

citas. Punto básico el compromiso de no reconocer la validez de operaciones relativas a objetos, muebles o inmuebles, cuando hubiere ocurrido infracción a las disposiciones por las cuales alguna de las partes contratantes tenga prohibida, conforme a su legislación, la enajenación o la exportación de tales objetos. Para ello serían precisos los buenos oficios de nación a nación con el fin de hacer las repatriaciones y restituciones convenientes; lo mismo que el establecimiento de principios sobre la buena fe de los adquirientes y formalidades de las reclamaciones. El proyecto está en vía de enmienda, en conformidad con las sugerencias de todos los gobiernos miembros de la Sociedad, a los cuales se pasó en consulta.

Así, la convención para proteger muebles de valor histórico, el pacto Roerich y el proyecto del Instituto de Cooperación Intelectual, una vez perfeccionado, vienen a completarse y a formar un todo armónico.

EDUARDO GUZMAN ESPONDA.

Los principios generales de derecho como fuente del derecho de gentes

La cuestión cardinal que se presenta en relación con los llamados "Principios Generales de Derecho", es la de saber si, aparte de la costumbre internacional y de los tratados, existen otras fuentes jurídicas llamadas a regir las relaciones entre los sujetos del Derecho Internacional. Porque es obvio que si sólo las convenciones entre Estados y la costumbre internacional constituyen fuentes del Derecho Internacional, los principios generales de derecho, que en verdad no se confunden con las dos fuentes mencionadas, no pueden ser clasificados como fuente genuina del Derecho de Gentes. Empero, como la tesis de la exclusivi-

dad de las dos fuentes dichas, la de carácter contractual y la consuetudinaria, ha sido generalmente admitida, preciso es entrar a investigar si tal tesis corresponde a la realidad de los hechos jurídicos propios de la convivencia internacional.

Y si se logra establecer que los *principios generales de derecho* son fuente del Derecho de Gentes, surgirá entonces un arduo problema, cual es el de saber qué principios de derecho son de alcurnia tan elevada, cuáles contienen un tan profundo significado de conveniencia y equidad, cuáles son tan fundamentalmente justos, que, universalmente aceptados, puedan, en concreto, ser erigidos en fuente inmediata del Derecho Internacional.

— I —

Para demostrar que la práctica internacional acepta como categoría aparte de los tratados y de la costumbre internacional, y en calidad de fuente del Derecho Internacional, una categoría que comprende ciertas reglas jurídicas, que son justamente “los principios generales de derecho”, suelen citar los expositores y entre ellos el eminente Profesor Verdross, de la Universidad de Viena, numerosas sentencias arbitrales dictadas en litigios internacionales en cuya parte motiva fueron presentados como fundamentos para decidir, los principios de derecho referidos. Cita así Verdross la sentencia arbitral dictada en negociado entre la Gran Bretaña y la Argentina, fechada el 1º de agosto de 1870, en la cual hubo de sentarse como *principio de jurisprudencia universal*, que “quien usa de su derecho a nadie ofende” (*qui suo jure utitur nemini laedit*).

Menciona también el Profesor Verdross como informante de la vigésima primera comisión del Instituto Europeo de Derecho Internacional para su sesión de Oslo, de 1932 (V. *Annuaire de l'Institut*, 1932) la muy renombrada sentencia arbitral, dictada, en asunto controvertido entre Inglaterra y Portugal, por el Senado de Hamburgo, el 21 de octubre de 1861, e internacionalmente conocido con el nombre de asunto de “*Youille Shortridge & Co.*”. Se trataba de resolver en ese fallo hasta qué límite, por razón del tiem-

po transcurrido, son exigibles los intereses, punto éste no definido, ni en los tratados, ni en costumbre internacional alguna, y el tribunal arbitral mencionado hubo de referirse al derecho común, según el cual el cúmulo de intereses atrasados se detiene cuando alcanza la cuantía del principal. He aquí los términos precisos de la sentencia arbitral mencionada: “Por cuanto la cuantía de los gastos expresados no fue impugnada por el Gobierno portugués, habrá lugar a tener en cuenta desde luego la cantidad de libras 2.589.14.1. E igualmente parece equitativo reconocer al Gobierno de la Gran Bretaña los intereses de esta suma al 6 por ciento a partir de 1839. Pero, como según el derecho común, el cúmulo de los intereses atrasados se detiene cuando alcanza al monto del principal (*Dig. de cond. ind.*, 12; Código, *de usuris*, 10, 32) se deben restringir los intereses por tal motivo a libras 2.589.14.1”. Puede consultarse este fallo en el T. II del *Recueil des Arbitrages Internationaux* de Lapradelle et Politis, pág. 108.

