REVISTA IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMERICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

14
IIDH

Julio - Diciembre 1991

REVISTA IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMERICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos. —Nº1 (Enero/junio 1985)-. -
—San José, C.R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074
1. Derechos del hombre - Publicaciones periódicas.

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

© 1991, IIDH. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

©Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Producida por el Servicio Editorial del IIDH,
coordinado por Rafael Nieto Loaiza.

Diagramación y montaje electrónico de artes finales:
Prometeo S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias sociales, que hagan énfasis en la temática de los Derechos Humanos. Las colaboraciones para su posible publicación deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A.P. 10.081 (1000) San José, Costa Rica, Centroamérica.

Se solicita atenerse a las recomendaciones siguientes:

1. En todos los trabajos se entregará un original y una copia escritos a doble espacio, dentro de un máximo de 45 cuartillas tamaño carta. Es posible acompañar el envío con discos de computador, indicando el sistema y el programa en que fue elaborado.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (subrayado); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor; título del artículo; nombre de la revista (subrayado); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen acompañará a todo trabajo sometido, de no más de una página tamaño carta.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil ubicación. Además incluirá un brevísimo resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Los editores aceptan para su consideración todos los originales inéditos que les sean remitidos, pero no se comprometen a su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US$25.00 y de US$20.00 para estudiantes. El precio del número suelto es de US$15.00. Suscriptores de Centroamérica y Panamá deben incluir US$3.00 por envío; Sur y Norteamérica US$4.00 y Europa, US$6.00.

Todos los pagos deben ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giro postal, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales. Se requiere el pago previo para el envío.

Dirigir todas las órdenes de suscripción al Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A.P. 10.081 (1000) San José, Costa Rica, Centroamérica.

Interesados en canje, escribir a la Revista IIDH, Biblioteca del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A.P. 6906 (1000), San José, Costa Rica, Centroamérica.

ÍNDICE

DOCTRINA

LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO COMO FUENTE DEL DERECHO INTERNACIONAL 11
Julio A. BARBERIS

CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS. NOTAS SOBRE SU ENSEÑANZA 43
Jesús GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI

DILEMAS Y TENSIONES EN TORNO A LA EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS EN DEMOCRACIA 53
Abraham MAGENDZO K.

SHOULD THE UNITED STATES RATIFY THE AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS? 65
Mark KIRK

DERECHOS HUMANOS Y LIMITACIONES POLÍTICAS EN LAS TRANSICIONES DEMOCRÁTICAS DEL CONO SUR 91
José ZALAQUETT

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

ACTIVIDADES
JULIO - DICIEMBRE 1991 139

ORDER OF THE PRESIDENT OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS OF JULY 15, 1991
PROVISIONAL MEASURES REQUESTED BY THE INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS (GUATEMALA)..... 144

RESOLUCIÓN DEL PRESIDENTE DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DE 15 DE JULIO DE 1991
MEDIDAS PROVISIONALES SOLICITADAS POR LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (GUATEMALA) 145

PROVISIONAL MEASURES REQUESTED BY THE INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS WITH REGARD TO GUATEMALA
CHUNIMA CASE 160

MEDIDAS PROVISIONALES SOLICITADAS POR LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS RESPECTO DE GUATEMALA
CASO CHUNIMA 161

ALOEBOETOE ET AL. CASE
JUDGMENT OF DECEMBER 4, 1991 174

CASO ALOEBOETOE Y OTROS
SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1991 175

GANGARAM PANDAY CASE
PRELIMINARY OBJECTIONS
JUDGMENT OF DECEMBER 4, 1991 190

CASO GANGARAM PANDAY
EXCEPCIONES PRELIMINARES
SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1991 191

NEIRA ALEGRÍA ET AL. CASE
PRELIMINARY OBJECTIONS
JUDGMENT OF DECEMBER 11, 1991 226

CASO NEIRA ALEGRÍA Y OTROS
EXCEPCIONES PRELIMINARES
SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1991 227

COMPATIBILITY OF DRAFT LEGISLATION WITH ARTICLE 8(2)(h) OF THE AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS
ADVISORY OPINION OC-12/91 OF DECEMBER 6, 1991 274

COMPATIBILIDAD DE UN PROYECTO DE LEY CON EL ARTÍCULO 8.2.h. DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS
OPINIÓN CONSULTIVA OC-12/91 DE 6 DE DICIEMBRE DE 1991 275

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

ACTIVIDADES
JULIO - DICIEMBRE 1991 299

NACIONES UNIDAS

PRÁCTICA IBEROAMERICANA DE LAS NACIONES UNIDAS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS (1991-I) 305
MATERIAL SELECCIONADO POR CARMEN ROSA RUEDA Y CARLOS VILLÁN

NOTA INTRODUCTORIA 308

PARTE I: *Práctica Convencional* 309

PARTE II: *Práctica Extraconvencional* 365

DOCUMENTOS

PROBLEMAS Y PERSPECTIVAS DEL DERECHO DE LOS REFUGIADOS 383
Sadako OGATA

DOCTRINA

LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO COMO FUENTE DEL DERECHO INTERNACIONAL

Julio A. Barberis

Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Profesor de la Universidad Católica de Buenos Aires. Associé de l'Institut de Droit International

Sumario

1. Introducción
2. La práctica internacional entre 1794 y 1920
3. El Estatuto del Tribunal permanente de Justicia internacional y la práctica posterior
4. Los principios generales de derecho como normas jurídicas
5. La identificación de los principios generales de derecho
6. Las características de los principios generales de derecho
   a) Generalización de normas jurídicas pertenecientes al derecho interno
   b) Reconocimiento por la generalidad de los miembros de la comunidad internacional
   c) Transferibilidad de los órdenes jurídicos internos al derecho internacional
7. Régimen de los principios generales de derecho. Su carácter supletorio
8. Consideraciones generales

1. Introducción

Las distintas ramas del Derecho han logrado su autonomía después de una evolución en la cual han participado la legislación, la práctica jurisprudencial y la doctrina. En un principio, las normas que configuran una determinada rama del Derecho no son suficientes para resolver ciertos casos concretos y la jurisprudencia y la doctrina se ven precisadas a recurrir a normas jurídicas pertenecientes a otras ramas del Derecho ya

consolidadas o a reglas jurídicas comunes a todas ellas. Así, por ejemplo, si se consultan las obras de derecho administrativo de principios del siglo XIX, se podrá comprobar la aplicación frecuente que la jurisprudencia y la doctrina hacían de las normas del derecho civil. Igualmente, los primeros tratados de derecho aeronáutico recurren al derecho marítimo para presentar una exposición acabada de las distintas instituciones. A medida que la actividad humana que es objeto de una rama del Derecho es regulada íntegramente por normas jurídicas específicas y desde el momento en que la jurisprudencia desarrolla sus criterios propios y la doctrina elabora también sus propias teorías, esa rama del Derecho se vuelve autónoma y el recurso a otras normas jurídicas se torna menos frecuente. Para verificar este fenómeno, y siguiendo los ejemplos ya dados, basta con comparar un tratado actual de derecho administrativo con otro de 1840, o un libro actual sobre derecho aeronáutico con otro publicado en 1950.

En el derecho internacional ha ocurrido algo semejante. La práctica de los Estados y la jurisprudencia muestran de manera elocuente la aplicación, en el derecho de gentes, del derecho privado por analogía o de reglas generales de derecho, en ausencia de tratados internacionales y de costumbres[1]. Esto es bien explicable porque las relaciones entre entidades internacionales presentan una determinada analogía con las existentes entre personas privadas. Hay elementos que son comunes a todo régimen jurídico, sea privado o público, interno o internacional, como la adquisición de la personalidad, la manifestación de voluntad, la celebración de un acuerdo, el incumplimiento de una obligación, la cesión de un derecho, la adquisición de un bien, la extinción de un derecho, etc.

La aplicación del derecho privado o de reglas generales de derecho se ha dado principalmente en los orígenes del derecho internacional y ha continuado hasta el siglo actual. Pero, a medida que el orden jurídico internacional ha ido cobrando autonomía, este fenómeno se presenta cada vez con menos frecuencia.

Si analizamos la comunidad internacional en la época de sus orígenes, la alta Edad media, ésta estaba conformada principalmente por tres

1 Las obras de LAUTERPACHT, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, London, 1927, y de CHENG, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, London, 1953, suministran numerosos ejemplos en este sentido.

imperios: el carolingio, el bizantino y el islámico[2]. En diversos momentos de la historia, estos imperios se dividieron dando nacimiento a reinos, principados, feudos y otras formaciones políticas. Quienes contribuyeron más decididamente a la formación del derecho internacional fueron aquellas entidades surgidas del Imperio romano de Occidente[3] y del de Oriente. Y como en todas ellas regía o había regido el derecho romano, éste se aplicaba también, al menos en forma subsidiaria, en sus relaciones recíprocas. Así, en las relaciones entre los diferentes grupos sociales existentes en el interior del Sacro Imperio, se aplicaba el derecho romano[4]. Los glosadores veían en él una suerte de ley universal. En este sentido, cabe mencionar que comentaristas como Bártolo y Baldo, partiendo de las soluciones concretas dadas por los juristas romanos, elaboraron principios (*regulae juris*) aplicables de manera general[5]. En la práctica jurídica a partir del siglo XII, en particular en materia de arbitraje, era frecuente el reenvío al derecho romano[6].

2. La práctica internacional entre 1794 y 1920

Después de un amplio intervalo, el arbitraje internacional reaparece a fines del siglo XVIII. Se puede mencionar como inicio de este renacimiento de la práctica arbitral el tratado del 19 de noviembre de 1794 suscripto entre Gran Bretaña y los Estados Unidos de América, conocido generalmente como tratado Jay[7].

2 Conf.: AGO, "El pluralismo de la comunidad internacional en la época de su nacimiento", *Estudios de Derecho Internacional* (Homenaje al Profesor Miaja de la Muela), Madrid, 1979, t. I, p. 71 ss.

3 En cuanto al Imperio carolingio, ver KIENAST, *Deutschland und Frankreich in der Kaiserzeit (900-1270)*, Leipzig, 1943.

