

La Jerarquía de las Fuentes del Derecho Internacional

British Yearbook of International Law, vol. 47 (1974-75) pp.273-285.

Traducción de Ximena Fuentes¹

Uso exclusivo de los alumnos de la cátedra. No citar esta traducción.

por Michael Akehurst

En todo sistema jurídico se han desarrollado técnicas para resolver conflictos entre diferentes reglas jurídicas. Estas técnicas caen dentro de tres grandes categorías.

La primera técnica consiste en que las reglas que derivan de una fuente prevalecen sobre las reglas que derivan de otra fuente; *lex superior derogat lex inferiori*.

La segunda técnica consiste en que las reglas posteriores prevalecen sobre las anteriores; *lex posterior derogat priori*. Sin embargo, esta técnica no puede aplicarse cuando la regla posterior deriva de una fuente de inferior jerarquía que la regla anterior, a menos que la autoridad que haya creado la regla anterior haya autorizado que ésta pudiera ser eliminada o derogada por una regla posterior derivada de una fuente de menor rango, así como cuando una ley del parlamento otorga a un Ministro el poder de derogar ciertos artículos de la ley en virtud de una delegación legislativa.

La tercera técnica consiste en que una regla particular prevalece sobre una regla general; *lex specialis derogat generali*. (Lo ‘particular’ y lo ‘general’ son términos relativos y no absolutos; una regla puede ser más general que una segunda regla y menos general que una tercera). Pero la máxima *lex specialis derogat generali* no es más que una regla de interpretación. En otras palabras, se presume que la autoridad que adopta una regla general permite la aplicación de normas más específicas, ya sea existentes o que puedan ser creadas en el futuro, y a pesar de que las reglas más específicas puedan derivar de fuentes de menor rango; pero esta es sólo una presunción que puede ser refutada por prueba en contrario.

Las tres técnicas son aplicables al derecho internacional, pero la manera en que ellas se aplican es un tanto diferente. Primero, la jerarquía entre las fuentes no está tan bien establecida en el derecho internacional como lo está en los sistemas nacionales. Segundo, la máxima *lex posterior derogat priori* es a veces difícil de aplicar en derecho internacional

ya que la costumbre y los principios generales se forman en forma gradual de manera que no se puede asignar un día preciso de creación. Tercero, la máxima *lex specialis derogat generali* tiene una gran importancia en derecho internacional, no sólo por las dificultades que ocasionalmente surgen en la aplicación de las otras dos máximas, sino también por la virtual ausencia de legislación en el derecho internacional. Los tratados multilaterales coexisten con tratados bilaterales, la costumbre general coexiste con la regional y con otras formas especiales de costumbre, y así sucesivamente. Una regla de derecho internacional puede ser más general que otra, ya sea porque la materia que abarca es más amplia o porque obliga a un número mayor de Estados; la máxima *lex specialis derogat generali* puede entonces adoptar dos formas distintas en derecho internacional.

El Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional

El Comité de Juristas que redactó el Estatuto de la Corte en 1920 incluyó en su borrador un artículo en que los ítemes enumerados en el artículo 38 debían aplicarse *en ordre successif*. Sin embargo, no está claro si con esas palabras se intentaba establecer una jerarquía entre las fuentes o bien (como arguyó Phillimore) ellas meramente reflejaban la secuencia lógica en que las reglas se presentarían en la mente del juez. Las palabras *en ordre successif* fueron borradas por la Subcomisión del Tercer Comité de la Primera Asamblea de la Sociedad de las Naciones, pero no está claro si esa eliminación fue inspirada porque se creyó que la idea contenida en esas palabras era errónea o porque la idea era tan obvia que no era necesario expresarla.

Algunos escritores han sostenido que el Artículo 38 establece un orden jerárquico entre las fuentes. Otros están en desacuerdo con esto.