El *principio general del derecho civil* según el cual los daños y perjuicios deben contener una indemnización, no solamente por el daño que se sufrió sino también por la ganancia de la cual fue privado el damnificado, es igualmente aplicable a los *litigios internacionales*, fue postulado sentado por sentencia arbitral de 29 de noviembre de 1902, dictada en asunto entre los Estados Unidos y Rusia. (Asunto del *Cape Horn Pigeon* y otros navíos).

También se ha solido citar sobre estas materias la sentencia de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya de fecha 11 de noviembre de 1912, en la cual hubo de señalarse como contrario a la equidad presumir una responsabilidad del Estado deudor más rigurosa que la impuesta al deudor privado en *gran número de legislaciones europeas*.

Finalmente, muy digna de especial mención, es la sentencia dictada por la Corte de Justicia Centro-Americana en un conflicto entre El Salvador y Nicaragua referente al Golfo de Fonseca, fallo en el cual se dijo: “Gracias al principio universal establecido por el derecho romano y fielmente observado en el derecho moderno, los dueños en co-

munidad o comuneros no pueden efectuar ningún acto de disposición de una cosa poseída en común sino conjuntamente o con el consentimiento de todos".

Y cumple hacer aquí una observación fundamental en relación con el punto materia del presente análisis y es la de que todos los fallos citados fueron aceptados por los Estados que figuran como partes en los compromisos respectivos. Y ninguno de esos Estados protestó por haber sido fundados tales fallos en simples *principios generales de derecho*.

Por otra parte, el artículo 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional de La Haya, disposición ésta de especial interés para Colombia con motivo de la aprobación del Protocolo de Río de Janeiro que con dicho artículo directamente toca, consagra, a no dudarlo, como fuente del Derecho Internacional, los principios generales de derecho.

Tal disposición reza así:

"La Corte aplica:

"1° Las convenciones internacionales, ya generales, ya especiales que establezcan reglas expresamente reconocidas por los Estados en litigio;

"2° La costumbre internacional como prueba de una práctica general aceptada como derecho;

"3° Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

"4° Con reserva de lo dispuesto en el artículo 59, las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas más autorizados como medio auxiliar de determinar las reglas de derecho.

"La presente disposición no menoscaba la facultad que tiene la Corte, si las partes están de acuerdo, de decidir *ex aequo et bono*".

Mas he aquí que esta disposición de Derecho Internacional convencional suscita una serie de problemas de interpretación o alcance, cuyo estudio es pertinente en el presente escrito y que brevemente serán examinados.

En primr lugar ocurre preguntar: ¿El artículo 38 transcrito del Estatuto de la Corte ha introducido una fuente nueva del Derecho Internacional? ¿O tiene, por el contrario, valor meramente declarativo, o sea el de reconocimiento expreso de una norma de antemano aceptada por el Derecho Internacional en lo que toca con los llamados principios generales de derecho?

Contestar afirmativamente la primera pregunta, como lo han hecho algunos expositores, equivale a admitir que la aplicación de los principios generales de derecho tiene carácter convencional en el artículo 38 referido, quedando así reservado el dominio de aplicación de los *principios generales de derecho* exclusivamente a los asuntos sometidos a la decisión de la Corte Permanente de Justicia Internacional de La Haya. En tal supuesto, dichos principios generales de derecho no alcanzan a la categoría de fuente general del Derecho de Gentes aplicable a toda clase de litigios internacionales sobre los cuales no esté decidiendo la Corte de La Haya, o, en otros términos, como lo observa con razón Verdross, que dichos principios serían extraños al Derecho de Gentes.