4 VERZIJL, "La base des jugements internationaux au cours de l'histoire", *R.G.D.I.P.*, 1955, p. 388.

5 VERDROSS, *Die Quellen des universellen Völkerrechts*, Freiburg i.B., 1973, p. 121.

6 DE TAUBE, "Les origines de l'arbitrage international. Antiquité et Moyen Age", *R.d.C.*, 1932-IV, pp. 58 y 92. GUGGENHEIM, "Jus gentium, jus civile et la communauté internationale issue de la divisio regnorum intervenue au cours des 12e et 13e siècles", *C. e St.*, vol. VII, 1955, p. 20.

7 *C.T.S.*, vol. 52, p. 245 ss.

La práctica de los Estados y la jurisprudencia arbitral a partir de entonces brindan numerosos ejemplos de reenvío a principios generales de derecho que no tienen un origen convencional ni consuetudinario.

Uno de los primeros casos en este sentido es el del navío Neptune, decidido en 1797 por la Comisión creada por el artículo VII del tratado Jay. El Neptune era un buque norteamericano que había sido apresado por los británicos cuando transportaba un cargamento de arroz con destino a Bordeaux durante la guerra anglo-francesa. Una de las defensas expuestas por Gran Bretaña para justificar la captura era el estado de necesidad en que se encontraba su población. La Comisión analizó las condiciones que debían darse para invocar un estado de necesidad y finalmente rechazó el argumento británico[8]. Cabe señalar que la Comisión aceptó la existencia del derecho de necesidad en el orden internacional, pero rechazó su aplicación en el caso concreto porque, a su criterio, no estaban reunidos los requisitos necesarios. El ejercicio del derecho de necesidad no estaba entonces regido por ningún tratado ni por ninguna costumbre.

La sentencia arbitral pronunciada por el Senado de Hamburgo el 21.X.1861 en el caso Yuille, Shortridge & Co. reconoce los intereses adeudados hasta un monto igual al capital, fundándose en el **derecho común**[9].

En el caso Fabiani, el Presidente de la Confederación suiza, en su carácter de árbitro, expresa en su sentencia del 30.XII. 1896 que, según las **reglas comunes a la mayoría de las legislaciones**, la denegación de justicia comprende tanto la hipótesis en que la autoridad judicial se rehusa a ejercer sus funciones como aquella en que incurre en un retardo injustificado en pronunciar sentencia[10]. La amplitud del perjuicio

8 LA PRADELLE-POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, 2a. ed., Paris, 1957, t. I, pp. 150, 156, 157 y 161.

9 "... Mais, comme, d'après le droit commun, seul applicable ici, le cumul des intérêts arriérés s'arrête lorsqu'ils atteignent le principal (Dig., de cond. indeb., 12, 6; Code, de usuris, 10, 32), on a dû restreindre les intérêts de ce chef à ..." (LA PRADELLE-POLITIS, *op. cit.*, t. II, p. 108).

10 "En consultant les principes généraux du droit des gens sur le déni de justice, c'est-à-dire les règles communes à la plupart des législations ou enseignées par la doctrine, on arrive à décider que le déni de justice comprend non seulement le refus d'une autorité judiciaire d'exercer ses fonctions, et notamment, de statuer sur les requêtes qui lui sont soumises, mais aussi les retards obstinés de sa part à prononcer ses sentences..." (*N.R.G.*, 2ème Série, t. 27, p. 683).

sufrido fue también determinada en ese caso según las reglas mencionadas[11].

El principio de la prescripción liberatoria ha sido aplicado por la jurisprudencia internacional. En el caso García Cádiz (1885), la Comisión mixta de reclamaciones venezolano-norteamericana lo considera como **un principio universalmente reconocido**[12]. Igualmente, la Comisión mixta de reclamaciones ítalo-venezolana decidió en el caso Gentini (1903) aplicar la prescripción liberatoria como un principio general de derecho. La sentencia analiza la vigencia de este principio en el derecho romano y en el derecho civil de las naciones[13].

En el arbitraje sobre el buque Montijo (1875), la sentencia aplicó el principio general conocido bajo la fórmula *nullus commodum capere de sua injuria propria*[14].

El tribunal arbitral que decidió la cuestión del ferrocarril de Delagoa (1900) resolvió aplicar los "principios generales del derecho común de las naciones modernas"[15]. En ese sentido, expresó que el principio de la indemnización de los daños e intereses comprende, según **las reglas de derecho universalmente admitidas** , el daño emergente y el lucro cesante[16]. Asimismo, en el caso del buque Cape Horn Pigeon (1902), el árbitro Tobías Asser manifestó en su sentencia que es un principio general del derecho civil aplicable a los litigios internacionales que la reparación de los daños y perjuicios debe consistir en una indemnización que comprenda no sólo los daños sufridos sino también el lucro cesante[17].

11 *N.R.G.*, 2ème Série, t. 27, pp. 698 y 699.

12 "universally recognized principle" (MOORE, *History and Digest of International Arbitrations to which the United States has been a Party*", Washington, 1898, t. IV, p. 4203).

13 *R.I.A.A.*, vol. X, pp. 556 y 557.

14 "no one can be allowed to take advantage of his own wrong" (MOORE, *op. cit.* t. II, p. 1437).

15 "principes généraux du droit commun des nations modernes" (*N.R.G.*, 2ème Série, t. 30, p. 402).

16 "... il ne reste plus qu'un seul principe de droit qui puisse être appliqué à la fixation de la 'compensation' à allouer par ce Tribunal; ce principe ne peut être que celui des dommages et intérêts, du id quod interest, comprenant, d'après les règles de droit universellement admises, le damnum emergens et le lucrum cessans: le préjudice éprouvé et le gain manqué" (*N.R.G.*, 2ème Série, t. 30, p. 407).

17 "Considérant que le principe général du droit civil, d'après lequel les dommages-intérêts doivent contenir une indemnité non seulement pour le

"La buena fe no es menos obligatoria entre las naciones que entre los individuos en el cumplimiento de los acuerdos" afirma el árbitro William Day en el caso Metzger & Co. (1900)[18].

En la sentencia en el caso The Salvador Commercial Co. (1902) se considera como un principio universal, existente en todo sistema jurídico, que ambas partes en un contrato han de tener igual derecho de recurrir, en caso de litigio, a la decisión de un órgano judicial o arbitral. Se añade además que el debido proceso ha de comprender la notificación de la reclamación a la parte demandada, la oportunidad de ser oída y una decisión jurídicamente fundada[19].

El Tribunal permanente de arbitraje aplicó también en reiteradas oportunidades principios generales de derecho. Un ejemplo interesante en este sentido es el caso de la indemnización reclamada por Rusia al Imperio otomano en virtud del acuerdo preliminar de paz de San Stéfano (1878) y del tratado definitivo de Constantinopla de 1879. El Tribunal estableció en esa sentencia (11. XI. 1912) el principio de que las deudas en dinero, líquidas y exigibles, devengan un interés a título de indemnización desde el momento en que se reclama expresamente su pago. El Tribunal invocó para ello "**las legislaciones privadas de los Estados que forman parte del concierto europeo**"[20]. Pero, luego señaló también que la correspondencia intercambiada entre Rusia y Turquía

dommage qu'on a souffert, mais aussi pour le gain dont on a été privé, est également applicable aux litiges internationaux..." (*F.R.*, 1902, Appendix I, p. 470).

18 "It can not be that good faith is less obligatory upon nations than upon individuals in carrying out agreements" (*F.R.*, 1901, p. 271).

19 *F.R.*, 1902, p. 871.

20 "Les législations privées des Etats faisant partie du concert européen admettent toutes, comme le faisait autrefois le Droit romain, l'obligation de payer au moins des intérêts de retard à titre d'indemnité forfataire lorsqu'il s'agit de l'inexécution d'une obligation consistant dans le payement d'une somme d'argent fixée conventionnellement, liquide et exigible, et cela au moins à partir de la mise en demeure du débiteur (SCOTT, *The Hague Court Reports*, New York, 1916, t. I, p. 545). En otro pasaje de esta misma sentencia, el Tribunal se fundó en el *grand nombre de législations européennes* para reiterar que los intereses se adeudarían sólo a partir de la fecha en que el Gobierno imperial ruso reclamó el pago de la deuda a la Sublime Puerta (SCOTT, *op. cit.*, t. I, p. 546).

En este mismo sentido ver la sentencia del Tribunal permanente de arbitraje en el caso de las reclamaciones francesas contra el Perú (SCOTT, *op. cit.*, t. II, pp. 204 y 205).

demostraba que aquélla había hecho una remisión de deuda en cuanto a intereses a favor de esta última. El Tribunal se fundó para ello en las "**reglas del derecho privado común**"[21].

En el caso de los fondos píos de las Californias, la sentencia del Tribunal permanente de arbitraje (14.X.1902) aplicó el principio según el cual, para determinar y precisar los puntos respecto de los cuales existe cosa juzgada, es preciso tener en cuenta todo el fallo y no sólo su parte dispositiva. El Tribunal expresó que este principio no se aplica sólo a las sentencias de los tribunales instituídos por el Estado, sino también a las decisiones arbitrales internacionales[22].

En el litigio sobre la isla de Timor, entre Portugal y los Países Bajos, la sentencia arbitral (25.VI.1914) indicó algunas reglas de interpretación de tratados que son similares a las disposiciones de derecho interno relativas a la interpretación de los contratos. Después de analizar el derecho de los principales Estados de Europa en materia de interpretación de contratos, la sentencia afirma: "Es inútil insistir, el derecho de gentes y el derecho privado son en este punto enteramente concordantes"[23].

La jurisprudencia expuesta constituye sólo algunos ejemplos de cuál era la práctica en cuanto a la aplicación de principios generales de derecho en el siglo XIX y hasta 1920. Los análisis realizados por los autores permiten llegar a la conclusión de que esta práctica alcanzó las características de general y constante[24].

21 "règles de droit privé commun" (SCOTT, *op. cit.*, t. I, p. 550).

22 "Considérant que cette règle ne s'applique pas seulement aux jugements des tribunaux institués par l'Etat, mais également aux sentences arbitrales, rendues dans les limites de la compétence fixées par le compromis;

Considérant que ce même principe droit, à plus forte raison, être appliqué aux arbitrages internationaux ..." (SCOTT, *op. cit.*, t. I, p. 430).

