

898  
24

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**  
*FACULTAD DE DERECHO*

**ALGUNOS ASPECTOS  
TEORICOS-PRACTICOS  
DEL IUS COGENS  
INTERNACIONAL**

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

*MARIO FIGNETTES DEL OLMO*

**1987.**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

## INTRODUCCION

JUSTIFICAR LA ELECCIÓN DE UN TEMA COMO EL QUE OCUPA A ESTA TESIS, ES FÁCIL EN RAZÓN DE VARIAS CIRCUNSTANCIAS. POR SU PARTE, EL DESARROLLO Y LA RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN SON ARDUOS, PERO INTERESANTES.

EN DEFENSA DEL TEMA SELECCIONADO, DIREMOS QUE LA IMPERATIVIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL ES UNA MATERIA POCO EXPLORADA EN LOS MANUALES DE ESTA DISCIPLINA, NO OBSTANTE QUE EXISTE YA UN CUERPO DE NORMAS POSITIVAS QUE LA TRATA. EL ESFUERZO DE LOS INTERNACIONALISTAS QUE HAN ESCRITO SOBRE EL IUS COGENS ES ADMIRABLE EN MUCHOS ASPECTOS, ESPECIALMENTE POR QUE TODAVÍA PERSISTEN NUMEROSOS PRINCIPIOS DEL VIEJO DERECHO INTERNACIONAL QUE SE OPONEN FRONTALMENTE CON NUESTRA INSTITUCIÓN. LOS ANTECEDENTES TÉCNICOS QUE DATAN DEL SIGLO XVIII, SE DESENVUELVEN HACIA LA SEGUNDA MITAD DE LA PRESENTE CENTURIA. ELLO NO HA DE SORPRENDERNOS PUESTO QUE SÓLO EN NUESTRA ÉPOCA, LA SOCIEDAD INTERNACIONAL HA LLEGADO A SER GLOBAL, LO CUAL COINCIDE CON EL MAYOR INTERÉS DE LOS ESTADOS DÉBILES POR CONSOLIDAR LOS DESARROLLOS PROGRESIVOS QUE EL DERECHO INTERNACIONAL PUEDA TENER.

ES SEÑALADA LA INFLUENCIA QUE LAS NACIONES DEL TERCER MUNDO HAN IMPRESO A LA DINÁMICA JURÍDICA INTERNACIONAL EN LAS RECIENTES DÉCADAS, LO CUAL REAFIRMA EL INTERÉS EN EL ANÁLISIS DE UNO DE LOS CONCEPTOS MÁS NOVEDOSOS DEL ACTUAL ÓRDEN, DESDE LA PERSPECTIVA DE UNA POTENCIA MEDIA, COMO MÉXICO.

LAS FUENTES DOCUMENTALES SOBRE NUESTRO TEMA SON ESCASAS Y DE DIFÍCIL CONSULTA, AUN LAS REDACTADAS EN ESPAÑOL, POR LO QUE SU DIFUSIÓN CONTRIBUYE A LA FORMACIÓN DEL FUTURO INTERNACIONALISTA, - ES ÉSTE UNO DE LOS PROPÓSITOS DEL PRESENTE ESTUDIO; EL CUAL SE PRESENTA DIVIDIDO EN TRES CAPÍTULOS, MISMOS QUE TRATAN EN SU ORDEN: - LA NORMA POSITIVA GENERAL, LA OPINIÓN DOCTRINAL Y LOS PRECEDENTES JUDICIALES.

LA INTENCIÓN DELIBERADA QUE PERSEGUIMOS CON ESTA DISTRIBUCIÓN, ES ERRADICAR DEL LECTOR UN CIERTO PREJUICIO SOBRE LA IRREA-

LIDAD, LA IMPRACTICABILIDAD DEL IUS COGENS INTERNACIONAL.

COMO APUNTIAMOS, EL PRIMER CAPÍTULO ESTÁ DEDICADO AL ANÁLISIS DE LA NORMA POSITIVA, QUE EN ESTE CASO ES CONVENCIONAL. ESTIMAMOS QUE SIENDO LA COSTUMBRE LA FUENTE ORIGINARIA DEL DERECHO INTERNACIONAL, NO MERECIÓ UNA REFERENCIA DIRECTA, EN ATENCIÓN A QUE LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO DE LOS TRATADOS VERSÓ EN GRAN PARTE SOBRE LA ORDENACIÓN DE PRÁCTICAS MUY ANTIGUAS. UN SIGNIFICATIVO PROGRESO LO CONSTITUYEN LOS ARTÍCULOS CONSAGRADOS AL IUS COGENS, PERO NO NOS LIMITAMOS A SU SIMPLE COMENTARIO, TRATAMOS TAMBIÉN A LOS NUMERALES QUE RESULTAN CONEXOS A LA LUZ DE UNA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LAS DOS CONVENCIONES SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, LA DE 1969 Y LA DE 1986. EL APARTADO DEDICADO A ESTA ÚLTIMA, ASÍ COMO EL QUE SE REFIERE A LAS RESERVAS FORMULADAS A LA PRIMERA, PODRÁN RESULTAR DE INTERÉS HABIDA CUENTA DE QUE EL MATERIAL CONSULTADO, NADA DICE AL RESPECTO.

INTENTAMOS APORTAR CON ESTE CAPÍTULO, UNA VISIÓN COMPRENSIBLE DEL IUS COGENS INTERNACIONAL POSITIVO, EL CUAL ES YA UNA REALIDAD.

LA PRIMERA PARTE DEL SEGUNDO CAPÍTULO, RECOGE EL PUNTO DE VISTA DOCTRINAL, QUE FUE DETERMINANTE EN LA LABOR DE CODIFICACIÓN EMPRENDIDA POR LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. DE ESPECIAL UTILIDAD RESULTA EL PENSAMIENTO DE LOS AUTORES LATINOAMERICANOS, MEXICANOS Y CHINO, TODA VEZ QUE EN SU MAYORÍA FUE EXPRESADO DESPUÉS DE LA FIRMA DEL PRIMER INSTRUMENTO, Y SU DIFUSIÓN ES AÚN MÁS PRECARIA QUE LA DE LOS PUBLICISTAS AFAMADOS COMO KELSEY O VERDROSS. ES PUES NUESTRO FIN, EXPONER ORDENADAMENTE LA DOCTRINA REGIONAL - PREFERENTEMENTE.

