



Asamblea General

Distr. general
18 de abril de 2022
Español
Original: inglés

Comisión de Derecho Internacional

73^{er} período de sesiones

Ginebra, 18 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 5 de agosto de 2022

Tercer informe sobre los principios generales del derecho presentado por Marcelo Vázquez-Bermúdez, Relator Especial*

Índice

<i>Capítulo</i>	<i>Página</i>
Introducción	3
Primera parte: La cuestión de la transposición	6
Segunda parte: Principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional ..	9
Tercera parte: Las funciones de los principios generales del derecho y su relación con otras fuentes del derecho internacional	16
I. La función de los principios generales del derecho como medio de subsanar lagunas	17
II. La relación entre los principios generales del derecho y las otras fuentes del derecho internacional	31
A. La falta de jerarquía entre los tratados, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho	32
B. La posible coexistencia de principios generales del derecho y normas convencionales y consuetudinarias	34
C. Aplicación del principio de <i>lex specialis</i>	39
III. Algunas funciones específicas de los principios generales del derecho	43
A. Los principios generales del derecho como base independiente de derechos y obligaciones	43
B. Los principios generales del derecho como medio de interpretar y complementar otras normas de derecho internacional	48

* El Relator Especial desea dar las gracias al Sr. Alfredo Crosato y a la Sra. Xuan Shao por su inestimable ayuda en la elaboración del presente informe.



C. Principios generales del derecho como medio de asegurar la coherencia del sistema jurídico internacional	55
Cuarta parte: Programa de trabajo futuro	59

Introducción

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

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. La Comisión celebró un segundo debate general⁴ en su 72º período de sesiones, celebrado en 2021, sobre la base del segundo informe del Relator Especial⁵. En su resumen de ese debate⁶, el Relator Especial llegó, entre otras, a las siguientes conclusiones:

a) El punto de partida de la labor de la Comisión sobre el presente tema era el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, analizado a la luz de la práctica y la jurisprudencia, así como de la doctrina pertinente;

b) Los miembros de la Comisión coincidían ampliamente en que la expresión “naciones civilizadas” empleada en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto era anacrónica y podía sustituirse en los trabajos de la Comisión por la expresión “comunidad internacional” que figuraba en el artículo 15, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;

c) Los miembros de la Comisión estaban de acuerdo en general en que era necesario lograr un equilibrio adecuado entre flexibilidad y rigor al determinar la metodología para la identificación de los principios generales del derecho;

d) Con respecto a la primera categoría de principios generales del derecho, a saber, los principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales, había amplio acuerdo en que el enfoque básico para identificarlos consistía en un análisis en dos etapas con objeto de constatar: i) la existencia de un principio común a los distintos sistemas jurídicos del mundo, y ii) su transposición al sistema jurídico internacional;

e) La segunda categoría de principios generales del derecho seguía suscitando divergencia de opiniones. Los miembros de la Comisión reafirmaron la necesidad de distinguir claramente esos principios generales de otras fuentes del derecho internacional, en particular el derecho internacional consuetudinario. En general, recordaron que el método para la identificación de los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional debía ser objetivo y claro;

f) Los miembros de la Comisión se mostraron en general de acuerdo con el enfoque del segundo informe respecto de la contribución de los medios auxiliares, en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, a la determinación de los principios generales del derecho;

g) Los miembros de la Comisión opinaban que los principios generales del derecho tenían carácter complementario, en el sentido de que su función era subsanar las lagunas del derecho internacional y evitar las situaciones de *non liquet*. Del mismo modo, los miembros de la Comisión señalaron en general que no había jerarquía entre las fuentes del derecho internacional enumeradas en el Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

¹ A/72/10, párr. 267.

² A/CN.4/SR.3488 a 3494.

³ A/CN.4/732.

⁴ A/CN.4/SR.3536 a 3546.

⁵ A/CN.4/741 y Corr.1.

⁶ A/CN.4/SR.3545.

3. Tras el debate en sesión plenaria y en el Comité de Redacción, la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de conclusión 1, 2 y 4, con sus comentarios⁷. El Comité de Redacción también aprobó provisionalmente el proyecto de conclusión 5⁸.

4. Durante el 76º período de sesiones de la Sexta Comisión, los Estados tuvieron la oportunidad de formular observaciones sobre la labor de la Comisión. Varias delegaciones se mostraron de acuerdo con el uso de la expresión “comunidad internacional” en lugar de “naciones civilizadas”⁹. Las delegaciones también apoyaron, en general, la metodología de análisis en dos etapas para la identificación de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales

⁷ A/76/10, párrs. 238 y 239. Los proyectos de conclusión decían lo siguiente:

**“Conclusión 1
Ámbito**

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

**Conclusión 2
Reconocimiento**

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

**Conclusión 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 diferentes sistemas jurídicos del mundo; y
- b) su transposición al sistema jurídico internacional.”

⁸ Véase la declaración del Presidente del Comité de Redacción, 3 de agosto de 2021, págs. 9 a 12 (la formulación inicial propuesta por el Relator Especial figura en A/CN.4/741 y Corr.1, párr. 112). El proyecto de conclusión dice lo siguiente:

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

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

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

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

⁹ Véanse las intervenciones de Chile (A/C.6/76/SR.23, párr. 151); China (A/C.6/76/SR.23, párr. 84); Dinamarca (en nombre de los países nórdicos) (A/C.6/76/SR.23, párr. 38); Eslovaquia (A/C.6/76/SR.24, párr. 99); Filipinas (A/C.6/76/SR.25, párr. 34); India (A/C.6/76/SR.24, párr. 31); Irlanda (A/C.6/76/SR.24, párr. 60); Italia (A/C.6/76/SR.25, párr. 15); Jordania (A/C.6/76/SR.24, párr. 129); Letonia (A/C.6/76/SR.24, párr. 134); Malasia (A/C.6/76/SR.24, párr. 88) (pero plantea la preocupación de que la expresión no incluya a las organizaciones internacionales); Micronesia (Estados Federados de) (A/C.6/76/SR.24, párr. 75); Níger (A/C.6/76/SR.25, párr. 27); Portugal (A/C.6/76/SR.23, párr. 78) (también señala que es posible que la “comunidad internacional” no incluya a las organizaciones internacionales); República de Corea (A/C.6/76/SR.24, párr. 105); Rumania (A/C.6/76/SR.24, párr. 51); Sierra Leona (A/C.6/76/SR.23, párr. 47); Sudáfrica (A/C.6/76/SR.23, párr. 66). Algunas delegaciones sugirieron que se utilizaran otras expresiones, como “Estados”, “comunidad internacional”, “comunidad de Estados” o “comunidad internacional de Estados”. Véanse las declaraciones de Austria (A/C.6/76/SR.23, párr. 143); Brasil (A/C.6/76/SR.25, párr. 42); Camerún (A/C.6/76/SR.25, párr. 3); Dinamarca (en nombre de los países nórdicos) (A/C.6/76/SR.23, párr. 38); Eslovaquia (A/C.6/76/SR.24, párr. 99); Estados Unidos (A/C.6/76/SR.23, párr. 92); Federación de Rusia (A/C.6/76/SR.24, párr. 139); Perú (A/C.6/76/SR.25, párr. 55); Sudáfrica (A/C.6/76/SR.23, párr. 66).

aprobada provisionalmente por la Comisión¹⁰. Muchos Estados se mostraron dispuestos a reconocer la existencia de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional, y afirmaron que la cuestión debía estudiarse más a fondo y que era preciso distinguir claramente entre dichos principios generales y las otras fuentes del derecho internacional, en particular la costumbre¹¹. Algunas delegaciones señalaron que los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia solo podían derivarse de sistemas jurídicos nacionales¹². Otros Estados se mostraron en general de acuerdo con la existencia de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional, y pidieron a la Comisión que aclarara la forma de identificar dichos principios¹³.

5. En su 72º período de sesiones, la Comisión volvió a pedir a los Estados que proporcionaran información sobre su práctica en lo que respecta a los principios generales del derecho. El Relator Especial agradecería que los Estados siguieran aportando contribuciones, que son de importancia fundamental para la labor de la Comisión.

6. Con este informe se pretende completar el conjunto de proyectos de conclusión propuesto por el Relator Especial sobre el presente tema. A tal fin, se abordan algunas cuestiones que se plantearon durante el debate sobre el segundo informe, además de asuntos que aún no han sido tratados por la Comisión. En la primera parte se aborda la cuestión de la transposición de los principios comunes a los distintos sistemas jurídicos del mundo al sistema jurídico internacional. La segunda parte se refiere a la metodología para la identificación de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional. La tercera parte se ocupa de las funciones de los principios generales del derecho y su relación con otras fuentes del derecho internacional. Por último, la cuarta parte contiene sugerencias en relación con el programa de trabajo futuro sobre el tema.

¹⁰ Véanse las intervenciones de Alemania (A/C.6/76/SR.24, párr. 6); Argelia (A/C.6/76/SR.25, párr. 17); Austria (A/C.6/76/SR.23, párr. 144); Brasil (A/C.6/76/SR.25, párr. 43); Chile (A/C.6/76/SR.23, párr. 152); Dinamarca (en nombre de los países nórdicos) (A/C.6/76/SR.23, párr. 40); Ecuador (A/C.6/76/SR.17, párr. 83); España (A/C.6/76/SR.25, párr. 11); Estonia (A/C.6/76/SR.24, párr. 45); Filipinas (A/C.6/76/SR.25, párr. 34); Grecia (A/C.6/76/SR.23, párr. 120); India (A/C.6/76/SR.24, párr. 32); Irán (República Islámica del) (A/C.6/76/SR.25, párr. 28); Irlanda (A/C.6/76/SR.24, párrs. 62 y 63); Israel (A/C.6/73/SR.23, párrs. 98 y 99); Letonia (A/C.6/76/SR.24, párr. 134); Malasia (A/C.6/76/SR.24, párr. 89); México (A/C.6/76/SR.23, párr. 148); Nueva Zelandia (A/C.6/76/SR.23, párr. 123); Portugal (A/C.6/76/SR.23, párr. 79); Rumania (A/C.6/76/SR.24, párr. 51); Sierra Leona (A/C.6/76/SR.23, párr. 48); Turquía (A/C.6/76/SR.25, párr. 51).

¹¹ Véanse las intervenciones de Alemania (A/C.6/76/SR.24, párrs. 5 y 11); Australia (A/C.6/76/SR.23, párrs. 63 y 64); Austria (A/C.6/76/SR.23, párr. 145); Chile (A/C.6/76/SR.23, párr. 155); China (A/C.6/76/SR.23, párr. 85); Croacia (A/C.6/76/SR.17, párr. 63); Eslovenia (A/C.6/76/SR.24, párr. 40); Estonia (A/C.6/76/SR.24, párr. 46); Federación de Rusia (A/C.6/76/SR.24, párr. 143); Filipinas (A/C.6/76/SR.25, párr. 38); Grecia (A/C.6/76/SR.23, párr. 121); Irlanda (A/C.6/76/SR.24, párr. 64); Japón (A/C.6/76/SR.24, párr. 15); Micronesia (A/C.6/76/SR.24, párr. 78); Nueva Zelandia (A/C.6/76/SR.23, párr. 124); Reino Unido (A/C.6/76/SR.24, párr. 73); República de Corea (A/C.6/76/SR.24, párr. 106).

¹² Véanse las intervenciones de Argelia (A/C.6/76/SR.25, párr. 19); Eslovaquia (A/C.6/76/SR.24, párr. 101); Francia (A/C.6/76/SR.20, párr. 50); Irán (República Islámica del) (A/C.6/76/SR.25, párr. 31); Israel (A/C.6/76/SR.23, párrs. 100 a 106); Jordania (A/C.6/76/SR.24, párr. 130); República Checa (A/C.6/76/SR.24, párr. 23); Rumania (A/C.6/76/SR.24, párr. 50).

¹³ Véanse las intervenciones de Dinamarca (en nombre de los países nórdicos) (A/C.6/76/SR.23, párr. 40); Ecuador (A/C.6/76/SR.17, párr. 83); España (A/C.6/76/SR.25, párr. 7); Níger (A/C.6/76/SR.25, párr. 26); Países Bajos (A/C.6/76/SR.24, párr. 112); Sudáfrica (A/C.6/76/SR.23, párr. 67).

Primera parte: La cuestión de la transposición

7. En su segundo informe, el Relator Especial señaló que la práctica de los Estados, la jurisprudencia y la doctrina mostraban que, para identificar un principio general del derecho derivado de sistemas jurídicos nacionales, era necesario proceder a un análisis en dos etapas¹⁴. Los miembros de la Comisión apoyaron en general este enfoque y la Comisión aprobó provisionalmente el proyecto de conclusión 4, con sus comentarios¹⁵. El proyecto de conclusión establece que, para determinar la existencia y el contenido de un principio general del derecho, es necesario constatar: a) la existencia de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo; y b) su transposición al sistema jurídico internacional. La cuestión de la transposición se debatió durante el debate en sesión plenaria, pero, por falta de tiempo, el Comité de Redacción no pudo examinar a fondo el proyecto de conclusión correspondiente propuesto en el segundo informe (proyecto de conclusión 6)¹⁶. No obstante, el debate en sesión plenaria, así como las opiniones expresadas por los Estados en la Sexta Comisión, arrojaron mucha luz sobre esta cuestión. Por ello, el Relator Especial considera útil retomar brevemente la cuestión de la transposición en el presente informe.

8. En el debate en sesión plenaria se pusieron de manifiesto varias cuestiones relativas al proyecto de conclusión 6 propuesto sobre las que los miembros de la Comisión parecían no estar de acuerdo. Algunos miembros apoyaban en general el enfoque del proyecto de conclusión 6¹⁷. Otros señalaron que el proyecto de conclusión 6 parecía ser innecesariamente complejo, y que podría limitarse a una disposición que estableciera que un principio común a los distintos sistemas jurídicos del mundo debía ser “transponible” al sistema jurídico internacional, e ir acompañada de comentarios con ejemplos¹⁸. Un miembro señaló que la cuestión de la transposición no se mencionaba en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y que, por tanto, el reconocimiento en el sentido de esa disposición no podía desempeñar un papel a la hora de determinar si un principio establecido *in foro domestico* era transponible al sistema jurídico internacional¹⁹. Otros miembros señalaron que, dado que los principios generales del derecho eran una fuente no escrita del derecho internacional, no se necesitaba un acto de transposición formal²⁰. También se expresó la opinión contraria, es decir, que para la aparición de un principio general del derecho podía ser necesario algún acto de transposición formal o expreso²¹.

¹⁴ A/CN.4/741 y Corr.1, segunda parte.

¹⁵ Véase la nota 9 *supra*.

¹⁶ A/CN.4/741 y Corr.1, párr. 112. El proyecto de conclusión propuesto dice lo siguiente:

Proyecto de conclusión 6

Constatación de la transposición al sistema jurídico internacional

Un principio común a los principales sistemas jurídicos del mundo se transpondrá 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.

¹⁷ Véanse las intervenciones del Sr. Jalloh (A/CN.4/SR.3539, págs. 5 y 6); el Sr. Nguyen (A/CN.4/SR.3539, págs. 8 y 9); el Sr. Rajput (A/CN.4/SR.3541, pág. 14); el Sr. Ruda Santolaria (A/CN.4/SR.3543, pág. 3); el Sr. Saboia (A/CN.4/SR.3541, pág. 4).

¹⁸ Véanse las intervenciones de la Sra. Lehto (A/CN.4/SR.3541, pág. 5); y el Sr. Tladi (A/CN.4/SR.3538, págs. 3 y 4).

¹⁹ Véase la intervención del Sr. Valencia-Ospina (A/CN.4/SR.3538, pág. 7).

²⁰ Véanse las intervenciones de la Sra. Escobar Hernández (A/CN.4/SR.3543, pág. 9); y el Sr. Reinisch (A/CN.4/SR.3542, pág. 5).

²¹ Véanse las intervenciones de Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3539, págs. 13 y 14); y el Sr. Zagaynov (A/CN.4/SR.3543, pág. 6).

9. Además, varios miembros cuestionaron la afirmación en el proyecto de conclusión 6 de que un principio común a los distintos sistemas jurídicos del mundo ha de ser compatible con los “principios fundamentales del derecho internacional”, ya que consideraban que esa expresión era ambigua y poco clara²². A ese respecto, algunos miembros señalaron que el criterio de la compatibilidad a efectos de la transposición no se limitaba a dichos “principios fundamentales del derecho internacional”, sino que también era válido con respecto a otras normas de derecho internacional más específicas y especializadas²³. Por lo que se refiere a la segunda condición para la transposición establecida en el proyecto de conclusión 6, a saber, la existencia de condiciones para la aplicación adecuada de un principio a nivel internacional, algunos miembros consideraron que la formulación no era del todo clara²⁴ y se preguntaron, por ejemplo, por qué la dificultad de aplicarlo debía impedir que un principio pasara a formar parte del derecho internacional, y si había alguna diferencia entre las dos condiciones establecidas en el proyecto de conclusión propuesto.

10. Las delegaciones en la Sexta Comisión también se pronunciaron sobre estas cuestiones. Algunos Estados apoyaron en general el enfoque del proyecto de conclusión 6 propuesto en el segundo informe²⁵. Varias delegaciones pidieron más aclaraciones sobre el sentido de las expresiones “principios fundamentales del derecho internacional”²⁶ y “aplicación adecuada”²⁷. Una delegación afirmó que para la aparición de un principio general del derecho no hacía falta ningún acto de transposición formal o expreso²⁸. Otra delegación señaló que, dado que la transposición no se mencionaba en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, debía estudiarse más a fondo el papel del reconocimiento en este contexto²⁹.

11. El Relator Especial ha tenido muy en cuenta todas las opiniones y preocupaciones expresadas, así como las sugerencias formuladas durante el debate, y considera necesario hacer algunas observaciones.

12. En primer lugar, el Relator Especial está de acuerdo con la afirmación general de que el proyecto de conclusión 6 podría simplificarse para que no sea excesivamente prescriptivo y mantenga cierta flexibilidad en lo que respecta a la identificación de

²² Véanse las intervenciones de la Sra. Escobar Hernández (A/CN.4/SR.3543, pág. 9); el Sr. Forteau (A/CN.4/SR.3538, pág. 12); la Sra. Galvão Teles (A/CN.4/SR.3539, pág. 16); el Sr. Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3542, pág. 17); el Sr. Hassouna (A/CN.4/SR.3541, pág. 7); el Sr. Hmoud (A/CN.4/SR.3544, pág. 7); la Sra. Lehto (A/CN.4/SR.3541, pág. 5); el Sr. Ouazzani Chahdi (A/CN.4/SR.3541, pág. 9); el Sr. Park (A/CN.4/SR.3539, pág. 19); el Sr. Reinisch (A/CN.4/SR.3542, pág. 5); el Sr. Šturma (A/CN.4/SR.3542, pág. 14); el Sr. Valencia-Ospina (A/CN.4/SR.3538, pág. 7); Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3539, pág. 13); y el Sr. Zagaynov (A/CN.4/SR.3543, pág. 6).

²³ Véanse las intervenciones del Sr. Forteau (A/CN.4/SR.3538, pág. 12); el Sr. Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3542, págs. 17 y 18); el Sr. Hmoud (A/CN.4/SR.3544, pág. 7); y el Sr. Zagaynov (A/CN.4/SR.3543, págs. 6 y 7).

²⁴ Véanse las intervenciones del Sr. Cissé (A/CN.4/SR.3541, págs. 12 y 13); la Sra. Escobar Hernández (A/CN.4/SR.3543, pág. 9); la Sra. Lehto (A/CN.4/SR.3541, pág. 5); la Sra. Oral (A/CN.4/SR.3542, pág. 10); el Sr. Valencia-Ospina (A/CN.4/SR.3538, pág. 7); y Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3539, pág. 13).

²⁵ Véanse las intervenciones de Austria (A/C.6/76/SR.23, párr. 144); Dinamarca (en nombre de los países nórdicos) (A/C.6/76/SR.23, párr. 40); e Irán (República Islámica del) (A/C.6/76/SR.25, párr. 28).

²⁶ Véanse las intervenciones de Alemania (A/C.6/76/SR.24, párr. 10); Australia (A/C.6/76/SR.23, párr. 63); el Camerún (A/C.6/76/SR.24, párr. 168); Chile (A/C.6/76/SR.23, párr. 154); Grecia (A/C.6/76/SR.23, párr. 120); Jordania (A/C.6/76/SR.24, párr. 129); Polonia (A/C.6/76/SR.24, párr. 117); y Viet Nam (A/C.6/76/SR.24, párr. 55).

²⁷ Véase la intervención de Grecia (A/C.6/76/SR.23, párr. 120).

²⁸ Véase la intervención de Irlanda (A/C.6/76/SR.24, párr. 63).

²⁹ Véase la intervención de Polonia (A/C.6/76/SR.24, párr. 117).

los principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales. El Comité de Redacción podrá estudiar diferentes alternativas para ello durante el 73^{er} período de sesiones de la Comisión, en 2022.

13. La segunda observación se refiere a si el reconocimiento en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia desempeña un papel en el contexto de la transposición y, en caso afirmativo, a cómo puede constatar dicho reconocimiento. Por lo que respecta a la primera cuestión, en el segundo informe se señaló que el análisis en dos etapas era una operación combinada destinada a demostrar que un principio general del derecho había sido reconocido por la comunidad internacional y, por consiguiente, formaba parte del derecho internacional³⁰. Por tanto, debe considerarse que el reconocimiento tiene lugar tanto a nivel nacional como internacional. En opinión del Relator Especial, no basta con decir que el requisito del reconocimiento en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto se cumple si un determinado principio existe en todos los sistemas jurídicos nacionales. Los sistemas jurídicos nacionales y el sistema jurídico internacional presentan importantes diferencias, y las normas y principios del derecho interno se establecen teniendo en cuenta las necesidades y características de los primeros. Por lo tanto, parece necesaria alguna forma de reconocimiento de que un principio común a los distintos sistemas jurídicos del mundo es aplicable a nivel internacional.

14. Por lo que se refiere a la segunda cuestión, es decir, a cómo se puede constatar el reconocimiento en el contexto de la transposición, durante el debate celebrado en 2021 por la Comisión se recordó que los principios generales del derecho “se identifican en un procedimiento no formalizado”³¹. El Relator Especial suscribe este punto de vista, que es coherente con el carácter esencialmente no escrito de esta fuente del derecho internacional y con el enfoque adoptado en la jurisprudencia y la práctica de los Estados. En los ejemplos mencionados en los informes primero y segundo, la transposición de un principio existente *in foro domestico* se constataba generalmente sobre la base de las condiciones existentes y de ciertas normas y principios de derecho internacional, y no se consideraba necesario ningún acto formal o expreso de transposición por parte de los Estados u otros actores. En opinión del Relator Especial, a efectos de la transposición de un principio común a los distintos sistemas jurídicos del mundo, el reconocimiento de la comunidad internacional exigido por el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es un reconocimiento implícito que debe establecerse determinando si este puede aplicarse en el sistema jurídico internacional.

15. Una tercera observación se refiere a los criterios precisos para constatar la transposición. El Relator Especial ha examinado detenidamente las observaciones formuladas por los miembros de la Comisión y los Estados en la Sexta Comisión. Es consciente de las preocupaciones relativas al texto propuesto en los apartados a) y b) del proyecto de conclusión 6 y está dispuesto a estudiar otras opciones en el Comité de Redacción. No obstante, como ya se mencionó en el segundo informe³² y acordaron varios miembros, es importante tener en cuenta es que los criterios de transposición no deben establecer alguna forma de jerarquía entre las fuentes enumeradas en el Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia al indicar que la aparición de un principio general del derecho depende de su compatibilidad con cada uno de los tratados y normas consuetudinarias en cuyo contexto deba aplicarse. Como se explicará con más detalle en la tercera parte, la función esencial de los principios generales del derecho es subsanar lagunas del derecho internacional

³⁰ A/CN.4/741 y Corr.1, párr. 20.

³¹ Véase la intervención de la Sra. Escobar Hernández (A/CN.4/SR.3543, pág. 9).

³² A/CN.4/741 y Corr.1, párr. 84.

convencional y consuetudinario, y para desempeñar debidamente esa función deben existir de forma independiente.

16. Algunos miembros de la Comisión han hecho propuestas sobre los criterios de transposición enunciados en el proyecto de conclusión 6. Se ha señalado, por ejemplo, que un principio común a los distintos sistemas jurídicos del mundo no debe ser incompatible con “los elementos básicos del ordenamiento jurídico internacional”³³; los “principios y valores fundamentales compartidos por la comunidad internacional” o los “principios y normas fundamentales compartidos por la comunidad internacional”³⁴; y las “normas de derecho internacional general” o las “normas de derecho internacional general” en las que, en el sistema jurídico internacional, se basa el derecho positivo que regula la cuestión”, así como que un principio puede no ser aplicable en un contexto específico del sistema jurídico internacional pero sí en otros³⁵. Además, se afirmó que “lo fundamental es que el principio sea adaptable a efectos de su aplicación en el sistema [jurídico internacional]”³⁶; que un principio reconocido *in foro domestico* no puede transponerse si no es “adecuado para su aplicación en el sistema [jurídico] internacional”³⁷; y que se deben dar las condiciones para la aplicación de un principio en el sistema jurídico internacional³⁸. También se dijo que “un punto de partida podría ser la falta de objeciones de los Estados”³⁹. Además, se propuso que el proyecto de conclusión 6 se limitara a afirmar que un principio común a los distintos sistemas jurídicos del mundo había de ser transponible, y que los criterios de dicha transponibilidad podrían explicarse en el comentario⁴⁰.

17. Teniendo en cuenta estas propuestas y observaciones, el Relator Especial desea volver a insistir en que, al abordar la cuestión de la transposición de los principios generales del derecho, es preciso encontrar un equilibrio entre rigor y flexibilidad, de modo que la metodología de identificación se base en criterios objetivos, pero sin que la identificación de principios generales resulte excesivamente onerosa, hasta el punto de impedir que estos cumplan sus funciones.

