entre sí. No obstante, la labor de la Comisión debe seguir centrándose en aclarar de manera práctica la forma de demostrar la existencia de un principio general del derecho, y su contenido, en un momento determinado⁹.

11. En segundo lugar, como ya se ha señalado, hubo acuerdo general tanto en la Comisión de Derecho Internacional como en la Sexta Comisión en que el reconocimiento era la condición esencial de la existencia de un principio general del derecho¹⁰. Por lo tanto, para identificar un principio general del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, hay que examinar cuidadosamente todas las pruebas disponibles que demuestren que un principio general del derecho ha sido “reconocido por las naciones civilizadas”. Se trata de un criterio objetivo que se intenta aclarar en las partes segunda y tercera a continuación sobre la base de la práctica y la jurisprudencia existentes, además de la doctrina pertinente.

12. La tercera observación general se refiere a la expresión “naciones civilizadas” empleada en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que, como se afirma en el primer informe, indica de quién se requiere el reconocimiento para que exista un principio general del derecho¹¹. Durante el debate de 2019, los miembros de la Comisión presentaron varias propuestas útiles para encontrar una expresión alternativa acorde a la realidad actual¹².

13. En opinión del Relator Especial, la expresión “comunidad de naciones” es la más adecuada. Es la fórmula utilizada en la versión en inglés del artículo 15, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“general principles of law recognized by the *community of nations*” [sin cursiva en el original]), un tratado en el que son partes 173 Estados y que, por lo tanto, cuenta con una amplia aceptación¹³. Dado que el artículo 15, párrafo 2, se refiere claramente a la fuente del derecho internacional enumerada en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, puede considerarse que refleja la interpretación actual de la expresión “naciones civilizadas”. Por consiguiente, en todo el presente informe se emplea la expresión “comunidad de naciones” en lugar de “naciones civilizadas” para

⁹ Este también fue el enfoque adoptado por la Comisión en el tema “Identificación del derecho internacional consuetudinario” (véase el párrafo 5) del comentario a la conclusión 1 de las conclusiones sobre el tema, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/73/10)*, pág. 134).

¹⁰ *A/CN.4/732*, párr. 164.

¹¹ *Ibid.*, párr. 176.

¹² Se propusieron expresiones como “comunidad internacional”, “comunidad internacional de Estados”, “comunidad internacional de Estados en su conjunto”, “comunidad internacional en su conjunto” y “comunidad de naciones”. Véanse las intervenciones de la Sra. Galvão Teles (*A/CN.4/SR.3489*, pág. 23); el Sr. Gómez-Robledo (*A/CN.4/SR.3492*, pág. 11); el Sr. Hassouna (*A/CN.4/SR.3490*, pág. 26); el Sr. Hmoud (*A/CN.4/SR.3489*, pág. 16); el Sr. Nguyen (*A/CN.4/SR.3491*, pág. 15); el Sr. Nolte (*A/CN.4/SR.3492*, pág. 19); el Sr. Ruda Santolaria (*A/CN.4/SR.3492*, pág. 13); el Sr. Šturma (*A/CN.4/SR.3493*, pág. 16). Véase también Sienho Yee, “We are all ‘civilized nations’: Arguments for cleaning up article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice”, en Yee (ed.), *Towards an International Law of Co-progressiveness, Part II: Membership, Leadership and Responsibility* (Leiden, Brill, 2014), págs. 21 a 35.

¹³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1969), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, núm. 14668, pág. 171. Véanse también las declaraciones de Alemania (*A/C.6/74/SR.28*, párr. 105); los Estados Unidos (puede consultarse en el portal PaperSmart, en <https://papersmart.unmeetings.org/>); el Perú (puede consultarse en el portal PaperSmart); Sierra Leona (*A/C.6/74/SR.31*, párr. 110).

indicar de quién se requiere el reconocimiento para que exista un principio general del derecho.

14. En cuarto lugar, cabe recordar que el primer informe distinguía dos categorías de principios generales del derecho en el ámbito del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que la Comisión debía abordar en sus trabajos: los principios generales del derecho derivados de los sistemas jurídicos nacionales y los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional. Tras examinar cuidadosamente todas las opiniones expresadas en la Comisión de Derecho Internacional y en la Sexta Comisión, el Relator Especial considera que debe mantenerse la distinción entre esas dos categorías.

15. Por último, el Relator Especial desea reiterar su opinión de que los criterios para determinar la existencia de un principio general del derecho deben ser estrictos y no deben emplearse como un atajo fácil para identificar normas de derecho internacional. Al mismo tiempo, esos criterios deben ser suficientemente flexibles para que la identificación de principios generales no se considere una tarea imposible. Será fundamental encontrar un equilibrio adecuado para que la labor de la Comisión sobre el presente tema logre resultados satisfactorios¹⁴.

Segunda parte: Identificación de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales

16. En el primer informe se demostró que estaba bien establecido en la práctica y en la doctrina que los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia incluían los derivados de los sistemas jurídicos nacionales¹⁵. Como ya se ha mencionado, durante el debate sobre el tema en 2019, prácticamente todos los miembros de la Comisión suscribieron esta tesis. Varios Estados en la Sexta Comisión también expresaron su acuerdo a este respecto. Así ocurrió, en particular, con Australia¹⁶, Austria¹⁷, Belarús¹⁸, Chile¹⁹, China²⁰, Cuba²¹, el Ecuador²², Egipto²³, El Salvador²⁴, Eslovaquia²⁵, España²⁶, los Estados Unidos de América²⁷, Estonia²⁸, la Federación de Rusia²⁹, Filipinas³⁰, Francia³¹, la República Islámica del Irán³², Italia³³, Malasia³⁴, los Estados Federados

¹⁴ [A/CN.4/SR.3494](#), pág. 7.

¹⁵ [A/CN.4/732](#), párrs. 190 a 230.

¹⁶ Puede consultarse en el portal PaperSmart.

¹⁷ [A/C.6/74/SR.31](#), párr. 88.

¹⁸ *Ibid.*, párr. 95.

¹⁹ [A/C.6/66/SR.32](#), párrs. 49 a 51.

²⁰ [A/C.6/74/SR.27](#), párrs. 95 y 96.

²¹ [A/C.6/74/SR.31](#), párr. 135.

²² [A/C.6/74/SR.27](#), párr. 37.

²³ [A/C.6/74/SR.32](#), párr. 90.

²⁴ *Ibid.*, párr. 111.

²⁵ [A/C.6/74/SR.31](#), párr. 118.

²⁶ [A/C.6/74/SR.32](#), párr. 39.

²⁷ Puede consultarse en el portal PaperSmart.

²⁸ [A/C.6/74/SR.32](#), párr. 118.

²⁹ *Ibid.*, párr. 78.

³⁰ [A/C.6/74/SR.32](#), párr. 3.

³¹ [A/C.6/74/SR.31](#), párr. 122.

³² Puede consultarse en el portal PaperSmart.

³³ [A/C.6/74/SR.32](#), párr. 33.

³⁴ Puede consultarse en el portal PaperSmart.

de Micronesia³⁵, Noruega (en nombre de los países nórdicos)³⁶, los Países Bajos³⁷, el Perú³⁸, Portugal³⁹, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte⁴⁰, la República Checa⁴¹, Sierra Leona⁴², el Sudán⁴³ y Viet Nam⁴⁴. A juicio del Relator Especial, el amplio apoyo a esta categoría de principios generales del derecho proporciona una base sólida para que la Comisión continúe su labor.

17. También hubo acuerdo en que el enfoque básico para la identificación de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales consistía en un análisis en dos etapas: en primer lugar, determinar la existencia de un principio común a los principales sistemas jurídicos del mundo; en segundo lugar, constatar la transposición de ese principio al sistema jurídico internacional⁴⁵. Esta metodología ha suscitado varios interrogantes, en particular:

- a) Cómo exactamente se expresa el reconocimiento;
- b) Cuál es el grado de presencia que debe tener un principio en los sistemas jurídicos nacionales;
- c) Qué se entiende exactamente por “comunidad de naciones” en este contexto; y
- d) Cómo distinguir la metodología para identificar los principios generales del derecho de la metodología para identificar el derecho internacional consuetudinario.

18. Estas cuestiones han sido debidamente tenidas en cuenta por el Relator Especial y se abordarán más adelante.

I. Enfoque básico: análisis en dos etapas

19. En el primer informe se afirma que, por lo general, se considera que la metodología para identificar los principios generales del derecho derivados de los sistemas jurídicos nacionales consiste en un análisis en dos etapas: en primer lugar, determinar la existencia de un principio común a los principales sistemas jurídicos del mundo; en segundo lugar, verificar la transposición de ese principio al sistema jurídico internacional.

20. El análisis en dos etapas es una operación combinada destinada a demostrar que se ha cumplido el requisito del reconocimiento establecido en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Proporciona una base objetiva para determinar si existe un principio general del derecho derivado de sistemas jurídicos nacionales, y cuál es el contenido de ese principio general del derecho. El análisis en dos etapas es una prueba rigurosa, ya que no puede ni debe ser fácil presumir la existencia de un principio general del derecho.

³⁵ [A/C.6/74/SR.32](#), párr. 54.

³⁶ [A/C.6/74/SR.31](#), párr. 77.

³⁷ *Ibid.*, párr. 153.

³⁸ Puede consultarse en el portal PaperSmart.

³⁹ [A/C.6/74/SR.32](#), párr. 85.

⁴⁰ *Ibid.*, párr. 15.

⁴¹ [A/C.6/74/SR.32](#), párr. 104.

⁴² [A/C.6/74/SR.31](#), párr. 109.

⁴³ [A/C.6/74/SR.32](#), párr. 28.

⁴⁴ *Ibid.*, párr. 59.

⁴⁵ [A/CN.4/SR.3494](#), pág. 7.

21. En el primer informe se planteó la cuestión de cuál es el significado exacto del “reconocimiento” en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), en el contexto de esta categoría de principios generales del derecho. Se señaló que a veces se ha indicado que el requisito del reconocimiento se cumple cuando un principio está presente en los principales sistemas jurídicos del mundo⁴⁶. No obstante, en el primer informe también se preguntaba de qué manera contribuía el reconocimiento, en su caso, a determinar si ese principio se había transpuesto al sistema jurídico internacional⁴⁷.

22. Como se explicará con más detalle a continuación, el reconocimiento en este contexto se refiere a la existencia en los sistemas jurídicos nacionales de principios que forman parte del derecho internacional con determinadas condiciones. La primera etapa del análisis sirve para demostrar el reconocimiento general de un principio jurídico por parte de la comunidad de naciones y el contenido esencial de ese principio. La segunda etapa del análisis tiene por objeto demostrar que esos principios también son reconocidos por la comunidad de naciones como parte del derecho internacional si son compatibles con los principios fundamentales del derecho internacional, por una parte, y si se dan las condiciones para su aplicación adecuada en el sistema jurídico internacional, por otra.

II. Determinación de la existencia de un principio común a los principales sistemas jurídicos del mundo

23. La primera etapa del análisis para la identificación de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales consiste en determinar la existencia de un principio común a los principales sistemas jurídicos del mundo. Esta metodología está bien establecida en la práctica de los Estados, la jurisprudencia internacional y la doctrina, y requiere esencialmente un análisis comparativo de los sistemas jurídicos nacionales para demostrar que un principio es común a ellos y, por lo tanto, ha sido reconocido por la comunidad de naciones. Es en este momento del análisis en dos etapas cuando se puede determinar el contenido esencial de un principio general del derecho derivado de sistemas jurídicos nacionales.

24. A fin de aclarar esta parte de la metodología, en las secciones siguientes se abordan los sistemas jurídicos nacionales que deben consultarse, la forma de determinar que un principio es común a ellos y los materiales que son pertinentes a los efectos del análisis comparativo.

A. “Principales sistemas jurídicos del mundo”

25. Una de las primeras cuestiones que es preciso abordar es qué sistemas jurídicos nacionales han de consultarse para identificar un principio general del derecho de la primera categoría. Como se verá, el criterio decisivo para garantizar el cumplimiento del requisito del reconocimiento es que el análisis comparativo sea amplio y representativo y tenga en cuenta los que cabe calificar de “principales sistemas jurídicos del mundo”⁴⁸.

26. El punto de partida del presente análisis es el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que proporciona en sí mismo cierta orientación. La disposición requiere que un principio general del derecho sea reconocido por la comunidad de naciones, lo que indica que, para que exista un

⁴⁶ A/CN.4/732, párrs. 167 y 168.

⁴⁷ *Ibid.*, párr. 170. Véanse también las intervenciones del Sr. Murphy (A/CN.4/SR.3490, pág. 14) y Sir Michael Wood (*ibid.*, pág. 8).

⁴⁸ Véase el párrafo 54 *infra*.

principio general del derecho, este debe ser generalmente reconocido por los miembros de la comunidad de naciones⁴⁹. Este enfoque se sustenta en el principio de igualdad soberana de los Estados, enunciado en el Artículo 2, párrafo 1, de la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas⁵⁰, y en el hecho de que, como se muestra en el primer informe y lo reconocen los miembros de la Comisión, los principios generales del derecho forman parte del derecho internacional general⁵¹. Dado que, como indicó la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Plataforma continental del Mar del Norte*, las normas de derecho internacional general se aplican “en condiciones iguales a todos los miembros de la comunidad internacional”⁵², esas normas han de ser generalmente reconocidas por esos miembros. En el contexto de la primera etapa del análisis para la identificación de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales, ello se traduce en la necesidad de abarcar el mayor número posible de sistemas jurídicos nacionales para asegurarse de que un principio ha sido efectivamente reconocido por la comunidad de naciones.

27. Este enfoque se ve confirmado por la práctica, en la que se pueden encontrar diversos ejemplos de referencias al reconocimiento generalizado que debe tener un principio en los sistemas jurídicos nacionales. En la causa relativa a la *Barcelona Traction*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia habló de “normas generalmente aceptadas en los sistemas jurídicos internos”⁵³. Los Estados y otras cortes y tribunales internacionales también han señalado el requisito de que un

⁴⁹ Véanse también la versión en inglés del artículo 15, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“*general principles of law recognized by the community of nations*”); el artículo 21, párrafo 1 c), del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, núm. 38544, pág. 3 (“principios generales del derecho que derive [...] del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo”). En su opinión separada en la causa relativa a la *Plataforma continental del Mar del Norte*, el Magistrado Ammoun señaló que el texto del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia debía interpretarse “atribuyéndole un alcance universal que no implique discriminación entre los miembros de una sola comunidad basada en la igualdad soberana”. Véase *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 3, opinión separada del Magistrado Fouad Ammoun, págs. 101 y ss., en especial pág. 135.

⁵⁰ Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo. En la resolución se afirma, en particular, que “los Estados son iguales jurídicamente”.

⁵¹ A/CN.4/732, párrs. 160 y 161; A/CN.4/SR.3494, pág. 5.

⁵² *North Sea Continental Shelf* (véase la nota 49 *supra*), pág. 39, párr. 63.

⁵³ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, págs. 3 y ss., en especial pág. 38, párr. 50. Véanse también *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* [excepciones preliminares], fallo, *I.C.J. Reports 2007*, págs. 582 y ss., en especial pág. 605, párrs. 60 a 62; *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.

principio sea reconocido en los sistemas jurídicos nacionales en general⁵⁴, o exista en “todos” los sistemas jurídicos⁵⁵, en los “principales” o “más importantes”⁵⁶ sistemas jurídicos, o en “muchos”⁵⁷ sistemas jurídicos o una “mayoría”⁵⁸ de ellos.

- ⁵⁴ Véanse, por ejemplo, *Case concerning the Arbitral Award made by the King of Spain on 23 December 1906*, fallo de 18 de noviembre de 1960, Corte Internacional de Justicia, *I.C.J. Reports 1960*, pág. 192, contramemoria de Nicaragua, párr. 56 (“lo que por lo general sucede en el derecho interno”); *Questech, Inc. v. Iran*, caso núm. 59, laudo núm. 191-59-1, 20 de septiembre de 1985, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, *Iran – United States Claims Tribunal Reports* (IUSCTR), vol. 9, págs. 107 y ss., en especial pág. 122 (“incorporado en tantos sistemas jurídicos”); *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, fallo, Corte Internacional de Justicia, *I.C.J. Reports 1997*, pág. 7, réplica de Eslovaquia, vol. I, párr. 6.27 (“habitual en los contratos nacionales”); Alemania, Tribunal Constitucional, sentencia, 4 de septiembre de 2004, 2 BvR 1475/07, párr. 20. (“principios jurídicos reconocidos y compartidos por los sistemas jurídicos nacionales”); *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, Corte Permanente de Arbitraje, *Reports of International Arbitral Awards (U.N.R.I.A.A.)*, vol. XXX, págs. 145 a 416, en especial pág. 299, párr. 401 (“principios de revisión aplicables en el derecho internacional público y en los sistemas jurídicos nacionales, en la medida en que estos últimos suelen compartir las mismas prácticas”); *El Paso Energy International Company c. la República Argentina*, caso núm. ARB/03/15, laudo, 31 de octubre de 2011, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, párr. 622 (“normas que por lo general se aplican en el ámbito interno”); Filipinas, Corte Suprema de Filipinas, *Mary Grace Natividad S. Poe-Llamanzares v. COMELEC*, decisión de 8 de marzo de 2016 (G.R. núm. 221697; GR núms. 221698-700), págs. 19 y 21 (“básicos para los sistemas jurídicos en general”). Véanse también *Isaiah v. Bank Mellat*, caso núm. 219, laudo núm. 35-219-2, 30 de marzo de 1983, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, IUSCTR, vol. 2, págs. 237 y ss.; *Rockwell International Systems, Inc. v. Iran*, caso núm. 430, laudo núm. 438-430-1, 5 de septiembre de 1989, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, IUSCTR, vol. 23, pág. 171, párr. 92; *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kunac and Zoran Vuković*, causa núm. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, fallo, 22 de febrero de 2001, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 439; Alemania, Tribunal Constitucional, sentencia, 8 de mayo de 2007, BVerGE 118, 124, párr. 63.
- ⁵⁵ Véanse, por ejemplo, el caso *Queen* entre el Brasil, Noruega y Suecia (1871) (“reconocido por la legislación de todos los países”) (en Henri La Fontaine, *Pasicrisie internationale 1794-1900: Histoire documentaire des arbitrages internationaux* (Berna, Stämpfli, 1902), pág. 155); *Corfu Channel case*, fallo, 9 de abril de 1949, Corte Internacional de Justicia, *I.C.J. Reports 1949*, págs. 4 y ss., en especial pág. 18 (“admitido en todos los sistemas jurídicos”). *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, 28 de mayo de 1997, Sala de Primera Instancia, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párrs. 7 y 8 (“aceptado en el derecho interno de todos los Estados civilizados”); *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, causa núm. ICTR-96-4-T, fallo, 2 de septiembre de 1998, Tribunal Penal Internacional para Rwanda, párr. 46 (“reconocido en todos los sistemas jurídicos del mundo”); *Prosecutor v. Duško Tadić*, causa núm. IT-94-1-A, fallo, 15 de julio de 1999, Sala de Apelaciones, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 225 (“sería necesario demostrar que la mayoría de los países, si no todos, adoptan la misma noción”); *Prosecutor v. Zejnil Delalić et al.*, causa núm. IT-96-21-A, fallo, 20 de febrero de 2001, Sala de Apelaciones, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 179 (“reconocido por todos los sistemas jurídicos”).

28. No obstante, esto no quiere decir que haya que consultar todos los sistemas jurídicos nacionales del mundo para identificar un principio general del derecho⁵⁹. Ello haría que la identificación de principios generales del derecho fuera extremadamente onerosa, cuando no imposible. En cambio, en la práctica se adopta un enfoque más pragmático por el que los Estados y las cortes y tribunales internacionales han tratado de realizar análisis comparativos amplios y representativos de diferentes tradiciones jurídicas y regiones del mundo.

29. La práctica de los Estados a este respecto puede encontrarse, en particular, en los alegatos de los Estados ante las cortes y tribunales internacionales. En el arbitraje sobre las *Reclamaciones de Alabama*, por ejemplo, los Estados Unidos, al determinar el sentido de la expresión “diligencia debida” empleada en el Tratado de Washington de 1871, se remitió al derecho romano y a la legislación de Inglaterra, “América” y

⁵⁶ Véanse, por ejemplo, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, causa núm. IT-95-17/1-T, fallo, 10 de diciembre de 1998, Sala de Primera Instancia, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 178 (“todos los principales sistemas jurídicos del mundo”); *Prosecutor v. Duško Tadić*, causa núm. IT-94-1-A, fallo sobre las alegaciones de desacato formuladas contra el abogado anterior, Milan Vujin, 31 de enero de 2000, Sala de Apelaciones, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 15 (“común a los principales sistemas jurídicos del mundo”); *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al.*, causa núm. IT-95-16-T, fallo, 14 de enero de 2000, Sala de Primera Instancia, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 677 (“principales sistemas penales del mundo”); *Certain Property (Liechtenstein v. Germany)* [excepciones preliminares], fallo, *I.C.J. Reports 2005*, pág. 6, memoria de Liechtenstein, pág. 144, párr. 6.5 (“se aplica en los principales sistemas de derecho interno”); Suiza, Consejo Federal, “Rapport additionnel du Conseil fédéral au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne” (30 de marzo de 2011), *Federal Gazette*, págs. 3401 y ss., en especial pág. 3411; *Prosecutor v. Nikola Sainović et al.*, causa núm. IT-05-87-A, fallo, 23 de enero de 2014, Sala de Apelaciones, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 1644 (“principales sistemas jurídicos del mundo”).

⁵⁷ Véanse, por ejemplo, *LaGrand (Germany v. United States of America)*, fallo, Corte Internacional de Justicia, *I.C.J. Reports 2001*, pág. 466, memoria de Alemania, párr. 4.125 (“gran número de sistemas jurídicos nacionales”); *Prosecutor v. Radislav Krstić*, causa núm. IT-98-33-A, fallo, 19 de abril de 2004, Sala de Apelaciones, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 141 (“[m]uchas jurisdicciones internas”); *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia)* [medidas provisionales], providencia de 3 de marzo de 2014, *I.C.J. Reports 2014*, pág. 147, contramemoria de Australia, vol. I, párrs. 4.15, 4.18 y 4.21 (“muchos sistemas jurídicos nacionales”).

⁵⁸ Véanse, por ejemplo, el caso *Fabiani (1896) (Pasicrisie internationale (nota 55 supra)*, pág. 356) (“la mayoría de las legislaciones”); *Libyan American Oil Company (Liamco) c. Libyan Arab Republic Relating to Petroleum Concessions*, laudo, 12 de abril de 1977, *International Legal Materials*, vol. 20 (enero de 1981), págs. 1 a 87, en especial pág. 37 [72] (“sistemas jurídicos más reconocidos”); *Sea-Land Service, Inc. v. Iran*, laudo núm. 135-33-1, 20 de junio de 1984, IUSCTR, vol. 6, pág. 168 (“codificado o judicialmente reconocido en la inmensa mayoría de los sistemas jurídicos nacionales del mundo”); *Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*, sentencia (reparaciones y costas), 10 de septiembre de 1993, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 15, párr. 62 (“mayoría de las legislaciones”); *El Paso c. la Argentina* (nota 54 supra), párr. 623 (“normas y principios aplicados en la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales”).

⁵⁹ Tampoco se trata, como ha señalado un miembro de la Comisión, de una cuestión de cálculo matemático. Véase la intervención del Sr. Wood (A/CN.4/SR.3490, pág. 9). De mismo modo, el Magistrado Tanaka opinaba que “el reconocimiento de un principio por las naciones civilizadas [...] no significa el reconocimiento por todas las naciones civilizadas” (*South West Africa* [Segunda fase], fallo, Corte Internacional de Justicia, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 6, opinión disidente del Magistrado Tanaka, págs. 250 y ss., en especial pág. 299).

el “Continente Europeo”⁶⁰. Del mismo modo, en el caso del *Fondo Piadoso*, México y los Estados Unidos recurrieron al derecho romano y a la legislación y la jurisprudencia de Alemania, Bélgica, España, los Estados Unidos, Francia, México, los Países Bajos y Prusia para determinar el contenido del principio de cosa juzgada⁶¹.