LA SEGUNDA PARTE DEL CAPÍTULO QUE SE PRESENTA, CONTIENE PRIMORDIALMENTE LOS PUNTOS DE VISTA DE QUIEN ESTO ESCRIBE. PROPONEMOS UN NUEVO MARCO DE ESTUDIO PARA EL IUS COGENS INTERNACIONAL, - ES DECIR, UNA PERSPECTIVA MÁS AMPLIA QUE PERMITA UBICARLO DENTRO DEL FENÓMENO JURÍDICO EN GENERAL, TAL PUNTO DE PARTIDA LO PROPORCIONA LA FILOSOFÍA DEL DERECHO, Y DESDE ELLA LLEGAMOS HASTA EL DERECHO INTERNACIONAL VIGENTE. EN ESTE PUNTO RECORDAMOS LAS PALABRAS



DE FIORE, CUANDO AFIRMA:

LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DEBE SER LA PRINCIPAL FUENTE EN DONDE LA CIENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL HA DE BUSCAR LAS REGLAS DEL ORDEN JURÍDICO DE LA SOCIEDAD DE LOS ESTADOS. PERO ES NECESARIO QUE EL PUBLICISTA NO CONFÍE ÚNICAMENTE EN EL RACIOCINIO; ANTES HA DE BUSCAR APOYO EN LA DILIGENTE OBSERVACIÓN DE LAS RELACIONES ESTABLECIDAS MEDIANTE EL COMERCIO Y LA CONVIVENCIA QUE SIRVAN DE MATERIALES A LA REFLECCIÓN, PARA DESENTRAÑAR LA ÍNTIMA NATURALEZA DE LAS MISMAS RELACIONES (1).

LAS CONCLUSIONES A LAS QUE LLEGAMOS Y EL MISMO DESARROLLO DE LAS IDEAS PROPUESTAS, PUEDEN NO SER CORRECTAS; DE LO QUE ESTAMOS CONVENCIDOS ES DEL HECHO DE QUE NO BASTA EL ANÁLISIS DEL DERECHO POSITIVO O DEL COMPORTAMIENTO DE LOS ESTADOS, PARA FUNDAMENTAR ADECUADAMENTE UN JUICIO TÉCNICO SOBRE NUESTRA INSTITUCIÓN. ES POR ELLO QUE RECURRIMOS A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO PARA TRATAR LOS TEMAS QUE SE INCLUYEN; POR OTRA PARTE, ELLO NO IMPLICA LA NEGACIÓN DE LA REALIDAD POLÍTICA INTERNACIONAL, SÓLO INTENTAMOS DAR SU JUSTO VALOR A CADA ASPECTO RELACIONADO CON LA IMPERATIVIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL.

SIGUIENDO EL CONSEJO DE FIORE, EL ÚLTIMO CAPÍTULO EXAMINA LA PRÁCTICA JUDICIAL QUE SOBRE EL IUS COGENS Y SUS CONCEPTOS CONEXOS, SE CONOCE A TRAVÉS DE CASOS. RESULTA SORPRENDENTE QUE NO SÓLO TRIBUNALES INTERNACIONALES, SINO TAMBIÉN ALGUNOS NACIONALES, SE HAYAN PRONUNCIADO SOBRE LA MATERIA. EN TODO MOMENTO TRATAMOS DE SEÑALAR LA FACTIBILIDAD Y LA IMPORTANCIA QUE REPRESENTA EL QUE, MEDIANTE EL DESARROLLO DEL IUS COGENS, SE HAYA HECHO REALIDAD LA JURISDICCIÓN OBLIGATORIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA.

ESPERAMOS QUE EN EL FUTURO, SE MULTIPLIQUEN LOS PRECEDENTES Y SE RESPETEN LAS DECISIONES ARBITRALES O JUDICIALES, EN BENEFI--

1 FIORE, Pasquale: Derecho Internacional Codificado, (trad. del italiano por Alejo García), Tomo 1, Editorial de Góngora, Madrid, 1891, p. 49.

CIO DEL PODER JUDICIAL INTERNACIONAL. LOS CASOS QUE SE MENCIONAN, SON UNA MUESTRA FEACIENTE DEL INTERÉS POR CONSTITUIR UN ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL ACORDE CON LA EVOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD DE ESTADOS.

HEMOS DESARROLLADO ALGUNOS TEMAS QUE CONSIDERAMOS NECESARIOS AUNQUE NO FUNDAMENTALES, TALES COMO: EL DERECHO DEL OBLIGADO, LA TEORÍA DE HART APLICADA A LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL, LA ESTRATIFICACIÓN DE ESTADOS, LA IMPORTANCIA DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS Y DISIDENTES DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN SU INTENTO POR CREAR DERECHO DERIVATIVO ETC., TODOS ÉSTOS AYUDAN A FUNDAMENTAR EN LO GENERAL, LAS CONCLUSIONES QUE PROPONEMOS.

EN RESUMEN, DOS SON LOS PROPÓSITOS FUNDAMENTALES QUE NOS ANIMARON EN ESTE TRABAJO; PRIMERO, DIFUNDIR LOS ADELANTOS YA CONSOLIDADOS EN ESTE CAMPO, Y SEGUNDO, PROPONER UN MARCO DE ESTUDIO NUEVO, QUE NOS LLEVE A ESTIMAR PONDERADAMENTE EL GRADO ACTUAL DE DESARROLLO DE DERECHO INTERNACIONAL COMO ORDEN IMPERATIVO.

FINALMENTE, ESTIMAMOS QUE NINGÚN ESFUERZO ES INÚTIL, SI INTENTA CONVERTIR EL CONCEPTO DE IUS COGENS INTERNACIONAL, EN UN VERDADERO IUS VIVENS PARA LA COMUNIDAD DE ESTADOS; POR LO QUE AL AMPARO DE ESTA IDEA, SOMETEMOS ESTA TESIS A LA CONSIDERACIÓN DEL SÍ MODO Y DEL LECTOR.

## ADVERTENCIAS

1. LA DIVISIÓN DE LA TESIS EN PÁRRAFOS NUMERADOS PROGRESIVAMENTE, OBEDECE A UN DOBLE FIN: PRIMERO PORQUE SE BUSCÓ CIERTA SISTEMATIZACIÓN EN LOS TEMAS ABORDADOS, Y SEGUNDO, PORQUE -- CON LA CITA INTERNA EL ESTUDIO ADQUIERE MAYOR COHERENCIA. DESAFORTUNADAMENTE NO LLEGAMOS A SER EXHAUSTIVOS, NI EN TEMAS, NI EN AUTORES; SIRVA DE EXCUSA A LO PRIMERO, EL NIVEL PARA EL CUAL SE PREPARÓ LA TESIS, LICENCIATURA; PARA LO SEGUNDO, LA INCLUSIÓN DE UNA BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA QUE DARÁ NOTICIA AL INTERESADO, SOBRE LOS TRABAJOS Y PUBLICACIONES QUE POR IMPOSIBILIDAD MATERIAL, NO PUDIERON SER CONSULTADOS.

2. PRETENDEMOS QUE SU LECTURA SEA ÁGIL, CON LA INCLUSIÓN DE LA VOZ QUE IDENTIFICA CADA PÁRRAFO, EN EL ENCABEZADO DE LAS PÁGINAS.

### 3. LAS ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS SON:

D.I. DERECHO INTERNACIONAL.  
O.I. ORGANISMOS INTERNACIONALES.  
CDI COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL.  
CIJ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA.  
AJIL AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW.  
RC RECUEIL DES COURSES.  
AFDI ANNUAIRE FRANCAISE DU DROIT INTERNATIONAL.  
ICLQ INTERNACIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTELY.  
¶ ES EL SIGNO QUE IDENTIFICA CADA PÁRRAFO.