Segunda parte: Principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional

18. Como se señala en el párrafo 4, la segunda categoría de principios generales del derecho propuesta en los informes primero y segundo del Relator Especial, es decir, la de los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional, siguió suscitando divergencia de opiniones entre los miembros de la Comisión y los Estados en la Sexta Comisión. A la luz del debate en curso, el Relator Especial considera conveniente formular algunas observaciones sobre este importante aspecto del tema.

19. Las opiniones expresadas sobre la segunda categoría fueron similares a las manifestadas durante el primer debate sobre el tema. En general, los Estados en la Sexta Comisión y los miembros de la Comisión pueden dividirse en tres grupos según la posición adoptada: los que están de acuerdo con la existencia de esta categoría y apoyaron, total o parcialmente, el enfoque expuesto por el Relator Especial en el

³³ Véase la intervención de la Sra. Escobar Hernández (A/CN.4/SR.3543, pág. 9).

³⁴ Véase la intervención del Sr. Nguyen (A/CN.4/SR.3539, pág. 8).

³⁵ Véase la intervención del Sr. Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3542, págs. 17 y 18).

³⁶ Véase la intervención del Sr. Hmoud (A/CN.4/SR.3544, pág. 7).

³⁷ Véase la intervención del Sr. Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3542, pág. 17).

³⁸ Véase la intervención del Sr. Cissé (A/CN.4/SR.3541, págs. 12 y 13).

³⁹ Véase la intervención del Sr. Zagaynov (A/CN.4/SR.3543, pág. 6).

⁴⁰ Véase la intervención del Sr. Tladi (A/CN.4/SR.3538, pág. 5).

segundo informe⁴¹; los que dudan de la posible existencia de una segunda categoría sin negar su existencia, pero consideran que la cuestión requiere más reflexión y estudio⁴²; y los que consideran que no existe una segunda categoría de principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁴³.

20. Se plantearon varias preocupaciones generales en relación con la tercera parte del segundo informe. En particular, varios miembros de la Comisión y varias delegaciones indicaron que debía establecerse una distinción más clara entre la segunda categoría de principios generales del derecho y las otras fuentes de derecho internacional, en particular el derecho internacional consuetudinario⁴⁴. También se expresó preocupación por que no hubiera práctica suficientemente pertinente para llegar a conclusiones de peso sobre esta cuestión (a menudo se señaló que, de hecho, los ejemplos proporcionados en el segundo informe se referían, en muchos casos, a normas convencionales, normas de derecho internacional consuetudinario o principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales)⁴⁵. Por otra parte, varios Estados y miembros de la Comisión indicaron que los criterios enunciados en el proyecto de conclusión 7⁴⁶ para la identificación de esa categoría de

⁴¹ Véanse las intervenciones del Sr. Cissé (A/CN.4/SR.3541, pág. 9); la Sra. Escobar Hernández (A/CN.4/SR.3543, pág. 8); la Sra. Galvão Teles (A/CN.4/SR.3539, pág. 16); el Sr. Gómez-Robledo (A/CN.4/SR.3543, pág. 11); el Sr. Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3542, pág. 18); el Sr. Hassouna (A/CN.4/SR.3541, pág. 7); el Sr. Jalloh (A/CN.4/SR.3539, pág. 6); la Sra. Lehto (A/CN.4/SR.3541, págs. 5 y 6); el Sr. Nguyen (A/CN.4/SR.3539, pág. 9); la Sra. Oral (A/CN.4/SR.3542, págs. 10 y 11); el Sr. Ruda Santolaria (A/CN.4/SR.3543, pág. 3); el Sr. Saboia (A/CN.4/SR.3541, pág. 3); y el Sr. Valencia-Ospina (A/CN.4/SR.3538, págs. 8 y 9). Véase también la nota 12 *supra*.

⁴² Véanse las intervenciones del Sr. Forteau (A/CN.4/SR.3538, pág. 12); el Sr. Hmoud (A/CN.4/SR.3544, pág. 8); el Sr. Ouazzani Chahdi (A/CN.4/SR.3541, pág. 9); el Sr. Park (A/CN.4/SR.3539, pág. 19); el Sr. Reinisch (A/CN.4/SR.3542, pág. 9); el Sr. Šturma (A/CN.4/SR.3542, pág. 15); el Sr. Tladi (A/CN.4/SR.3538, pág. 4); Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3539, págs. 11 y 13); y el Sr. Zagaynov (A/CN.4/SR.3543, pág. 7). Véase también la nota 10 *supra*.

⁴³ Véanse las intervenciones del Sr. Argüello Gómez (A/CN.4/SR.3543, pág. 13); el Sr. Murase (A/CN.4/SR.3542, pág. 13); el Sr. Petrić (A/CN.4/SR.3544, pág. 4); y el Sr. Rajput (A/CN.4/SR.3542, pág. 5). Véase también la nota 11 *supra*.

⁴⁴ Véanse las intervenciones del Sr. Forteau (A/CN.4/SR.3538, pág. 12); la Sra. Galvão Teles (A/CN.4/SR.3539, pág. 16); el Sr. Jalloh (A/CN.4/SR.3539, pág. 6); la Sra. Oral (A/CN.4/SR.3542, pág. 9); el Sr. Rajput (A/CN.4/SR.3542, pág. 4); y Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3539, pág. 15). Véanse también las intervenciones de Argelia (A/C.6/76/SR.25, párr. 19); Australia (A/C.6/76/SR.23, párr. 64); Chile (A/C.6/76/SR.23, párr. 155); Croacia (A/C.6/76/SR.17, párr. 63); Estonia (A/C.6/76/SR.24, párr. 46); Federación de Rusia (A/C.6/76/SR.24, párr. 143); Filipinas (A/C.6/76/SR.25, párr. 38); Irlanda (A/C.6/76/SR.24, párr. 65); Italia (A/C.6/76/SR.25, párr. 15); Japón (A/C.6/76/SR.24, párr. 15); Micronesia (Estados Federados de) (A/C.6/76/SR.24, párr. 78); Nueva Zelanda (A/C.6/76/SR.23, párr. 124); Polonia (A/C.6/76/SR.24, párr. 118); Reino Unido (A/C.6/76/SR.24, párr. 74); y Sudáfrica (A/C.6/76/SR.23, párr. 67).

⁴⁵ Véanse las intervenciones del Sr. Argüello Gómez (A/CN.4/SR.3543, pág. 14); el Sr. Forteau (A/CN.4/SR.3538, pág. 12); la Sra. Galvão Teles (A/CN.4/SR.3539, pág. 16); el Sr. Hassouna (A/CN.4/SR.3541, págs. 7 y 8); el Sr. Hmoud (A/CN.4/SR.3544, pág. 7); el Sr. Jalloh (A/CN.4/SR.3539, pág. 6); el Sr. Park (A/CN.4/SR.3539, pág. 19); Sr. Rajput (A/CN.4/SR.3541, págs. 14 y 15, y A/CN.4/SR.3542, pág. 3); el Sr. Reinisch (A/CN.4/SR.3542, págs. 6 a 8); el Sr. Šturma (A/CN.4/SR.3542, págs. 14 y 15); el Sr. Tladi (A/CN.4/SR.3538, págs. 4 y 5); y Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3539, pág. 14). Véanse también las intervenciones de Argelia (A/C.6/76/SR.25, párr. 19); Chile (A/C.6/76/SR.23, párr. 155); los Estados Unidos (A/C.6/76/SR.23, párr. 94); Israel (A/C.6/76/SR.23, párr. 100); y el Reino Unido (A/C.6/76/SR.24, párr. 74).

⁴⁶ El proyecto de conclusión 7 propuesto en el segundo informe (A/CN.4/741 y Corr.1, párr. 112) dice lo siguiente:

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

principios generales no eran suficientemente estrictos, por lo que sería excesivamente fácil invocarlos⁴⁷. También se afirmó que las tres metodologías propuestas en el proyecto de conclusión 7 no eran fáciles de distinguir entre sí⁴⁸. Asimismo, se expresó la preocupación de que había que tratar de no reclasificar las normas de derecho internacional convencional y consuetudinario, o las normas de *ius cogens*, como principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional, ya que ello podía restar autoridad y alcance a las primeras⁴⁹. Por último, se destacó que la Comisión debía tener claro cuándo estaba codificando el derecho internacional existente y cuándo estaba procediendo a un ejercicio de desarrollo progresivo⁵⁰ y se advirtió que, en un tema relacionado con las fuentes del derecho internacional, el mandato de la Comisión debía limitarse a la codificación⁵¹.

21. Con respecto al apartado a) del proyecto de conclusión 7, algunos miembros de la Comisión y varias delegaciones en la Sexta Comisión señalaron que el texto propuesto podía propiciar la aplicación de disposiciones convencionales a Estados que no fueran parte en el tratado en cuestión, lo que sería contrario al principio de que un tratado no es de aplicación a terceros⁵². También se afirmó que la expresión “otros instrumentos internacionales” era demasiado ambigua o excesivamente inclusiva⁵³. Algunos miembros de la Comisión indicaron que las normas y principios establecidos en tratados eran simplemente eso (normas convencionales) o, si se daban las condiciones, normas de derecho internacional consuetudinario⁵⁴. También se expresó preocupación por que el proyecto de conclusión corriera el riesgo de transformar fuentes no vinculantes en principios vinculantes⁵⁵. Algunos miembros afirmaron que los ejemplos de práctica mencionados en apoyo del proyecto de conclusión no eran pertinentes⁵⁶. También se dijo que parecía haber cierto solapamiento entre los apartados a) y b) del proyecto de conclusión 7⁵⁷. Además, se quiso saber si los tratados a través de los cuales podía surgir un principio general del

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

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

⁴⁷ Véanse las intervenciones del Sr. Forteau (A/CN.4/SR.3538, pág. 13); la Sra. Galvão Teles (A/CN.4/SR.3539, pág. 18); el Sr. Hmoud (A/CN.4/SR.3544, pág. 7); el Sr. Rajput (A/CN.4/SR.3542, pág. 4); y Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3539, pág. 14). Véase también la intervención del Reino Unido (A/C.6/76/SR.24, párr. 74).

⁴⁸ Véase la intervención de la Sra. Escobar Hernández (A/CN.4/SR.3543, pág. 9).

⁴⁹ Véanse las intervenciones del Sr. Forteau (A/CN.4/SR.3538, pág. 12); el Sr. Hmoud (A/CN.4/SR.3544, pág. 6); y el Sr. Petric (A/CN.4/SR.3544, pág. 4).

⁵⁰ Véase la intervención de Australia (A/C.6/76/SR.23, párr. 64).

⁵¹ Véase la intervención del Sr. Hmoud (A/CN.4/SR.3544, pág. 5).

⁵² Véanse las intervenciones de la Sra. Galvão Teles (A/CN.4/SR.3539, págs. 17 y 18). Véanse también las intervenciones de Alemania (A/C.6/76/SR.24, párr. 12); Israel (A/C.6/76/SR.23, párr. 103); y Viet Nam (A/C.6/76/SR.24, párr. 56).

⁵³ Véanse las intervenciones del Sr. Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3542, pág. 18); y la Sra. Lehto (A/CN.4/SR.3541, pág. 5). Véase también la intervención de Israel (A/C.6/76/SR.23, párr. 103).

⁵⁴ Véanse las intervenciones del Sr. Nguyen (A/CN.4/SR.3539, pág. 10); el Sr. Petric (A/CN.4/SR.3544, pág. 4); el Sr. Šturma (A/CN.4/SR.3542, pág. 15); el Sr. Valencia-Ospina (A/CN.4/SR.3538, pág. 8); y Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3539, pág. 15).

⁵⁵ Véanse las intervenciones del Sr. Forteau (A/CN.4/SR.3538, pág. 13); el Sr. Nguyen (A/CN.4/SR.3539, pág. 10); y Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3539, pág. 15).

⁵⁶ Véanse las intervenciones del Sr. Nguyen (A/CN.4/SR.3539, pág. 10); el Sr. Valencia-Ospina (A/CN.4/SR.3538, pág. 8); y Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3539, pág. 14).

⁵⁷ Véase la intervención de la Sra. Lehto (A/CN.4/SR.3541, pág. 5).

derecho debían tener un carácter especial, o si cualquier tipo de tratado podía dar lugar a esos principios⁵⁸.

22. Por lo que respecta al apartado b) del proyecto de conclusión 7, algunos miembros de la Comisión apoyaron la propuesta del Relator Especial⁵⁹. No obstante, varios señalaron que el proyecto de conclusión debía estudiarse más a fondo porque su formulación y la metodología deductiva propuesta en él serían demasiado ambiguas y poco claras, y podrían dar lugar a interpretaciones subjetivas⁶⁰. También se preguntó si podía considerarse que un principio que sirviera de base a una norma convencional o consuetudinaria era realmente independiente de dicha norma, y no parte de ella⁶¹. A ese respecto, un miembro de la Comisión señaló que era necesario aclarar cuál era la diferencia entre la metodología propuesta para la identificación y la interpretación del tratado⁶².

23. En cuanto al apartado c) del proyecto de conclusión 7, algunos miembros de la Comisión apoyaron el enfoque del segundo informe⁶³. También se afirmó que, de hecho, podía servir para fundamentar la existencia de una segunda categoría de principios generales del derecho⁶⁴. No obstante, se observó con preocupación que la formulación del proyecto de conclusión era ambigua y podía generar inseguridad jurídica e interpretaciones subjetivas, y que la metodología deductiva para la identificación no se había explicado adecuadamente⁶⁵. Algunos miembros indicaron que los ejemplos de principios mencionados en el segundo informe se referían a normas convencionales y consuetudinarias⁶⁶. Además, se señaló que algunos de los ejemplos proporcionados no eran más que principios de lógica o del razonamiento jurídico, o técnicas judiciales, y no una fuente autónoma del derecho internacional⁶⁷.

24. El Relator Especial entiende las preocupaciones expresadas y observa divergencias entre los miembros de la Comisión y los Estados en la Sexta Comisión en lo que respecta a la existencia de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional y, en caso de que se determine que existe tal categoría de principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, a la forma de explicar la metodología para identificarlos. El Relator Especial desea destacar una vez más que él también cree que es importante distinguir claramente entre la segunda categoría de principios

⁵⁸ Véase la intervención del Sr. Reinisch (A/CN.4/SR.3542, págs. 6 y 7).

⁵⁹ Véanse las intervenciones de la Sra. Lehto (A/CN.4/SR.3541, pág. 6); y el Sr. Valencia-Ospina (A/CN.4/SR.3538, pág. 8).

⁶⁰ Véanse las intervenciones del Sr. Forteau (A/CN.4/SR.3538, pág. 13); el Sr. Hmoud (A/CN.4/SR.3544, págs. 7 y 8); el Sr. Park (A/CN.4/SR.3539, pág. 19); el Sr. Petrić (A/CN.4/SR.3544, pág. 4); el Sr. Rajput (A/CN.4/SR.3541, pág. 15); el Sr. Reinisch (A/CN.4/SR.3542, pág. 8); y Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3539, pág. 15). Véanse también las intervenciones de Alemania (A/C.6/76/SR.24, párr. 14); e Israel (A/C.6/76/SR.23, párr. 104).

⁶¹ Véanse las intervenciones del Sr. Argüello Gómez (A/CN.4/SR.3543, pág. 13); el Sr. Hassouna (A/CN.4/SR.3541, pág. 7); la Sra. Galvão Teles (A/CN.4/SR.3539, pág. 18); el Sr. Šturma (A/CN.4/SR.3542, pág. 15); y Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3539, pág. 15).

⁶² Véase la intervención de la Sra. Galvão Teles (A/CN.4/SR.3539, pág. 18).

⁶³ Véanse las intervenciones de la Sra. Lehto (A/CN.4/SR.3541, pág. 6); el Sr. Nguyen (A/CN.4/SR.3539, pág. 10); y el Sr. Valencia-Ospina (A/CN.4/SR.3538, pág. 8).

⁶⁴ Véase la intervención del Sr. Michael Wood (A/CN.4/SR.3539, pág. 15).

⁶⁵ Véanse las intervenciones de la Sra. Escobar Hernández (A/CN.4/SR.3543, pág. 9); el Sr. Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3542, pág. 18); el Sr. Hassouna (A/CN.4/SR.3541, pág. 7); el Sr. Hmoud (A/CN.4/SR.3544, pág. 8); la Sra. Galvão Teles (A/CN.4/SR.3539, pág. 18); el Sr. Petrić (A/CN.4/SR.3544, pág. 4); el Sr. Reinisch (A/CN.4/SR.3542, pág. 8); y Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3539, pág. 15). Véanse también las intervenciones de Alemania (A/C.6/76/SR.24, párr. 14); e Israel (A/C.6/76/SR.23, párr. 106).

⁶⁶ Véanse las intervenciones del Sr. Forteau (A/CN.4/SR.3538, pág. 12); y el Sr. Reinisch (A/CN.4/SR.3542, pág. 8).

⁶⁷ Véanse las intervenciones del Sr. Forteau (A/CN.4/SR.3538, pág. 13); y el Sr. Šturma (A/CN.4/SR.3542, pág. 15).

generales del derecho y las otras fuentes del derecho internacional, en particular el derecho internacional consuetudinario⁶⁸. De hecho, no debe considerarse que, por su carácter complementario y su función de subsanar lagunas, los principios generales del derecho permiten sustraerse a la metodología para la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario.

25. El Relator Especial reconoce que, a diferencia de los principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales, hay menos práctica relativa a los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional. En particular, los Estados y las cortes y tribunales internacionales a veces invocan o aplican principios sin explicar cuál es exactamente su fuente, lo que hace difícil identificar la práctica pertinente para establecer la metodología de identificación de la segunda categoría de principios generales del derecho. Además, en la práctica rara vez se ha hecho referencia al Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto en este contexto⁶⁹. Del mismo modo, la doctrina se centra más en los principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales. Por lo tanto, es preciso abordar esta cuestión con prudencia.

26. El Relator Especial también considera que la labor de la Comisión sobre este tema, que se refiere a una de las fuentes del derecho internacional, es aclarar diferentes aspectos de los principios generales del derecho a fin de orientar a todos aquellos que puedan estar llamados a aplicarlos. No es intención del Relator Especial proceder a un ejercicio de desarrollo progresivo en relación con este tema, y menos aún intentar crear una nueva fuente del derecho internacional.

27. Teniendo en cuenta todo lo que antecede, el Relator Especial considera que hay suficiente práctica, jurisprudencia y doctrina en apoyo de la existencia de una segunda categoría de principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y que corresponde a la Comisión ocuparse de la cuestión. Varios miembros de la Comisión, así como Estados en la Sexta Comisión, han apoyado la existencia de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional. Además, algunos miembros de la Comisión han señalado que el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto puede no limitarse a los principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales, pero consideraron que la cuestión requería más estudio y reflexión. En efecto, nada en dicha disposición indica que los principios generales del derecho sean únicamente los originados en sistemas jurídicos nacionales, por lo que es necesario acudir a la práctica para saber cómo debe interpretarse la disposición.

28. Los miembros de la Comisión han afirmado a ese respecto, entre otras cosas, que “[s]i los operadores jurídicos, como los jueces encargados de resolver controversias, acuden al examen de distintas normas jurídicas existentes en un ordenamiento jurídico o en una determinada comunidad jurídica para identificar elementos comunes a dichas normas, de carácter abstracto, que les permitan resolver un determinado litigio cuando no existe otra norma más específica aplicable, y si este es el concepto de principio general del derecho como procedimiento nomogenético, no parece haber razón alguna para concluir que no pueden existir principios generales

⁶⁸ Sobre esta cuestión, véase además T. Kleinlein, “Customary international law and general principles: rethinking their relationship”, en B. D. Leppard (ed.), *Reexamining Customary International Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2017), págs. 131 a 158.

⁶⁹ Una excepción es un laudo arbitral reciente en el que el tribunal hizo referencia explícita al Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y a los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional. Véase *Infinito Gold Ltd. c. República de Costa Rica*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), caso núm. ARB/14/5, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, laudo, 3 de junio de 2021, párrs. 326 y ss. Pero véase también *ibid.*, Opinión Separada sobre Jurisdicción y Fondo, Brigitte Stern, Árbitro, párrs. 75 a 98.

del derecho en el ordenamiento jurídico internacional. La conclusión contraria equivaldría a reconocer que el ordenamiento jurídico internacional no puede utilizar categorías abstractas propias de todo sistema jurídico para garantizar el cumplimiento de una de las funciones esenciales del derecho: la solución de controversias y el mantenimiento de la paz social”⁷⁰; que “la existencia de esa categoría de principios generales del derecho se desprende del hecho de que permite identificar ciertas características generales del sistema jurídico internacional. Esos principios pueden aportar soluciones adecuadas a situaciones que no se plantean en los sistemas nacionales y que, de otro modo, quedarían sin resolver”⁷¹; que “antes de identificar esos principios [generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional] mediante la metodología propuesta por el Relator Especial en el proyecto de conclusión 7, es preciso aclarar [dos] condiciones previas. La primera es que se plantee una cuestión específica de derecho internacional que requiera una regulación. La segunda es que no existan principios generales del derecho pertinentes derivados de sistemas jurídicos nacionales. [...] Está claro que los Principios de Núremberg, por ejemplo, constituyen ‘principios del derecho internacional’ formados en el sistema jurídico internacional, ya que no se han derivado de sistemas jurídicos nacionales [se hace referencia, como ejemplo específico, al 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”]”⁷²; que “cabe considerar que la existencia de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional indica la creciente madurez y complejidad del derecho internacional, que pasa a depender menos de fuentes derivadas del derecho interno para colmar lagunas”⁷³; que “el texto del Artículo 38, párrafo 1) c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, los trabajos preparatorios y los antecedentes de redacción del párrafo distan de apoyar el argumento que propugna que el Artículo 38, párrafo 1 c), solo establece la categoría de principios derivados de sistemas jurídicos nacionales. De hecho, el carácter general del texto solo permite una interpretación amplia y liberal del concepto de ‘principios generales del derecho’ que abarca algo más que únicamente los principios derivados de sistemas jurídicos nacionales. En efecto, hay principios generales del derecho específicos del derecho internacional”⁷⁴; y que “el informe contiene numerosos ejemplos de ese tipo de principios derivados de diferentes ámbitos del derecho, como el derecho internacional del medio ambiente [...], sería muy extraño e incluso paradójico que la Comisión concluyera que la autoridad por excelencia para establecer las principales fuentes del derecho internacional, a saber, el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, excluye de la categoría de principios generales las normas creadas en el sistema jurídico internacional. Sería como afirmar que el Estatuto de la Corte excluye las normas formadas en el sistema jurídico mismo al que el Estatuto pretende servir”⁷⁵.

29. Si en la Comisión se llega a un acuerdo sobre la existencia de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el principal problema sigue siendo encontrar la forma de explicar claramente la metodología para identificar esos principios. Por lo tanto, conviene formular algunas observaciones a este respecto antes de que se examine el proyecto de conclusión 7 en el Comité de Redacción.

⁷⁰ Véase la intervención de la Sra. Escobar Hernández (A/CN.4/SR.3543, pág. 8).

⁷¹ Véase la intervención del Sr. Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3542, pág. 16).

⁷² Véase la intervención del Sr. Nguyen (A/CN.4/SR.3539, pág. 10).

⁷³ Véase la intervención de la Sra. Galvão Teles (A/CN.4/SR.3539, pág. 17).

⁷⁴ Véase la declaración del Sr. Cissé (tal como se recibió) (véase también A/CN.4/SR.3492, pág. 23).

⁷⁵ Véase la intervención de la Sra. Oral (A/CN.4/SR.3542, pág. 11).

30. En relación con la práctica judicial, como dijo en su resumen del debate sobre el segundo informe en la Comisión, el Relator Especial considera importante examinar cada caso concreto en su contexto, teniendo en cuenta la metodología utilizada para identificar el principio jurídico pertinente. En los ejemplos de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional citados en los dos informes hasta la fecha cabe destacar que, en el momento en que los principios en cuestión se invocaron o aplicaron, difícilmente podía decirse que existiera una norma consuetudinaria según la metodología para la identificación de normas consuetudinarias aclarada por la Comisión en 2018. Son precisamente los casos en los que se recurrió a ciertos principios sin que existiera una práctica general aceptada como derecho (acompañada de la *opinio iuris*) los que deben analizarse en mayor profundidad. Por supuesto, no puede descartarse que algunos de esos principios hayan pasado a ser posteriormente normas consuetudinarias, pero lo que más hay que analizar es su origen; las primeras veces que se aplicaron.

31. El análisis de la jurisprudencia y la práctica incluido en los informes primero y segundo muestra que los principios generales del derecho de la segunda categoría pueden estar reflejados en tratados y en otros instrumentos internacionales, pueden servir de base a regímenes convencionales o normas consuetudinarias, o pueden considerarse inherentes al sistema jurídico internacional. Tras examinar todas las opiniones expresadas con respecto al proyecto de conclusión 7 propuesto, el Relator Especial considera que podría ser conveniente emplear una metodología unificada para la identificación de los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional a fin de resolver las dificultades existentes. Esta metodología unificada sería, en primer lugar, inductiva, con un análisis de los tratados, las normas consuetudinarias y otros instrumentos internacionales (como las resoluciones de la Asamblea General o las declaraciones aprobadas en conferencias intergubernamentales) pertinentes, y después, cuando sea necesario, deductiva, para derivar el principio reflejado en estos⁷⁶. Con respecto a este enfoque deductivo, se ha señalado que, “[p]ara identificar el contenido de esos principios puede o no ser necesario un proceso deductivo, dependiendo de si la disposición convencional pertinente contiene un principio o si el contenido del principio debe deducirse de normas existentes de derecho convencional o de derecho internacional consuetudinario”⁷⁷.