30. Algunas prácticas actuales de los Estados contienen análisis comparativos más amplios. Así, en la causa relativa al *Derecho de paso*, a fin de demostrar la existencia de un principio general del derecho que le daría derecho a acceder a un enclave, Portugal presentó un estudio comparativo de 64 sistemas jurídicos nacionales y sostuvo que todas las tradiciones jurídicas estaban representadas en él: “las legislaciones de la llamada inspiración romanista (latina o germánica), el *common law*, las leyes de las democracias populares, el derecho islámico, el derecho escandinavo, el derecho asiático”⁶². En la causa relativa a *Ciertas tierras fosfáticas*, Nauru también presentó un estudio comparativo sobre “el grado de reconocimiento de los fideicomisos e instituciones similares a los fideicomisos en los diversos sistemas jurídicos del mundo”. El estudio incluía sistemas de *common law* y de tradición romanista de diferentes regiones del mundo, a saber, 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 Zelanda, los Países Bajos, el Pakistán, el Reino Unido, Rumania, el Senegal, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia y Suiza⁶³.

31. Asimismo, en la causa relativa a *Avena y otros nacionales mexicanos*, para demostrar la existencia de un principio general del derecho relativo a la exclusión de las pruebas ilegales, México realizó un análisis comparativo de sistemas de inspiración romanista y de *common law*, he hizo referencia en particular a la legislación y la jurisprudencia de, entre otros países, Alemania, el Canadá, los Estados Unidos, Francia, Italia, el Japón, México y el Reino Unido⁶⁴.

32. En la causa relativa a *Determinados bienes*, al tratar de constatar la existencia del principio de enriquecimiento injusto como principio general del derecho, Liechtenstein se basó en el derecho romano y señaló que “todos o prácticamente todos los sistemas jurídicos nacionales incorporan este principio”⁶⁵. Liechtenstein hizo

⁶⁰ *Alabama claims of the United States of America against Great Britain*, laudo de 14 de septiembre de 1872, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XXIX, alegato de los Estados Unidos (en *Case of the United States, to Be Laid before the Tribunal of Arbitration, to Be Convened at Geneva under the Provisions of the Treaty between the United States of America and Her Majesty the Queen of Great Britain, Concluded at Washington, May 8, 1871* (Estados Unidos, Departamento de Estado, 1871), págs. 150 a 158).

⁶¹ *United States vs. Mexico, Report of Jackson H. Ralston, Agent of the United States and of Counsel, in the matter of the case of the Pious Fund of the Californias* (Washington D.C., Government Printing Office, 1902), réplica de México, págs. 7 y 8; dúplica de los Estados Unidos, págs. 7 y 10; conclusiones de México, pág. 11; declaración y escrito en nombre de los Estados Unidos, págs. 32, 46, 47 y 50 a 52; actas de las sesiones, págs. 123, 130, 131, 235 y 309. Véase también *Affaire de l'indemnité russe (Russie, Turquie)*, laudo, 11 de noviembre de 1912, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XI, págs. 421 a 447, en especial págs. 439 y 440, donde el Imperio Otomano argumentó contra la existencia de una obligación de los Estados de pagar intereses moratorios y se remitió al derecho romano y a las legislaciones de inspiración romanista en apoyo de su posición.

⁶² *Case concerning Right of Passage over Indian Territory* [Cuestiones de fondo], fallo de 12 de abril de 1960, Corte Internacional de Justicia, *I.C.J. Reports 1960*, pág. 6, réplica de Portugal, párr. 543.

⁶³ *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)* [Excepciones preliminares], fallo, Corte Internacional de Justicia, *I.C.J. Reports 1992*, pág. 240, memoria de Nauru, apéndice 3.

⁶⁴ *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, fallo, Corte Internacional de Justicia, *I.C.J. Reports 2004*, pág. 12, memoria de México, párrs. 374 a 376.

⁶⁵ *Certain Property* (véase la nota 56 *supra*), memoria de Liechtenstein, párrs. 6.7 y 6.8.

referencia, en particular, a la legislación y la jurisprudencia de Alemania, Australia, Austria, el Canadá, los Estados Unidos, Francia, Italia, los Países Bajos, el Reino Unido y Suiza, así como a “los sistemas jurídicos basados en el derecho islámico”⁶⁶.

33. En la causa relativa a las *Cuestiones relativas a la incautación y retención de determinados documentos y datos*, Timor-Leste se basó en tres exámenes no exhaustivos de sistemas jurídicos nacionales para identificar un principio de secreto profesional. Se examinaron 46 sistemas jurídicos, tanto de *common law* como de inspiración romanista, de diferentes regiones del mundo (África, Asia y el Pacífico, Europa, América Latina, Oriente Medio y América del Norte)⁶⁷. Al cuestionar el contenido del principio general del derecho invocado por Timor-Leste, Australia presentó su propio estudio comparativo de 17 sistemas jurídicos nacionales⁶⁸.

34. En una causa reciente, la Corte Suprema de Filipinas resolvió lo siguiente:

Las pruebas presentadas por los demandantes muestran que al menos 60 países de Asia, América del Norte y del Sur y Europa han promulgado legislación en la que se reconoce la nacionalidad a los expósitos. Cuarenta y dos (42) de esos países aplican el régimen de *ius sanguinis*. De los 60, solo 33 son partes en la Convención para Reducir los Casos de Apatridia; 26 no son signatarios de la Convención. Además, el Presidente de la Corte Suprema [...] señaló que en 166 de los 189 países objeto de estudio (o sea, un 87,83 % de ellos) se reconoce la ciudadanía a los expósitos. Estas circunstancias, incluida la práctica de los países con régimen de *ius sanguinis*, muestra que es un principio generalmente aceptado de derecho internacional establecer la presunción de que los expósitos son hijos de nacionales del país en el que son hallados⁶⁹.

35. La jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales reafirma el enfoque que puede apreciarse en la práctica de los Estados expuesta más arriba. A este respecto, resulta particularmente pertinente la jurisprudencia de las cortes y tribunales penales internacionales, en la que se pueden encontrar amplios análisis comparativos de los sistemas jurídicos nacionales.

36. En la causa *Delalić*, por ejemplo, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia rechazó un argumento de la defensa basado en la responsabilidad mental disminuida (una eximente no prevista en el Estatuto del Tribunal). A tal efecto, analizó sistemas de *common law* (Australia, Bahamas,

⁶⁶ *Ibid.*, párrs. 6.8 a 6.13.

⁶⁷ *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data* (véase la nota 57 *supra*), memoria de Timor-Leste, anexos 22 a 24. Los 46 sistemas jurídicos incluidos eran los 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 Zelanda, los Países Bajos, la República Checa, Polonia, Portugal, la República de Corea, el Reino Unido, Rumania, Singapur, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Turquía, Hong Kong (China) y la Unión Europea.

⁶⁸ *Ibid.*, contramemoria de Australia, vol. II, anexo 51. Se estudiaron la legislación y la jurisprudencia de Alemania, Australia, Bélgica, Dinamarca, Eslovaquia, los Estados Unidos de América, la Federación de Rusia, Francia, la India, Indonesia, Marruecos, México, Nueva Zelanda, el Reino Unido, Suiza, Timor-Leste y Uganda. Malta elaboró un estudio comparativo similar en el que invocaba los principios generales del derecho para interpretar el Artículo 62 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Véase *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, solicitud de intervención, fallo, *I.C.J. Reports 1981*, pág. 3, argumentos orales sobre la solicitud de intervención, tercera sesión, 20 de marzo de 1981, mañana, pág. 341.

⁶⁹ Corte Suprema de Filipinas, decisión de 8 de marzo de 2016 (véase la nota 54 *supra*), pág. 21. La Corte Suprema hizo referencia expresa al Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Barbados, Estados Unidos, Singapur, Sudáfrica e Inglaterra, Escocia y Hong Kong (China)) y sistemas de inspiración romanista (Alemania, Croacia, Federación de Rusia, Francia, Italia, Japón, Turquía y la ex-Yugoslavia)⁷⁰.

37. En la causa *Pavle Strugar*, al ratificar una resolución de la Sala de Primera Instancia en relación con la capacidad del acusado para comparecer en juicio (cuestión que tampoco está expresamente regulada en el Estatuto del Tribunal), la Sala de Apelaciones analizó la legislación y la jurisprudencia de jurisdicciones de *common law* (Australia, Canadá, Estados Unidos, India, Malasia y Reino Unido) y de inspiración romanista (Alemania, Austria, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Chile, Croacia, Federación de Rusia, Japón, Montenegro, Países Bajos, República de Corea y Serbia)⁷¹.

38. Del mismo modo, en la causa *Erdemović*, a fin de determinar si la coacción podía constituir una eximente absoluta, la Sala de Apelaciones realizó un análisis comparativo de sistemas de inspiración romanista (Alemania, Bélgica, Chile, España, Finlandia, Francia, Italia, México, Nicaragua, Noruega, Países Bajos, Panamá, Polonia, Suecia, Venezuela (República Bolivariana de) y la ex-Yugoslavia) y sistemas de *common law* (Australia, Canadá, Estados Unidos, India, Malasia, Nigeria, Sudáfrica e Inglaterra), así como del derecho penal de “otros Estados” (China, Etiopía, Japón, Marruecos, Somalia)⁷².

39. En la causa *Furundžija*, una Sala de Primera Instancia del Tribunal también se basó en varios sistemas jurídicos nacionales (Alemania, Argentina, Austria, Bosnia y Herzegovina, Chile, China, Francia, India, Italia, Japón, Países Bajos, Pakistán, Uganda, Zambia e Inglaterra y Gales, la ex-Yugoslavia y Nueva Gales del Sur (Australia)) para encontrar una definición común de la violación⁷³. Más tarde, en la causa *Kunarac*, otra Sala de Primera Instancia llevó a cabo un análisis similar para ampliar la definición de la violación de la Sala de Primera Instancia en la causa *Furundžija*⁷⁴.

40. Sin embargo, los ejemplos como los anteriores no son muy comunes. En otras causas, las cortes y tribunales han realizado análisis comparativos más limitados, aunque también con objeto de asegurar, en cierta medida, que se tengan en cuenta las diferentes tradiciones jurídicas, así como las diversas regiones del mundo.

41. En lo que respecta al arbitraje entre Estados, por ejemplo, el tribunal del caso de la *Indemnización rusa* se basó en el “derecho romano y sus derivados” para concluir que el principio general de responsabilidad de los Estados implicaba una responsabilidad especial en caso de demora en el pago de una deuda monetaria⁷⁵. En el arbitraje del caso *Abyei*, a fin de determinar los principios jurídicos aplicables al examen institucional, el tribunal hizo referencia, entre otras cosas, a “[c]iertos

⁷⁰ *Delalić* (2001) (véase la nota 55 *supra*), párrs. 584 a 589.

⁷¹ *Prosecutor v. Pavle Strugar*, causa núm. IT-01-42-A, fallo, 17 de julio de 2008, párrs. 52 a 54.

⁷² *Prosecutor v. Dražen Erdemović*, causa núm. IT-96-22-A, fallo, 7 de octubre de 1997, párr. 19, donde se hace referencia a la opinión separada conjunta del Magistrado McDonald y el Magistrado Vohrah, párrs. 59 a 65. Véase también *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, fallo, Sala de Primera Instancia (véase la nota 56 *supra*), párrs. 680 a 688 y 693.

⁷³ *Furundžija* (véase la nota 56 *supra*), párr. 180.

⁷⁴ *Kunarac* (véase la nota 54 *supra*), párrs. 437 a 460 (donde se hace referencia a los sistemas jurídicos de Alemania, la Argentina, Australia, Austria, Bangladesh, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, el Brasil, el Canadá, China, Costa Rica, Dinamarca, España, los Estados Unidos, Estonia, Filipinas, Finlandia, Francia, la India, Italia, el Japón, Noruega, Nueva Zelandia, Portugal, el Reino Unido, la República de Corea, Sierra Leona, Sudáfrica, Suecia, Suiza, el Uruguay y Zambia).

⁷⁵ *Affaire de l'indemnité russe* (véase la nota 61 *supra*), págs. 441 y 442.

sistemas jurídicos de Europa continental” (en particular Alemania) y a los sistemas jurídicos del Reino Unido y los Estados Unidos⁷⁶.

42. En la causa *Tadić*, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, al estudiar su facultad para sancionar el desacato, se basó en sistemas de *common law* (Reino Unido) y de inspiración romanista (Alemania, China, Federación de Rusia, Francia)⁷⁷. Del mismo modo, una Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para Rwanda en la causa *Musema* hizo referencia a algunos sistemas de inspiración romanista y de *common law* y consideró que tenían suficientes elementos en común para definir el delito de conspiración para cometer genocidio⁷⁸.

43. En la causa *Comoras* sustanciada ante la Corte Penal Internacional, una Sala de Cuestiones Preliminares determinó que era “un principio del derecho reconocido en diferentes sistemas jurídicos que las partes en los procedimientos judiciales han de cumplir las decisiones judiciales”, y que ese principio “es de aplicación a todas las fases de los procedimientos sustanciados ante [la] Corte”. A tal efecto, la Sala hizo referencia, además de a la jurisprudencia internacional, a la legislación y la jurisprudencia de Francia, la India y Nigeria⁷⁹.

44. También pueden encontrarse ejemplos como este en el arbitraje sobre inversiones. En *Amco c. Indonesia*, por ejemplo, el tribunal consideró que el principio *pacta sunt servanda* era un principio general del derecho reconocido en los sistemas de inspiración romanista (Francia), de *common law* (Estados Unidos) y de derecho islámico (Arabia Saudita y Libia)⁸⁰. Del mismo modo, para determinar los principios que regían el cálculo de los daños y perjuicios, el tribunal hizo referencia a sistemas de inspiración romanista (Francia e Indonesia) y a sistemas de *common law* (Estados Unidos y Reino Unido)⁸¹. En *Total c. la Argentina*, el tribunal consideró que la protección de las expectativas legítimas era un principio general del derecho que había sido “reconocido posteriormente en el derecho civil continental y en el derecho

⁷⁶ Arbitraje *Abyei* (véase la nota 54 *supra*), págs. 299 y 300, párr. 402.

⁷⁷ *Tadić* (2000) (véase la nota 56 *supra*), párrs. 15 a 17. Véanse también *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al.*, causa núm. IT-95-16-A, fallo, 23 de octubre de 2001, Sala de Apelaciones, párrs. 34 a 40; *Slobodan Milosević v. Prosecutor*, causa núm. IT-02-54-AR73.7, decisión sobre la apelación interlocutoria contra la decisión de la Sala de Primera Instancia sobre la asignación de un abogado defensor, 1 de noviembre de 2004, Sala de Apelaciones, párr. 12; *Prosecutor v. Sefer Halilović*, causa núm. IT-01-48-AR73.2, decisión sobre la apelación interlocutoria relativa a la admisión del acta del interrogatorio del acusado presentada de forma directa, 19 de agosto de 2005, Sala de Apelaciones, párrs. 16 y 17; *Prosecutor v. Ante Gotovina et al.*, causa núm. IT-06-90-AR73.2, decisión sobre la apelación interlocutoria de Ivan Čermak contra la decisión de la Sala de Primera Instancia sobre el conflicto de intereses de los abogados Čedo Prodanović y Jadranka Sloković, 29 de junio de 2007, Sala de Primera Instancia, párrs. 44 a 47.

⁷⁸ *Prosecutor v. Alfred Musema*, causa núm. ICTR-96-13T, fallo y pena, 27 de enero de 2000, párrs. 186 a 191. En la causa *Bagosara*, el Fiscal del Tribunal sostuvo que, sobre la base de un estudio de sistemas de inspiración romanista (Alemania, Francia, Senegal) y de *common law* (Estados Unidos y Reino Unido), cabía deducir la existencia como principio general del derecho de un derecho inherente de apelación a falta de una disposición expresa en contrario. Véase *Prosecutor v. Théoneste Bagosora et al.*, causa núm. ICTR-98-37-A, decisión sobre la admisibilidad del recurso de la fiscalía contra la decisión del magistrado encargado de confirmar el procedimiento por la que desestimó una acusación contra Théoneste Bagosora y otros 28, 8 de junio de 1998, párrs. 46 y 47.

⁷⁹ *Situation on the registered vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, causa núm. ICC-01/13, decisión sobre la “Solicitud de revisión judicial presentada por el Gobierno de la Unión de las Comoras”, 15 de noviembre de 2018, Sala de Cuestiones Preliminares I, párr. 107.

⁸⁰ *Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia*, laudo, 20 de noviembre de 1984, párr. 248.

⁸¹ *Ibid.*, párrs. 266 y 267.

civil común o anglosajón dentro de límites bien establecidos”. En apoyo de esta conclusión, el tribunal se basó, entre otras cosas, en los sistemas jurídicos de Alemania, Argentina e Inglaterra⁸². El tribunal en el caso *Gold Reserve c. Venezuela* consideró igualmente que “el concepto de expectativas legítimas se encuentra en diferentes tradiciones jurídicas”, e hizo referencia al derecho de Alemania, Argentina, Francia, Inglaterra y Venezuela⁸³.

45. Los magistrados, en sus opiniones individuales, también han adoptado el criterio de realizar análisis comparativos (más o menos) amplios y representativos al identificar un principio general del derecho. Por ejemplo, en la causa relativa a la *Plataforma continental del Mar del Norte*, el Magistrado Ammoun trató de demostrar que el principio de equidad estaba “incorporado en los grandes sistemas jurídicos del mundo moderno a que se hace referencia en el Artículo 9 del Estatuto de la Corte”, y que “se pone de manifiesto en el derecho de Europa Occidental y de América Latina [...]; en el *common law* [...]; en el derecho islámico [...]; en el derecho chino [...] en el derecho soviético [...] en el derecho hindú [...] y; por último, en el derecho de otros países asiáticos y de los países africanos”⁸⁴.

46. En la causa relativa a las *Plataformas petrolíferas*, en relación con la responsabilidad solidaria, el Magistrado Simma “investigó varias jurisdicciones de *common law*, así como el derecho alemán, francés y suizo en materia de responsabilidad civil” y llegó a la conclusión de que existía un principio general del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁸⁵. Más adelante, en la causa relativa a la *Aplicación del acuerdo provisional de 13 de septiembre de 1995*, el Magistrado Simma, al evaluar si la *exceptio non adimpleti contractus* podía considerarse un principio general del derecho, se refirió al origen del principio en el derecho romano y a su “amplia aceptación [...] en las principales tradiciones jurídicas de los sistemas de inspiración romanista y de *common law*”⁸⁶.

47. Algunos de los ejemplos anteriores parecen contradecir los casos en que se consideró que no existía un principio general del derecho por la escasez de sistemas jurídicos nacionales en los que podía encontrarse o la limitación del análisis comparativo presentado por una de las partes en la controversia. En la causa relativa a *África sudoccidental*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia señaló que, si bien la *actio popularis* podía “ser conocida en ciertos sistemas jurídicos nacionales”, no podía considerarse un principio general del derecho en el sentido del Artículo 38,

⁸² *Total S.A. c. la República Argentina*, caso núm. ARB/04/01, decisión sobre responsabilidad, 27 de diciembre de 2010, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, párr. 128. Véanse también *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republic of Lebanon*, caso núm. ARB/07/12, laudo, 7 de junio de 2012, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, párr. 166; *Crystallex International Corporation c. República Bolivariana de Venezuela*, caso núm. ARB(AF)11/2, laudo, 4 de abril de 2016, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, párr. 546.

⁸³ *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, caso núm. ARB(AF)/09/1, laudo, 22 de septiembre de 2014, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, párr. 576. Véase también Srinath Reddy Kethireddy, “Still the law of nations: Legitimate expectations and the sovereigntist turn in international investment law”, *Yale Journal of International Law*, vol. 44 (2019), págs. 315 y ss., en especial pág. 326.

⁸⁴ *North Sea Continental Shelf* (véase la nota 49 *supra*), opinión separada del Magistrado Ammoun, págs. 101 y ss., en especial págs. 140 y 141.

⁸⁵ *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 2003*, pág. 161, opinión separada del Magistrado Simma, págs. 324 y ss., en especial págs. 354 a 358, párrs. 66 a 74.

⁸⁶ *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. 12.

párrafo 1 c), de su Estatuto⁸⁷. La referencia a “determinados sistemas jurídicos nacionales” puede dar a entender que la Corte no consideraba que la *actio popularis* estuviera suficientemente reconocida en los sistemas jurídicos nacionales en el momento de emitir su decisión⁸⁸.

48. La Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional, en un fallo de 10 de noviembre de 2011, consideró que la jurisprudencia de un Estado presentada por el Fiscal no le permitía resolver la cuestión que tenía ante sí y que en ningún caso se había aducido que esa jurisprudencia debiera interpretarse como fundamento de un principio general del derecho en el sentido del artículo 21, párrafo 1 c), del Estatuto de Roma⁸⁹. Del mismo modo, una Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte, en una decisión de 20 de julio de 2011, determinó que, suponiendo que existiera una laguna en el Estatuto de Roma, “no se puede deducir la existencia de un principio general del derecho tras examinar únicamente cinco jurisdicciones nacionales cuya práctica ni siquiera es coherente”⁹⁰.

49. En la causa *Lubanga*, una Sala de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional también consideró que la existencia de un principio en dos sistemas de *common law* era insuficiente para identificar un principio general del derecho en el sentido del artículo 21, párrafo 1 c), del Estatuto de Roma:

Aunque esta práctica [la preparación de testigos] se acepta en cierta medida en dos sistemas jurídicos, ambos basados en las tradiciones del *common law*, esto no constituye fundamento suficiente para concluir que existe un principio general basado en la práctica establecida de los sistemas jurídicos nacionales. La Sala de Primera Instancia observa que, en sus argumentaciones con respecto a la jurisprudencia nacional, la fiscalía no incluyó ninguna cita del sistema jurídico de tradición romanista⁹¹.

50. Si bien es cierto que existen ciertas divergencias en la práctica de los Estados y la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales mencionados más arriba (en cuanto a la terminología y la metodología exacta empleadas), el Relator Especial considera que de ellas puede deducirse un enfoque global: el análisis comparativo a los efectos de determinar la existencia de un principio general del derecho ha de ser amplio y representativo y abarcar diferentes familias jurídicas y las diversas regiones del mundo. Así se garantiza que se ha cumplido el requisito del reconocimiento previsto en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, además de las otras condiciones que se abordarán en el siguiente capítulo.

⁸⁷ *South West Africa* (véase la nota 59 *supra*), párr. 88.

⁸⁸ Véase Giorgio Gaja, “General principles in the jurisprudence of the ICJ”, en Mads Andenas y otros (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Leiden, Brill, 2019), págs. 35 a 43, en especial pág. 39 (donde se indica que un examen más exhaustivo del derecho interno aportaría mayor solidez a la identificación de un principio general del derecho).

⁸⁹ *Situation in the Republic of Kenya, Prosecutor v. Kenyatta et al.*, núm. ICC-01/09-02/11 OA3, fallo, 10 de noviembre de 2011, párr. 62.

⁹⁰ *Situation in the Republic of Kenya, Prosecutor v. Kenyatta et al.*, núm. ICC-01/09-02/11, decisión relativa a la anulación de la designación del abogado de la defensa, 20 de julio de 2011, párrs. 25 a 27.

⁹¹ *Situation in the Democratic Republic of the Congo, Prosecutor v. Lubanga*, núm. ICC-01/04-01/06-1049, decisión relativa a la práctica de preparación de los testigos antes de que declaren ante la Corte, 30 de noviembre de 2007, Sala de Primera Instancia I, párr. 41. Véase también *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. Ecuador*, caso núm. 34877, laudo parcial sobre el fondo, 30 de marzo de 2010, Corte Permanente de Arbitraje, párr. 382 (“el principio de ‘pérdida de oportunidad’ no tiene una amplia aceptación entre los sistemas jurídicos como para que se lo pueda considerar un ‘principio general de derecho reconocido por las naciones civilizadas’”).

51. Gran parte de la doctrina adopta un enfoque similar. Además de los especialistas que han señalado en general que, para que exista un principio general del derecho, este ha de ser generalmente reconocido en los sistemas jurídicos nacionales⁹², otros han señalado, por ejemplo, que una de las condiciones para la identificación de un principio general es su presencia en un gran número y variedad de sistemas jurídicos nacionales⁹³, y que la doctrina y la jurisprudencia se refieren a la noción de representatividad, que debe lograrse al establecer si un principio determinado es común a los principales sistemas jurídicos del mundo⁹⁴. También se ha argumentado que todos los derechos internos modernos pueden agruparse en unas pocas familias o sistemas de derecho que, en lo que respecta a los principios generales, son lo suficientemente coherentes como para ser considerados “sistemas jurídicos”⁹⁵. Asimismo, como ha señalado la Asociación de Derecho Internacional:

Tampoco basta con “identificar” un principio general entre los principales sistemas jurídicos si no existe suficiente representación geográfica, por ejemplo, un principio general compartido por los europeos con sistemas de inspiración romanista también debe encontrarse en otros países con sistemas de inspiración romanista situados en zonas geográficas diferentes y pertenecientes a civilizaciones distintas⁹⁶.