Se alega a veces que el orden en que los varios ítemes han sido enumerados en el artículo 38 refleja la máxima *lex specialis derogat generali* —las reglas consuetudinarias serían más generales que los tratados y los principios generales serían más generales que la costumbre. A veces este es el caso, pero como veremos no ocurre siempre. Probablemente es más acertada la observación de Le Fur que los tratados son más fáciles de probar que la costumbre y que la costumbre es más fácil de probar que los principios generales, y que por

¹ No se han traducido las notas a pie de página originales.

esa razón es más probable que los tratados se apliquen primero y que tal vez por esta razón el artículo 38 ha enumerado las fuentes en ese orden.

El problema de la jerarquía de las fuentes rara vez ha dado lugar a problemas en la práctica. Sin embargo, eso no da garantía de que la situación siga siendo la misma y por esa razón y también porque resulta útil para la teoría general del derecho internacional, el tópico merece mayor discusión.

Tratados y Costumbre

La Corte Permanente de Justicia Internacional en varios casos aplicó tratados que contradecían reglas de costumbre internacional. Sin embargo, eso no significa que los tratados invariablemente prevalezcan sobre la costumbre; los tratados en los casos en cuestión eran probablemente más específicos o más recientes que las reglas consuetudinarias.

A veces se dice que los tratados prevalecen sobre la costumbre en virtud de la máxima *lex specialis derogat generali*. Sucede frecuentemente que la materia sobre la que versa el tratado es más específica que la regla consuetudinaria, o que el número de Estados que se han obligado por medio del tratado es menor que el número de los Estados que se encuentran obligados por una regla consuetudinaria. Pero es igualmente posible que una regla consuetudinaria sea más específica que el tratado, o que una costumbre especial obligue a un número pequeño de Estados; en tales casos, la máxima *lex specialis derogat generali* resulta en que la regla consuetudinaria prevalece sobre el tratado.

Cuando la máxima *lex specialis derogat generali* no otorga ninguna guía, o cuando se demuestra que ella no refleja la intención de los Estados en cuestión, se puede decir que la autoridad de los tratados y de la costumbre es la misma. La que sea más reciente en el tiempo prevalece sobre la otra. Un tratado puede imponerse por sobre una costumbre preexistente. Este punto de vista aparece como el más natural para los autores que consideran que la costumbre es un acuerdo tácito entre Estados, pero también es compartido por muchos otros autores pertenecientes a distintas escuelas. La terminación de un tratado como el resultado del desarrollo creciente de una costumbre contraria a él es un ejemplo de desuso, un método bien reconocido por el cual los tratados pueden terminar.

Sin embargo, del mismo modo que existe una presunción en contra del establecimiento de nuevas reglas consuetudinarias que puedan chocar con reglas consuetudinarias preexistentes, también existe la presunción en contra del reemplazo de reglas consuetudinarias por tratados y viceversa. Existe una presunción interpretativa (refutable, como todas las presunciones interpretativas) en el sentido que tal como se presume que las leyes en el derecho inglés no derogan el *common law*, los tratados no se celebran para derogar el derecho consuetudinario. Del mismo modo, una costumbre posterior sólo puede dar por terminado un tratado cuando la evidencia es clara en el sentido que esa ha sido la intención de las partes. En particular, si el tratado permite su denuncia y si las partes creen que una nueva regla de derecho consuetudinario se contrapone al tratado, uno esperaría que ellas denunciaran el tratado; si así no lo hacen, se fortalece la presunción de que la regla consuetudinaria posterior no ha podido reemplazar al tratado.

La más clara muestra de que un tratado ha sido reemplazado por una costumbre contraria posterior se puede encontrar en las declaraciones (unilaterales y otras) en que las partes reconozcan que esto es lo que ha ocurrido. Si todas las partes del tratado efectúan esas declaraciones, la cuestión es clara; si las declaraciones que son hechas por sólo algunas de las partes, éste es un hecho bastante decidor (especialmente si un alto porcentaje de las partes realiza tales declaraciones) siempre que las otras partes no objetan.