32. En este proceso, se debe constatar si el principio en cuestión ha sido reconocido por la comunidad internacional como una norma de aplicación general independiente de un determinado régimen convencional o de determinadas normas consuetudinarias, es decir, como un principio jurídico general que puede aplicarse de forma independiente en el derecho internacional⁷⁸. Las pruebas de ese reconocimiento deben

⁷⁶ Alemania afirmó en este contexto que se planteaba la cuestión de si, al igual que para determinar los principios derivados del ordenamiento jurídico interno, haría falta un análisis comparativo de los tratados y otros instrumentos internacionales y si dicho análisis tendría que abarcar no solo el mayor número posible de tratados e instrumentos, sino también diversos tratados o instrumentos referentes a diferentes ámbitos, subámbitos o ramas del derecho internacional. Véase la declaración de Alemania (tal y como se recibió).

⁷⁷ Véase la intervención de la Sra. Galvão Teles (A/CN.4/SR.3539, pág. 18).

⁷⁸ Véase R. Wolfrum, “General international law (principles, rules, and standards)”, en R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedias of International Law*, vol. IV (última actualización en 2010; Oxford, Oxford University Press, 2012), págs. 344 a 368, en especial págs. 348 y 349, párrs. 33 y 34 (donde se afirma que, en lo que respecta a los principios originados en el marco de relaciones internacionales, conviene aplicar un método comparativo, combinado con una evaluación generalizadora de las normas jurídicas internacionales en cuestión. Lo importante no es si se utilizan los mismos términos en diversas normas internacionales, sino si esas normas reflejan principios idénticos. Se ha argumentado que los principios derivados del derecho convencional o internacional consuetudinario no pueden tener rango de fuentes del derecho internacional porque pertenecen a la fuente a partir de la cual se

analizarse caso por caso, en su contexto particular, y tomando en consideración la disposición de la comunidad internacional a estar obligada por ese principio.

33. En conclusión, el Relator Especial considera que el proyecto de conclusión 7 puede simplificarse, teniendo en cuenta todas las preocupaciones planteadas y las propuestas formuladas, así como la necesidad de lograr un equilibrio entre rigor y flexibilidad en la identificación de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional.

Tercera parte: Las funciones de los principios generales del derecho y su relación con otras fuentes del derecho internacional

34. Como se indicó en el primer informe⁷⁹, parte del mandato de la Comisión para este tema es aclarar las funciones de los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, así como su relación con otras fuentes del derecho internacional.

35. En los dos primeros debates sobre el tema, los miembros de la Comisión y los Estados expresaron su opinión, al menos de forma preliminar, acerca de algunas de estas cuestiones. Varios miembros se refirieron a la función de los principios generales del derecho como medio de subsanar lagunas⁸⁰, así como al papel que podían desempeñar para evitar las situaciones de *non liquet*⁸¹. Algunos miembros señalaron que los principios generales del derecho también podían servir como instrumentos de interpretación⁸² o como medios para reforzar el razonamiento

han desarrollado. Esto es así en el caso de los principios que solo tienen sentido en un régimen convencional concreto y que no constituyen la base de nuevos derechos y obligaciones. No obstante, la situación cambia en el caso de los principios que han adquirido carácter independiente por sí mismos. Son una fuente autónoma del derecho internacional).

⁷⁹ A/CN.4/732, párrs. 24 a 28.

⁸⁰ Véanse las intervenciones de la Sra. Escobar Hernández (A/CN.4/SR.3543, págs. 7 y 8); la Sra. Galvão Teles (A/CN.4/SR.3539, págs. 16 y 17); el Sr. Jalloh (A/CN.4/SR.3539, págs. 3 y 4); el Sr. Murase (A/CN.4/SR.3542, págs. 13 y 14); el Sr. Nguyen (A/CN.4/SR.3539, págs. 8 y 9); el Sr. Petrić (A/CN.4/SR.3544, pág. 3); Sr. Rajput (A/CN.4/SR.3541, pág. 15, y A/CN.4/SR.3542, pág. 4); y el Sr. Zagaynov (A/CN.4/SR.3543, pág. 4). Véanse también las intervenciones de 2019 del Sr. Aurescu (A/CN.4/SR.3491, pág. 8); la Sra. Galvão Teles (A/CN.4/SR.3489, pág. 22); el Sr. Gómez-Robledo (A/CN.4/SR.3492, pág. 10); el Sr. Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3493, pág. 5); el Sr. Hmoud (A/CN.4/SR.3489, pág. 16); Sr. Huang (A/CN.4/SR.3493, pág. 13); el Sr. Murase (A/CN.4/SR.3489, pág. 4); la Sra. Oral (A/CN.4/SR.3492, pág. 6); el Sr. Park (A/CN.4/SR.3489, pág. 17); el Sr. Rajput (A/CN.4/SR.3490, pág. 18); el Sr. Saboia (A/CN.4/SR.3491, pág. 15); y el Sr. Tladi (A/CN.4/SR.3489, pág. 4).

⁸¹ Véanse las intervenciones del Sr. Argüello Gómez (A/CN.4/SR.3543, pág. 11); la Sra. Escobar Hernández (A/CN.4/SR.3543, págs. 7 y 8); el Sr. Jalloh (A/CN.4/SR.3539, pág. 3); el Sr. Murase (A/CN.4/SR.3542, pág. 13); el Sr. Petrić (A/CN.4/SR.3544, pág. 3); el Sr. Rajput (A/CN.4/SR.3542, pág. 4); y el Sr. Zagaynov (A/CN.4/SR.3543, pág. 4). Véanse también las intervenciones de 2019 del Sr. Argüello Gómez (A/CN.4/SR.3492, pág. 4); el Sr. Aurescu (A/CN.4/SR.3491, pág. 8); el Sr. Cissé (A/CN.4/SR.3492, pág. 22); la Sra. Galvão Teles (A/CN.4/SR.3489, pág. 22); el Sr. Gómez-Robledo (A/CN.4/SR.3492, pág. 10); el Sr. Murase (A/CN.4/SR.3489, pág. 7); el Sr. Park (A/CN.4/SR.3489, pág. 17); y Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3490, pág. 5).

⁸² Véanse las intervenciones de 2019 del Sr. Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3493, pág. 5); el Sr. Hmoud (A/CN.4/SR.3489, pág. 16); la Sra. Oral (A/CN.4/SR.3492, pág. 6); y el Sr. Tladi (A/CN.4/SR.3489, pág. 4).

jurídico⁸³, y que podían asegurar la coherencia y la uniformidad del sistema jurídico internacional⁸⁴.

36. Varios Estados en la Sexta Comisión también destacaron la importancia de abordar las funciones de los principios generales del derecho. La mayor parte de las delegaciones mencionaron el papel de los principios generales del derecho como medios de subsanar lagunas o su contribución a evitar las situaciones de *non liquet*⁸⁵. Además, algunos Estados mencionaron la función sistémica de los principios generales del derecho en el sistema jurídico internacional⁸⁶.

37. Habida cuenta del consenso general sobre la función de los principios generales del derecho como medio de subsanar lagunas, el Relator Especial considera conveniente partir de esa base. Como se mostrará más adelante, ha quedado bien establecido en la práctica y en la doctrina que los principios generales del derecho suelen desempeñar la función de subsanar lagunas respecto de los tratados y la costumbre, a pesar de la inexistencia de una jerarquía entre las tres fuentes. También se demostrará que, al cumplir su función general de “subsanar lagunas”, los principios generales del derecho pueden funcionar como fuente independiente de derechos y obligaciones, y como medio para interpretar y complementar otras normas de derecho internacional. Además, también se puede considerar que los principios generales del derecho cumplen una función sistémica en el sistema jurídico internacional.

38. Esta parte del informe consta de tres capítulos. El capítulo I aborda la función de los principios generales del derecho como medio de subsanar lagunas, que puede considerarse su función esencial en el sistema jurídico internacional. El capítulo II se ocupa de la relación entre los principios generales del derecho y las otras fuentes del derecho internacional. En ese capítulo se aclara, en particular, la falta de jerarquía entre los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho; la posible coexistencia de principios generales y otras normas de derecho internacional; y el funcionamiento del principio de *lex specialis*. Por último, el capítulo III aborda algunas funciones específicas de los principios generales del derecho.

I. La función de los principios generales del derecho como medio de subsanar lagunas

39. En el primer informe, basado en un estudio preliminar de la cuestión, se afirmaba que, en general, se consideraba que la función de los principios generales del derecho era subsanar las lagunas del derecho internacional y evitar las situaciones de *non liquet*⁸⁷. En el informe también se señaló que a veces se atribuían otras funciones más específicas a los principios generales, como la de servir de fuente directa de derechos y obligaciones, de medio para interpretar o complementar otras

⁸³ Véanse las intervenciones de 2019 del Sr. Aurescu (A/CN.4/SR.3491, pág. 8); y el Sr. Tladi (A/CN.4/SR.3489, pág. 4).

⁸⁴ Véase la intervención de la Sra. Galvão Teles (A/CN.4/SR.3539, pág. 17). Véase también la intervención de 2019 del Sr. Tladi (A/CN.4/SR.3489, pág. 4).

⁸⁵ Véanse las intervenciones de Austria (A/C.6/76/SR.23, párr. 65, y A/C.6/74/SR.31, párr. 90); el Camerún (A/C.6/76/SR.24, párrs. 160 y 161); Cuba (A/C.6/74/SR.31, párr. 34); Dinamarca (en nombre de los países nórdicos) (A/C.6/76/SR.23, párr. 39); Eslovaquia (A/C.6/76/SR.24, párr. 97); Eslovenia (A/C.6/76/SR.24, párr. 39); la Federación de Rusia (A/C.6/76/SR.24, párr. 142); Filipinas (A/C.6/74/SR.32, párr. 3); la India (A/C.6/74/SR.32, párr. 94); Irán (República Islámica del) (A/C.6/74/SR.33, párr. 15); Israel (A/C.6/76/SR.23, párr. 97); Malasia (A/C.6/74/SR.33, párr. 8); Portugal (A/C.6/76/SR.23, párr. 81); la República Checa (A/C.6/76/SR.24, párr. 26); Sierra Leona (A/C.6/74/SR.31, párr. 105); y Tailandia (A/C.6/76/SR.24, párr. 90).

⁸⁶ Véanse las intervenciones de Eslovenia (A/C.6/76/SR.24, párr. 40); y Sierra Leona (A/C.6/74/SR.31, párr. 105).

⁸⁷ A/CN.4/732, párr. 25.

normas de derecho internacional, de instrumento para reforzar el razonamiento jurídico o, más generalmente, de medio para fundamentar el sistema jurídico internacional y su carácter sistémico⁸⁸. En el presente capítulo se aborda con más detalle la función de subsanar lagunas, que, como se explicará, puede considerarse la función esencial de los principios generales del derecho y define su papel básico en el sistema jurídico internacional. El capítulo III se ocupa de otras funciones específicas de los principios generales del derecho que, aunque no son exclusivas de esta fuente del derecho internacional, se han mencionado en los debates y puede ser conveniente aclarar.

40. Como se ha señalado anteriormente, los miembros de la Comisión y las delegaciones en la Sexta Comisión consideran, en términos generales, que la principal función de los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es subsanar las lagunas del derecho internacional convencional y consuetudinario, y evitar las situaciones de *non liquet* ante las cortes o tribunales internacionales. Esa es también la opinión general en la doctrina de derecho internacional⁸⁹.

⁸⁸ *Ibid.*, párr. 26.

⁸⁹ Véanse, por ejemplo, I. Saunders, *General Principles as a Source of International Law: Art 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice* (Oxford, Hart Publishing, 2020), págs. 48, 89 y 173; P. Dumberry, *A Guide to General Principles of Law in International Investment Arbitration* (Oxford, Oxford University Press, 2020), págs. 22, 23 y 50; G. Gaja, “General principles of law”, en *Max Planck Encyclopedias of International Law* (2020, puede consultarse en opil.ouplaw.com), párr. 21; A. Pellet y D. Müller, “Article 38”, en A. Zimmermann *et al.* (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3ª ed. (Oxford, Oxford University Press, 2019), págs. 819 y ss., en especial págs. 922, 923, 929, 934, 935 y 941; H. Thirlway, *The Sources of International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2019), pág. 106; G. Distefano, *Fundamentals of International Law: A Sketch of the International Legal Order* (Leiden, Brill, 2019), págs. 559 y 560; M. Andenas y L. Chiussi, “Cohesion, convergence and coherence of international law”, en M. Andenas y otros (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Leiden, Brill, 2019), págs. 9 a 34, en especial pág. 14; D. Costelloe, “The role of domestic law in the identification of general principles of law under Article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice”, en Andenas y otros (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law*, págs. 177 a 194, en especial págs. 177; R. Kolb, *Theory of International Law* (Oxford, Hart Publishing, 2016), pág. 138; E. Bjorge, “Public law sources and analogies of international law”, en *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 49 (2018), págs. 533 a 560, en especial pág. 535; C. Redgwell, “General principles of international law”, en S. Vogenauer y S. Weatherill (eds.), *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives* (Oxford, Hart Publishing, 2017), págs. 5 a 19, en especial pág. 7; M. Fitzmaurice, “The history of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice: the journey from the past to the present”, en S. Besson y J. d’Aspremont (eds.), *The Oxford Handbook of the Sources of International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2017), págs. 179 a 200, en especial pág. 192; C. Kotuby y L. Sobota, *General Principles of Law and International Due Process: Principles and Norms Applicable in Transnational Disputes* (Oxford, Oxford University Press, 2017), págs. 30 y 31; B.I. Bonafé y P. Palchetti, “Relying on general principles of law”, en C. Brölmann e Y. Radi (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking* (Cheltenham, Edgar Publishing, 2016), págs. 160 a 176, en especial págs. 167 y 172 a 174; E. Carpanelli, “General principles of international law: struggling with a slippery concept”, en L. Pineschi (ed.), *General Principles of Law – The Role of the Judiciary* (Nueva York, Springer, 2015), págs. 125 a 144, en especial pág. 141; E. Voyiakis, “Do general principles fill ‘gaps’ in international law?”, *Austrian Review of International and European Law*, vol. 14 (2013), págs. 239 a 256; S. W. Schill, “Enhancing international investment law’s legitimacy: conceptual and methodological foundations of a new public law approach”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 52 (2011), págs. 57 a 102, en especial págs. 90 y 91; S. Besson, “General principles in international law – Whose principles?”, en S. Besson y P. Pichonnaz (eds.), *Les principes en droit européen – Principles in European Law* (Ginebra, Schulthess, 2011), págs. 19 a 64, en especial pág. 42; Wolfrum, “General international law (principles, rules, and standards)”, pág. 353, párr. 58; F. Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2008), págs. 42 a 44; V. D. Degan, “On the sources of international criminal law”, *Chinese Journal*

41. Esta función complementaria, de la que se habló cuando se redactó el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional⁹⁰, significa esencialmente que se puede recurrir a un principio general del derecho cuando una cuestión jurídica no está regulada, o no lo está suficientemente, por los tratados o la costumbre⁹¹. En la práctica, ello lleva a la utilización de principios generales del derecho cuando no existen normas convencionales o consuetudinarias aplicables para resolver un problema jurídico, o cuando un tratado o una costumbre regulan una determinada cuestión, pero no resuelven un problema jurídico específico o un aspecto determinado de una controversia.

42. En algunas ocasiones, la Corte Internacional de Justicia ha dado algunas orientaciones sobre la función de los principios generales del derecho como medio de subsanar lagunas. En primer lugar, en la causa relativa al *Derecho de paso*, la Corte consideró que no era necesario recurrir a los principios generales invocados por Portugal en apoyo de sus pretensiones porque ya había determinado que la cuestión en litigio estaba regulada por una costumbre bilateral aplicable entre Portugal y la India. La Corte señaló lo siguiente:

Portugal también invoca, en apoyo de su reclamación de un derecho de paso, la costumbre internacional general, así como los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Habiendo llegado a la conclusión de que la manera de proceder de las autoridades británicas e indias,

of International Law, vol. 4 (2005), págs. 45 a 84, en especial pág. 52; J. A. Barberis, “Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional”, *Revista IIDH*, vol. 14 (1991), págs. 11 a 41, en especial págs. 38 y 39; P. Benvenuti, “Principi generali del diritto, giurisdizioni internazionali e mutamenti sociali nella vita di relazione internazionale”, en *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz* (Editoriale Scientifica, 2004), págs. 301 a 312, en especial pág. 303; C. Bassiouni, “A functional approach to ‘general principles of international law’”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 11 (1990), págs. 768 a 818, en especial págs. 778 y 779; M. Bogdan, “General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 46 (1977), págs. 37 a 53, en especial pág. 38; M. Akehurst, “Equity and general principles of law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 25 (1976), págs. 801 a 825, en especial pág. 817; M. Bos, “The recognized manifestations of international law”, *German Yearbook of International Law*, vol. 20 (1977), págs. 9 a 76, en especial pág. 34; P. de Visscher, “Cours général de droit international public”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 136 (1972), págs. 1 a 202, en especial págs. 113 y 116; R. Quadri, “Cours général de droit international public”, *ibid.*, vol. 113 (1964), págs. 237 a 483, en especial pág. 343; F. 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 págs. 1057 a 1060; G. Fitzmaurice, “The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 92 (1957), págs. 1 a 227, en especial pág. 55; B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Cambridge, Cambridge University Press, 1953/2006), pág. 390; A. Verdross, “Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 52 (1935), págs. 191 a 251, en especial págs. 224 a 227; J. Spyropoulos, *Die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Völkerrecht: Eine Auslegung von Art. 38(3) des Statuts des Ständigen Internationalen Gerichtshof* (Kiel, Institut für internationales Recht an der Universität Kiel, 1928), págs. IX, 1, 16 a 18 y 70; H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (Londres, Longman, 1927), pág. 69.

⁹⁰ Véase A/CN.4/732, párrs. 90 a 109.

⁹¹ Véanse, por ejemplo, Pellet y Müller, “Article 38”, págs. 934 y 935; Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, pág. 85; Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Courts and Tribunals*, págs. 42 y 43; Bogdan, “General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations”, págs. 37 a 41; S. Yee, “Article 38 of the ICJ Statute and applicable law: selected issues in recent cases”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 7 (2016), págs. 472 a 498, en especial pág. 487; Bonafé y Palchetti, “Relying on general principles of law”, pág. 172; T. Gazzini, “General principles of law in the field of foreign investment”, en *Journal of World Investment and Trade*, vol. 10 (2009), págs. 103 a 120, en especial pág. 105.

por una parte, y portuguesas, por otra, constituía una práctica, bien establecida entre las partes, en virtud de la cual Portugal había adquirido un derecho de paso para los particulares, los funcionarios civiles y las mercancías en general, la Corte no considera necesario examinar si la costumbre internacional general o los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas pueden llevar al mismo resultado.

En lo que respecta a las fuerzas armadas, la policía armada y las armas y municiones, al haber estimado la Corte que la práctica establecida entre las partes exigía que se obtuviera el permiso de las autoridades británicas o indias para el paso de esas categorías, resulta innecesario que la Corte determine si, a falta de la práctica que prevalecía realmente, Portugal habría o no podido invocar la costumbre general internacional o los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas para fundar su reclamación de un derecho de paso en relación con dichas categorías.

La Corte tiene ante sí una causa concreta con características especiales. Históricamente, la causa se remonta a una época y se refiere a una región en que las relaciones entre los Estados vecinos no se regían por normas formuladas con precisión, sino, en gran medida, por la práctica. Por consiguiente, al constatar la existencia de una práctica claramente establecida entre dos Estados, aceptada por las partes para regir sus relaciones mutuas, la Corte debe atribuir un efecto decisivo a dicha práctica con objeto de determinar sus derechos y obligaciones específicos. Esta práctica particular debe prevalecer sobre cualquier norma general⁹².

43. En la causa relativa a la *Barcelona Traction*, en cambio, la Corte consideró que la aplicación de principios generales del derecho era adecuada porque el derecho sobre la protección diplomática no regulaba la cuestión específica de la relación entre las sociedades y sus accionistas, y señaló, en particular, que “el derecho internacional no ha[bía] establecido sus propias normas” a ese respecto. La Corte señaló lo siguiente:

En este ámbito, el derecho internacional está llamado a reconocer instituciones de derecho interno que desempeñan un papel importante y gozan de amplia presencia internacional. Esto no significa necesariamente que deba establecer una analogía entre sus propias instituciones y las del derecho interno, ni equivale a supeditar las normas del derecho internacional a las categorías del derecho interno. Simplemente quiere decir que el derecho internacional ha debido reconocer la sociedad anónima como institución creada por los Estados en una esfera que pertenece esencialmente a su jurisdicción interna. Ello a su vez hace necesario que el derecho internacional se remita a las normas pertinentes del derecho interno cada vez que se planteen problemas jurídicos relativos a los derechos de los Estados que conciernan al tratamiento de las sociedades y los accionistas, y respecto de los cuales el derecho internacional no haya establecido sus propias normas...

En cuanto a los aspectos jurídicos internacionales de la causa, la Corte debe [...] partir del hecho de que en la presente causa se plantean esencialmente factores derivados del derecho interno —las diferencias y semejanzas entre la sociedad y el accionista— en que las partes, por más que sus interpretaciones difieran, fundamentan su razonamiento. Si la Corte resolviera la causa sin tener en cuenta las instituciones pertinentes del derecho interno, entraría en graves dificultades jurídicas sin justificación alguna. Perdería el contacto con la

⁹² *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits)*, fallo de 12 de abril de 1960, *I.C.J. Reports 1960*, págs. 6 y ss., en especial págs. 43 y 44.

realidad, ya que no existen instituciones de derecho internacional equivalentes a las que la Corte pueda recurrir. Así pues, como se ha indicado, la Corte no solo ha de tomar en consideración el derecho interno, sino que también debe remitirse a él. El derecho internacional se remite a las normas generalmente aceptadas por los sistemas jurídicos nacionales que reconocen la sociedad anónima cuyo capital está representado por acciones, y no al derecho interno de un Estado concreto⁹³.

44. Del mismo modo, en la causa relativa al *Canal de Corfú*, a falta de disposiciones convencionales o normas consuetudinarias aplicables, la Corte determinó que Albania tenía la obligación de advertir a los buques que se acercaran a sus aguas territoriales del peligro inminente que representaba la existencia de campos de minas, basándose en “ciertos principios generales y bien reconocidos”. La Corte indicó lo siguiente:

Esas obligaciones no se basan en la Convención núm. VIII de La Haya de 1907, que es aplicable en tiempo de guerra, sino en ciertos principios generales y bien reconocidos: las consideraciones elementales de humanidad, que son aún más imperativas 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 sea utilizado para la realización de actos contrarios a los derechos de otros Estados⁹⁴.

45. El papel de los principios generales del derecho como medio de subsanar lagunas también se ha mencionado expresamente, aunque con distinta terminología, en arbitrajes entre Estados. En el caso relativo a la *Frontera de Walfish Bay* entre Alemania y Gran Bretaña, por ejemplo, el árbitro consideró que los principios generales del derecho eran de aplicación en “defecto” de otras normas de derecho internacional:

ambas cuestiones [relativas al trazado exacto de la frontera en Walfish Bay] se deben resolver de conformidad con las normas y principios positivos del derecho internacional público y, en su defecto, de conformidad con los principios generales del derecho, ya que ni dicho Acuerdo de 1890 ni la Declaración complementaria de Berlín de 30 de enero de 1909 autorizan en modo alguno al árbitro a basar su decisión en otras normas, y es bien sabido, según la teoría y la práctica constantes, que no se puede presumir esa autorización⁹⁵.

46. En el caso de la *Indemnización rusa* entre Rusia y Turquía, el tribunal arbitral dictaminó que el principio general de responsabilidad del Estado implicaba la existencia de una responsabilidad especial por el retraso en el pago de una deuda

⁹³ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 3, párrs. 38 y 50. Véase también la opinión separada del Magistrado Fitzmaurice, pág. 78, párr. 25 (“Por consiguiente, debe considerarse que el derecho internacional es imperfecto y no está suficientemente desarrollado en este ámbito, ya que, si bien mantiene la regla de la ‘hegemonía’ de la sociedad y de sus gestores, no ofrece las salvaguardias y alternativas que el derecho privado ha instituido para impedir que la hegemonía de la dirección de la sociedad dé lugar a abusos”).

⁹⁴ *Corfu Channel case*, fallo de 9 de abril de 1949, *I.C.J. Reports 1949*, págs. 4 y ss., en especial pág. 22.

⁹⁵ *The Walfish Bay Boundary Case (Germany, Great Britain)*, laudo de 23 de mayo de 1911, *United Nations Reports of International Arbitral Awards* (UNRIAA), vol. XI, págs. 263 a 308, en especial pág. 294. El tribunal también señaló, en referencia a la interpretación del tratado en cuestión, que era necesario determinar la forma de interpretar esas palabras utilizando los principios generales del derecho, que eran los mismos que los principios del derecho internacional, y según los cuales, para determinar la intención subyacente a un acuerdo o acto, era necesario considerar el valor gramatical de los términos utilizados, las consecuencias que se derivaban de su interpretación en uno u otro sentido, y los hechos o antecedentes que contribuían a explicarlos (*ibid.*).

monetaria, a menos que se estableciera la existencia de una costumbre internacional contraria⁹⁶. Del mismo modo, en el caso *Eastern Extension, Australasia and China Telegraph Co.*, el Tribunal de Reclamaciones entre Gran Bretaña y los Estados Unidos consideró que podía recurrir a los principios generales del derecho “en caso de que no exist[iera] ninguna disposición jurídica específica”:

Es posible, y en general así ocurre, que el derecho internacional, al igual que el derecho interno, no prevea normas expresas aplicables a casos concretos, pero la función de la jurisprudencia es resolver el conflicto entre derechos e intereses opuestos mediante la aplicación, en caso de que no exista ninguna disposición jurídica específica, de los corolarios de los principios generales y así dar solución al problema⁹⁷.