23 "Il est inutile d'insister, le droit des gens comme le droit privé étant sur ce point entièrement concordants" (SCOTT, *op. cit.*, t. I, p. 582).

24 Para el estudio de la práctica jurisprudencial anterior a 1920, pueden consultarse, además de las obras de LAUTERPACHT y de CHENG, ya citadas,: SPIROPOULOS, *Die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Völkerrecht*, Kiel, 1928, pp. 1-9 y VERDROSS, "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale", *R.d.C.*, 1935-II, p. 207 ss.

3. El Estatuto del Tribunal permanente de Justicia internacional y la práctica posterior

El artículo 14 del Pacto de la Sociedad de las Naciones preveía el establecimiento de un Tribunal permanente de Justicia internacional. En febrero de 1920 el Consejo de la Sociedad de las Naciones designó un Comité consultivo de Juristas encargado de redactar el Estatuto de dicho Tribunal. Este Comité deliberó entre el 16 de junio y el 24 de julio de 1920 y presentó un proyecto de Estatuto al Consejo de la organización internacional[25].

Según el artículo 38, inciso 3, del Estatuto del Tribunal permanente, éste debía aplicar los "principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas".

Esta disposición produjo en su momento una verdadera crisis en la teoría de las fuentes del derecho internacional[26]. Hasta ese entonces y tal como se ha expuesto más arriba, había una práctica generalizada en el sentido de aplicar, además de las normas convencionales y consuetudinarias, los principios generales de derecho. Sin embargo, esta circunstancia no había atraído la atención de la doctrina durante el siglo XIX y las dos primeras décadas del presente, y la ausencia de estudios especializados en ese período así lo demuestra.

La aprobación del Estatuto del Tribunal permanente en diciembre de 1920 provocó un intenso debate doctrinario. Aparecieron numerosos estudios[27] y el centro de la discusión consistía en determinar si el

25 Para la documentación sobre esta cuestión, ver Cour Permanente de Justice Internationale - Comité Consultatif de Juristes, *Procès-verbaux des séances du Comité*, La Haye, 1920, y Société des Nations, *Documents au sujet de Mesures prises par le Conseil de la Société des Nations aux termes de l'article 14 du Pacte et de l'Adoption par l'Assemblée du Statut de la Cour Permanente*, Genève, 1921.

26 Conf.: VERDROSS, *Die Quellen des universelles Völkerrechts*, p. 11. GEIGER, "Die zweite Krise der völkerrechtlichen Rechtsquellenlehre", *Ö.Z.ö.R.*, vol. 30, 1979, p. 215.

27 Así, en la década de 1926 a 1936 se publicaron, entre otras, las obras siguientes: LAUTERPACHT, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, London, 1927. KUNZ, "Zum Begriff der 'nation civilisée' im modernen Völkerrecht, *Z.ö.R.*, t. 7, 1928, p. 86 ss. SPIROPOULOS, *Die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Völkerrecht*, Kiel, 1928. BALLADORE PALLIERI, *I "principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili" nell'art. 38 dello Statuto della Corte permanente di Giustizia internazionale*, Torino, 1931. HÄRLE, "Die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Völkerrecht", *Z.ö.R.*, t. 11, 1931, p. 206 ss. WOLFF, "Les principes généraux du droit applicables dans les rapports internationaux", *R.d.C.*, 1931-II, p. 483 ss. DEREVITZKY, *Les principes du droit international tels qu'ils se dégagent de la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale*, Paris, 1932. SCERNI, *I Principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili nella giurisprudenza della Corte permanente di Giustizia internazionale*, Padova, 1932. VERDROSS, "Les principes généraux de droit comme source du droit des gens", *Annuaire*, 1932, p. 283 ss. RAESTAD, "'Droit coutumier' et 'principes généraux' en droit international", *Acta scandinavica juris gentium*, 1933, p. 61 ss. RIPERT, "Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux", *R.d.C.*, 1933-II, p. 569 ss. von der HEYDTE, "Glossen zu einer Theorie der allgemeinen Rechtsgrundsätze", *F.W.*, 1933, p. 289 ss. GRAPIN, *Valeur internationale des principes généraux du droit*, Paris, 1934. VERDROSS, "Les principes généraux de droit et le droit des gens", *R.D.I.*, t. XIII, 1934, p. 484 ss. LE FUR, "La coutume et les principes généraux du droit comme source du droit international public", *Recueil Gény*, t. III, p. 362 ss. VERDROSS, "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale", *R.d.C.*, 1935-II, p. 195 ss. CEGLA, *Die Bedeutung der allgemeinen Rechtsgrundsätze für die Quellenlehre des Völkerrechts*, Berlin, 1936. KOPELMANAS, "Quelques réflexions au sujet de l'article 38, 3°, du Statut de la Cour permanente de Justice internationale", *R.G.D.I.P.*, 1936, p. 285 ss.

artículo 38, inciso 3, del Estatuto era descriptivo del ordenamiento jurídico hasta entonces vigente o si, por el contrario, introducía un elemento nuevo en el derecho de gentes. En el seno del Comité de juristas que redactó el Estatuto ya se había analizado esta cuestión y, en este sentido, lord Phillimore expresó, haciendo referencia a la jurisprudencia anterior, que, en general, todos los principios de derecho común son aplicables a las relaciones internacionales pues se trata de reglas de derecho internacional[28]. Hoy el debate ha concluído y la doctrina, en general, considera que lo dispuesto en el artículo 38, incio 3, del Estatuto del Tribunal permanente era sólo una descripción de una práctica ya existente[29].

28 "En général tous les principes du droit commun sont applicables aux rapports internationaux. Ce sont en fait des règles de droit international" (Cour Permanente de Justice Internationale - Comité Consultatif de Juristes, *op. cit.*, p. 316).

29 Conf.: BALLADORE PALLIERI, *op. cit.*, p. 49 ss. SCERNI, *op. cit.*, p. 29. SPIROPOULOS, *op. cit.*, p. 1 ss. WOLFF, op. cit., *R.d.C.*, 1931-II, p. 483. VERDROSS, op. cit., *Annuaire*, 1932, pp. 287-289 y *R.d.C.*, 1935-II, p., 220. LAUTERPACHT, "Règles générales du droit de la paix", *R.d.C.*, 1937-IV, p. 114. PAU, "I principi dell'ordinamento interno degli Stati civili nella teoria delle fonti del diritto internazionale", *C. e St.*, vol. VI, 1954, p. 113. SØRENSEN, "Principes de droit international public", *R.d.C.*, 1960-III, p.

Una vez establecido el Estatuto del Tribunal permanente, la práctica convencional[30] y la jurisprudencia arbitral[31] reconocieron también que el texto de su artículo 38 era una descripción adecuada del derecho internacional vigente.

Esta idea inspiró la nueva redacción dada al artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia en la Conferencia de San Francisco. En efecto, el texto actual de esta disposición comienza así:

> "La Corte, **cuya función es decidir conforme al derecho internacional** las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar ..."

La frase inicial transcripta nos indica que sus autores han considerado a este artículo como una enunciación de las fuentes ya existentes en derecho de gentes[32]. En cuanto al inciso 3 relativo a los principios generales de derecho, la disposición no sufrió ninguna modificación salvo su numeración, pues pasó a ser el inciso 1, párrafo c).

Los principios generales de derecho han sido aplicados por el Tribunal permanente y por el Tribunal Internacional de Justicia hasta hoy[33]. Sin embargo, las sentencias y las opiniones consultivas de ambos

18. WALDOCK, "General Course on Public International Law", *R.d.C.*, 1962-II, p. 57. GUGGENHEIM, *Traité de Droit international public*, 2a. ed., Genève, 1967, t. I, p. 297 ss. VERDROSS-SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 3a. ed., Berlin, 1984, p. 382. BENADAVA, *Derecho internacional público*, 3a. ed., Santiago de Chile, 1989, p. 27.

30 Ver, p. ej., HABICHT, *Post-War Treaties for the Pacific Settlement of International Disputes*, Cambridge, 1931, pp. 23, 150, 208, 240, 259, 383, 433, 458 y 502. UNITED NATIONS, *Systematic Survey of Treaties for the Pacific Settlement of International Disputes 1928-1948*, pp. 117, 118 y 119.

31 Conf. la decisión administrativa No. II de la Comisión mixta germano-norteamericana (1.XI.1923; *R.I.A.A.*, vol. VII, p. 26) y las sentencias arbitrales en los casos de los daños causados a las colonias portuguesas del sur de Africa (31.VII.1928; *R.I.A.A.*, vol. II, p. 1016), de David Goldenberg e hijos (27.IX.1928; *R.I.A.A.*, vol. II, p. 909) y de los daños inferidos a Portugal (30.VI.1930; *R.I.A.A.*, vol. II, p. 1049).

32 El proyecto de enmienda del art. 38 fue propuesto por la delegación chilena en el seno de la Comisión IV, encargada de la organización judicial de las Naciones Unidas (*Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale*, San Francisco, 1945, t. XIII, p. 494). El proyecto fue aprobado por la Comisión y por la Conferencia (*op. cit.*, t. VIII, p. 114 y t. I, p. 654).

33 Conf. los análisis efectuados por BLONDEL, "Les principes généraux de droit devant la Cour permanente de Justice internationale et la Cour

tribunales no suelen mencionar expresamente la disposición del artículo 38 relativa a los principios generales de derecho[34].

Después de 1920 la jurisprudencia arbitral continuó con la práctica de aplicar los principios generales de derecho. Entre los numerosos ejemplos que es posible hallar, cabe citar primeramente la sentencia de la Comisión germano-norteamericana sobre el hundimiento del Lusitania (1923). En ella se aplica la regla general de responsabilidad que prescribe la reparación de todo atentado ilícito contra un derecho privado[35].

En su decisión del 1.V.1925 sobre los bienes británicos en la zona española de Marruecos, Max Huber aplicó el principio general que reconoce el nacimiento de obligaciones *quasi ex contractu*[36].

El 14.II.1927 el Tribunal arbitral mixto greco-búlgaro consideró a la prescripción liberatoria como una **regla de derecho positivo admitida por todas las legislaciones**[37].