4. CUANDO DECIMOS D.I., NOS REFERIMOS AL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO GENERAL, SIEMPRE QUE LA INTENCIÓN ES OTRA ASÍ -- SE ESPECIFICA.

5. NOS PARECE QUE ESTE ES EL LUGAR APROPIADO PARA INCLUIR UNA NOTA ETIMOLÓGICA E HISTÓRICA SOBRE LA LOCUCIÓN IUS COGENS, -- YA QUE ESTE COMENTARIO NO CONSTITUYE ESTRICTAMENTE UN APARTADO JURÍDICO.

LA PALABRA QUE NOS ES DESCONOCIDA, COGENS, DERIVA DEL LATÍN COGO, Y ESTA A SU VEZ DE CO Y AGO, ESTA ÚLTIMA PARTÍCULA -QUE EN SU FORMA MÁS ANTIGUA ES AXIM- PARECE SIGNIFICAR: EMPUJAR FRENTE A SI(1); Y FORMA PARTE DE "PREVERBOS" CALIFICADOS DE COMPUESTOS Y DENOS, ES DECIR, CON MÚLTIPLES SIGNIFICADOS, EJEMPLO DE ELLOS SON COGO Y DEGO.

ASÍ, COGO ENCUENTRA LAS SIGUIENTES ACEPCIONES: 1. DIRIGIR - VARIAS COSAS UNIDAS HASTA UN PUNTO, 2. ORDENAR, DISPONER, 3. RECOGER, 4. UNIR, JUNTAR, 5. RECAUDAR, 6. PENSAR, DEDUCIR, RAZONAR, - 7. CONVOCAR, 8. FORZAR, COMPELIR(2), LAS PALABRAS QUE DE ÉSTA SE ORIGINARON FUERON UTILIZADAS EN ÁMBITOS, DESDE EL NAVAL, HASTA EL FORENCE, LA CÉLEBRE FRASE COGITO ERGO SUM, ES UN BUEN EJEMPLO DEL EMPLEO RENACENTISTA DEL VERBO COGO, EN EL CAMPO DE LA ESPECULACIÓN FILOSÓFICA.

EN UN SENTIDO MÁS JURÍDICO, ROMA CONOCIÓ Y UTILIZÓ FRASES - COMO:

COGERE IUDICES	CONVOCAR A LOS JUECES,
CONGUNTUR SENATORES	LOS SENADORES SE REUNEN,
COGI IN SENATUM	SER CONVOCADO EN EL SENADO(3).

EN EL SENTIDO QUE NOS INTERESA: CONSTREÑIR, OBLIGAR, FORZAR, COGO DIÓ LUGAR A LOCUCIONES COMO:

NON TE EMERE COGIT	NO TE HA FORZADO A COMPRAR,
PRECE COGERE ALIQUEM	OBLIGAR A UNO CON SÚPLICAS,
COACTUS LEGIBUS EAM UXOREM DUCET	(ÉL) SE CASARÁ OBLIGADO POR LA LEY,
MAGNITUDINE SUPPLICII DUBI TANTIS COGIT	POR LA MAGNITUD DEL CASTIGO SE FUER ZA A LOS INDECISOS(4)

- 1 Cfr. ERNOU A. y A. Millet: Dictionnaire Etymologique de la Langue (Histoire des mots), 4a. ed., Librairie C. Klincksieck, Paris, 1967, p. 15; BLANQUEZ FRALLE, Agustín: Diccionario Latino-Español, Tomo I, 5a. ed., Sopena, Barcelona, 1975, p. 389.
- 2 Cfr. LEWIS and Short: A Latin Dictionary, Oxford at de Caledon Press. - Londres, 1969, p. 676; THESAURVS LINGVAE LATINAE, Vol. III, fasc. VII, Teubner Verlagsgesellschaft, Leipzig, 1976, p. 1519; LEXICON TOTIUS LATINATIS, Tomo I, Gregoriana, Barcelona, 1965, p. 676.
- 3 BLANQUEZ FRALLE, Agustín: op. cit. Cabe mencionar que los ejemplos transcritos, fueron tomados de obras de Cicerón.
- 4 Ibid.

N<sup>O</sup> OBSTANTE, SE CARECE DE UNA FRASE O SENTENCIA CLÁSICA - QUE UTILICE EL PARTICIPIO PRESENTE DE COGO, ES DECIR, COGENS. ASÍ PUÉS, IUS COGENS SIGNIFICA LITERALMENTE: DERECHO QUE OBLIGA, DE RECHO CONSTRIENTE.

POR TODO LO DICHO, SE HA CONCLUIDO QUE ES DUDOSO QUE LA LOCUCIÓN HAYA SIDO INVENTADA DURANTE LA EDAD MEDIA, SIENDO MÁS PROBABLE SU APARICIÓN EN LA ÉPOCA CONTEMPORÁNEA. SE SEÑALA A WINDSCHEID, PANDECTISTA DEL SIGLO XIX, COMO EL PRIMERO EN UTILIZARLA EN EL TOMO I DE SU OBRA "DER PANDECTERECHT" DE 1892 (5). EL TÉRMINO ALEMÁN QUE TRADUCE IUS COGENS ES ZWINGEND, QUE ES UN ADJETIVO CUYO SIGNIFICADO ES: IMPERATIVO, COMPELENTE, PERENTORIO, FOERCIBLE(6),

APUNTAMOS COMO DATO CURIOSO QUE, HASTA DONDE SABEMOS, SÓLO LA LENGUA INGLESA RECOGE LA MORFOLOGÍA Y LA SEMÁNTICA DE COGENS, EN PALABRAS COMO EL ADJETIVO COGENT O EL SUSTANTIVO COGENCY. ADEMÁS DE LAS ACEPCIONES QUE TIENEN QUE VER CON "COMPULSIÓN", AMBAS PALABRAS COMPARTEN EL SENTIDO DE "CONVINCENTE" O "PODER DE CONVENCIMIENTO" (7); LO QUE NOS LLEVA A ESPECULAR -NO MUY CIENTIFICAMENTE POR CIERTO- SOBRE LA VIGENCIA DE LAS NORMAS DE IUS COGENS QUE SE ALCANSA MEDIANTE SU CONVINCENTE FUERZA JURÍDICO-MORAL.

6. COMO EL ARTÍCULO 53 DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS DE 1969, SERÁ DE CONSTANTE REFERENCIA, LO TRANSCRIBIMOS EN ESTAS ADVERTENCIAS, PARA SU FÁCIL LOCALIZACIÓN Y CONSULTA:

#### ARTICULO 53.

TRATADOS QUE ESTÉN EN OPOSICIÓN CON UNA NORMA IMPERATIVA DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL (IUS COGENS).

