

VALIDEZ LOGICO-FORMAL Y VIGENCIA DE LAS NORMAS JURIDICAS INTERNACIONALES

Jorge Luis Herrera Guerra*

1. INTRODUCCION

La validez es uno de los temas centrales de la ciencia jurídica, ha sido ampliamente debatida por la Teoría General del Derecho, pero desde una perspectiva orientada básicamente en las normas jurídicas estatales. El Derecho Internacional presenta características especiales que lo diferencian de otros ordenamientos jurídicos (y en particular del estatal); por ello, el tratamiento de la validez de sus normas debe ser realizado aplicando los conceptos proporcionados por la Teoría General del Derecho, pero atendiendo a la realidad de dichas características especiales. El presente trabajo es una aproximación al estudio de un aspecto específico de la validez jurídica: la validez lógico-formal de las normas jurídicas internacionales y sus ámbitos de vigencia; análisis que debe necesariamente ser profundizado por investigaciones más elaboradas.

2. DELIMITACION CONCEPTUAL

Existe multiplicidad de conceptos y disidencias doctrinarias respecto de la validez jurídica¹, así como gran diversidad de expresiones con las cuales se confunde; por tanto, el paso inicial para cualquier investigación al respecto es realizar una delimitación conceptual.

El término validez deriva del verbo "valer", que procede etimológicamente del latín "valere", ser fuerte, prevalecer, tener eficacia, tener un valor². La validez es, pues, una

* Abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex-Asistente de docencia del Curso de Derecho Internacional Público. Facultad de Derecho de la Universidad Católica.

1 NINO, Carlos Santiago. **La validez del Derecho**. Buenos Aires: Astrea, 1985. p. 4, explica tal diversidad en el hecho que las proposiciones que predicen validez de un orden jurídico o de una norma jurídica tienen un carácter radicalmente distinto según la noción de derecho que presuponen.

2 INSTITUTO DE ESTUDIOS POLITICOS. **Diccionario de Ciencias Sociales**. Madrid, 1978, p. 1142

cualidad que se predica de algo. El qué implica dicha cualidad es el problema esencial de la delimitación conceptual que queremos realizar.

La validez de la que ahora nos ocupamos está referida al ámbito jurídico³, circunscrita a las normas⁴, como partes de un ordenamiento jurídico⁵. En este sentido se puede afirmar tres acepciones de validez: 1) la validez ideal, material, normativo-filosófica o axiológica; 2) la validez constitucional, lógico-formal, jurídica o en sentido estricto; 3) la validez fáctica, empírica o sociológica⁶. La primera se refiere al fundamento o a la legitimidad, la segunda a la validez en sentido estricto y la tercera a la efectividad de las normas jurídicas.

La vigencia⁷, a su vez, es una cualidad de las normas jurídicas válidas, es “condición de imposición actual del Derecho”⁸, atañe a la posibilidad de su exigencia inmediata o aplicabilidad vinculada a la materia, las personas, el tiempo y el espacio; por ello hablamos de ámbitos de vigencia.

3. VALIDEZ LOGICO-FORMAL DE LAS NORMAS JURIDICAS INTERNACIONALES

La Teoría Pura del Derecho kelseniana nos proporciona los elementos teóricos acerca de la validez lógico-formal de las normas jurídicas. Según esta teoría el sistema jurídico es como una pirámide escalonada (*Stufenbau*), constituida por varios niveles de normas donde las inferiores reciben su fundamento de validez de otras superiores, y en la cúspide se encuentra la norma fundamental (*Grundnorm*), de la cual derivan todas las demás normas jurídicas del sistema, o, dicho de otra forma, encuentran en ella su fuente de validez. Entonces, una norma particular o aislada sólo es jurídica en cuanto que su validez reposa en la

3 Otros ámbitos pueden ser el moral, el filosófico, el religioso, el sociológico, el lógico, el metodológico, etc.

4 También se predica la validez de los actos jurídicos, de los actos administrativos, de los actos judiciales, etc.

5 El análisis no está referido a la validez del ordenamiento en su conjunto, sino de las normas jurídicas que lo conforman.

6 FALCON Y TELLA, María José. **Concepto y fundamento de la validez del Derecho**. Madrid: Civitas, 1994, p. 29-30. En similar dirección apunta la clasificación realizada por: REALE, Miguel. **Introducción al Derecho**. Madrid: Pirámide, 1979, p. 97.

7 El término vigencia también ha sido utilizado por la doctrina con diversos significados. Muchos autores, partiendo desde Kelsen, la consideran como sinónimo de efectividad; otros la asimilan al concepto de validez lógico-formal (REALE), algunos le atribuyen la calidad de designar la obligatoriedad de las normas jurídicas (GARCIA MAYNEZ). Por su parte RUBIO, Marcial. **El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho**. Lima: Pontificia Universidad Católica-Fondo Editorial, 1987. p. 108, adopta un criterio completamente distinto, al establecer una distinción entre norma vigente y norma válida: “Norma vigente, como ya hemos dicho, es aquella que ha sido producida de acuerdo a Derecho y que, por tanto, en principio, debe regir y ser obedecida. Norma válida es la norma vigente que en adición cumple con los requisitos de no incompatibilidad con otras de rango superior”.