Parece, por tanto, que no obstante la considerable autoridad de los expositores que han propugnado la tesis de que los principios generales de derecho son fuente del Derecho Internacional, exclusivamente dentro de la órbita judicial de la Corte Permanente de Justicia Internacional de La Haya, la tendencia de los internacionalistas ha sido, en los últimos tiempos, la de admitir la concepción contraria, ya por los antecedentes que se dejan aquí descritos correspondientes a fallos arbitrales internacionales, ya porque sería poco cuerdo suponer que los autores del Estatuto de la Corte llegaron a aceptar que los litigios internacionales podían ser resueltos de acuerdo con normas que no tenían valor, ni fuerza internacional cuando se desarrollaron los acontecimientos hoy *sub judice*; y, finalmente, por cuanto la historia fidedigna de la disposición que se estudia, tal como aparece en las actas del Comité encargado por el Consejo de la Liga de las Naciones de la elaboración del

Proyecto de Estatuto de la Corte, así lo establece claramente.

Los principios generales de derecho de que habla el artículo 38 del Estatuto y que son objeto del presente estudio, ¿serán acaso los principios nacidos en la vida, justamente, de las relaciones internacionales? Pudiera creerse ello a primera vista. Mas no es así. Se trata, en verdad, de principios nacidos en el derecho interno de los distintos países civilizados. No se confunden, por tanto, los principios generales de derecho de que se ha venido hablando con los principios de Derecho Internacional, tal como resultan éstos de la práctica de los Estados o de lo convenido en los tratados. Si así no fuera y miradas las cosas especialmente en relación con el expresado artículo 38 del Estatuto de la Corte, se tendría que el ordinal 3º de tal disposición que hace referencia a los principios generales de derecho, sería una repetición inútil del contenido de los ordinales 1º y 2º que precisamente tratan de esas otras dos fuentes del Derecho Internacional, es, a saber, la costumbre internacional y los tratados.

En otros términos, como hubo de observarlo Lord Phillimore en el curso de la elaboración del artículo 38 del Estatuto, se trata de "principios generales que son aceptados por todas las naciones *in foro domestico*".

Los principios generales de derecho de que se viene hablando, para que constituyan fuente positiva del Derecho de Gentes, deben ser reconocidos por las naciones civilizadas. En principio no bastaría que sólo fueran reconocidos por algunas de ellas. No constituirían así el reflejo de la conciencia jurídica de la humanidad. No podrían, por tanto, obligar a los Estados mismos.

Por otra parte, tienen valor simplemente subsidiario en relación con las otras dos fuentes del Derecho de Gentes. No podrían, desde luego, ser sobrepuestos al derecho internacional convencional, por cuanto es bien sabido que en estas materias domina el principio de *pacta sunt servan-*

da. Así miradas las cosas, el derecho internacional convencional o consuetudinario tendría las prerrogativas del derecho especial.

Acerca de esta función *subsidiaria* y *complementaria* de los principios generales de derecho, interesa anotar el doble carácter que les señala el internacionalista moderno Habicht: "Puede ocurrir que una regla de derecho internacional positivo no sea suficientemente clara y permita interpretaciones diferentes. En este caso, los principios generales de derecho deben influenciar a la Corte en la elección que se va a hacer. La Corte se pronunciará en el sentido de la solución que esté más en armonía con los principios generales de derecho. La Corte recurrirá igualmente a estos principios si el derecho convencional o consuetudinario guarda silencio completo. Los principios generales de derecho serán aplicados en un procedimiento ordinario a título interpretativo y supletivo. Su función será *juris adjuvandi et supplendi gratia*" (V. Habicht: El poder del Juez Internacional de estatuir *ex aequo et bono*, T. 49, Recueil des Cours, Academie de droit international).

Sirve para complementar lo anotado hasta ahora el contenido del ord. 4º del artículo 38 del Estatuto, el cual establece que la Corte debe también aplicar: las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas más autorizados como medio auxiliar de determinar los principios generales de derecho.

Ha sido suscitada la cuestión de si esta disposición erige también en fuente del Derecho de Gentes la jurisprudencia de los países y la doctrina de los autores, en el sentido de constituir una fuente adicional a las fuentes ya mencionadas o sea al derecho convencional, al consuetudinario y a los principios generales de derecho.

Ocurre a este propósito que los antecedentes históricos acerca del origen del precepto que se está estudiando establecen que "la jurisprudencia y la doctrina de los autores" fueron incorporados en él en calidad de simples auxiliares en la investigación jurídica de los principios objetivos de

derecho preexistentes, o en otros términos, que su función no es la de crear derecho, sino la de investigar acerca de su existencia, dilucidar y precisar su alcance. Pudiera decirse con Bartín, al referirse él a las fuentes del Derecho Internacional Privado, que las aludidas no son fuentes *imperativas* del derecho sino simplemente fuentes *didácticas* de éste (V. Bartín, *Principes de Droit International Privé*, T. I, pág. 70).