52. La clasificación de los sistemas jurídicos nacionales en familias jurídicas es un método muy conocido en el derecho comparado. Como señala un autor, la labor de agrupar las jurisdicciones de todo el mundo en un puñado de familias jurídicas en función las características comunes subyacentes de su derecho siempre ha ocupado un lugar central en el derecho comparado⁹⁷. Si bien la definición exacta de “familia jurídica” puede variar según los criterios que se utilicen⁹⁸ y los estudios de derecho comparado siguen evolucionando a este respecto⁹⁹, una clasificación que se utiliza con frecuencia en la actualidad es la que distingue entre las familias jurídicas

⁹² Véase [A/CN.4/732](#), párr. 167. Cheng, en particular, señala que el reconocimiento de estos principios en el derecho interno de los pueblos civilizados proporciona la confirmación y la prueba necesarias del carácter jurídico del principio en cuestión. La calificación “reconocidos por las naciones civilizadas” tiene por objeto salvaguardar contra la subjetividad y la posible arbitrariedad del juez. Véase Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Cambridge University Press, 1953/2006), pág. 25.

⁹³ Jaye Ellis, “General principles and comparative law”, *European Journal of International Law*, vol. 22 (2011), págs. 949 a 971, en especial pág. 955.

⁹⁴ *Ibid.*, pág. 957. Véase también Patrick Dumberry, *A Guide to General Principles of Law in International Investment Arbitration* (Oxford University Press, 2020), págs. 110 y 111.

⁹⁵ Alain Pellet y Daniel Müller, “Article 38”, en Andreas Zimmermann y otros (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3ª ed. (Oxford University Press, 2019), pág. 928, párr. 264. Véanse también Michael Bogdan, “General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 46 (1977), págs. 37 a 53, en especial pág. 46; Alain Pellet, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international* (Université de droit, d’économie et de sciences sociales, 1974), pág. 239.

⁹⁶ International Law Association, informe del Grupo de Estudio sobre el uso de los principios del derecho interno en el desarrollo del derecho internacional, *Report of the Seventy-Eighth Conference, Sydney* (2018), págs. 1170 a 1242, párr. 214.

⁹⁷ Mariana Pargendler, “The rise and decline of legal families”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 60 (2012), págs. 1043 a 1074, en especial pág. 1043. Véanse también H. Patrick Glenn, “Comparative legal families and comparative legal traditions”, en Mathias Reimann y Reinhard Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2ª ed. (Oxford University Press, 2019), pág. 425; Jaakko Husa, “Classification of legal families today: Is it time for a memorial hymn?”, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 56 (2004), págs. 11 a 38, en especial págs. 12 y 13.

⁹⁸ Pargendler, “The rise and decline of legal families” (véase la nota 97 *supra*), págs. 1047 a 1060.

⁹⁹ *Ibid.*, págs. 1044 a 1047; Glenn, “Comparative legal families and comparative legal traditions” (véase la nota 97 *supra*), pág. 426.

“angloamericana”, “germánica”, “hindú”, “islámica”, “del Lejano Oriente”, “nórdica (escandinava)” y “romanista”¹⁰⁰.

53. Aun cuando los Estados y las cortes y tribunales internacionales no parecen utilizar una clasificación específica de las familias jurídicas, el derecho comparado puede ser un instrumento útil que debe tenerse en cuenta al identificar un principio general del derecho. El propósito de utilizar este método es claro: al agrupar los sistemas jurídicos nacionales en familias, cabe suponer en cierto modo que dichos sistemas comparten normas y principios, lo que facilita la identificación de un principio común. No obstante, esta presunción no es absoluta, y cada caso concreto es diferente. Además, en opinión del Relator Especial, en todo caso ha de tenerse en cuenta el criterio de que las diferentes regiones del mundo también deben estar representadas en el análisis comparativo.

54. En lo que respecta a la terminología que debe emplearse a los efectos de la labor de la Comisión, el Relator Especial considera que la expresión “principales sistemas jurídicos del mundo”, empleada tanto en el Artículo 9 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹⁰¹ como en el artículo 8 del Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional¹⁰², es apropiada para transmitir la idea de que el análisis comparativo debe ser amplio y representativo y abarcar diferentes familias jurídicas y regiones del mundo. Por consiguiente, al abordar la primera etapa del análisis para la identificación de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales, se propone emplear la fórmula “principios comunes a los principales sistemas jurídicos del mundo”.

B. Principios que son “comunes”

55. El siguiente paso en el análisis es determinar la existencia de principios comunes a los principales sistemas jurídicos del mundo. Se trata esencialmente de una evaluación empírica mediante la cual se comparan las normas existentes en los sistemas jurídicos nacionales a fin de encontrar un principio presente en todos esos sistemas. Este es el análisis que permite determinar objetivamente el contenido esencial de un principio general del derecho derivado de sistemas jurídicos nacionales.

56. En términos generales, se trata de un ejercicio que, aunque no es liviano, está relativamente claro: hay que comparar las normas existentes en los sistemas jurídicos nacionales y deducir el principio que les es común, o destilar el principio subyacente

¹⁰⁰ Pargendler, “The rise and decline of legal families” (véase la nota 97 *supra*), pág. 1060. Véanse también Husa, “Classification of legal families today: Is it time for a memorial hymn?” (nota 97 *supra*), pág. 14; Konrad Zweigert y Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3ª ed. (Tubinga, Mohr Siebeck, 1996).

¹⁰¹ El Artículo 9 dice: “En toda elección, los electores tendrán en cuenta no solo que las personas que hayan de elegirse reúnan individualmente las condiciones requeridas, sino también que en el conjunto estén representadas las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo”.

¹⁰² El artículo 8 dice: “En toda elección, los electores tendrán en cuenta que las personas que hayan de ser elegidas para formar parte de la Comisión reúnan individualmente las condiciones requeridas, y que en la Comisión, en su conjunto, estén representadas las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo”.

a esas normas¹⁰³. El resultado de este ejercicio puede, siempre que se cumplan las condiciones que se analizan en la sección II más adelante, ser elevado a la categoría de principio general del derecho que forma parte del derecho internacional, un principio jurídico que la comunidad de naciones en general considera que es justo o que refleja su conciencia colectiva, o un principio inherente a cualquier sistema jurídico¹⁰⁴.

57. Alguna práctica y cierta jurisprudencia arrojan luz sobre esta cuestión. En la causa relativa al *Derecho de paso*, por ejemplo, Portugal argumentó que el análisis comparativo de los sistemas jurídicos nacionales no requería que hubiera “unanimidad” en sus normas¹⁰⁵. Según Portugal, si bien era cierto que podía haber diferencias entre el derecho interno de los distintos Estados, puesto que las leyes debían adaptarse al contexto particular en que se aplicaban, lo importante a los efectos del análisis comparativo era el principio que podía “derivarse” de esas normas mediante un proceso de “abstracción” y “generalización”¹⁰⁶. La India no refutó esta posición, pero sostuvo que el principio invocado por Portugal no podía formar parte del derecho internacional¹⁰⁷.

¹⁰³ Véanse Dumberry, *A Guide to General Principles of Law in International Investment Arbitration* (nota 94 *supra*), págs. 97 a 127; Daniel Costelloe, “The role of domestic law in the identification of general principles of law under Article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice”, en Andenas y otros, *General Principles and the Coherence of International Law* (véase la nota 88 *supra*), págs. 177 a 194, en especial pág. 185; Brianna Gorence, “The constructive role of general principles in international arbitration”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 17 (2018), págs. 455 a 498, en especial pág. 463; Eirik Bjorge, “Public law sources and analogies of international law”, *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 49 (2018), págs. 533 a 560, en especial pág. 537; Charles T. Kotuby y Luke A. Sobota, *General Principles of Law and International Due Process: Principles and Norms Applicable in Transnational Disputes* (Oxford University Press, 2017), págs. 19 a 21; Catherine Redgwell, “General principles of international law”, en Stefan Vogenauer y Stephen Weatherill (eds.), *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives* (Oxford, Hart, 2017), págs. 5 a 19, en especial pág. 16; Beatrice I. Bonafé y Paolo Palchetti, “Relying on general principles in international law”, en Catherine Brölmann y Yannick Radi (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking* (Cheltenham, Edward Edgar, 2016), págs. 160 a 176, en especial pág. 162; Stephan W. Schill, “General principles of law and international investment law”, en Tarcisio Gazzini y Eric De Brabandere (eds.), *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations* (Brill, 2012), págs. 133 a 181, en especial pág. 148; Samantha Besson, “General principles of international law - Whose principles? “, en Samantha Besson y Pascal Pichonnaz (eds.), *Les principes en droit européen – Principles in European Law* (Ginebra, Schulthess, 2011), pág. 36; Ellis, “General principles and comparative law” (nota 93 *supra*), pág. 954; Tarcisio Gazzini, “General principles of law in the field of foreign investment”, *Journal of World Investment and Trade*, vol. 10, (2009), págs. 103 a 120, en especial pág. 107; Fabián Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2008), págs. 45 a 50; Julio A. Barberis, “Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional”, *Revista IIDH*, vol. 14 (1991), págs. 11 a 41, en especial pág. 32; Bogdan, “General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations”, (nota 95 *supra*), págs. 48 a 50; Paul de Visscher, “Cours général de droit international public”, en *Recueil des cours*, vol. 136 (1972), págs. 116 y 117; Hermann Mosler, “Rechtsvergleichung vor völkerrechtlichen Gerichten”, Rene Marcic y otros (eds.), *Internationale Festschrift für Alfred Verdross* (Munich, Wilhelm Fink, 1971), págs. 381 a 412, en especial págs. 384 y 385; Frances T. Freeman Jalet, “The quest for the general principles of law recognized by civilized nations – A study”, *UCLA Law Review*, vol. 10 (1963), págs. 1041 a 1086, en especial pág. 1081.

¹⁰⁴ Pellet y Müller, “Article 38” (véase la nota 95 *supra*), pág. 930; Prosper Weil, “Le droit international en quête de son identité: cours général de droit international public”, en *Recueil des cours*, vol. 237 (1992), págs. 146 y 147.

¹⁰⁵ *Right of Passage* (véase la nota 62 *supra*), réplica de Portugal, párr. 328.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Véase el párrafo 77 *infra*.

58. En la causa relativa a *Determinados bienes*, Liechtenstein también sostenía que la prohibición del enriquecimiento injusto era un principio general del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y señaló que “[a]unque existan ciertas diferencias en la aplicación de este principio en los distintos sistemas jurídicos, el principio subyacente es el mismo”¹⁰⁸.

59. En la jurisprudencia se aprecia una metodología similar, en particular en el ámbito del derecho penal internacional. En la causa *Furundžija*, por ejemplo, la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia señaló lo siguiente:

las cortes y tribunales internacionales deben basarse en los conceptos generales y las instituciones jurídicas comunes a todos los principales sistemas jurídicos del mundo. Esto conlleva un proceso previo de identificación de los denominadores comunes de esos sistemas jurídicos a fin de determinar con precisión las nociones básicas que comparten¹⁰⁹.

60. Este razonamiento fue expuesto con mayor detalle por otra Sala de Primera Instancia en la causa *Kunarac*:

El valor de esas fuentes [nacionales] es que pueden revelar “conceptos generales e instituciones jurídicas” que, si son comunes a un amplio espectro de sistemas jurídicos nacionales, ponen de manifiesto un enfoque internacional acerca de una cuestión jurídica que podría considerarse un indicador apropiado del derecho internacional en la materia. Al examinar esos sistemas jurídicos nacionales, la Sala de Primera Instancia no lleva a cabo un estudio de los principales sistemas jurídicos del mundo para identificar una disposición jurídica específica adoptada por la mayoría de los sistemas jurídicos, sino para considerar, a partir de un examen de los sistemas nacionales en general, si es posible identificar ciertos principios básicos o, según las palabras empleadas en el fallo de la causa *Furundžija*, “denominadores comunes”, en esos sistemas jurídicos que encarnen los *principios* que deben adoptarse en el contexto internacional¹¹⁰.

61. En la causa *Erdemović*, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia también consideró que la identificación de un principio general:

entraña un estudio de las jurisdicciones cuya jurisprudencia esté disponible en la práctica para tratar de discernir una tendencia general, una doctrina o un principio subyacente a las normas concretas de la jurisdicción en cuestión que concuerden con el objeto y el propósito del establecimiento del Tribunal Internacional¹¹¹.

62. El Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio, si bien no menciona expresamente los principios generales del derecho, habla de un “elemento común ampliamente aceptado” en las normas nacionales sobre la tributación de los

¹⁰⁸ *Certain Property* (véase la nota 56 *supra*), memoria de Liechtenstein, párr. 6.14.

¹⁰⁹ *Furundžija* (véase la nota 56 *supra*), párr. 178.

¹¹⁰ *Kunarac* (véase la nota 54 *supra*), párr. 439.

¹¹¹ *Erdemović* (véase la nota 72 *supra*), párr. 19, donde se hace referencia a la opinión separada conjunta del Magistrado McDonald y el Magistrado Vohrah, párr. 57. En la misma causa, el Magistrado Stephen señaló que, “al tratar de identificar un principio general del derecho, la investigación debe ir más allá de las normas aplicadas y buscar la razón de su promulgación y la forma en que se aplican [...] Por consiguiente, es más probable que el principio general que rige la coacción se encuentre en estas normas generales que en las excepciones específicas existentes para delitos concretos” (opinión separada disidente del Magistrado Stephen, párr. 63).

no residentes a fin de interpretar la expresión “ingresos procedentes del extranjero” de la nota 59 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias¹¹²:

[L]as normas fiscales detalladas sobre la tributación de los no residentes difieren considerablemente de un Estado a otro, ya que algunos aplican normas en virtud de las cuales puede haber más probabilidades de que se graven los ingresos de los no residentes que si se aplican las disposiciones establecidas por otros Estados. Sin embargo, a pesar de las diferencias, nos parece que esas normas revelan la existencia de un elemento común ampliamente aceptado. Ese elemento común es que un Estado “extranjero” gravará a los no residentes sobre los ingresos generados por actividades de esos no residentes que tengan alguna vinculación con ese Estado¹¹³.

63. Algunos magistrados han adoptado un enfoque similar a título individual. Así, en la opinión consultiva relativa al *África sudoccidental*, al abordar la naturaleza jurídica del sistema de mandatos previsto en el Artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, el Magistrado McNair consideró lo siguiente:

El derecho internacional ha derivado y sigue derivando muchas de sus normas e instituciones de los sistemas de derecho privado [...] El modo en que el derecho internacional recurre a esta fuente no es importando instituciones de derecho privado en bloque, listas y plenamente equipadas con una serie de normas. Sería difícil conciliar semejante proceso con la aplicación de “los principios generales del derecho” [...] el verdadero deber de las cortes y tribunales internacionales a este respecto es considerar que cualquier característica o terminología que recuerde a las normas e instituciones del derecho privado es indicativa de determinadas políticas y principios, y no una importación directa de esas normas e instituciones¹¹⁴.

64. En la causa relativa a las *Plataformas petrolíferas*, el Magistrado Simma consideró que el principio general del derecho relativo a la responsabilidad solidaria podía formar parte del derecho internacional porque la cuestión había “sido asumida y resuelta por los sistemas jurídicos [nacionales] con una coherencia sorprendente”¹¹⁵. En la causa relativa a la *Plataforma continental del Mar del Norte*, el Magistrado Ammoun señaló que los principios generales eran “comunes a las diferentes legislaciones del mundo y estaban unidos por la identidad de su razón jurídica, o *ratio legis*”¹¹⁶.

65. Cuando no hay suficiente coincidencia entre los sistemas jurídicos nacionales, lo lógico es que no se pueda considerar que existe un principio general del derecho

¹¹² Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Marrakesh, 15 de abril de 1995), Organización Mundial del Comercio, *Acta Final en que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales*, anexo 1A: Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías, pág. 299.

¹¹³ *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), párr. 143. En sus alegatos escritos, los Estados Unidos habían facilitado ejemplos de las normas aplicadas en la Arabia Saudita, el Brasil, el Canadá, Chile, los Estados Unidos, Malasia, Panamá, el Reino Unido y Taiwán (China) (*ibid.*, nota 121). El Órgano de Apelación también observó que en los tratados bilaterales y multilaterales sobre doble imposición “se consagran determinados principios fiscales ampliamente reconocidos” (*ibid.*, párrs. 141 y 142).

¹¹⁴ *International status of South-West Africa*, opinión consultiva, Corte Internacional de Justicia, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 128, opinión separada del Magistrado McNair, págs. 146 y ss., en especial pág. 148. Sobre esta base, encontró ciertos “principios generales” comunes a “[c]asi todos los sistemas jurídicos” (*ibid.*, pág. 149).

¹¹⁵ *Oil Platforms* (nota 85 *supra*), opinión separada del Magistrado Simma, párr. 66.

¹¹⁶ *North Sea Continental Shelf* (véase la nota 49 *supra*), opinión separada del Magistrado Ammoun, págs. 101 y ss., en especial pág. 135.

en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En la causa relativa a *Avena y otros nacionales mexicanos*, los Estados Unidos negaron la existencia del principio de exclusión de pruebas obtenidas ilegalmente invocado por México por entender que este “ha[bía] exagerado la presencia generalizada de la norma de exclusión en los sistemas jurídicos de todo el mundo, no ha[bía] tenido en cuenta sus diversas formas e ignor[ó] el hecho de que nunca se ha[bía] utilizado para ordenar la exclusión de las declaraciones hechas por un acusado antes de recibir información consular”¹¹⁷. Los Estados Unidos también señalaron que “la práctica [de utilizar la norma de exclusión en los sistemas jurídicos nacionales] no está en absoluto lo suficientemente extendida o sistematizada como para ser considerada un ‘principio general del derecho’”¹¹⁸, y destacaron las diferentes formas en que la norma en cuestión se había aplicado a nivel nacional¹¹⁹. En la causa relativa a la *Aplicación del acuerdo provisional*, Macedonia del Norte también señaló, con respecto a la *exceptio non adimpleti contractus*, que no existía “una concepción uniforme de la condición, la disponibilidad y el efecto de la *exceptio* en los sistemas jurídicos nacionales, lo que hacía imposible apoyar la conclusión de gran alcance de que había alcanzado el rango de principio general del derecho reconocido por las naciones civilizadas”¹²⁰.

66. Del mismo modo, la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía determinó lo siguiente en su laudo de 17 de agosto de 2009:

Eritrea señaló que se trataba de una reclamación por “daños consecuenciales”. No obstante, el derecho internacional no reconoce una categoría separada de “daños consecuenciales” indemnizables a la que se apliquen diferentes normas de causalidad jurídica u otros elementos jurídicos distintivos. El concepto de daños consecuenciales desempeña un papel importante en algunos sistemas jurídicos nacionales, pero no existe en otros, por lo que no puede considerarse un principio general del derecho¹²¹.

67. En la causa *Lubanga*, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional consideró, con respecto a la preparación de los testigos, que no se podía identificar ningún principio general del derecho pertinente debido a las “diferencias de enfoque de las jurisdicciones nacionales”¹²². También en la causa *Lubanga*, la Sala de Apelaciones de la Corte, al examinar el principio que prohíbe la transgresión de las garantías procesales, encontró tales divergencias entre los sistemas jurídicos nacionales que llegó a la conclusión de que “la facultad de suspender el procedimiento por transgresión de las garantías procesales como se indica no está generalmente

¹¹⁷ *Avena and Other Mexican Nationals* (véase la nota 64 *supra*), contramemoria de los Estados Unidos, párr. 8.28.

¹¹⁸ *Ibid.*, párr. 8.29.

¹¹⁹ *Ibid.*, párrs. 8.29 a 8.33. En *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data* (véase la nota 57 *supra*), Australia también cuestionó lo que consideraba una “formulación general y sin reservas” del principio de secreto profesional por parte de Timor-Leste, que no tenía en cuenta las “importantes salvedades sobre el alcance y el contenido de la prerrogativa” en los sistemas jurídicos nacionales, ni las “excepciones a la invocación del secreto profesional ampliamente establecidas en el derecho interno para garantizar que no se pueda abusar de esa prerrogativa” (contramemoria de Australia, vol. I, párrs. 4.36 y 4.39).

¹²⁰ *Application of the Interim Accord* (véase la nota 86 *supra*), réplica de Macedonia del Norte (entonces ex República Yugoslava de Macedonia), párr. 5.59.

¹²¹ Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, laudo definitivo sobre las reclamaciones por daños de Eritrea, 17 de agosto de 2009, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XXVI, págs. 505 a 630, en especial pág. 575, párr. 203.

¹²² *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of Prosecutor v. Lubanga*, núm. ICC-01/04-01/06, decisión relativa a la práctica de preparación de los testigos, 8 de noviembre de 2006, párr. 37.

reconocida como una facultad indispensable de un tribunal de justicia, un atributo inalienable del poder judicial”¹²³.

68. En otra causa, la Sala de Apelaciones de la Corte dictaminó, tras analizar diversos sistemas jurídicos nacionales, que “no existe ni se ha adoptado universalmente ningún principio general del derecho que entrañe la revisión de las decisiones dictadas por tribunales inferiores por las que se deniegue o no se permita una apelación”¹²⁴. En la causa *Banda y Jerbo*, en la que había que determinar si existía un principio general del derecho que prohibía que los exfiscales se unieran a la defensa inmediatamente después de abandonar la fiscalía, la Sala de Apelaciones volvió a observar que la práctica de los sistemas jurídicos nacionales a los que se había hecho referencia no era coherente y descartó la existencia del principio general del derecho invocado¹²⁵.

69. Por lo tanto, parece que, si las normas de los sistemas jurídicos nacionales son fundamentalmente diferentes, no se puede considerar que exista un principio general del derecho.

C. Material pertinente

70. Dado que la identificación de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales requiere en primer lugar un análisis comparativo de estos, es fácil determinar qué materiales son pertinentes para este análisis. En prácticamente todos los ejemplos mencionados más arriba, el análisis se basó esencialmente en fuentes jurídicas internas de los Estados, como la legislación y las decisiones de las cortes y tribunales nacionales. Por supuesto, hay que tener en cuenta las características de cada sistema jurídico nacional para seleccionar cada material y establecer su autoridad en un caso determinado.

71. De la práctica antes expuesta se desprende además que todas las ramas de los sistemas jurídicos nacionales, incluidas las que cabe calificar de “derecho privado” y

¹²³ *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of Prosecutor v. Lubanga*, núm. ICC-01/04-01/06, fallo, 14 de diciembre de 2006, párrs. 32 a 35.

¹²⁴ *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, causa núm. ICC-01/04, fallo relativo a la solicitud presentada por el Fiscal de revisión extraordinaria de la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares, de 31 de marzo de 2006, por la que se deniega la admisión a trámite de una apelación, 13 de julio de 2006, párr. 32.

¹²⁵ *Situation in Darfur, Sudan, in the Case of the Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, núm. ICC-02/05-03/09 OA, fallo, 11 de noviembre de 2011, párr. 33. Véanse también *Prosecutor v. Jadranko Prlić et al.*, núm. IT-04-74-AR73.6, decisión sobre las apelaciones contra la decisión de admitir como prueba la transcripción del interrogatorio de Jadranko Prlić, 23 de noviembre de 2007, Sala de Apelaciones, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 50; *Prosecutor v. Ljube Bošković and Johan Tarčulovski*, núm. IT-04-82-A, fallo, 19 de mayo de 2010, Sala de Apelaciones, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 194 (“la Sala de Apelaciones señala que Tarčulovski no ha identificado un ‘principio general del derecho’ que apoye su argumento. El hecho de que las declaraciones fueran inadmisibles ante los tribunales [de la ex-República Yugoslava de Macedonia] no basta para respaldar la existencia de ese principio general del derecho. En este contexto, la Sala de Apelaciones observa que las declaraciones extrajudiciales de un acusado son admisibles en varias jurisdicciones con sistemas de *common law* y de inspiración romanista”). Véase también *Canfor Corporation, Tembec et al. and Terminal Forests Ltd. v. United States of America*, providencia del Tribunal de Acumulación, 7 de septiembre de 2005, párr. 165.

“derecho público”, pueden ser pertinentes a la hora de identificar un principio general del derecho¹²⁶. Así también parecen considerarlo en general los especialistas¹²⁷.

72. Durante el debate de 2019, se planteó la cuestión del posible papel de las organizaciones internacionales en la formación de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales¹²⁸. En opinión del Relator Especial, la práctica de las organizaciones internacionales podría ser pertinente a los efectos de la identificación de un principio general del derecho, en particular en lo que respecta a la primera de las dos etapas del análisis que se aborda en el presente capítulo. Si bien la práctica y la jurisprudencia a este respecto parecen escasas¹²⁹, cuando se confiere a una organización internacional (como la Unión Europea)¹³⁰ la facultad de dictar normas que son vinculantes para sus Estados miembros y directamente aplicables en los sistemas jurídicos de estos, esas normas pueden tenerse en cuenta al realizar el análisis comparativo.