8 ALVAREZ GARDIOL, Ariel. **Introducción a una Teoría General del Derecho. El Método Jurídico**. Buenos Aires: Astrea, 1975. p. 90

norma fundante⁹ del orden jurídico; en palabras de KELSEN: “Que una norma determinada pertenezca a un orden determinado se basa en que su último fundamento de validez lo constituye la norma fundante básica de ese orden. Esta norma fundante es la que constituye la unidad de una multiplicidad de normas, en tanto representa el fundamento de validez de todas las normas que pertenecen a ese orden”¹⁰. NINO, al respecto, aclara: “la norma básica es un juicio de validez; es el juicio de validez primitivo que formulan los juristas, en el cual deben basarse todos los otros juicios sobre la validez de las normas cuya creación es directa o indirectamente autorizada por la Constitución”.¹¹

La norma fundante no tiene por qué estar promulgada o positivizada, puede ser una norma implícita: “(...) la norma que da validez a otra, es decir, que otorga competencia a la autoridad, no necesita ser norma (expresamente) promulgada; puede tratarse de una norma implícitamente promulgada, por ser consecuencia de las normas promulgadas”¹²; o dicho en términos kelsenianos es una norma presupuesta.

En los Derechos estatales es posible ubicar la norma fundante en la norma constitucional o en todo caso en la “Primera Constitución” de donde deriva su validez la Constitución actual¹³; pero, en el Derecho Internacional, no es fácil determinar dónde encontramos la norma fundante, pues, en este ámbito, no es posible hablar de algo como una Constitución entendida en términos estatales.

Frente a este problema KELSEN constata que en el Derecho Internacional se generan normas básicamente a través de las costumbres y las convenciones, y que al carecer el Derecho convencional un alcance general o universal, el Derecho consuetudinario se encuentra en un nivel previo o primigenio al Derecho convencional, por tanto, «la norma básica del Derecho Internacional (...) tiene que ser una norma que admita a la costumbre como un hecho creador de normas, y podría enunciarse del siguiente modo: los Estados deberán comportarse como lo hayan hecho por la costumbre”¹⁴; en otras palabras no existe una fuente más alta a partir de la cual pueda deducirse la validez del Derecho Internacional consuetudinario”¹⁵. Una vez determinada esta norma fundante podemos determinar el fun-

9 Esta norma es la que L.A. HART conoce como la “regla suprema de reconocimiento” y Alf ROSS como la “norma básica”.

10 KELSEN, Hans. **Teoría Pura del Derecho**. 3a. de. México: Universidad Autónoma de México, 1983, p.202

11 NINO, Carlos Santiago. *ob. cit.* p. 12

12 ALCHOURRON, Carlos y BULGIN, Eugenio. **Sobre la existencia de las normas jurídicas**. Caracas: Oficina Latinoamericana de Investigaciones Jurídicas y sociales, 1979. p.74

13 “La Primera Constitución es la norma de la cual derivan -o en la cual fundamenta su validez- la totalidad de las normas de un ordenamiento jurídico determinado.(...).’Primera’ tiene, en consecuencia, un significado eminentemente lógico y no está tomado en un sentido temporal -no alude al orden temporal-. Primera quiere decir, pues, principal. Es primera constitución aquélla en la que todas las demás fundan directa o indirectamente su validez. En ella todas las otras normas se hacen compatibles formando un todo lógico, un sistema”. AFTALION, Enrique y VILANOVA, José. **Introducción al Derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perot, 1988. p.516.

14 KELSEN, Hans. “Principios de Derecho Internacional Público”, en: CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol. **Prácticas de Derecho Internacional Público**. Tomo I. Madrid: Tecnos, 1972. p. 35.

15 NARDIN, Terry. **La ley y la moral en las relaciones entre Estados**. México: Editores Asociados Mexicanos, 1985. p. 158.

damento de validez de los tratados: el *pacta sunt servanda*, que es una norma del Derecho consuetudinario.

Ahora bien, ¿qué señala la norma fundante respecto de la validez lógico-formal de las demás normas jurídicas?, o en otras palabras, ¿cuál es el contenido que predica la validez lógico-formal de las normas jurídicas?. Este contenido es que éstas hayan sido debidamente producidas, tanto en lo que se refiere al órgano competente como con arreglo al procedimiento establecido al efecto, y que sean compatibles en cuanto a la estructura jerárquica del sistema.

3.1 Validez lógico-formal en cuanto a la debida producción

La debida producción de las normas jurídicas implica que éstas deben ser generadas por una autoridad u órgano facultado para tal hecho (tanto subjetivamente como en cuanto a la competencia material), y, además, ser concordantes con la técnica jurídica de configuración de las fuentes del Derecho, es decir, con la forma o el procedimiento de creación normativa. Tales condiciones son establecidas por la norma fundante (o pueden ser deducidas de ella), pues tal presupuesto lógico-formal “no contiene otra cosa que el establecimiento de un hecho productor de normas, el facultamiento de una autoridad normativa o, lo que significa lo mismo, contiene una regla que determina cómo deben producirse las normas generales e individuales del orden sustentado en esa norma fundante básica”¹⁶.

La técnica de creación normativa del Derecho Internacional es diferente a la del estatal, en el sentido de que no existe un órgano centralizado e institucionalizado para tal fin, sino que este proceso se halla descentralizado; por tanto, los entes competentes para la creación de normas jurídicas formalmente válidas son los propios sujetos del Derecho Internacional quienes mediante el ejercicio de la autoderminabilidad actúan desdoblado funcionalmente su personalidad. Así, “el Estado -al igual que toda organización internacional [y en menor medida los otros sujetos]- es a la vez agente generador de normas internacionales y sujeto de ellas”¹⁷. Pero, es conveniente destacar que sólo tiene capacidad normativa plena el Estado, que es sujeto primigenio y principalísimo, no así las organizaciones internacionales, las que ven limitadas tal facultad de acuerdo con su capacidad funcional, es decir, de acuerdo a los fines que persiguen; en el caso de los otros sujetos tal capacidad es aún más limitada.