47. En el caso del *Canal de Beagle* entre la Argentina y Chile, el tribunal arbitral señaló, utilizando una formulación similar a la del laudo en la *Indemnización rusa*, que:

a su juicio, constituía un inderogable principio general del derecho que, a falta de una disposición expresa en contrario, la asignación de un territorio llevaba consigo, *ipso facto*, las aguas dependientes de ese territorio⁹⁸.

48. En el caso de los *Procedimientos incoados en el marco del Convenio OSPAR*, el tribunal arbitral señaló lo siguiente al determinar el derecho aplicable a la controversia:

Huelga decir que el principal deber del Tribunal es aplicar el Convenio OSPAR [Convenio para la Protección del Medio Marino del Atlántico Nordeste]. Un tribunal internacional, como el presente Tribunal, aplicará también el derecho internacional consuetudinario y los principios generales, a menos las partes hayan creado una *lex specialis* y en la medida en que lo hayan hecho⁹⁹.

49. Las cortes y tribunales penales internacionales también se han referido en varias ocasiones a la función de los principios generales del derecho como medio de subsanar lagunas. En la causa *Erdmović*, por ejemplo, al abordar la cuestión de la coacción como eximente, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia recurrió a los principios generales del derecho tras constatar que no podía encontrarse ninguna norma de derecho internacional consuetudinario a ese respecto¹⁰⁰. La Sala de Apelaciones hizo referencia a la opinión expresada por el Barón Descamps en el Comité Consultivo de Juristas y observó que uno de los fines del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia era evitar las situaciones de *non liquet*, es decir, los casos en que la corte o el tribunal internacional se enfrentaba a la ausencia de normas jurídicas aplicables¹⁰¹.

⁹⁶ *Affaire de l'indemnité russe (Russie, Turquie)*, laudo de 11 de noviembre de 1912, UNRIAA, vol. XI, págs. 421 a 447, en especial pág. 441.

⁹⁷ *Eastern Extension, Australasia and China Telegraph Company, Ltd. (Great Britain) v. United States*, laudo de 9 de noviembre de 1923, UNRIAA, vol. VI, págs. 112 a 118, en especial págs. 114 y 115.

⁹⁸ *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, decisión de 18 de febrero de 1977, UNRIAA, vol. XXI, págs. 53 a 264, en especial pág. 145.

⁹⁹ *Proceedings pursuant to the OSPAR Convention (Ireland – United Kingdom)*, decisión de 2 de julio de 2003, UNRIAA, vol. XXIII, págs. 59 a 151, en especial pág. 87, párr. 84.

¹⁰⁰ *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 de la Magistrada McDonald y el Magistrado Vohrah, párrs. 55 y 56.

¹⁰¹ *Ibid.*, párr. 57.

50. También en la causa *Erdmović*, una Sala de Primera Instancia del Tribunal observó que ni el Estatuto ni las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal regulaban la duración de las penas de prisión por crímenes de lesa humanidad, y consideró apropiado recurrir a los principios generales del derecho en tales circunstancias:

Exceptuando la referencia a la práctica general en materia de penas de prisión impuestas por los tribunales de la ex-Yugoslavia, que se analizará más adelante, y a la pena de cadena perpetua, la Sala de Primera Instancia observa que el Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba no proporcionan ninguna otra indicación sobre la duración de la pena de prisión a la que podrían ser condenados los autores de los crímenes que son competencia del Tribunal Internacional, incluidos los crímenes de lesa humanidad. A fin de examinar la escala de las penas aplicables a los crímenes de lesa humanidad, la Sala de Primera Instancia determinará las características propias de esos crímenes y las penas con que se castigan en el derecho internacional y los derechos internos, que son expresiones de principios generales del derecho reconocidos por todas las naciones¹⁰².

51. En la causa *Furundžija*, la Sala de Primera Instancia del Tribunal, al buscar una definición de violación, también dictaminó que:

no cabe extraer del derecho internacional convencional o consuetudinario otros elementos distintos de los recalcados, y que de poco serviría recurrir a los principios generales del derecho penal internacional o a los principios generales del derecho internacional. Por consiguiente, la Sala de Primera Instancia considera que, para llegar a una definición precisa de la violación basada en el principio de especificidad consagrado en el derecho penal, es necesario buscar principios del derecho penal comunes a los principales sistemas jurídicos del mundo¹⁰³.

52. En la causa *Kunarac*, también en relación con la definición de violación, otra Sala de Primera Instancia consideró que:

la identificación del derecho internacional pertinente para dirimir en qué circunstancias constituirían violación determinados actos de penetración sexual se ve facilitada, en ausencia de derecho internacional consuetudinario o convencional al respecto, por referencia a los principios generales del derecho comunes a los principales sistemas jurídicos nacionales del mundo¹⁰⁴.

53. En la causa *Kupreškić*, una Sala de Primera Instancia del Tribunal observó además lo siguiente:

ahora está claro que, para subsanar las posibles lagunas del derecho internacional consuetudinario y convencional, las cortes y tribunales penales internacionales y nacionales pueden basarse en los principios generales del derecho penal derivados de la convergencia de los principales sistemas penales del mundo. Cuando sea necesario, la Sala de Primera Instancia utilizará esos principios para subsanar cualquier laguna existente en el Estatuto del Tribunal Internacional y en el derecho consuetudinario¹⁰⁵.

¹⁰² *Prosecutor v. Erdemović*, causa núm. IT-96-22-T, fallo condenatorio, 29 de noviembre de 1996, párr. 26.

¹⁰³ *Prosecutor v. Anto Furundžija*, causa núm. IT-95-17/1-T, fallo, 10 de diciembre de 1998, párr. 177.

¹⁰⁴ *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kunac and Zoran Vuković*, causas núms. IT-96-23-T e IT-96-23/1-T, fallo, 22 de febrero de 2001, párr. 439.

¹⁰⁵ *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al.*, causa núm. IT-95-16-T, fallo, 14 de enero de 2000, párr. 677. Véase también el párr. 539.

54. En la causa relativa a la *Situación en la República Democrática del Congo* sustanciada ante la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional, la Fiscalía sostuvo que “la ausencia de un mecanismo para examinar las decisiones negativas en cuestión no puede considerarse más que como una laguna del derecho. Como tal, debe subsanarse recurriendo a los principios generales del derecho que han de aplicarse en este tipo de situaciones, que en el presente caso están previstos en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 21 del Estatuto”¹⁰⁶. La Sala de Apelaciones no discrepó de ese razonamiento, pero consideró que no se podía identificar el principio general del derecho invocado por la Fiscalía¹⁰⁷.

55. En la causa *Katanga*, una Sala de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional dictaminó que:

el artículo 21 del Estatuto establece una jerarquía de las fuentes del derecho aplicables y que, en todas sus decisiones, debe aplicar “en primer lugar” las disposiciones pertinentes del Estatuto. Por consiguiente, a la luz de la jerarquía establecida, la Sala aplicará las fuentes del derecho auxiliares previstas en los párrafos 1 b) y 1 c) del artículo 21 del Estatuto únicamente cuando encuentre una laguna en las disposiciones del Estatuto, los Elementos de los crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba¹⁰⁸.

56. En la causa relativa a la *Situación en la República de Kenya*, una Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte también señaló lo siguiente, en relación con un supuesto principio general del derecho según el cual la falta de investigación o enjuiciamiento podía someterse a control judicial:

La Sala recuerda que el artículo 21 del Estatuto tiene por objeto regular las fuentes del derecho que ha de aplicar la Corte y establece una jerarquía entre esas fuentes del derecho. El artículo 21, párrafo 1 a), del Estatuto cita expresamente el Estatuto como la primera fuente del derecho. Solo se puede recurrir a las fuentes del derecho auxiliares a que se refieren los párrafos 1 b) y 1 c) del artículo 21 del Estatuto cuando la Sala de Apelaciones establezca que existe una laguna en el Estatuto o las Reglas de Procedimiento y Prueba.

... La Sala observa que el Estatuto, en su artículo 53, regula en detalle la competencia de la Sala de Cuestiones Preliminares para examinar el ejercicio de las atribuciones de la Fiscalía con respecto a la investigación y el enjuiciamiento, así como los límites al ejercicio de esa competencia. Por consiguiente, la Sala no considera que exista una laguna a este respecto que deba subsanarse acudiendo a las fuentes auxiliares del derecho mencionadas en los párrafos 1 b) y 1 c) del artículo 21 del Estatuto o procediendo a una interpretación constructiva de otras disposiciones del Estatuto (como la lectura combinada del artículo 21 y el artículo 68, párrafo 1, del Estatuto que proponen las víctimas)¹⁰⁹.

57. Por otra parte, en la causa *Lubanga*, la Sala de Apelaciones de la Corte señaló lo siguiente:

¹⁰⁶ *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, causa núm. ICC-01/04, fallo relativo a la solicitud presentada por la Fiscalía 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. 22.

¹⁰⁷ *Ibid.*, párr. 32.

¹⁰⁸ *Prosecutor v. Germain Katanga*, causa núm. ICC-01/04-01/07, fallo conforme al artículo 74 del Estatuto, 7 de marzo de 2014, párr. 39.

¹⁰⁹ *Situation in the Republic of Kenya*, causa núm. ICC-01/09, decisión sobre la “Solicitud de las víctimas de que se revise la decisión de la Fiscalía de poner fin a la investigación activa”, 5 de noviembre de 2015, párrs. 17 y 18.

cabe señalar que los instrumentos jurídicos del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia no contienen una disposición análoga a la norma 55. Por esa razón, en la sentencia de primera instancia en el caso *Kupreškić*, los magistrados consideraron si esa laguna en el marco jurídico del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia podía subsanarse por referencia a un principio general del derecho y concluyeron que no existía “ningún principio general del derecho penal común a todos los principales sistemas jurídicos del mundo” en relación con un cambio en la tipificación jurídica de los hechos. Ante esta Corte, la situación es diferente. Los magistrados de la Corte aprobaron la norma 55 como parte del Reglamento de la Corte. Así pues, no es necesario fundarse en los principios generales del derecho para determinar si es o no permisible una nueva tipificación jurídica.

... [A] la Sala de Apelaciones no le resulta persuasivo el argumento del Sr. Lubanga Dyilo de que la norma 55 no debe aplicarse en razón de una supuesta incompatibilidad con los principios generales del derecho internacional¹¹⁰.

58. También hay ejemplos de la función de los principios generales como medio de subsanar lagunas en los arbitrajes sobre inversiones. Por ejemplo, en el caso *Inceysa c. El Salvador*, el tribunal indicó que los principios generales del derecho desempeñaban una “misión complementaria del orden jurídico, bien nacional o internacional”¹¹¹.

59. Los tribunales arbitrales también han aplicado principios generales del derecho para interpretar las normas de los tratados de inversión que son poco claras o ambiguas. Por ejemplo, a veces se ha considerado que la esencia de la norma del trato justo y equitativo es “elusiva”¹¹². En este contexto, los tribunales arbitrales han recurrido a los principios de buena fe y de expectativas legítimas para interpretar las

¹¹⁰ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, causa núm. ICC-01/04-01/06 OA 15 OA 16, fallo sobre las apelaciones del Sr. Lubanga Dyilo y la Fiscalía contra la decisión de la Sala de Primera Instancia I, de 14 de julio de 2009, titulada “Decisión por la que se notifica a las partes y los participantes que la tipificación jurídica de los hechos puede sufrir modificaciones de conformidad con la norma 55, párrafo 2, del Reglamento de la Corte”, 8 de diciembre de 2009, párrs. 80 y 81. Véanse también *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura et al.*, causa núm. ICC-01/09-02/11 OA 4, decisión sobre la “Solicitud de formulación de observaciones verbales sobre la competencia de conformidad con la norma 156, párrafo 3”, 1 de mayo de 2012, párr. 11; *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, causa núm. ICC-01/09-01/11 OA 7 OA 8, fallo sobre las apelaciones del Sr. William Samoei Ruto y el Sr. Joshua Arap Sang contra la decisión de la Sala de Primera Instancia V (A), de 17 de abril de 2014, titulada “Decisión sobre la solicitud de citación de testigos presentada por la Fiscalía y la consiguiente solicitud de cooperación al Estado parte”, 9 de octubre de 2014, párr. 105; *Prosecutor v. Germain Katanga*, causa núm. ICC-01/04-01/07 A3 A4 A5, fallo sobre las apelaciones contra la orden de la Sala de Primera Instancia II, de 24 de marzo de 2017, titulada “Orden de reparación conforme al artículo 75 del Estatuto”, 8 de marzo de 2018, párr. 148; *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba et al.*, causa núm. ICC-01/05-01/13 A6 A7 A8 A9, fallo sobre las apelaciones del Sr. Jean-Pierre Bemba Gombo, el Sr. Fidèle Babala Wandu y el Sr. Narcisse Arido contra la decisión de la Sala de Primera Instancia VII titulada “Decisión sobre el fallo dictado de conformidad con el artículo 76 del Estatuto”, 8 de marzo de 2018, párr. 76.

¹¹¹ *Inceysa Vallisoletana, S.L. c. República de El Salvador*, caso CIADI núm. ARB/03/26, laudo, 2 de agosto de 2006, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, párr. 228, donde se cita a C. Arellano García, *Derecho Internacional Privado*, 4ª ed. (Ciudad de México, Editorial Porrúa, 1980), pág. 87.

¹¹² *Crystallex International Corporation c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI núm. ARB(AF)/11/2, laudo, 4 de abril de 2016, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, párr. 539; *Saluka Investments BV (The Netherlands) v. the Czech Republic*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), laudo parcial, 17 de marzo de 2006, párr. 297; *Ioan Micula and others v. Romania*, caso CIADI núm. ARB/05/20, laudo, 11 de diciembre de 2013, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, párr. 504.

disposiciones pertinentes de los tratados bilaterales de inversión¹¹³. Por ejemplo, en el caso *Sempra Energy International c. la Argentina*, el tribunal observó lo siguiente:

[E]l estándar del trato justo y equitativo no es demasiado claro ni preciso. Ello se debe a que el propio derecho internacional no es demasiado claro ni preciso en lo que se refiere al trato debido a ciudadanos extranjeros, comerciantes e inversores. Esta situación obedece a que los estándares pertinentes han evolucionado gradualmente a lo largo de los siglos. Tanto el derecho internacional consuetudinario, como los tratados de amistad, comercio y navegación y, más recientemente, los tratados bilaterales de inversión han contribuido a esta evolución. Ni siquiera en el caso de reglas, que se consideraban consolidadas, como la denegación de justicia, hay mucha certeza en el presente¹¹⁴.

60. El tribunal consideró entonces que “[e]l principio de la buena fe s[ervía] [...] de guía común para orientar la comprensión e interpretación de las obligaciones, tal como suced[ía] en el marco de los códigos civiles”¹¹⁵.

61. Los Estados también mencionan esta función complementaria de los principios generales del derecho como medio de subsanar lagunas en algunos de sus alegatos ante las cortes y tribunales internacionales. En las causas relativas a la *Plataforma continental del Mar del Norte*, por ejemplo, Dinamarca y los Países Bajos rechazaron la aplicabilidad del principio general del derecho invocado por Alemania (reparto justo y equitativo) de la siguiente manera:

Una objeción igual de fundamental a la invocación del Artículo 38, párrafo 1 c), por la República Federal es que en el presente caso no es que no exista ningún principio pertinente del derecho internacional que permita determinar las cuestiones planteadas en las causas sometidas a la Corte. En opinión de ambos Gobiernos, los principios y normas pertinentes del derecho internacional son los enunciados en el artículo 6 de la Convención sobre la Plataforma Continental, y la aplicación de la excepción de las circunstancias especiales ha de determinarse tomando como referencia las indicaciones contenidas en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, en la Conferencia de Ginebra y en la práctica de los Estados. Estas indicaciones [...] proporcionan criterios suficientemente definidos para determinar la existencia o no en las presentes causas de alguna “circunstancia especial que justifique otra línea de delimitación”.

... Además, a juicio de ambos Gobiernos, incluso si la Corte considera que los principios y normas del derecho internacional no son aplicables entre las partes, en las presentes causas no se plantea ninguna posible cuestión de *non liquet*. Sostienen que, en tal caso, es evidente que la Corte tendrá que determinar los principios y normas del derecho internacional aplicables tomando como referencia la formulación y las condiciones en las que se reconocen los derechos exclusivos del Estado ribereño sobre la plataforma continental adyacente en los artículos 1 y 2 de la Convención sobre la Plataforma Continental [...] Estos

¹¹³ Véanse, por ejemplo, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones: *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI núm. ARB(AF)/00/2, laudo, 29 de mayo de 2003, párrs. 153 y 154; *Total S.A. c. la República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/04/01, Decisión sobre Responsabilidad, 27 de diciembre de 2010, párr. 128; *Toto Costruzioni S.p.A. v. Republic of Lebanon*, caso CIADI núm. ARB/07/12, laudo, 7 de junio de 2012, párr. 166; *Crystallex International Corporation c. República Bolivariana de Venezuela* (véase la nota anterior), párr. 546.

¹¹⁴ *Sempra Energy International c. la República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/02/16, laudo, 28 de septiembre de 2007, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, párr. 296.

¹¹⁵ *Ibid.*, párr. 297.

principios, en opinión de ambos Gobiernos, proporcionan por sí mismos una norma objetiva perfectamente adecuada para determinar la delimitación de la plataforma continental¹¹⁶.

62. Algunos tratados también aclaran la función de los principios generales del derecho como medio de subsanar lagunas. Aunque puede decirse que el artículo 21 del Estatuto de la Corte Penal Internacional es único en el derecho penal internacional y que su enunciado es diferente al del Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, refleja en gran medida la función de los principios generales del derecho como medio de subsanar lagunas:

1. La Corte aplicará:

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

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

c) *En su defecto*, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos¹¹⁷.

63. Por último, la función de los principios generales del derecho como medio de subsanar lagunas también se ha mencionado en opiniones individuales de magistrados. Por ejemplo, en la causa relativa a la *Interpretación de los fallos núms. 7 y 8 (Fábrica de Chorzów)*, al abordar una cuestión relativa al principio de cosa juzgada, el Magistrado Anzilotti señaló que:

si hay una causa en la que es legítimo recurrir, a falta de tratados y de costumbre, a “los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” en el sentido del Artículo 38, párrafo 3, del Estatuto, sin duda es esta¹¹⁸.

64. En la causa relativa a las *Pesquerías*, el Magistrado Álvarez observó también lo siguiente:

Con arreglo a la doctrina uniformemente aceptada, las cortes y tribunales internacionales deben, en ausencia de principios convencionales o consuetudinarios sobre una cuestión determinada, aplicar los principios

¹¹⁶ *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 3, dúplica común de Dinamarca y los Países Bajos, párrs. 118 y 119.

¹¹⁷ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, núm. 38544, pág. 3. Véase también el artículo 61 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Nairobi, 27 de junio de 1981; Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1520, núm. 26363, pág. 217) (“La Comisión también tomará en consideración como medidas auxiliares para determinar los principios del derecho aplicables otras convenciones internacionales generales o especiales que establezcan normas expresamente reconocidas por los Estados miembros de la Organización para la Unidad Africana, las prácticas africanas conformes con las normas internacionales relativas a los derechos humanos y de los pueblos, las costumbres generalmente aceptadas como derecho, los principios generales del derecho reconocidos por los Estados africanos y los precedentes legales y la doctrina”). Véase además el memorando de la Secretaría (A/CN.4/742), párrs. 48 a 58 y 85.

¹¹⁸ *Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (the Chorzów Factory)*, fallo de 16 de diciembre de 1927, *PCIJ Series A*, núm. 13, opinión disidente del Magistrado Anzilotti, pág. 27.

generales del derecho. El Artículo 38 del Estatuto de la Corte consagra expresamente esta doctrina¹¹⁹.

65. En la causa relativa a *Ciertos empréstitos noruegos*, al abordar la interpretación de la declaración de Francia por la que aceptaba la competencia obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, el Magistrado Lauterpacht observó lo siguiente:

La práctica internacional en la materia no es lo suficientemente abundante como para tratar con confianza de proceder a una generalización, y es legítimo acudir a principios generales del derecho aplicables establecidos en el derecho interno. Ese principio general del derecho establece que es legítimo —y quizás obligatorio— separar una condición nula del resto del instrumento y considerar a este válido siempre que, teniendo en cuenta la intención de las partes y la naturaleza del instrumento, la condición en cuestión no constituya una parte esencial de este¹²⁰.

66. En las causas relativas a la *Plataforma continental del Mar del Norte*, el Magistrado Ammoun, después de considerar que las partes en la controversia no estaban obligadas por la norma establecida en el artículo 6 de la Convención sobre la Plataforma Continental¹²¹ (como norma convencional o consuetudinaria), señaló que, por ello, era “necesario, en última instancia, tener en cuenta los principios generales del derecho reconocidos por las naciones”¹²². En particular, señaló lo siguiente:

[e]xiste una laguna en el derecho internacional cuando la delimitación no está prevista ni por una convención general aplicable (Artículo 38, párrafo 1 a)), ni por una costumbre general o regional (Artículo 38, párrafo 1 b)). Queda el apartado c), que parece ayudar a subsanar la laguna¹²³.

67. Los principios generales del derecho también se han utilizado para subsanar lagunas al interpretar nuevos conceptos cuyo sentido aún no ha quedado establecido en el derecho internacional. En *Situación jurídica internacional del África Sudoccidental*, para aclarar la naturaleza jurídica del sistema de mandatos y el concepto de “misión sagrada de civilización” que figura en el Artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, el Magistrado McNair recurrió a los principios generales del derecho:

¿Qué debe hacer una corte o un tribunal internacional cuando tiene ante sí una nueva institución jurídica cuyo objeto y terminología recuerdan a las normas e instituciones de derecho privado? ¿Hasta qué punto es útil o necesario examinar lo que a primera vista pueden parecer analogías pertinentes con los sistemas de derecho privado y buscar ayuda e inspiración en ellas? El derecho internacional ha extraído y sigue extrayendo muchas de sus normas e instituciones de sistemas de derecho privado. El Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte pone de manifiesto que este proceso sigue activo, y cabe

¹¹⁹ *Fisheries case*, fallo de 18 de diciembre de 1951, *I.C.J. Reports 1951*, pág. 116, opinión individual del Magistrado Álvarez, en especial pág. 147.

¹²⁰ *Case of Certain Norwegian Loans*, fallo de 6 de julio de 1957, *I.C.J. Reports 1957*, pág. 9, opinión separada del Magistrado Lauterpacht, en especial págs. 56 y 57.

¹²¹ Convención sobre la Plataforma Continental (Ginebra, 29 de abril de 1958), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 499, núm. 7302, pág. 311;

¹²² *North Sea Continental Shelf*, fallo, Corte Internacional de Justicia, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 3, opinión separada del Magistrado Ammoun, en especial págs. 131 y 132, párr. 32.

¹²³ *Ibid.* Véase también *South-West Africa* [Segunda fase], fallo, Corte Internacional de Justicia, *I.C.J. Reports 1966*, pág. 6, opinión disidente del Magistrado Tanaka, pág. 299 (“el importante papel que puede desempeñar el Artículo 38, párrafo 1 c), para colmar las lagunas de las fuentes positivas a fin de evitar decisiones de *non liquet* solo puede derivarse del carácter de derecho natural de esta disposición”).

observar que este artículo autoriza a la Corte a “aplicar ... c) los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”¹²⁴.

68. Cabe señalar que los ejemplos citados más arriba son casos en los que la función de los principios generales del derecho como medio de subsanar lagunas se menciona de forma más o menos expresa. Hay otros ejemplos, ya señalados en los informes primero y segundo, en los que no se menciona específicamente esa función complementaria. No obstante, del contexto se desprende que en ellos se adoptó el mismo enfoque, en particular la invocación o aplicación de principios generales del derecho cuando no había ningún tratado o costumbre aplicable, o cuando las normas de derecho internacional convencional y consuetudinario existentes no resolvían un problema jurídico específico o determinados aspectos de una controversia.

69. Teniendo en cuenta la práctica expuesta anteriormente, se pueden formular algunas observaciones. En primer lugar, el papel de los principios generales del derecho como medio de subsanar lagunas parece haber quedado bien establecido. El Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no menciona esa función, y cabe recordar que, cuando se redactó el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, no se mantuvieron las versiones anteriores del Artículo 38 que contenían referencias al orden en que debían aplicarse las tres fuentes del derecho internacional¹²⁵. De hecho, el artículo 35 del proyecto propuesto por el Comité Consultivo de Juristas contenía en su encabezamiento la expresión “en el orden siguiente”. Durante los debates del Comité se afirmó que la fórmula adoptada reflejaba simplemente el orden lógico en que el juez pensaría en esas fuentes¹²⁶. Finalmente, los Estados suprimieron la expresión “en el orden siguiente” en el Consejo y en la Asamblea de la Sociedad¹²⁷. No obstante, la forma en que la disposición ha sido interpretada y aplicada en la práctica, y entendida por la doctrina, parece poner de manifiesto un consenso general: generalmente se recurre a los principios generales del derecho en ausencia de un tratado o costumbre, o cuando las normas del derecho internacional convencional y consuetudinario regulan una cuestión, pero no resuelven un problema jurídico específico¹²⁸. Es lógico que existan

¹²⁴ *International status of South-West Africa*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1950*, págs. 128 y ss., opinión separada del Magistrado McNair, en especial pág. 148.