El Comité de Juristas que conoció de la disputa sobre las islas Aaland señaló que la violación por una de las partes de las obligaciones asumidas en un tratado acompañada de la aquiescencia de las otras partes no daba lugar a la terminación del tratado. Esta posición pudiera parecer demasiado estricta, se requiere que se pruebe que las partes han entendido que el tratado ha terminado o que intentaban a través de sus actos darlo por terminado. En ausencia de tales manifestaciones expresas concernientes a la terminación, una prueba de este tipo sólo puede encontrarse en una práctica abundante y consistente. Se ha sugerido algunas veces que la violación sistemática del derecho de la guerra durante las dos guerras ha dado lugar a nuevas reglas consuetudinarias que han puesto término a los tratados pertinentes, pero la consistencia de tal práctica en el sentido requerido para que ésta tenga efectos jurídicos es dudosa.

Cuando un tratado permite pero no requiere que un Estado se comporte en determinado sentido, es peligroso inferir el desuso de la simple omisión del Estado de actuar en ese determinado sentido.

En todo caso, lo que importa es la práctica *inter se* de los Estados parte del tratado; la práctica que ellos sigan en sus relaciones con Estados que no son parte del tratado y la práctica de éstos últimos, podría dar lugar al nacimiento de un regla de derecho consuetudinario pero esa regla no surtiría efectos en relación al tratado, salvo que en esa práctica participen los Estados parte del tratado en sus relaciones mutuas.

Del mismo modo en que un regla consuetudinaria puede terminar un tratado, ésta también puede modificarlo. Esto es lo que ocurrió con el Arbitraje de 1963 sobre el Acuerdo de Servicios de Transporte Aéreo.

El Artículo 38 del Borrador de Artículos sobre el Derecho de los Tratados de la Comisión de Derecho Internacional de 1966 disponía:

Un tratado puede ser modificado por una práctica posteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual se establezca que la intención de las partes es la de modificar sus disposiciones.

En la Conferencia de Viena esta disposición se eliminó por 53 votos contra 15, con 26 abstenciones. Sin embargo, solo 10 de los 26 Estados que se pronunciaron a favor de la propuesta para eliminar dicho artículo 38 dijeron que éste no estaba de acuerdo con el derecho existente; 3 Estados apoyaron la eliminación porque pensaban que no era apropiado que la Convención tratara la cuestión de la relación entre tratados y costumbre; 11 Estados señalaron que la regla que se establecía en el artículo 38 no era deseable pero no explicaron si ésta se ajustaba o no a derecho; los restantes 2 de los 26 Estados se pronunciaron en favor de la eliminación sin señalar sus razones. Es difícil interpretar la eliminación del artículo 38 como un claro rechazo a la idea de que el derecho permite que los tratados sean modificados por la práctica ulterior de los Estados, especialmente dado que la Convención de Viena no excluye la posibilidad de terminar un tratado por desuso, y expresamente permite que un tratado sea interpretado a la luz de la aplicación ulterior del mismo (Artículo 31 (3) (b)); una modificación se convierte en terminación en un caso y en interpretación en el otro. Por supuesto que, incluso en el caso en que la eliminación del artículo 38 pudiera representar, como probablemente lo hizo, un desarrollo progresivo (o recesiva) del derecho, en vez de codificación, es posible que en el futuro la costumbre

rechace la idea de que un tratado pueda ser enmendado por la práctica posteriormente seguida; pero es igualmente posible que la costumbre no rechace tal idea y que incluso la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados resulte enmendada por la práctica ulterior de los Estados.