La costumbre no tiene una formalidad definida, en este sentido, basta comprobar que existe (es decir, que confluyen los elementos subjetivo y material de la misma) para señalar su validez lógico-formal en lo que se refiere a su debida producción. Similar afirmación puede realizarse de los Principios Generales del Derecho como fuente normativa autónoma del Derecho Internacional. En cambio, el Derecho convencional, si tiene formalidades derivadas de su norma fundante: *pacta sunt servanda*, en el sentido de considerar a un tratado como “válidamente concluido si el consentimiento ha sido expresado por quien tiene capacidad para hacerlo y se ha otorgado en forma consciente y libre”¹⁸; por ello, las Conven-

16 KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. op. cit. p. 204.

17 MONCAYO, Guillermo y otros. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Víctor Zavalia, 1981. p. 24.

18 Ibid. p. 116.

ciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados, sancionan con nulidad a los acuerdos internacionales que no cumplan con estos requisitos de validez lógico-formal¹⁹.

3.2 Validez lógico-formal en cuanto a la compatibilidad jerárquica²⁰

Como vimos, el esquema de validez lógico-formal nos señala un criterio de compatibilidad entre las normas inferiores con las superiores, es la conocida pirámide kelseniana en cuya cúspide se encuentra la norma fundante; es decir, no basta que la norma haya sido emitida por una autoridad competente y de acuerdo al procedimiento establecido sino que, además, para que sea formalmente válida debe ser compatible con las normas de superior jerarquía.

En el Derecho Internacional este criterio se circunscribe a la compatibilidad de las normas jurídicas internacionales con las normas de *ius cogens*. En efecto, las normas que no son de *ius cogens* tienen igualdad jerárquica, sean generales o especiales, consuetudinarias o convencionales.

Las llamadas normas de *ius cogens* se caracterizan porque: 1) son imperativas o de orden público, 2) de Derecho Internacional general (consuetudinario), 3) deben ser aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional, 4) no admiten acuerdo en contrario, 5) sólo pueden ser modificadas por normas ulteriores que tengan la misma jerarquía²¹.

Estas normas tienen una doble significación (en virtud de su característica de bilateralidad). Por un lado denotan la existencia de ciertos derechos que corresponden a los sujetos de Derecho Internacional por ser tales, por pertenecer a la comunidad internacional, derechos que no pueden ser conculcados ni por la actuación de otros sujetos de Derecho Internacional ni por otras normas internacionales (que no sean de *ius cogens*); y, por otro lado, expresan la existencia de obligaciones *erga omnes*²² que son de ineludible cumpli-

19 Sección II de la Parte V de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

20 Algunos autores como GARCIA MAYNEZ, Eduardo. “Validez formal y validez material en sentido jurídico positivo y validez objetiva o intrínseca en sentido axiológico”, en: **Symposium sobre derecho natural y axiología**. México: Centro de Estudios Filosóficos de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1963, p. 85, cuestionan que en este caso deba hablarse de validez formal: “En la medida en que la prueba del segundo requisito exige el examen del contenido de la norma, a la luz de disposiciones de mayor altura, cabe hablar de validez jurídica tanto en sentido *formal* como en sentido *material*. Pero como en ninguno de los dos casos se trata de la bondad o justicia *intrínsecas* del precepto, a fin de cuentas resulta que la validez de los positivos responde a condiciones de orden *extrínseco*”. Nosotros hemos preferido el término “lógico-formal”, pues nuestro análisis de validez se refiere al aspecto dinámico kelseniano del ordenamiento jurídico, en este sentido las normas son válidas no porque su contenido sea bueno o malo, justo o injusto, conveniente o inconveniente, sino porque la estructura lógica del sistema no permite la incompatibilidad jerárquica.

21 El Artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados las define tomando en cuenta estas características y además sanciona con nulidad absoluta aquellos tratados que estén en oposición con ellas.

22 “El ejemplo máximo de reglas con imperatividad universal son, en efecto, las normas de *ius cogens* internacional que no sólo despliegan una eficacia normativa *erga omnes*, sino que excluyen incluso la posibilidad del pacto válido en contrario”. JUSTE RUIZ, José. “Las

miento, de las que los sujetos de Derecho Internacional no pueden abstraerse mediante normas internacionales que no sean de la categoría de orden público. Asimismo, implican límites infranqueables a la voluntad de los sujetos de Derecho Internacional, y especialmente de los Estados; es lo que Antonio DE LUNA señalaba como el “mínimo esquema jurídico que la comunidad internacional estima indispensable para su existencia en un momento determinado”²³; y lo que CARRILLO SALCEDO considera como “normas de carácter constitucional y progresivo”²⁴.

No es la voluntad individual de los Estados la que convierte una norma en imperativa o de orden público, sino es la comunidad internacional en su conjunto quien así lo determina mediante consenso, es decir, que “lo que confiere a una norma la cualidad imperativa es un hecho *psicológico*, una *opinio iuris cogentis*, no necesariamente unánime, que se aprecia en función de un juicio de valor existente en el seno de la comunidad internacional”²⁵; por tanto, no basta que algunos o muchos Estados acuerden en un tratado considerar como de orden público una norma, sino que dicha calidad es producto de un proceso de formación de una costumbre, que primero es general y luego deviene en universal, pues se vuelve imperativa y de orden público.

Ahora bien, ¿cuáles son estos principios básicos o pilares del Derecho Internacional. Nos enfrentamos aquí ante características especialísimas de este ordenamiento, a saber, la falta de legislador centralizado, la incertidumbre y falta de formalidad de sus fuentes. Será la práctica consuetudinaria, mediante los procesos descritos, con la ayuda de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, la importante participación de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y la de los teóricos del Derecho Internacional quienes nos proporcionen la identificación específica de tales normas²⁶.