III. Constatación de la transposición al sistema jurídico internacional

73. La segunda etapa del análisis para la identificación de principios generales del derecho de la primera categoría consiste en constatar si un principio común a los principales sistemas jurídicos del mundo se ha transpuesto al sistema jurídico

¹²⁶ Véanse, en particular, *El Paso c. la Argentina* (nota 54 *supra*), párr. 622 (“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* (véase la nota 59 *supra*), opinión disidente del Magistrado Tanaka, pág. 294 (“[e]n la medida en que no se califica a los ‘principios generales del derecho’, debe entenderse que el ‘derecho’ abarca todas las ramas del derecho, incluidos, entre otros, el derecho interno, el derecho público, el derecho constitucional y administrativo, el derecho privado, el derecho mercantil, el derecho sustantivo y el derecho procesal”). En los casos sometidos a cortes y tribunales penales internacionales, la identificación de los principios generales del derecho se hizo mediante referencia al derecho penal nacional, que puede considerarse parte del “derecho público”.

¹²⁷ Véanse, por ejemplo, Dumberry, *A Guide to General Principles of Law in International Investment Arbitration* (véase la nota 94 *supra*), pág. 33; International Law Association, informe del Grupo de Estudio sobre el uso de los principios del derecho interno en el desarrollo del derecho internacional (nota 96 *supra*), párr. 9; Gebhard Bücheler, *Proportionality in Investor-State Arbitration* (Oxford, Oxford University Press, 2015), pág. 33; Barberis, “Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional” (nota 103 *supra*), pág. 30; Hersch Lauterpacht, “Some observations on the prohibition of ‘*non liquet*’ and the completeness of the law”, en Elihu Lauterpacht (ed.), *International Law: Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, vol. 2 (Cambridge, Cambridge University Press, 1975), págs. 213 a 237, en especial págs. 221 y 222; Wolfgang Friedmann, “The uses of ‘general principles’ in the development of international law”, *American Journal of International Law*, vol. 57 (1963), págs. 279 a 299, en especial págs. 281 y 282.

¹²⁸ Véanse, por ejemplo, las intervenciones de la Sra. Galvão Teles (A/CN.4/SR.3489, pág. 23); el Sr. Gómez-Robledo (A/CN.4/SR.3492, pág. 10); el Sr. Nguyen (A/CN.4/SR.3491, pág. 13); y el Sr. Park (A/CN.4/SR.3489, pág. 20).

¹²⁹ Véanse *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data* (nota 57 *supra*), memoria de Australia, nota 148; *Total c. la Argentina* (nota 82 *supra*), párr. 130 (“Desde el enfoque del derecho comparado, los fundamentos del sistema legal de la Comunidad Europea (en la actualidad, la Unión Europea) que refleja las tradiciones jurídicas de veintisiete países europeos, tanto el derecho civil como del derecho común [...] son relevantes, en especial dado que el reconocimiento al principio de expectativa legítima está expresamente basado en el principio del derecho internacional de buena fe”); *Gold Reserve v. Venezuela* (véase la nota 83 *supra*), párr. 576.

¹³⁰ Véase, por ejemplo, Paul Craig y Gráinne de Búrca, *EU Law: Texts, Cases and Materials*, 6ª ed. (Oxford, Oxford University Press, 2015), págs. 198 a 223, sobre el efecto directo del derecho secundario de la Unión Europea (reglamentos, decisiones y directivas).

internacional. El fundamento de este análisis es evidente: el derecho interno y el derecho internacional tienen características singulares y difieren en muchos aspectos importantes, y no cabe presumir que los principios existentes en el primero puedan ser siempre de aplicación en el segundo. Por consiguiente, la transposición no es automática.

74. La doctrina suele hacer referencia a esta parte de la metodología, aunque en términos generales y a menudo sin explicar qué implica exactamente¹³¹. No obstante, la práctica y la jurisprudencia de los Estados ofrecen una orientación útil. Como se verá más adelante, la transposición de un principio del ámbito interno al sistema jurídico internacional se produce si: a) el principio es compatible con los principios fundamentales del derecho internacional; y b) se dan las condiciones para la aplicación adecuada del principio en el sistema jurídico internacional.

A. Compatibilidad con los principios fundamentales del derecho internacional

75. La práctica y la jurisprudencia de los Estados muestran que, para que un principio común a los principales sistemas jurídicos del mundo se eleve al rango de principio general del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, ese principio ha de ser compatible con los principios fundamentales del derecho internacional. Este criterio de la compatibilidad permite asegurarse de que la comunidad de naciones reconoce que un principio jurídico no solo es justo, sino que también puede existir en el marco más general del derecho internacional.

76. La práctica arbitral ya se refería en sus primeros casos a esta condición para la transposición. En el caso relativo a las *Pesquerías del Atlántico Norte*, por ejemplo, el tribunal arbitral rechazó el principio de “servidumbre internacional” invocado por los Estados Unidos y señaló que dicho principio sería incompatible con el principio de soberanía:

[C]omo esta doctrina no encaja bien con el principio de soberanía consagrado en Estados con un sistema de gobierno constitucional, como Gran Bretaña y los Estados Unidos, ni con las actuales relaciones internacionales de los Estados soberanos, ha encontrado poco o ningún apoyo entre los publicistas modernos. Por lo tanto, en gran interés de la Comunidad de Naciones y de las

¹³¹ Véanse, por ejemplo, Pellet y Müller, “Article 38” (véase la nota 95 *supra*), págs. 930 a 932; Mads Andenas y Ludovica Chiussi, “Cohesion, convergence and coherence of international law”, en Andenas y otros, *General Principles and the Coherence of International Law* (véase la nota 88 *supra*), págs. 9 a 34, en especial pág. 26; Ben Juratowitch y James Shaerf, “Unjust enrichment as a primary rule of international law”, *ibid.*, págs. 227 a 246, en especial pág. 232; Abdulqawi A. Yusuf, “Concluding remarks”, *ibid.*, págs. 448 y ss., en especial pág. 451; Mathias Forteau, “General principles of international procedural law”, *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law* (2018), párr. 16; Bjorge, “Public law sources and analogies of international law” (nota 103 *supra*), pág. 537; Bonafé y Palchetti, “Relying on general principles in international law” (véase la nota 103 *supra*), pág. 163; Sienho 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; Besson, “General principles in international law – Whose principles?” (nota 103 *supra*), pág. 37; Gazzini, “General principles of law in the field of foreign investment” (nota 103 *supra*), pág. 104; Robert Jennings y Arthur Watts (eds.), *Oppenheim’s International Law*, vol. I, 9ª ed. (Harlow, Longman, 1992), pág. 37. Véase un análisis más detallado de esta cuestión en Pellet, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international* (véase la nota 95 *supra*), págs. 272 a 320.

Partes en el presente Tratado, este Tribunal solo podría afirmar su existencia con el fundamento expreso de un contrato internacional¹³².

77. Puede encontrarse un razonamiento similar en los alegatos de la India en la causa relativa al *Derecho de paso*. La India rechazó el principio general del derecho invocado por Portugal por entender que sería incompatible con la noción de soberanía territorial con arreglo al derecho internacional:

No existe una verdadera analogía entre la propiedad privada de una persona y la soberanía de un Estado sobre su territorio, ya que en la actualidad este se considera como el espacio en el que los órganos del Estado están autorizados por el derecho internacional a ejercer su jurisdicción dentro de los límites y según las normas que la ley les impone¹³³.

78. En la causa relativa a *Ciertas tierras fosfáticas*, Australia también rechazó el intento de Nauru de “importar” la noción de “fideicomiso” del derecho interno para interpretar las obligaciones de fideicomiso previstas en la Carta de las Naciones Unidas:

al estudiar la naturaleza de las obligaciones de la Autoridad Administradora, la Corte debe tener en cuenta las propias disposiciones de la Carta y del Acuerdo de Administración Fiduciaria. Australia rechaza el intento de Nauru de importar a estas disposiciones convencionales todos los derechos y deberes jurídicos asociados a la noción de “fideicomiso” en el derecho interno, en particular en el *common law*. Hacer tal cosa es confundir completamente los elementos fundamentales del Sistema de Administración Fiduciaria de las Naciones Unidas. Las analogías establecidas a partir del derecho interno tienen escaso valor en este ámbito¹³⁴.

79. Las causas relativas a la *Plataforma continental del Mar del Norte* son otro ejemplo. Alemania trató de demostrar que el “principio de reparto justo y equitativo” era un principio general del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, aplicable a la delimitación de la plataforma continental¹³⁵. Dinamarca y los Países Bajos rechazaron la existencia de ese principio general del derecho:

¹³² *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, pág. 182.

¹³³ *Right of Passage* (véase la nota 62 *supra*), contramemoria de la India, párr. 300. La India señaló además: “¿Cabe deducir que las únicas restricciones a la soberanía territorial son las establecidas en acuerdos? En absoluto, y el Profesor Guggenheim tuvo cuidado de recordar en su declaración oral ante la Corte las restricciones a la navegación marítima, cuyo fundamento consuetudinario está fuera de toda duda. Lo que negamos es que esos límites puedan derivarse de principios generales del derecho favorables a analogías muy cuestionables con las servidumbres reconocidas en el derecho privado” (*ibid.*, párr. 304). La India añadió también que “la concepción contemporánea del territorio es la de un espacio en el que un Estado determinado tiene competencia exclusiva para ejercer su autoridad, sin perjuicio de los derechos excepcionales acordados por él en favor de otros Estados y de los derechos mucho menos numerosos resultantes de normas jurídicas, como el derecho de paso inocente. Está claro que ello no tiene nada que ver con los derechos de disfrute y enajenación que son los elementos constitutivos de la propiedad privada” (*ibid.*, dúplica de la India, párr. 568).

¹³⁴ *Certain Phosphate Lands in Nauru* (véase la nota 63 *supra*), contramemoria de Australia, párr. 292. Véase también la opinión separada del Magistrado Shahabuddeen, pág. 285.

¹³⁵ *North Sea Continental Shelf* (véase la nota 49 *supra*), memoria de Alemania de 21 de agosto de 1967, párr. 30 (“Este principio, denominado en adelante *principio de reparto justo y equitativo*, es un principio jurídico básico que emana del concepto de justicia distributiva y un principio generalmente reconocido inherente a todos los sistemas jurídicos, incluido el de la comunidad internacional”). Véase también la réplica de Alemania de 31 de mayo de 1968, párrs. 7 a 11.

En resumen, la República Federal de Alemania pide a la Corte que aplique en la presente causa un llamado “principio general del derecho”, que existe supuestamente en los sistemas jurídicos nacionales, incompatible con los principios en los que, en el sistema jurídico internacional, se basa el derecho positivo que regula la cuestión. Los dos Gobiernos, si bien no cuestionan en modo alguno la importancia del Artículo 38, párrafo 1 c), consideran que invocarlo en esas condiciones es completamente inadmisibile. Los principios generales del derecho derivados de los sistemas jurídicos nacionales que se han aplicado en virtud del Artículo 38, párrafo 1 c), se han reconocido siempre como principios igualmente apropiados en las relaciones entre los Estados. La propia República Federal de Alemania afirma que los principios generales del derecho aplicables en virtud del Artículo 38, párrafo 1 c), son “el resultado de convicciones y valores jurídicos reconocidos en todo el mundo”. ¿Cómo puede afirmarse tal cosa de un principio que va directamente en contra de los principios que el propio derecho internacional reconoce que representan “las convicciones jurídicas de los Estados” en la materia? Menos aún puede decirse cuando los Estados han expresado recientemente, de manera deliberada, sus “convicciones jurídicas” en un sentido contrario al supuesto principio en una convención general destinada a codificar el derecho¹³⁶.

80. La Corte estuvo de acuerdo con Dinamarca y los Países Bajos, y rechazó el principio invocado por Alemania. Explicó que el supuesto principio de reparto justo y equitativo no podía considerarse un principio general del derecho porque sería “bastante ajeno al concepto básico de los derechos sobre la plataforma continental e incompatible con dicho concepto”:

Más importante aún es el hecho de que la doctrina del reparto justo y equitativo parece apartarse totalmente de lo que la Corte considera sin ninguna duda la más fundamental de las normas jurídicas relativas a la plataforma continental, consagrada en el artículo 2 de la Convención de Ginebra de 1958, aunque bastante independiente de esta, a saber, que los derechos del Estado ribereño respecto de la zona de la plataforma continental que constituye una prolongación natural de su territorio dentro del mar y bajo este existen *ipso facto* y *ab initio*, en virtud de su soberanía sobre la tierra firme, y como extensión de esta en un ejercicio de los derechos soberanos a los efectos de explorar el fondo marino y explotar sus recursos naturales...

De ello se desprende que, incluso en una situación como la del Mar del Norte, la idea de distribuir una zona aún no delimitada considerada como un todo (que sirve de base a la doctrina del reparto justo y equitativo) es bastante ajena al concepto básico de los derechos sobre la plataforma continental e incompatible con dicho concepto, según el cual el proceso de delimitación consiste esencialmente en trazar una línea divisoria entre zonas que ya pertenecen a alguno de los Estados afectados¹³⁷.

81. En la causa relativa a las *Cuestiones relativas a la incautación y retención de determinados documentos y datos*, Timor-Leste, sin mencionar específicamente la

¹³⁶ *Ibid.*, dúplica común de Dinamarca y los Países Bajos de 30 de agosto de 1968, párr. 117.

¹³⁷ *North Sea Continental Shelf* (véase la nota 49 *supra*), párrs. 19 y 20. Dinamarca y los Países Bajos habían sostenido de manera similar que “el supuesto principio formulado por la República Federal de Alemania contradice claramente los artículos 1, 2 y 3 de la Convención de Ginebra sobre la Plataforma Continental, que, de conformidad con la práctica anterior y posterior de los Estados, determinan los derechos soberanos de los Estados ribereños mediante referencia a un espacio delimitado” (dúplica común de Dinamarca y los Países Bajos de 30 de agosto de 1968, párr. 20).

condición de la compatibilidad, trató de justificar que el principio que invocaba formaba parte del derecho internacional en los siguientes términos:

El principio de secreto profesional es fundamental para el estado de derecho internacional, ya que permite a los Estados recibir libremente asesoramiento y asistencia jurídicos, sin temor a interferencias externas, entre otras cosas para poder participar en procesos de arreglo de controversias, incluidos los especificados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas (que comprenden los que se examinan más concretamente en esta causa: la negociación, el arbitraje y el arreglo judicial). Así pues, sirve de base al principio de arreglo pacífico de las controversias internacionales, consagrado en el Artículo 2, párrafo 3, de la Carta de las Naciones Unidas y declarado como uno de los principios del derecho internacional en la Declaración [...] sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas¹³⁸.

82. Parte de la doctrina también menciona esta condición de la compatibilidad. Según un autor, por ejemplo, solo se pueden transponer los principios del ámbito interno que no son incompatibles con las exigencias del orden internacional¹³⁹. También se ha observado que, en caso de que la Corte Mundial considere que hay convergencia en los aspectos pertinentes de los distintos derechos internos, un criterio adicional debería ser la compatibilidad del principio derivado del derecho interno con el marco de los principios y normas del derecho internacional en el que tendría que aplicarse ese principio¹⁴⁰. Como ejemplo de “transposición imposible”, se ha mencionado el principio de consentimiento respecto de la competencia: se ha afirmado que, si bien en el ámbito interno la norma fundamental es que toda controversia puede someterse a un juez, en el derecho internacional, si no media consentimiento expreso del Estado demandado, prevalece el principio contrario¹⁴¹.

83. A la luz de lo que antecede, se puede concluir que, para que un principio común a los principales sistemas jurídicos del mundo se transponga al sistema jurídico internacional, ha de ser compatible con los principios fundamentales del derecho

¹³⁸ *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data* (véase la nota 57 *supra*), memoria de Timor-Leste, párr. 6.4.

¹³⁹ Weil, “Le droit international en quête de son identité” (nota 104 *supra*), pág. 147, donde se hace referencia a Jules Basdevant, “Règles générales du droit de la paix”, *Recueil des cours*, vol. 58 (1936), págs. 471 y ss., en especial págs. 501 y 502 (donde se afirma que habría que constatar que estos principios son en efecto susceptibles de transposición al orden internacional y que no contravienen una norma establecida de derecho internacional, ya que hay acuerdo en que dicha transposición solo puede tener lugar en ausencia de una norma convencional o consuetudinaria). Véase también Borge, “Public law sources and analogies of international law” (nota 103 *supra*), pág. 538.

¹⁴⁰ Gaja, “General principles in the jurisprudence of the ICJ” (véase la nota 88 *supra*), pág. 39. Véase también Barberis, “Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional” (nota 103 *supra*), págs. 36 a 38. Véase también Antonio Remiro Brotons, *Derecho Internacional* (Tirant lo Blanch, 2007), pág. 515.

¹⁴¹ Pellet y Müller, “Article 38” (véase la nota 95 *supra*), párr. 270; Basdevant, “Règles générales du droit de la paix” (véase la nota 139 *supra*), pág. 502. Véase también *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* (núms. 46827/99 y 46951/99), sentencia, 4 de febrero de 2005, Gran Sala, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, opinión conjunta parcialmente disidente de los Magistrados Caflisch, Türmen y Kovler, párr. 161 (“En lo que respecta a *los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas*, es muy posible que exista una norma generalizada sobre medidas provisionales obligatorias en el ámbito interno, basada en la norma de la competencia obligatoria aplicable en ese ámbito. En cambio, [...] esa norma no prevalece a nivel internacional, por lo que no puede aplicarse como tal en ese ámbito. Dicho de otro modo, el principio no se puede transponer a la actuación de las cortes y tribunales internacionales”).

internacional o, en los términos utilizados por Dinamarca y los Países Bajos en la causa relativa a la *Plataforma continental del Mar del Norte*, los “principios en los que se basa, en el sistema jurídico internacional, el derecho positivo que regula la cuestión”. Entre ellos cabe citar, como se ha señalado anteriormente, el principio de soberanía, la noción de soberanía territorial, el concepto básico de los derechos sobre la plataforma continental y los principios establecidos en la Declaración sobre las Relaciones de Amistad. Este criterio de la compatibilidad debe cumplirse para demostrar que la comunidad de naciones reconoce que un principio puede aplicarse en el marco más general del derecho internacional.

84. Es preciso destacar que esta condición para la transposición requiere que un principio del ámbito interno sea compatible únicamente con los principios fundamentales del derecho internacional definidos más arriba. En opinión del Relator Especial, dado que no existe ninguna jerarquía entre las fuentes del derecho internacional enumeradas en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las normas generales de derecho internacional convencional y consuetudinario que no tengan ese carácter no pueden impedir por sí mismas la transposición de un principio al sistema jurídico internacional. Todo posible conflicto entre un principio general del derecho y dichas normas tendría que resolverse recurriendo a normas de evitación de conflictos como la de la *lex specialis*. Esto concierne a las funciones de los principios generales del derecho y a su relación con otras fuentes del derecho internacional, que el Relator Especial se propone abordar con mayor detalle en un futuro informe.

B. Condiciones para la aplicación adecuada del principio en el sistema jurídico internacional

85. Un segundo requisito para la transposición de un principio común a los principales sistemas jurídicos del mundo es que se den las condiciones que permitan la aplicación adecuada del principio en el sistema jurídico internacional. Así se garantiza que el principio pueda cumplir debidamente su propósito en el derecho internacional, y se evitan distorsiones o posibles abusos. En la práctica, esta parte de la metodología se explica a menudo como la necesidad de examinar la estructura de los sistemas jurídicos nacionales, en particular los marcos procesales en los que se aplican las normas o principios, y determinar si la estructura existente a nivel internacional permite la aplicación adecuada del principio.

86. Un ejemplo a este respecto es la causa *Tadić*, en que la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia abordó el argumento de que, según las convenciones internacionales de derechos humanos, la acusación penal ha de ser examinada por un tribunal “establecido por la ley”¹⁴². La Sala de Apelaciones observó que el principio de que un tribunal debe estar establecido por la ley es un “principio general del derecho que impone una obligación internacional que solo es de aplicación a la administración de la justicia penal en un marco nacional”. Al mismo tiempo, consideró que un tribunal penal internacional “debe estar basado en el estado de derecho y ofrecer todas las garantías previstas en los instrumentos internacionales pertinentes. Entonces se podría decir que el tribunal está ‘establecido por la ley’”¹⁴³.

87. La Sala pasó entonces a analizar las diferentes interpretaciones posibles de la expresión “establecido por la ley”. Una primera interpretación posible era la que hacía

¹⁴² *Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a “DULE”*, causa núm. IT-94-1-A, 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, párr. 41.

¹⁴³ *Ibid.*, párr. 42.

el Tribunal Europeo de Derechos Humanos del artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos)¹⁴⁴, según la cual “establecido por la ley” significaba establecido por el poder legislativo. La Sala de Apelaciones descartó que esta interpretación fuera aplicable a su propio establecimiento:

Es evidente que la separación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial ampliamente establecida en la mayoría de los sistemas nacionales no se aplica al ámbito internacional ni, más concretamente, al de una organización internacional como las Naciones Unidas. La repartición de las funciones judicial, ejecutiva y legislativa entre los principales órganos de las Naciones Unidas no está clara. En lo que respecta a la función judicial, la Corte Internacional de Justicia es claramente el “órgano judicial principal” [...] Sin embargo, no existe órgano legislativo en el sentido técnico del término en el sistema de las Naciones Unidas y, más en general, no existe un Parlamento en la comunidad mundial. Ello quiere decir que no existe ningún órgano oficialmente facultado para promulgar leyes directamente vinculantes para los sujetos jurídicos internacionales.

Es claramente imposible clasificar los órganos de las Naciones Unidas en función de la separación antes mencionada existente en el derecho interno de los Estados. De hecho, el apelante conviene en que la estructura constitucional de las Naciones Unidas no sigue la separación de poderes que se observa a menudo en las constituciones nacionales. Por consiguiente, el elemento de separación de poderes del requisito de que un tribunal esté ‘establecido por la ley’ no es de aplicación en un contexto de derecho internacional. El principio mencionado solo puede obligar a los Estados con respecto al funcionamiento de sus propios sistemas nacionales¹⁴⁵.

88. La Sala consideró entonces una interpretación según la cual “establecido por la ley” significaba “conforme al estado de derecho”. En referencia a los trabajos preparatorios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a las decisiones del Comité de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, confirmó esta interpretación:

Esta parece ser la interpretación más razonable y probable de la expresión en el contexto del derecho internacional. Para que un tribunal como este se establezca conforme al estado de derecho, debe establecerse de conformidad con las normas internacionales apropiadas; debe ofrecer todas las garantías de equidad, justicia y ecuanimidad, en plena conformidad con los instrumentos de derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Esta interpretación de la garantía de que un tribunal esté “establecido por la ley” se ve confirmada por un análisis del [artículo 14 del] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [...] Lo importante para determinar si un tribunal ha sido “establecido por la ley” no es saber si ha sido preestablecido o establecido con un objetivo o para una situación específicos; lo importante es que sea establecido por un órgano competente de conformidad con los procedimientos jurídicos pertinentes y que observe los requisitos de equidad procesal¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950), vol. 213, núm. 2889, pág. 221.

¹⁴⁵ *Tadić*, decisión, 2 de octubre de 1995 (véase la nota 142 supra), párr. 43.

¹⁴⁶ *Ibid.*, párr. 45.

89. En la causa *Delalić y otros*, una Sala de Primera Instancia del Tribunal consideró que “los principios de legalidad [*nullum crimen sine lege y nulla poena sine lege*] existen y están reconocidos en todos 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 incriminación del comportamiento en los sistemas de justicia penal nacionales e internacionales”¹⁴⁷. La Sala de Primera Instancia llegó a la siguiente conclusión:

Mientras que el proceso de incriminación en un sistema nacional de justicia penal depende de la legislación que establece el momento en que se prohíbe el comportamiento y el contenido de dicha prohibición, el sistema internacional de justicia penal alcanza el mismo objetivo mediante tratados o convenciones, o tras una práctica consuetudinaria de aplicación unilateral de una prohibición por parte de los Estados.

[...] Por consiguiente, cabe suponer que los principios de legalidad son, en derecho penal internacional, diferentes de dichos principios en los sistemas jurídicos nacionales conexos en lo que respecta a su aplicación y sus normas. Parecen 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. A tal fin, el Estado o los Estados afectados deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores: 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 Estados¹⁴⁸.

