

Provisional

Para los participantes únicamente

6 de noviembre de 2021

Español

Original: inglés

Comisión de Derecho Internacional

72º período de sesiones (segunda parte)

Acta resumida provisional de la 3543ª sesión

Celebrada en el Palacio de las Naciones, Ginebra, el lunes 19 de julio de 2021, a las 11.00 horas

Sumario

Principios generales del derecho (*continuación*)

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



Presentes:

Presidente: Sr. Hmoud

Miembros: Sr. Argüello Gómez
Sr. Cissé
Sra. Escobar Hernández
Sr. Forteau
Sra. Galvão Teles
Sr. Gómez Robledo
Sr. Hassouna
Sr. Jalloh
Sra. Lehto
Sr. Murase
Sr. Murphy
Sr. Nguyen
Sra. Oral
Sr. Ouazzani Chahdi
Sr. Park
Sr. Petrič
Sr. Rajput
Sr. Reinisch
Sr. Ruda Santolaria
Sr. Saboia
Sr. Šturma
Sr. Tladi
Sr. Vázquez-Bermúdez
Sir Michael Wood
Sr. Zagaynov

Secretaría:

Sr. Llewellyn Secretario de la Comisión

Se declara abierta la sesión a las 11.05 horas.

Principios generales del derecho (tema 7 del programa) (*continuación*)
(A/CN.4/741 y Corr.1)

El Sr. Ruda Santolaria interviene por videoconferencia y dice que valora positivamente el interesante enfoque adoptado por el Relator Especial en su segundo informe sobre los principios generales del derecho. Está de acuerdo en que la labor de la Comisión sobre el tema debe centrarse en aclarar de manera práctica la forma de demostrar la existencia de un principio general del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Para ello, es necesario examinar las pruebas de que el principio ha sido reconocido por las llamadas “naciones civilizadas”, expresión que debe sustituirse por “comunidad internacional” (“*community of nations*” en la versión en inglés), como propone el Relator Especial.

El orador está de acuerdo con la distinción que se hace en el informe entre los principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales y los formados en el sistema jurídico internacional. El enfoque en dos etapas propuesto para la primera categoría es pertinente para determinar la existencia de un principio común a los principales sistemas jurídicos del mundo y constatar su transposición al sistema jurídico internacional. Según se apunta en el informe, resulta necesario abarcar el mayor número posible de sistemas jurídicos nacionales para asegurarse de que un principio ha sido efectivamente reconocido por la comunidad internacional. Los análisis comparativos han de comprender las diferentes tradiciones y familias jurídicas, al igual que las diversas regiones del orbe, por lo que es idónea la fórmula “principios comunes a los principales sistemas jurídicos del mundo”.

Un detalle importante, conforme se resalta en el párrafo 72 del informe, es que la práctica de las organizaciones internacionales podría ser pertinente a los efectos de la identificación de un principio general de derecho, especialmente en casos de organizaciones, como la Unión Europea, a las que se les ha conferido la facultad de dictar normas que son vinculantes y directamente aplicables para sus Estados miembros.

El orador concuerda con que la transposición de un principio del ámbito interno al sistema jurídico internacional se produce si el principio es compatible con los principios fundamentales del derecho internacional y se dan las condiciones para la aplicación adecuada del principio en el sistema jurídico internacional. Según se pone de relieve en el párrafo 106, el hecho que un principio común a los principales sistemas jurídicos del mundo esté reflejado a nivel internacional en tratados u otros instrumentos internacionales puede ser una evidencia acerca de la transposición de dicho principio en el sistema jurídico internacional. Cabe hacer hincapié, tal como lo hace el párrafo 111, en que la constatación de la transposición es exclusiva de esta fuente del derecho internacional.

El orador suscribe lo señalado en el párrafo 119 cuando se apunta que la metodología para identificar los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional es diferente, en tanto se requiere determinar la existencia de un principio que sea reconocido por la comunidad internacional. Para ello se necesita verificar que el principio se encuentre ampliamente reconocido en tratados y otros instrumentos internacionales; sirva de base a normas generales de derecho internacional convencional o consuetudinario; o sea inherente a las características básicas y los requisitos fundamentales del sistema jurídico internacional. El reconocimiento ha de ser amplio y representativo, así como reflejar un entendimiento común de la comunidad internacional. Es importante darse cuenta de que las tres formas de reconocimiento mencionadas en el párrafo 121 no son excluyentes entre sí y pueden coexistir en algunos casos.

El orador observa que una de las formas para el reconocimiento de los principios en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es a través de tratados y normas consuetudinarias y está de acuerdo en que el principio que se identifique de ese modo puede aplicarse con independencia de las normas de derecho internacional convencional o consuetudinario de que se trate, e incluso en ausencia de estas. Particularmente relevante es la reflexión contenida en los párrafos 146 y siguientes: en esa parte del informe se aborda la identificación de los principios generales del derecho de la segunda categoría —los formados en el sistema jurídico internacional— por medio de la

constatación de que son inherentes a las características básicas y los requisitos fundamentales del sistema jurídico internacional creado por la comunidad internacional. Son muy oportunas las menciones acerca de la posición de Portugal en la causa relativa al *Derecho de paso por el territorio de la India (Portugal c. India)*, en términos que los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto incluyen también principios generales inherentes al ordenamiento internacional, al igual que al principio de *uti possidetis iuris* en tanto principio general conectado al fenómeno de obtención de la independencia o inherente al mismo, dondequiera que ocurra. Conforme se resalta en el párrafo 152, ese principio ha adquirido la condición de derecho internacional consuetudinario, y el orador coincide en que una norma pueda ser al mismo tiempo principio general del derecho y norma de derecho internacional consuetudinario. Aunque los principios generales del derecho han de ser reconocidos por la comunidad internacional, como se aclara en el párrafo 161, puede que los tratados u otros instrumentos internacionales reflejen ese reconocimiento y, a la par, sirvan también para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario.

También a propósito de la segunda categoría de principios generales del derecho, cabe traer a colación el Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas y el artículo 3 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, al igual que la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, que contiene la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. La Declaración se refiere expresamente a ciertos principios básicos de derecho internacional, relativos a la abstención de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado; al arreglo de las controversias internacionales por medios pacíficos; a la obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de otros Estados; a la cooperación entre los Estados; a la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos y la igualdad soberana de los Estados; y a la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados de conformidad con la Carta.

El orador está de acuerdo en que el próximo informe del Relator Especial sobre el tema trate de las funciones de los principios generales del derecho y su relación con otras fuentes del derecho internacional, y respalda la remisión de los proyectos de conclusión 4 a 9 al Comité de Redacción.