Muchos de estos principios se encuentran recogidos en normas convencionales, especialmente en la Carta de las Naciones Unidas y otros organismos internacionales, así como en Declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas -estas últimas, como sabemos, no son normas jurídicas- como la Resolución 2625 - XXV (Declaración relativa a los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y coopera-

obligaciones erga omnes en el Derecho Internacional Público”, en: **Estudios en homenaje al Profesor Miaja de la Muela**. Madrid: Tecnos, 1979. p. 227.

23 LUNA, Antonio de. Citado por REMIRO BROTONS, Antonio. **Derecho Internacional Público**. Madrid: Tecnos, 1983. p. 68.

24 CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. **Curso de Derecho Internacional Público. Introducción a su estructura, dinámica y funciones**. Madrid: Tecnos, 1991. p. 169.

25 REMIRO BROTONS, Antonio. *ob. cit.*, p. 65-66

26 G.B. ZOTIADES, citado por REMIRO BROTONS, Antonio. *ob. cit.* p. 66, es el autor que realiza uno de los mejores estudios sistemáticos respecto de cuáles son las normas de *ius cogens* internacional, a las que categoriza de la siguiente manera: 1) Las normas que constituyen un elemento esencial de todo orden jurídico: *pacta sunt servanda, bona fides, rebus sic stantibus*; 2) Las que afectan a derechos y obligaciones fundamentales de los estados: autodefensa, soberanía nacional, no intervención; 3) Las relativas a la coexistencia pacífica: salvaguarda de la paz, prohibición del uso o de la amenaza del uso de la fuerza en las relaciones internacionales y obligación de arreglar pacíficamente las controversias; 4) Las relativas a los derechos humanos; y, 5) Las del derecho penal internacional: crímenes contra la paz o la humanidad, crímenes de guerra.

ción entre los Estados); sin embargo, todas las normas de *ius cogens* constituyen, al margen de si están recogidas en instrumentos escritos convencionales, normas consuetudinarias universales con carácter de orden público o imperativas y que no admiten pacto en contrario.

Otro efecto de la existencia de normas de *ius cogens*, jerárquicamente superiores a las otras del Derecho Internacional, es que la violación de una de ellas implica la comisión de un acto más grave que la violación de cualquiera otra norma, así se considera al primer ilícito como un crimen internacional, mientras que la vulneración de normas que no son de *ius cogens* implica la comisión de un simple delito internacional²⁷. La distinción entre crimen y delito no tiene referencia a una responsabilidad penal de los Estados; sino a la distinción entre normas de carácter imperativo o de *ius cogens* y otras que no lo son. En el caso de los crímenes internacionales implica que la responsabilidad del infractor no se ubica dentro del ámbito bilateral de infractor-víctima, sino que la responsabilidad es infractor-comunidad; en este sentido CARRILLO SALCEDO propone una nueva terminología llamando a los crímenes internacionales hechos o actos ilícitos contra la comunidad²⁸. Por su parte, el profesor RIPHAGEN²⁹, señala que al configurarse un crimen internacional se genera para todos los demás Estados las obligaciones siguientes: 1) de no reconocer la legalidad de la situación originada por el hecho ilícito, 2) de no prestar ayuda ni asistencia al Estado autor para mantener la situación originada por este hecho, y 3) de asociarse con otros Estados para prestarse asistencia mutua en la ejecución de las obligaciones anteriormente establecidas. Asimismo, señala que estas obligaciones prevalecen sobre derechos y obligaciones que correspondan a los Estados en virtud de cualquier otra norma de Derecho Internacional.

Resumiendo, podemos señalar que las normas internacionales sólo aceptan la división jerárquica entre normas de *ius cogens* y normas que no lo son. Cuando cualquier nor-

27 Según el artículo 19 inciso 2 del Proyecto sobre Responsabilidad Internacional de los Estados, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1980, un crimen internacional es:

«El hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto (...)»

El mismo Proyecto, seguidamente, en el artículo 19, inciso 3, señala qué hechos pueden resultar como crímenes internacionales; a saber:

«a) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión;

b) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial;

c) de una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguarda del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio, el apartheid;

d) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera de los mares».

28 CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *ob. cit.* p. 206.

29 RIPHAGEN. Tercer Informe como Relator de la Comisión de Derecho Internacional. Citado por CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *ob. cit.* p. 206.

ma del Derecho Internacional entra en conflicto con una norma del Derecho Internacional universal o de *ius cogens*, prima esta última, trayendo consigo la nulidad absoluta de la primera, así lo reconoce el citado artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El resto de normas que no son de *ius cogens* tienen igual valor jerárquico, ya sea que provengan del Derecho consuetudinario o del convencional o de cualquier otra fuente reconocida, general o especial.

4. AMBITOS DE VIGENCIA DE LAS NORMAS JURIDICAS INTERNACIONALES LÓGICO-FORMALMENTE VÁLIDAS

4.1 Ambito de vigencia personal

A diferencia de los Derechos estatales, el internacional, se constituye respetando la singularidad de sus sujetos, y especialmente de los Estados, por ello la determinación de la vigencia en cuanto a las personas hacia quienes va dirigida la norma jurídica es de fundamental importancia.

La doctrina internacionalista anglosajona ha distinguido entre el Derecho Internacional universal, general y particular. Nosotros nos adscribimos a dicha clasificación, pero con la atinencia que debido al impacto e importancia que ha cobrado en los últimos años el desarrollo de los grandes tratados multilaterales, especialmente los de codificación del Derecho vigente, podemos incluir como categoría intermedia el Derecho convencional general.

4.1.1 Derecho internacional universal

Es el compuesto por las normas de *ius cogens* o de orden público a las que nos hemos referido anteriormente. Al ser estas normas de orden público tienen la característica que son obligatorias para todos los sujetos del sistema (*erga omnes*), sin excepción alguna, es decir, son de aplicación universal: los sujetos no pueden abstraerse de su ámbito con normas de inferior jerarquía, sean consuetudinarias o convencionales; en este sentido son universales. Una norma de *ius cogens* sólo puede ser derogada por otra de la misma categoría.