En las decisiones Nos. 5, 6, 7 y 8 del 13.I.1932 el Tribunal administrativo de la Sociedad de las Naciones resolvió, de acuerdo con los "principios generales de derecho reconocidos por los Miembros de la Sociedad

Internationale de Justice", *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, 1968, p. 201 ss. y MOSLER, "The International Society as a Legal Community", *R.d.C.*, 1974-IV, p. 138 ss.

34 En toda la jurisprudencia, sólo es posible hallar una referencia expresa al art. 38, inc. 1, c), en *C.I.J.*, Recueil 1966, p. 47.

Por el contrario, los jueces lo citan expresamente en sus votos individuales o disidentes. Ver, p. ej., *C.P.J.I.*, Série A, No. 13, p. 27 (v. dis. de Anzilotti); Série A/B, No. 70, p. 50 (v. dis. de Anzilotti); Série A/B, No. 71, pp. 137-138 (v. ind. de Séfériadès, juez *ad hoc*); *C.I.J.*, Recueil 1950, p. 148 (v. ind. de Sir Arnold McNair); Recueil 1958, p. 107 (v. ind. de Moreno Quintana); Recueil 1962, p. 43 (v. ind. de Alfaro); Recueil 1966, p. 295 (v. dis. de Tanaka); Recueil 1969, pp. 134 y 135 (v. ind. de Ammoun); Recueil 1973, p. 250 (v. ind. de Ammoun); Recueil 1984, pp. 448 y 464 (v. ind. de Nagendra Singh).

35 "It is a general rule of both the civil and the common law that every invasion of private right imports an injury and that for every such injury the law gives a remedy" (*R.I.A.A.*, vol. VII, p. 35).

36 *R.I.A.A.*, vol. II, p. 682.

37 "une règle de droit positif admise par toutes les législations" (caso "Sarropoulos c/Etat bulgare", *T.A.M.*, t. VII, p. 51).

de las Naciones", que un contrato no puede ser modificado unilateralmente por una parte sin el consentimiento de la otra[38].

En materia de procedimiento arbitral, también es posible hallar ejemplos de aplicación de principios generales, Así, en materia de medios de prueba, el Tribunal Internacional de Justicia afirmó en el litigio relativo al estrecho de Corfú que las presunciones de hecho, o indicios o pruebas circunstanciales (*circumstantial evidence*) son admitidos en **todos los sistemas jurídicos** e hizo aplicación de uno de ellos[39]. La decisión No. 23 del 24.VI.1929 de la Comisión franco-mexicana de reclamaciones invoca también en una cuestión de procedimiento el principio general de derecho de que nadie puede prevalerse en su favor del incumplimiento de las obligaciones jurídicas a su cargo[40].

Pese a la práctica general expuesta, una parte de la doctrina niega la existencia de los principios generales de derecho en el orden jurídico internacional. Los autores que objetan esta concepción son principalmente los representantes de la escuela voluntarista[41]. Ellos parten de la idea fundamental de que toda norma jurídica internacional debe tener como origen el consentimiento de los Estados. Por ello, los principios generales de derecho, en la medida en que no se han formado mediante el consentimiento expreso o tácito de los Estados, no configurarían una fuente del derecho internacional. Estos autores sostienen, en general, que el artículo 38, inciso 1, c), sólo tiene valor de fuente de derecho porque el Estatuto del Tribunal, que es un tratado, así lo dispone. Es decir, que los principios generales de derecho serían una fuente jurídica sólo para aquellos Estados que son parte de dicho Estatuto.

La doctrina soviética niega también los principios generales de derecho. Tunkin, quizás su autor más representativo, niega la existencia de principios jurídicos comunes a Estados pertenecientes a sistemas económicos distintos, como el socialismo y la libertad de mercado, y por consi-

38 "the general principles of law which are recognized by the Members of the League of Nations" (*A.D.*, 1931-32, p. 409).

39 *C.I.J.*, Recueil 1949, p. 18.

Sobre este tema, ver FERRARI BRAVO, *La prova nel processo internazionale*, Napoli, 1958, p. 106 ss.

40 *R.I.A.A.*, vol. V, p. 560.

41 ANZILOTTI, *Corso di Diritto internazionale*, 3a. ed., Roma, 1928, t. I, pp. 106-108. CAVAGLIERI, "Règles générales du droit de la paix", *R.d.C.*, 1929-I, p. 544. STRUPP, "Le droit du juge international de statuer selon l'équité", *R.d.C.*, 1930-III, p. 452 y "Les règles générales du droit de la paix", *R.d.C.*, 1934-I, p. 336.

guiente, sostiene la inexistencia de los principios generales previstos en el artículo 38, inciso 1, c), del Estatuto. Tunkin afirma que aunque puedan hallarse en estos sistemas reglas que, en apariencia, son análogas, los principios generales que subyacen en ellas son diferentes[42]. Según surge de la nota que antecede, estas enseñanzas de la doctrina soviética son anteriores a los acontecimientos que se iniciaron en Europa oriental a fines de 1989. Hoy parece que esta antinomia de sistemas ya no es tal.

4. Los principios generales de derecho como normas jurídicas

Los juristas utilizan el término "principio" en sentidos diversos en sus exposiciones teóricas del derecho y en los dictámenes y alegatos en que lo aplican. Así, la expresión "principio" es empleada para referirse a las características principales, a las propiedades fundamentales o a los rasgos más importantes de un orden jurídico y se la usa también cuando alguien se refiere al propósito o al fin perseguido por una ley. En otros contextos jurídicos, el término "principio" está vinculado con la idea de axioma, de postulado evidente, como cuando se habla del principio *nulla poena sine lege*. "Principio" es empleado también para referire a una máxima o a un proverbio que viene de la tradición jurídica. Se lo usa además para expresar generalizaciones obtenidas a partir de las reglas del sistema, para designar pautas a las que se atribuye un contenido manifiestamente justo y para referirse a disposiciones constitucionales que tienen sólo valor programático. Esta enumeración no agota todos los sentidos en que el vocablo "principio" es usado en el ámbito jurídico, pero sirve para ejemplificar algunos de los varios significados que los juristas generalmente le asignan.

Así como en la ciencia del derecho, según se ha expuesto anteriormente, el término "principio" es empleado con significados diversos, se ha planteado también la cuestión de saber si en el derecho positivo existen "principios" y si éstos son algo diferente de las normas. Esta cuestión

42 TUNKIN, "Co-existence and International Law", *R.d.C.*, 1958-III, p. 23 ss. "'General Principles of Law' in International Law", *Internationale Festschrift für Alfred Verdross*, München-Salzburg, 1971, p. 527. "International Law in the International System", *R.d.C.*, 1975-IV, p. 102.

Conf. también: Akademie der Wissenschaften der UdSSR (Rechtsinstitut), *Völkerrecht*, Berlin, 1960, p. 6.

Sobre la concepción socialista de los principios generales de derecho, ver SINAGRA, "I principi generali di diritto nelle concezioni socialiste del diritto internazionale", *C. e St.*, vol. XV, 1978, p. 418 ss.

consiste en determinar si el orden jurídico está constituído por normas y principios o sólo por las primeras[43].

En el derecho internacional, el término "principio" es utilizado también en varios sentidos. El que aquí nos interesa es el uso de este término dentro de la expresión "principios generales de derecho". Si se analiza la práctica de los siglos XIX y XX en esta materia se puede comprobar que los principios generales de derecho cumplen la función y actúan como normas jurídicas. Se trata realmente de normas jurídicas, al igual que aquellas otras que reconocen un origen convencional o consuetudinario. La jurisprudencia arbitral los ha considerado siempre de esta manera. Una prueba elocuente en este sentido está dada por el fenómeno que consiste en que numerosas prescripciones que, a principios de siglo, se aplicaban como principios generales de derecho, adquirieron luego el carácter de normas consuetudinarias y actualmente son normas convencionales. Un ejemplo de ello son muchas de las disposiciones de la convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969). En lo que hace, pues, a la expresión "principios generales de derecho", no cabe duda de que se trata de una categoría de normas, análogas a las demás que integran el orden jurídico internacional.

En la práctica internacional, la noción de principios generales de derecho debe ser distinguida de otros conceptos que se suelen presentar. En primer lugar, es preciso diferenciar entre los principios generales de derecho y los principios generales del derecho internacional. Estos últimos son las normas fundamentales del derecho de gentes, tienen un origen consuetudinario y, por lo tanto, se hallan previstos por el artículo 38, inciso 1, b), del Estatuto[44]. Tal es, por ejemplo, el principio de la libertad de los mares.

En esta materia, algunos juristas sostienen que existen principios generales de derecho que derivan de la estructura o del sistema del orden internacional[45]. Este orden jurídico está contituído por normas, cada una de las cuales tiene un contenido determinado, que es lo que la norma define o lo que ella prescribe como prohibido, permitido u

43 Ver, en este sentido, el interesante debate entre DWORKIN ("The Model of Rules", *University of Chicago Law Review*, t. 35, 1967-68, p. 14 ss.) y CARRIO (*Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires 1970).

44 Conf.: *C.P.J.I.*, Série A, N° 10, pp. 16-17. Conf. también SØRENSEN, *Les sources du droit international*, Copenhague, 1946, p. 112. VERDROSS-SIMMA, *op. cit.*, p. 386.

45 Ver. p. ej., MOSLER, op. cit., *R.d.C.*, 1974-IV, p. 148 ss.

obligatorio[46]. Ahora bien, del sistema que las normas configuran no puede deducirse un principio general con un contenido distinto de aquel que ellas poseen. Si de un conjunto de prescripciones se deduce otra prescripción, el contenido de esta última ya se hallaba implícito en el conjunto mencionado. Por ello, del sistema de normas que configuran el orden jurídico internacional no puede deducirse otra norma o principio general que defina o prescriba algo no previsto por una norma del sistema. Esa manera de pensar recuerda el *Geist des römischen Rechts* del ilustre von Ihering. Este propone descomponer los diversos institutos jurídicos y las normas que a ellos se refieren en sus "elementos lógicos". Luego, mediante un proceso de recomposición, llega a engendrar nuevos conceptos jurídicos que podrían tener un contenido más amplio que los institutos y las normas originales.