ES NULO TODO TRATADO QUE EN EL MOMENTO DE SU CELEBRACIÓN, ESTÉ EN OPOSICIÓN CON UNA NORMA IMPERATIVA DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL. PARA LOS EFECTOS DE LA PRESENTE CON-

5 DEL VECCHIO, Giorgio: Lezioni di Filosofia del Diritto, 13a. ed., Dott. A. Gluffré, Milán, 1965, pp. 247 y 248.

6 MESSINGER, H: Langenscheidt's New College German Dictionary, 4a. ed., - Langenscheidt, Munich, 1973, p.

7 WEBSTER'S SEVENTH NEW COLEGIATE DICTIONARY, 16a. ed., G. y C. Merriam - Co., s/1., 1967, p. 120.

VENCIÓN, UNA NORMA IMPERATIVA DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL ES UNA NORMA ACEPTADA Y RECONOCIDA POR LA COMUNIDAD INTERNACIONAL DE ESTADOS EN SU CONJUNTO COMO NORMA QUE NO ADMITE ACUERDO EN CONTRARIO Y QUE SÓLO PUEDE SER MODIFICADA POR UNA NORMA ULTERIOR DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL QUE TENGA EL MISMO CARÁCTER (8).

## INDICE GENERAL

INTRODUCCION.	i
ADVERTENCIA.	v
INDICE GENERAL.	ix

### CAPITULO I

#### I. NOCIÓN DE IUS COGENS EN LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS DE 1969.

<u>§.1</u>	CODIFICACION. La codificación y la Comisión de Derecho Internacional.	1
<u>§.2</u>	CONVENCIÓN DE VIENA. Sinopsis histórica y aspectos generales.	12
<u>§.3</u>	BUENA FE. Principios contenidos en el preámbulo. Ambito de validez de la Convención.	17
<u>§.4</u>	ARTICULO 53. Propuesta de división para su estudio.	23
<u>§.5</u>	ACEPTACION Y RECONOCIMIENTO. Análisis de la fórmula.	25
<u>§.6</u>	ACUERDO EN CONTRARIO. No admisión de ..., análisis de la fórmula, obligatoriedad de la norma dispositiva.	31
<u>§.7</u>	IMPERATIVIDAD. Normas imperativas, perentorias y taxativas. Derecho del Obligado. Coercibilidad y coacción. Opinión pública internacional.	40
<u>§.8</u>	ORDEN PUBLICO. Orden público internacional y ius cogens.	53
<u>§.9</u>	SANCION. Concepto general y su regulación en la Convención respecto del Artículo 53.	58
<u>§.10</u>	NULLIDAD. Características generales. Ilícitud en el objeto del tratado. Autonomía de la voluntad. Indivisibilidad del clausulado.	64

<u>E.11</u>	SUSTITUCION. Sustitución de la norma de ius cogens.	72
<u>E.12</u>	ARTICULO 64. Ius cogens superveniens. Nulidad y terminación. Divisibilidad del -- clausulado. Derecho intertemporal.	75
<u>E.13</u>	ARTICULO 66. Aspecto adjetivo de la regulación del ius cogens. Etapas del procedimiento. La Corte Internacional de Justicia y el caso de Africa Sudoccidental.	81
<u>E.14</u>	ARTICULO 71. Procedimiento posterior a la declaración de nulidad.	91
<u>E.15</u>	RESERVAS. Reservas y observaciones a la Convención relacionadas con el ius cogens. Siria, Japón, Suecia, Estados Unidos, Túnez. Opiniones de la Corte Internacional de Justicia y de la Comisión de Derecho Internacional respecto de las reservas.	94

## II. NOCION DE IUS COGENS EN LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS DE 1986.

<u>E.16</u>	ORGANISMOS INTERNACIONALES. Breve sinópsis histórica. Características generales.	107
<u>E.17</u>	CONVENCIÓN DE '86. Aspectos generales. - Ambito de validez. "Acto de confirmación formal" y "Reglas de la Organización". Relación entre ambas convenciones. Entrada en vigor.	110
<u>E.18</u>	REGULACION. Aspectos sustantivos y adjetivos del ius cogens en la Convención de '86. Diferencias procesales entre ambas - Convenciones.	116
<u>E.19</u>	OPINIONES CONSULTIVAS. Práctica judicial internacional y su importancia para determinar el contenido de las normas de ius cogens.	126



CAPITULO II  
I. EL IUS COGENS EN LA DOCTRINA

<u>E.20</u>	VATTEL.		137
<u>E.21</u>	LAUTERPACHT.	1931	144
<u>E.22</u>	SAVOLI.	1933	146
<u>E.23</u>	GUGGENHEIM.	1949	148
<u>E.24</u>	ROLIN.	1950	153
<u>E.25</u>	KELSEN.	1952	155
<u>E.26</u>	FITZMAURICE.	1957	163
<u>E.27</u>	REUTER.	1958	165
<u>E.28</u>	MIAJA DE LA MUELA.	1960	167
<u>E.29</u>	VIRALLY.	1967	178
<u>E.30</u>	VERDROSS.	1966	189
<u>E.31</u>	QUADRI.	1966	197
<u>E.32</u>	SCHWELB.	1967	206
<u>E.33</u>	FISCHER.	1968	213
<u>E.34</u>	MONACO.	1968	215
<u>E.35</u>	KEARNEY Y DALTON.	1970	218
<u>E.36</u>	AGO.	1971	219
<u>E.37</u>	ELIAS.	1972	221
<u>E.38</u>	DE VISSCHER.	1972	222
<u>E.39</u>	PUCEIRO RIPOL.	1976	230
<u>E.40</u>	MONCAYO, VINUESA Y GUTIERREZ.	1977	234
<u>E.41</u>	DE LA COLINA.	1980	236
<u>E.42</u>	GARCIA MORENO.	1980	237

<u>E.43</u>	JIMENEZ DE ARECHAGA.	1980	239
<u>E.44</u>	CASTRO VILLALOBOS.	1981	243
<u>E.45</u>	GOMEZ ROBLEDO.	1981	245
<u>E.46</u>	ALEXIDZE.	1981	254
<u>E.47</u>	GAJA.	1981	262
<u>E.48</u>	HAOPEI.	1983	270
<u>E.49</u>	SEARA.	1984	273
<u>E.50</u>	ESCAIP.	1985	274
<u>E.51</u>	DIAZ MÜLLER.	1986	277
<u>E.52</u>	BECERRA.	1986	281
<u>E.53</u>	VAN AGGELEN.	1986	282
<u>E.54</u>	SCHWAZENBERGER.	1960	283

## II. ASPECTOS TECNICOS PARTICULARES DEL IUS COGENS INTERNACIONAL

<u>E.55</u>	NATURALEZA ONTOLOGICA. El ius cogens como categoría ontológica del derecho. Reinach y el análisis jurídico fenomenológico. La coordinación ético-imperativa de Tomasheff.		287
<u>E.56</u>	HART. Ius cogens y reglas secundarias según la teoría de H.L.A. Hart.		312
<u>E.57</u>	DERECHO SOCIAL. Las normas de ius cogens - como normas de Derecho Social Internacional.		324