90. Del mismo modo, en la causa *Furundžija*, la Sala de Primera Instancia señaló que:

dado que los “juicios internacionales presentan una serie de características que los diferencian de los procedimientos penales nacionales”, debe tenerse en cuenta la especificidad de los procedimientos penales internacionales al utilizar las nociones propias del derecho nacional. De esta manera se evita la importación o la transposición mecánica de la legislación nacional a los procedimientos penales internacionales, así como la consiguiente distorsión de las características únicas de dichos procedimientos¹⁴⁹.

91. En su opinión separada en la causa relativa a la *Barcelona Traction*, el Magistrado Fitzmaurice también abordó la cuestión:

[E]s sobre todo necesario tener en cuenta el concepto y la estructura de las empresas en sus sistemas de origen, que son sistemas de derecho privado o interno, y además respetar estrictamente el principio de que cuando, en el ámbito jurídico internacional, se utilicen conceptos de derecho privado o se aborden instituciones de derecho privado, no se los debe distorsionar o tratar de una forma que no sea conforme a su verdadero carácter, establecido en el sistema o los sistemas que los han creado. Dicho esto, es casi igual de importante tener presente que las condiciones en el ámbito internacional son a veces muy

¹⁴⁷ *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, párr. 403.

¹⁴⁸ *Ibid.*, párrs. 404 y 405.

¹⁴⁹ *Furundžija* (véase la nota 56 *supra*), párr. 178. Véase también *El Paso c. la Argentina* (nota 54 *supra*), párr. 622 (“normas que por lo general se aplican en el ámbito interno, a las cuestiones privadas o públicas, de fondo o de forma, siempre que, una vez adaptados, resultan aplicables en el ámbito del derecho internacional público”).

diferentes de las que se dan en el ámbito nacional, y ciertas normas que están plenamente justificadas en este último pueden ser más difíciles de defender, si se aplican estrictamente, cuando se transponen al plano internacional. Si no se toma esta precaución, se puede producir la distorsión contraria, es decir, que las calificaciones o atenuaciones de la norma previstas en el plano interno no se reflejen suficientemente en el plano internacional, lo que propiciaría paradojas, anomalías e injusticias¹⁵⁰.

92. También sirven de orientación las causas en las que se consideró que un principio común a los principales sistemas jurídicos del mundo no se había transpuesto al sistema jurídico internacional porque no se daban las condiciones para su aplicación adecuada en el plano internacional. En la causa relativa al *Laudo arbitral emitido por el Rey de España*, por ejemplo, Nicaragua consideró que ciertas nociones de nulidad de los fallos o laudos en el derecho interno no podían aplicarse correctamente en derecho internacional por la inexistencia de un sistema judicial análogo a los existentes en los Estados:

Nicaragua consideró útil indicar [...] la razón por la cual el derecho de gentes se aparta a este respecto de la solución admitida en el derecho interno, que en algunos casos admite la nulidad relativa o anulabilidad. Es preciso buscar esta razón al no existir por lo general recursos que, por iniciativa de una de las partes, permitan verificar la veracidad de las reclamaciones formuladas, mientras que en el derecho interno en general los interesados pueden utilizar a tal efecto los mismos recursos disponibles para obtener la revisión judicial de la decisión¹⁵¹.

93. En la causa relativa a las *Cuestiones relativas a la incautación y retención de determinados documentos y datos*, Australia adoptó un enfoque similar con respecto al principio de secreto profesional invocado por Timor-Leste. Australia señaló lo siguiente:

La Corte debería adoptar un [...] enfoque prudente en lo que respecta al reconocimiento de cualquier principio de este tipo en derecho internacional. Esto es particularmente cierto porque no existen foros o mecanismos establecidos para valorar la invocación del secreto profesional en derecho internacional. Hasta donde sabe Australia, es la primera vez que un Estado invoca ante la Corte algo parecido al secreto profesional y, como reconoce implícitamente Timor-Leste, no existen procedimientos ni garantías procesales que ayuden a la Corte a pronunciarse de manera independiente sobre ese tipo de invocación. En cambio, los sistemas jurídicos nacionales cuentan con sofisticados mecanismos establecidos para la resolución de las invocaciones de prerrogativas que pueden tener en cuenta, entre otros factores, la debida

¹⁵⁰ *Barcelona Traction* (véase la nota 53 *supra*), opinión separada del Magistrado Fitzmaurice, págs. 65 y ss., en especial pág. 67, párr. 5.

¹⁵¹ *Award made by the King of Spain* (véase la nota 54 *supra*), dúplica de Nicaragua, párr. 51.

calificación de los documentos pertinentes y la aplicación de las excepciones apropiadas (incluida la excepción en caso de delito)¹⁵².

94. Otro ejemplo ilustrativo es una causa juzgada recientemente por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en que la Argentina invocó la existencia de un principio general del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, basado en “los principios del régimen de la insolvencia reconocidos en el plano nacional”, según el cual los Estados tienen derecho a no atender el servicio de la deuda emitida sobre bonos en poder de acreedores privados que, a diferencia de la mayoría de los acreedores, no hayan aceptado un canje de la deuda por el Estado emisor en el contexto de una crisis de la deuda nacional y quieran el pago íntegro de la deuda. El Tribunal Constitucional rechazó el argumento de la Argentina:

El supuesto principio general del derecho invocado por la demandante, sin embargo, presupone la existencia de un conjunto completo de normas que regulan la quiebra estatal en derecho internacional. Concretamente, la demandante invoca el principio de buena fe en el contexto de la (inminente) insolvencia estatal. Incluso suponiendo que los requisitos específicos que la demandante deriva del principio de buena fe —a saber, la igualdad de trato de los acreedores y la integridad de un procedimiento de insolvencia ordenado— constituyan un principio generalmente reconocido en los sistemas jurídicos nacionales, e incluso si fuera cierto que esos requisitos específicos estuvieran reconocidos en las principales familias jurídicas [...] la transferencia del principio a situaciones reguladas por el derecho internacional requeriría al menos la existencia de un conjunto completo de normas que regulen la quiebra estatal [...] Los requisitos específicos que, según la demandante, se derivan del principio de buena fe con respecto al régimen de la insolvencia solo podrían aplicarse en consecuencia en derecho internacional si existiera también una autoridad reguladora o supervisora independiente facultada para vigilar el cumplimiento de esas normas y capaz de garantizar un equilibrio equitativo de los intereses de todas las partes afectadas...

Los principios del régimen de la insolvencia invocados por la demandante forman parte integrante del detallado régimen jurídico de la insolvencia a nivel interno, que prevé normas procesales, también para la protección de los acreedores minoritarios, cuyo cumplimiento es supervisado por un tribunal imparcial, por lo general un tribunal de quiebras. Sin un marco procesal basado en el estado de derecho que permita la revisión de las decisiones que afecten negativamente a la minoría [de acreedores], no se cumple un requisito previo esencial para la transferencia [del principio] al derecho internacional. De ello se desprende que no es posible invocar principios individuales derivados del

¹⁵² *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data* (véase la nota 57 *supra*), contramemoria de Australia, párr. 4.38. En la causa relativa a *Ciertas tierras fosfáticas*, Australia esgrimió un argumento similar con respecto a la transposición de la noción de “fideicomiso” a los sistemas jurídicos nacionales: “La necesidad de mostrar prudencia al trasladar normas de derecho privado al derecho internacional se pone de relieve por la naturaleza esencialmente diferente de la relación. En los fideicomisos de derecho privado, por lo general se habla de una relación comercial o personal en la que hay implicados bienes o activos limitados y determinados. Por el contrario, el fideicomiso establecido en virtud de la Carta prevé el cumplimiento de una amplia variedad de funciones gubernamentales en nombre de toda una unidad de libre determinación. Las dos situaciones no son comparables” (*Certain Phosphate Lands* (véase la nota 63 *supra*), contramemoria de Australia, párr. 298).

régimen de la insolvencia de conformidad con el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹⁵³.

95. Del mismo modo, el Magistrado Simma señaló lo siguiente con respecto a la *exceptio non adimpleti contractus*:

La cuestión es, por supuesto, la posibilidad de transferir al plano jurídico internacional ese concepto establecido en el ámbito interno y, más concretamente, las modificaciones que deberán introducirse para que ese principio general desempeñe un papel constructivo también en el plano internacional. El problema que se plantea a este respecto es que, en los sistemas jurídicos nacionales plenamente desarrollados, el elemento sinalagmático funcional funcionará bajo el control de los tribunales, lo que significa al menos que ese control siempre será posible si una parte afectada por la aplicación de ese principio considera que no se dan las condiciones necesarias para invocarlo. No obstante, en derecho internacional se dan con demasiada frecuencia casos de incumplimiento de obligaciones convencionales en que se invoca dicho principio, pero no existe la posibilidad de recurrir a una decisión judicial imparcial sobre la legalidad de esas medidas. Sin la garantía del control judicial, se podrá abusar del principio y la cuestión de la legalidad se impugnará a menudo¹⁵⁴.

96. Los especialistas se han referido a esta condición para la transposición al sistema jurídico internacional de los principios comunes a los principales sistemas jurídicos del mundo, aunque empleando una terminología diferente y abordando la cuestión con más o menos detalle. Se ha afirmado, por ejemplo, que debe verificarse la idoneidad de un principio común para el sistema jurídico internacional¹⁵⁵, o que solo los principios del ámbito interno que son apropiados en el contexto de las relaciones internacionales pueden elevarse al rango de principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹⁵⁶. Otros han observado que los principios del ámbito interno pasan a ser principios generales del derecho en la medida en que son aplicables a las relaciones de los Estados¹⁵⁷, que no se puede aplicar al derecho internacional el mismo concepto normativo que se aplica al derecho nacional, y que es preciso evitar toda

¹⁵³ Alemania, Tribunal Constitucional Federal, sentencia, 3 de julio de 2019 (2 BvR 824/15), párrs. 38 y 39.

¹⁵⁴ *Application of Interim Accord* (véase la nota 86 *supra*), opinión separada del Magistrado Simma, párr. 13. Véase también Marcelo G. Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale* (Presses Universitaires de France, 1997), págs. 20 y 21, donde se dan razones similares para explicar por qué el principio de prescripción existente en los sistemas jurídicos nacionales no puede transponerse al sistema jurídico internacional.

¹⁵⁵ Andenas y Chiussi, “Cohesion, convergence and coherence of international law” (véase la nota 131 *supra*), pág. 27.

¹⁵⁶ Bjorge, “Public law sources and analogies of international law” (nota 103 *supra*), pág. 538. Véase también Lord Lloyd-Jones, “General principles of law in international law and common law”, discurso pronunciado en el Consejo de Estado, París, 16 de febrero de 2018 (donde se habla de la necesidad de que puedan aplicarse debidamente en el contexto muy diferente del derecho internacional).

¹⁵⁷ James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9ª ed. (Oxford, Oxford University Press, 2019), pág. 32; Redgwell, “General principles of international law” (nota 103 *supra*), pág. 16; Jennings y Watts, *Oppenheim's International Law* (nota 131 *supra*), pág. 37.

copia fácil de los principios del derecho nacional para su uso en las relaciones internacionales¹⁵⁸.

C. Pruebas que confirman la transposición

97. De la práctica de los Estados y la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales se desprende que, en algunos casos, los instrumentos internacionales, en particular los tratados, pueden considerarse pruebas que confirman que un principio común a los principales sistemas jurídicos del mundo se ha transpuesto al sistema jurídico internacional.

98. En las causas relativas a la *Plataforma continental del Mar del Norte*, por ejemplo, Dinamarca y los Países Bajos rechazaron el supuesto principio general del derecho invocado por Alemania porque, entre otras cosas, esta no “trató de aportar ejemplos de la aplicación de este supuesto ‘principio’ en las convenciones internacionales”¹⁵⁹.

99. En la causa relativa a *Avena y otros nacionales mexicanos*, México sostuvo que el principio de exclusión de pruebas obtenidas ilegalmente, además de estar generalmente reconocido en los sistemas jurídicos nacionales, también había sido reconocido en los instrumentos por los que se regían los tribunales penales internacionales, en el artículo 15 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes¹⁶⁰ y en el artículo 8, párrafo 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁶¹.

100. En la causa relativa a *Determinados bienes*, Liechtenstein, tras demostrar que el enriquecimiento injusto era un principio común a los sistemas jurídicos nacionales que no era incompatible con el derecho internacional, sostuvo además que el principio había sido “incorporado al derecho internacional” porque “inspiraba diversos regímenes jurídicos de derecho internacional público” como las normas de derecho internacional sobre la sucesión de Estados, la indemnización por expropiación de bienes y la evaluación para la indemnización¹⁶².

101. En la causa relativa a la *Aplicación del acuerdo provisional*, Macedonia del Norte rechazó la existencia del supuesto principio general del derecho invocado por

¹⁵⁸ Marteen Bos, “The recognized manifestations of international law”, *German Yearbook of International Law*, vol. 20 (1977), págs. 9 a 76, en especial pág. 41. Véase también An Hertogen, “The persuasiveness of domestic law analogies in international law”, *European Journal of International Law*, vol. 29 (2018), págs. 1127 a 1148; International Law Association, informe del Grupo de Trabajo sobre el uso de los principios del derecho interno en el desarrollo del derecho internacional (nota 96 *supra*), párr. 211; Rumiana Yotova, “Challenges in the identification of the ‘general principles of law recognized by civilized nations’: The approach of the International Court of Justice”, *Cambridge Journal of Comparative and Contemporary Law*, vol. 3 (2017), págs. 269 a 323, en especial pág. 320; Bonafé y Palchetti, “Relying on general principles in international law” (véase la nota 103 *supra*), pág. 164; Christian Tomuschat, “Obligations arising for States with or against their will”, en *Recueil des cours*, vol. 241 (1993), pág. 315; Michael Akehurst, “Equity and general principles of law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 25 (1976), págs. 801 a 825, en especial pág. 816.

¹⁵⁹ *North Sea Continental Shelf* (véase la nota 49 *supra*), duplica común de Dinamarca y los Países Bajos de 30 de agosto de 1968, párr. 19.

¹⁶⁰ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1465, núm. 24841, pág. 85.

¹⁶¹ *Avena and Other Mexican Nationals* (véase la nota 64 *supra*), memoria de México, párrs. 377 a 379. Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Pacto de San José (Costa Rica)” (San José, 22 de noviembre de 1969), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1144, núm. 17955, pág. 123.

¹⁶² *Certain Property* (véase la nota 56 *supra*), memoria de Liechtenstein, párrs. 6.23 a 6.25.

Grecia (la *exceptio non adimpleti contractus*) por entender, entre otras cosas, que los argumentos de Grecia se fundaban “en fuentes limitadas y antiguas anteriores a la aprobación de las normas modernas del derecho internacional de los tratados y de la responsabilidad del Estado”¹⁶³, y que el principio “no estaba incluido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, exceptuando el artículo 60”¹⁶⁴.

102. La Corte Internacional de Justicia también ha observado en varias ocasiones que el principio de cosa juzgada, “reflejado en los Artículos 59 y 60 de su Estatuto”, es un principio general del derecho que protege la función judicial de una corte o tribunal y a las partes en una causa que ha dado lugar a un fallo definitivo¹⁶⁵.

103. En la causa *Tadić*, una Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia consideró que el principio *non bis in idem*, que “de algún modo parece formar parte del código jurídico interno de muchas naciones [...], ha adquirido un cierto estatus internacional desde que se articula en el artículo 14, párrafo 7, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”¹⁶⁶. En la misma causa, la Sala de Apelaciones resolvió la cuestión del desacato al tribunal a la luz de “los principios generales del derecho comunes a los principales sistemas jurídicos del mundo, tal como se han desarrollado y perfeccionado (en su caso) en la jurisprudencia internacional”¹⁶⁷. Tras repasar las normas internas sobre el desacato al tribunal en diferentes jurisdicciones, la Sala de Apelaciones examinó además las disposiciones pertinentes de sus Reglas de Procedimiento y Prueba y los antecedentes de la redacción de estas¹⁶⁸.

104. Puede encontrarse un enfoque similar en la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos. En la causa *Sea-Land Services Inc. c. el Irán*, por ejemplo, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos sostuvo que el enriquecimiento injusto estaba “codificado o judicialmente reconocido en la inmensa mayoría de los sistemas jurídicos nacionales del mundo” y que también “se reconoce de manera general que ha quedado subsumido en la categoría de los principios generales del derecho que pueden ser aplicados por los tribunales internacionales”¹⁶⁹. En otra causa, el Tribunal determinó que “[el] concepto de cambio de circunstancias [...] se ha incorporado en su forma básica en tantos sistemas jurídicos que puede considerarse un principio general del derecho; también ha encontrado una expresión

¹⁶³ *Application of the Interim Accord* (véase la nota 86 *supra*), réplica de Macedonia del Norte, párr. 5.55.

¹⁶⁴ *Ibid.*, párr. 5.56.

¹⁶⁵ Véanse, por ejemplo, *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*, pág. 139, párr. 68; *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*, pág. 100, párr. 58. Pero véanse también *International status of South West Africa* (nota 114 *supra*), pág. 132, y *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, pág. 43, párr. 419, donde, a la luz del especial sentido que se da a los términos en determinados tratados, parece que se descarta la transposición de los principios reconocidos en el ámbito interno.

¹⁶⁶ *Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a “DULE”*, causa núm. IT-94-1-T, decisión sobre la apelación de la defensa con respecto al principio *non bis in idem*, 14 de noviembre de 1995, Sala de Primera Instancia, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 9. No obstante, el Tribunal no aplicó el principio como un principio general del derecho, sino como un principio que le era vinculante “en la medida en que aparece en el Estatuto y en la forma en que aparece en este” (*ibid.*).

¹⁶⁷ *Tadić* (2000) (véase la nota 56 *supra*), párr. 15.

¹⁶⁸ *Ibid.*, párrs. 19 a 29.

¹⁶⁹ *Sea-Land Service v. Iran* (véase la nota 58 *supra*), pág. 168.

ampliamente reconocida en el artículo 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁷⁰.

105. Otros tribunales arbitrales también se han basado en instrumentos internacionales para confirmar la transposición de principios generales del derecho al sistema jurídico internacional. En el caso *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Jordania*, el tribunal consideró que el principio según el cual corresponde al demandante probar los hechos en que fundamenta su reclamación (*actori incumbat probatio*) era un “principio de derecho bien establecido” porque, entre otras cosas, se había “incorporado en instrumentos básicos como el artículo 24, párrafo 1, del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o en el artículo 24, párrafo 1, del Estatuto del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos¹⁷¹. Del mismo modo, en el caso *Saluka Investments B.V. c. la República Checa*, en relación con el requisito de que exista una estrecha relación para presentar una reconvención, el tribunal se remitió a las disposiciones pertinentes del Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Reglamento de la CNUDMI), el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados¹⁷² y la Declaración sobre Resolución de Reclamaciones entre el Irán y los Estados Unidos y observó que “esas disposiciones, tal como se han interpretado y aplicado en las decisiones mencionadas, reflejan un principio jurídico general sobre la naturaleza de la estrecha relación que debe tener una reconvención con la reclamación principal para que un tribunal con competencia respecto de la demanda principal tenga también competencia respecto de la reconvención¹⁷³”.

106. A la luz de lo que antecede, cabe concluir que, el hecho de que un principio común a los principales sistemas jurídicos del mundo esté reflejado a nivel internacional, ya sea en tratados u otros instrumentos internacionales, puede ser la prueba que confirma que el principio se ha transpuesto al sistema jurídico internacional. Esto parece deberse a que, si la comunidad de naciones expresa de esta manera su reconocimiento de la aplicabilidad de ese principio a nivel internacional, ello implica que el principio se considera compatible con los principios fundamentales del derecho internacional y que en el sistema jurídico internacional se dan las condiciones para la aplicación adecuada del principio.

IV. Distinción respecto de la metodología para la identificación del derecho internacional consuetudinario

107. La última cuestión que se aborda es la distinción entre la metodología para la identificación de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales y la metodología para la identificación del derecho internacional

¹⁷⁰ *Questech, Inc. v. Iran* (véase la nota 54 *supra*), pág. 122. Véanse también *Rockwell v. Iran* (nota 54 *supra*), pág. 171, párr. 92; *Isaiah v. Bank Mellat* (nota 54 *supra*), pág. 237.

¹⁷¹ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, caso núm. ARB/02/13, laudo, 31 de enero de 2006, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, párr. 73.

¹⁷² Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Washington, 18 de marzo de 1965), vol. 575, núm. 8359, pág. 159.

¹⁷³ *Saluka Investments B.V. v. Czech Republic*, caso núm. 2001-03, decisión sobre la competencia respecto de la reconvención presentada por la República Checa, 7 de mayo de 2004, Tribunal Arbitral, Corte Permanente de Arbitraje, párr. 76. Véase también *Estados Unidos – Medidas compensatorias que afectan a determinados productos originarios de las Comunidades Europeas*, informe del Grupo Especial, 31 de julio de 2002 (WT/DS212/R), Organización Mundial del Comercio, párrs. 7.49 y 7.50.

consuetudinario. En opinión del Relator Especial, esa distinción está clara a la luz de los capítulos anteriores y no debe existir confusión entre las dos fuentes.

108. En sus conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, de las que se tomó nota en la resolución 73/203 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 2018, la Comisión determinó, en la conclusión 2, que “[p]ara determinar la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario, es necesario cerciorarse de que existe una práctica general que es aceptada como derecho (*opinio iuris*)”. Con respecto a las posibles formas de práctica, la conclusión 6 se refiere, entre otras, a “los actos legislativos y administrativos”, así como a “las decisiones de las cortes y tribunales nacionales”. Además, en lo que respecta a las formas de prueba de la *opinio iuris*, la conclusión 10 incluye “las decisiones de las cortes y tribunales nacionales”¹⁷⁴.

109. Estas formas de práctica y prueba de la *opinio iuris* coinciden con los materiales que son pertinentes a los efectos de la identificación de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales, que, como se explica más arriba, son esencialmente fuentes jurídicas internas como la legislación nacional y las decisiones de las cortes y tribunales nacionales. No obstante, es preciso matizar esta coincidencia.

110. En primer lugar, para que la legislación nacional y las decisiones de las cortes y tribunales nacionales sean pertinentes a los efectos de la identificación del derecho internacional consuetudinario, deben ir acompañadas de la *opinio iuris*, o la convicción de que el Estado actúa en virtud de un derecho o una obligación de derecho internacional. Sin embargo, esto no es necesario para que surja un principio general del derecho: lo pertinente es la forma en que las legislaciones y las cortes y tribunales nacionales regulan y resuelven los asuntos esencialmente internos¹⁷⁵.

111. Además, la segunda etapa del análisis para la identificación de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales (es decir, la constatación de la transposición) es exclusiva de esta fuente del derecho internacional. No se requiere dicho análisis para identificar una norma de derecho internacional consuetudinario.

¹⁷⁴ Véase también el párrafo 5) del comentario a la conclusión 10 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, A/73/10, pág. 153 (“La legislación nacional, aunque casi siempre es el resultado de decisiones políticas, puede ser valiosa como prueba de la aceptación como derecho, en particular cuando se ha señalado (por ejemplo, en el marco de la aprobación de la legislación) que responde al derecho internacional consuetudinario o lo hace efectivo. Las decisiones de las cortes y tribunales nacionales también pueden contener ese tipo de declaraciones al pronunciarse sobre cuestiones de derecho internacional”)

¹⁷⁵ Véanse también Michael Wood, “Customary international law and the general principles of law recognized by civilized nations”, *International Community Law Review*, vol. 21 (2019), págs. 307 a 324, en especial pág. 318 (donde se afirma que lo que hay que considerar es la forma en que los Estados regulan las relaciones jurídicas que tienen lugar a nivel nacional); Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (nota 92 *supra*), pág. 24 (donde se afirma que en la definición de la tercera fuente del derecho internacional está también presente el elemento del reconocimiento por parte de los pueblos civilizados, pero no el requisito de una práctica general. El objeto del reconocimiento ya no es, por lo tanto, el carácter jurídico de la norma implícita en un uso internacional, sino la existencia de ciertos principios de naturaleza intrínsecamente jurídica). Véanse también Dumberry, *A Guide to General Principles of Law in International Investment Arbitration* (véase la nota 94 *supra*), pág. 20; Costelloe, “The role of domestic law in the identification of general principles of law under Article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice” (véase la nota 103 *supra*), pág. 185; Bonafé y Palchetti, “Relying on general principles in international law” (véase la nota 103 *supra*), pág. 167.

112. Habida cuenta de lo que antecede, el Relator Especial propone los siguientes proyectos de conclusión:

Proyecto de 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:

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

Proyecto de conclusión 5
Determinación de la existencia de un principio común a los principales sistemas jurídicos del mundo

1. Para determinar la existencia de un principio común a los principales 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 diferentes familias jurídicas y regiones del mundo.