Un ejemplo de esta manera de razonar se puede hallar en el litigio entre Senegal y Guinea-Bissau que fue decidido por la sentencia arbitral del 31 de julio de 1989. Este último país sostenía que un tratado de límites suscripto por un Estado colonial sólo podia ser opuesto al Estado sucesor si tenía cierta antigüedad. En apoyo de su tesis, Guinea-Bissau no invocaba ninguna norma jurídica internacional, sino que se basaba en la lógica de la "institución" de la sucesión de Estados. El tribunal rechazó esa tesis y manifestó que Guinea-Bissau no había podido probar en el arbitraje la existencia de ninguna norma de derecho internacional que exigiera tal condición[47].

Uno de los árbitros, que no compartió la decisión del tribunal, precisó la pretensión guineana en los términos siguientes:

> La sentencia decide ... que 'Guinea-Bissau no ha podido probar en este arbitraje la existencia de ninguna norma de derecho internacional que exija esta condición' ... Hay aquí un error. En primer lugar, Guinea-Bissau no ha sostenido 'la existencia de una norma de derecho internacional'. Ella no ha invocado una norma, sino la lógica de la intitución"[48].

46 El término "contenido" es utilizado aquí como sinónimo de ámbito de validez material de la norma jurídica.

47 *R.G.D.I.P.*, 1990, p. 258.

48 "La sentence décide ... que 'la Guinée-Bissau n'a pu prouver, au cours de cet arbitrage, l'existence d'aucune norme de droit international exigeant cette condition' ... Il y a là une erreur. Tout d'abord la Guinée-Bissau n'a jamais soutenu ... 'l'existence d'une norme de droit international'. Elle a invoqué non pas une norme mais la logique de l'institution" (v. dis. del árbitro Bedjaoui, parágrafo 53).

Contrariamente a la concepción de Guinea-Bissau y a la del árbitro disidente, la "institución" no contiene otras prescripciones que aquellas establecidas en las normas que la constituyen. La institución, como algo distinto de las normas jurídicas que la configuran, no existe. Igualmente, el sistema o la estructura del derecho internacional no contiene más prescripciones o definiciones que aquellas contenidas en las normas jurídicas que lo componen. Por ello, no parece acertado afirmar que existen principios generales de derecho que pueden ser derivados del sistema del orden jurídico internacional y que son distintos de las normas del sistema. Si algún principio general de derecho puede ser deducido de aquél, ya está contenido en las normas jurídicas que lo configuran.

No se pueden incluir tampoco en la categoría indicada en el artículo 38, inciso 1, c, del Estatuto aquellas normas jurídicas cuyo contenido son principios generales de derecho, pero que han sido creadas de otra manera. En efecto, y tal como ya se ha expresado, hay normas convencionales y consuetudinarias que han consagrado principios generales de derecho. Estas normas no pertenecen a la categoría del artículo 38, inc. 1, c, sino que deben ser incluídas en los parágrafos a) o b) de dicho inciso (tratados o costumbre). Por la misma razón, no son principios generales de derecho en el sentido del artículo 38, 1, c), aquéllos que han sido aprobados mediante una resolución de una organización internacional. Al igual que en el caso anterior, se trata aquí de resoluciones de organizaciones internacionales que tienen como contenido principios generales de derecho pero que, por su modo de creación, no pueden ser tenidos por tales[49].

Es preciso distinguir asimismo entre los principios generales de derecho y un cierto "derecho privado general" al que ha recurrido a veces el Tribunal de La Haya. En ciertos litigios, éste ha tenido necesidad de aplicar el derecho interno de un Estado. Si bien el Tribunal está facultado para hacerlo, se ha mostrado siempre renuente en aplicar un derecho estatal determinado. En algunos casos en que ha debido examinar la validez de un acto jurídico según el derecho interno de un Estado, no ha

49 VERDROSS-SIMMA estiman que las resoluciones de las organizaciones internacionales y el consenso son modos cómo los Estados reconocen los principios generales de derecho (*op. cit.*, p. 386). A nuestro modo de ver, cuando un principio general de derecho es incluído en un tratado, en una costumbre, en una resolución de una organización internacional o en un acto unilateral, deja de ser un principio general en el sentido del art. 38, inc. 1, c, del Estatuto y pasa a ser, desde el punto de vista formal, otra fuente de derecho.

aplicado una norma de ese orden jurídico sino que ha preferido recurrir a un "derecho privado general", cuya existencia es discutible[50].

No pueden tampoco ser tenidos como principios generales de derecho ciertos principios que, según un tratado internacional, deben ser aplicados en un caso concreto. Por ejemplo, en el artículo 4 del compromiso arbitral del 2.II.1897 entre Gran Bretaña y Venezuela se estipulan ciertas reglas que el árbitro debía aplicar para decidir el litigio sobre una zona de la Guayana[51]. Resulta claro que se trata aquí de reglas que tienen su fundamento jurídico en un tratado internacional y no de principios generales de derecho.

Por último, los principos generales de derecho, como normas jurídicas que son, deben ser diferenciados de otras leyes pertenecientes a ámbitos ajenos al Derecho. Así, es preciso distinguirlos de las leyes de la lógica. Es posible que algunas reglas lógicas como el *modus ponens*, el principio de no contradicción o la ley de De Morgan sean consideradas como principios generales en materia de interpretación. Pero, en rigor de verdad, las reglas lógicas son meras leyes formales que no forman parte del orden jurídico.

5. La identificación de los principios generales de derecho

En la mayor parte de los órdenes jurídicos hay una o más normas que permiten reconocer cuáles son las demás normas que pertenecen a cada uno de ellos. Dichas normas indican alguna característica particular que permite identificar a las demás normas como pertenecientes al orden en cuestión. Por ejemplo, un elemento para reconocer las normas puede ser el haber sido aprobadas por el Parlamento, o haber sido dictadas por el Jefe del Estado, o haber sido publicadas en el Diario oficial, o que sus prescripciones estén contenidas en un Libro sagrado. Las normas que suministran las características o los criterios para identificar o reconocer las otras normas del sistema se denominan **reglas de reconocimiento**. Todo orden jurídico desarrollado cuenta con reglas de reconocimiento. Hay, por el contrario, algunos órdenes jurídicos primitivos que carecen de ellas[52].

50 P. ej. en *C.P.J.I.*, Série A, No. 5, p. 30, el Tribunal analizó la validez de un contrato de concesión a la luz "des principes qui semblent être généralement admis en matière de contrats". Comp. también *C.I.J.*, Recueil 1970, p. 37.

51 *N.R.G.*, 2ème Série, t. 29, p. 583.

52 Sobre esta cuestión, ver HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, p. 77 ss.

El derecho internacional cuenta con reglas de reconocimiento que permiten identificar, por ejemplo, las normas creadas por tratados internacionales[53], pero no hay ninguna regla que permita identificar el derecho consuetudinario[54].

Se plantea ahora la cuestión de determinar si en el derecho de gentes hay alguna regla de reconocimiento que permita identificar los principios generales de derecho o si, por el contrario, éstos forman parte, junto con el derecho consuetudinario, de lo que una parte de la doctrina denomina el derecho espontáneo.

La ubicación de los principios generales de derecho dentro de la teoría general de las fuentes del derecho internacional es una de las cuestiones más debatidas aún actualmente[55]. Por diversas razones, numerosos autores niegan la existencia de ciertas características que permitan reconocer los principios generales de derecho. Entre esas opiniones, hay dos que merecen nuestra atención debido a los análisis de que son precedidas y que aquí mencionaremos. Marek, Furrer y Martin se ocupan de este tema en el Repertorio de decisiones y de documentos del Tribunal permanente de Justicia internacional. Al examinar las fuentes del derecho internacional, distinguen entre el procedimiento de creación de normas y las normas ya creadas. Pero, al referirse a los principios generales de derecho, consideran que no es posible efectuar esta distinción y sólo se ocupan de ellos como normas ya establecidas[56]. Virally, por su parte, estima que los principios generales de derecho son "fuentes materiales de naturaleza jurídica"[57]. Este explica que las fuentes materiales son elementos exteriores al derecho internacional como, por ejemplo, los datos sociales, morales e ideológicos. Del mismo modo, los principios generales son, según Virally, ajenos al derecho de gentes pues están constituídos por principios comunes al conjunto de los sistemas jurídicos internos. Por esta razón, los considera como una fuente material que aporta elementos jurídicos al derecho internacional.

53 BARBERIS, "Le concept de 'traité international' et ses limites", *A.F.D.I.*, 1984, p. 246 ss.

54 BARBERIS, "Réflexions sur la coutume internationale", *A.F.D.I.*, 1990, p. 15 ss.

55 Ver, en este sentido, VITANYI, "Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de 'principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées'", *R.G.D.I.P.*, 1982, p. 48 ss.

56 MAREK, FURRER y MARTIN, *Les sources du droit international* (Répertoire des décisions et des documents de la procédure écrite et orale de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice; Série I, vol. 2), Genève, 1967, p. 9.

57 VIRALLY, "Panorama du droit international contemporain", *R.d.C.*, 1983-V, p. 171.

A nuestro modo de ver, los autores mencionados llegan a las conclusiones indicadas porque identifican las fuentes formales, o sea los modos de formación del derecho, con ciertos procedimientos dinámicos de creación jurídica como son el procedimiento legislativo o el convencional. Esta noción de fuente formal no cubre todas las formas de creación de derecho en ciertos órdenes jurídicos como, por ejemplo, el derecho canónico y el derecho internacional. En este sentido, para describir fielmente la realidad, conviene abandonar esa idea de fuente de derecho y, en su lugar, valerse de las reglas de reconocimiento, las cuales se hallan en todos los órdenes jurídicos desarrollados y, en cierta medida, también en el derecho de gentes. La regla de reconocimiento suministra ciertas características que nos permiten identificar las normas del sistema. Pero, estas características no consisten sólo en haber sido creadas mediante tal o cual procedimiento, sino que pueden consistir también en que sus prescripciones derivan de cierto texto tenido como fundamental[58]. En este caso, puede ocurrir también que ese texto cambie, posibilitando así que nuevas prescripciones puedan derivarse de él.