Como dijimos, este Derecho Internacional universal sólo puede ser desarrollado a través de las costumbres generales, ya que ningún tratado podría abarcar la totalidad de sujetos del orbe, ni de los que vayan a surgir.

4.1.2 El Derecho Internacional general

El Derecho Internacional general es aquel cuyo ámbito posible de aplicación de sus normas es la totalidad de la comunidad internacional, y digo posible porque, a diferencia de las normas universales o de *ius cogens*, en el caso de las normas generales pueden existir sujetos de Derecho Internacional sobre los cuales las mencionadas normas no son aplicables, porque se opusieron en el momento de formación de las mismas (o también en el momento que emergieron como nuevos sujetos), ya que una vez que la norma es emitida válidamente no cabe la posibilidad de excluirse, sino sólo de cumplimiento o incumplimiento; y esta circunstancia es la que distingue las normas generales del Derecho Interna-

cional consuetudinario de las normas universales o de *ius cogens*, ya que en estas últimas no cabe esa posibilidad de exclusión.

Comparativamente con las normas particulares, las generales son mucho menores en número. Este hecho no debe llevarnos, sin embargo, hacia la afirmación de que el Derecho Internacional general tiene una significación menor; no olvidemos que en Derecho lo cuantitativo no implica desmendo de lo cualitativo, lo que realmente importa es el tipo y la calidad de las normas.

Está conformado por las normas consuetudinarias generales, aunque no puede negarse que los Principios Generales del Derecho al ser reconocidos como fuente normativa autónoma participan de dicha calidad³⁰.

Las costumbres generales son creadas, modificadas y desarrolladas por el consenso general de los sujetos de Derecho Internacional. El consenso no significa que en la formación de la norma haya participado la totalidad de Estados del orbe (más los otros sujetos), es decir, que haya unanimidad, sino que exista generalidad en cuanto a la aceptación de la juridicidad de la norma; pero una vez que ésta se cristaliza es obligatoria para todos los Estados, salvo para aquellos que se hayan opuesto indubitablemente en aquel proceso de formación.

En las normas generales el consentimiento individual no es el factor vinculante de la norma con el sujeto de Derecho (a diferencia del Derecho internacional particular), el factor determinante es la pertenencia del sujeto a una comunidad internacional, comunidad que exige el cumplimiento de los preceptos de la norma consuetudinaria, en virtud de la cristalización del consenso de los Estados respecto de ella; exigencia que en el caso de las normas universales ni siquiera toma en cuenta si los Estados se opusieron a su formación. En efecto, “la determinación de los principios y reglas que constituyen el Derecho internacional general está en función del asentimiento general de los Estados, cualquiera sea la forma o procedimiento técnico mediante el que dicho consenso se manifieste y exprese”³¹.

Y cuando los Estados que se han opuesto a la formación de una costumbre general, quieren excluirse de la aplicación de la misma tienen que probar su oposición constante e inequívoca; ya que la costumbre general obliga, en principio, a todos los sujetos de Derecho Internacional.

4.1.3 El Derecho Internacional convencional general

Es aquel conformado por las normas de los tratados multilaterales, abiertos a la adhesión de Estados tanto participantes como no participantes de las negociaciones, con vocación de aplicación universal, y que contienen normas generales y abstractas. Es lo que se ha venido a denominar como el proceso de codificación del Derecho Internacional. Es una

30 MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. **Introducción al Derecho Internacional Público**, p. 109: «La costumbre y los principios constituyen las fuentes del Derecho internacional general».

31 CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. **ob. cit.** p. 92.

realidad reciente que busca regular intereses comunes a todos los sujetos de Derecho Internacional, ya sea a través de normas de coexistencia o de cooperación³².

Dado que su afán es la codificación del Derecho Internacional general, en muchos casos, existirá estrecha interacción con el Derecho consuetudinario general, lo que reafirma la vocación de generalidad. Así, muchos tratados serán una positivización de normas consuetudinarias generales preexistentes, y, en otros casos, servirán como un mecanismo cristizador y generador de estas normas consuetudinarias, ya que les proporcionan la *opinio iuris sive necessitatis*, por cuanto expresan un consenso de la comunidad internacional general; por supuesto, las normas consuetudinarias tendrán un ámbito de aplicación mucho mayor que el que sólo alcanza a los Estados participantes de los acuerdos multilaterales.

Sin embargo, a pesar de su vocación de generalidad, en términos estrictos, estas normas rigen sólo para los Estados parte de los tratados, aun cuando estén abiertos a las adhesiones de cualquier otro Estado, es decir, permanece el carácter contractual³³.

Es bueno destacar que las relaciones de cooperación y coordinación, en una sociedad internacional como la actual, encuentran en el Derecho Internacional convencional general el cauce más adecuado para la expresión de sus normas, aunque esto no signifique que las normas de coexistencia no se generen por este mecanismo, buena prueba de ello es la Carta de las Naciones Unidas.