3. El análisis comparativo incluye una evaluación de las legislaciones nacionales y de las decisiones de las cortes y tribunales nacionales.

Proyecto de conclusión 6
Constatación de la transposición al sistema jurídico internacional

Un principio común a los principales sistemas jurídicos del mundo se transpone al sistema jurídico internacional:

- a) si es compatible con los principios fundamentales del derecho internacional; y
- b) si se dan las condiciones para su aplicación adecuada en el sistema jurídico internacional.

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

I. Consideraciones generales

113. En el primer informe sobre el tema, además de los principios generales del derecho derivados de los sistemas jurídicos nacionales, se abordó 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: los formados en el sistema jurídico internacional¹⁷⁶. Esta parte del informe trata la metodología para su identificación.

114. Para empezar, cabe recordar que en la Comisión ha habido divergencia de opiniones con respecto a esta categoría de principios generales del derecho. Muchos miembros apoyaron en general la idea de que pudiera haber principios que tuvieran

¹⁷⁶ A/CN.4/732, párrs. 231 a 253.

su origen exclusivamente en el sistema jurídico internacional¹⁷⁷. No obstante, otros miembros, si bien no excluían de plano la posibilidad de que existiera una segunda categoría, expresaron algunas preocupaciones al respecto¹⁷⁸. Les preocupaba básicamente el hecho de que, aparentemente, la práctica en relación con esta categoría de principios generales del derecho fuera insuficiente o no concluyente; la dificultad de distinguirla del derecho internacional consuetudinario; y el peligro de que los criterios para la identificación de esos principios generales del derecho no fueran lo suficientemente estrictos, de manera que fuera demasiado fácil invocar normas de derecho internacional.

115. En la Sexta Comisión también se expresaron diferentes opiniones. La mayoría de los Estados convinieron, a nivel general, en que existía una segunda categoría de principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del

¹⁷⁷ Véanse las intervenciones del Sr. Aurescu, [A/CN.4/SR.3491](#), pág. 11); el Sr. Cissé ([A/CN.4/SR.3492](#), pág. 23) (quien afirma que “[e]l texto del Artículo 38, párrafo 1 c), los trabajos preparatorios pertinentes y los antecedentes de la disposición no apoyan los argumentos de algunos autores que sostienen que solo debe incluirse la primera categoría [de los principios generales del derecho derivados de los sistemas jurídicos nacionales]. El carácter general del texto y la falta de una indicación clara de que los redactores tenían la intención de restringir el párrafo a esa categoría únicamente justifican una interpretación más amplia y liberal del concepto”); la Sra. Galvão Teles ([A/CN.4/SR.3489](#), pág. 23) (quien afirma que “[h]ay otros principios generales que pueden tener su origen en el sistema internacional o en las propias relaciones internacionales. Esta idea también cuenta con un amplio apoyo en la práctica y en la doctrina”); el Sr. Gómez-Robledo ([A/CN.4/SR.3492](#), pág. 11); el Sr. Grossman ([A/CN.4/SR.3493](#), pág. 8) (quien afirma que “[l]a existencia de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional también responde a la necesidad de determinar ciertas características generales en ese sistema. Pueden aportar soluciones adecuadas a situaciones que no se plantean en los sistemas nacionales y que, de otro modo, quedarían sin resolver [...] [T]ambién pueden servir para regular cuestiones sobre las que existe un consenso generalizado pero respecto de las cuales hay escasas oportunidades de que se establezca una práctica de los Estados”); el Sr. Huang ([A/CN.4/SR.3493](#), pág. 13); el Sr. Jalloh ([A/CN.4/SR.3491](#), pág. 8); la Sra. Lehto ([A/CN.4/SR.3492](#), pág. 16) (quien afirma que, “[n]o obstante, el texto del Artículo 38, que posteriormente pasó a ser el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, no excluye otros tipos de principios generales, y los antecedentes de su redacción demuestran que ese texto también es una solución de compromiso entre dos concepciones de los principios generales”); el Sr. Nguyen ([A/CN.4/SR.3491](#), pág. 14); el Sr. Nolte ([A/CN.4/SR.3492](#), pág. 21) (quien afirma que “[e]n función de las condiciones previas para su formación, la categoría de los ‘principios generales formados en el sistema jurídico internacional’ puede concebirse como una forma de principios generales en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c)”); la Sra. Oral ([A/CN.4/SR.3492](#), pág. 8); el Sr. Ruda Santolaria ([A/CN.4/SR.3492](#), pág. 12); el Sr. Saboia ([A/CN.4/SR.3491](#), pág. 18); el Sr. Tladi ([A/CN.4/SR.3489](#), pág. 4); el Sr. Valencia-Ospina ([A/CN.4/SR.3489](#), pág. 10) (quien afirma que “otros [principios] son inherentes a la naturaleza del ordenamiento jurídico internacional (por ejemplo, el principio del consentimiento a la jurisdicción)”).

¹⁷⁸ Véanse las intervenciones del Sr. Argüello Gómez, [A/CN.4/SR.3492](#), pág. 4); el Sr. Hmoud ([A/CN.4/SR.3489](#), pág. 15); el Sr. Murase ([A/CN.4/SR.3489](#), pág. 9); el Sr. Murphy ([A/CN.4/SR.3490](#), pág. 15); el Sr. Park ([A/CN.4/SR.3489](#), págs. 16 y 17); el Sr. Rajput ([A/CN.4/SR.3490](#), pág. 19); el Sr. Šturma ([A/CN.4/SR.3493](#), pág. 17); y el Sr. Wood ([A/CN.4/SR.3490](#), págs 4 y 9).

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹⁷⁹. Otros pidieron a la Comisión que siguiera estudiando la cuestión sin adoptar una posición clara¹⁸⁰. Algunas otras delegaciones expresaron dudas sobre la existencia de esa categoría de principios¹⁸¹.

116. Conviene hacer algunas observaciones generales con respecto a las preocupaciones que se han planteado en la Comisión de Derecho Internacional y en la Sexta Comisión. El Relator Especial conviene en que la cuestión de basar la labor de la Comisión de Derecho Internacional en una práctica suficiente debe abordarse con el máximo cuidado, especialmente en un tema referente a una de las fuentes del derecho internacional. En el contexto de la segunda categoría de principios generales del derecho en particular, la dificultad de identificar la práctica pertinente radica, en primer lugar, en el hecho de que en muy pocas ocasiones se ha mencionado expresamente el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia para invocar esos principios. En segundo lugar, es cierto que la terminología empleada en la práctica es imprecisa. Por consiguiente, si en un caso determinado se invocó o aplicó un principio general del derecho formado en el sistema jurídico internacional, o más bien una norma de derecho internacional convencional o consuetudinario, es algo que puede dar lugar a diversas interpretaciones. En tercer lugar, puede haber, en algunos casos, cierta superposición entre las categorías de principios generales del derecho primera y segunda, en la medida en que un principio que cabe considerar de la segunda categoría puede también estar reflejado en sistemas jurídicos nacionales (así puede ocurrir, por ejemplo, con el principio *pacta sunt servanda*).

117. En opinión del Relator Especial, la escasez de referencias al Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en la práctica no es un obstáculo insuperable. En el primer informe se explicó que los antecedentes de redacción y el texto del Artículo 38, párrafo 1 c), corroboran la existencia de una segunda categoría

¹⁷⁹ Véanse las declaraciones de Austria (A/C.6/74/SR.31, párr. 88 (que afirma que, “[e]n determinadas circunstancias, también puede haber principios generales del derecho ‘formados en el sistema jurídico internacional’”); Belarús (A/C.6/74/SR.31, párr. 95); China (A/C.6/74/SR.27, párr. 96); el Ecuador (*ibid.*, párr. 37); España (A/C.6/74/SR.32, párr. 39, y declaración que puede consultarse en el portal PaperSmart) (que afirma que “hay dos grandes categorías de principios generales del derecho, a saber, los derivados de los sistemas jurídicos nacionales y los que se han formado, en cambio, en el sistema jurídico internacional”); Estonia (puede consultarse en el portal PaperSmart); la Federación de Rusia (A/C.6/74/SR.32, párr. 79); Sierra Leona (A/C.6/74/SR.31, párr. 106) (que afirma que “[e]n algunas esferas del derecho internacional, como el derecho penal internacional, los principios generales del derecho derivados del derecho nacional e internacional son particularmente importantes”); Italia (A/C.6/74/SR.32, párr. 34); Noruega, (en nombre de los países nórdicos) (A/C.6/74/SR.31, párr. 77) (que afirma que “el Artículo 38, párrafo 1 c), no excluye la posibilidad de que los principios generales del derecho se originen en fuentes distintas de los sistemas jurídicos nacionales”); los Países Bajos (*ibid.*, párr. 153) (que afirman que “algunos principios generales del derecho tienen su origen en el sistema jurídico internacional, posición que se apoya en la práctica de los Estados y en la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales. La libertad de la alta mar es un ejemplo de principio general del derecho internacional”); el Perú (puede consultarse en el portal PaperSmart) (que afirma que “un principio general del derecho puede surgir tanto de los sistemas jurídicos nacionales, a través de la transposición de principios de dichos sistemas en el derecho internacional, como del propio sistema internacional”); Portugal (A/C.6/74/SR.32, párr. 86); el Sudán (*ibid.*, párr. 28); Uzbekistán (puede consultarse en el portal PaperSmart).

¹⁸⁰ Véanse las declaraciones de Australia (puede consultarse en el portal PaperSmart); Chile (A/C.6/74/SR.32, párr. 47); Croacia (A/C.6/74/SR.25, párr. 57); Cuba (A/C.6/74/SR.31, párrs. 138 y 139); Filipinas (A/C.6/74/SR.32, párr. 4); Micronesia (*ibid.*, párr. 54); la República de Corea (*ibid.*, párr. 121); Viet Nam (*ibid.*, párr. 59).

¹⁸¹ Véanse las declaraciones de Eslovaquia (A/C.6/74/SR.31, párr. 118); los Estados Unidos (puede consultarse en el portal PaperSmart); el Irán (República Islámica del) (puede consultarse en el portal PaperSmart); el Reino Unido (A/C.6/74/SR.32, párr. 15); la República Checa (*ibid.*, párr. 104).

de principios generales del derecho. Como se mostrará en el siguiente capítulo, hay ejemplos en la práctica que parecen confirmarlo. Las opiniones expresadas por los Estados en la Sexta Comisión también parecen indicar que el alcance del Artículo 38, párrafo 1 c), va más allá de los principios generales del derecho derivados de los sistemas jurídicos nacionales.

118. En cuanto a la imprecisión de la terminología empleada en la práctica, así como en la doctrina (en particular el uso de expresiones como “principios generales del derecho internacional” y “principios del derecho internacional”), el Relator Especial considera que cada caso debe analizarse detenidamente en su contexto. Estas expresiones pueden referirse a los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional. En otros casos, quienes las emplean tal vez quieran hablar de normas de derecho internacional convencional o consuetudinario, o incluso de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales. Un criterio importante para resolver esta dificultad es determinar si, en un caso concreto, una norma se identifica siguiendo una metodología distinta.

119. En lo que respecta a la cuestión de la superposición de las dos categorías de principios generales del derecho comprendidas en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el Relator Especial considera que debe evitarse difuminar la distinción entre ambas. Como se indica en el primer informe y en el presente informe, los principios generales del derecho derivados de los sistemas jurídicos nacionales han sido ampliamente aceptados en la práctica y en la doctrina, y la metodología para identificarlos tiene sus propias características. La metodología para identificar los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional es diferente: requiere determinar la existencia de un principio que sea reconocido por la comunidad de naciones, para lo que es preciso constatar que está ampliamente reconocido en los tratados y otros instrumentos internacionales; que sirve de base a normas generales del derecho internacional convencional o consuetudinario; o que es inherente a las características básicas y los requisitos fundamentales del sistema jurídico internacional.

120. Al igual que prácticamente todos los miembros de la Comisión de Derecho Internacional y los Estados en la Sexta Comisión, el Relator Especial también considera que los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional deben distinguirse claramente de las normas de derecho internacional consuetudinario. Esta cuestión se plantea en relación con la preocupación por que los criterios para identificar los principios generales del derecho de la segunda categoría sean suficientemente estrictos, y por que esos principios generales no se consideren un medio para invocar normas de derecho internacional con facilidad. En el capítulo III más abajo se aborda esta cuestión con cierto detalle.

II. Metodología

121. La práctica y la jurisprudencia de los Estados arrojan algo de luz sobre la forma en que deben identificarse los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional. Dado que, a juicio del Relator Especial, estos principios están comprendidos en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la condición esencial para que existan es su reconocimiento, que, al igual que en el caso de la primera categoría, ha de ser amplio y representativo y reflejar un entendimiento común de la comunidad de naciones. En el presente contexto, puede considerarse que el reconocimiento reviste tres formas diferentes. En primer lugar, un principio puede ser ampliamente reconocido en tratados y otros instrumentos internacionales. En segundo lugar, un principio puede servir de base a normas generales de derecho internacional convencional o consuetudinario. Por último, un

principio puede ser inherente a las características básicas y los requisitos fundamentales del sistema jurídico internacional. Cabe señalar, no obstante, que estas formas de reconocimiento no son mutuamente excluyentes. Como se muestra a continuación, pueden coexistir en algunos casos.

A. Principios ampliamente reconocidos en tratados y otros instrumentos internacionales

122. Una primera forma de identificar los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional es mediante la constatación de que un principio ha sido ampliamente incorporado en tratados y otros instrumentos internacionales, como las resoluciones de la Asamblea General.

123. Los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg (Principios de Núremberg) pueden considerarse un ejemplo de principios generales del derecho surgidos de esta manera. Los Principios de Núremberg se incorporaron en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de 1945¹⁸² y fueron aplicados por el Tribunal Militar Internacional para el Juicio y Castigo de los Principales Criminales de Guerra de las Potencias del Eje Europeo (Tribunal de Núremberg). El 11 de diciembre de 1946, la Asamblea General, en la resolución 95 (I), aprobada por unanimidad, “confirm[ó] los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg y las sentencias de dicho Tribunal”¹⁸³. La Asamblea General también dio instrucciones a la Comisión de Desarrollo Progresivo y Codificación del Derecho Internacional para que formulara estos principios¹⁸⁴.

124. Durante su primer período de sesiones, la Comisión estudió si debía determinar en qué medida los Principios de Núremberg constituían “principios de derecho internacional” y decidió que, “puesto que los principios reconocidos en Núremberg habían sido confirmados por la Asamblea General, la tarea encomendada a la Comisión [...] no consistía en expresar un juicio acerca de esos principios en cuanto principios de derecho internacional, sino únicamente en formularlos”¹⁸⁵.

¹⁸² Estatuto del Tribunal Militar Internacional, anexo al Acuerdo de Londres concerniente al Juicio y Castigo de los Principales Criminales de Guerra de las Potencias del Eje Europeo, de 8 de Agosto de 1945, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 82, pág. 279.

¹⁸³ Resolución 95 (I) de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1946.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, pág. 374, párr. 96. Véanse también *Yearbook...*, 1949, vol. I, pág. 133, párr. 35; *Yearbook...*, 1950, vol. II, pág. 189, párr. 36. Los Principios de Núremberg establecen lo siguiente:

“Principio I

Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable del mismo y está sujeta a sanción.

Principio II

El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido.

Principio III

El hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de derecho internacional haya actuado como Jefe de Estado o como autoridad del Estado no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional.

125. Parece que, más adelante, al aprobar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, los Estados consideraron que los Principios de Núremberg eran principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Como se señala en el primer informe, los trabajos preparatorios de ambos tratados muestran que, al incluir el artículo 15, párrafo 2, y el artículo 7, párrafo 2, respectivamente, en esos instrumentos, la intención de las partes era “confirmar y reforzar” aún más los Principios de Núremberg¹⁸⁶. En relación con la naturaleza jurídica de los principios, los Estados señalaron, entre otras cosas, el hecho de que se habían incluido en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional y confirmado en la resolución 95 (I) de la Asamblea General, y que se ajustaban a los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas, la resolución 96 (I) de la Asamblea General, en la que se afirma que el genocidio es un crimen de derecho internacional, y la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio¹⁸⁷.

126. En la jurisprudencia también se hace referencia a la naturaleza jurídica de los Principios de Núremberg como principios generales del derecho. Por ejemplo, en el

Principio IV

El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional, si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción.

Principio V

Toda persona acusada de un delito de derecho internacional tiene derecho a un juicio imparcial sobre los hechos y sobre el derecho.

Principio VI

Los delitos enunciados a continuación son punibles como delitos de derecho internacional:

a) Delitos contra la paz:

- i) Planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales;
- ii) Participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos mencionados en el inciso i).

b) Delitos de guerra: Las violaciones de las leyes o usos de la guerra, que comprenden, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el maltrato, o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito, de la población civil de territorios ocupados o que en ellos se encuentre, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas que se hallen en el mar, la ejecución de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificable de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares.

c) Delitos contra la humanidad: El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación con él.

Principio VII

La complicidad en la comisión de un delito contra la paz, de un delito de guerra o de un delito contra la humanidad, de los enunciados en el Principio VI, constituye asimismo delito de derecho internacional.”

¹⁸⁶ Véanse A/2929, párr. 96; A/4625, párrs. 15 y 16; A/C.3/SR.1008, párrs. 2, 3 y 14; A/C.3/SR.1010, párr. 9; A/C.3/SR.1012, párr. 15; A/C.3/SR.1013, párrs. 14, 15 y 17; Consejo de Europa, Comisión Europea de Derechos Humanos, Trabajos preparatorios sobre el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, Documento informativo preparado por la Secretaría de la Comisión (DH (57) 6), pág. 4.

¹⁸⁷ Véanse A/C.3/SR.1008, pág. 147, párr. 14; A/C.3/SR.1012, párr. 15; A/C.3/SR.1013, párrs. 14 y 15. 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.

asunto *Kolk y Kislyiy c. Estonia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos observó lo siguiente:

Aunque el Tribunal de Núremberg se estableció para juzgar a los principales criminales de guerra de los países del Eje Europeo por los delitos que habían cometido antes de la Segunda Guerra Mundial o durante esta, el presente Tribunal observa que, posteriormente, la validez universal de los principios relativos a los crímenes de lesa humanidad fue confirmada, entre otros organismos, por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 95 (11 de diciembre de 1946) y, más tarde, por la Comisión de Derecho Internacional. Por consiguiente, la responsabilidad por los crímenes de lesa humanidad no puede limitarse únicamente a los nacionales de algunos países y a los actos cometidos en el marco temporal específico de la Segunda Guerra Mundial. En este contexto, el Tribunal desea destacar que en el artículo I b) de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad se establece expresamente que los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido. Tras su adhesión a la citada Convención, la República de Estonia pasó a estar obligada a aplicar dichos principios.

El artículo 7, párrafo 2, del Convenio establece expresamente que dicho 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. Esto se aplica a los crímenes de lesa humanidad, cuya imprescriptibilidad quedó consagrada en el Estatuto del Tribunal Internacional de Núremberg¹⁸⁸.

127. Sobre la base de lo que antecede, cabe concluir que los Principios de Núremberg fueron reconocidos por la comunidad de naciones como principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional mediante una combinación de actos: su inclusión en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional, su aplicación por el Tribunal de Núremberg y su confirmación unánime en la resolución 95 (I) de la Asamblea General. El hecho de que los Principios de Núremberg sean principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia parece verse confirmado en los trabajos preparatorios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

128. En la causa relativa a las *Reservas a la Convención contra el Genocidio*, la Corte Internacional de Justicia parece haber considerado la existencia de ciertos principios generales del derecho reconocidos por la comunidad de naciones, no derivados de los sistemas jurídicos nacionales, al determinar qué tipo de reservas pueden formularse a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y qué tipo de

¹⁸⁸ *Kolk and Kislyiy v. Estonia* (dec.), demandas núms. 23052/04 y 24018/04, decisión sobre la admisibilidad, 17 de enero de 2006, Cuarta Sección, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Reports of Judgments and Decisions* (ECHR), 2006-I. Véase también *Vasiliauskas v. Lithuania* [Gran Sala], demanda núm. 35343/05, sentencia, 20 de octubre de 2015, Gran Sala, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ECHR 2015, párrs. 187 a 190 (donde se reafirma su jurisprudencia anterior en el sentido de que el artículo 7, párrafo 2, del Convenio Europeo es solo una “aclaración contextual del elemento del [artículo 7, párrafo 1] relativo a la responsabilidad, que se ha añadido para que no haya dudas sobre la validez de los enjuiciamientos posteriores a la Segunda Guerra Mundial de los crímenes cometidos durante esa guerra [...] Así pues, es evidente que los redactores del Convenio no tenían la intención de permitir ninguna excepción general a la regla de la irretroactividad”).

objeciones pueden hacerse al respecto. En su opinión consultiva, la Corte afirmó, entre otras cosas, lo siguiente:

La solución a estos problemas hay que buscarla en las características particulares de la Convención contra el Genocidio. Los orígenes y el carácter de esa Convención, los objetivos perseguidos por la Asamblea General y las partes contratantes, las relaciones existentes entre las disposiciones de la Convención, y entre esas disposiciones y esos objetivos, proporcionan elementos que permiten interpretar la voluntad de la Asamblea General y de las partes. Los orígenes de la Convención muestran la intención de las Naciones Unidas de condenar y castigar el genocidio como “un crimen de derecho internacional” que implica una negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros, una denegación que conmueve la conciencia humana, causa una gran pérdida a la humanidad y es contraria a la ley moral y al espíritu y los objetivos de las Naciones Unidas (resolución 96 (I) de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1946). La primera consecuencia de esta interpretación es que los principios que subyacen a la Convención son principios reconocidos por las naciones civilizadas como vinculantes para los Estados, incluso en ausencia de toda obligación convencional. Una segunda consecuencia es el carácter universal tanto de la condena del genocidio como de la cooperación necesaria “para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso” (preámbulo de la Convención). Por consiguiente, la Convención contra el Genocidio fue concebida, tanto por la Asamblea General como por las partes contratantes, como convención de alcance claramente universal. De hecho, fue aprobada el 9 de diciembre de 1948 mediante una resolución aprobada por unanimidad por 56 Estados¹⁸⁹.

129. En la resolución 96 (I) de la Asamblea General mencionada por la Corte también se señala que el crimen de genocidio “es contrari[o] a la ley moral y al espíritu y los objetivos de las Naciones Unidas”, y se afirma que “el genocidio es un crimen de derecho internacional que el mundo civilizado condena y por el cual los autores y sus cómplices deberán ser castigados, ya sean estos individuos particulares, funcionarios públicos o estadistas y el crimen que hayan cometido sea por motivos religiosos, raciales o políticos, o de cualquier otra naturaleza”¹⁹⁰.

130. En opinión del Relator Especial, la formulación empleada por la Corte puede interpretarse como una referencia a los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto (“reconocidos por las naciones civilizadas como vinculantes para los Estados”). Como señaló la Corte, los principios en cuestión (relativos a la condena y el castigo del crimen de genocidio) “subyacen” a la Convención y son vinculantes para los Estados incluso en ausencia de la Convención. Puede considerarse que el reconocimiento de estos principios por la comunidad de naciones ha quedado reflejado en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, así como en la resolución 96 (I) de la Asamblea General.

131. Otro ejemplo de principios generales del derecho de la segunda categoría surgidos mediante su incorporación en tratados son los principios incluidos en la cláusula de Martens, que apareció por primera vez en los preámbulos de la Segunda Convención de La Haya relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, de

¹⁸⁹ *Reservations to the Convention on Genocide*, opinión consultiva de 28 de mayo de 1951, *I.C.J. Reports 1951*, págs. 15 y ss., en especial pág. 23.

¹⁹⁰ Resolución 96 (I) de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1946.

1899, y la Cuarta Convención de La Haya relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, de 1907¹⁹¹, y reza así:

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

132. Esta cláusula se ha incorporado en varios otros tratados posteriores a las Convenciones de La Haya, como los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales¹⁹². Una formulación más reciente de la cláusula de Martens habla de “los principios del derecho internacional derivados de la costumbre establecida, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública”¹⁹³.