6. Las características de los principios generales de derecho

Según el resultado de nuestra investigación, es posible hallar ciertas características comunes de los principios generales de derecho que permiten identificarlos como tales y distinguirlos de las otras normas del orden jurídico internacional.

Los principios generales de derecho se aplican en el derecho internacional de manera supletoria, esto es, cuando no resulta aplicable al caso en cuestión ninguna otra norma[59]. Por ello, si se desea identificar los principios generales de derecho entre todas las normas que configuran el orden jurídico internacional, es preciso primeramente prescindir de todas aquellas que se han formado de otra manera: tratados, costumbre, actos unilaterales, resoluciones de organizaciones internacionales. Una vez efectuada esta eliminación, es posible identificar entre las restantes a los principios generales de derecho recurriendo a ciertas características que no se refieren a la forma cómo han sido creados, sino a su origen y a su contenido. Ellas son las siguientes:

58 Conf. HART, *op. cit.*, p. 92.

59 Conf.: *infra*, parágrafo 7.

a) Generalización de normas jurídicas pertenecientes al derecho interno

El examen de la práctica anterior a 1920 muestra que los principios generales aplicados tenían su origen en los ordenamientos jurídicos internos. Esta idea predominó también en el Comité de juristas encargado de elaborar el Estatuto del antiguo Tribunal permanente. De las actas de sesiones de dicho Comité se puede deducir que la tendencia que prevaleció en su seno fue la representada por los miembros anglosajones, Root y lord Phillimore. Este último explicó al Comité que los principios generales considerados por el proyecto de Estatuto eran aquellos aceptados por los Estados *in foro domestico*[60].

La jurisprudencia reconoce que los principios generales de derecho tienen su origen en el derecho interno de los diferentes Estados[61]. La doctrina, en general, comparte igualmente esta tesis. Si bien existe toda una serie de teorías sobre el fundamento de su validez, la mayoría de los autores está de acuerdo en que los principios generales de derecho son los aceptados por los Estados en sus órdenes jurídicos internos[62].

Los principios de derecho interno que conforman los principios generales de derecho son principalmente los relativos al derecho civil y al procedimiento civil, aunque pueden pertenecer también a otras ramas del derecho[63]. En cuanto al derecho civil, existe una analogía entre el régimen de los contratos y el de los tratados internacionales, entre el derecho sucesorio y la sucesión de Estados, entre la responsabilidad civil y la responsabilidad internacional y entre las disposiciones sobre la adquisición de la posesión y del dominio y las que se refieren a la adquisición

60 Cour Permanente de Justice Internationale - Comité Consultatif de Juristes, *Procès-verbaux des séances du Comité*, pp. 335 (opinión de lord Phillimore) y 344 (texto presentado por Root).

61 Conf. la exposición de la jurisprudencia efectuada por ROUSSEAU, *Droit international public*, París, 1970, t. I, pp. 380-388. Ls obras ya mencionadas de LAUTERPACHT y de CHENG confirman ampliamente este opinión.

62. Conf. SCERNI, *op. cit.*, p. 14. RIPERT, op. cit., *R.d.C.*, 1933-II, p. 580. RAESTAD, op. cit., *Acta scandinavica juris gentium*, 1933, pp. 72-73 SCHEUNER, "L'influence du droit interne sur la formation du droit international", *R.d.C.*, 1939-II, p. 157. GUGGENHEIM, "Contribution à l'histoire des sources du droit des gens", *R.d.C.*, 1958-II, p. 78, SØRENSEN, "Principes de droit international public", *R.d.C.*, 1960-III, p. 18 ss. VIRALLY, op. cit., *R.d.C.*, 1983-V, p. 171. PAU, *Le droit interne dans l'ordre international*, Napoli, 1985, pp. 34 y 35. BENADAVA, *op. cit.*, p. 27.

63 Conf. *C.I.J.*, Recueil 1966, pp. 294 y 295 (v. dis. de Tanaka).

de la soberanía territorial[64]. Respecto del orden procesal, el derecho de gentes ha tomado principios tales como el de la cosa juzgada y los que rigen el *onus probandi* y ciertos medios de prueba[65].

Tal como se ha expresado, los principios que configuran los principios generales de derecho tienen su origen en el derecho interno. Conviene subrayar que se trata aquí de normas jurídicas en vigor de los órdenes internos. No es necesario que sean leyes, sino que pueden ser decretos, costumbres o resoluciones administrativas, pero lo importante es que sean normas jurídicas vigentes.

Esta opinión no es compartida de manera unánime pues algunos juristas sostienen que los principios generales de derecho pueden estar constituídos por reglas provenientes de la equidad[66] o del derecho natural[67]. Es cierto que la equidad se aplica a veces en el orden jurídico internacional pero, es de observar que ello sólo ocurre cuando hay una norma del derecho consuetudinario[68] o del convencional[69] que dispone tal aplicación. Igualmente, es cierto que algunos principios generales de derecho son principios de derecho natural, pero ello se debe a que algu-

64 Ver, por ejemplo, la aplicación de los principios de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones en *C.P.J.I.*, Série A, No. 7, pp. 30 y 37-39; *C.I.J.*, Recueil 1974, pp. 268 y 473; Recueil 1988, p. 105; y *R.G.D.I.P.*, 1990, pp. 247 y 250, de *inadimplenti non est adimplendum* en *C.P.J.I.*, Série A/B, No. 70, p. 50 (v. dis. de Anzilotti) y del de sucesión de Estados en *C.P.J.I.*, Série A, No. 7, p. 41. En este sentido, ver el estudio de LAUTERPACHT en la parte II de su obra *Private Law Sources and Analogies of International Law*, p. 91 ss.

65 Ver, por ejemplo, una aplicación de los principios de cosa juzgada en *C.P.J.I.*, Série B, No. 11, pp. 28 y 31 y *C.I.J.*, Recueil 1954, pp. 53, de nulidad de sentencia en *C.I.J.*, Recueil 1954, p. 65 (v. ind. de Winiarski) y del de *nemo judex in re sua* en *C.P.J.I.*, Série B, No. 12, p. 32. En cuanto a los principios generales derivados del procedimiento civil, ver LAUTERPACHT, *op. cit.*, p. 203 ss.

66 Ver, p. ej., *C.I.J.*, Recueil 1969, p. 140 (v. ind. de Ammoun). En *C.I.J.*, Recueil 1970, p. 333 este juez sostiene que "l'équité *praeter legem*" es un "principe général du droit degagé des systèmes juridiques nationaux". Ver también, en el mismo sentido, *C.I.J.*, Recueil 1973, p. 250 (v. dis. de Ammoun).

67 Ver, p. ej., *C.I.J.*, Recueil 1969, p. 88 (v. ind. de Padilla Nervo). Este juez afirma que el art. 38, inc. 1, c, se refiere al "natural law of nations".

68 Ver, p. ej., *C.I.J.*, Recueil 1969, p. 47.

69 Ver, p. ej., arts. 74 y 83 de la convención de Montego Bay.

nos Estados aceptan estas reglas en sus órdenes jurídicos internos y son estos últimos los que dan origen a aquellos principios generales.

Si bien los principios generales de derecho provienen del derecho interno de los Estados, su contenido no es idéntico al de las prescripciones que los han inspirado. Los principios generales son una **generalización** de las normas jurídicas internas. Cada una de éstas es despojada de sus elementos particulares. Se obtiene así un conjunto de principios fundamentales que aparecen como constantes en un número considerable de legislaciones. Estas son precisamente los elementos universalizables que pasan a configurar el principio general en el orden jurídico internacional[70]. En este sentido, se suele mencionar el voto individual de Sir Arnold McNair anexo a la opinión consultiva del Tribunal Internacional de Justicia del 11.VII.1950. Este afirma que el derecho internacional ha tomado y continúa tomando un gran número de reglas de los sistemas de derecho privado. Expresa también que cuando el orden internacional recurre a esta fuente, no toma la institución tal cual se presenta en los órdenes jurídicos internos, sino solamente sus principios[71].

La generalización que se lleva a cabo a partir de las normas de los derechos internos tiene como resultado, según ya se ha señalado, que se presenta una diferencia entre el contenido del principio general de derecho y el de las normas jurídicas internas. Esta diferencia en el contenido de las normas jurídicas es uno de los elementos que permite distinguir con cierta precisión entre los casos de creación de una norma consuetudinaria mediante leyes internas y aquéllos de formación de un principio general de derecho. En efecto, las leyes internas tienen un contenido similar al de la costumbre a la que han dado origen mientras que el principio general de derecho es sólo una generalización de las normas jurídicas internas.

b) Reconocimiento por la generalidad de los miembros de la comunidad internacional

Los principios generales de derecho, según se ha expresado, se forman mediante una **generalización** de las normas provenientes del derecho interno de los Estados. Pero, esta generalización no toma como base un solo orden jurídico. Cuando el Comité consultivo de Juristas trató esta

70 Conf.: DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, Paris, 1953, p. 426. SØRENSEN, op. cit., *R.d.C.*, 1960-III, p. 25. VERDROSS, *Die Quellen des universellen Völkerrechts*, p. 127.

71 *C.I.J.*, Recueil 1950, p. 148. Ver también *C.I.J.*, Recueil 1970, p. 66, nota 4 (v. ind. de Sir Gerald Fitzmaurice).

cuestión en 1920, lord Phillimore hizo referencia a principios generales "aceptados por todas las naciones"[72] y el artículo 38, inciso 3, del Estatuto finalmente aprobado hablada de principios generales "reconocidos por las naciones civilizadas".

La doctrina considera generalmente que "nación civilizada" es todo Estado que pertenece a la comunidad internacional y que en sus relaciones para con los otros Estados se ajusta a las normas del derecho de gentes[73]. La concepción de "nación civilizada" obedece a una época ya superada en las relaciones internacionales en la que se solía distinguir entre los miembros de la comunidad internacional, originariamente formada sólo por las potencias cristianas de Europa, y los demás pueblos. La comunidad internacional fue aumentando progresivamente al ingresar en ella los Estados Unidos de América, las naciones de América Latina y los pueblos de Oriente. El proceso de descolonización, que casi ya ha concluído, y el ingreso de los nuevos Estados en el seno de las Naciones Unidas han hecho que la comunidad internacional haya adquirido un carácter universal. Por lo tanto, la noción de "nación civilizada" fundada en el concepto de Estado perteneciente a la comunidad internacional es hoy prácticamente una tautología pues no puede afirmarse que existan naciones situadas fuera de ella[74].