La oposición al Artículo 38 que se manifestó en la Conferencia de Viena fue inspirada en gran medida por las críticas al Arbitraje en el caso del Acuerdo sobre Servicios de Transporte Aéreo, y por temor a que los tratados aprobados por el poder legislativo de un Estado pudieran ser modificados por los actos de funcionarios de menor rango. Estos miedos no son enteramente infundados (las reglas consuetudinarias pueden ser creadas por funcionarios de bajo rango), pero son de alguna manera miedos exagerados — la presunción contraria al cambio de las reglas jurídicas significa que los tratados sólo pueden ser modificados por una práctica prolongada y el que esta práctica prolongada sea requerida le otorga a las altas autoridades de los Estados en cuestión la oportunidad de descubrir y frenar las acciones de los funcionarios de bajo rango antes de que sea demasiado tarde. Más aún, Tunkin ha observado correctamente que:

. . . sólo la práctica que de prueba de un acuerdo entre las partes puede introducir un cambio al tratado . . . Las disensiones individuales respecto de ciertas cláusulas del tratado . . . que puedan producirse con el consentimiento de las partes pero que no den testimonio de la intención de éstas en el sentido de cambiar el tratado, no modifican el tratado.

Frecuentemente la práctica ulterior modifica los tratados constitutivos de organizaciones internacionales. Algunos autores sostienen que tales modificaciones requieren del consentimiento de todos los Estados miembros de la organización; otros alegan que una mayoría es suficiente. La solución más acertada parecería ser el aplicar por analogía cualquier disposición sobre enmienda que exista en el tratado; de esta manera, la Carta de Naciones Unidas puede ser enmendada por una práctica en la que participen dos tercios de los Estados miembros, incluyendo los cinco miembros del Consejo de Seguridad. Si el tratado nada dice sobre posibles enmiendas adoptadas por una mayoría de los miembros, la práctica ulterior sólo podría enmendar el tratado si es unánime, o, para ser más preciso, si nadie se opone.

Por otra parte, incluso aquella práctica que ha recibido la objeción de ciertos miembros puede servir para interpretar el tratado, especialmente si éste faculta a la organización para tomar decisiones conforme a una mayoría de votos; el valor de la

práctica interpretativa variará de acuerdo con la proporción de Estados que hayan participado de ella. Hay entonces una tentación de los Estados a alegar que las prácticas que se contraponen a los términos del tratado son meramente una interpretación de los mismos. En todo caso, la distinción entre enmienda e interpretación normalmente es un tanto borrosa en la práctica. Por ejemplo, la práctica del Consejo de Seguridad por la cual una abstención de un miembro permanente no es considerada como un veto es descrita por ciertos autores como una enmienda a la Carta y por otros como una interpretación.

Los Principios Generales del Derecho

La expresión principios generales del derecho puede referirse a una de dos diferentes cosas, los principios generales del derecho internacional y los principios generales derivados de los derechos nacionales o internos.

Los principios generales del derecho internacional no constituyen una fuente independiente de derecho internacional. Ellos son simplemente principios generales, tales como el principio de la inmunidad diplomática y el principio de la libertad de los mares; la mayoría de ellos son principios de derecho consuetudinario, a pesar de que no existe ninguna razón lógica para negar que ellos puedan derivar de otras fuentes del derecho, como los tratados. Algunos de estos principios son tan familiares para abogados y jueces que a veces ellos estiman que es innecesario citar las autoridades jurídicas que los fundamentan. Otros principios son más discutibles; por ejemplo, un abogado puede tratar de inferir de varias reglas consuetudinarias específicas un principio que no haya sido percibido por nadie anteriormente.

La posición jerárquica de los principios generales del derecho dependerá de la fuente de la cual derivan. Sin embargo, debido a su generalidad, la mayoría de las veces, y en virtud de la máxima *lex specialis derogat generali*, son precedidos por reglas de carácter más específico (incluidas reglas que derivan de normas de más baja jerarquía).

Los principios generales del derecho, en cuanto principios derivados de los derechos nacionales, fueron mencionados en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia con el objeto de permitir que la Corte llenara los vacíos dejados por los tratados y la costumbre; se pueden aplicar, entonces, sólo en caso que falte una

regla (o al menos, una regla específica) consuetudinaria o de un tratado. La jurisprudencia y con algunas excepciones los autores coinciden en sostener que en caso de conflicto los tratados y la costumbre prevalecen por sobre los principios generales del derecho.