El Sr. Zagaynov dice que el de los “Principios generales del derecho” es uno de los temas más interesantes y complejos del programa de la Comisión. Ha examinado los enfoques adoptados al respecto en la doctrina en ruso: un primer grupo de autores considera que los principios generales del derecho son principios de derecho internacional reconocidos por los Estados en los tratados internacionales y la costumbre internacional; un segundo grupo los considera principios comunes al derecho internacional y a los sistemas jurídicos nacionales; y un tercer grupo los considera principios derivados de sistemas jurídicos nacionales. Casi toda la doctrina parte de la premisa de que los Estados reconocen los principios en tratados o en el derecho consuetudinario, por lo que no deben considerarse una fuente independiente del derecho internacional.

En los trabajos de la Comisión sobre el tema se menciona con frecuencia la historia del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Ese artículo se redactó hace más de un siglo y se basa en ideas aún más antiguas sobre las fuentes del derecho internacional. El orador está de acuerdo con otros miembros que consideran anacrónica la expresión “naciones civilizadas”. Todo el apartado debe evaluarse cuidadosamente a través del prisma de la historia y de los enormes cambios que se han producido en el derecho internacional. Por ejemplo, Lord Phillimore, autor de la propuesta que acabó aprobándose, dijo que se trataba de principios adoptados por todas las naciones, pero, como entonces la Sociedad de Naciones solo tenía 44 Estados miembros, habría sido bastante posible analizar todos sus sistemas jurídicos.

El objetivo fundamental de los principios generales del derecho es colmar lagunas para evitar situaciones de *non liquet*, pero sin otorgar a las cortes y tribunales una función legislativa. La regulación ha avanzado enormemente en todos los ámbitos de la vida internacional en los últimos años, y ahora se encuentra en un nivel cualitativamente diferente.

El riesgo de que se produzca una situación en la que una corte o un tribunal no pueda pronunciarse por la inexistencia de normas jurídicas aplicables se ha reducido drásticamente. A principios del siglo XX se pensaba que los principios generales del derecho debían englobar ciertos principios procesales, el principio de buena fe y el principio de cosa juzgada, así como un conjunto de máximas bien conocidas, como señaló el Relator Especial en el párrafo 101 de su primer informe. En el momento actual, en el que tanto las cortes y tribunales como los sujetos de derecho internacional se encuentran en una situación completamente diferente, no hay necesidad ni razón para interpretar ampliamente el alcance del concepto de principios generales del derecho, y no es casualidad que las cortes y tribunales internacionales rara vez tengan que ocuparse del tema. Es preciso evaluar objetivamente la posición y la función de esa categoría de normas jurídicas, que, en opinión del orador, es muy limitada. Es importante no inclinarse en exceso por el lado del derecho natural ni apartarse injustificadamente del principio del consentimiento de los Estados en aplicar las normas vinculantes del derecho internacional.

El orador no tiene nada que objetar a la afirmación del Relator Especial de que no existe ninguna jerarquía formal entre los tratados, el derecho consuetudinario y los principios generales del derecho. No obstante, la relación entre dichas fuentes ya se debatió en el Comité Consultivo de Juristas y sigue analizándose en la doctrina. El orador suscribe la opinión expresada en la jurisprudencia y la doctrina en el sentido de que las cortes y tribunales recurren a principios generales del derecho en situaciones en que las disposiciones del derecho contractual y consuetudinario no responden a sus necesidades, enfoque que encaja con el objeto inicial de los principios generales del derecho. Ese enfoque se adopta en varios tratados internacionales que contienen disposiciones relativas al funcionamiento de las cortes o tribunales internacionales correspondientes, en las que se hace referencia a la compatibilidad de los principios generales del derecho con las disposiciones del tratado. El orador considera que ello indica la función subsidiaria de los principios generales del derecho en el sistema de fuentes del derecho internacional, aunque no se haya establecido ninguna jerarquía. Como señaló Sir Humphrey Waldock, los principios generales del derecho nacional reconocidos en el derecho internacional siempre tenderán a cristalizar en el derecho consuetudinario. En efecto, cuando se forma un principio general del derecho, se establece una norma vinculante para los Estados que, de consuno, se guían por este, creando así una práctica general, que se acepta como derecho. De lo contrario, se trataría de un principio carente de pertinencia en las relaciones internacionales, o de una norma muerta o inactiva. En la doctrina se ha expresado la opinión de que los principios generales del derecho se encuentran en estado latente en el sistema de derecho internacional, ya que aún no han tenido la oportunidad de manifestarse en la práctica internacional. Es evidente que pasan a ser derecho consuetudinario una vez que se han aplicado suficientemente en la práctica.

Una cuestión importante es si se debe suponer que, en tales casos, una norma seguirá existiendo paralelamente como principio general del derecho: el Relator Especial cree que los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional deben distinguirse claramente del derecho internacional consuetudinario. Su posición sobre los principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales no es tan clara, aunque afirma en el párrafo 107 de su segundo informe que la distinción está clara y que no debe existir confusión entre ambas fuentes, y en el párrafo 152 que nada parece impedir que una norma sea a la vez principio general del derecho y norma de derecho internacional consuetudinario. La Comisión ha concluido anteriormente, en su labor sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, que una norma de derecho internacional consuetudinario puede seguir existiendo y ser aplicable independientemente de un tratado. El orador se pregunta si estaría justificado un enfoque similar en el caso de los principios generales del derecho y si los Estados y las cortes y tribunales podrían utilizar metodologías completamente diferentes para derivar las mismas normas, como afirma repetidamente el Relator Especial. Una cuestión práctica sería si se puede eludir la regla del “objeto persistente”. Si, por el contrario, se presume que, tras su transposición a una norma consuetudinaria, un principio general del derecho queda absorbido por la norma y se utiliza únicamente para indicar su origen histórico, ello ayudaría, entre otras cosas, a resolver la cuestión del reconocimiento de los Estados. Como han señalado muchos otros miembros, esa es una cuestión fundamental y el enfoque actual resulta problemático.

Las consideraciones generales planteadas con respecto a la relación entre los principios generales del derecho y otras fuentes del derecho internacional son pertinentes para la identificación de los principios generales del derecho. El orador también rechaza la expresión “naciones civilizadas”, pero no ve clara la relación entre el concepto de “comunidad internacional” (“*community of nations*” en la versión en inglés), tomado del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el concepto de “comunidad internacional de Estados en su conjunto”, muy debatido en el marco de la labor sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Además, las expresiones empleadas en las versiones española y rusa del Pacto, que son también auténticas, equivalen a “*international community*” en inglés. La propuesta de Sir Michael Wood de utilizar el término “Estados” es digna de atención.