Cabe preguntarse ahora qué número de Estados ha de reconocer en sus órdenes jurídicos determinadas normas para que se forme un principio general de derecho. Si se recurre a la práctica jurisprudencial para precisar cómo los tribunales internacionales comprueban la existencia de un principio general de derecho, no se obtiene mucha información. Las sentencias dan la impresión de que los jueces se basan a menudo en su propia intuición, inspirados seguramente por los sistemas jurídicos que les resultan más familiares. Los jueces, en general, no indican explícitamente el procedimiento seguido para comprobar la existencia de los principios generales en que fundan su decisión[75].

72 "... les principes généraux visés par le No. 3 sont ceux qui sont acceptés par toutes les nations *in foro domestico* ..." (Cour Permanente de Justice Internationale - Comité Consultatif de Juristes, *op. cit.*, p. 335).

73 KUNZ, "Zum Begriff der 'nation civilisée' im modernen Völkerrecht", *Z.ö.R.*, t. VII, 1928, p. 96. SCHINDLER, "Völkerrecht und Zivilisation", *Schw. J.i.R.*, 1956, p. 90.

74 Conf.: *C.I.J.*, Recueil 1969, pp. 132-134 (v. ind. de Ammoun); Recueil 1970, p. 309 (v. ind. de Ammoun).

75 SØRENSEN, "Principes de droit international public", *R.d.C.*, 1960-III, p. 18. BOTHE, "Die Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Praxis internationaler Gerichte", *Z.a.ö.R.V.*, 1976, p. 283.

La conducta de los tribunales internacionales en esta materia no puede ser interpretada como una actitud arbitraria, sino que tiene su explicación. Si se examinan los principios genrales que la jurisprudencia aplica, se podrá comprobar que se trata de principios que son fundamentales en todo orden jurídico y que, en la mayoría de los casos, tienen su origen en el derecho romano. Este sirvió de base a los códigos de los países que adoptaron el sistema continental europeo y ha inspirado, aunque en menor medida, el *common law*. Por esta razón, se trata de principios que, a criterio de quien posee una formación jurídica, aparecen como evidentes. Así, no parece que sea necesario emprender un estudio de derecho comparado para demostrar la vigencia de principios tales como los de *res inter alios acta, res judicata* o *qui propriam turpitudinem allegat non est audiendus*. A veces, se trata de principios tan ampliamente conocidos que la jurisprudencia los ha calificado como principios de "sentido común"[76].

En aquellos casos en que no resulta evidente que un principio general reconoce como origen normas vigentes en la casi totalidad de los órdenes jurídicos estatales, es preciso realizar un análisis de derecho comparado[77]. La tarea no consiste en buscar de manera mecánica una coincidencia en el texto de las normas pertenecientes a los distintos órdenes jurídicos internos, sino que lo esencial es poder determinar un fondo común al conjunto de los derechos internos analizados. Se trata de precisar la *ratio legis* y los principios fundamentales que, en los distintos órdenes jurídicos internos, son comunes a una institución determinada[78].

Existen, sin embargo, algunas excepciones. Ver, p. ej., *C.P.J.I.*, Série A/B, No. 62, pp. 49 y 50 (v. ind. de Séfériadès, juez *ad hoc*); Série A/B, No. 70, pp. 76 y 77 (v. ind. de Hudson); *C.I.J.*, Recueil 1973, p. 249 (v. ind. de Ammoun).

76 "... That general principle of law is, in turn, no more than a principle of common sense" (*C.I.J.*, Recueil 1957, p. 50, v. ind. de Lauterpacht). Conf. también las decisiones de la Comisión de reclamaciones mexicano-norteamericana en los casos Mallén (*R.I.A.A.*, vol. IV, p. 182) y Kling (*R.I.A.A.*, vol. IV, p. 582).

77 Conf.: SØRENSEN, "Principes de droit international public", *R.d.C.*, 1960-III, p. 23. SEIDL-HOHENVELDERN, "Die Rolle der Rechtsvergleichung im Völkerrecht", *Völkerrecht und rechtliches Weltbild* (Festschrift für Alfred Verdross), Wien, 1960, p. 253 ss. MOSLER, "Rechtsvergleichung vor völkerrechtlichen Gerichten", *Internationale Festschrift für Alfred Verdross*, München-Salzburg, 1971, p. 401. HAILBRONNER, "Ziel und Methoden völkerrechtlich relevanter Rechtsvergleichung", *Z.a.ö.R.V.*, 1976, p. 205 ss.

78 Conf.: REUTER, *Droit international public*, 6a. ed., Paris, 1983, p. 118.

En cuanto al número de órdenes jurídicos internos que han de ser incluídos en el estudio del derecho comparado, se han de considerar aquéllos que sean representativos de los diferentes sistemas jurídicos que existen en la comunidad internacional[79]. Se han de tomar en cuenta principalmente aquellos órdenes jurídicos que, en la materia que interesa, aparecen como los más evolucionados. En este análisis, no es preciso tomar en consideración aquellos Estados que, debido a una crisis económica, a una guerra o a otra causa importante, han dictado leyes de emergencia que pueden hallarse en contradicción con el derecho de los demás Estados. En cuanto a los litigios sometidos al Tribunal Internacional de Justicia, los estudios de derecho comparado se ven facilitados debido a su composición. En efecto, el artículo 9 de su Estatuto prevé que los miembros del Tribunal deben representar, en su conjunto, los principales sistemas jurídicos el mundo.

Es posible comprobar algunas veces en la jurisprudencia que se aplican principios generales tomados de un solo sistema jurídico. Así, por ejemplo, hay sentencias que aplican el principio de *estoppel*, regla perteneciente al derecho anglosajón. Otro tanto ocurre con la excepción de *clean hands*, reconocida por algunos tribunales arbitrales[80]. Esto no significa que, para la formación de un principio general de derecho, resulta suficiente que una regla sea reconocida sólo por uno de los sistemas jurídicos del mundo. Existen instituciones que reciben una denominación en un sistema jurídico y son conocidas en otros con una designación diferente, por ejemplo, algunas sentencias arbitrales identifican el *estoppel* del derecho anglosajón con el principio *venire contra factum proprium* del derecho continental[81].

---

79 Conf.: HAILBRONNER, op. cit., *Z.a.ö.R.V.*, 1976, p. 207. BOTHE, op. cit., *Z.a.ö.R.V.*, 1976, p. 292.

80 Conf.: GARCIA ARIAS, "La doctrina de 'clean hands' en droit international public", *Estudios jurídico-sociales* (Homenaje al Profesor Luis Legaz y Lacambra), Zaragoza, 1960, t. II, p. 1155 ss.

81 "... In international jurisprudence one finds decisions based on the *non concedit venire contra factum proprium* principle which corresponds to the Anglo-Saxon institution of estoppel" (Decisión de la Comisión de conciliación ítalo-norteamericana del 20.IX.1958 en el caso Flegenheimer, *R.I.A.A.*, vol. XIV, p. 378). "... Ce n'est que si une telle reconnaissance avait été prononcée, que la Comissión de Conciliation aurait été en mesure d'examiner l'*applicabilité* de l'objection résultant du principe de l''estoppel' (non concedit venire contra factum proprium)" (Decisión de la Comisión de Conciliación franco-italiana del 9.VII.1962 en el caso "Différends Sociétés Dufay et Gigandet et autres", *R.I.A.A.*, vol. XVI, p. 219).

Con motivo de la constitución de organizaciones internacionales regionales se ha planteado la cuestión acerca de la posibilidad de la formación de principios generales de derecho regionales. En esta hipótesis, la existencia de ciertas normas comunes a los órdenes jurídicos de los Estados de la región podría dar origen a principios generales de derecho válidos solamente en el ámbito regional. En este sentido, el Tribunal de las Comunidades europeas aplica en sus sentencias reglas de derecho administrativo que son comunes a los Estados miembros[82].

En el derecho internacional, los tratados tienen como destinatarios de sus normas sólo aquellos Estados que los han concertado. Puede haber tratados bilaterales, regionales y también de carácter universal. En el derecho consuetudinario, la práctica internacional muestra ejemplos de costumbres bilaterales, regionales y generales. Pero, por el contrario, no es posible la formación de principios generales de derecho regionales ni bilaterales[83]. La base esencial de los principios generales está dada por ciertas disposiciones fundamentales que son comunes a la generalidad de los órdenes jurídicos de los miembros de la comunidad internacional. Además, en la práctica internacional, nunca se ha aplicado un principio de carácter regional o bilateral. Los principios generales formados por el derecho de los Estados miembros a que recurre el Tribunal de Luxemburgo en sus sentencias pueden tener como fundamento de validez un tratado, un acuerdo tácito o una costumbre regional, pero no pueden ser los principios generales de derecho previstos en el artículo 38, inciso 1, c), del Estatuto.

c) Transferibilidad de los órdenes jurídicos internos al derecho internacional

Un principio de derecho que es común a la generalidad de los miembros de la comunidad internacional requiere, para constituir un principio general de derecho, que por razón de su contenido, pueda pasar de los órdenes jurídicos internos al derecho internacional[84]. Esto se da en la medida en que existe una analogía entre el derecho estatal y

82 Ver la jurisprudencia en BOTHE, op. cit., *Z.a.ö.R.V.*, 1976, p. 285.

En teoría, aceptan la posibilidad de principios generales de derecho de carácter regional: VERDROSS-SIMMA, *op. cit.*, p. 385. VAN HOOF, *Rethinking the Sources of International Law*, Deventer-Antwerp-Boston-Frankfurt-London, 1983, pp. 141 y 142.