Sin embargo, es permitido usar principios generales del derecho (nacionales) para interpretar tratados o costumbre. Más aún, los principios generales del derecho son algunas veces más específicos que algunos principios demasiado amplios que derivan de los tratados y de la costumbre, y en esos casos la máxima *lex specialis derogat generali* puede algunas veces significar que los principios generales del derecho se apliquen con preferencia a los amplios principios generales derivados de los tratados y de la costumbre. Por ejemplo, la presunción en favor de la libertad de acción del Estado, que de acuerdo al caso Lotus se trata de un principio de derecho consuetudinario, sugeriría que un Estado no tiene obligación de pagar intereses moratorios sobre sus deudas; a pesar de eso, la Corte Permanente de Arbitraje sostuvo en el caso de la *Indemnización Rusa*, que tal obligación existía basándose en un principio general de derecho interno.

Las Decisiones Judiciales y las Doctrinas de los Publicistas.

Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas están mencionadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional como ‘medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho.’ Esto sugiere que estas fuentes tienen un menor valor jerárquico que los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho. Por cierto, algunos autores no consideran que ellos sean fuente del derecho pero sólo una prueba indirecta y secundaria de las reglas que han sido creadas por las verdaderas fuentes, es decir, por los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho.

Se ha dicho a veces que las decisiones de las cortes internacionales tienen más valor que las doctrinas de los publicistas. Esto es cierto la mayoría de las veces, pero puede haber excepciones; no sería adecuado mencionar nombres, pero todos nosotros podemos pensar en ciertos autores que han gozado de mayor reputación que ciertas sentencias emanadas de cortes nacionales, o de ciertos fallos pronunciados por tribunales nacionales que han gozado de mejor reputación que fallos emanados de cortes internacionales. Mucho dependerá de la calidad de razonamiento que los jueces o los autores empleen. La falta de

una regla que señale que los precedentes obligan significa que las decisiones judiciales no siempre tienen mayor valor que la doctrina.

Otras Posibles Fuentes

Habiendo discutido las fuentes (o las pseudo-fuentes) del derecho internacional mencionadas en el artículo 38 (1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, nos queda examinar varias otras cosas que a veces se dice constituyen fuente del derecho internacional.

La posición de la equidad en la jerarquía de las fuentes del derecho internacional es bastante baja. Hay acuerdo universal en el sentido que un tribunal internacional no puede aplicar la equidad en una forma que contradiga al derecho internacional a menos que haya sido específicamente autorizado para hacerlo. A falta de dicha autorización, lo más que un tribunal internacional podría hacer es usar la equidad para llenar lagunas en el derecho o para hacer excepciones en equidad a las reglas jurídicas. Cuando se efectúan excepciones en equidad a lo dispuesto por las reglas jurídicas, parecería que la equidad está prevaleciendo por sobre el derecho, pero esta apariencia es equívoca. Todo lo que el juez está haciendo es sostener que la regla jurídica no se aplica a los hechos de la causa; lo que está haciendo es declarar la regla inaplicable², del mismo modo que un juez podría declarar inaplicable para un caso particular una decisión de la Cámara de los Lores. El juez inglés no niega que la decisión de la Cámara de los Lores le sea obligatoria; él solamente sostiene que no se aplica a los hechos de la causa. Se aplica la excepción en equidad y no la regla jurídica, porque la excepción en equidad es más específica que la regla jurídica; *lex specialis derogat generali*.

Los actos unilaterales a veces se describen como una fuente de derecho internacional por algunos abogados de países de Europa occidental donde impera el derecho continental. Sin embargo, estos actos son tan heterogéneos que es muy difícil generalizar a cerca de ellos. Frecuentemente ellos no son fuente del derecho. Por ejemplo, en muchas circunstancias, la protesta, la renuncia y la aquiescencia son meros pasos que conducen a la formación de una costumbre o de un derecho prescriptivo, y por lo tanto no son fuente de

² En el original se usa el verbo 'to distinguish' que significa que una norma se declara inaplicable para un caso particular.