### CAPITULO III

#### EL IUS COGENS EN LA JURISPRUDENCIA

<u>E.58</u>	CHINN. Opinión disidente del Juez Schunkin en el Caso Oscar Chinn.		357
-------------	--	--	-----

<u>£.59</u>	GENOCIDIO. La opinión consultiva de la CIJ respecto de las Reservas a la Convención - sobre la Prevención y Castigo del Crimen - de Genocidio.	359
<u>£.60</u>	BARCELONA. El caso de la Barcelona Traction Light and Power Co. Ltd.	360
<u>£.61</u>	CORFU. El caso de la Navegación por el Estrecho de Corfú.	364
<u>£.62</u>	PALMAS. El arbitraje de las Islas de las - Palmas.	365
<u>£.63</u>	NACIONALES. Fallos de cortes nacionales -- que aluden al ius cogens internacional.	366
	CONCLUSIONES.	367
	BIBLIOGRAFIA GENERAL.	373
	BIBLIOGRAFIA RECOMENDADA.	xiv

CAPITULO I  
I. NOCION DE IUS COGENS

EN LA CONVENCION DE VIENA SOBRE DERECHO DE LOS  
TRATADOS DE 1969

§.1 CONVENDRÍA EMPEZAR ESTE CAPÍTULO HACIENDO UNA MENCIÓN, SI BIEN SUCINTA NO INÚTIL, DE LOS ESFUERZOS QUE SE HAN REALIZADO CON OBJETO DE LOGRAR LA CODIFICACIÓN DEL D.I., O POR LO MENOS, DE ALGUNAS DE SUS MATERIAS, DURANTE LOS ÚLTIMOS TIEMPOS. EL MOVIMIENTO CODIFICADOR DEL DERECHO EN GENERAL Y LOS MOTIVOS QUE LE DAN ORIGEN, TALES COMO: LA UNIFICACIÓN DE LAS NORMAS DE DERECHO VIGENTE, LA SUSTITUCIÓN DE LA COSTUMBRE POR LA LEY ESCRITA Y LA ADOPCIÓN DE UN SOLO TEXTO SI ES QUE EXISTEN VARIOS EN UN MISMO SENTIDO, SE HA HECHO PATENTE, COMO ES DE TODOS CONOCIDO, YA DESDE LA ANTIGÜEDAD; TAL ES EL CASO DEL CORPUS IURIS CIVILIS, LA OBRA DE CODIFICACIÓN MÁS IMPORTANTE DEL DERECHO ROMANO <sup>(1)</sup> REALIZADA DURANTE EL SIGLO VI DE NUESTRA ERA.

1 PETIT, Eugene: Tratado elemental de Derecho Romano, (trad. del francés por José Fernández), Epoca S.A., México 1977, pp. 60 a 66; KRÜGER, Pablo: Historia, Fuentes y Literatura del Derecho Romano, (s/t) Nacional, S.A., México 1980, p. 356; SOHM, Rodolfo: Instituciones de Derecho Privado Romano, Historia y Sistema, (trad. del alemán por Wenceslao Roces), Gráfica Panamericana S. de R.L., México, 1959, pp. 6 y 7; BERNAL, Beatriz y José de Jesús Ledesma : Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neoromanistas (de los orígenes a la alta Edad Media), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Textos Universitarios Núm. 5, UNAM, México, 1981, pp. 252 a 256. La lista de tratadistas sobre Derecho Romano es casi infinita, basta con los citados para respaldar nuestro aserto.

A TRAVÉS DE LOS SIGLOS, PESE A LA ESPECIALIZACIÓN DEL DERECHO Y SU CONSECUENTE DIVISIÓN TEÓRICA EN RAMAS, LAS NECESIDADES QUE LLEVAN A SU CODIFICACIÓN NO HAN DEJADO DE TENER VIGENCIA.

BENTHAM INSISTÍA AÚN MÁS QUE JHERING EN UNA COMPLETA CODIFICACIÓN DEL DERECHO. ESPERABA QUE TAL CODIFICACIÓN LOGRARÍA UNA FORMULACIÓN COMPLETA Y LÓGICAMENTE CONGRUENTE DE TODO EL CUERPO DEL DERECHO Y CONTRIBUIRÍA ASÍ A LA CERTEZA JURÍDICA Y A UNA APLICACIÓN RÁPIDA Y MECÁNICA POR PARTE DEL PODER JUDICIAL DE LAS NORMAS PROMULGADAS EN FORMA DE LEY (2) .

LA IDEA DE SEGURIDAD JURÍDICA, QUE SE LOGRA AL TENER UN SOLO TEXTO, UNA SOLA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO APLICABLE, HA MOVIDO SIEMPRE A LOS JURISTAS HACIA LA COMPILACIÓN Y, ULTERIORMENTE, CODIFICACIÓN LEGISLATIVA. POR LAS ESPECIALES CIRCUNSTANCIAS EN QUE EL D. I. SURGIÓ, ESTO ES, PORQUE SE LE CARACTERIZÓ COMO LA RAMA DEL DERECHO QUE REGULA LAS

2 BODENHEIMER, Edgar: Teoría del Derecho, (trad. del inglés por Vicente Ferrero), Colección Popular No. 60, 2a. reimp. de la 1a. ed., PCE, México, 1983, p. 314.

RELACIONES DE LOS ESTADOS ENTRE SÍ (3) Y PORQUE ESPECIALMENTE LOS FENÓMENOS MERCANTILES Y LA GUERRA, PERMITIERON EL ESTABLECIMIENTO DE COSTUMBRES ENTRE LOS ESTADOS, ES QUE ÉSTE HA TENIDO UNA CODIFICACIÓN COMPARATIVAMENTE TARDÍA Y PRIMERAMENTE REGIONAL, POR LO QUE:

EL PRIMER MOVIMIENTO CODIFICADOR DEL DERECHO INTERNACIONAL SE PRODUJO EN EUROPA, A FINALES DEL SIGLO XVIII EN LA ASAMBLEA PRODUCTO DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA; EL CONGRESO DE VIENA, EN 1815, REALIZÓ VARIOS ESFUERZOS, ALGUNOS CON ÉXITO, EN TAL SENTIDO: EL CONGRESO DE PARÍS, EN 1856 TAMBIÉN AVANZÓ EN EL PROCESO, ESPECIALMENTE EN LO QUE SE REFIERE AL DERECHO DE LA GUERRA,

3 J. SIERRA, Manuel: Derecho Internacional Público, 2a. ed., Porrúa, México, 1955, p. 13; SØRENSEN, Max: Manual de Derecho Internacional Público, (trad. del inglés por la Dotación Carnegie para la Paz Internacional) la. reimp., FCE, México, 1978, p. 53; VERDROSS, Alfred: Derecho Internacional Público, (trad. del alemán por Antonio Truyol y Sierra) 3a. reimp. de la 6a. ed., Aguilar, Madrid, 1982, p. 223; SEPULVEDA, César et alii: Manual de Derecho Internacional para oficiales de la Armada de México, Archivo Histórico Diplomático Mexicano Núm. 2, Cuarta Época, SRE/SM, México, 1981, p. 31. En tal sentido, este autor nos dice:

En la doctrina clásica del derecho internacional se consideró siempre que los únicos sujetos de derechos y obligaciones del orden internacional eran los Estados. En los últimos tiempos, ya con la presencia de organizaciones y organismos internacionales y de otras entidades que pesan en los asuntos internacionales, se ha abierto paso la tesis de que además existen otros sujetos titulares de derechos y obligaciones internacionales, y que hay una parte del derecho de gentes, cada vez más creciente, que se dirige a ellos.