Como por otra parte, en armonía con el inciso último del artículo 38 del Estatuto, el contenido de esa disposición no menoscaba la facultad que tiene la Corte, si las partes están de acuerdo, de decidir, *ex aequo et bono*, se pueden deducir estas dos consecuencias de suma trascendencia en relación con el ejercicio de sus funciones por parte de la Corte en el caso del artículo 38 expresado:

a). La Corte no puede llegar en sus fallos a un *non liquet*, absteniéndose de fallar en el fondo, toda vez que ello implicaría *denegación de justicia* (véanse artículos 4° del Código Civil Francés y 48 de nuestra ley 153 de 1887). De donde forzoso sería concluir que al no haber logrado el demandante establecer los fundamentos de derecho de su acción, el fallo debe desatar la controversia con la absolución de la parte demandada;

b). No puede la Corte, en consonancia con lo ya expuesto, fallar *ex aequo et bono* o sea a base de simple equidad, a menos que un compromiso especial la facultara para llegar a una decisión mediante base de tan gran amplitud.

No obstante lo que se acaba de exponer, surge una dificultad referente al punto de si la Corte de La Haya, o bien un Tribunal Arbitral, que haya de fallar en derecho y nó en simple equidad, pueden crear el derecho cuando éste falta. En otros términos, se trata de saber si el famoso principio contenido en el artículo 1° del Código Civil Suizo, según el cual a falta de una regla de derecho generalmente adquirida, debe el Juez aplicar el principio que a su juicio debiera ser ley, inspirándose para este efecto en las soluciones consagradas por la doctrina y la jurisprudencia, es o nó de recibo tratándose de sentencias que hayan de pronunciar tales tribunales.

Si se estudia la tendencia que se marcó entre los informantes de la vigésima primera Comisión del Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Oslo, de 1932, ya citada, es indudable que de acuerdo con el parecer de aquellos internacionalistas, el principio consignado en el artículo 1° del Código Civil Suizo no debe aplicarse a los casos sometidos a la Corte Permanente de Justicia Internacional de La Haya, ni en el caso de aplicación por tribunales arbitrales de los principios generales de derecho.

En fin, el principio del Código Suizo no es tampoco un principio general de derecho que por sí solo obligue al Juez a crear el derecho aplicable. Ya para esa época gozaba de gran autoridad la obra del Juez Cardozo, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, acerca de que el Juez se limita a *descubrir el derecho, nó a crearlo*. No prevalecía en manera alguna la concepción de Austin, según la cual no podía dicho autor comprender cómo cualquiera que haya estudiado el asunto pueda presumir que la sociedad hubiera podido continuar si los jueces no hubieran legislado.

En realidad de verdad, el alcance del artículo 1° del Código Civil Suizo, según los comentadores del mismo, es el de que los jueces deben llenar, si ello fuere necesario, las lagunas del derecho positivo y que han de hacerlo nó mediante reglas arbitrarias creadas por el Juez, sino por reglas que deben estar en armonía con principios de justicia, es decir, según principios objetivos.

Se debe a Lauterpacht, el gran internacionalista inglés moderno, el haber demostrado que la controversia entre los autores que admiten que el juez llene las lagunas del derecho positivo y los que admiten contrario parecer, es más aparente que real. Observa, en efecto, Lauterpacht, que la "actividad consistente en descubrir una cosa (el derecho) es una función no menos creativa que la de hacerla" (V. Habicht, op. cit.).

Si ello fuere así, el contenido del artículo 1° del Código Civil Suizo no sólo debería ser norma de conducta de la Corte Permanente de Justicia Internacional de La Haya, sino que habría de ser consagrada como uno de los princi-

pios generales de derecho admitido por las naciones civilizadas y fuente cierta del Derecho de Gentes.