derecho, ni fuente de derechos y obligaciones en sí mismos. De manera similar, la notificación (o la falta de ella) tiene efectos legales sólo si existe una regla de derecho internacional, derivada de otra fuente, que exija la notificación y le atribuya efectos legales; consecuentemente, la notificación no es propiamente hablando una fuente del derecho, ni una fuente de derechos y obligaciones en sí misma. Sin embargo, en otras circunstancias, los actos unilaterales son fuente de derecho, o al menos son fuentes de derechos y obligaciones: un Estado puede a veces asumir obligaciones a través de la promesa o puede perder derechos a través de la renuncia (a veces esta promesa o renuncia puede estar implícita en un acto de reconocimiento). Estos actos se parecen en sus efectos a los tratados, y probablemente tienen el mismo valor jerárquico que los tratados; eso quiere decir que un Estado puede a través de la promesa o de la renuncia, perder libertades o derechos de los que gozaba en virtud de tratados o de la costumbre, y que un tratado o una costumbre posterior podrían extinguir las obligaciones asumidas en la promesa o revivir los derechos perdidos en virtud de la renuncia.

Muchos actos de organizaciones internacionales no son fuente de derecho internacional por derecho propio, ya sea porque son meramente parte de una práctica en base a la cual se puede desarrollar una costumbre o porque solamente recogen los acuerdos entre (o promesas hechas por) los Estados. Sin embargo, toda organización internacional tiene la capacidad inherente de adoptar decisiones vinculantes sobre cuestiones que caen dentro de la regulación interna de la organización: y el poder para tomar decisiones vinculantes en otras materias también puede otorgarse por el tratado constitutivo. Se requeriría de un artículo separado para examinar el lugar que esas decisiones vinculantes ocupan en la jerarquía de las fuentes de derecho internacional, ya que los problemas que surgen no se pueden separar de una serie de cuestiones que forman parte del derecho de las organizaciones internacionales que estarían fuera de lugar en un artículo general sobre las fuentes del derecho internacional — los principios que gobiernan la interpretación de los tratados constitutivos de organizaciones internacionales, la doctrina de los poderes implícitos, la cuestión sobre si un órgano de una organización internacional puede delegar sus poderes y si resulta obligado por sus propias reglas de procedimiento, la cuestión de si el derecho interno de una organización internacional constituye un sistema independiente del sistema de derecho internacional, la cuestión de si la naturaleza de las Comunidades

Europeas es diferente a otras organizaciones internacionales, la diferencia entre actos nulos y actos anulables. La falta de discusión sobre las decisiones vinculantes de organizaciones internacionales en el presente artículo no es tan seria como podría parecer porque (con la excepción de las Comunidades Europeas y el derecho interno de las organizaciones internacionales que son tópicos especializados) las organizaciones internacionales rara vez toman decisiones vinculantes.

Jus cogens

Todo lo dicho en el presente artículo está sujeto a las reglas del derecho internacional sobre *jus cogens*. En caso de conflicto entre una regla de *jus cogens* y una regla de *jus dispositivum*, la regla de *jus cogens* debe prevalecer sin importar la fuente de la cual derivan las reglas en conflicto, sin importar si la regla de *jus dispositivum* entró en vigencia antes o después de la regla de *jus cogens*, y sin importar si la regla de *jus dispositivum* es más específica o menos específica que la regla de *jus cogens*.

En cuanto a las fuentes de derecho internacional que pueden generar reglas de *jus cogens* hay una variada gama de puntos de vista expuestos por varios autores. Algunos señalan que tales reglas derivan de la costumbre mientras que otros señalan que pueden derivar tanto de la costumbre como de los tratados. Algunos pocos mantienen que ellos derivan de principios generales del derecho o, de la costumbre y de los principios generales del derecho. Las decisiones judiciales hablan de reglas de *jus cogens* derivadas de tratados o de principios generales del derecho, sin necesariamente implicar con ello que las fuentes se limitan sólo a estas dos. Algunas autoridades han alegado que los tratados y la costumbre que se opongan a los principios básicos de derecho natural son nulos, otros rechazan este punto de vista.