En lo que respecta a la terminología, la palabra “principios”, como ha señalado la Sra. Galvão Teles, entre otros, se utiliza en contextos muy distintos en el segundo informe, y no siempre en relación con el tema en cuestión. En varios casos se hace referencia a principios relacionados con el derecho internacional consuetudinario, mencionados en las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario. Además, no todos los principios presentes en las relaciones internacionales son principios del derecho. Sería útil que, en el marco de su labor, la Comisión pudiera poner orden en la terminología utilizada y proponer una solución a los Estados, por ejemplo en el comentario.

En el segundo informe se propone, como primera etapa, proceder a un análisis jurídico comparativo para determinar la existencia de un principio común a los principales sistemas jurídicos del mundo. Aunque sea probablemente la etapa más lógica, hay que tener en cuenta que, cuando la Corte Internacional de Justicia ha aplicado principios generales del derecho, no parece haber realizado ningún análisis de ese tipo. Por ejemplo, en su opinión consultiva relativa a la *Petición de revisión del fallo núm. 158 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas*, la Corte habló de “los principios que rigen el proceso judicial” sin confirmar el contenido de esos principios con el resultado de ningún estudio de sistemas jurídicos nacionales. Del mismo modo, en la causa relativa a la *Soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks y South Ledge (Malasia/Singapur)*, la Corte afirmó lo siguiente: “Existe un principio general del derecho, confirmado por la jurisprudencia de esta Corte, que estipula que la parte que señala un hecho en defensa de sus reclamaciones debe probar ese hecho”. La práctica anterior de la Corte sobre la cuestión tratada en el fallo tampoco contiene ninguna referencia a sistemas de derecho nacional. Para que el análisis jurídico comparativo se considere suficientemente amplio y representativo, es necesario ampliar su alcance.

La constatación de la transposición al sistema jurídico internacional plantea graves problemas. El Relator Especial habla de la “aplicabilidad” de los principios, o de principios que “se pueden transponer”, con lo que parece referirse únicamente a la transposición potencial, y no efectiva, de principios generales del derecho al sistema jurídico internacional. El proyecto de conclusión 6 trata de una transposición efectiva cuando un principio general del derecho es compatible con los principios fundamentales del derecho internacional y se dan las condiciones para su aplicación adecuada en el sistema jurídico internacional. Así, el reconocimiento por los Estados de un principio general del derecho como norma de derecho internacional queda reducido a la aclaración por una corte o un tribunal únicamente de la aplicabilidad potencial de ese principio a las relaciones jurídicas internacionales o, en otras palabras, de la ausencia de obstáculos a su aplicación en derecho internacional. La compatibilidad de un principio general del derecho existente en sistemas jurídicos nacionales con la naturaleza del ordenamiento jurídico internacional sí es una condición necesaria para su transposición, pero no es suficiente, ya que no demuestra la voluntad de los Estados de utilizar un determinado principio del derecho en sus relaciones internacionales. El informe parece dar a entender que son las cortes y tribunales los que deben decidir al respecto, pero ello casi equivaldría a otorgarles funciones legislativas.

Entretanto, en las causas relativas al *África Sudoccidental (Etiopía c. Sudáfrica; Liberia c. Sudáfrica)*, la Corte Internacional de Justicia señaló lo siguiente: “Aunque un derecho de este tipo pueda estar reconocido en determinados sistemas de derecho interno, no lo está en el derecho internacional, ni la Corte puede considerar que ha sido importado por los ‘principios generales del derecho’”. Esa afirmación muestra claramente que la Corte habla

de la necesidad de confirmar la transposición del principio, y no simplemente la posibilidad de su transposición.

Por lo que se refiere al reconocimiento, el orador coincide con Sir Michael Wood en que no debe reconocerse simplemente que existe un principio general, sino también que el principio ha sido transpuesto al sistema jurídico internacional o reconocido de otro modo como parte del derecho internacional. En los proyectos de conclusión propuestos en el informe no se mencionan el reconocimiento ni la práctica; un punto de partida podría ser la falta de objeciones de los Estados. Además, aunque el Relator Especial no considera que la práctica de los Estados sea uno de los elementos constitutivos de la identificación de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales, esta se puede considerar como prueba de la formación de un principio general del derecho y de su reconocimiento por los Estados. Es probable que las formas de la práctica puedan derivarse en gran medida de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario.

En relación con los principios fundamentales, el Relator Especial señala en los párrafos 83 y 84 del informe la necesidad de que un principio del ámbito interno sea compatible únicamente con los principios fundamentales del derecho internacional, y no con otras normas generales de derecho internacional convencional y consuetudinario. Al igual que otros miembros, el orador tiene dudas sobre la elección y el texto de los principios fundamentales propuestos. Considera que, dado que el objetivo principal de los principios generales del derecho es colmar lagunas, estos no deben surgir si existen normas aplicables de derecho convencional o consuetudinario que regulen la cuestión. Por lo tanto, no cree que la compatibilidad solo con los principios fundamentales del derecho internacional sea un criterio suficiente en ese sentido. El Magistrado Gaja de la Corte Internacional de Justicia ha dicho que, “en caso de que la Corte considere que hay convergencia en los aspectos pertinentes del derecho interno, un criterio adicional debería ser la compatibilidad del principio derivado del derecho interno con el marco de los principios y normas del derecho internacional en el que tendría que aplicarse ese principio”. Así pues, ese criterio no se basa únicamente en el parámetro de los principios fundamentales, sino también en el de otras normas.

En cuanto a los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional, el orador comparte los interrogantes y las dudas expresadas por otros miembros de la Comisión. Aunque es preciso profundizar más en los enfoques adoptados respecto del tema, la Comisión no debe abandonar el examen de este.

Por último, el orador está de acuerdo con el Sr. Rajput, quien, si ha entendido bien, dijo durante el 71^{er} período de sesiones de la Comisión celebrado en 2019 que el objetivo de la labor de la Comisión no es permitir una controversia teórica entre diferentes enfoques, sino proporcionar soluciones prácticas para la aplicación de los principios generales del derecho. El orador cree posible lograr un resultado de buena calidad sobre esa base, y está dispuesto a contribuir a los trabajos del Comité de Redacción sobre el tema.