¹²⁵ Véase [A/CN.4/732](#), párrs. 90 a 109. Al mismo tiempo, cabe recordar que se afirmó que, en cualquier caso, las tres fuentes del derecho internacional debían aplicarse de forma simultánea. Véase Corte Permanente de Justicia Internacional, Advisory Committee of Jurists, *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920* (La Haya, Van Langenhuysen Bros., 1920), págs. 332 y 336 (donde Ricci-Busatti afirma que los jueces “deben considerar las diversas fuentes del derecho simultáneamente”, y Descamps que “deben utilizarse las diferentes fuentes del derecho simultáneamente. Esto puede hacerse en determinados casos. No obstante, es necesario clasificar las fuentes de forma graduada”).

¹²⁶ *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920* (véase la nota anterior), pág. 333 (Lord Phillimore).

¹²⁷ *Documents concerning the action taken by the Council of the League of Nations under Article 14 the Covenant and the adoption by the Assembly of the Statute of the Permanent Court* (1921), pág. 145.

¹²⁸ Algunos autores han explicado que el orden de las fuentes enumeradas en el Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto refleja: i) su orden decreciente de facilidad para servir de medios de prueba; ii) su orden decreciente de especialidad; y iii) el grado de consenso acerca de cada fuente. Véase Pellet y Müller, “Article 38”, pág. 932, donde se hace referencia a P.-M. Dupuy, “La pratique de l’article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice dans le cadre des plaidoiries écrites et orales”, en *Collection of Essays by Legal Advisers of States, Legal Advisers to International Organizations and Practitioners in the Field of International Law* (Naciones Unidas, Nueva York, 1999), págs. 381 y 388. Al mismo tiempo, Pellet y Müller señalan que el hecho de que una norma pueda basarse (más directamente) en el consentimiento del Estado no significa que tenga preeminencia sobre otras normas (*ibid.*, pág. 933). A este respecto, citan a Ago, quien señaló que: “*Le droit de formation spontanée n’est pas moins réellement existant, ni moins certain, ni moins valable, ni moins observé, ni moins efficacement garanti que celui qui est créé par des faits normatifs spécifiques; au contraire, justement la spontanéité de son*

estas lagunas: la sociedad está en constante evolución y es difícil, cuando no imposible, prever todas las situaciones en que una norma jurídica será de aplicación.

70. El Relator Especial desea destacar que otras fuentes del derecho internacional también pueden desempeñar la función de subsanar lagunas. De hecho, es muy posible que, en algunos casos, una norma convencional o una norma consuetudinaria puedan subsanar una laguna existente en determinados ámbitos del derecho¹²⁹. No obstante, en el contexto de los principios generales del derecho, es evidente que los redactores del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional¹³⁰ estaban pensando en subsanar lagunas y evitar las situaciones de *non liquet* y, en general, en la práctica se ha recurrido a los principios generales en ese sentido. Por consiguiente, la subsanación de lagunas parece una función inherente a esta fuente del derecho internacional. Dicho de otro modo, cabe considerar que el papel o la función esenciales de los principios generales en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto es subsanar las lagunas del sistema jurídico internacional.

71. En segundo lugar, es importante destacar que los principios generales del derecho solo desempeñan la función de colmar lagunas en la medida en que existan y puedan identificarse. Hay ejemplos, ya expuestos en el segundo informe¹³¹, de casos en los que no se identificó un principio general del derecho, ya fuera porque no se pudo establecer la existencia de un principio común a los diversos sistemas jurídicos o porque no se consideraba que el principio en cuestión pudiera transponerse al sistema jurídico internacional. Por consiguiente, no todas las lagunas del derecho pueden ser necesariamente subsanadas por un principio general del derecho¹³². Cabe señalar a este respecto que los principios generales del derecho pueden derivarse de sistemas jurídicos nacionales y del sistema jurídico internacional.

72. Una tercera observación se refiere al concepto de *non liquet* (del latín “no está claro”), que se plantea cuando una corte o tribunal no puede resolver un caso debido a la existencia de una laguna jurídica. En opinión del Relator Especial, del análisis realizado hasta ahora se desprende claramente que la función de los principios generales del derecho como medio de subsanar lagunas tiene por objeto, al menos en parte, evitar esas situaciones. No obstante, es preciso hacer dos puntualizaciones. En primer lugar, como señaló el Relator Especial en su primer informe, los principios generales del derecho no deben considerarse desde una óptica únicamente judicial¹³³. No hay ninguna razón por la que, por ejemplo, dos Estados no puedan recurrir a un principio general del derecho para resolver un problema jurídico en el marco de una

origine est plutôt la cause d'une observation plus spontanée et, par conséquent, plus réelle”
[“El derecho formado de manera espontánea no es menos real, ni menos cierto, ni menos válido, ni menos observado, ni está menos eficazmente garantizado que el creado por hechos normativos concretos; por el contrario, la espontaneidad de su origen es de hecho la causa de una observancia más espontánea y, por tanto, más real”]. Véase R. Ago, “Droit positif et droit international”, *Annuaire français de droit international*, vol. 3 (1957), págs. 14 a 62, en especial pág. 62.

¹²⁹ Cabe recordar que, en la conclusión 15 de las conclusiones de la labor del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, se señalaba que una de las funciones del “derecho general” en los regímenes especiales era la de colmar lagunas: “El alcance de las leyes especiales es, por definición, menos amplio que el de las leyes generales. Así pues, con frecuencia se plantea una cuestión que no está regulada por la ley especial en las instituciones encargadas de aplicarla. En tales casos, será aplicable la ley general correspondiente”. Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2006*, vol. II (segunda parte), págs. 192 y ss., párr. 251, en especial págs. 196 y 197.

¹³⁰ Véase *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th, 1920* (véase la nota 126 *supra*), págs. 307, 318, 319 y 323.

¹³¹ A/CN.4/741 y Corr.1, párrs. 47 a 49 y 76 a 81.

¹³² En palabras de un miembro de la Comisión, los principios generales del derecho no son medios “obligatorios” de colmar lagunas. Véase la intervención del Sr. Hmoud (A/CN.4/SR.3489, pág. 16).

¹³³ A/CN.4/732, párr. 126.

controversia bilateral, si lo consideran pertinente. Por lo tanto, la función de los principios generales del derecho como medio de subsanar lagunas debe entenderse en un sentido amplio que incluya subsanar lagunas no solo en el contexto judicial internacional, sino también en otros contextos. Dado que el concepto de *non liquet* se limita al primero, puede considerarse que solo explica en parte la función de los principios generales del derecho en el sistema jurídico internacional¹³⁴.

73. En segundo lugar, el Relator Especial no considera necesario que la Comisión entre a analizar si existe una prohibición general del *non liquet* en el derecho internacional. Esta cuestión lleva mucho tiempo ocupando a los académicos¹³⁵ y hay divergencia de opiniones sobre cuestiones complejas como la exhaustividad del sistema jurídico internacional. A los efectos del presente tema, basta con que la Comisión señale que los principios generales del derecho desempeñan la función de subsanar lagunas y, por lo tanto, constituyen un instrumento de derecho internacional para evitar la resolución de un caso por motivos de *non liquet*, con independencia de que este esté prohibido o no.

II. La relación entre los principios generales del derecho y las otras fuentes del derecho internacional

74. Tras abordar la función de los principios generales del derecho como medio de subsanar lagunas, el Relator Especial pasa ahora a analizar un aspecto conexo y esencial del presente tema: la relación entre los principios generales del derecho y las otras fuentes de derecho internacional, en particular los tratados y la costumbre.

75. La interacción entre las diferentes fuentes del derecho internacional es una cuestión compleja que puede plantear una gran variedad de problemas. El Relator Especial considera que, a los efectos del presente tema, es preciso prestar una atención especial a tres cuestiones principales: a) la falta de jerarquía entre las tres fuentes del derecho internacional enumeradas en el Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; b) la posible coexistencia de principios generales del derecho y normas convencionales y consuetudinarias; y c) el funcionamiento del principio de *lex specialis* en el contexto de los principios generales del derecho. Estas tres cuestiones se analizan a continuación.

¹³⁴ Como señala un autor, habida cuenta de que el *non liquet* es el corolario y la expresión de una laguna en el derecho, las teorías de las lagunas en el derecho internacional y del *non liquet* son dos caras de la misma moneda. Véase P. Weil, “‘The court cannot conclude definitively...’ *Non liquet* revisited”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36 (1998), págs. 109 a 119, en especial pág. 110.

¹³⁵ Véanse, por ejemplo, Weil, “‘The court cannot conclude definitively ...’ *Non liquet* revisited”; U. Fastenrath, *Lücken im Völkerrecht: Zu Rechtscharakter, Quellen, Systemzusammenhang, Methodenlehre und Funktionen des Völkerrechts* (Berlín, Duncker & Humblot, 1991); G. Fitzmaurice, “The Problem of *Non Liquet*: Prolegomena to a Restatement”, en C. Rousseau (ed.), *Mélanges offerts à Charles Rousseau: La communauté internationale* (París, Pedone, 1974), págs. 89 a 112; W. M. Reisman, “International *non liquet*: recrudescence and transformation”, *International Lawyer*, vol. 3 (1969), págs. 770 a 786; H. Lauterpacht, “Some observations on the prohibition of ‘*non liquet*’ and the Completeness of the Law”, en F. M. van Asbeck (ed.), *Symbolae Verzijl: Présentées au Prof. J. H. W. Verzijl à l’occasion de son LXX-ième anniversaire* (La Haya, Martinus Nijhoff, 1958), págs. 196 a 221; L. Siorat, *Le problème des lacunes en droit international : Contribution à l’étude des sources du droit et de la fonction judiciaire* (París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1958); H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community* (Oxford, Clarendon, 1933).

A. La falta de jerarquía entre los tratados, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho

76. Ha quedado generalmente aceptado que no existe ninguna jerarquía entre las tres fuentes del derecho internacional enumeradas en el Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹³⁶. Durante los debates sobre el presente tema, varios miembros de la Comisión y Estados en la Sexta Comisión se manifestaron en este sentido¹³⁷. De hecho, nada en esa disposición ni en los correspondientes trabajos preparatorios indica que pueda existir tal jerarquía¹³⁸. Aunque, para el Relator Especial, esta afirmación es incuestionable, podría ser conveniente aclarar mejor algunas cuestiones en el contexto de los principios generales del derecho.

77. Cabe recordar que, en las Conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, se señaló lo siguiente:

No existe ninguna relación jerárquica entre las principales fuentes de derecho internacional (tratados, costumbre y principios generales del derecho, como se indica en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). Generalmente, no es procedente hacer analogías con las jerarquías vigentes en los ordenamientos jurídicos nacionales, a causa de las diferencias existentes entre esos ordenamientos y el derecho internacional. Sin embargo, algunas normas de derecho internacional son más importantes que otras y por ello gozan de un rango superior o de una situación especial en el ordenamiento jurídico internacional. Algunas veces se expresa esto calificando algunas normas de “fundamentales”, de reflejo de “consideraciones elementales de

¹³⁶ Véanse, por ejemplo, Pellet y Müller, “Article 38”, pág. 935; P. Palchetti, “The role of general principles in promoting the development of customary international rules”, en Andenas y otros (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law*, págs. 47 a 59, en especial pág. 49; Bassiouni, “A functional approach to ‘general principles of international law’”, págs. 781 a 783; Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, págs. 20 a 22; Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, pág. 20; V. D. Degan, *Sources of International Law* (La Haya, Martinus Nijhoff, 1997), pág. 5; Gazzini, “General principles of law in the field of foreign investment”, pág. 108.

¹³⁷ Véanse, por ejemplo, las intervenciones realizadas en 2019 por Australia ([A/C.6/74/SR.31](#), párr. 90); la India ([A/C.6/74/SR.32](#), párr. 94); Micronesia (Estados Federados de) ([A/C.6/74/SR.32](#), párr. 54); y Portugal ([A/C.6/74/SR.32](#), párr. 84). Véanse también las intervenciones realizadas en 2021 de El Salvador ([A/C.6/76/SR.23](#), párr. 128); la India ([A/C.6/76/SR.24](#), párr. 30); y Portugal ([A/C.6/76/SR.23](#), párr. 81). Véase además [A/CN.4/746](#), párr. 64 (“Mientras que ciertas delegaciones consideraron que debía evitarse establecer una jerarquía entre las fuentes del derecho internacional, otras opinaron que los principios generales del derecho solo debían utilizarse cuando no hubiera ninguna norma convencional o de derecho internacional consuetudinario aplicable a una situación determinada”).

¹³⁸ Cabe recordar que, en el Comité Consultivo de Juristas, al analizar las palabras “en el orden siguiente” en el encabezamiento del Artículo 38, Phillimore señaló que el orden en que figuraban los tratados, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho “reflejaba simplemente el orden lógico en que el juez pensaría en esas fuentes”. Por otra parte, Ricci-Busatti señaló con preocupación que el orden “podría sugerir también [...] que el juez no está autorizado a recurrir a una determinada fuente, por ejemplo la citada en el punto 3, antes de haber aplicado las convenciones y costumbres mencionadas en los puntos 1 y 2. Eso sería una interpretación errónea de las intenciones del Comité”. Véase *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th, 1920* (véase la nota 126 *supra*), págs. 333 y 337, respectivamente. Véase también Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, págs. 22 y 23 (donde se afirma que el orden en el que se enumeran estos componentes del derecho internacional no pretende representar una jerarquía jurídica, sino simplemente indicar el orden en el que un juez internacional pensaría normalmente en ellos al ser llamado a resolver una controversia con arreglo al derecho internacional. Nada impide al juez pensar en estas tres categorías de normas o principios del derecho internacional a la vez).

humanidad” o de “principios inquebrantables del derecho internacional consuetudinario”. El efecto que esas designaciones pueden tener suele depender del contexto o del instrumento en el que aparezca esa designación¹³⁹.

78. Al explicar los tipos de relaciones jerárquicas que podían existir en derecho internacional, el Grupo de Estudio habló, en particular, de las normas de *ius cogens*, por una parte, y del Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, por otra¹⁴⁰.

79. El Relator Especial considera que la posición adoptada por el Grupo de Estudio goza de aceptación general. Aparte de las normas de *ius cogens* y los tratados que pueden establecer su aplicación prioritaria respecto de otras normas de derecho internacional (como la Carta de las Naciones Unidas), no existe ninguna jerarquía entre las diferentes fuentes del derecho internacional que figuran en el Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Desde este punto de vista, puede decirse que los tratados, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho coexisten normalmente en pie de igualdad.

80. No obstante, cabe preguntarse si no puede existir otra forma de jerarquía entre los principios generales del derecho y las otras dos fuentes teniendo en cuenta dos cuestiones: a) el criterio de la compatibilidad a efectos de determinar la transponibilidad al sistema jurídico internacional de los principios comunes a los distintos sistemas del mundo; y b) la función de los principios generales del derecho como medio de subsanar lagunas. En opinión del Relator Especial, no se puede considerar que exista una jerarquía por las siguientes razones.

81. En primer lugar, por lo que se refiere al criterio de la compatibilidad a efectos de la transposición, es importante tener en cuenta que no tiene por objeto situar a los principios generales del derecho en una posición de subordinación o de inferioridad jerárquica con respecto a los tratados y la costumbre, sino demostrar que se cumple el requisito del reconocimiento en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Como se explica en la primera parte, el reconocimiento tiene lugar a dos niveles: a nivel nacional, mediante la aceptación de un principio en los distintos sistemas jurídicos del mundo; y a nivel internacional, mediante el reconocimiento implícito por la comunidad internacional de que el principio es aplicable o adecuado para ser aplicado en el sistema jurídico internacional. Ese reconocimiento implícito se observa en el marco de las normas y principios de derecho internacional aceptados por los Estados, marco en el que un principio general del derecho debe aplicarse y subsanar posibles lagunas.

82. En segundo lugar, en lo que respecta a la función de los principios generales del derecho como medio de subsanar lagunas, el Relator Especial tampoco considera que esta función cree una relación jerárquica entre los principios generales del derecho y los tratados y la costumbre. El hecho de que una norma o un principio puedan utilizarse para subsanar una laguna en el derecho no significa que exista una subordinación. Como se explicará en la sección C del capítulo III, la función de los principios generales del derecho como medio de subsanar lagunas puede entenderse mejor desde el punto de vista del principio de *lex specialis*.

¹³⁹ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2006*, vol. II (segunda parte), págs. 192 y ss., párr. 251, en especial pág. 200, conclusión 31.

¹⁴⁰ *Ibid.*, págs. 200 a 202, conclusiones 32 a 42. Véase también el proyecto de conclusión 3 del proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), que la Comisión está examinando actualmente, A/74/10, párr. 56 (“Las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) reflejan y protegen valores fundamentales de la comunidad internacional, son jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional y son universalmente aplicables”).

B. La posible coexistencia de principios generales del derecho y normas convencionales y consuetudinarias

83. Otra cuestión que conviene aclarar es si los principios generales del derecho pueden coexistir con normas idénticas o similares de derecho internacional convencional y consuetudinario. A veces se ha afirmado que los principios generales del derecho son una fuente transitoria en el sentido de que, si se codifican en un tratado o, cuando se cumplen las condiciones de la práctica de los Estados y la *opinio iuris*, dan lugar a la aparición de una norma de derecho internacional consuetudinario, quedan obsoletos o dejan de existir. Sin embargo, esta afirmación no parece correcta.

84. En primer lugar, cabe recordar que la Corte Internacional de Justicia ya ha abordado en el pasado la cuestión de la coexistencia de normas derivadas de distintas fuentes, en particular los tratados y la costumbre. En la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, la Corte señaló lo siguiente:

La Corte no considera que, en los ámbitos del derecho pertinentes para la presente controversia, sea posible alegar que todas las normas consuetudinarias que podrían invocarse tienen exactamente el mismo contenido que las incluidas en los tratados que no pueden aplicarse en virtud de la reserva de los Estados Unidos. En algunos aspectos, los ámbitos regulados por ambas fuentes del derecho no se superponen exactamente, y las normas sustantivas en las que se expresan no tienen un contenido idéntico. Pero, además, aunque una norma convencional y una norma consuetudinaria, pertinentes ambas en la presente controversia, tuvieran exactamente el mismo contenido, eso no sería motivo para que la Corte tuviera que considerar que la aplicación del proceso convencional debe necesariamente privar a la norma consuetudinaria de su aplicabilidad específica. La reserva relativa a los tratados multilaterales tampoco puede interpretarse en el sentido de que, si es aplicable a una determinada controversia, excluye la aplicación de cualquier norma de derecho internacional consuetudinario cuyo contenido sea igual o análogo al de la norma de derecho convencional que haya activado la reserva.

En lo que respecta a la afirmación de que los ámbitos regulados por las dos fuentes del derecho son idénticos, la Corte observa que la Carta de las Naciones Unidas, en la que los Estados Unidos fundamentan la mayor parte de su argumentación, dista de abarcar la totalidad del ámbito de la regulación del uso de la fuerza en las relaciones internacionales. En un aspecto esencial, ese mismo tratado se remite al derecho internacional consuetudinario preexistente; esta referencia al derecho consuetudinario figura en el propio texto del Artículo 51, que menciona el “derecho inmanente” de legítima defensa individual o colectiva, que “ninguna disposición de esta Carta menoscabará” y que es de aplicación en caso de ataque armado. Por consiguiente, la Corte constata que el Artículo 51 de la Carta solo tiene sentido si existe un derecho “natural” o “inmanente” de legítima defensa, cuya naturaleza difícilmente puede no ser consuetudinaria, incluso si su contenido actual ha sido confirmado e influenciado por la Carta. Además, tras reconocer la existencia de este derecho, la Carta no regula directamente todos los aspectos de su contenido. Por ejemplo, no enuncia ninguna norma específica en virtud de la cual la legítima defensa justifique únicamente las medidas que sean proporcionales al ataque armado sufrido y necesarias para responder a este, norma que está bien establecida en derecho internacional consuetudinario. Por otra parte, la definición de “ataque armado” cuya constatación autoriza el ejercicio del “derecho inmanente” de legítima defensa no está incluida en la Carta y no forma parte del derecho convencional. Por tanto, no se puede sostener que el Artículo 51 sea una

disposición que “subsuma y reemplace” el derecho internacional consuetudinario. Más bien demuestra que, en el ámbito en cuestión, cuya importancia para la presente controversia no es necesario destacar, el derecho internacional consuetudinario sigue existiendo junto al derecho convencional. Así pues, los ámbitos regulados por ambas fuentes del derecho no se solapan exactamente y las normas no tienen el mismo contenido. Esto también podría demostrarse en relación con otras cuestiones, en particular con el principio de no intervención.

... Pero, como se ha indicado anteriormente [...], incluso si la norma consuetudinaria y la norma convencional tuvieran exactamente el mismo contenido, esto no sería una razón para que la Corte considerara que la incorporación de la norma consuetudinaria en el derecho convencional debe privarla de su aplicabilidad específica. La existencia de normas idénticas en el derecho internacional convencional y consuetudinario ha sido claramente reconocida por la Corte en las causas relativas a la *Plataforma continental del Mar del Norte*. En gran medida, en esas causas se examinó la cuestión de si una norma consagrada en un tratado existía también como norma consuetudinaria, ya fuera porque el tratado se había limitado a codificar la costumbre, o a “cristalizarla”, o porque había influido en su adopción posterior. La Corte consideró que esta identidad de contenido entre el derecho convencional y el derecho internacional consuetudinario no existía en el caso de la norma invocada, que figuraba en un artículo del tratado, pero no dijo que dicha identidad quedara excluida por principio [...] De manera más general, no hay motivos para creer que, cuando el derecho internacional consuetudinario se compone de normas idénticas a las del derecho convencional, se ve “reemplazado” por este, de modo que deja de existir por sí mismo.

[...]

Por tanto, es evidente que el derecho internacional consuetudinario sigue existiendo y aplicándose con independencia del derecho internacional convencional, incluso cuando ambas categorías de derecho tienen un contenido idéntico¹⁴¹.

¹⁴¹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* [Cuestiones de fondo], fallo, *I.C.J. Reports 1986*, párrs. 175 a 177 y 179. Véase también el párr. 178 (“Hay varias razones para considerar que, aunque dos normas derivadas de dos fuentes del derecho internacional parezcan tener un contenido idéntico, y aunque los Estados en cuestión estén obligados por esas normas a nivel tanto de derecho convencional como de derecho internacional consuetudinario, esas normas siguen existiendo de manera separada. Así ocurre desde el punto de vista de su aplicabilidad. En una controversia jurídica entre dos Estados, uno de ellos puede alegar que la aplicabilidad de una norma convencional a su propio comportamiento depende del comportamiento del otro Estado respecto de la aplicación de otras normas relativas a otras cuestiones pero previstas en el mismo tratado. Por ejemplo, si un Estado ejerce su derecho a poner fin a la aplicación de un tratado o suspenderla debido a la violación por la otra parte de una ‘disposición esencial para la consecución del objeto o del fin del tratado’ (en palabras del art. 60, párr. 3 b), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), queda exento de aplicar, respecto del otro Estado, una norma de derecho convencional por la violación de una norma de derecho convencional diferente por ese otro Estado. Pero, si las dos normas en cuestión existen también como normas de derecho internacional consuetudinario, el hecho de que un Estado no aplique una no justifica que el otro Estado se niegue a aplicar la otra. Las normas idénticas en el derecho convencional y el derecho internacional consuetudinario también se distinguen por los métodos utilizados para su interpretación y aplicación. Un Estado puede aceptar una norma contenida en un tratado no solo porque esté a favor de la aplicación de la norma en sí, sino también porque las instituciones o mecanismos previstos en el tratado para asegurar la aplicación de la norma le parecen adecuados. Así, si la norma en cuestión corresponde a una norma de derecho internacional consuetudinario, dos normas con el mismo contenido reciben un trato distinto en lo que respecta a los órganos competentes para controlar su aplicación, según se trate de normas consuetudinarias o convencionales. La presente controversia ilustra esta cuestión”).

85. En opinión del Relator Especial, teniendo en cuenta que, como se ha explicado en el capítulo anterior, no existe ninguna jerarquía entre los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho, no hay motivos para apartarse del razonamiento de la Corte en lo que se refiere a la posible coexistencia de principios generales del derecho y normas de derecho internacional derivadas de las otras dos fuentes. Siguiendo este planteamiento, se puede afirmar que, cuando un principio general del derecho tiene un contenido idéntico o análogo al de una norma convencional o consuetudinaria: a) la norma convencional o consuetudinaria en cuestión no reemplaza necesariamente al principio general del derecho; y b) el principio general sigue teniendo una aplicabilidad separada y específica¹⁴².

86. No parece haber en la práctica casos en los que se hayan abordado expresamente estas cuestiones. No obstante, existen varios ejemplos de aplicación o invocación de principios generales del derecho con un contenido idéntico o análogo al de normas convencionales o consuetudinarias. Un claro ejemplo a este respecto es el principio de cosa juzgada, al que se ha referido en varias ocasiones la Corte Internacional de Justicia como principio que es al mismo tiempo un principio general del derecho y una norma prevista en su Estatuto. En la causa relativa a la *Cuestión de la delimitación de la plataforma continental entre Nicaragua y Colombia*, por ejemplo, la Corte determinó lo siguiente:

el principio de cosa juzgada recogido en los artículos 59 y 60 de su Estatuto es un principio general del derecho que protege, al mismo tiempo, la función jurisdiccional de una corte o tribunal y a las partes en una causa que ha dado lugar a un fallo firme e inapelable [...] Este principio consagra la firmeza de la decisión adoptada en una causa concreta¹⁴³.