Los *travaux préparatoires* de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados aclara un poco el panorama. Los informes de la Comisión de Derecho Internacional señalan que el *jus cogens* se puede establecer por vía de tratado o de costumbre. En la Conferencia de Viena, algunos Estados señalaron que el *jus cogens* podría derivar de la costumbre o de los tratados o de ambas. El punto de vista según el cual los tratados son sólo una de las posibles fuentes de *jus cogens* es seguido en los discursos de

varios delegados que enumeran reglas contenidas en la Carta de Naciones Unidas y en otros tratados como ejemplos de *ius cogens*, sin pronunciarse sobre si esas reglas son también reglas de derecho consuetudinario.

En la Conferencia la postura de que el *ius cogens* puede derivarse de reglas distintas a los tratados y a la costumbre recibió poco apoyo. En particular, una propuesta modificatoria de los Estados Unidos en que se definía una regla de *ius cogens* como una regla ‘que es reconocida tanto por los sistemas jurídicos nacionales como regionales del mundo y la cual no admite acuerdo en contrario’, y que se podría haber interpretado como definiendo al *ius cogens* con referencia a los principios generales del derecho (a pesar de que los delegados difieren en cuanto al verdadero sentido de esta propuesta), perdió por 57 votos contra 24, con 7 abstenciones.

Algunos delegados en la conferencia señalaron que las disposiciones de la Convención referidas al *ius cogens* positivaban principios de moral internacional. Eso puede ser cierto pero lo importante es notar que la Convención definió las reglas de *ius cogens*, no en base a nociones subjetivas como la moralidad, pero como una ‘norma aceptada y reconocida por la comunidad de Estados en su conjunto como una norma que no admite acuerdo en contrario’. Mas aún, el consenso al que aparentemente se llegó en la conferencia fue que las reglas de *ius cogens* podían derivar de los tratados y/o de la costumbre; en otras palabras, que los principios de moralidad internacional tenían que tomar la forma de reglas convencionales o consuetudinarias de derecho internacional a fin de tener la oportunidad de convertirse en *ius cogens*.

Más aún, existen razones de principio que apoyan la visión de que el *ius cogens* puede derivar de tratados y costumbre, pero no de otras fuentes de derecho internacional. Hemos visto que los tratados y la costumbre tienen normalmente la misma autoridad como fuentes de derecho internacional, y que prevalecen por sobre otras fuentes. Habría una contradicción anómala si se dijera que las reglas de *ius cogens* pueden derivar de la costumbre y no de los tratados(o viceversa), o si otras fuentes, que normalmente son inferiores a los tratados y la costumbre, pudieran producir reglas de *ius cogens* que pudieran prevalecer por sobre los tratados y la costumbre. A mayor abundamiento, la Convención de Viena dispone que una regla de *ius cogens* debe ser ‘aceptada y reconocida por la comunidad de Estados en su conjunto’ —una expresión que, como veremos, no está

exenta de dificultades, pero que de seguro sugiere que una regla de *ius cogens* no puede producirse a menos que sea aceptada y reconocida por al menos un amplio número de Estados, incluidas las dos super-potencias³. Pero la Unión Soviética se niega a reconocer cualquier otra fuente de derecho internacional que no sean los tratados y la costumbre. Esta actitud negativa, junto con la definición de *ius cogens* recogida en la Convención de Viena, presenta un obstáculo casi insuperable para que el *ius cogens* se desarrolle a partir de otras fuentes que no sean los tratados y la costumbre. Finalmente, en lo que se refiere a los principios de derecho (nacional), no todos esos principios se pueden transplantar al medio internacional, y los factores que pueden influir en una definición amplia de *ius cogens* que es operativa en el derecho interno difícilmente se dan en el derecho internacional; constituye un error, entonces, alegar que el hecho de que una regla en particular sea *ius cogens* en todos los sistemas jurídicos internos signifique que también es *ius cogens* en el derecho internacional.