La Sra. Escobar Hernández dice que el tratamiento que hace el Relator Especial de la identificación de los principios generales del derecho en su segundo informe refleja adecuadamente los debates sobre el tema que se produjeron en 2019 tanto en la Comisión de Derecho Internacional como en la Sexta Comisión. Comparte en buena medida la justificación que aporta el Relator Especial para proponer que la expresión “naciones civilizadas” se sustituya por “comunidad internacional” (“*community of nations*” en la versión en inglés) utilizada en el artículo 15, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Le parece positivo que se tome como referencia un instrumento de derechos humanos. Sin embargo, le preocupa que el Pacto no utiliza una misma expresión en todas las versiones lingüísticas. Por ejemplo, mientras que, en inglés, se habla de “*community of nations*”, en español se usa la expresión “comunidad internacional” y en francés “*l'ensemble des nations*”. Si la Comisión emplea la expresión utilizada en una de las versiones lingüísticas del Pacto y la traduce de manera literal a los otros idiomas en el proyecto de conclusiones, se podrían generar dudas sobre el significado de esta expresión no solo en el proyecto de conclusiones de la Comisión, sino también en el Pacto. Por lo tanto, la Comisión debería examinar con más detenimiento la expresión a utilizar. Quizás el Comité de Redacción podría explorar cuál sea la terminología que el Comité de Derechos Humanos

viene empleando en sus trabajos más recientes para comprobar si se ha producido una unificación de las tres formulaciones mencionadas. En su defecto, la Comisión debería renunciar a mencionar el artículo 15, párrafo 2, del Pacto como fuente de la expresión “*community of nations*” y sus traducciones literales a los demás idiomas, o emplear en las distintas versiones lingüísticas del proyecto de conclusiones las expresiones empleadas en la versión lingüística correspondiente del Pacto.

El término “principios” se emplea en una variedad de formulaciones en el informe —como “principios generales del derecho”, “principios generales”, “principios de derecho internacional”, “principios fundamentales del derecho internacional” y, en una medida menor, “principios estructurales del derecho internacional”— para referirse a distintas realidades y categorías jurídicas. El tema de la Comisión se dedica exclusivamente a los “principios generales del derecho” entendidos como fuente del derecho enunciada en el Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. A pesar de los intentos del Relator Especial por evitar la confusión derivada de esta variedad de usos, el término “principios” no se utiliza siempre con el mismo significado en el informe. Además, se ha deslizado la expresión “principios fundamentales del derecho internacional” en el proyecto de conclusión 6 a). Para ofrecer alguna luz, en el proyecto de conclusiones deberían distinguirse al menos tres categorías de principios: en primer lugar, los principios generales del derecho en sentido estricto como fuente del derecho; en segundo lugar, los principios fundamentales (básicos o estructurales) del derecho internacional contemporáneo, que tienen una naturaleza claramente sustantiva; y, en tercer lugar, los principios que operan en buena medida en el sistema jurídico internacional (aunque no exclusivamente en el proceso de interpretación). Los principios generales del derecho en sentido estricto también deben distinguirse de las normas seminales que, aunque no son principios en sí mismas, sí reflejan principios. Por ello, la oradora se suma a la propuesta de algunos otros miembros de que se elabore un proyecto de conclusión adicional que defina los elementos esenciales de los “principios generales del derecho” como fuente del derecho, ya que ello ayudaría a delimitar el alcance de la labor sobre el tema. Quizás la propuesta pueda abordarse más adecuadamente cuando el Relator Especial analice las funciones de los principios generales del derecho en su tercer informe.

Los miembros de la Comisión han discrepado sobre si los principios generales del derecho, entendidos como fuente del derecho, pueden tener su origen tan solo en los ordenamientos internos o también es posible que se generen en el seno del ordenamiento jurídico internacional. Si 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 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. En un derecho internacional en que la solución institucionalizada de controversias va en aumento, la necesidad de evitar el *non liquet* puede encontrar respuesta en principios generales del derecho que procedan bien sea de los derechos internos, bien sea del propio derecho internacional.

Aunque no comparte todos los argumentos formulados por el Relator Especial en el segundo informe ni los proyectos de conclusión tal y como están redactados, la oradora está totalmente de acuerdo en que hay dos tipos de principios generales del derecho, los derivados de sistemas jurídicos nacionales y los formados en el sistema jurídico internacional. En respuesta a los argumentos formulados por otros miembros de la Comisión en contra de la existencia del segundo tipo, la oradora desea señalar que, con independencia de que los trabajos preparatorios del Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia indiquen o no que los autores tan solo quisieron retener la existencia de los principios *in foro domestico*, el texto literal del Artículo 38, párrafo 1, no menciona en absoluto los derechos internos como único origen de los principios generales del derecho, limitándose a hablar de los principios generales del derecho “reconocidos por las naciones civilizadas”, lo

que ha de entenderse lógicamente en el contexto histórico en que dicho texto se adopta. En un sistema jurídico internacional escasamente estructurado y en proceso de sistematización como el existente a principios del siglo XX, no es de extrañar que la referencia básica la constituyeran los ordenamientos jurídicos nacionales. Ignorar la posibilidad de una interpretación evolutiva de una norma convencional como es el Artículo 38, párrafo 1, iría en contra de los trabajos previos de la Comisión sobre la interpretación de los tratados en virtud de acuerdos posteriores o de la práctica sobrevenida.

A la oradora no le parece convincente el argumento contra la existencia de la segunda categoría de principios generales del derecho, basado en la dificultad de diferenciar los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional respecto de otras normas internacionales basadas en la costumbre o los tratados. Esa dificultad, que sin duda existe, debe abordarse mediante un examen detallado de la relación entre tratado, costumbre y principios generales del derecho, así como —en su caso— la interacción entre estas tres categorías, teniendo en cuenta que no existe una relación jerárquica entre las mismas y la distinta función de cada una de ellas en el ordenamiento jurídico internacional. La oradora tampoco está convencida de que la identificación de principios generales del derecho propios del derecho internacional pueda tener alguna consecuencia negativa sobre las normas de *ius cogens*, en especial teniendo en cuenta que en la definición de esas normas que figura en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se indica que son aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, definición en la que pueden incluirse no solo la costumbre, sino también los principios generales del derecho de origen internacional.

En cuanto a los proyectos de conclusión, la oradora comparte el examen en dos fases establecido en el proyecto de conclusión 4 para la identificación de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales. Sin embargo, considera que sería útil encontrar una redacción que permita incorporar el concepto de reconocimiento, que es esencial para la definición de esa categoría de principios generales del derecho. Junto a ello, el empleo de la expresión “su trasposición al sistema jurídico internacional” debe ser revisado a fin de evitar una errónea interpretación de que es preciso un acto formal de trasposición. El proyecto de conclusión 6 genera la misma preocupación a la oradora.