87. Otro ejemplo en el que la Corte parece haber constatado la coexistencia de una norma establecida en su Estatuto y un principio general del derecho es el de la causa *Nottebohm*. En referencia al principio de competencia del tribunal para decidir acerca de su propia competencia, la Corte señaló lo siguiente:

El párrafo 6 del artículo 36 [del Estatuto] basta para facultar a la Corte para decidir sobre su competencia en el presente caso. Pero, aunque no fuera así, la Corte, “cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas” (Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto), debe seguir a este respecto lo establecido por el derecho internacional general. El carácter judicial de la Corte y la norma de derecho internacional general

¹⁴² Es cierto que, si un principio general del derecho está codificado en un tratado o da lugar a la aparición de una norma de derecho internacional consuetudinario, en la práctica a menudo puede bastar con recurrir al tratado o la norma consuetudinaria en cuestión para resolver una controversia. No obstante, ello no quiere decir que el principio general del derecho en cuestión deje de existir o de ser pertinente. En algunos casos, el principio general del derecho puede, por ejemplo, proporcionar una importante orientación interpretativa o servir para reforzar el razonamiento jurídico. A este respecto, véase también I. Skomerska-Muchowska, “Some remarks on the role of general principles in the interpretation and application of international customary and treaty law”, *Polish Yearbook of International Law*, vol. 37 (2017), págs. 255 a 274, en especial págs. 256 y 257.

¹⁴³ *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia)* [Excepciones preliminares], fallo, *I.C.J. Reports 2016*, págs. 100 y ss., en especial pág. 125, párr. 58. Véase también *Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua)* y *Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos (Costa Rica v. Nicaragua)*, fallo, *I.C.J. Reports 2018*, págs. 139 y ss., en especial pág. 166, párr. 68, y la otra jurisprudencia anterior a la que se hace referencia en él.

mencionada anteriormente son suficientes para establecer que la Corte es competente para decidir sobre su propia competencia en el presente caso¹⁴⁴.

88. Otras cortes y tribunales también han señalado la existencia de ciertos principios generales del derecho con un equivalente en derecho convencional o consuetudinario. En el caso *Questech, Inc. c. el Irán*, por ejemplo, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos señaló lo siguiente con respecto al principio de *rebus sic stantibus*:

Este concepto de cambio de las circunstancias [...] ha sido incorporado en su forma básica en tantos sistemas jurídicos que puede considerarse un principio general del derecho; también ha encontrado amplia expresión en el artículo 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁴⁵.

89. A veces los Estados también se han referido a principios generales del derecho que, a su juicio, coexistían con normas convencionales o consuetudinarias. En la causa relativa a *Avena y otros nacionales mexicanos*, por ejemplo, México argumentó que el principio de exclusión de las pruebas obtenidas ilegalmente, además de estar generalmente reconocido en los sistemas jurídicos nacionales, también se había incluido en los instrumentos que regían las cortes y tribunales penales internacionales, en el artículo 15 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes¹⁴⁶ y en el artículo 8, párrafo 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁴⁷¹⁴⁸. Del mismo modo, en la causa relativa a *Determinados bienes*, Liechtenstein, tras demostrar que el enriquecimiento injusto era un principio común a los sistemas jurídicos nacionales y transponible al sistema jurídico internacional, argumentó 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 indemnización¹⁴⁹.

90. En la causa relativa al *Derecho de paso*, Portugal basó su supuesto derecho de paso por el territorio de la India en los principios generales del derecho, además de en los tratados y las normas consuetudinarias¹⁵⁰. En las causas relativas al *África Sudoccidental*, Liberia y Etiopía alegaron que la obligación de no discriminación era tanto una norma consuetudinaria como un principio general del derecho, y que, en consecuencia, la política y la práctica del *apartheid* violaban el derecho internacional en lo que respecta a ambas fuentes¹⁵¹. En su opinión disidente en dicha causa, el Magistrado Tanaka observó lo siguiente:

la norma alegada de no discriminación y no separación, al estar basada en la Carta de las Naciones Unidas, en particular en los Artículos 55 c) 56, y en numerosas resoluciones y declaraciones de la Asamblea General y de otros

¹⁴⁴ *Nottebohm case* [Excepción preliminar], fallo de 18 de noviembre de 1953, *I.C.J. Reports 1953*, págs. 111 y ss., en especial pág. 120.

¹⁴⁵ *Questech, Inc. v. Iran*, caso núm. 59, laudo núm. 191-59-1, 25 de septiembre de 1985, *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*, vol. 9 (1985), pág. 122.

¹⁴⁶ 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.

¹⁴⁷ 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.

¹⁴⁸ *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 2004*, pág. 12, memoria de México, párrs. 377 a 379.

¹⁴⁹ *Certain Property (Liechtenstein v. Germany)* [Excepciones preliminares], fallo, *I.C.J. Reports 2005*, pág. 6, memoria de Liechtenstein, párrs. 6.23 a 6.25.

¹⁵⁰ *Case concerning Right of Passage over Indian Territory* [Cuestiones de fondo], fallo de 12 de abril de 1960, *I.C.J. Reports 1960*, pág. 6, memoria de Portugal, párr. 58.

¹⁵¹ *South West Africa* [Segunda fase] (véase la nota 124 *supra*), réplica de Etiopía y Liberia, págs. 518 y 519.

órganos de las Naciones Unidas, y debido a su naturaleza de principio general, puede considerarse una fuente del derecho internacional en el sentido de lo dispuesto en el Artículo 38, párrafo 1 a) a c). En el presente caso, la norma mencionada se sustenta en tres tipos de fuentes que operan a la vez: 1) la convención internacional, 2) la costumbre internacional y 3) los principios generales del derecho¹⁵².

91. En la causa relativa a la *Controversia sobre fronteras terrestres, insulares y marítimas*, en relación con el principio de *uti possidetis*, El Salvador sostuvo que se trataba de una norma consuetudinaria y de un principio general del derecho aplicable a la delimitación de fronteras¹⁵³. Por otra parte, en la opinión consultiva sobre la *Aplicabilidad de la sección 22 del artículo VI de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas*, el Magistrado Evensen sostuvo que las prerrogativas e inmunidades previstas en la Convención eran extensivas a la familia de la persona de que se trataba¹⁵⁴. Así, señaló lo siguiente:

La integridad de la familia y de la vida familiar es para todos un derecho humano fundamental, amparado por los principios vigentes del derecho internacional que dimanar, no solo del derecho internacional convencional o del derecho internacional consuetudinario, sino también de los “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”¹⁵⁵.

92. Otro ejemplo de principio general del derecho bien establecido que se ha incorporado en tratados y que se puede considerar que también forma parte del derecho internacional consuetudinario es el principio de buena fe¹⁵⁶. Este principio se ha codificado, entre otros instrumentos, en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁵⁷ (por ejemplo, en los artículos 26 y 31) y en la Declaración sobre las Relaciones de Amistad¹⁵⁸.

93. A la luz de lo que antecede, cabe concluir que los principios generales del derecho pueden coexistir con normas de derecho internacional convencional y consuetudinario con un contenido idéntico o análogo. Este tipo de situaciones pueden darse, por ejemplo, cuando un principio general del derecho se codifica total o parcialmente en un instrumento convencional. Del mismo modo, un principio general del derecho puede propiciar la formación de una norma de derecho internacional

¹⁵² *Ibid.*, opinión disidente del Magistrado Tanaka, pág. 300.

¹⁵³ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, memoria de El Salvador, párr. 3.4.

¹⁵⁴ *Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1989*, pág. 177, opinión separada del Magistrado Evensen, págs. 210 y 211.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, pág. 105. En el Comité Consultivo de Juristas, Phillimore citó el principio de buena fe entre los ejemplos de principios generales del derecho originados *in foro domestico* (véase *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920* (nota 126 *supra*), pág. 335). Del mismo modo, en la causa relativa a los *Faros*, el Magistrado Sféradès señaló que “siempre se presume que las partes contratantes actúan con franqueza y de buena fe. Se trata de un principio jurídico reconocido en derecho privado que no puede ignorarse en derecho internacional” (véase *Lighthouses Case between France and Greece*, fallo, Corte Permanente de Justicia Internacional, 17 de marzo de 1934, serie A/B, núm. 62, opinión separada del Magistrado Sféradès, pág. 47).

¹⁵⁷ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, núm. 1823 2, pág. 443.

¹⁵⁸ Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo.

consuetudinario¹⁵⁹. En cualquiera de los dos casos, el principio general del derecho mantiene su existencia y aplicabilidad específicas.

94. En la práctica, un principio general del derecho con un contenido similar o análogo al de una norma convencional o consuetudinaria puede servir para interpretarla o complementarla, o puede utilizarse como medio para reforzar un razonamiento jurídico. Estas cuestiones se abordarán con mayor detalle en el capítulo III¹⁶⁰.

C. Aplicación del principio de *lex specialis*

95. Después de establecer la falta jerarquía entre las fuentes del derecho internacional enumeradas en el Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, así como la posible coexistencia de principios generales del derecho y otras normas de derecho internacional, en la presente sección se aborda la relación entre los principios generales del derecho y otras normas de derecho internacional aplicables a la misma cuestión. Como se explicará más adelante, esta cuestión se rige por el principio de *lex specialis*.

96. La Comisión ya ha abordado con cierto detalle el principio de *lex specialis* en relación con el tema “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, y el Relator Especial considera que esta labor previa puede proporcionar una orientación útil para comprender cómo se aplica el principio en el contexto de los principios generales del derecho. El Grupo de Estudio sobre ese tema llegó a una serie de conclusiones pertinentes para el presente tema, algunas de las cuales conviene reproducir íntegramente:

5) *Principio general*. La máxima *lex specialis derogat legi generali* es una técnica generalmente aceptada para la interpretación y la solución de conflictos en derecho internacional. Conforme a esta máxima, cuando dos o más normas tratan de una misma cuestión, se deberá dar precedencia a la que sea más específica. Este principio puede aplicarse en varios contextos: entre disposiciones de un mismo tratado, entre disposiciones de dos o más tratados, entre un tratado y una norma no establecida por un tratado, y entre dos normas no establecidas por un tratado. La fuente de la norma (sea un tratado, la costumbre o un principio general del derecho) no es decisiva para la determinación de la norma más específica. Sin embargo, en la práctica los

¹⁵⁹ A este respecto, véase también H. Waldock, “General course on public international law”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 106 (1962), págs. 54 a 69, en especial pág. 62 (donde se afirma que un principio general del derecho puede ser invocado en la práctica de los Estados o aplicado por tribunales de arbitraje con una uniformidad tal que permita considerarlo tanto una norma consuetudinaria de derecho internacional como un principio derivado de sistemas nacionales. De hecho, los principios generales del derecho nacional reconocidos en el derecho internacional siempre tenderán a cristalizar en el derecho consuetudinario). Véase también Palchetti, “The role of general principles in promoting the development of customary international rules”, págs. 47 y 48 (“Donde se observa que, en el desarrollo del derecho internacional general, los principios suelen preceder a la costumbre. Por lo general, el argumento es el siguiente: los principios generales colman lagunas; al colmar lagunas, contribuyen al desarrollo del derecho; en particular, el recurso a principios generales para identificar la norma de conducta aplicable en determinadas circunstancias puede poner en marcha un proceso que, a largo plazo, por la acumulación de práctica, puede dar lugar a la aparición de una norma consuetudinaria”).

¹⁶⁰ El Relator Especial recuerda también que en el segundo informe se señaló que el hecho de que un principio común a los distintos sistemas jurídicos del mundo estuviera reflejado a nivel internacional, por ejemplo en un tratado ampliamente aceptado, podía ser la prueba que confirmara que el principio era transponible al sistema jurídico internacional. Véase [A/CN.4/741](#) y [Corr.1](#), párrs. 49 a 106.

tratados surten a menudo efectos de ley especial en relación con el derecho consuetudinario pertinente y con los principios generales.

[...]

7) *Justificación del principio.* La precedencia de la ley especial sobre la ley general se justifica por el hecho de que la ley especial, al ser más concreta, suele tener más en cuenta que cualquier ley general aplicable las características particulares del contexto en el que debe aplicarse. Además, con frecuencia su aplicación puede llevar a un resultado más equitativo y a menudo puede reflejar mejor el propósito de los sujetos de derecho.

8) *Funciones de la ley especial.* La mayor parte del derecho internacional es dispositivo. Esto significa que la ley especial puede ser utilizada para aplicar, aclarar, actualizar o modificar la ley general, así como para dejarla sin efecto.

9) *Efecto de ley especial en la ley general.* Normalmente, la aplicación de la ley especial no extingue la ley general aplicable. La ley general seguirá siendo válida y aplicable y, de conformidad con el principio de armonización [...], seguirá sirviendo de orientación para la interpretación y la aplicación de la ley especial pertinente y será plenamente aplicable en las situaciones no previstas en esta última¹⁶¹.

97. A la luz de estas conclusiones, hay tres cuestiones que parecen tener especial pertinencia a efectos del presente tema: en primer lugar, las circunstancias en las que el principio de *lex specialis* puede ser de aplicación en el contexto de los principios generales del derecho; en segundo lugar, si los principios generales del derecho deben considerarse “ley general” y/o “ley especial”; y, en tercer lugar, los efectos jurídicos de la aplicación del principio de *lex specialis* en la relación entre los principios generales del derecho y las normas derivadas de las otras dos fuentes.

98. La respuesta a la primera cuestión es relativamente sencilla. Como se indica en las conclusiones sobre la fragmentación del derecho internacional, el principio de *lex specialis* es de aplicación “cuando dos o más normas tratan de una misma cuestión”¹⁶². Así ocurre cuando una norma aplica, aclara, actualiza o modifica otra norma o la deja sin efecto¹⁶³.

99. De hecho, parece que el Comité Consultivo de Juristas entendía que el principio de *lex specialis* se aplicaría a la relación entre los principios generales del derecho y las normas convencionales y consuetudinarias. Como ya se ha señalado en el presente informe, el proyecto de artículo propuesto por el Comité contenía la expresión “en el orden siguiente” en el encabezamiento, que acabó suprimiéndose. Ricci-Busatti consideró que la expresión era superflua habida cuenta del “principio fundamental del derecho de que la norma especial precede a la ley general”. Phillimore observó que “todos los miembros estaban de acuerdo sobre el fondo, y la crítica solo podía referirse a la forma”¹⁶⁴.

100. La segunda cuestión es cómo determinar si un principio general del derecho es, por utilizar la formulación de las conclusiones del Grupo de Estudio, “ley especial” o “ley general” a efectos de la aplicación del principio de *lex specialis*.

¹⁶¹ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2006*, vol. II (segunda parte), págs. 192 y ss., párr. 251, en especial págs. 195 y 196.

¹⁶² *Ibid.*, conclusión 5.

¹⁶³ *Ibid.*, conclusión 8.

¹⁶⁴ Véase *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th, 1920* (véase la nota 126 *supra*), págs. 337 y 338.

101. Una norma puede considerarse “general” o “especial” en función de la cuestión que trate o del número de actores cuyo comportamiento regule¹⁶⁵. Lo segundo es fácil de determinar. Dado que los principios generales del derecho suelen ser normas de aplicación general o universal¹⁶⁶, puede decirse que siempre serán más “generales” que un tratado con un número limitado de partes o que una costumbre regional o bilateral. Un ejemplo que se cita a veces a este respecto es la causa relativa al *Derecho de paso*, en que la Corte Internacional de Justicia, tras constatar la existencia de una costumbre bilateral aplicable entre las partes en litigio, consideró innecesario “examinar si la costumbre internacional general o los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas podían llevar al mismo resultado”¹⁶⁷.

102. Es preciso estudiar con mayor detenimiento la forma de determinar si los principios generales del derecho son “generales” o “especiales” en función de la cuestión que traten. A este respecto, resulta pertinente volver a abordar una cuestión más general que se ha planteado a veces en los debates de la Comisión: si existe alguna diferencia entre los términos “normas” y “principios” y si ello puede tener algún efecto en las funciones de los principios generales del derecho o en su relación con las otras fuentes del derecho internacional. El Relator Especial abordó esta cuestión con cierto detalle en su primer informe¹⁶⁸. Observó que, si bien algunos autores habían intentado establecer una distinción entre los dos términos, otros simplemente los consideraban sinónimos; que ni los trabajos preparatorios ni el texto del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia permitían establecer una distinción clara entre ellos; que la jurisprudencia tampoco era determinante a ese respecto; y que, aunque podía considerarse que los principios generales del derecho eran “fundamentales” y tenían carácter “general”, la práctica demostraba que no podía excluirse la posibilidad de que existieran principios generales con una formulación o un contenido más específicos¹⁶⁹.

103. El Relator Especial sigue opinando lo mismo. De hecho, teniendo en cuenta toda la práctica analizada en sus informes hasta la fecha, resulta difícil establecer una clara distinción entre los términos “normas” y “principios”, que a menudo parecen haberse utilizado indistintamente en la práctica. El hecho de que, como se explicará en la sección B del capítulo III, la expresión “norma [...] de derecho internacional” que figura en el artículo 31, párrafo 3 c), de la Convención de Viena sobre el Derecho de

¹⁶⁵ *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte) (adición 2), documento [A/CN.4/L.682](#) y [Add.1](#), párr. 112.

¹⁶⁶ [A/CN.4/732](#), párrs. 159 a 161.

¹⁶⁷ *Right of Passage* (véase la nota 93 *supra*), págs 41 y 43. Véanse también *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte) (adición 2), documento [A/CN.4/L.682](#) y [Add.1](#), párr. 84 (donde se afirma que la Corte emplea una técnica judicial consistente en “dejar de lado todo examen del contenido de la ley general una vez que se ha determinado la costumbre especial en una forma que deja pendiente la cuestión de si la norma especial era una extensión de esa ley general, o una excepción a ella, o si había realmente una ley general en el asunto”).

¹⁶⁸ [A/CN.4/732](#), párrs. 146 a 154.

¹⁶⁹ A este respecto, véase también la intervención del Sr. Nolte ([A/CN.4/SR.3492](#), pág. 18) (“la cuestión de la delimitación entre las diferentes fuentes del derecho internacional es menos difícil de lo que a veces se supone. Por ejemplo, como el Sr. Reinisch, cree que la distinción entre una norma de derecho internacional consuetudinario y un principio general del derecho no depende tanto del carácter general de su contenido como de la forma en que un principio concreto ha surgido o, como ha dicho Sir Michael Wood, de las distintas reglas de reconocimiento. Las normas de derecho internacional consuetudinario pueden ser bastante generales y los principios generales del derecho pueden adquirir el carácter de norma de derecho internacional consuetudinario si se demuestra que se siguen en la práctica de los Estados y son generalmente aceptados por estos en forma de *opinio iuris*. Serían algo parecido a normas de derecho internacional consuetudinario que pueden ser a la vez normas convencionales. Así pues, los principios generales del derecho y las normas de otras fuentes del derecho internacional no se distinguen necesariamente por su enunciado o carácter. Se distinguen más bien por la forma por el que surgen y por las condiciones que por lo demás deben cumplir”).

los Tratados incluya los principios generales del derecho también lo demuestra. Además, como se ha señalado más arriba, la conclusión 5 de la labor del Grupo de Estudio sobre la fragmentación indica que la fuente de una norma no es decisiva para determinar la norma más específica (aunque, en la práctica, los tratados *suelan* funcionar como *lex specialis* en relación con el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho). Teniendo todo esto en cuenta, el Relator Especial cree que no es necesario que la Comisión sea excesivamente prescriptiva y establezca, *a priori*, que los principios generales del derecho solo pueden tener un determinado carácter o contenido, lo que, en todo caso, puede ser difícil de explicar de manera clara y objetiva.

104. Aunque, sobre la base de las consideraciones anteriores, los principios generales del derecho podrían tener un contenido o una formulación específicos, el Relator Especial considera que la forma en que nacen es pertinente para la aplicación del principio de *lex specialis*. Como se ha señalado, el Grupo de Estudio sobre la fragmentación justificó la precedencia de la “ley especial” sobre la “ley general” por “el hecho de que la ley especial, al ser más concreta, suele tener más en cuenta que cualquier ley general aplicable las características particulares del contexto en el que debe aplicarse”, y consideró que la aplicación de la ley especial además “puede llevar a un resultado más equitativo y a menudo puede reflejar mejor el propósito de los sujetos de derecho”¹⁷⁰.

105. Esto influye en la forma de entender los principios generales del derecho al aplicar el principio de *lex specialis*. Los principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales se identifican constatando su existencia en distintos sistemas jurídicos del mundo y su transposición al sistema jurídico internacional. Como se señala en la primera parte, dado que, inicialmente, los principios reconocidos *in foro domestico* no estaban destinados a aplicarse a cuestiones que se regían por el derecho internacional, sino a regular las relaciones jurídicas en el ámbito nacional, es preciso que se reconozca su transponibilidad al ámbito internacional, y ese reconocimiento es implícito¹⁷¹. Del mismo modo, la metodología para identificar principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional es tanto inductiva como deductiva¹⁷². Dado el grado de deducción (tras el análisis inductivo) que implica la metodología de identificación de los principios generales de ambas categorías, cuando un principio general del derecho y una norma convencional o consuetudinaria tratan la misma cuestión, cabe afirmar que la norma suele “reflejar mejor el propósito de los sujetos de derecho”, y “tener más en cuenta [...] las características particulares del contexto”¹⁷³. Dicho de otro modo, como cuestión de principio, puede considerarse que los principios generales del derecho reflejan la intención de los Estados de manera menos específica que una disposición de un tratado o una norma de derecho internacional consuetudinario. Por consiguiente, el Relator Especial entiende que los principios generales del derecho serían normalmente la “ley general” respecto de las normas convencionales o consuetudinarias aplicables a la misma cuestión.

¹⁷⁰ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2006*, vol. II (segunda parte), págs. 192 y ss., párr. 251, en especial pág. 196, conclusión 7.

¹⁷¹ Véase el párr. 14 *supra*.

¹⁷² Véase el párr. 31 *supra*.

¹⁷³ Véanse los párrs. 96 y 104 *supra*. A este respecto, véanse también J. G. Lammers, “General principles of law recognized by civilized nations”, en F. Kalshoven, P. J. Kuyper y J. G. Lammers (eds.), *Essays on the Development of the International Legal Order in Memory of Haro F. van Panhuys* (Alphen aan den Rijn, Sijthoff and Noordhoff, 1980), págs. 53 a 75, en especial pág. 66; y X. Shao, “What we talk about when we talk about general principles of law”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 20 (2021), págs. 219 a 255, en especial págs. 246 a 249.

106. Por último, es preciso conocer los efectos de la aplicación del principio de *lex specialis*. Las conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio sobre la fragmentación son claras a este respecto:

Normalmente, la aplicación de la ley especial no extingue la ley general aplicable. La ley general seguirá siendo válida y aplicable y, de conformidad con el principio de armonización [...], seguirá sirviendo de orientación para la interpretación y la aplicación de la ley especial pertinente y será plenamente aplicable en las situaciones no previstas en esta última¹⁷⁴.

107. Así pues, aunque un principio general del derecho sea *lex generalis* y otras normas de derecho internacional tengan precedencia, en función de las circunstancias particulares de cada caso es posible que dichas normas no dejen totalmente sin efecto al principio general, que puede seguir desempeñando una función interpretativa o complementaria con respecto a la norma convencional o consuetudinaria “especial”, en particular en situaciones que esta no regule plenamente. Según las conclusiones del Grupo de Estudio:

Es un principio generalmente aceptado que, cuando varias normas tratan de la misma cuestión, esas normas deben interpretarse, en la medida de lo posible, de modo que den lugar a una sola serie de obligaciones compatibles¹⁷⁵.

Esta cuestión se analiza con más detalle en la sección B del capítulo III.

III. Algunas funciones específicas de los principios generales del derecho

108. Después de abordar la cuestión de la subsanación de lagunas, que, como se explica en el capítulo I, puede considerarse la función esencial de los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, así como la relación entre los principios generales y las otras fuentes del derecho internacional, en este último capítulo se abordan algunas funciones específicas de los principios generales del derecho a las que se ha hecho referencia durante los debates sobre el tema en la Comisión y en la Sexta Comisión. Más concretamente, en las secciones que figuran a continuación se estudia: a) si los principios generales del derecho pueden ser una base independiente de derechos y obligaciones; b) la función interpretativa de los principios generales del derecho; y c) la función sistémica de los principios generales.

109. Ante todo, cabe señalar que, en opinión del Relator Especial, estas funciones específicas no son exclusivas de los principios generales del derecho, sino que en principio corresponden a todas las fuentes del derecho internacional. No obstante, en el caso de los principios generales, deben entenderse teniendo en cuenta su función como medio de subsanar lagunas.

A. Los principios generales del derecho como base independiente de derechos y obligaciones

110. Ha quedado establecida la amplia aceptación de la tesis de que los principios generales del derecho pueden subsanar las lagunas del sistema jurídico internacional mediante el establecimiento de normas procesales, normas interpretativas o normas

¹⁷⁴ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2006*, vol. II (segunda parte), págs. 177 y ss., párr. 251, en especial pág. 196, conclusión 9.

¹⁷⁵ *Ibid.*, conclusión 4.

secundarias¹⁷⁶. No obstante, a veces se ha planteado la cuestión de si los principios generales del derecho también pueden constituir una base independiente de derechos y obligaciones primarios. Como se mostrará a continuación, la práctica de los Estados y la jurisprudencia, así como los trabajos anteriores de la Comisión, parecen indicar que los principios generales pueden, en algunos casos, establecer tales derechos y obligaciones. Así lo ha afirmado también la doctrina¹⁷⁷.

111. Como se señala en el primer informe, la Comisión ya ha abordado esta cuestión en cierta medida¹⁷⁸. El artículo 12 (Existencia de violación de una obligación internacional) de los artículos de 2001 sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos establece lo siguiente: “Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen [...] de esa obligación”. Al explicar el sentido de la expresión “sea cual fuere el origen”, en el comentario se señalaba que “[l]as obligaciones internacionales pueden ser establecidas por una norma consuetudinaria de derecho internacional, por un tratado o por un principio general aplicable en el marco del ordenamiento jurídico internacional”¹⁷⁹. Así pues, cabe concluir que, para la Comisión, los principios generales del derecho pueden establecer obligaciones vinculantes para los Estados (y los derechos correspondientes), y que el incumplimiento de esas obligaciones puede generar la responsabilidad internacional del Estado en cuestión.