4.1.4 El Derecho Internacional particular

La sociedad internacional actual es completamente heterogénea, tanto en lo que se refiere a las categorías subjetivas, como al interior de las mismas. Los sujetos primarios de la sociedad internacional -los Estados- guían su participación dentro de ella de acuerdo con sus intereses y su soberanía. Tenemos, entonces, una variedad muy grande de intereses, lo que va a dar origen a que en su interrelación los Estados involucrados busquen regirse por normas particulares, ya sean provenientes de las costumbres o, en mayor medida, del Derecho contractual. En este sentido REMIRO BROTONS nos señala que los «factores que heterogenizan a la sociedad internacional a escala planetaria homogenizan, dentro de ella, a grupos particulares de Estados, afines o solidarios en virtud de una variada gama de circunstancias geográficas, económicas, ideológicas, históricas. De ahí que se abran paso sociedades *regionales* en el seno de la sociedad internacional y, como su natural consecuen-

32 Entre muchos otros de estos instrumentos tenemos: la Carta de las Naciones Unidas, las Convenciones de Ginebra respecto de Relaciones Diplomáticas, las Convenciones de Viena sobre el Derecho de Tratados, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, tratados respecto de comunicaciones postales, telegráficas, terrestres, ferroviarias, aéreas, etc; la Convención sobre el Derecho del Mar, Convenciones de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario, tratados constitutivos de organizaciones internacionales y de organismos especializados de las Naciones Unidas (Oficina Internacional del Trabajo, Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, Organización Mundial de la Salud, FAO UNICEF, etc).

33 Incluso un tratado tan general como la Carta de las Naciones Unidas, del cual participan la inmensa mayoría de Estados del orbe, obliga sólo a quienes ratificaron el mismo.

cia, normalmente por vía de tratados, derechos internacionales *particulares* o especiales *dentro* del Derecho Internacional General (...)»³⁴.

Además, los Estados tienden a reservar su sometimiento a la normatividad particular -y dentro de ésta a la bilateral o restringida- campos o áreas que tienen que ver con sus intereses vitales. Así, mientras «el sujeto de Derecho se somete sin reticencias a una norma general relativa a los asuntos cotidianos, vale decir, secundarios, en cuanto a los asuntos vitales prefiere no ligarse por las normas generales, reservándose la solución mediante normas individuales; ajustadas a sus intereses en cada caso concreto»³⁵.

Pero no debemos entender el Derecho Internacional particular en confrontación o contradicción con los intereses generales o de la comunidad internacional, sino como una forma de regulación necesaria para una sociedad heterogénea con intereses sumamente diversos. El Derecho Internacional universal y general, establecen el marco dentro del cual se desarrolla el Derecho Internacional particular; son, pues, quienes determinan las competencias de los Estados, que son ejercitadas a través de las normas particulares, es decir, «los sistemas regionales, además de las precisiones particulares que aportan respecto a las mismas reglas [generales], contienen (...) sobre todo, reglas relativas a las condiciones de ejercicio de estas competencias»³⁶.

El Derecho Internacional particular, entonces, está compuesto por normas provenientes de las costumbres regionales y bilaterales, y de los tratados o acuerdos regionales y bilaterales.

4.2 Ambito de vigencia en cuanto a la materia

En la medida que no contravengan normas de *ius cogens*, los Estados tienen libertad para generar normas jurídicas respecto de cualquier materia. Sin embargo, en el Derecho convencional, cabe la posibilidad que los sujetos especifiquen subordinación en términos de prevalencia a tratados anteriores o posteriores. Esto no genera una situación de invalidez de los tratados incompatibles con esa especificación, sino de inaplicabilidad por el ámbito de vigencia en cuanto a la materia³⁷. Un caso especial es el de la Carta de las Naciones Unidas, la que en su artículo 103³⁸ establece un estatuto especial a sus normas, señalando que en caso de conflicto entre ellas y cualquier otro convenio internacional, prevale-

34 REMIRO BROTONS, Antonio. *op. cit.* p. 72

35 HALAJCZUK, Bohdan T. **El orden internacional en un mundo desunido**. Buenos Aires: Del Atlántico, 1958. p. 306

36 REUTER, Paul. **Instituciones Internacionales**. Barcelona: Boch, Casa Editorial, 1959.p. 117

37 Así lo establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969:

«Artículo 30

(...)

2. Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado, prevalecerán las disposiciones de este último».

38 «Artículo 103

En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta».

cerán las obligaciones impuestas por la primera. Entonces, las normas de la Carta que no sean de *ius cogens* prevalecerán respecto de cualesquiera otras en las que participen sus miembros. Y, por la universalidad de la Carta, de la cual son partes (sean fundadoras o adheridas) la inmensa mayoría de Estados del planeta, se genera una situación preeminente de sus normas respecto de todas las otras que no sean de *ius cogens*.

4.3 Ambito de vigencia en cuanto al tiempo

Respecto de la aplicación en el tiempo de las normas jurídicas internacionales, se sigue el principio general a toda norma jurídica, es decir, que éstas rigen desde el momento en que están vigentes, y dejan de regir cuando son derogadas en virtud del proceso de sucesión normativa; sin embargo, en el ámbito internacional existe la peculiaridad que esta derogación pueda ser parcial, en el sentido que una norma puede estar derogada para unos sujetos, pero no para otros.

En principio, las normas internacionales carecen, pues, de efectos retroactivos (antes del momento en que sean vigentes) y también ultractivos (es decir después que han sido derogadas); lo que significa que su aplicación es inmediata (aquella “que se hace a los hechos, relaciones y situaciones que ocurren mientras tiene vigencia”³⁹) o diferida (aquella donde la norma, expresamente, ha señalado que deberá aplicarse en un momento futuro⁴⁰). En el caso de una costumbre, al igual que un Principio General del Derecho, esta situación es clara y es imposible que se produzca lo contrario, pues “tal norma sólo existe si está sustentada por la convicción jurídica común. Ahora bien, no cabe una convicción jurídica retroactiva”⁴¹. En el caso del Derecho convencional, cabe la posibilidad excepcional, como en el orden interno, que el sistema le atribuya a ciertas normas efectos retroactivos⁴².

Asimismo, la vigencia temporal de las normas tiene que ver con que éstas sean determinadas (su período de vigencia está fijado desde su promulgación) o indeterminadas (el período de vigencia es indefinido). Las normas consuetudinarias internacionales -y los Principios Generales-, por su naturaleza, sólo pueden ser indefinidas; a diferencia de los tratados que pueden ser determinados o indeterminados.