— II —

Pasando ahora a tratar de enumerar algunos de esos principios jurídicos de derecho interno, que puedan ser clasificados en la categoría de "principios generales de derecho aceptados por las naciones civilizadas" que constituyen fuente del Derecho de Gentes, se nota que es este un problema de difícil solución por razón de la incertidumbre que lo domina. Difícil es, en verdad, precisar el alcance de los principios jurídicos de cada país y hacer coincidir ese alcance con los aceptados en otros países. Bien librado quedaría el Derecho de Gentes si la aplicación de tales principios no llegara a trasladar a sus dominios propios el célebre problema de las *cualificaciones*, tan perturbador en la órbita del Derecho Internacional Privado.

Y cumple observar aquí que los fallos principalmente arbitrales citados en la iniciación de este estudio, y que han aducido los principios generales de derecho en calidad de derecho aplicable a litigios internacionales, o no gozan de un consentimiento universal, o han estado sujetos a mutaciones en el tiempo.

Así lo vemos en relación con el principio de que los intereses no pueden exceder al monto del capital que los produce. Principio este tomado en el fallo del Senado de Hamburgo de textos del Derecho Romano y presentado entonces en calidad de derecho común. Pero la aplicación de la regla de que lo accesorio no debe exceder al principal, ni aun por lo que hace al "quantum" la rechaza en punto de intereses la Economía Política moderna, ya se acepte la teoría económica clásica que ve en los intereses, y los justifica por tanto, la privación del dueño del capital, los riesgos que corre durante tal privación y también el provecho que de ese capital puede derivar el deudor respectivo, o se acepte la teoría de Boehm-Bawerk de que un capital presente es preferido a un capital futuro de la misma calidad y cantidad, teoría que en el fondo concuerda con la clásica.

Vemos en el fallo del asunto entre la Gran Bretaña y Argentina que se aplicó, como principio de jurisprudencia universal, el que se enuncia: *qui suo jure utitur nemini laedit*, ¿pero acaso no se opone a éste el principio moderno llamado del *abuso de derecho*? Subsiste aquél como principio general, o en verdad está universalmente sustituido por el últimamente mencionado, no obstante que su denominación misma es un caso manifiesto de *contradictio in terminis*?

Por lo que hace a la indemnización de perjuicios, en cuanto comprenden éstos el daño emergente y también el lucro cesante, principio éste reconocido en el fallo arbitral de 1902 en el litigio internacional entre Rusia y Estados Unidos, se presenta la dificultad de que no están todos los países de acuerdo acerca de cuales sean el monto, el alcance y efectos de tal indemnización. Cómo habría de apreciarse entonces el intrincado problema de los perjuicios inmediatos y mediatos, por ejemplo?

En el fallo de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, de fecha 11 de noviembre de 1912, también mencionado antes, la uniformidad del principio allí aplicado se presentó como valedera únicamente para *gran número de legislaciones europeas*.

De todo lo anterior se concluye que si los principios generales de derecho pueden cambiar con el tiempo, si son versátiles o de contenido variable, si otras veces son vagos e imprecisos, si en veces no son en realidad de verdad comunes a los países civilizados, bien se comprende que en la práctica la investigación de su existencia puede ser fuente de indecisión y de incertidumbre.

En vista de estas dificultades para determinar, en concreto, cuáles sean los principios generales de derecho y en virtud de observaciones hechas por el Magistrado holandés Koster, el Instituto de Derecho Internacional ha sugerido la existencia de una nueva fuente del Derecho de Gentes, enunciada así:

"A falta de reglas de derecho convencional o consuetudinario, así como de principios generales de derecho, el

tribunal puede aplicar los principios de derecho comunes a las partes en litigio”.

Sea éste un principio *de lege ferenda*, y como tal lo presenta Verdrosa, o *de lege lata*, es la verdad que representa al menos una tendencia del Derecho de Gentes Moderno. Y así la aceptación de un nuevo principio jurídico por el legislador de un país, o la adopción de jurisprudencias nuevas por los tribunales sin raigambre firme en los textos legales preexistentes, aun desde el punto de vista internacional puede no ser cuestión de poco momento. Se habrá meditado acerca de ello?

VICTOR COCK,

Catedrático de Derecho Internacional
Privado en la Facultad de Jurisprudencia
de este Colegio Mayor.



DON FELIPE IV,

de la casa de Austria, rey de España y de estos reinos. Por real cédula expedida en Buen Retiro a 12 de Junio de 1664 aprobó las Constituciones elaboradas por el Fundador para este Colegio Mayor y lo admitió bajo su real patronato.