133. La cláusula de Martens se refiere a “los principios del derecho de gentes, tales como resultan [...] de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública” como parte de las leyes de la guerra, aplicables al mismo tiempo que “los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre Naciones civilizadas” (es decir, la costumbre). Las leyes (o principios) de humanidad y las exigencias (o dictados) de la conciencia pública han sido considerados por algunos Estados como principios generales del derecho reconocidos por la comunidad de naciones, no derivados de los sistemas jurídicos nacionales. En la causa relativa a la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, por ejemplo, Nauru hizo la siguiente observación:

La cláusula de Martens parece exigir la aplicación de principios generales del derecho. Habla de las leyes de humanidad y los dictados de la conciencia pública. Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas parecen encarnar, por tanto, los principios de humanidad y la

¹⁹¹ Convenciones de La Haya relativas a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre (La Haya, 18 de octubre de 1907): Segunda Convención relativa a la Limitación del Empleo de la Fuerza para Recuperar las Deudas Contractuales (Segunda Convención de la Haya); Cuarta Convención relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre (Cuarta Convención de la Haya), *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907*, J. B. Scott (ed.) (Nueva York, Oxford University Press, 1915).

¹⁹² Véanse el Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña (Ginebra, 12 de agosto de 1949), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, núm. 970, pág. 31, art. 63; el Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar (Ginebra, 12 de agosto de 1949), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, núm. 971, pág. 85, art. 62; el Convenio de Ginebra relativo al Trato debido a los Prisioneros de Guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949), *ibid.*, núm. 972, pág. 135, art. 142; el Convenio de Ginebra relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, núm. 973, pág. 287, art. 158; el Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Ginebra, 8 de junio de 1977), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1125, núm. 17512, pág. 3, art. 1, párr. 2; el Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Ginebra, 8 de junio de 1977), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1125, núm. 17513, pág. 609, preámbulo; la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados (Ginebra, 10 de octubre de 1980), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1342, núm. 22495, pág. 137, preámbulo.

¹⁹³ Véase el Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, art. 1, párr. 2.

conciencia pública. Por consiguiente, quedan prohibidas las armas inhumanas y las que son ofensivas para la conciencia pública¹⁹⁴.

134. Análogamente, durante el debate de 2019 en la Sexta Comisión, Noruega (en nombre de los países nórdicos) señaló que la cláusula de Martens era “un ejemplo de un principio que se formó en el sistema jurídico internacional”¹⁹⁵.

135. También pueden encontrarse principios generales del derecho surgidos mediante su incorporación en tratados y otros instrumentos internacionales en el ámbito del derecho internacional del medio ambiente¹⁹⁶. Un posible ejemplo es el principio de quien contamina paga, expresamente estipulado o incorporado en varios tratados ambientales, que exige que el contaminador asuma los costos de la prevención, el control y la reducción de la contaminación¹⁹⁷. Algunos tratados recientes han

¹⁹⁴ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, carta de fecha 15 de junio de 1995 del abogado nombrado por Nauru, y declaración escrita del Gobierno de Nauru, pág. 13.

¹⁹⁵ Declaración de Noruega (en nombre de los países nórdicos) (A/C.6/74/SR.31, párr. 77).

¹⁹⁶ Con respecto a la opinión de que puede haber ciertos principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia específicos del derecho ambiental, no necesariamente derivados de los sistemas jurídicos nacionales, véanse, por ejemplo, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, fallo, Corte Internacional de Justicia, *I.C.J. Reports 2010*, pág. 14, opinión separada del magistrado Cançado Trindade, pág. 135, párrs. 6, 28, 48 y 52; Makane Moïse Mbengue y Brian McGarry, “General principles of international environmental law in the case law of international courts and tribunals”, en Andenas y otros, *General Principles and the Coherence of International Law* (véase la nota 88 *supra*), págs. 408 a 441, en especial págs. 408 a 413. Los autores también señalan, no obstante, que, dado que el principal corpus de derecho internacional del medio ambiente se denomina “principios” porque surgió en gran medida de instrumentos universales de derecho no vinculante (como la Declaración de Río), estas normas pueden considerarse derecho internacional consuetudinario (pág. 420).

¹⁹⁷ Véanse, por ejemplo, el Convenio acerca de la Responsabilidad Civil en materia de Energía Nuclear (París, 29 de julio de 1960) Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 956, núm. 13706, pág. 251; la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares (Viena, 21 de mayo de 1963), *ibid.*, vol. 1063, núm. 16197, pág. 265; el Convenio para la Protección del Mar Mediterráneo contra la Contaminación (Barcelona, 16 de febrero de 1976), *ibid.*, vol. 1102, núm. 16908, pág. 27, art. 12; el Acuerdo de la ASEAN sobre la Conservación de la Naturaleza y de los Recursos Naturales (Kuala Lumpur, 9 de julio de 1985), UNEP *Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment* (Cambridge, 1991) vol. 2, pág. 144, art. 10 d); el Convenio para la Protección de los Alpes (Salzburgo (Austria), 7 de noviembre de 1991), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1917, núm. 32724, pág. 135, art. 2, párr. 1; el Convenio para la Protección del Medio Marino del Atlántico Nordeste (París, 22 de septiembre de 1992), *ibid.*, vol. 2354, núm. 42279, pág. 67, art. 2, párr. 2 b); el Acuerdo sobre la Zona Económica Europea (Bruselas, 13 de diciembre de 1993), *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, vol. 37, núm. L 1, pág. 3, art. 73, párr. 2; el Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales (Helsinki, 17 de marzo de 1992), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1936, núm. 33207, pág. 269, art. 2, párr. 5 b); los Acuerdos relativos a la Protección de los Ríos Mosa y Scheldt (Charleville Mezieres (Francia), 26 de abril de 1994), *International Legal Materials*, vol. 34 (1995), pág. 851, art. 3, párr. 2 d); el Convenio sobre la Cooperación para la Protección y el Uso Sostenible del Danubio (Sofía, 29 de junio de 1994), *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, vol. 52, núm. L 342, pág. 19, art. 2, párr. 4; el Protocolo relativo al Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias (Londres, 7 de noviembre de 1996), *London Convention 1972: Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter and 1996 Protocol* (Londres, Organización Marítima Internacional, 2003), pág. 15, art. 3, párr. 2; el Convenio sobre la Protección del Rin (Berna, 12 de abril de 1999), *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, vol. 43, núm. L 289, pág. 31, art. 4 d). Véase también Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law*, 2ª ed. (Cambridge University Press, 2003), págs. 279 a 281.

calificado en su preámbulo el principio de que quien contamina paga de “principio general del derecho internacional del medio ambiente”¹⁹⁸.

136. Además de en tratados, el principio de que quien contamina paga se ha incluido en algunos instrumentos internacionales. En particular, el principio 16 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo¹⁹⁹ establece lo siguiente:

Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales²⁰⁰.

137. En opinión del Relator Especial, el principio de que quien contamina paga puede considerarse un principio general del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, ya que puede constatarse su reconocimiento por la comunidad de naciones por la incorporación del principio en varios tratados y otros instrumentos internacionales ampliamente aceptados²⁰¹.

B. Principios que sirven de base a normas generales de derecho internacional convencional o consuetudinario

138. Los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional también pueden identificarse si se establece que sirven de base a normas generales de derecho internacional convencional o consuetudinario²⁰². En estos casos, el reconocimiento necesario para la existencia del principio general en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia parece deducirse de la aceptación general de las normas a las que este sirve de base. Esta metodología es esencialmente deductiva.

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

¹⁹⁸ Véase, por ejemplo, el Convenio Internacional sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra la Contaminación por Hidrocarburos (Londres, 30 de noviembre de 1990), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1891, núm. 32194, pág. 77.

¹⁹⁹ *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992*, Volumen I: *Resoluciones aprobadas por la Conferencia* (A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. 1); publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.93.I.8), resolución 1, anexo, págs. 2 y ss., en especial pág. 5.

²⁰⁰ Véanse también Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos: Recomendación del Consejo sobre los Principios Rectores relativos a los Aspectos Internacionales de las Políticas Ambientales, OECD/LEGAL/0102 (1972), anexo, párrs. 2 a 5; Recomendación del Consejo sobre la Aplicación del Principio de que quien Contamina Paga, OECD/LEGAL/0132 (1974); Recomendación del Consejo sobre la Aplicación del Principio de quien Contamina Paga en Casos de Contaminación Accidental, OECD/LEGAL/0251 (1989); Recomendación del Consejo sobre la Utilización de Instrumentos Económicos en la Política Ambiental, OECD/LEGAL/0258 (1991).

²⁰¹ Véase también Pierre-Marie Dupuy y Jorge Viñuales, *International Environmental Law*, 2ª ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2018), pág. 81 (donde se afirma que, a primera vista, el principio de que quien contamina paga parece una mera versión del deber de reparar el daño causado a otros aplicado en un contexto ambiental. No obstante, una interpretación tan limitada privaría a este principio de todo contenido autónomo, dado que ese deber está bien establecido en el derecho internacional consuetudinario a través de los principios de no causar daño y de prevención).

²⁰² Bonafé y Palchetti, “Relying on general principles in international law” (véase la nota 103 *supra*), pág. 162. Los autores añaden que el derecho internacional es el punto de partida para obtener principios generales que pueden aplicarse posteriormente a otras situaciones que no estaban previstas inicialmente en las normas pertinentes (*ibid.*).

Las obligaciones de las autoridades albanesas consistían en notificar, en beneficio de la navegación en general, la existencia de una zona minada en aguas territoriales albanesas y en advertir a los buques de guerra británicos que se aproximaban del inminente peligro al que quedaban expuestos por la presencia de minas en la zona. Esas obligaciones se basan no en la Octava Convención de La Haya de 1907, que es aplicable en tiempo de guerra, sino en ciertos principios generales y bien reconocidos, a saber, consideraciones elementales de humanidad, aún más exigentes en la paz que en la guerra; el principio de libertad de comunicación marítima; y la obligación de todo Estado de no permitir a sabiendas que su territorio se utilice para cometer actos contrarios a los derechos de otros Estados²⁰³.

140. La Corte no aplicó la Convención de La Haya, que solo es aplicable en tiempo de guerra y de la que, en cualquier caso, Albania no era parte. No obstante, identificó ciertas obligaciones basadas en “principios generales y bien reconocidos”, que cabía considerar que se habían deducido de normas existentes de derecho internacional convencional o consuetudinario²⁰⁴, y aplicó esos principios para resolver la causa en cuestión.

141. En la causa relativa a la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, Indonesia también parece haber tratado de identificar un principio general del derecho mediante su deducción de disposiciones convencionales. Afirmó que “puede encontrarse apoyo al principio de que la amenaza de cometer un acto ilegal también es ilegal en los instrumentos jurídicos internacionales y en la *opinio iuris*, así como en los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”²⁰⁵.

142. En su argumento, Indonesia se refería en general a los tratados que prohíben la posesión y la fabricación de armas de destrucción masiva, a los Principios de Núremberg, al Protocolo I del Convenio de Ginebra y a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio²⁰⁶.

143. En la causa *Furundzija*, ante una “importante discrepancia” sobre la forma en que los Estados, a nivel interno, tipifican como delito la penetración oral forzada²⁰⁷, la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia consideró que tenía que “determinar si se [podía] encontrar una solución apropiada recurriendo a los principios generales del derecho penal internacional o, en su defecto, a los principios generales del derecho internacional”²⁰⁸. Aunque sin explicar la diferencia entre ambos conceptos ni indicar en cuál de ellos se basaba, la Sala sostuvo lo siguiente:

²⁰³ *Corfu Channel* (véase la nota 55 *supra*), pág. 22. En sus comunicaciones, el Reino Unido había pedido a la Corte que declarara, entre otras cosas, que Albania “no notificó la existencia de [las] minas como exige la Octava Convención de La Haya de 1907, de conformidad con los principios generales del derecho internacional y la humanidad” (*ibid.*, pág. 10). En su contramemoria, Albania declaró que, aunque no hubiera pasado a ser parte en la Convención, aceptaba que estaba obligada por las normas establecidas en ella, incluso en tiempo de paz, debido a su “carácter declaratorio” (contramemoria de Albania, párr. 84). Véase también la dúplica de Albania, párr. 27.

²⁰⁴ Véanse Bonafé y Palchetti, “Relying on general principles in international law” (véase la nota 103 *supra*), pág. 163; Yotova, “Challenges in identification of the ‘general principles of law recognized by civilized nations’” (nota 158 *supra*), pág. 299.

²⁰⁵ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, CR 1995/25, 3 de noviembre de 1995, pág. 37, párr. 77.

²⁰⁶ *Ibid.*, párrs. 78 y 79.

²⁰⁷ *Furundzija* (véase la nota 56 *supra*), párr. 182.

²⁰⁸ *Ibid.*

[L]a penetración oral forzada con el órgano sexual masculino constituye un atentado contra la dignidad humana especialmente humillante y degradante. La esencia de las normas del derecho internacional humanitario y del derecho de los derechos humanos es la protección de la dignidad de la persona, con independencia de su género. El principio general de respeto de la dignidad humana es la base del derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos y es, de hecho, su razón de ser: de hecho, en la actualidad ha alcanzado tal importancia que impregna el derecho internacional en su conjunto. La finalidad de este principio es proteger al ser humano de todo menoscabo de su dignidad personal, con independencia de que resulte de violencia física, humillaciones o ataques contra su honor, su autoestima o su salud mental. Es plenamente coherente con este principio que un acto de violencia sexual tan grave como la penetración oral forzada se califique de violación”²⁰⁹.

144. Así pues, la Sala de Primera Instancia parece haber identificado y aplicado un “principio general de respeto de la dignidad humana” por entender que sirve de base al “derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos”.

145. A la luz de lo que antecede, el Relator Especial llega a la conclusión de que se puede considerar que un principio se ha formado en el sistema jurídico internacional cuando sirve de base a normas generales de derecho internacional convencional y consuetudinario. Estos principios son “reconocidos” en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto por su amplio reconocimiento por medio de los tratados y las normas consuetudinarias en cuestión. La metodología para identificarlos es esencialmente deductiva: hay que examinar normas específicas de derecho internacional y deducir los principios que les sirven de base. El principio que se identifique de ese modo puede aplicarse con independencia de las normas de derecho internacional convencional o consuetudinario de que se trate, e incluso en ausencia de estas. Dicho de otro modo, el principio no forma parte de las normas de las que se ha deducido.

C. Principios inherentes a las características básicas y los requisitos fundamentales del sistema jurídico internacional

146. Una tercera forma de identificar los principios generales del derecho de la segunda categoría es mediante la constatación de que son inherentes a las características básicas y los requisitos fundamentales del sistema jurídico internacional, creado por la comunidad de naciones.

147. Un ejemplo a este respecto es el principio de consentimiento respecto de la competencia, que puede considerarse inherente al sistema jurídico internacional en razón de la estructura de este: es una consecuencia necesaria del hecho de que los Estados soberanos sean iguales y no exista un órgano judicial al que sea obligatorio someter las controversias similar a los existentes en los sistemas jurídicos nacionales. Este principio inspira diversos instrumentos internacionales y se refleja en ellos, y se ha invocado con frecuencia en la jurisprudencia. En la causa relativa al *Oro amonedado*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia dictaminó que “[t]oda resolución sobre la responsabilidad internacional de Albania que se adopte sin su consentimiento sería contraria a un principio bien establecido del derecho internacional consagrado en el Estatuto de la Corte, a saber, que la Corte solo puede ejercer su competencia respecto de un Estado con el consentimiento de este”²¹⁰. El

²⁰⁹ *Ibid.*, párr. 183.

²¹⁰ *Case of the monetary gold removed from Rome in 1943* [Cuestión preliminar], fallo de 15 de junio de 1954, *I.C.J. Reports 1954*, págs. 19 y ss., en especial pág. 32.

principio también fue invocado por Nicaragua en la causa relativa a la *Controversia sobre fronteras terrestres, insulares y marítimas* como un “principio del derecho internacional general” que estaba “incorporado en las disposiciones del Artículo 62 [del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia]”²¹¹. La Sala de la Corte señaló que, para responder a la pregunta de si se requería un vínculo de competencia para que Nicaragua pudiera intervenir en virtud del Artículo 62 del Estatuto, “deb[ía] examinar el principio general de competencia consensual en su relación con la institución de la intervención”²¹². A este respecto, la Sala observó que “no cabe duda de la importancia de este principio general”, e hizo referencia a la causa relativa a las *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, en que la Corte Permanente había considerado que actuaba “teniendo en cuenta el hecho de que su competencia es limitada, que se basa siempre en el consentimiento del demandado y que solo existe en la medida en que se ha dado dicho consentimiento”²¹³. Entretanto, cabe también decir que el principio de consentimiento respecto de la competencia está ampliamente reconocido en los tratados, por lo que cumple además el requisito de la primera forma de reconocimiento a nivel internacional. Como se afirma más arriba, las diferentes formas de reconocimiento no son mutuamente excluyentes.

148. En la causa relativa al *Derecho de paso*, Portugal argumentó que los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia incluían no solo principios generales derivados de los sistemas jurídicos nacionales, sino también principios generales inherentes al ordenamiento jurídico internacional²¹⁴. A este respecto, Portugal sostuvo lo siguiente:

Algunos principios de derecho internacional derivan su carácter fundamental de su estrecha relación con la estructura de ese derecho. Se trata, como afirma Sørensen acertadamente, de principios “inherentes al sistema jurídico internacional que conocemos en la actualidad”. “Sin ellos”, aclara este, “la estructura de la comunidad internacional sería radicalmente distinta, ya que siempre han formado parte del derecho internacional, desde los inicios del ordenamiento jurídico internacional en su forma moderna” [...] Y añade: “Entre los principios axiomáticos más importantes, reflejados en la jurisprudencia de la Corte, figuran los principios de independencia e igualdad de los Estados, que, a su vez, forman parte de la noción tradicional de soberanía”²¹⁵.

149. No obstante, la India rechazó la opinión de Portugal y afirmó, entre otras cosas, que los “principios del derecho internacional público” no estaban comprendidos en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto (que, a su juicio, solo incluía los principios derivados de los sistemas jurídicos nacionales), y que “los principios generales del derecho internacional público no tienen más contenido que el derivado de las normas

²¹¹ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, Lista General núm. 75 (1986), Solicitud de permiso para intervenir presentada por el Gobierno de Nicaragua, Corte Internacional de Justicia, pág. 6.

²¹² *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.

²¹³ *Ibid.*, pág. 133, párr. 95. Véase también el párr. 99.

²¹⁴ *Right of Passage* (véase la nota 62 *supra*), réplica de Portugal, párr. 335. Portugal añadió: “Se trata de principios generales propios del ordenamiento jurídico internacional y, por lo tanto, es inútil buscarlos en los ordenamientos jurídicos internos” (*ibid.*).

²¹⁵ *Ibid.*, párr. 338.

consuetudinarias y convencionales”²¹⁶. La Corte Internacional de Justicia no se pronunció sobre esta cuestión.

150. En la causa relativa a la *Controversia fronteriza (Burkina Faso/Mali)*, una Sala de la Corte Internacional de Justicia señaló que el principio *uti possidetis iuris* era un principio general conectado lógicamente al fenómeno de la independencia. La Sala observó lo siguiente:

Dado que las dos Partes han [...] pedido expresamente a la Sala que resuelva su controversia sobre la base, en particular, del “principio de intangibilidad de las fronteras heredadas de la colonización”, la Sala no puede ignorar el principio *uti possidetis iuris*, cuya aplicación tiene como consecuencia el respeto de la intangibilidad de las fronteras. Aunque no es necesario, a los efectos de la presente causa, demostrar que se trata de un principio del derecho internacional firmemente establecido en lo que respecta a la descolonización, la Sala desea, no obstante, subrayar su alcance general, habida cuenta de su importancia excepcional para el continente africano y para las dos Partes. A este respecto, cabe señalar que parece el principio *uti possidetis* fue invocado y aplicado por primera vez en la América hispana por tratarse del continente en el que primero se dio el fenómeno de la descolonización, que implicó la formación de varios Estados soberanos en un territorio que antes pertenecía a un solo Estado metropolitano. No obstante, el principio no es una norma especial que se refiera únicamente a un sistema específico de derecho internacional. Se trata de un principio general, conectado lógicamente al fenómeno de la obtención de la independencia, dondequiera que ocurra. Su objetivo evidente es impedir que luchas fratricidas provocadas por una impugnación de las fronteras después de la retirada de la potencia administradora pongan en peligro la independencia y la estabilidad de los nuevos Estados²¹⁷.

La Sala señaló además que “[e]l hecho de que los nuevos Estados africanos hayan respetado las fronteras y los límites administrativos establecidos por las potencias coloniales no debe considerarse como una mera práctica que contribuye a la aparición gradual de un principio de derecho internacional consuetudinario, limitado en su impacto al continente africano como lo había estado anteriormente a la América hispana, sino como la aplicación en África de una norma de alcance general”²¹⁸. Recordó asimismo que el principio se había reflejado en las declaraciones de los 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

²¹⁶ *Ibid.*, contramemoria de la India, párrs. 295 y 296. La India señaló además que no ponía en duda la existencia de los principios generales del derecho internacional público invocados por Portugal, que, a su juicio, “desempeñan un papel importante en la doctrina y en la vida internacional” y “expresan tendencias esenciales del derecho y sentimientos e ideas fundamentales que determinan su crecimiento”. No obstante, en opinión de la India, “solo son parte del derecho positivo en la medida en que su aplicación se demuestre previa consulta de alguna de las fuentes del Artículo 38” (*ibid.*, párr. 297). En su réplica, la India añadió que “[e]stos principios generales, al haberse perfeccionado a partir de normas de derecho positivo existentes, se basan en el derecho positivo. De ello se desprende que, cuando se cuestiona la existencia de un supuesto principio general, es esencial probar su existencia indicando cuáles son las normas de derecho positivo que, según se afirma, sirven de base a la formulación de dicho principio general. Tampoco se puede permitir que el principio general se formule de manera vaga y general, apartándose sustancialmente de las normas básicas de derecho positivo, ni que se deduzcan corolarios del principio general mediante un proceso de pura lógica sin la más mínima consideración de los elementos de derecho positivo subyacentes” (*ibid.*, réplica de la India, párr. 571. Véase también el párrafo 574).

²¹⁷ *Frontier Dispute*, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 554 y ss., en especial pág. 565, párr. 20.

²¹⁸ *Ibid.*, párr. 21.

Conferencia de Jefes de Estado Africanos celebrada en 1964²¹⁹. La Sala se refirió también a los “diversos aspectos diferentes de este principio en su conocida aplicación en la América hispana”, e hizo hincapié en que “[l]a esencia del principio radica en su objetivo primordial de garantizar el respeto de los límites territoriales existentes en el momento en que se logra la independencia”. Según la Sala, el principio era de aplicación no solo en América, sino también respecto de las partes en la controversia, ya que el *uti possidetis* era “un principio de carácter general que está conectado lógicamente con esta forma de descolonización dondequiera que ocurra”²²⁰. La Sala añadió que la obligación de respetar las fronteras preexistentes en caso de sucesión de Estados “se deriva de una norma general de derecho internacional, independientemente de que esta se exprese o no en la fórmula *uti possidetis*. Por consiguiente, las numerosas afirmaciones solemnes relativas a la intangibilidad de las fronteras que existían en el momento de la independencia de los Estados africanos [...] son evidentemente declaratorias y no constitutivas: reconocen y confirman un principio existente”²²¹.

151. Esta decisión permite aclarar la diferencia entre el proceso de formación de los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional y el de las normas de derecho internacional consuetudinario. Para que surja una norma de derecho internacional consuetudinario, debe existir una práctica general aceptada como derecho (acompañada de la *opinio iuris*), mientras que, para que surja un principio general del derecho, es fundamental el “reconocimiento” de la comunidad de naciones. El razonamiento de la Sala parece indicar que, en el momento de dictarse el fallo, el *uti possidetis* no se consideraba aún una norma de derecho internacional consuetudinario, sino un “principio general” que estaba “conectado lógicamente con el fenómeno de la independencia”. Según la Sala, este principio era aplicable a los Estados africanos incluso antes de que lo aceptaran expresamente en declaraciones, en la Carta de la Organización de la Unidad Africana y en la resolución AGH/Res.16 (I). Teniendo esto en cuenta, cabe concluir que el principio *uti possidetis iuris* se identificó como principio general del derecho tras constatarse que estaba conectado lógicamente con el fenómeno de la independencia o era inherente a él, algo que ocurre únicamente en el sistema jurídico internacional, que es una creación de la comunidad de naciones. Para confirmar ese reconocimiento, es preciso estudiar la actitud de los Estados que reconocen la existencia del principio²²².

152. En la actualidad, por lo general el principio *uti possidetis* se considera también una norma de derecho internacional consuetudinario. Así pues, este principio puede considerarse un ejemplo de principio general del derecho que, tras ser aplicado sistemáticamente por los Estados, ha adquirido además la condición de derecho

²¹⁹ *Ibid.*, págs. 565 y 566, párr. 22.

²²⁰ *Ibid.*, pág. 566, párr. 23.