A la oradora le preocupa el empleo de la categoría “familias jurídicas” en el proyecto de conclusión 5. Esa categoría no es común en derecho internacional, sino más propia del derecho comparado. Como como han puesto de manifiesto otros miembros, identificar cuales sean estas “familias jurídicas” no es una cuestión pacífica entre los expertos en derecho comparado. La oradora propone que “familias jurídicas” se sustituya por “principales sistemas jurídicos del mundo”, formulación utilizada tanto en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia como en el de la Comisión de Derecho Internacional. En el comentario se debe indicar claramente que con la expresión no se está haciendo referencia únicamente al sistema de *common law* y al sistema romano-germánico o continental. La representatividad, tanto a nivel regional como subregional, es un criterio esencial en el examen de los sistemas jurídicos nacionales encuadrados en los “principales sistemas jurídicos del mundo”. La oradora apoya la inclusión del término “suficientemente” antes de “amplio y representativo” en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 5, como ha propuesto la Sra. Galvão Teles con el apoyo de la Sra. Lehto.

El proyecto de conclusión 6 es el más problemático de los proyectos de conclusión que se ocupan de los principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales, en buena medida porque la forma en que está redactado viene a reforzar la idea de concebir la trasposición como un acto formal. Además, de la lectura conjunta de los dos párrafos del proyecto de conclusión se deduce que no cabe concluir la existencia de un principio general del derecho derivado de los derechos internos hasta que el mismo ha sido traspuesto al derecho internacional. Esta conclusión no es compatible con la propia naturaleza y funciones de los principios generales del derecho que, por definición, se identifican en un procedimiento no formalizado y en el contexto de la solución de una concreta diferencia. La expresión “principios fundamentales del derecho internacional”, que ha sido objeto de importantes críticas por parte de varios miembros, debería suprimirse del proyecto de conclusión 6 a) y ser sustituida con por otra expresión que refleje más adecuadamente lo que, a juicio de la oradora, intenta expresar el Relator Especial: que no haya contradicción entre

el principio general del derecho procedente de los sistemas internos con los elementos básicos del ordenamiento jurídico internacional. Por su parte, la referencia a las condiciones para su aplicación y la adecuación de las mismas al sistema jurídico internacional parece muy genérica e imprecisa.

La oradora tiene serias dudas sobre el proyecto de conclusión 7 tal y como está redactado. La distinción entre las tres categorías de principios que se recogen en los apartados a), b) y c) —en especial en los dos primeros apartados— no está clara. A juicio de la oradora, al describir la relación de un principio general del derecho con otras normas de derecho internacional en los apartados a) y b), sería más apropiado hablar de un principio que “encuentre su reflejo” en dichas normas, en lugar de afirmar que está “reconocido” en tratados y otros instrumentos internacionales o que “sirve de base” a normas de derecho internacional general consuetudinario o convencional. Además, la referencia al derecho internacional convencional o consuetudinario necesitaría de alguna precisión. Resulta difícil identificar qué principios generales del derecho entrarían dentro de la categoría descrita en el apartado c); el análisis que se contiene en el informe no es suficientemente claro. No hay duda de que los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg (los Principios de Núremberg) y la cláusula de Martens, incluidos en el análisis de la práctica realizado por el Relator Especial en su informe, hacen referencia a principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional. Habría que examinar con más detalle esta categoría de principios generales del derecho.

Aunque a la oradora no le genera ninguna preocupación insalvable el que el Relator haya optado por una reproducción cuasi literal de las conclusiones sobre las fuentes auxiliares incluidas en el proyecto de la Comisión sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, conviene que el Comité de Redacción proceda a un análisis detallado a fin de determinar si son o no necesarios algunos cambios en la redacción propuesta e identificar los elementos esenciales que deberían incluirse en los comentarios a estos dos proyectos de conclusión.

En lo que respecta a la observación del Sr. Valencia-Ospina respecto del carácter secundario que se asigna a las decisiones de las cortes y tribunales internacionales a pesar de que sus decisiones constituyan una fuente esencial de la práctica a que se refiere el segundo informe, sería útil que esa cuestión pudiera ser abordada en el tercer informe. La oradora no tiene objeción alguna sobre la propuesta del Relator Especial de dedicar su tercer informe a examinar las funciones de los principios generales del derecho y su relación con otras fuentes del derecho internacional. Sin embargo, como ha señalado el Sr. Grossman Guiloff, abordar esos temas sin tener en cuenta la cuestión del proceso de formación de los principios generales parece extremadamente difícil. Por lo tanto, la formación de los principios generales del derecho debería abordarse también en el tercer informe.

La oradora apoya la remisión de todos los proyectos de conclusión al Comité de Redacción, en el entendimiento de que este los examinará junto con los comentarios y sugerencias de los miembros del Comité.

El Sr. Gómez-Robledo dice que el Relator Especial ha tenido en cuenta muchos de los comentarios que se hicieron en el 71^{er} período de sesiones de la Comisión en relación con la necesidad de distinguir entre la identificación del derecho internacional consuetudinario y el reconocimiento de los principios generales del derecho y evitar la confusión de los criterios necesarios para ello. En términos generales, está de acuerdo con el hilo conductor del informe del Relator Especial y con los proyectos de conclusión que propone. Sin embargo, la expresión “comunidad internacional” (*“community of nations”* en la versión en inglés) utilizada en el proyecto de conclusión 2 quizá no sea la alternativa más adecuada a “naciones civilizadas”, expresión que la Comisión ha acordado descartar. El debate revela que la alternativa propuesta por el Relator Especial no genera consenso. El orador propone añadir las palabras “en su conjunto” —*“dans son ensemble”* en francés y *“as a whole”* en inglés— inmediatamente después de la expresión “comunidad internacional”. Si la Comisión no ahonda más en la expresión que se debe utilizar en el proyecto de conclusión 2, será sumamente difícil avanzar en la identificación de los criterios para el reconocimiento de los principios generales del derecho.

Sobre la base del análisis que hace Georges Scelle del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, podría decirse que los principios generales del derecho son normas necesarias y de carácter universal. La universalidad que deben encarnar los principios generales del derecho se deriva del hecho de que estos tanto provienen de los principales sistemas jurídicos del mundo como son formados en el sistema jurídico internacional, y en esa universalidad se reconoce la comunidad internacional en su conjunto.

La comunidad internacional no es exclusivamente la que conforman los Estados: debe poder incluir a las naciones originarias o primeras en que se sustentan numerosos Estados, como el mexicano o el ecuatoriano, que han reconocido los usos y costumbres de sus pueblos indígenas que se traducen en sistemas jurídicos que les son propios. Por ello, la noción del *ius gentium*, que viene del pensamiento del teólogo español Francisco de Vitoria, encierra un ente intermediario entre el Estado y el individuo: la nación. Esta concepción es inseparable de la que confiere igual dignidad a las naciones indígenas que a las europeas. Empero, “nación” no es sinónimo de “Estado”, como podría sugerir su uso en inglés. En español, la nación es una condición del Estado. Así las cosas, a la expresión “comunidad internacional” (*community of nations*) que ha elegido el Relator Especial le falta todavía el criterio de universalidad y de necesidad. En opinión del orador, esto solo puede lograrse mediante la expresión “comunidad internacional en su conjunto”. Otra ventaja para preferir esta expresión es que la Comisión ya utilizó el calificativo “en su conjunto” en el proyecto de conclusión 7 sobre el tema “Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)”. Los párrafos 5 y 6 del comentario a ese proyecto de conclusión son especialmente pertinentes para el debate actual.