LO MISMO QUE LOS CONGRESOS DE LA HAYA, EN 1899 Y 1907 (4) .

Y NO ES HASTA QUE SE LOGRA LA CREACIÓN DE UN ORGANISMO REALMENTE INTERNACIONAL, QUE SE HA PODIDO REALIZAR UN TRABAJO DE CODIFICACIÓN UNIVERSAL DEL D.I., NOS REFERIMOS COMO ES OBVIO, A LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Y A ELLA EN PARTICULAR PORQUE LA SOCIEDAD DE NACIONES, PESE A SER UN ANTECEDENTE IMPORTANTE, NO DEJÓ DE VERSE LIMITADA EN SU ACTUACIÓN.

SE RECONOCE GENERALMENTE QUE LA EXPERIENCIA DE LA LIGA DE LAS NACIONES, NO OBSTANTE EL FRACASO DE SU TAREA PRIMARIA DE MANTENER LA PAZ, CONSTITUYÓ UNA FASE IMPORTANTE EN EL DESARROLLO DE LAS INSTITUCIONES INTERNACIONALES (5).

---

más aún, con la creación de instancias jurisdiccionales a nivel regional se va más allá en el concepto de sujeto de derecho internacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo confirma, "Su originalidad estriba en la creación y puesta en marcha de un verdadero mecanismo judicial para la garantía internacional de los derechos que reconoce. Al mismo tiempo, y prácticamente por primera vez se reconoce al simple ciudadano el derecho de acceso directo a un órgano judicial internacional... hasta el 31 de diciembre de 1964 se habían presentado 2,388 demandas individuales ...". Boletín de la Comisión Internacional de Juristas: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, publicado en Español, Núm. 24, Ginebra Suiza, diciembre 1965. p. 4.

4 SEPULVEDA, César et alii: op. cit. p. 77.

5 SØRENSEN, Max: op. cit. p. 102.

EN EL ASPECTO DE LA CODIFICACIÓN DEL D.I., EL PACTO DE LA SOCIEDAD DE NACIONES NO PREVIÓ TEXTUALMENTE UN ÓRGANO ENCARGADO DE LLEVARLA A CABO, AÚN CUANDO SÍ SE ARROGABA FUNCIONES QUE, POR LO MENOS EN ESENCIA, DESPUÉS SERÍAN ENCOMENDADAS A LA ACTUAL COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (DE LA QUE NOS OCUPAREMOS MÁS TARDE) Y QUE DE UNA MANERA TANGENCIAL CONTRIBUIRÍAN A ESTA TAREA. POR EJEMPLO EL ARTÍCULO 19 DEL PACTO ESTIPULABA:

ARTÍCULO 19. DE VEZ EN CUANDO LA ASAMBLEA PODRÁ ACONSEJAR NUEVOS ESTUDIOS, POR LOS MIEMBROS DE LA LIGA, DE LOS TRATADOS QUE SE HAYAN HECHO INAPLICABLES Y SOMETER A LA CONSIDERACIÓN DE LOS MISMOS LAS CONDICIONES INTERNACIONALES CUYA PERMANENCIA PUEDA PONER EN PELIGRO LA PAZ DEL MUNDO (6) .

EL ARTÍCULO TRANSCRITO, HACE REFERENCIA A LA INTENCIÓN POR PARTE DE LOS MIEMBROS DE LA PROPIA LIGA, DE IMPULSAR EL DESARROLLO PROGRESIVO DEL D.I., MEDIANTE LA ELIMINACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS QUE HAYAN PERDIDO VALIDEZ MATERIAL Y, LO MÁS IMPORTANTE, PROMOVRIENDO ESTUDIOS JURÍDICOS SOBRE LOS MISMOS Y LA REALIDAD MUNDIAL PREDOMINANTE.

5 SZEKELY, Alberto: Instrumentos Fundamentales de Derecho Internacional Público, Tomo 1, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1981, p. 22. NOTA: Todas las transcripciones de artículos, deben entenderse de esta recopilación, salvo aclaración en contrario.



ASIMISMO, EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 24 DISPONÍA:

EN TODAS LAS MATERIAS DE INTERÉS INTERNACIONAL QUE SE HAYAN REGULADAS POR CONVENCIONES GENERALES, PERO NO COLOCADAS BAJO LA INSPECCION DE OFICINAS O COMISIONES INTERNACIONALES, LA SECRETARÍA DE LA LIGA, MEDIANTE EL CONSENTIMIENTO DEL CONSEJO, Y SI ASÍ LO DESEAN LAS PARTES, RECOGERÁ Y DISTRIBUIRÁ TODA LA INFORMACIÓN PERTINENTE, PRESTANDO CUALQUIER OTRO APOYO, QUE PUEDA SER NECESARIO O DESEABLE.

ÉSTA ES, SIN LUGAR A EQUÍVOCOS, UNA CLARA PREFERENCIA AL TRABAJO CODIFICADOR, QUE SE ESPERO PUDIERA REALIZAR LA LIGA AL MENOS CON SUS 28 ESTADOS FUNDADORES.

AHORA BIEN, LA CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SI CONTIENE UN ARTÍCULO EXPRESO, RESPECTO DE LA MATERIA EN ANÁLISIS, A SABER:

ARTÍCULO 13.

1. LA ASAMBLEA GENERAL PROMOVERÁ ESTUDIOS Y HARÁ RECOMENDACIONES PARA LOS FINES SIGUIENTES:

A) FOMENTAR LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN EL CAM

PO POLÍTICO E IMPULSAR EL DESARROLLO PROGRESIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL Y SU CODIFICACION... (7) .

ASÍ PUES, ES MATERIA EXCLUSIVA DE LA ASAMBLEA GENERAL EL LLEVAR A CABO ESTAS FUNCIONES, Y LAS REALIZA A TRAVÉS DE UN ORGANISMO SUBSIDIARIO, CREADO EN EJERCICIO DE LA FACULTAD QUE LA CARTA LE CONFIERE Y QUE SE CONTIENE EN EL ARTÍCULO 22, QUE ES TIPULA:

#### ARTÍCULO 22.

LA ASAMBLEA GENERAL PODRÁ ESTABLECER LOS ORGANISMOS SUBSIDIARIOS QUE ESTIME NECESARIOS PARA EL DESEMPEÑO DE SUS FUNCIONES.