En el caso del Derecho convencional es fácil determinar el momento en que entra en vigor un tratado⁴³, no ocurre lo mismo con la costumbre, donde no es fácil determinar el

39 RUBIO CORREA, Marcial. **Para leer el Código Civil III. Título Preliminar**. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1986. p. 57.

40 *Ibid.*, *loc. cit.*

41 VERDROSS, Alfred. **Derecho Internacional Público**. 6a.ed. Madrid: Aguilar, 1982. p.165.

42 Así lo reconoce el Artículo 28 de la Convención de Viena de 1969.

Artículo 28.- Irretroactividad de los tratados.

Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.»

43 El Artículo 24 de la Convención de Viena nos establece las reglas al respecto:

“Artículo 24.- Entrada en vigor.

1. Un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha en que él disponga o que acuerden los Estados negociadores.

momento exacto en que empieza su vigencia en el tiempo, es decir, cuándo la práctica general y continua adquiere la conciencia de obligatoriedad u *opinio iuris* y deja de ser un simple uso. Sin embargo, esta relativa incertidumbre sólo se refiere al momento mismo en que se produce la norma, pues luego de un lapso relativamente corto es fácil determinar la existencia de la nueva norma consuetudinaria internacional, al comprobar la existencia de la *opinio iuris*.

4.4 Ambito de vigencia espacial

Las normas internacionales están dirigidas a los sujetos de Derecho Internacional, por tanto son obligatorias en la totalidad de su territorio, salvo que la intención de las mismas sea su aplicación en determinados ámbitos espaciales. El territorio comprende también el mar territorial y el espacio aéreo. Pero dichas normas también pueden referirse a espacios que no son ámbitos territoriales de ningún Estado, son los llamados “espacios comunes”: los fondos marinos, el alta mar, la Antártida, la biosfera (atmósfera, hidrósfera y litósfera), el espacio ultraterrestre y otros cuerpos celestes, el espectro electromagnético y la órbita geoestacionaria⁴⁴. Respecto del tratamiento jurídico de estos “espacios comunes”, la comunidad internacional ha evolucionado desde consideraciones como de “*res nullius*”, pasando por la de “*res communis*”, hasta llegar al principio de “*res publica*” internacional, que implica la propiedad del conjunto de Estados como un todo, los que tienen la responsabilidad de establecer regulaciones para el uso de los espacios comunes, e incluso para autorizar a través de alguna autoridad internacional⁴⁵, es decir, la regulación normativa de dichos espacios sólo puede realizarse mediante el Derecho Internacional general o el Derecho convencional general, pero no a través de normas particulares.

5. ANTINOMIAS Y COMPATIBILIDAD: VALIDEZ/INVALIDEZ Y APLICABILIDAD/INAPLICABILIDAD

Los autores positivistas, entre ellos KELSEN, ROSS y HART, por citar a los más importantes, asumen como sinónimos existencia y validez lógico-formal⁴⁶; para ellos es inconce-

-
2. A falta de tal disposición o acuerdo, el tratado entrará en vigor tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el tratado.
 3. Cuando el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se haga constar en una fecha posterior a la entrada en vigor de dicho tratado, éste entrará en vigor con relación a ése Estado en dicha fecha, a menos que el tratado disponga otra cosa.
 4. Las disposiciones de un tratado que regulen la autenticación de su texto, la constancia del consentimiento de los Estados en obligarse por el tratado, la manera o la fecha de su entrada en vigor, las reservas, las funciones del depositario y otras cuestiones que se susciten necesariamente antes de la entrada en vigor del tratado se aplicarán desde el momento de la adopción de su texto”

44 HENKIN, Lois. *International Law*, Minnessota: West Publishing Company, 1987, p. 1350-1366

45 RAMACCIOTTI, Beatriz. “El Derecho Internacional frente a los espacios comunes”. En: *Revista Ius et Veritas*, 1991.pp. 48-51

46 Así, KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. p. 30: “Por validez entendemos la existencia específica de las normas”; y “La existencia de una norma jurídica es su validez”. *Ibid.*, p. 48. ROSS, Alf. *El Concepto de validez y otros ensayos*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1969, p. 26: “La validez de una norma en este sentido significa su existencia

bible normas existentes no válidas por cuanto definen las normas jurídicas en términos de pertenencia al ordenamiento jurídico⁴⁷. Nosotros consideramos que la validez lógico-formal es una cualidad que se predica de las normas existentes, es decir, de aquellos juicios que cuentan con las características fenomenológicas de ser prescriptivos, bilaterales, heterónomos, obligatorios y con sanción como respuesta del sistema exterior, coercible e institucionalizada.

Por tanto, cabe la posibilidad de normas jurídicas que existen y surten efectos, a pesar de no haber sido debidamente producidas o ser incompatibles con normas de mayor jerarquía; estas normas son, sin embargo, inválidas; es decir frente a la antinomia⁴⁸ entre la norma inferior respecto de las normas de debida producción o con otras jerárquicamente superiores, se sanciona con la invalidez de la primera. Cabe, sin embargo, la posibilidad que aun estas normas inválidas se apliquen de hecho, cuando los receptores de las mismas no reconocen la contradicción o aun reconociéndola continúan aplicándola, pues el Sistema Jurídico exige de un acto expreso de invalidez de la norma y lo encarga a órganos determinados (en el caso del Derecho peruano, por ejemplo, la invalidez de las leyes la declara el Tribunal Constitucional). Aún más cabe la posibilidad que el órgano encargado considere como válida una norma a todas luces inválida, con lo cual se produce una “habilitación” de la norma inválida⁴⁹. El Derecho Internacional, no cuenta con mecanismos tan específicos de determinación orgánica de la invalidez de sus normas, sin embargo, es importante destacar el avance que ha significado, lo prescrito por los artículos 65 y 66 de la Convención de Viena, en el sentido que cuando un Estado invoque la nulidad de un tratado por ser contrario a una norma imperativa de Derecho Internacional, cualquier otro Estado parte podrá objetarlo, debiendo ambos tratar de solucionar su diferencia por los medios indicados en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas; pero si la solución no llega en los doce meses siguientes a la fecha en que se suscitó la objeción, cualquiera de las partes podrá, mediante solicitud escrita, someterla a la decisión del Tribunal Internacional de Justicia, a menos que de común acuerdo decidan acudir a arbitraje.