Es en este sentido que se debe entender la opinión del Magistrado Cançado Trindade, quien ve en los principios generales del derecho aquellos principios que “confieren al ordenamiento jurídico (tanto nacional como internacional) su ineludible dimensión axiológica” en tanto que encarnan “valores importantes o fundamentales”. Si los principios generales del derecho han de aplicarse en las relaciones entre los sujetos de derecho internacional en general, que no se limitan a los Estados, aunque la labor de la Comisión está abocada principalmente a ellos, los jueces pueden recurrir a lo que la Unión Europea, citada en el primer informe del Relator Especial, llama “la interacción entre el derecho internacional, el derecho nacional y los dictados de la razón, el sentido común o consideraciones de índole moral”. Es acaso por ello que el recurso a principios del derecho romano es tan frecuente para abreviar los principios generales del derecho, pues no es solo porque el derecho romano constituye un sistema jurídico adoptado por numerosísimos Estados muy alejados de la cuenca del Mediterráneo, sino porque es generalmente reconocido como la razón escrita, *ratio scripta*, *ratio legis*.

El Relator Especial lleva a cabo una muy rigurosa labor de distinción respecto de la metodología que se sigue para la identificación del derecho internacional consuetudinario y, en cambio, evita incurrir en comparaciones que podrían tener un efecto reduccionista de los principios generales del derecho. Sin duda, una norma de derecho internacional consuetudinario puede designar una regla que se contenga también en un principio general del derecho, pero tienen origen y formas de identificación distintas y, por ello, constituyen fuentes iguales e independientes del derecho internacional.

Por ello, al orador le llama la atención que, en el segundo informe, el Relator Especial no haya tratado la cuestión de las relaciones entre los principios generales del derecho y las normas de *ius cogens*. Confía en que el tercer informe, que estará dedicado a las funciones de los principios generales del derecho, se ocupe de esta cuestión y permita a la Comisión avanzar en la definición del término que se utilizará en el proyecto de conclusión 2. Para concluir, apoya la remisión de todos los proyectos de conclusión propuestos al Comité de Redacción.

El Sr. Argüello Gómez, que interviene por videoconferencia, dice que el segundo informe del Relator Especial es un estudio extenso y bien documentado de la interpretación del Artículo 38, párrafo 1 c) y d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia entendido como fuente del derecho internacional. Su extensión y detalle contrastan, por ejemplo, con las cuatro páginas que le dedica la muy extensa y detallada novena edición del *Oppenheim's International Law*.

El hecho de que el estudio de los principios generales de derecho como fuente del derecho internacional se centre en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional presenta algunos inconvenientes. Primeramente porque el artículo no tiene por objeto identificar las fuentes del derecho internacional, sino las reglas que debe aplicar la Corte para tomar sus decisiones. Sin embargo, el propósito del estudio de la Comisión no puede ser explicar a la Corte lo que debe entender por el Artículo 38, sino exponer el recto sentido de la parte pertinente del Artículo 38 que se estudia en su aplicación en cualquier campo del derecho internacional. En efecto, el Relator indica en el párrafo 10 de su informe que el propósito del tema es “proporcionar orientación práctica a todos aquellos que puedan tener que aplicar principios generales de derecho”. La realidad es que el tema se supone está ceñido al estudio de las condiciones necesarias que debe llenar un principio general del derecho para caber dentro de lo dispuesto en el Artículo 38. A criterio del orador, esta relación del tema con el Artículo 38 del Estatuto hace más imperativo que se alcance una definición de aplicación universal del concepto de principios generales del derecho, como han sugerido varios miembros de la Comisión.

En cuanto a la expresión “naciones civilizadas”, la mayoría de los expositores han señalado que es un anacronismo que debe de corregirse. El orador mantiene las observaciones al respecto que formuló en su declaración sobre el primer informe del Relator Especial durante el 71^{er} período de sesiones. Sin embargo, cree que hay otros aspectos del Artículo 38 que también resultan anacrónicos. Cuando el Artículo 38 fue redactado por el Comité Consultivo de Juristas en 1920, el derecho internacional aceptado por los Estados era muy limitado. Para empezar, no existían las Naciones Unidas, para no hablar del derecho del mar, el derecho de los tratados o el derecho de los derechos humanos, por ejemplo. A la luz de los trabajos preparatorios del Artículo 38, cabe deducir que el temor a que la Corte, en ausencia de una regla clara de derecho, tuviese que dictar un *non liquet* indujo a los miembros del Comité a considerar otras fuentes que no fueran los tratados y la costumbre, lo que llevó a incluir los apartados c) y d). En opinión del orador, la aridez existente en el derecho internacional de la época también hizo que se hablara de “naciones civilizadas”, de las decisiones judiciales y de las doctrinas de los publicistas.

En la práctica, la Corte Internacional de Justicia, en sus 100 años de existencia, nunca se ha visto en la tesitura de encontrar salida a un *non liquet* recurriendo a los principios generales del derecho ni menos a la doctrina de publicistas, ni aún a la de sus propias resoluciones judiciales. Si hoy se estuviera discutiendo este tema en un comité de juristas, la mayoría de los miembros no verían necesidad alguna de incluir los apartados c) y d). Aunque son útiles, esos apartados deben ponerse al día. No solo la expresión de “naciones civilizadas” debe evolucionar, sino que las resoluciones de las organizaciones internacionales, particularmente las Naciones Unidas, y los trabajos de las instancias especializadas, como la Comisión de Derecho Internacional, deben encontrar cabida en esos dos apartados.

Cabe argumentar que no puede darse fuerza de principio general del derecho a una resolución de las Naciones Unidas si no es unánime. No obstante, si a una resolución judicial (o laudo arbitral) que a veces no es unánime y es dictada por jueces o árbitros muchas veces escogidos por las partes se le concede valor auxiliar de prueba, entonces ¿por qué a una resolución dictada muchas veces por una gran mayoría de las naciones del mundo no se le concede igual trato? ¿Será que esa mayoría no es civilizada? Si a unos abstractos publicistas se les conceden ciertas facultades como medios auxiliares para determinar las reglas de derecho, entonces ¿dónde quedan los miembros de una Comisión creada por las Naciones Unidas precisamente para examinar estos temas? La Comisión siempre ha considerado de suma importancia tomar en cuenta las opiniones manifestadas por los Estados a su trabajo en la Sexta Comisión, aunque los Estados que manifiestan esas opiniones no representan ni a un 20 % de la membresía de las Naciones Unidas. Por ejemplo, a la Comisión le complace que cuatro Estados hayan enviado sus reacciones al cuestionario sobre el presente tema, pero acepta que las Naciones Unidas y todas sus dependencias, como la Sexta Comisión y la Comisión de Derecho Internacional, queden ignoradas y cedan el paso a los publicistas y a los árbitros.