112. A veces se han invocado o aplicado en la práctica derechos u obligaciones sustantivos basados en principios generales del derecho, al no existir normas de derecho internacional convencional o consuetudinario que regulasen una cuestión jurídica específica. Pueden encontrarse ejemplos de Estados que han invocado esos principios generales del derecho, entre otros, en el caso de las *Pesquerías del Atlántico Norte*, en el que los Estados Unidos intentaron demostrar la existencia de un derecho que les reconocía una servidumbre internacional en aguas de Gran Bretaña¹⁸⁰. Asimismo, en la causa relativa al *Derecho de paso*, Portugal consideró que

¹⁷⁶ En los tres informes presentados por el Relator Especial hasta la fecha se mencionan ejemplos de invocación o aplicación de esos principios generales del derecho, a saber: el principio de cosa juzgada; la competencia del tribunal para decidir acerca de su propia competencia; *iura novit curia*; el exceso de jurisdicción; *actio popularis*; el principio de que nadie puede ser juez en asunto propio; la carga de la prueba; la admisión de pruebas indirectas; la admisibilidad de pruebas en forma de confesión; la nulidad de los laudos arbitrales; la conexión entre las reconveniones y las demandas principales; el reparto de costas y gastos; el derecho de recurso en los procedimientos penales; la facultad de una corte o tribunal para citar testigos; el juicio en rebeldía en los procedimientos penales; el principio de buena fe; los principios de interpretación de los tratados; el abuso del derecho; la obligación de reparar las violaciones del derecho internacional; el cálculo de los daños y perjuicios; los daños consecutivos y el lucro cesante en materia de daños y perjuicios; el principio de *rebus sic stantibus*; la *exceptio non adimpleti contractus*; el principio de *fraus omnia corrumpit*; el error como vicio del consentimiento; el principio de separación entre una sociedad anónima y sus accionistas; la doctrina de las “manos limpias”; y los principios de sucesión de personas para determinar la reparación.

¹⁷⁷ Véanse, por ejemplo, Pellet y Müller, “Article 38”, pág. 941; Yee, “Article 38 of the ICJ Statute and applicable law: selected issues in recent cases”, pág. 488; Schill, “Enhancing international investment law’s legitimacy: conceptual and methodological foundations of a new public law approach”, págs. 90 y 91; Skomerska-Muchowska, “Some remarks on the role of general principles in the interpretation and application of international customary and treaty law”, pág. 256; y W. 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. 290 a 299.

¹⁷⁸ A/CN.4/732, párr. 68.

¹⁷⁹ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77, págs. 57 y 58, párr. 3) del comentario al art. 12. Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1976*, vol. II (segunda parte), págs. 78 a 85.

¹⁸⁰ *The North Atlantic Coast Fisheries Case (Great Britain, United States)*, laudo de 7 de septiembre de 1910, UNRIAA, vol. XI, págs. 167 a 226. Véase también el caso *Chamizal*, en el

un principio general del derecho le confería un derecho de paso sobre el territorio de la India para acceder a los enclaves que tenía en ese momento¹⁸¹. Por otra parte, en la causa relativa a *Avena y otros nacionales mexicanos*, México invocó la obligación de los Estados de excluir las declaraciones y confesiones obtenidas antes de notificar a un extranjero su derecho a la asistencia consular basándose en los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹⁸².

113. En la causa relativa a *Determinados bienes*, Liechtenstein invocó el principio de enriquecimiento injusto¹⁸³, y señaló que se “fundamentaba en el principio fundamental de buena fe”, y permitía “la concesión de reparaciones en los casos de transacciones patrimoniales injustificadas con arreglo al derecho internacional”¹⁸⁴. En la causa relativa a las *Cuestiones relacionadas con la incautación y retención de ciertos documentos y datos*, Timor-Leste argumentó que Australia había vulnerado, entre otros, un principio general del derecho que protegía el derecho a la confidencialidad y a la no injerencia en las comunicaciones con asesores jurídicos¹⁸⁵. Además, en la causa relativa a la *Obligación de negociar el acceso al océano Pacífico*, el Estado Plurinacional de Bolivia invocó el estoppel y las expectativas legítimas sobre la base de principios generales del derecho como obligaciones sustantivas¹⁸⁶. En una causa sustanciada ante el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, la Argentina intentó demostrar la existencia de un derecho, derivado de principios generales del derecho, a no atender el servicio de la deuda emitida sobre bonos en poder de acreedores privados bajo ciertas condiciones¹⁸⁷.

que los Estados Unidos parecen haber invocado un principio general del derecho relativo a la adquisición de un título sobre un territorio por usucapión (*The Chamizal Case, (México, United States)*, laudo de 15 de junio de 1911, UNRIAA, vol. XI, págs. 309 a 347, en especial págs. 328 y 329).

¹⁸¹ *Right of Passage* (véase la nota 93 *supra*), pág. 43.

¹⁸² *Avena*, memoria de México (véase la nota 149 *supra*), párrs. 374 a 380.

¹⁸³ *Certain Property (Liechtenstein v. Germany)*, memorial de Liechtenstein (véase la nota 150 *supra*), párrs. 6.50 a 6.52.

¹⁸⁴ *Ibid.*, párrs. 6.1 y 6.4.

¹⁸⁵ *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia)*, Corte Internacional de Justicia, memoria de Timor-Leste, 28 de abril de 2014, párr. 6.2. En su providencia de indicación de medidas provisionales, la Corte Internacional de Justicia no se basó en el supuesto principio general del derecho invocado por Timor-Leste para determinar la plausibilidad de los derechos invocados por Timor-Leste, sino en el principio de igualdad soberana de los Estados reflejado en el Artículo 2, párrafo 3, de la Carta de las Naciones Unidas (véase *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, Corte Internacional de Justicia, *I.C.J. Reports 2014*, págs. 147 y ss., en especial pág. 153, párr. 27). Véase también la opinión disidente del Magistrado Greenwood, pág. 199, párr. 12 (“No estoy seguro de que esos derechos puedan derivarse del Artículo 2, párrafo 1, y el Artículo 2, párrafo 3, de la Carta de las Naciones Unidas y no de un principio general del derecho relativo a la confidencialidad de las comunicaciones con asesores jurídicos, pero esa es una cuestión de fondo”).

¹⁸⁶ *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)*, Corte Internacional de Justicia, réplica del Estado Plurinacional de Bolivia, 21 de marzo de 2017, vol. I, párrs. 320 y ss.; Dúplica de Chile, 15 de septiembre de 2017, vol. I, párrs. 2.28 y ss. Véase también Tribunal Internacional del Derecho del Mar, *M/V “Norstar” Case (Panama v. Italy)*, donde Italia argumentó que el estoppel (junto con la aquiescencia y la prescripción extintiva), era un principio general del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (Observaciones y conclusiones escritas de la República Italiana, párrs. 169 y 170). Véase también *M/V “Norstar” Case (Panama v. Italy)*, Excepciones preliminares, fallo, *ITLOS Reports 2016*, págs. 44 y ss., en especial págs. 108 a 111, párrs. 300 a 314.

¹⁸⁷ Alemania, Tribunal Constitucional Federal, sentencia, 3 de julio de 2019 (2 BvR 824/15), párrs. 38 y 39.

114. Cabe señalar que, en los litigios mencionados, si bien las otras partes impugnaron, o los tribunales correspondientes rechazaron, los argumentos relativos a los principios generales del derecho (por ejemplo, por considerar que no existía ningún principio común a los distintos sistemas jurídicos del mundo o que el principio reconocido *in foro domestico* no era transponible al sistema jurídico internacional), no se cuestionó la posibilidad de que un principio general del derecho pudiera constituir una base independiente de derechos y obligaciones.

115. Alguna jurisprudencia en la que se hace referencia a principios generales del derecho que establecen derechos y obligaciones independientes o se aplican dichos principios permite aclarar esta cuestión. Un ejemplo es el principio de estoppel, que ha sido aplicado por diferentes cortes y tribunales. En la causa relativa al *Templo de Preah Vihear*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia señaló que “[e]s una norma de derecho establecida que una parte no puede invocar un error como vicio de consentimiento si ha contribuido al error con su propio comportamiento, si podría haberlo evitado o si las circunstancias eran tales que podía haber tenido conocimiento de la posibilidad de un error”¹⁸⁸. En el caso de la *Frontera entre la Argentina y Chile*, aunque el tribunal arbitral consideró que la reclamación de estoppel era infundada en las circunstancias del caso¹⁸⁹, reconoció que el principio de estoppel podía “tener un efecto decisivo en un litigio internacional, y en especial en una controversia fronteriza”¹⁹⁰. En el arbitraje relativo a la *Zona Marina Protegida de Chagos*, el tribunal también se basó en el principio de estoppel como principio general del derecho¹⁹¹, y consideró que los compromisos y la práctica del Reino Unido indicaban la existencia de “un compromiso jurídicamente vinculante”¹⁹².

116. Cabe también hacer referencia a la opinión consultiva relativa a las *Reservas a la Convención contra el Genocidio*, en que la Corte Internacional de Justicia calificó los principios subyacentes a la Convención contra el Genocidio de “principios reconocidos por las naciones civilizadas como vinculantes para los Estados, incluso aunque no exista ninguna obligación convencional”¹⁹³. Asimismo, en la causa relativa a la *Controversia fronteriza (Burkina Faso/Mali)*, la Sala de la Corte resolvió las cuestiones de fondo aplicando el principio de *uti possidetis*¹⁹⁴, que, como se señala en el segundo informe, puede considerarse un principio general del derecho formado en el sistema jurídico internacional¹⁹⁵. En la causa relativa al *Canal de Corfú*, la Corte consideró que Albania estaba obligada a avisar a los buques que atravesaban sus aguas

¹⁸⁸ *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)* [Cuestiones de fondo], fallo de 15 de junio de 1962, *I.C.J. Reports 1962*, págs. 6 y ss., en especial pág. 26. Véanse también la opinión separada del Vicepresidente Alfaro, págs. 39 a 43 (“un Estado parte en un litigio internacional está obligado por sus actos o su comportamiento anteriores cuando estén en contradicción con sus pretensiones en el litigio [...] Puedo afirmar con seguridad que este principio, conocido desde la época romana, es uno de los ‘principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas’”), y la opinión disidente del Magistrado Spender, págs. 143 y 144 (“el principio [de estoppel] impide a un Estado oponerse ante la Corte a una situación contraria a una posición clara e inequívoca que haya defendido anteriormente ante otro Estado, ya sea de manera expresa o implícita, posición en la que el otro Estado podía confiar dadas las circunstancias, y de hecho había confiado, de manera que ese otro Estado se ha visto lesionado o que el Estado que tomó la posición ha obtenido algún beneficio o ventaja para sí mismo”).

¹⁸⁹ *Argentine-Chile Frontier Case*, laudo de 9 de diciembre de 1966, U.N.R.I.A.A., vol. XVI, págs. 109 a 182, en especial pág. 166.

¹⁹⁰ *Ibid.*, pág. 164.

¹⁹¹ *Chagos Marine Protected Area (Mauritius v. United Kingdom)*, laudo de 18 de marzo de 2015, UNRIAA, vol. XXXI, págs. 359 a 606, en especial pág. 542, párr. 435.

¹⁹² *Ibid.*, párrs. 439 a 447.

¹⁹³ *Reservations to the Convention on Genocide*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1951*, págs. 15 y ss., en especial pág. 23.

¹⁹⁴ *Frontier Dispute*, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 554 y ss., en especial pág. 565, párrs. 20 y 21.

¹⁹⁵ [A/CN.4/741](#) y [Corr.1](#), párr. 150 a 152.

territoriales de la presencia de campos de minas, sobre la base de la existencia de ciertos principios generales, entre ellos las consideraciones elementales de humanidad¹⁹⁶.

117. En otro ejemplo, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos en el caso *Sea-Land Service, Inc. c. el Irán* aplicó el principio de enriquecimiento injusto y señaló que este:

implica una obligación de indemnizar que es totalmente conciliable con la falta de ilicitud inherente a los actos en cuestión. Así pues, el principio es claramente aplicable en los casos en que un inversor extranjero ha sufrido una pérdida que ha permitido enriquecerse a otra parte, pero que se deriva de un hecho internacionalmente ilícito que fundamentaría una reclamación de daños y perjuicios¹⁹⁷.

118. Del mismo modo, en el caso *Saluka c. la República Checa*, un tribunal de arbitraje sobre inversiones observó lo siguiente:

El concepto de enriquecimiento injusto está reconocido como un principio general del derecho internacional. Confiere a una parte el derecho a que se le restituya cualquier cosa de valor que la otra parte haya hecho suya o haya recibido sin justificación legal¹⁹⁸.

119. Las cortes y tribunales nacionales también se han basado en principios generales del derecho para identificar derechos y obligaciones sustantivos. Por ejemplo, en una sentencia de 8 de marzo de 2016, la Corte Suprema de Filipinas consideró que los niños expósitos tenían, en virtud de los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, derecho a que se presumiera que habían nacido de nacionales del país en el que se encontraran¹⁹⁹.

120. Por último, conviene mencionar el artículo 15, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁰⁰. La disposición establece lo siguiente: “Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”. El artículo deja claramente abierta la posibilidad, cuando se cumplan las condiciones, de tipificar determinados actos en derecho internacional sobre la base de principios generales del derecho. Por consiguiente, un principio general del derecho puede imponer a una persona la obligación directa de no cometer un determinado delito, y esa persona puede ser juzgada y castigada en caso de cometerlo.

121. A la luz de lo que antecede, cabe concluir que los principios generales del derecho pueden servir de base independiente para el establecimiento de derechos y obligaciones sustantivos en virtud del derecho internacional. El Relator Especial

¹⁹⁶ *Corfu Channel* (véase la nota 95 *supra*), pág. 22; véase también *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 226, declaración del Magistrado Herczegh, págs. 275 (“En las esferas en las que no existe una prohibición completa y universal de ciertos actos ‘per se’, la aplicación de los principios generales del derecho permite determinar el comportamiento de los sujetos del ordenamiento jurídico internacional, obligándolos o autorizándolos, según el caso, a abstenerse o a actuar de una u otra manera”).

¹⁹⁷ *Sea-Land Service, Inc. v. Iran*, laudo núm. 135-33-1, 20 de junio de 1984, *Iran–United States Claims Tribunal Reports*, vol. 6, pág. 169.

¹⁹⁸ *Saluka Investments BV v. The Czech Republic* (véase la nota 113 *supra*), párr. 449.

¹⁹⁹ Filipinas, Corte Suprema de Filipinas, *Mary Grace Natividad S. Poe-Llamanzares v. Commission on Elections and Estrella C. Elampar*, decisión de 8 de marzo de 2016 (G.R. núm. 221697; GR núms. 221698-700), pág. 21.

²⁰⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, núm. 14668, pág. 171.

considera que la posibilidad de crear tales derechos y obligaciones, autorizando o prohibiendo un determinado comportamiento de los Estados u otros actores, es de hecho inherente a cualquiera de las fuentes enumeradas en el Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Dicho esto, el Relator Especial cree pertinente observar que los casos en que los principios generales del derecho han servido de base a derechos y obligaciones primarios son relativamente menos numerosos que aquellos en que los principios generales del derecho han fundamentado normas procesales o secundarias.

B. Los principios generales del derecho como medio de interpretar y complementar otras normas de derecho internacional

122. A menudo se afirma en la doctrina que los principios generales del derecho pueden servir, al cumplir su función de subsanar lagunas, para interpretar y complementar las normas convencionales y consuetudinarias²⁰¹. En la presente sección se abordan algunos aspectos de esta cuestión, teniendo en cuenta los debates celebrados hasta la fecha en la Comisión y en la Sexta Comisión.

123. Para examinar la posible contribución de los principios generales del derecho a la interpretación de los tratados, es preciso comenzar haciendo referencia al artículo 31, párrafo 3 c), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece lo siguiente:

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

[...]

c) Toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

124. No parece caber duda de que la expresión “norma [...] de derecho internacional” incluye los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia²⁰². La indicación más clara a este

²⁰¹ Véanse, por ejemplo, Dumberry, *A Guide to General Principles of Law in International Investment Arbitration*, págs. 60 y 61; Skomerska-Muchowska, “Some remarks on the role of general principles in the interpretation and application of international customary and treaty law”, págs. 255 a 274; Kotuby y Sobota, *General Principles of Law and International Due Process: Principles and Norms Applicable in Transnational Disputes*, págs. 30 y 31; Besson, “General principles of international law – whose principles?”, pág. 30; Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, pág. 7; Bassiouni, “A functional approach to ‘general principles of international law’”, págs. 775, 776, 800 y 801; Lammers, “General principles of law recognized by civilized nations”, págs. 64 y 65; M. Akehurst, “The hierarchy of the sources of international law”, *British Yearbook of International Law*, vol. 47 (1975), págs. 273 a 285, en especial pág. 279; Freeman, “The quest for the general principles of law recognized by civilized nations – A study”, pág. 1064; Friedmann, “The uses of ‘general principles’ in the development of international law”, págs. 287 a 290; Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, pág. 390; y Verdross, “Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale”, pág. 227. Véase también Barberis, “Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional”, pág. 39 (donde se afirma que la aplicación de los principios generales del derecho para interpretar otras normas de derecho internacional es de carácter supletorio, pues solo tiene lugar cuando no hay otras reglas de interpretación).

²⁰² Así lo ha afirmado la doctrina. Véase, por ejemplo, A. Pellet, “Canons of interpretation under the Vienna Convention”, en J. Klingler, Y. Parkhomenko y C. Salonidis (eds.), *Between the Lines of the Vienna Convention? Canons and Other Principles of Interpretation in Public International Law* (Kluwer Law International, 2018), pág. 8; O. Dörr, “Article 31: General rule of interpretation”, en O. Dörr y K. Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, 2ª ed. (Berlín, Springer, 2018), págs. 559 a 616, en especial pág. 608; R. K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2ª ed. (Oxford, Oxford University Press, 2015), págs. 300 y 308; J.-M. Sorel y V. Boré Eveno, “Article 31”, en O. Corten y P. Klein (eds.), *The Vienna*

respecto la proporcionó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Golder c. el Reino Unido* al afirmar lo siguiente:

El artículo 31, párrafo 3 c), de la Convención de Viena indica que se tendrá asimismo en cuenta, junto con el contexto, “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. Entre esas normas figuran los principios generales del derecho y, en especial, “los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” (Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). Por otra parte, el Comité Jurídico de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa señaló en agosto de 1950 que la Comisión y el Tribunal debían aplicar necesariamente tales principios en el ejercicio de sus funciones, por lo que consideró innecesario insertar una cláusula específica a tal efecto en el Convenio²⁰³.

125. El Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio ha adoptado la misma posición. En el asunto *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios definitivos sobre determinados productos procedentes de China*, señaló lo siguiente:

la referencia a las “norma[s] ... de derecho internacional” [en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados] corresponde a las fuentes del derecho internacional recogida en el párrafo 1) del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y por tanto incluye las normas usuales del derecho internacional y los principios generales del derecho [...] Observamos que los artículos 4, 5 y 8 de los artículos de la CDI [sobre la responsabilidad del Estado] no son vinculantes en virtud de ser parte de un tratado internacional. Sin embargo, en la medida en que reflejan el derecho internacional consuetudinario o principios generales del derecho, los artículos son aplicables en las relaciones entre las partes²⁰⁴.

126. Hay varios ejemplos de utilización en la práctica de principios generales del derecho para interpretar tratados. En el asunto *Golder c. el Reino Unido*, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tenía que decidir si el artículo 6 (Derecho a un proceso equitativo) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos)²⁰⁵ incluía un derecho de acceso a las cortes y tribunales. El Tribunal observó que el artículo 6 no establecía expresamente ese derecho y, tras interpretar la disposición a la luz de su texto y su contexto, así como del objeto y fin del Convenio, recurrió a los principios generales del derecho:

El artículo 6, párr. 1 (art. 6.1) no establece expresamente un derecho de acceso a las cortes y tribunales. Enuncia derechos distintos, pero derivados de la misma idea fundamental, que, en conjunto, constituyen un derecho único que no se define de manera específica en el sentido estricto del término. Corresponde al Tribunal determinar, mediante interpretación, si el acceso a los tribunales constituye un elemento o aspecto de este derecho.

[...]

Convention on the Law of Treaties: A Commentary (Oxford University Press, 2011), vol. I, págs. 804 a 837, en especial págs. 828 y 829; M. E. Villager, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2009), pág. 433.

²⁰³ *Golder v. the United Kingdom*, sentencia de 21 de febrero de 1975, Serie A, núm. 18, párr. 35.

²⁰⁴ *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios definitivos sobre determinados productos procedentes de China*, informe del Órgano de Apelación, 25 de marzo de 2011 (WT/DS379/AB/R), párr. 308.

²⁰⁵ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 213, núm. 2889, pág. 221.

El principio según el cual una demanda civil debe poder someterse a un juez es uno de los principios fundamentales del derecho universalmente “reconocidos”; lo mismo cabe decir del principio del derecho internacional que prohíbe la denegación de justicia. El artículo 6, párrafo 1 (art. 6.1), debe leerse a la luz de estos principios.

Si se considera que esa disposición se refiere exclusivamente a la tramitación de una acción ya iniciada ante un tribunal, un Estado contratante podría, sin infringirla, suprimir sus tribunales o privarlos de competencia para conocer de determinados tipos de acciones civiles y atribuirla a órganos dependientes del Gobierno. Tales supuestos, que conllevan necesariamente un riesgo de arbitrariedad, tendrían graves consecuencias contrarias a dichos principios y que el Tribunal no puede ignorar...

En opinión del Tribunal, sería inconcebible que el artículo 6, párrafo 1 (art. 6.1), describiera detalladamente las garantías procesales acordadas a las partes en una acción civil en curso sin proteger primero lo único que permite realmente beneficiarse de tales garantías: el acceso a un tribunal. La equidad, la publicidad y la celeridad procesales no tienen ningún valor si no hay procedimiento judicial.

... Teniendo en cuenta todas las consideraciones anteriores, cabe concluir que el derecho de acceso constituye un elemento inherente al derecho enunciado en el artículo 6, párrafo 1 (art. 6.1). No se trata de una interpretación extensiva que imponga nuevas obligaciones a los Estados contratantes: se basa en el propio enunciado de la primera oración del artículo 6, párrafo 1 (art. 6.1), leída en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del Convenio, que es un tratado normativo..., y de los principios generales del derecho²⁰⁶.

127. El Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio también ha tenido en cuenta los principios generales del derecho para la interpretación de tratados. Cabe citar, por ejemplo, la referencia al principio de buena fe en la interpretación del encabezamiento del artículo XX del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio de 1947²⁰⁷. En el asunto *Estados Unidos – Prohibición de la importación de ciertos camarones y sus productos*, el Órgano de Apelación señaló lo siguiente:

El preámbulo del artículo XX en realidad no es sino una expresión del principio de buena fe. Este principio, que es a la vez un principio general del derecho y un principio general del derecho internacional, regula el ejercicio de los derechos por los Estados. Una aplicación de este principio general, aplicación que se conoce corrientemente como la doctrina del abuso de derecho, prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos de un Estado y requiere que siempre que la afirmación de un derecho “interfiera con la esfera abarcada por una obligación dimanante de un tratado, ese derecho debe ser ejercido de buena fe, es decir, en forma razonable”. El ejercicio abusivo por parte de un Miembro del derecho que le corresponde en virtud de un tratado da lugar a una violación de los derechos que corresponden a los otros Miembros en virtud de ese tratado y, asimismo, constituye una violación de la obligación que le corresponde a ese Miembro en virtud del tratado. Habiendo dicho esto, nuestra labor en este caso consiste en interpretar el texto del preámbulo, buscando una orientación

²⁰⁶ *Golder v. the United Kingdom* (véase la nota 204 *supra*), párrs. 28, 35 y 36. Véanse también *Enea v. Italy* [Gran Sala], demanda núm. 74912/01, sentencia, 17 de septiembre de 2009, TEDH 2009, párr. 104; y *Demir and Baykara v. Turkey* [Gran Sala], demanda núm. 34503/97, sentencia, 12 de noviembre de 2008, TEDH 2008, párr. 71.

²⁰⁷ Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (Ginebra, 30 de octubre de 1947), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 55, núm. 814, pág. 187.

interpretativa adicional, según proceda, en los principios generales del derecho internacional²⁰⁸.

128. En otro asunto, el Órgano de Apelación recurrió a un “elemento común ampliamente aceptado” en los sistemas jurídicos nacionales relativos a la tributación de los no residentes a fin de interpretar la expresión “ingresos procedentes del extranjero” que figuraba en la nota 59 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias²⁰⁹:

Aunque la expresión “ingresos procedentes del extranjero” no se define de manera uniforme en esos instrumentos, creemos que en ellos se consagran determinados principios fiscales ampliamente reconocidos. Para tratar de dar sentido a la expresión “ingresos procedentes del extranjero” en la nota 59 del *Acuerdo SMC*, que es una disposición de carácter fiscal de un tratado comercial internacional, nos parece adecuado buscar ayuda en esos principios ampliamente reconocidos que muchos Estados generalmente aplican en la esfera tributaria. Al identificar esos principios tenemos en cuenta que la medida impugnada trata de regular los ingresos procedentes del extranjero de los ciudadanos estadounidenses y los residentes en ese país —es decir, los ingresos obtenidos por esos contribuyentes en Estados “extranjeros” donde los contribuyentes no son residentes.

... las 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 Estado²¹⁰.