²²¹ *Ibid.*, párr. 24. Véase también pág. 567, párr. 26 (“la aplicabilidad del principio *uti possidetis* en la presente causa no puede rechazarse simplemente porque en 1960, año en que Malí y Burkina Faso lograron la independencia, la Organización de la Unidad Africana, que proclamó ese principio, no existía todavía y la resolución mencionada en la que se pide el respeto de las fronteras preexistentes solo es de 1964”).

²²² Giorgio Gaja, “General principles of law”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2013), párr. 19 (donde se afirma que el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia exige que un principio general del derecho sea “reconocido por las naciones civilizadas”. Cuando un determinado principio solo forma parte del derecho internacional, su reconocimiento reflejará la actitud a ese respecto de la comunidad internacional y, por lo tanto, esencialmente de los Estados. En otras palabras, para que exista un principio, será necesario que los Estados reconozcan, aunque sea de manera implícita, que ese principio es de aplicación en sus *relaciones internacionales*).

internacional consuetudinario. Nada parece impedir que una norma sea a la vez principio general del derecho y norma de derecho internacional consuetudinario²²³.

153. Otra causa en que la Corte Internacional de Justicia parece haber aplicado un razonamiento similar es la relativa a las *Pesquerías*, entre Noruega y el Reino Unido. Al determinar si ciertas líneas de delimitación de la zona de pesca de Noruega (en particular las líneas de base empleadas) eran compatibles con el derecho internacional existente en el momento pertinente (1935-1951), la Sala constató lo siguiente:

No cabe deducir en modo alguno que, en ausencia de normas que tengan el carácter de precisión técnica alegado por el Gobierno del Reino Unido, la delimitación llevada a cabo por el Gobierno de Noruega en 1935 no está sujeta a determinados principios que permiten juzgar su validez en derecho internacional. La delimitación de las zonas marítimas siempre tiene un aspecto internacional: no puede depender únicamente de la voluntad del Estado ribereño expresada en su derecho interno. Si bien es cierto que el acto de delimitación es necesariamente un acto unilateral, porque solo el Estado ribereño está facultado para llevarlo a cabo, la validez de la delimitación respecto de los terceros Estados depende del derecho internacional.

A este respecto, ciertas consideraciones fundamentales inherentes a la naturaleza del mar territorial permiten deducir determinados criterios que, aunque no sean absolutamente precisos, pueden proporcionar a las cortes y tribunales una base suficiente para tomar una decisión, que puede adaptarse a los diversos hechos en cuestión²²⁴.

154. Sobre la base de lo que antecede, para abordar la cuestión que tenía ante sí, la Corte hizo referencia a consideraciones como la “fuerte dependencia del mar territorial respecto del dominio terrestre”, la “relación más o menos estrecha existente entre ciertas zonas marítimas y las formaciones terrestres que las separan o las rodean” y “ciertos intereses económicos propios de una región”²²⁵.

155. En la causa *Kupreškić*, después de considerar que no se podía encontrar ningún principio general del derecho penal común a todos los principales sistemas jurídicos del mundo, la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia recurrió a “un principio general del derecho acorde con las características fundamentales y los requisitos básicos de la justicia penal internacional”²²⁶. Para identificar ese principio, afirmó lo siguiente:

A este respecto, dos requisitos básicos [...] adquieren una importancia primordial en razón del estado actual del derecho penal internacional. Uno es la plena salvaguardia de los derechos del acusado, y el otro que el Fiscal y, en general, el Tribunal Internacional estén en condiciones de ejercer todas las facultades que se deriven expresa o implícitamente del Estatuto, o sean inherentes a sus funciones, que sean necesarias para cumplir su misión con eficacia y en interés de la justicia²²⁷.

²²³ Cabe señalar que, en una causa posterior, El Salvador sostuvo que el principio *uti possidetis* era una norma de derecho internacional consuetudinario y un principio general del derecho. Véase *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, memoria de El Salvador, párr. 3.4. El Salvador también señaló que el principio no era aplicable a “ninguna delimitación de la frontera entre Estados que han alcanzado la independencia tras un período de sometimiento a la misma potencia colonial” (*ibid.*)

²²⁴ *Fisheries case*, fallo de 18 de diciembre de 1951: *I.C.J. Reports 1951*, págs. 116 y ss., en especial págs. 132 y 133.

²²⁵ *Ibid.*, pág. 133.

²²⁶ *Kupreškić et al.*, fallo, Sala de Primera Instancia (véase la nota 56 *supra*), párr. 738.

²²⁷ *Ibid.*, párr. 739.

156. En relación con el primer requisito, la Sala de Primera Instancia observó el “estado rudimentario” de las normas penales internacionales y señaló que, “[a]nte este estado de fluctuación, los derechos del acusado no se salvaguardarían debidamente” si la Sala de Primera Instancia lo declarara culpable no solo de un delito específico, sino también de cualquier otro delito basado en los mismos hechos no mencionado en el escrito de acusación²²⁸. También consideró que ese enfoque contravendría el artículo 21, párrafo 4 a), del Estatuto del Tribunal, que dispone que se informará al acusado “sin demora” y “en forma detallada” de la “naturaleza y causas de los cargos que se le imputan”²²⁹. En relación con el segundo requisito, consideró que

el cumplimiento eficaz de las funciones del Tribunal en interés de la justicia permite concluir que no se debe invalidar el procedimiento penal por ningún error que la Fiscalía haya podido cometer cuando, no obstante, esta parezca haber establecido suficientemente los hechos y los posibles vicios de forma en la formulación de la acusación no sean de naturaleza tal que socaven o restrinjan los derechos de la Defensa²³⁰.

Sobre la base de un punto medio entre ambos requisitos, la Sala de Primera Instancia formuló una serie de directrices para adoptar su decisión²³¹.

157. Así pues, en esta causa, los principios generales del derecho parecen haberse identificado sobre la base de las “características fundamentales y los requisitos básicos” del derecho penal internacional. Cabe considerar que el “reconocimiento” por la comunidad de naciones se ha deducido a partir de las características y requisitos fundamentales de ese régimen jurídico.

158. A la luz de lo que antecede, cabe concluir que los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional pueden identificarse mediante su deducción a partir de las características básicas y los requisitos fundamentales del sistema jurídico internacional, que, una vez más, es una creación de la comunidad de naciones.

III. Distinción respecto de la metodología para la identificación del derecho internacional consuetudinario

159. Como ya se ha mencionado, hubo acuerdo general en la Comisión de Derecho Internacional y en la Sexta Comisión en que había que distinguir claramente entre los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional y el derecho internacional consuetudinario. Esta cuestión se aborda a continuación.

160. La distinción entre estas dos fuentes se basa, en primer lugar, en su método de identificación. Como se indica más arriba, para que exista una norma de derecho internacional consuetudinario, debe haber una práctica general aceptada como derecho (acompañada de la *opinio iuris*). En cambio, los principios generales del derecho han de ser reconocidos por la comunidad de naciones.

161. Las formas que puede adoptar el reconocimiento a los efectos de los principios generales del derecho de la segunda categoría ya se han explicado anteriormente. Puede parecer que existe cierta superposición en el caso de los principios

²²⁸ *Ibid.*, párr. 740.

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ *Ibid.*, párr. 741.

²³¹ *Ibid.*, párrs. 742 y 743. Otro posible ejemplo de principio inherente a las características básicas y los requisitos fundamentales del sistema jurídico internacional es el de libertad de la alta mar, mencionado por los Países Bajos durante el debate de la Sexta Comisión de 2019 (A/C.6/74/SR.31, párr. 153).

ampliamente reconocidos en los tratados y otros instrumentos internacionales, dado que los materiales que permiten constatar el cumplimiento del requisito del reconocimiento también sirven de prueba para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario.

162. Según la conclusión 11 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, las normas enunciadas en los tratados pueden ser pertinentes para la identificación de una norma de derecho internacional consuetudinario en tres casos: en primer lugar, cuando codifica una norma consuetudinaria preexistente, es decir, cuando existe una práctica general aceptada como derecho que ha generado una norma existente en el momento en que se celebró el tratado; en segundo lugar, cuando la norma convencional lleva a la cristalización de una norma de derecho internacional consuetudinario que había comenzado a surgir antes de la celebración del tratado, o sea, el tratado impulsa la continuación de la práctica aceptada como derecho hasta que surge una norma consuetudinaria; en tercer lugar, cuando la norma convencional da origen a una práctica general aceptada como derecho y genera una nueva norma de derecho internacional consuetudinario.

163. Asimismo, en la conclusión 12 se explica que las resoluciones de las organizaciones internacionales y las conferencias intergubernamentales pueden constituir un elemento de prueba para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario o contribuir a su desarrollo. Puede considerarse que una disposición de una resolución refleja una norma de derecho internacional consuetudinario siempre que se establezca que esa disposición corresponde a una práctica general aceptada como derecho (*opinio iuris*).

164. En todas las causas mencionadas, lo que importa en última instancia es la necesidad de establecer que existe una práctica general aceptada como derecho (acompañada de la *opinio iuris*), que son los dos elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario.

165. En el caso de los principios generales del derecho de la segunda categoría, no es necesario buscar una práctica general y su aceptación como derecho (*opinio iuris*). Lo que importa es el reconocimiento claro, mediante tratados y otros instrumentos internacionales, de la existencia de un principio jurídico con un ámbito de aplicación general. El reconocimiento por la comunidad de naciones de la existencia de un principio general independiente con validez universal debe inferirse de esos instrumentos. Cada caso debe analizarse en su contexto, teniendo en cuenta el texto del instrumento en cuestión y la intención de las partes negociadoras.

166. Los principios que sirven de base a normas generales de derecho internacional convencional y consuetudinario también deben identificarse con una metodología distinta. Como se ha explicado anteriormente, el enfoque en este caso es esencialmente deductivo. A este respecto, cabe recordar que, en sus comentarios a las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, la Comisión señaló lo siguiente:

De hecho, el enfoque basado en dos elementos no excluye el ejercicio de deducción como herramienta, empleada con prudencia, para contribuir a su aplicación, en particular al examinar posibles normas de derecho internacional consuetudinario que funcionan en el contexto de normas formuladas en términos más generales que a su vez se derivan de una práctica general aceptada como derecho y la reflejan, o al concluir que posibles normas de derecho internacional forman parte de un “régimen indivisible”²³².

²³² Párr. 5) del comentario a la conclusión 2, A/73/10, pág. 136.

167. En opinión del Relator Especial, la deducción a la que se refiere la Comisión es diferente de la deducción que permite identificar los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional. Cabe señalar que el “ejercicio de deducción” a los efectos del enfoque basado en dos elementos parece muy limitado. Puede emplearse únicamente “como herramienta” para contribuir a la aplicación del enfoque basado en dos elementos, o sea, para constatar que existe una práctica general aceptada como derecho (acompañada de la *opinio iuris*).

168. En el caso de los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional, el método deductivo no se limita a las normas generales de derecho internacional consuetudinario, sino que incluye también las normas generales de derecho convencional. Este ejercicio de deducción no es una herramienta para contribuir a constatar la existencia de una práctica general aceptada como derecho, sino el principal criterio para establecer la existencia de un principio jurídico que tenga alcance general y sea aplicable a una situación no contemplada inicialmente por las normas de las que se deriva. Cabe aplicar consideraciones similares a los principios inherentes a las características básicas y los requisitos fundamentales del sistema jurídico internacional, cuya metodología de identificación es, como se ha explicado anteriormente, también deductiva.

169. La última cuestión que hay que tener en cuenta es la naturaleza de los principios generales del derecho de la segunda categoría. Al menos algunos de estos principios se presentan como normas de carácter general que no implican necesariamente ninguna obligación específica de actuar de manera que se proteja su fin general. Así lo ha señalado la Corte Internacional de Justicia en su reciente fallo en la causa relativa a las *Inmunidades y actuaciones penales*:

El artículo 4 [de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional] no se refiere a las normas internacionales consuetudinarias, entre ellas la inmunidad de los Estados, que se derivan de la igualdad soberana, sino al propio principio de igualdad soberana. El artículo 4 se refiere únicamente a los principios generales del derecho internacional. En su sentido corriente, el artículo 4, párrafo 1, no impone a los Estados partes, mediante su referencia a la igualdad soberana, la obligación de actuar de manera acorde con las muchas normas de derecho internacional que protegen la soberanía en general y con todos los requisitos que establecen esas normas²³³.

170. Esta cuestión se abordará con mayor detalle en un futuro informe que tratará de las funciones de los principios generales del derecho.

171. Habida cuenta de lo que antecede, el Relator Especial propone los siguientes proyectos de conclusión:

Proyecto de conclusión 7
Identificación de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional

Para determinar la existencia y el contenido de un principio general del derecho formado en el sistema jurídico internacional, es necesario cerciorarse:

- a) de que el principio está ampliamente reconocido en tratados y otros instrumentos internacionales;

²³³ *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)* [Excepciones preliminares], fallo, *I.C.J. Reports 2018*, pág. 292, párr. 93.

- b) de que el principio sirve de base a normas generales de derecho internacional convencional o consuetudinario; o
- c) de que el principio es inherente a las características básicas y los requisitos fundamentales del sistema jurídico internacional.

Cuarta parte: Medios auxiliares para la determinación de principios generales del derecho

172. El Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia dispone lo siguiente:

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

[...]

d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

173. En sus conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, la Comisión abordó en detalle el peso que debe darse a los medios auxiliares para la determinación de normas de derecho. La conclusión 13 dispone lo siguiente:

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 normas de derecho internacional consuetudinario constituyen un medio auxiliar de determinación de dichas normas.

2. Podrán tomarse en consideración, cuando proceda, las decisiones de cortes y tribunales nacionales relativas a la existencia y el contenido de normas de derecho internacional consuetudinario como medio auxiliar de determinación de tales normas.

174. En el comentario a esta conclusión se explica además, entre otras cosas, que el papel de las decisiones judiciales consiste en “contribu[ir]” a la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario²³⁴, y que la expresión “medio auxiliar” denota “la función complementaria de esas decisiones en la elucidación del derecho; no son fuentes de derecho internacional en sí mismas (a diferencia de los tratados, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho)”. Al mismo tiempo, el uso de esa expresión “no da a entender [...] que esas decisiones no sean importantes para la identificación del derecho internacional consuetudinario”²³⁵.

175. La conclusión 14 reza así:

La doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones puede ser un medio auxiliar para la determinación de normas de derecho internacional consuetudinario.

²³⁴ Párr. 1) del comentario a la conclusión 13, [A/73/10](#), pág. 162.

²³⁵ Párr. 2), *ibid.*

176. En el comentario también se explica que la doctrina “no es en sí una fuente de derecho internacional, pero puede ofrecer orientación para la determinación de la existencia y el contenido de normas de derecho internacional consuetudinario”²³⁶.

177. El Relator Especial no ve ninguna razón para apartarse del enfoque expuesto más arriba a los efectos del presente tema. La expresión “reglas de derecho” que figura en el Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto, leída en su contexto, incluye claramente las tres fuentes del derecho internacional mencionadas en dicha disposición. Por consiguiente, las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones pueden servir de medio auxiliar para la determinación de los principios generales del derecho.

178. A menudo se recurre a decisiones judiciales para determinar la existencia (o no) de principios generales del derecho, en particular los 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 pruebas indirectas, además de estar admitido en “todos los sistemas jurídicos”, estaba “reconocido por las decisiones internacionales”²³⁷. En la causa relativa a la *Soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*, la Corte señaló asimismo que, “[e]xiste un principio general del derecho, confirmado por la jurisprudencia de esta Corte, que estipula que la parte que señala un hecho en defensa de sus reclamaciones debe probar ese hecho”²³⁸. En el arbitraje del caso relativo al *Área marina protegida de Chagos*, el tribunal señaló que “la frecuente invocación [del principio de *estoppel*] en los procedimientos internacionales ha permitido precisar el alcance de este principio”²³⁹. En el caso *Yukos*, el tribunal arbitral rechazó la doctrina de las “manos limpias” invocada por la Federación de Rusia y señaló, en particular, que el Estado no hizo referencia a ninguna “decisión por mayoría simple en la que un tribunal judicial o arbitral internacional haya aplicado el principio de ‘manos sucias’ en una controversia interestatal o entre inversores y Estados”²⁴⁰.

179. La doctrina de los especialistas también se ha utilizado en muchas ocasiones para la identificación de principios generales. Por ejemplo, se ha recurrido a este medio auxiliar para demostrar que un principio es común a los principales sistemas

²³⁶ Párr. 2) del comentario a la conclusión 14, *ibid.*, pág. 164.

²³⁷ *Corfu Channel* (véase la nota 55 *supra*), pág. 18.

²³⁸ *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.

²³⁹ *Chagos Marine Protected Area (Mauritius v. United Kingdom)*, caso núm. 2011-03, laudo, 18 de marzo de 2015, Corte Permanente de Arbitraje, párr. 436. En la causa relativa a *Determinados bienes*, Liechtenstein también trató de explicar el contenido del principio de enriquecimiento injusto haciendo referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos. Véase *Certain Property* (véase la nota 56 *supra*), memoria de Liechtenstein, párrs. 6.33 y 6.34.

²⁴⁰ *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, caso núm. AA 227, laudo definitivo, 18 de julio de 2014, Corte Permanente de Arbitraje, párr. 1362. En la causa relativa a la *Obligación de negociar un acceso al océano Pacífico*, la Corte Internacional de Justicia señaló que, a pesar de las referencias a las legítimas expectativas que podían encontrarse en laudos arbitrales relativos a controversias entre inversores y Estados, “no se sigue de estas referencias que exista en derecho internacional general un principio que dé lugar a una obligación basada en lo que puede considerarse una legítima expectativa”. Véase *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)*, fallo, *I.C.J. Reports 2018*, págs. 507 y ss., en especial pág. 559, párr. 162.

jurídicos del mundo²⁴¹. Los escritos académicos pueden ser particularmente útiles para superar las barreras lingüísticas en el estudio comparativo de los sistemas jurídicos nacionales. No obstante, como señala la Comisión en sus conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, es necesario actuar con prudencia al recurrir a la doctrina, ya que su valor a la hora de determinar la existencia de una norma de derecho internacional puede variar²⁴².

180. También se han examinado otros tipos de materiales, como las iniciativas de codificación públicas y privadas, para determinar la existencia y el contenido de un principio común a los sistemas jurídicos nacionales. Por ejemplo, algunas cortes y tribunales se han basado en los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) en relación con los principios que pueden derivarse del derecho contractual interno, y han señalado que son “una suerte de reformulación internacional del derecho de los contratos que refleja las normas y principios aplicados en la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales”²⁴³. Del mismo modo, para identificar las normas y principios existentes en el sistema jurídico de los Estados Unidos, se ha hecho referencia a la Recopilación (Segunda) sobre los Contratos²⁴⁴, la Recopilación sobre los Actos Ilícitos²⁴⁵ y la Recopilación sobre la Ley de Restitución²⁴⁶.

181. Habida cuenta de lo que antecede, el Relator Especial propone los siguientes proyectos de conclusión:

²⁴¹ Véanse, por ejemplo, *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, informe del Órgano de Apelación, 12 de octubre de 1998 (WT/DS58/AB/R), párr. 158; *Certain Property* (nota 56 *supra*), memoria de Liechtenstein, párrs. 6.10 a 6.15; *North Sea Continental Shelf* (nota 49 *supra*), opinión separada del Magistrado Ammoun, págs. 101 y ss., en especial págs. 140 y 141; *Oil Platforms* (nota 85 *supra*), opinión separada del Magistrado Simma, párrs. 66 a 73; *Erdemović* (nota 72 *supra*), opinión separada conjunta del Magistrado McDonald y el Magistrado Vohrah, párrs. 59 y 30; *Gold Reserve v. Venezuela* (nota 83 *supra*), párr. 576; *Sea-Land Service v. Iran* (véase la nota 58 *supra*), párrs. 60 y 61.

²⁴² Párr. 2) del comentario a la conclusión 14, A/73/10, pág. 164. Bogdan, por ejemplo, señaló que había que tener en cuenta que los principios generales del derecho seguían la evolución de los sistemas jurídicos nacionales y que, por lo tanto, había que mostrar prudencia al recurrir a estudios comparativos más antiguos porque estos podían haber quedado obsoletos en gran parte. Véase Bogdan, “General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations” (nota 95 *supra*), pág. 51.

²⁴³ *El Paso c. la Argentina* (nota 54 *supra*), párr. 623. Véase *Eureka B.V. v. Republic of Poland*, laudo parcial, 19 de agosto de 2005, párr. 174. Véase también Jarrod Hepburn, “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and investment treaty arbitration: A limited relationship”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 64 (2015), págs. 905 a 934, en especial págs. 914 y 915. Otros instrumentos destinados a codificar principios generalmente reconocidos en los sistemas jurídicos nacionales pueden ser la Convención de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (París, 17 de diciembre de 1997; puede consultarse en http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf) y los Principios de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo sobre la Promoción del Otorgamiento y la Toma Responsables de Préstamos Soberanos (véase *International Law Association*, informe del Grupo de Estudio sobre el uso de los principios del derecho interno en el desarrollo del derecho internacional (nota 96 *supra*), párr. 202).

²⁴⁴ *Amco v. Indonesia* (véase la nota 80 *supra*, párr. 266).

²⁴⁵ *Oil Platforms* (nota 85 *supra*), opinión separada del Magistrado Simma, párr. 68.

²⁴⁶ *Certain Property* (véase la nota 56 *supra*), memoria de Liechtenstein, párr. 6.12. Véase también Rudolf B. Schlesinger, “Research on the general principles of law recognized by civilized nations”, *American Journal of International Law*, vol. 51 (1957), págs. 734 a 753.

Proyecto de 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 tales principios.

Proyecto de 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.

Quinta parte: Programa de trabajo futuro

182. Conforme a lo debatido hasta la fecha en la Comisión de Derecho Internacional y en la Sexta Comisión, el próximo informe sobre el tema tratará de las funciones de los principios generales del derecho y de su relación con otras fuentes del derecho internacional.

Anexo

Proyectos de conclusión propuestos

Proyecto de 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 constatar:

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

Proyecto de conclusión 5

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

1. Para determinar la existencia de un principio común a los principales 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 diferentes familias jurídicas y regiones del mundo.

3. El análisis comparativo incluirá una evaluación de las legislaciones nacionales y de las decisiones de las cortes y tribunales nacionales.

Proyecto de conclusión 6

Constatación de la transposición al sistema jurídico internacional

Un principio común a los principales sistemas jurídicos del mundo se transpone al sistema jurídico internacional si:

- a) es compatible con los principios fundamentales del derecho internacional; y
- b) existen las condiciones para su aplicación adecuada en el sistema jurídico internacional.

Proyecto de conclusión 7

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

Para determinar la existencia y el contenido de un principio general del derecho formado en el sistema jurídico internacional, es necesario cerciorarse:

- a) de que el principio está ampliamente reconocido en tratados y otros instrumentos internacionales;
- b) de que el principio sirve de base a normas generales de derecho internacional convencional o consuetudinario; o
- c) de que el principio es inherente a las características básicas y los requisitos fundamentales del sistema jurídico internacional.

Proyecto de 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 tales principios.

Proyecto de 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.

Proyectos de conclusión consolidados

Proyecto de conclusión 1
Ámbito

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

Proyecto de conclusión 2
Requisito del reconocimiento

Para que exista un principio general del derecho, debe ser generalmente reconocido por [la comunidad de naciones].

Proyecto de conclusión 3
Categorías de principios generales del derecho

Los principios generales del derecho comprenden:

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

Proyecto de 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:

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

Proyecto de conclusión 5**Determinación de la existencia de un principio común a los principales sistemas jurídicos del mundo**

1. Para determinar la existencia de un principio común a los principales 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 diferentes familias jurídicas y regiones del mundo.
3. El análisis comparativo incluye una evaluación de las legislaciones nacionales y de las decisiones de las cortes y tribunales nacionales.

Proyecto de conclusión 6**Constatación de la transposición al sistema jurídico internacional**

Un principio común a los principales sistemas jurídicos del mundo se transpone al sistema jurídico internacional:

- a) si es compatible con los principios fundamentales del derecho internacional; y
- b) si se dan las condiciones para su aplicación adecuada en el sistema jurídico internacional.

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

Para determinar la existencia y el contenido de un principio general del derecho formado en el sistema jurídico internacional, es necesario cerciorarse:

- a) de que el principio está ampliamente reconocido en tratados y otros instrumentos internacionales;
- b) de que el principio sirve de base a normas generales de derecho internacional convencional o consuetudinario; o
- c) de que el principio es inherente a las características básicas y los requisitos fundamentales del sistema jurídico internacional.

Proyecto de 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 tales principios.

Proyecto de 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.