Al tratar el tema de cuáles naciones deben de ser incluidas en una nueva expresión para sustituir la de “naciones civilizadas”, algunos ponentes han indicado que debe tomarse en cuenta la ubicación geográfica de esas naciones a fin de lograr lo más cercano a la

universalidad. Para la elección de jueces de la Corte Internacional de Justicia, el Artículo 9 del Estatuto —similar al artículo 8 del Estatuto de la Comisión— dispone que deben estar representadas “las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo”, pero en la elección de los mismos el único criterio que realmente prevalece es el regional. Por esa razón, actualmente no hay un solo juez en la Corte que provenga de un país hispanohablante con el bagaje cultural y jurídico que eso implica, aun cuando hay un juez que proviene de la región. En ese caso, las regiones geográficas en que las Naciones Unidas han dividido al mundo están representadas, pero el orador no cree que estén debidamente representadas las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo. Debe tenerse en cuenta esa realidad cuando se hacen propuestas que incluyan a todas las regiones del mundo. En fin, el orador cree que apartarse de los criterios contemplados en el Artículo 9 del Estatuto de la Corte y del artículo 8 del Estatuto de la Comisión debe verse con mucho cuidado.

El Relator Especial ha hecho una observación pertinente sobre las diferentes expresiones utilizadas en el Artículo 38; se hace referencia a los convenios que deben ser “reconocidos” por los Estados litigantes; a la costumbre que debe ser “aceptada” como derecho y, finalmente, a los principios generales del derecho que deben ser “reconocidos” por las naciones civilizadas. El orador desea centrarse en las diferencias entre la forma de determinar la existencia de una norma consuetudinaria y un principio general del derecho en el contexto de resoluciones de la Asamblea General. En la conclusión 10 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, la Comisión afirmó que una forma de prueba de que la costumbre ha sido aceptada como derecho (*opinio iuris*) es la conducta de los Estados con relación a las resoluciones aprobadas por una organización internacional. Es decir, una resolución o declaración de las Naciones Unidas que no conlleve una aceptación por un Estado de la norma a la que pueda hacer referencia como constitutiva de derecho consuetudinario no prueba la existencia de esa norma como tal ni que sea aplicable al Estado que no la ha aceptado. En el caso de los principios generales de derecho, no es necesario que los Estados manifiesten el convencimiento de su obligatoriedad: simplemente deben reconocerlos. En este caso, una prueba importante es la declaración misma, lo cual también implica la aceptación de los principios como obligatorios. Si se reconoce que existe un principio general del derecho, se está reconociendo que es obligatorio, pues de lo contrario sería un principio moral o de otro tipo.

Las diferentes formas de determinar la existencia de una norma consuetudinaria y de un principio general del derecho también ponen de relieve la importancia especial que pueden tener las resoluciones de la Asamblea General que traten o señalen principios generales del derecho. Si una resolución de la Asamblea General declara la existencia de un principio, lo está reconociendo sin más. No es necesario que los miembros de las Naciones Unidas manifiesten su aprobación y actúen conforme.

En el Artículo 38 hay otra diferencia importante entre los apartados a) y b) y el apartado c). En los apartados a) y b) se habla, respectivamente, de aplicar “las convenciones internacionales” y “la costumbre internacional”, mientras que en el apartado c) no aparece la palabra “internacional”, sino simplemente “principios generales de derecho”. La explicación más obvia de esta diferencia es que los autores del Artículo 38 no estaban pensando en ningún momento que los principios generales eran de derecho internacional, sino de los derechos internos de los Estados.

En cuanto a la existencia de dos categorías de principios generales del derecho —los provenientes del derecho interno de los Estados y los formados directamente en el ámbito internacional—, siguen siendo válidas las observaciones que el orador hizo sobre la segunda categoría durante el debate sobre el primer informe del Relator Especial en el 71^{er} período de sesiones. La existencia de la segunda categoría no ha sido aceptada por una parte importante de los miembros, entre ellos el orador. La existencia de la segunda categoría no se deduce del texto del Artículo 38, ni de los trabajos preparatorios. Dados los avances del derecho en los últimos 100 años y el hecho de que la Corte nunca ha tenido que utilizar los apartados c) y d) para los fines previstos —evitar un *non liquet*—, mal puede justificarse que ahora la Comisión pretenda incrementar las categorías de principios generales de derecho.

La segunda categoría de principios dice fundamentarse en el solo derecho internacional sin provenir del derecho interno de los Estados. Los principios que no provienen

del derecho interno solo pueden provenir de las normas convencionales y consuetudinarias, y, por consiguiente, no son más que esas mismas normas bajo otro nombre o construcciones lógicas en base a esas mismas normas. Si se aceptara que esas construcciones lógicas sobre normas preexistentes son principios emanados del propio derecho internacional, entonces se podría concluir que todo el sistema jurídico internacional no es más que una deducción lógica que se ha hecho de principios fundamentales como el de soberanía.

Como ya han señalado otros oradores, los ejemplos que el Relator Especial ha dado de principios provenientes del propio derecho internacional en el fondo provienen de los principios generales del derecho interno de los Estados. Con respecto a los Principios de Núremberg, por ejemplo, todas las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial eran condenadas por los sistemas jurídicos de la inmensa mayoría de los Estados. Estos principios ya existían, y en Núremberg simplemente fueron transpuestos al plano internacional para aplicarse al juicio de los criminales.

Las normas medioambientales también se han derivado del derecho interno de los Estados y se han transpuesto al plano internacional. La prohibición del daño al medio ambiente en perjuicio de otros es una regla conocida desde al menos los tiempos romanos. Lo que el derecho contemporáneo ha hecho es asemejar las consecuencias del daño a un individuo particular ocasionado dentro de la jurisdicción nacional a las consecuencias que se producen si ese daño es ocasionado a ese individuo desde otro Estado. Igualmente, el derecho internacional ha extrapolado las consecuencias del daño ocasionado entre particulares en un Estado al daño ocasionado a todos los “particulares” del mundo.