En el caso de los conflictos de normas válidas en función de sus ámbitos de vigencia, no se está produciendo, en términos estrictos, una antinomia, pues la solución no im-

efectiva o realidad”. HART, L.A. **El concepto del Derecho**. Señala la posibilidad de normas existentes que no tienen la calidad de válidas o inválidas, pero referida exclusivamente a la llamada “regla de reconocimiento”.

- 47 Aún más, en defensa de la puridad de su esquema jurídico, KELSEN creía que decir que un sistema o una norma jurídica son válidos implica decir que ellos están justificados o son obligatorios. Así, la ciencia jurídica debe “trabajar según el presupuesto de esas validez o justificación para poder presentar el derecho como un fenómeno normativo y no sólo como una secuencia de hechos”. NINO, Carlos Santiago. **ob. cit.** p. 24
- 48 La antinomia supone que “dos normas de derecho que se oponen contradictoriamente no pueden ser válidas ambas”. GARCIA MAYNEZ, Eduardo. **Filosofía del Derecho**. México: p. 213
- 49 “Lo que sucede es que la norma superior ofrece en realidad una alternativa: la norma inferior va a ser válida cuando sea dictada con el contenido, por el órgano y con el procedimiento que prescribe la norma superior o cuando tenga cualquier otro contenido o sea dictada por cualquier otro órgano o con cualquier otro procedimiento siempre que sea convalidada por el órgano pertinente. En ambos casos habrá igualmente validez. Esta ‘convalidación’ que recibe la norma a primera vista aparecía como inválida, pero que en la realidad jurídica no lo es, se denomina ‘habilitación’”. AFTALION, Enrique. Y VILANOVA, José. **ob. cit.** pp. 540-541

plica la validez de una norma y la invalidez de la otra, sino la solución deriva en la aplicación de una norma y la inaplicación de la otra.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados regula los supuestos de concurrencia de reglas convencionales (pueden ser tratados multilaterales generales, de un ámbito restringido, o bilaterales), criterios que también pueden ser aplicados al Derecho Internacional consuetudinario, veamos los casos:

1) Si las normas versan sobre distinta materia y en ambas existen sujetos comunes:

a) Si en la norma anterior o posterior no existe mecanismo de subordinación en cuanto a la materia:

Norma X	:	A - B - C - D	(anterior)
Norma Y	:	A - B - C	(posterior)

Se aplica la norma posterior para quienes participan de ella, y la norma anterior entre quienes participan de la norma posterior y quienes no lo hacen. Es decir, A, B y C se rigen por la norma posterior (Y) y las relaciones entre A, B y C con D son regidas por la norma anterior (X).

b) Si en la norma anterior o posterior existe mecanismo de subordinación en cuanto a la materia (caso del Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas):

Norma X	:	A - B - C - D - E - F - G - H (con mecanismo de subordinación)
Norma Y	:	A - B - C

Las relaciones entre todos los sujetos (A,B,C,D,E,F,G,H) se rigen por la norma X (sea ésta anterior o posterior).

2) Si las normas versan sobre la misma materia y tienen el mismo ámbito de vigencia personal: prevalece la norma posterior:

Norma anterior	:	A - B - C - D
Norma posterior	:	A - B - C - D

Las relaciones entre A,B,C y D se rigen por la norma posterior.

4) Si las normas versan sobre la misma materia, tienen distinto ámbito de vigencia personal, pero ambas incluyen a algunas sujetos comunes:

a) La norma anterior tiene mayor ámbito de vigencia:

Norma anterior	:	A - B - C - D - E - F - G
Norma posterior	:	A - B - C - D

Las relaciones entre A,B,C y D se rigen por la norma posterior. Las relaciones entre E,F y G se rigen por la norma anterior. Las relaciones de A, B, C y D con E, F y G.

a) La norma posterior tiene mayor ámbito de vigencia:

Norma anterior : A - B - C - D
Norma posterior : A - B - C - D - E - F - G

Todas las relaciones se rigen por la norma posterior.

4) Si las normas versan sobre la misma materia, tienen distinto ámbito de vigencia personal y no incluyen partes intervinientes en ambas:

Norma anterior : A - B - C - D
Norma posterior : E - F - G

Ambas normas se aplican separadamente. Las relaciones entre A,B,C y D se rigen por la norma anterior. Las relaciones entre E,F y G se rigen por la norma posterior. Las relaciones de A, B, C y D con E, F y G no están reguladas normativamente.

Entonces, en el Derecho Internacional, al tener la función legislativa descentralizada, los Estados, haciendo uso de su soberanía, logran una aplicación normativa con las características peculiares anteriormente detalladas. Esta situación ocasionará cierta relatividad de las reglas y de las situaciones jurídicas, ya que dos o más obligaciones, perfectamente válidas, pero contradictorias son exigibles a un Estado en relación a los otros. Y puede ocurrir incluso que la obligación derivada de la norma anterior sea excluyente a la proporcionada por la norma posterior; aquí se tendría que cumplir sólo una de ellas, y por lo tanto incumplir la otra, con lo cual se generaría responsabilidad internacional.