Y ESTE ORGANISMO SUBSIDIARIO, ES LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, CREADA EN LA RESOLUCIÓN 174 (II) DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU, EL 21 DE NOVIEMBRE DE 1947.

SU ESTATUTO, COMPUESTO POR 26 ARTÍCULOS, ENTRÓ EN VIGOR EN ESA MISMA FECHA Y HA SUFRIDO 5 ENMIENDAS, UNA EN 1950 AL ARTÍCULO 13, DOS EN 1955, A LOS ARTÍCULOS 10 Y 12, Y POR ÚLTIMO, DOS EN 1961 A LOS ARTÍCULOS 2° Y 9°.

7

A este respecto Jennings opina que a partir de este artículo se ha desarrollado una verdadera maquinaria legislativa al más alto nivel, de la cual la CDI es parte fundamental. Cfr. JENNINGS, R.Y.: "Recent developments in International Law Commission: its relation to the sources of International Law", ICLQ, Vol. 13, Londres, 1964, p. 385.

EL ARTÍCULO PRIMERO, DEMARCA CLARAMENTE EL OBJETO DE ESTA COMISIÓN Y SU ESPECIAL ÁMBITO DE COMPETENCIA, A SABER:

ARTÍCULO 1.

1. LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL TENDRÁ POR OBJETO IMPULSAR EL DESARROLLO PROGRESIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL Y SU CODIFICACIÓN.
2. LA COMISIÓN SE OCUPARÁ PRINCIPALMENTE DEL DERECHO - INTERNACIONAL PÚBLICO, SIN QUE ESTO LE IMPIDA ABORDAR EL CAMPO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

DEBEMOS ESPECIFICAR CONCEPTOS. Y PARA ELLO RECURRIMOS AL ARTÍCULO 15 DEL ESTATUTO EN ANÁLISIS:

ARTÍCULO 15.

EN LOS ARTÍCULOS SIGUIENTES LA EXPRESIÓN "DESARROLLO - PROGRESIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL" ES UTILIZADA POR COMODIDAD, PARA DESIGNAR LA ELABORACIÓN DE PROYECTOS DE CONVENCIONES SOBRE TEMAS QUE NO HAYAN SIDO REGULADOS TODAVÍA POR EL DERECHO INTERNACIONAL O RESPECTO A LOS CUALES LOS ESTADOS NO HAYAN APLICADO EN LA PRÁCTICA, NORMAS SUFICIENTEMENTE DESARROLLADAS. DEL MISMO MODO, LA EXPRESIÓN "CODIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL" SE EMPLEA, POR COMODIDAD, PARA DESIGNAR LA MÁS PRECISA FORMULACIÓN Y LA SISTEMATIZACIÓN DE LAS

NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL EN LAS MATERIAS EN LAS QUE YA EXISTA AMPLIA PRÁCTICA DE LOS ESTADOS, ASÍ COMO PRECEDENTES Y DOCTRINA.

ES NOTORIO EL HECHO, DE QUE EN MATERIA DE TRATADOS EXISTÍA YA UNA AMPLIA PRÁCTICA, DE SIGLOS INCLUSIVE, AL GRADO DE QUE ALGUNOS AUTORES AFIRMAN QUE,

EL DOCUMENTO MÁS IMPORTANTE PARA LA HISTORIA DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL ANTIGUO ORIENTE ES EL GRAN TRATADO DE PAZ ENTRE EL FARAÓN RAMSES II Y EL REY DE LOS HITITAS KHATTUSCHILL III (1272 A DE J.C.) (8) .

SI ATENDEMOS A LA OPINIÓN TRANSCRITA, LA HISTORIA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LAS PRÁCTICAS QUE LES DAN VIDA, TIENE 31 SIGLOS, APROXIMADAMENTE.

PERO VOLVAMOS AL ESTATUTO DE LA CDI; EN MATERIA DE CODIFICACIÓN, LA ASAMBLEA GENERAL PUEDE PEDIR A LA COMISIÓN QUE ESTUDIE UN DETERMINADO CAMPO DEL D.I. O BIEN, ESTA ÚLTIMA MOTU PROPRIO, PUEDE RECOMENDARLE A AQUELLA LA CODIFICA-

8 STADTMÜLLER, Greog: Historia del Derecho Internacional Público, (trad. del alemán por Francisco F. Jordán Santa Eulalia), Parte I, Hasta el Congreso de Viena (1815). Aguilar, Madrid, 1961, p. 16. No obstante, hay quien afirma:

El más antiguo (tratado) que ha llegado a nosotros fue concluido en la primera mitad del siglo XXIII antes de n. e. entre Naram-Sin, Rey de Accad, y los sátrapas de Elam.

TUNKIN, G.: Curso de Derecho Internacional, (trad. del ruso por Federico Pita), Libro I. Progreso, Moscú, 1980, p. 28.

CIÓN DE UNA MATERIA CONCRETA. LA COMISIÓN, UNA VEZ FIJADO EL CAMPO DE ESTUDIO, APROBARÁ UN PLAN DE TRABAJO Y RECABARÁ, POR MEDIO DEL SECRETARIO GENERAL DE LA ONU, LOS DOCUMENTOS RELATIVOS QUE CONSIDERE PERTINENTES DE LOS GOBIERNOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS. ACTO SEGUIDO, LA COMISIÓN FORMULARÁ UN PROYECTO EN FORMA DE ARTICULADO Y DE ENCONTRARLO SATISFACTORIO PEDIRÁ, NUEVAMENTE AL SECRETARIO GENERAL QUE LO PUBLIQUE Y LE DÉ DIFUSIÓN, COMO DOCUMENTO DE LA COMISIÓN, MISMO QUE DEBE CONTENER LOS INFORMES QUE LOS ESTADOS HAYAN PROPORCIONADO A LA COMISIÓN, Y SERÁ POTESTATIVO A ÉSTA, INCLUIR O NO LAS OPINIONES DE LAS INSTITUCIONES CIENTÍFICAS O DE LOS ESPECIALISTAS CONSULTADOS QUE, OBTIENEN, NO NECESARIAMENTE VERSAN SOBRE ASUNTOS JURÍDICOS. CON UN DOCUMENTO SEMEJANTE, LA COMISIÓN DIRECTAMENTE, PIDE A LOS GOBIERNOS QUE EN UN TÉRMINO RAZONABLE HAGAN SUS OBSERVACIONES AL MISMO. EL PROYECTO DEFINITIVO SE INTEGRA TOMANDO EN CUENTA LAS OPINIONES DE LOS GOBIERNOS Y POR LAS RECOMENDACIONES DE LA PROPIA COMISIÓN, MISMO QUE SE PRESENTA A LA ASAMBLEA GENERAL, POR CONDUCTO DEL SECRETARIO GENERAL.