En su declaración sobre el primer informe del Relator Especial en el 71^{er} período de sesiones, el orador señaló que la causa relativa al *Canal de Corfú* era similar a la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*. En esta última causa, uno de los temas principales era el minado de los puertos de Nicaragua por parte de los Estados Unidos en tiempos de paz y sin aviso previo. En esa causa, aunque la Corte no podía recurrir a las normas convencionales existentes, no consideró necesario recurrir a los principios generales del derecho y declaró que los Estados Unidos de América, “al no dar a conocer la existencia y ubicación de las minas que había colocado [...] actuaron en contravención a sus obligaciones a este respecto bajo el derecho internacional consuetudinario”.

El orador no está de acuerdo con la apreciación del Relator Especial de que el *uti possidetis iuris* es un principio general del derecho creado en el plano internacional. El *uti possidetis iuris* es un institución de derecho romano cuyas reglas fueron incorporadas en muchos sistemas jurídicos internos incluyendo el de las colonias iberoamericanas. Estas, al momento de su independencia, transpusieron al plano internacional esas reglas tradicionales de derecho interno.

Pero, aun cuando se aceptara que existe una categoría de principios generales del derecho que se forman directamente en el plano internacional, entonces lo que se estaría realmente es ante un proceso de formación de reglas de derecho consuetudinario. Los principios que provienen del derecho interno no desaparecen al momento de transponerlos al derecho internacional, sino que subsisten en el derecho interno. Los principios creados en el derecho internacional presuntamente subsistirían en ese plano, pero tendrían la fuerza de normas obligatorias, es decir, normas de derecho consuetudinario. Por eso, el orador considera que no es una categoría que deba ser parte del estudio de la formación de los principios generales del derecho, sino del estudio de la formación de una clase de normas de derecho consuetudinario. En cuanto a la afirmación del Relator Especial de que “nada parece impedir que una norma sea a la vez principio general de derecho y norma de derecho internacional consuetudinario”, el orador está de acuerdo con el Sr. Park en que, cuando un principio general del derecho ha evolucionado hasta convertirse en derecho internacional consuetudinario, esa norma ya no puede considerarse un principio general del derecho.

En cuanto a la distinción entre los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional y el derecho consuetudinario, en el párrafo 165 del informe el Relator Especial explica que, en el caso de esos principios generales del derecho, no es necesario buscar “una práctica general y su aceptación como derecho (*opinio iuris*)”, sino que lo que importa es el “reconocimiento claro” de la existencia de un principio jurídico con

un ámbito de aplicación general. Esta distinción deja confuso al orador. Si un principio ha sido reconocido como de aplicación general en el campo internacional, entonces, al igual que la costumbre, refleja una práctica (o reconocimiento) general que es aceptada como derecho al igual que la costumbre.

En lo que respecta a la transposición de las normas, es importante dejar claro cómo se efectúa la transposición y, particularmente, quien la efectúa. En general, el orador concuerda con la opinión expresada por el Sr. Murase de que la transposición solo se produce con la intervención activa de la Corte y que se trata de una transposición al nivel de aplicación del derecho a un litigio concreto. Teniendo en cuenta que la capacidad de transposición es una condición fundamental para que un principio general del derecho pueda considerarse aplicable en el plano internacional, los requisitos que debe llenar se encuentran básicamente en la jurisprudencia. Un principio puede ser reconocido por la universalidad del derecho interno de las naciones, pero es el juez o árbitro el que tomará la decisión de si puede transponerse al plano internacional. Si esto es así, entonces la práctica judicial cobra particular importancia al analizar los requisitos para que un principio general del derecho sea transpuesto al plano internacional. Estas consideraciones deben de ser tenidas en cuenta en el análisis de las pruebas de la transposición.

En cuanto a los proyectos de conclusión propuestos, el orador considera que deben revisarse a la luz de los comentarios que se han dado tanto en el actual período de sesiones como en el 71^{er} período de sesiones. Esto incluye particularmente el proyecto de conclusión 3, que incluye entre los principios generales del derecho a los formados en el sistema jurídico internacional, y al proyecto de conclusión 7, que contiene reglas para la identificación de esos principios. Dado que se han cuestionado elementos sustantivos del proyecto de conclusión 7, no está listo para ser discutido en el Comité de Redacción.

Aunque los proyectos de conclusión 4 a 6 pueden enviarse al Comité de Redacción, el orador desea hacer una serie de observaciones al respecto. Si bien está generalmente aceptado que pueden existir principios generales del derecho formados y aplicados a nivel regional, esto no se refleja en los proyectos de conclusión. Tal vez el proyecto de conclusión 5 debiera de tener algún indicio de esto, pues, ciertamente, para determinar un principio regional no se requiere un análisis amplio y representativo de las “diferentes familias jurídicas y regiones del mundo”. De lo contrario, esta cuestión podría abordarse en un proyecto de conclusión posterior en que el que se discuta el tema concretamente. El análisis comparativo mencionado en el proyecto de conclusión 5 para determinar la existencia de un principio común a los principales sistemas jurídicos del mundo debe incluir también un análisis más amplio de los actos de gobierno. Por ejemplo, la declaración del Presidente Truman sobre la plataforma continental no puede tipificarse como un simple acto legislativo, y menos judicial, pero fue un acto o decisión de gran impacto interno en los Estados Unidos y a nivel internacional.

En opinión del orador, el proyecto de conclusión 8 no debe limitarse a continuar reiterando lo dispuesto en el Artículo 38, párrafo 1 c), puesto que esta redacción es un reflejo de la situación existente en 1920. Más bien debe hacer referencia, entre otras cosas, a las actuaciones y resoluciones de las Naciones Unidas relativas a la existencia y el contenido de principios generales del derecho.

El proyecto de conclusión 9 también debe ponerse al día. En 1920 se hablaba de “doctrina de los publicistas de mayor competencia” porque el derecho internacional estaba poco desarrollado. Entonces, si había que estudiar el derecho del mar, era inevitable recurrir a las doctrinas de publicistas como Grotius, mientras que hoy la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar hace que ya no se requiera de la misma manera de esas doctrinas. Además, el Artículo 38 no tiene en cuenta la creación de organismos especializados en el estudio y desarrollo del derecho internacional, como la Comisión. Es anacrónico seguir hablando de publicistas e ignorar la situación actual en que sí existen esos organismos creados por las “naciones civilizadas”: los Estados Miembros y Estados observadores de las Naciones Unidas. Como dice Sir Ian Brownlie, que bien puede ser reconocido como un publicista de gran competencia, fuentes análogas a la doctrina de los publicistas, y al menos tan autorizadas como estas, son los proyectos de artículos elaborados por la Comisión de Derecho Internacional.

En conclusión, el orador considera que los proyectos de conclusión propuestos en el segundo informe, con excepción del proyecto de conclusión 7, deben enviarse al Comité de Redacción.

Se levanta la sesión a las 12.50 horas.