129. También se pueden encontrar ejemplos pertinentes en el ámbito del derecho penal internacional. Por ejemplo, en la causa *Lubanga*, una Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional hizo referencia a la contribución de los principios generales del derecho a la interpretación del artículo 17, párrafo 1 d), de su Estatuto:

Considerando que el Estatuto es, por naturaleza, un tratado internacional, la Sala utilizará los criterios interpretativos previstos en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en particular, los criterios literales, contextuales y teleológicos) para determinar el contenido del criterio de gravedad establecido en el artículo 17, párrafo 1 d), del Estatuto. Como se dispone en los párrafos 1 b) y 1 c) del artículo 21 del Estatuto, la Sala utilizará también, de ser necesario, “los tratados aplicables, los principios y

²⁰⁸ *Estados Unidos – Prohibición de la importación de determinados camarones y sus productos*, informe del Órgano de Apelación, 6 de noviembre de 1998 (WT/DS58/AB/R), *Dispute Settlement Reports 1998*, vol. VII, pág. 2755, párr. 158.

²⁰⁹ 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.

²¹⁰ *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), *Dispute Settlement Reports 2002*, vol. I, pág. 55 párrs. 142 y 143.

normas del derecho internacional” y “los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo”²¹¹.

130. En la causa *Kupreškić*, una Sala de Primera Instancia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia consideró que los principios generales del derecho podían ayudar a interpretar el concepto de “persecución”:

La Sala de Primera Instancia está llamada a examinar qué actos no contemplados en el artículo 5 del Estatuto del Tribunal Internacional pueden incluirse en el concepto de persecución. Es evidente que la Sala de Primera Instancia ha de establecer un concepto claro de persecución, a fin de decidir si los crímenes imputados en esta causa entran en su ámbito. Además, este concepto debe ser compatible con principios generales del derecho penal como los principios de legalidad y especificidad. En primer lugar, la Sala de Primera Instancia examinará qué tipos de actos, aparte de las demás categorías de crímenes de lesa humanidad, se han considerado constitutivos de persecución. En segundo lugar, examinará si hay elementos subyacentes a estos actos que ayuden a definir la persecución²¹².

131. Por otra parte, en la causa *Furundžija*, una Sala de Primera Instancia se basó en la definición de “violación” común a los sistemas jurídicos nacionales²¹³, así como en el principio de dignidad humana²¹⁴, para interpretar y ampliar la definición de violación en el Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal. La Sala de Primera Instancia en la causa *Kunarac* adoptó un enfoque similar²¹⁵. En la causa *Čelebići*, la Sala de Apelaciones del Tribunal calificó los principios generales del derecho de herramienta interpretativa:

La Sala de Apelaciones recuerda que tanto las Salas de Primera Instancia como ella misma pueden recurrir a principios aplicados en las jurisdicciones nacionales para interpretar las disposiciones del Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba. No obstante, la regla 89 A) de las Reglas establece expresamente que las Salas “no estarán obligadas a aplicar las normas probatorias nacionales”. Lo que es de primordial importancia es que una Sala de Primera Instancia “aplique las normas probatorias que mejor garanticen la justa resolución de la causa, siempre que se ajusten al espíritu del Estatuto y a los principios generales del derecho”. La Sala de Apelaciones observa que la Sala de Primera Instancia concluyó que este principio implicaba “la aplicación de normas probatorias nacionales por la Sala de Primera Instancia”. Por el contrario, la Sala de Apelaciones confirma que deben aplicarse con carácter prioritario las normas probatorias expresamente establecidas en las Reglas de Procedimiento y Prueba, y solo hay que recurrir a principios nacionales si es necesario para orientar la interpretación de dichas Reglas²¹⁶.

132. En los arbitrajes sobre inversiones también se ha recurrido a los principios generales del derecho para interpretar normas convencionales formuladas en términos generales, como la relativa al trato justo y equitativo. Por ejemplo, en el caso *Total c. la Argentina*, el tribunal arbitral consideró que el estándar de trato justo y equitativo establecido en el tratado bilateral de inversión entre la Argentina y Francia no era

²¹¹ *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, núm. ICC-01/04-01/06, decisión sobre la solicitud de orden de detención presentada por la Fiscalía, artículo 58, 10 de febrero de 2006, párr. 42.

²¹² *Kupreškić* (véase la nota 106 *supra*), párr. 609.

²¹³ *Furundžija* (véase la nota 104 *supra*), párr. 180.

²¹⁴ *Ibid.*, párr. 184.

²¹⁵ *Kunarac* (véase la nota 105 *supra*), párrs. 437 a 460.

²¹⁶ *Prosecutor v. Zejnil Delalić et al.* [causa *Čelebići*], núm. IT-96-21-A, fallo, 20 de febrero de 2001, párr. 538.

equivalente al estándar mínimo de trato a los extranjeros conforme al derecho internacional consuetudinario²¹⁷. En ese contexto, el tribunal interpretó la disposición del tratado a la luz del principio de expectativas legítimas, que, a su juicio, se “basa en el requisito de que exista buena fe, uno de los principios generales a los que el Artículo 38.1(c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia hace referencia como fuente de derecho internacional”²¹⁸.

133. En el caso *Cairn c. la India*, otro tribunal arbitral recurrió a los principios generales del derecho haciendo referencia al artículo 31, párrafo 3 c), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados para interpretar la disposición del tratado bilateral de inversión en cuestión relativa al trato justo y equitativo:

Los tribunales y los autores han entendido que la expresión “toda norma pertinente del derecho internacional” se refiere a las fuentes del derecho internacional establecidas en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Esas fuentes son los tratados que establecen normas expresamente reconocidas por los Estados litigantes, el derecho internacional consuetudinario y “los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”...

En el caso de la norma relativa al trato justo y equitativo y de las normas de protección de las inversiones en general, la orientación más útil suele encontrarse en los principios generales del derecho. Otras fuentes del derecho internacional, como los tratados y el derecho internacional consuetudinario, normalmente regulan las relaciones entre Estados y ofrecen escasa orientación en cuanto a las características específicas de la relación entre un particular y el Estado. Los principios generales del derecho, en cambio, han surgido sobre todo en el contexto de sistemas de derecho interno e incluyen diversos principios aplicables a las relaciones entre particulares y Estados que suelen plantearse en el contexto de la protección de las inversiones. Cabe citar principios fundamentales como los de estado de derecho, seguridad jurídica, transparencia y previsibilidad, no arbitrariedad y no discriminación. Por ejemplo, puede considerarse, al menos como planteamiento general cuya definición precisa es mucho menos clara, que el principio de protección de las expectativas legítimas, comúnmente empleado por los tribunales encargados de resolver controversias relacionadas con tratados de inversión, ha llegado a fundamentar la norma relativa al trato justo y equitativo precisamente como principio general del derecho común a muchos sistemas de derecho interno. De hecho, algunos autores han argumentado que la norma relativa al trato justo y equitativo refleja principios generales del derecho, mientras que otros señalan que “debe entenderse como un reflejo del concepto de estado de derecho (*Rechtsstaat* en alemán, *état de droit* en francés)”.

[...]

El Tribunal considera adecuada la metodología consistente en recurrir a los principios generales del derecho para establecer el contenido de la norma relativa al trato justo y equitativo para establecer su contenido normativo. No solo es conforme al mandato establecido en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de tener en cuenta las fuentes del derecho internacional al interpretar el artículo 3, párrafo 2, del tratado bilateral de inversión, sino que también proporciona directrices objetivas que impiden al Tribunal interpretar de manera subjetiva los términos “justo” y “equitativo”. Es preciso aclarar que el análisis debe circunscribirse a los principios generales, y

²¹⁷ *Total S.A. c. la República Argentina* (véase la nota 114 *supra*), párr. 125.

²¹⁸ *Ibid.*, párrs. 126 a 128.

no centrarse en las normativas específicas que determinadas jurisdicciones puedan haber establecido para atender necesidades concretas²¹⁹.

134. En el caso *El Paso c. la Argentina*, el tribunal arbitral también recurrió a los principios generales del derecho para interpretar el artículo XI del tratado bilateral de inversión entre la Argentina y los Estados Unidos. El tribunal señaló, en particular, lo siguiente:

De lo anterior se desprende que: (i) existe una norma de derecho internacional general que establece que no se puede invocar el estado de necesidad para excluir la ilicitud si el Estado en cuestión contribuyó significativamente a que se produjera el estado de necesidad; (ii) parece existir también un principio general de derecho reconocido por las naciones civilizadas que establece que no se puede admitir que una Parte de un contrato invoque el estado de necesidad cuando ha contribuido a producir ese estado de necesidad. Esto significa que la norma o el principio en cuestión se puede aplicar conforme al Artículo 31 (3) de la Convención de Viena para determinar el significado del Artículo XI del TBI BIT Argentina-EE.UU. Por consiguiente, se puede interpretar que ese Artículo establece que una Parte no puede invocar la necesidad cuando la ha generado o cuando ha contribuido significativamente a que se genere²²⁰.

135. Algunos magistrados también han mencionado la función interpretativa de los principios generales del derecho en sus opiniones individuales. Por ejemplo, en la causa relativa a la *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan*, en lo que respecta a la cuestión de la intervención con arreglo al Artículo 62 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el Magistrado Weeramantry consideró que “habida cuenta de la escasez de decisiones judiciales internacionales sobre el tema, para determinar los principios rectores será necesario recurrir en gran medida a comparaciones y contrastes con los principios de intervención reconocidos en los sistemas jurídicos nacionales”²²¹. A continuación hizo la siguiente observación:

Es interesante preguntarse si los principios relativos a la intervención forman parte, *mutatis mutandis*, de los principios generales incorporados al derecho internacional en virtud del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto. De ser así, esos principios generales pueden invocarse para aclarar los términos del artículo 62, que todos están de acuerdo en que no es exhaustivo ni se ha formulado claramente²²².

136. Del mismo modo, en la causa relativa al *Derecho de paso*, el Magistrado Fernandes señaló lo siguiente:

El hecho de que el Artículo 38 del Estatuto de la Corte dé prioridad a las convenciones y a la costumbre respecto de los principios generales del derecho no excluye en absoluto la aplicación *simultánea* de dichos principios junto con las dos primeras fuentes del derecho. Es habitual que una decisión tomada sobre la base de una convención particular o general o de una costumbre exija un recurso a los principios generales del derecho [...] El tribunal recurrirá a esos

²¹⁹ *Cairn Energy PLC and Cairn UK Holdings Limited v. The Republic of India*, caso de la Corte Permanente de Arbitraje núm. 2016-7, laudo, Corte Permanente de Arbitraje, 21 de diciembre de 2020, párrs. 1713, 1715 y 1717.

²²⁰ *El Paso Energy International Company c. la República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/03/15, laudo, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, 31 de octubre de 2011, párr. 624.

²²¹ *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)* [Solicitud de permiso para intervenir], fallo, *I.C.J. Reports 2001*, pág. 575, opinión separada del Magistrado *ad hoc* Weeramantry, pág. 634, párr. 13.

²²² *Ibid.*, pág. 636, párr. 18.

principios para colmar las lagunas de las normas convencionales, o para interpretarlas²²³.

137. Parece haber menos casos en que se haya recurrido claramente a principios generales del derecho para interpretar o complementar normas de derecho internacional consuetudinario. Un ejemplo pertinente en este sentido puede ser el caso *LIAMCO c. Libia*, en el que el tribunal arbitral parece haber recurrido a principios generales del derecho para complementar las normas consuetudinarias en materia de indemnización por expropiación lícita. El tribunal constató en primer lugar que la mayoría de los Estados reconocían la existencia de la responsabilidad de indemnizar en caso de nacionalización y que la indemnización debía incluir como mínimo el daño emergente²²⁴. No obstante, también consideró que no estaba claro si estaba incluida la obligación de compensar el lucro cesante (*lucrum cessans*)²²⁵. El tribunal indicó que el derecho internacional a este respecto se encontraba en un “estado confuso”²²⁶, y consideró “necesario remitirse, por tanto, a los principios generales del derecho aplicados por los tribunales internacionales”, uno de los cuales era, a su juicio, el principio de equidad²²⁷. Otro ejemplo es una sentencia de la Corte Centroamericana de Justicia de 1917, en la que esta, al determinar si Nicaragua había violado los derechos de El Salvador en el Golfo de Fonseca al celebrar el Tratado de Bryan-Chamorro con los Estados Unidos, parece haber recurrido a los principios generales del derecho para interpretar y aclarar las normas de derecho internacional relativas a las bahías históricas y al Tratado General de Paz y Amistad entre El Salvador y Nicaragua²²⁸.

138. En vista de lo que antecede, el Relator Especial considera que la función interpretativa de los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia ha quedado bien establecida. Aunque los principios generales del derecho se han utilizado sobre todo como ayuda para la interpretación de tratados, no se puede excluir que también sirvan para aclarar determinados aspectos del derecho internacional consuetudinario cuando cumplen su función complementaria de subsanar lagunas.

C. Principios generales del derecho como medio de asegurar la coherencia del sistema jurídico internacional

139. Durante los debates sobre el tema se ha mencionado que los principios generales del derecho pueden cumplir la función más general de asegurar la coherencia del

²²³ *Right of passage* (véase la nota 93 *supra*), opinión disidente del Magistrado Fernandes, pág. 140 (donde se cita a De Visscher, en *Revue de droit international et de législation comparée*, 1933, pág. 413).

²²⁴ *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Libya*, laudo, 12 de abril de 1977, párrs. 283 a 287.

²²⁵ *Ibid.*, párrs. 293 a 318.

²²⁶ *Ibid.*, párr. 324.

²²⁷ *Ibid.*, párrs. 324 a 326 y 328.

²²⁸ *El Salvador c. Nicaragua*, Corte Centroamericana de Justicia, sentencia de 9 de marzo de 1917. Puede consultarse en *American Journal of International Law*, vol. 11 (1917), págs. 674 a 730, en especial pág. 728 (“[E]stando ligado el Gobierno de Nicaragua por compromisos solemnes con el de El Salvador respecto a mantener inalterable el orden constitucional y en toda su plenitud el ejercicio de los derechos perfectos que mutuamente se han reconocido en el Tratado General de Paz y Amistad, no pudo el Gobierno cedente, sin la autorización y consentimiento de El Salvador, otorgar la concesión de una base naval en el Golfo de Fonseca, reputado como un bien común, perteneciente a tres cosoberanos, ya que no es dable a uno de ellos, disponer aisladamente de sus derechos sin afectar los de los demás, dada la situación de comunidad en que el Golfo se ha mantenido y mantiene, merced al principio universal, transmitido por la legislación romana y aceptado con fidelidad por las modernas, de que los comuneros no pueden ejecutar ningún acto dispositivo de la cosa poseída en proindivisión, sino conjuntamente o con el consentimiento de todos”).

sistema jurídico internacional²²⁹. Los miembros de la Comisión han señalado, por ejemplo, que los principios generales del derecho pueden “actuar como normas que operan en los intersticios de otras normas de derecho internacional para asegurar su coherencia y uniformidad”²³⁰, “aportar coherencia y uniformidad para la interpretación de las normas específicas que se derivan de ellos”²³¹, servir como “instrumentos que garantizan la sistematicidad del derecho internacional”²³² o contribuir a las “sistematizaciones de normas jurídicas”²³³. Si bien en la práctica ha habido escasas referencias a esa función sistémica de los principios generales, el Relator Especial cree que ello es una consecuencia lógica del hecho de que esta fuente del derecho internacional está destinada esencialmente a subsanar las lagunas del sistema jurídico internacional.

140. Cabe recordar que, en su declaración ante la Sexta Comisión en 2019, el Presidente de la Corte Internacional de Justicia hizo la siguiente referencia a los principios generales del derecho y a la cuestión de la coherencia sistémica:

La cuestión de la coherencia del derecho internacional es de carácter existencial. La falta de un legislador centralizado a nivel internacional ha hecho temer a menudo que puedan surgir contradicciones entre las normas jurídicas internacionales. También ha llevado a interrogarse sobre la existencia de posibles lagunas en el derecho internacional y la consiguiente posibilidad de que la Corte declare un *non liquet*. Los principios generales han resultado útiles para ayudar a la Corte a resolver los dos problemas estructurales de la elaboración de leyes en la sociedad internacional y la necesidad de promover la coherencia²³⁴.

141. El Magistrado Cançado Trindade también se ha referido al papel de los principios generales del derecho:

Son los principios (que se derivan etimológicamente del latín *principium*) los que, evocando las causas fundamentales, fuentes u orígenes de las normas y reglas, dan cohesión, coherencia y legitimidad a las normas jurídicas y al sistema jurídico en su conjunto. Los principios generales del derecho (*prima principia*) son los que confieren al ordenamiento jurídico (tanto nacional como internacional) su ineludible dimensión axiológica: revelan los valores que inspiran el ordenamiento jurídico en su conjunto y, en última instancia, constituyen sus propios fundamentos²³⁵.

142. En la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, el Magistrado Bennouna consideró que los principios generales del derecho podían ser un medio para establecer un vínculo entre diferentes normas de derecho internacional:

²²⁹ Por ejemplo, Eslovenia observó que “los principios que se identifiquen como principios generales del derecho no deben perder su carácter más básico: deben permitir que el derecho funcione como tal incluso a nivel internacional [es decir, el principio de igualdad soberana]” (A/C.6/76/SR.24, párr. 40). Sierra Leona calificó los principios generales del derecho de “medios para promover una mayor coherencia y mantener la estabilidad en el ordenamiento jurídico internacional” (A/C.6/74/SR.31, párr. 105).

²³⁰ Véase la intervención del Sr. Tladi (A/CN.4/SR.3489, pág. 4).

²³¹ Véase la intervención de la Sra. Lehto (A/CN.4/SR.3541, pág. 6, y A/CN.4/SR.3492, pág. 17).

²³² Véase la intervención de la Sra. Galvão Teles (A/CN.4/SR.3539, pág. 17).

²³³ Véase la intervención de la Sra. Oral (A/CN.4/SR.3492, pág. 6).

²³⁴ Declaración del Excmo. Sr. Abdulqawi Ahmed Yusuf, Presidente de la Corte Internacional de Justicia, ante la Sexta Comisión de la Asamblea General, Nueva York, 1 de noviembre de 2019, párr. 37. Véase también A. A. Yusuf, “Concluding remarks”, en Andenas y otros (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law*, págs. 448 a 457, en especial pág. 456.

²³⁵ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, pág. 14, opinión separada del Magistrado Cançado Trindade, pág. 210, párr. 201.

La Corte puede contribuir a garantizar la unidad del derecho internacional al servicio de la justicia internacional teniendo en cuenta todos esos elementos [relativos al derecho de las inmunidades y al derecho de la responsabilidad del Estado] y su naturaleza mutuamente complementaria. Esa función primordial no puede abordarse desde una estrecha perspectiva formalista, consistente en analizar la inmunidad en sí misma, *stricto sensu*, sin preocuparse por las víctimas de crímenes internacionales que piden que se les haga justicia. Se podría considerar que una “norma intersticial” permitiría establecer un vínculo entre el derecho de las inmunidades y el derecho de la responsabilidad del Estado. Para ello, habría que invocar los principios generales del derecho, como hizo la Corte en la causa relativa al *Canal de Corfú*, en la que se refirió a las “consideraciones elementales de humanidad” como vínculo entre los derechos humanos y el derecho internacional humanitario²³⁶.

143. La doctrina también ha hecho referencia a la función sistémica de los principios generales del derecho. Por ejemplo, se ha observado que los principios contemplados en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia son, o en todo caso incluyen, aquellos principios sin los cuales ningún sistema jurídico puede funcionar en absoluto, que son parte integrante del razonamiento jurídico²³⁷. Otros autores señalan que cumplen una triple función:

En primer lugar, los principios del derecho representan una fuerza de cohesión esencial, que refleja y refuerza el carácter sistémico del sistema. En segundo lugar, sirven de herramienta para asegurar la convergencia intrasistémica en la constelación de cortes y tribunales internacionales, al evitar o reducir la fragmentación de los enfoques adoptados en las diferentes ramas del derecho internacional al velar porque sigan formando parte del derecho internacional general. En tercer lugar, los principios del derecho promueven la coherencia intersistémica al salvar la brecha entre el derecho internacional y los sistemas jurídicos nacionales²³⁸.

144. Algunos autores han observado también que los principios generales del derecho contribuyen de manera importante a garantizar la coherencia sistemática del ordenamiento jurídico internacional y su desarrollo progresivo en la medida en que, en el sistema jurídico internacional, procede encontrar no solo respuestas jurídicas adecuadas a los nuevos problemas que surgen, sino también mecanismos apropiados para conciliar la disciplina de los diferentes sectores de este sistema jurídico, entre los que pueden surgir cada vez más conflictos normativos²³⁹.

²³⁶ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 99, opinión separada del Magistrado Bennouna, párr. 28.

²³⁷ Thirlway, *The Sources of International Law*, pág. 113. Véase también Kolb, *Theory of International Law*, pág. 136 (donde se afirma que, desde el punto de vista lógico, hay que suponer que algunos principios generales establecen un ordenamiento jurídico. Sin ellos, la construcción de las fuentes caería en un círculo vicioso); Gazzini, “General principles of law in the field of foreign investment”, pág. 106 (donde se afirma que los principios generales del derecho forman parte del fundamento mismo del sistema jurídico internacional y son indispensables para su funcionamiento (citando a Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*)).

²³⁸ Andenas y Chiussi, “Cohesion, convergence and coherence of international law”, pág. 10.

²³⁹ R. Pisillo Mazzeschi y A. Viviani, “General principles of international law: from rules to values?”, en R. Pisillo Mazzeschi y P. de Sena (eds.), *Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law* (Springer, 2018), págs. 113 a 162, en especial pág. 126. Véase también C. Eggett, “The role of principles and general principles in the ‘constitutional processes’ of international law”, en *Netherlands International Law Review*, vol. 66 (2019), págs. 197 a 217; Skomerska-Muchowska, “Some remarks on the role of general principles in the interpretation and application of international customary and treaty law”, págs. 257 y 260; M. Koskenniemi, “General principles: reflexions on constructivist thinking in international law”, en M. Koskenniemi (ed.), *Sources of International Law* (Londres, Routledge,

145. En opinión del Relator Especial, si bien puede considerarse que todos los principios generales del derecho, así como otras normas de derecho internacional, garantizan de algún modo la coherencia del sistema jurídico internacional, algunos principios generales parecen estar más directamente destinados a cumplir esa función. Cabe citar, por ejemplo, los principios de *pacta sunt servanda*, buena fe²⁴⁰, *lex specialis* y *lex posterior*²⁴¹, respeto de la dignidad humana y consideraciones elementales de humanidad.

146. Parece correcto afirmar que los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia pueden servir para asegurar la coherencia del sistema jurídico internacional. Pueden hacerlo al cumplir su función esencial de subsanar lagunas, con independencia de que lo hagan mediante el establecimiento de derechos y obligaciones sustantivos, normas secundarias, normas procesales o normas interpretativas.

147. Habida cuenta de las explicaciones incluidas en esta parte del informe, el Relator Especial propone los siguientes proyectos de conclusión:

Proyecto de conclusión 10

Falta de jerarquía entre las fuentes del derecho internacional

Los principios generales del derecho no guardan ninguna relación jerárquica con los tratados y el derecho internacional consuetudinario.

Proyecto de conclusión 11

Coexistencia

Los principios generales del derecho pueden coexistir con normas convencionales y consuetudinarias de contenido idéntico o análogo.

Proyecto de conclusión 12

Principio de lex specialis

La relación de los principios generales del derecho con las normas derivadas de las otras fuentes del derecho internacional que tratan la misma cuestión se rige por el principio de *lex specialis*.

Proyecto de conclusión 13

Subsanación de lagunas

La función esencial de los principios generales del derecho es subsanar las lagunas que puedan existir en los tratados y en el derecho internacional consuetudinario.

Proyecto de conclusión 14

Funciones específicas de los principios generales del derecho

Los principios generales del derecho pueden servir, entre otras cosas:

2017), págs. 359 a 402, en especial págs. 381 y 382; Besson, "General principles of international law – whose principles?", pág. 48.

²⁴⁰ Que se ha considerado "necesario para el funcionamiento del sistema jurídico". Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, pág. 118.

²⁴¹ Véanse *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte) (adición 2), documento [A/CN.4/L.682](#) y [Add.1](#), párr. 26 ("Los conflictos entre normas son un fenómeno que se da en todo ordenamiento jurídico. Además todo ordenamiento jurídico dispone las maneras de resolverlos. La mayoría de los sistemas jurídicos conocen máximas tales como la *lex specialis* o *lex posterior* y [...] también el derecho internacional. Los ordenamientos jurídicos internos tienen también firmes relaciones jerárquicas entre normas y sistemas de normas (además de instituciones jerárquicas para resolver los conflictos de normas). En derecho internacional, sin embargo [...], hay muchas menos jerarquías y estas son menos firmes. Hay muchos tipos de principios interpretativos que pretenden ayudar a resolver los conflictos").

- a) como base independiente de derechos y obligaciones;
- b) para interpretar y complementar otras normas de derecho internacional;
- c) para asegurar la coherencia del sistema jurídico internacional.

Cuarta parte: Programa de trabajo futuro

148. Como se indica en la introducción, con este tercer informe se trata de completar el conjunto de proyectos de conclusión propuesto por el Relator Especial²⁴². El programa de trabajo futuro dependerá, por tanto, de los avances que haga la Comisión en su período de sesiones de 2022 antes de que finalice el presente quinquenio. Si la Comisión puede aprobar provisionalmente un proyecto de conclusiones con comentarios, el Relator Especial propondrá, en su cuarto informe, los cambios que podrían introducirse teniendo en cuenta el debate mantenido en la Sexta Comisión en 2022 y las observaciones escritas que se reciban de los Estados y de otras partes. El objetivo del Relator Especial es concluir la labor sobre el presente tema, de ser posible, en el período de sesiones de 2024 de la Comisión, tras un examen y una revisión detallados y exhaustivos en ese período de sesiones del texto del proyecto de conclusiones y sus comentarios aprobado en 2022.

149. El Relator Especial también tiene la intención de distribuir una bibliografía relacionada con el tema para su examen por los miembros de la Comisión.

²⁴² Véase el párr. 6 *supra*.