Uno de los requisitos que debe cumplirse de acuerdo a la Convención de Viena antes de que pueda decirse que una regla es una regla de *ius cogens*, es que debe ser una regla de ‘derecho internacional general’. Algunos autores identifican el derecho internacional general con el derecho consuetudinario. Sin embargo, esto es discutible. Un tratado que ha sido ratificado por todos o por casi todos los Estados del mundo es tan parte del derecho internacional general como muchas de las reglas de derecho consuetudinario. De un modo similar, el uso del término ‘surge’ en el artículo 64 de la Convención de Viena parece a primera vista más apto para describir el desarrollo gradual de una regla consuetudinaria que para describir la conclusión de un tratado. Pero no necesariamente elimina a los tratados porque la obtención de las ratificaciones necesarias para que un tratado puede considerarse como *ius cogens* puede tomar un largo tiempo. Además, el texto Francés usa la palabra ‘survient’, y, como el delegado francés en la Conferencia de Viena dijo ‘la definición del diccionario del verbo ‘survient’ implica algo sorpresivo e inesperado’.

Una dificultad adicional surge del requisito, establecido por el artículo 53 de la Convención de Viena, de que una regla de *ius cogens* deba ser ‘aceptada y reconocida por la comunidad internacional en su conjunto’. Algunos delegados en la Conferencia de Viena

³ Cuando el artículo se publicó todavía existían dos superpotencias: Estados Unidos y la Unión Soviética.

pensaron que las reglas de *ius cogens* debían ser aceptadas por todos los Estados; otros pensaron que ellas debían ser aceptadas por una gran mayoría de los Estados pero no por todos. Las dos interpretaciones acarrearán problemas.

La interpretación que exige la ‘unanimidad’ haría difícil el desarrollo del *ius cogens* y haría extremadamente difícil el desarrollo de *ius cogens* por la vía de los tratados, porque es muy difícil que todos los Estados del mundo sean parte de un tratado. Sin embargo, no es hay una imposibilidad lógicamente en que todos los Estados del mundo puedan ser parte de un tratado.

La interpretación que exige ‘una gran mayoría’ causa más dificultades. Lo normal es que un Estado no resulte obligado por un tratado del cual no es parte. En ciertas circunstancias un Estado disidente no resulta obligado por reglas de derecho consuetudinario; por cierto los *travaux préparatoires* del artículo 38 de la Convención de Viena sugieren que un Estado no está sujeto a las nuevas normas de derecho consuetudinario a menos que haya positivamente consentido a esa regla. ¿Qué pasa con los Estados que se oponen a la creación de una regla de *ius cogens*? Algunos autores alegan que no se encuentran sujetos a ella. Esto es lógico pero indeseable; el *ius cogens* perdería su *raison d’être* si los Estados pudieran escapar a su fuerza obligatoria por el hecho de disentir. Otros autores alegan, de manera un tanto ilógica, que los Estados disidentes se encuentran sujetos a las reglas consuetudinarias de *ius cogens* pero no a las reglas consuetudinarias de *ius dispositivum*; sin embargo, aparentemente nadie hasta ahora ha alegado que los tratados que establecen reglas de *ius cogens* sean vinculantes para los Estados que no son parte de ellos.

La verdadera solución es probablemente que la disputa entre la tesis de la ‘unanimidad’ y la tesis de la ‘gran mayoría’ es más aparente que real. Hay dos cuestiones envueltas —cuántos Estados deben reconocer la regla como derecho, y cuántos la deben reconocer como *ius cogens*? La mayoría de los delegados que se pronunciaron a favor de la tesis de la ‘unanimidad’ se estaban refiriendo a la primera pregunta, y la mayoría de los delegados que se pronunciaron a favor de la tesis de la ‘gran mayoría’ se estaban refiriendo a la segunda cuestión. La verdadera respuesta parece ser que una regla, para ser calificada como *ius cogens*, debe pasar dos tests — debe ser aceptada como derecho por

todos los Estados del mundo, y una gran mayoría de Estados debe estimar que es de *ius cogens*.