83 Conf.: SØRENSEN, op. cit., *R.d.C.*, 1960-III, p. 30.

84 Conf.: BOTHE, op. cit., *Z.a.ö.R.V.*, 1976, p. 294. VERDROSS-SIMMA, *op. cit.*, p. 384.

el derecho internacional y en la medida en que no existen normas en el derecho de gentes que regulan la situación en cuestión[85]. Este fenómeno de transferencia de principios generales de derecho al orden internacional ha pasado por diferentes momentos. Por ejemplo, a fines del siglo pasado y comienzos del presente muchas normas sobre el derecho de los tratados eran principios generales de derecho provenientes del régimen de los contratos en el derecho privado. Luego, algunas de las normas adquirieron carácter consuetudinario y un cierto número de ellas, más tarde, fue objeto de codificación en la Conferencia de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados. A medida que el derecho internacional se fue estructurando mediante nuevas normas consuetudinarias y a través de convenciones generales sobre ciertos temas, los principios generales de derecho han ido perdiendo importancia. Pero, en las dos últimas décadas la formación de principios generales de derecho ha cobrado nuevo vigor debido a los convenios entre Estados y empresas denominados "convenios de desarrollo" o "convenios cuasi-internacionales", que se hallan regidos por el derecho internacional[86]. Estos acuerdos generalmente tienen por objeto cuestiones para las que no existe un régimen específico en el derecho de gentes y que guardan similitud con el derecho privado. Por esta razón, los principios generales de derecho resultan aplicables a este tipo de acuerdos.

Por el contrario, el pasaje de un principio al derecho de gentes no puede ocurrir cuando resulta incompatible con normas jurídicas internacionales ya existentes. La transferibilidad de principios al derecho inter-

85 Uno de los estudios más detallados de analogía entre los dos órdenes es la obra de LAUTERPACHT, *Private Law Sources and Analogies of International Law.*

86 Conf.: BÖCKSTIEGEL, *Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen*, Frankfurt am Main, 1971, p. 303 ss. FISCHER, *Die internationale Konzession*, Wien-New York, 1974, pp. 447 y 451. WEIL, "Droit international et contrats d'Etat", *Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, 1981, p. 581. BARBERIS, "Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale", *R.d.C.*, 1983-I, pp. 205 y 206.

En cuanto a la jurisprudencia, ver la sentencia arbitral en el caso "Texaco/Calasiatic c. Libia" (19.I.1977), *J.D.I.*, 1977, pp. 353 y 357.

nacional ha sido objeto de debate en varias oportunidades ante tribunales internacionales[87].

7. Régimen de los principios generales de derecho. Su carácter supletorio

Si bien las reglas del derecho interno que dan origen a los principios generales de derecho son, en su gran mayoría, normas de derecho escrito, estos últimos no están expresados en término de lenguaje, pertenecen al derecho no escrito.

Para la aplicación de un principio general de derecho a un caso concreto no es necesario que él haya sido aceptado por los Estados en litigio. La jurisprudencia no establece como requisito que el principio haya sido reconocido por las Partes en el conflicto, sino que resulta suficiente que sea admitido por una generalidad de Estados que sea representativa de los diferentes sistemas jurídicos existentes en la comunidad internacional.

En la práctica no se ha presentado hasta ahora ningún caso en el que un Estado haya pretendido la no aplicación de un principio general de derecho en virtud de haberse opuesto a él de un modo claro y reiterado (*persistent objector*).

En el orden jurídico internacional, los principios generales de derecho se aplican de manera supletoria[88]. Esto significa que los principios generales ceden ante la presencia de una norma jurídica internacional

87 En cuanto a la transferibilidad al derecho internacional de la noción de servidumbre del derecho civil, ver *C.P.J.I.*, Série A, No. 1, p. 24 y p. 43 (v. dis. de Schücking, juez nacional) y Série C, No. 13-IV, t. I, pp. 200-202, 274 y 275.

Acerca de la transferibilidad de la noción de representación, ver SERENI, "La représentation en droit international", *R.d.C.*, 1948-II, pp. 121 ss. y 134.

Respecto de las normas de procedimiento, ver la imposibilidad de transferir algunos principios del derecho interno al internacional en VON MANGOLDT, "La comparaison des systèmes de droit comme moyen d'élaboration de la procédure des tribunaux internationaux", *Z.a.ö.R.V.*, 1980, pp. 564 y 565.

88 Conf.: SØRENSEN, "Principes de droit international public", *R.d.C.*, 1960-III, p. 34. AKEHURST, "The Hierarchy of the Sources of International Law", *B.Y.B.*, 1974-75, p. 279. Conf. también: *C.P.J.I.*, Série A, No. 13, p. 27 (v. dis. de Anzilotti); *C.I.J.*, Recueil 1951, p. 147 (v. ind. de Alvarez).

originada de cualquier otra manera como, por ejemplo, una norma convencional, una costumbre o un acto jurídico unilateral. Algunos autores afirman que no siempre la aplicación de los principios generales de derecho es de carácter supletorio pues, a veces, se aplican también para interpretar normas convencionales[89]. Sin embargo, cabe señalar que en esa hipótesis la aplicación de los principios generales de derecho en materia de interpretación es también de carácter supletorio pues ella sólo tiene lugar cuando no hay reglas de interpretación convencionales o consuetudinarias aplicables al caso concreto.

Por último, cabe señalar que los principios generales de derecho, así como se forman a partir de los órdenes jurídicos internos, dejan también de existir cuando éstos se modifican. Así, es posible que un principio general de derecho pierda validez porque ya no aparece como reconocido por la generalidad de los Estados que representa los distintos sistemas jurídicos del mundo.

8. Consideraciones generales

Según se ha expuesto en este estudio, existe desde los orígenes del derecho de gentes la práctica de aplicar supletoriamente a las relaciones internacionales principios generales aceptados por los órdenes jurídicos de los Estados pertenecientes a los distintos sistemas jurídicos del mundo. En los primeros siglos de formación del derecho internacional la aplicación de estos principios fue habitual. Pero, a medida de que el orden internacional fue completando su régimen jurídico, ésta se hizo menos frecuente. Sin embargo, en los últimos decenios la aplicación de los principios generales de derecho cobró nuevo auge debido a la aparición de los convenios cuasi internacionales, concertados entre Estados y empresas extranjeras, y que forman parte del derecho internacional.

Las normas jurídicas internacionales que tienen carácter de principios generales de derecho no pueden ser reconocidas mediante ciertas características propias de su modo de creación, como ocurre con los tratados o con las resoluciones de las organizaciones internacionales.

Para reconocer los principios generales de derecho dentro del complejo de normas que constituyen el orden jurídico internacional, es preciso dar dos pasos sucesivos. En primer término, se debe prescindir de todas aquellas normas jurídicas que han sido creadas de alguna manera determinada: costumbres, tratados, actos jurídicos unilaterales, resolu-

89 En ese sentido, ver VERDROSS-SIMMA, *op. cit.*, p. 389.

ciones de organizaciones internacionales, sentencias judiciales o arbitrales. En segundo lugar, entre las normas jurídicas restantes, los principios generales de derecho pueden ser reconocidos por su contenido: se trata de principios que provienen de una generalización de normas de los órdenes jurídicos de los Estados pertenecientes a los distintos sistemas jurídicos del mundo y que son transferibles al orden internacional. Por consiguiente, resulta que la regla de reconocimiento que permite identificar los principios generales de derecho expresa que éstos son aquellas normas jurídicas no creadas por ninguna otra manera determinada y que poseen un contenido con las características ya enunciadas.

Esto no significa que los principios generales de derecho son una mera fuente material, como alguna vez se ha afirmado. Estos principios se aplican en el derecho internacional en virtud de una norma consuetudinaria que autoriza su aplicación supletoria. Es decir, una norma de costumbre indica que, en ausencia de otra norma jurídica internacional y en ciertas situaciones, se aplicarán supletoriamente los principios generales de derecho.

En la doctrina es objeto de debate si los principios generales de derecho forman parte del derecho internacional o si, por el contrario, son reglas que no pertenecen al orden jurídico internacional y a las cuales se recurre en determinadas circunstancias. En este sentido, algunos autores afirman que se trata de una autorización dada al juez internacional, en los casos en que no hay una norma que decida la controversia, para recurrir a normas de los órdenes jurídicos internos[90]. Otros expresan que habría un reenvío del derecho de gentes a los órdenes jurídicos estatales[91]. En rigor de verdad y según una descripción fiel de la realidad, los principios generales de derecho son normas que forman parte del orden jurídico internacional[92]. Son normas jurídicas no escritas y de aplicación supletoria, pero que se hallan dentro del derecho internacional.

90 MORELLI, "Cours général de droit international public", *R.d.C.*, 1956-I, pp. 470 y 471.

91 STREBEL, "Quellen des Völkerrechts als Rechtsordnung", *Z.a.ö.R.V.*, 1976, p. 339 ss.

92 Conf.: VERDROSS, *Die Quellen des universellen Völkerrechts*, p. 126. MOSLER, op. cit., *R.d.C.*, 1974-IV, p. 138. PAU, *Le droit interne dans l'ordre international*, p. 35.

Abreviaturas utilizadas. *A.D.*: Annual Digest and Reports of Public International Law Cases. *Annuaire*: Annuaire de l'Institut de Droit International. *A.F.D.I.*: Annuaire Français de Droit International. *B.Y.B.*: The British Year Book of International Law. *C. e St.*: Comunicazioni e Studi (Istituto di Diritto internazionale e straniero della Università di Milano). *C.I.J.*: Cour Internationale de Justice. *C.P.J.I.*: Cour permanente de Justice internationale. *C.T.S.*: Parry, The Consolidated Treaty Series. *F.R.*: Papers relating to the Foreign Relations of the United States. *F.W.*: Die Friedens-Warte. *J.D.I.*: Journal du Droit International. *N.R.G.*: Martens, Nouveau Recueil Général de Traités. *Ö.Z.ö.R.*: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht. *R.d.C.*: Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye. *R.D.I.*: Revue de Droit International. *R.G.D.I.P.*: Revue Générale de Droit International Public. *R.I.A.A.*: Reports of International Arbitral Awards. *Schw. J.i.R.*: Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht. *T.A.M.*: Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix. *v. dis.*: voto disidente. *v. ind.*: voto individual. *Z.a.ö.R.V.*: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. *Z.ö.R.*: Zeitschrift für öffentliches Recht.