EN EL MOMENTO DE SOMETER EL PROYECTO A LA ASAMBLEA, LA COMISIÓN PUEDE RECOMENDAR:

- A) QUE NO ADOPTE MEDIDA ALGUNA RESPECTO A UN INFORME YA PUBLICADO.

- B) QUE TOME NOTA DEL INFORME O LO APRUEBE MEDIANTE UNA RESOLUCIÓN.
- C) QUE RECOMIENDE EL PROYECTO A LOS MIEMBROS, A FIN DE QUE CONCLUYAN UNA CONVENCIÓN.
- D) QUE CONVOQUE UNA CONFERENCIA PARA CONCLUIR UNA CONVENCIÓN.

EN TODO CASO, LA ASAMBLEA SIEMPRE PUEDE DEVOLVER UN PROYECTO A LA COMISIÓN, DESPUÉS DE QUE EL SECRETARIO GENERAL SE LO HAYA SOMETIDO.

EN RESUMEN, PODEMOS DISTINGUIR CUATRO ESTADIOS, EN EL PROCESO DE CODIFICACIÓN QUE REGULA EL ESTATUTO DE LA COMISIÓN, A SABER:

- 1°. REDACCIÓN DE UN PROYECTO PRELIMINAR, QUE SE LLEVA A CABO EN EL SENO DE LA COMISIÓN MISMA.
- 2°. CONSULTA CON LOS ESTADOS DE DICHO PROYECTO, QUE ENTRAÑA UNA NEGOCIACIÓN Y QUE DA POR RESULTADO UN PROYECTO DEFINITIVO.
- 3°. SOMETIMIENTO ANTE LA ASAMBLEA GENERAL DE ESE PROYECTO, PARA SU DISCUSIÓN, Y QUE ÉSTA TOME LA DECISIÓN QUE CONSIDERE PERTINENTE.

- 4°. LA REAPRECIACIÓN QUE EVENTUALMENTE SE PUEDE PEDIR A LA COMISIÓN, DE UN PROYECTO, COMPLETO O EN PARTE.

CON ESTA RAPIDÍSIMA HOJEADA QUE HEMOS DADO AL PROCEDIMIENTO SEGUIDO POR LA CDI CON RESPECTO A LA CODIFICACIÓN, NOS PERCATAMOS DE LA IMPORTANCIA QUE ESTA FUNCIÓN HA ADQUIRIDO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL, EN LOS ÚLTIMOS AÑOS.

1.2 PUES BIEN, EN MATERIA DE TRATADOS INTERNACIONALES, LA PRÁCTICA DE LOS ESTADOS, Y RECIENTEMENTE TAMBIÉN LA DE LOS O.I., ES MUY DILATADA COMO YA SE APUNTÓ Y, POR LO MISMO, LLEGÓ A SER HAR TO COMPLICADA Y NO EN POCAS OCASIONES, CONTRADICTORIA; ASÍ, LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO DE LOS TRATADOS ERA UN PUNTO DE INTERÉS GENERAL, EN LA COMUNIDAD INTERNACIONAL, ESPECIALMENTE A PRINCIPIOS DE LA DÉCADA DE LOS CINCUENTA.

ESTA NECESIDAD SE VIÓ SATISFECHA CON LA CONVENCION DE VIE NA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, MISMA QUE FUE PROMOVIDA POR LA ONU Y REDACTADA, HUELGA DECIRLO, POR LA CDI, TRAS VARIOS AÑOS DE TRABAJO.

DICHA CONVENCION FUE ADOPTADA EL 22 DE MAYO DE 1969 Y ABIERTA PARA SU FIRMA UN DÍA DESPUÉS, EL 23; ENTRÓ EN VIGOR EL 27 DE ENERO DE 1980, DEJANDO DE SER LEX FERENDA, EN VIRTUD DEL VENCIM

MIENTO DEL PLAZO FIJADO POR SU ARTÍCULO 84, QUE ERA DE 30 DÍAS CONTADOS A PARTIR DE LA FECHA EN LA QUE FUERA DEPOSITADO, EN LA SECRETARÍA GENERAL DE LA ONU, EL INSTRUMENTO DE RATIFICACIÓN O ADHESIÓN NÚMERO 35 (9), POR CIERTO, MÉXICO FIRMÓ LA CONVENCIÓN EL 23 DE MAYO DE 1969 Y LA RATIFICÓ EL 25 DE SEPTIEMBRE DE 1974 (10).

NO ES NUESTRA INTENCIÓN EFECTUAR UN EXAMEN DE DICHA CONVENCIÓN, SIN EMBARGO, UN RESUMEN DE ALGUNOS ASPECTOS GENERALES PA RECE IMPONERSE.

EN SU PRIMER PERÍODO DE SESIONES, CELEBRADO EN 1949 LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL INCLUYÓ EL TEMA DEL "DERECHO RELATIVO A LOS TRATADOS" ENTRE LAS MATERIAS ENUMERADAS EN LOS PÁRRAFOS 15 Y 16 DE SU INFORME CORRESPONDIENTE A DICHO AÑO, COMO SELECCIONADAS PARA LA CODIFICACIÓN; TAMBIÉN DECIDIÓ DAR PRELACIÓN

- 9 Con el depósito del instrumento de adhesión de Togo, acaecido el 28 de diciembre de 1979, se empezó a contar el término referido. Cfr. Multilateral Treaties in Respect of which the Secretary-General Performs Depositary Functions. Chapter III. The Law of Treaties., p. 651, 1982, E.83.V.6, ST/LEG/SER.E/2.
- 10 GOMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso: "Comentario al artículo 133 Constitucional" en CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie A, Fuentes b), Textos y Estudios Legislativos, Núm. 59, UNAM, México, 1985, p. 333.



## A ESTE TEMA (11)

AL AÑO SIGUIENTE, 1950, LA CDI ELIGIÓ COMO RELATOR ESPECIAL PARA ESTE TEMA, AL SR. JAMES L. BRIERLY, QUIÉN PREPARÓ UN PRIMER INFORME; EN 1951 (3ER. PERÍODO DE SESIONES) PRESENTÓ UN SEGUNDO INFORME CONTENIENDO YA LA REDACCIÓN DE ALGUNOS ARTÍCULOS Y SUS COMENTARIOS, ALGUNOS FUERON APROBADOS PROVISIONALMENTE. ENTRE EL TERCER Y CUARTO PERÍODO DE SESIONES, EL RELATOR ESPECIAL DIMITIÓ DE SU PUESTO COMO MIEMBRO DE LA CDI, Y CONSECUENTEMENTE FUE SUSTITUIDO POR SIR HERSCH LAUTERPACH, QUIÉN FUE ELECTO RELATOR ESPECIAL EL 4 DE AGOSTO DE 1952. PARA EL SIGUIENTE PERÍODO, EL 5º, EL NUEVO RELATOR PREPARÓ UN INFORME QUE NO PUDO SER CONOCIDO POR LA COMISIÓN. EN 1954, DURANTE EL 6º PERÍODO DE SESIONES, EL RELATOR PRESENTÓ SU SEGUNDO INFORME EL CUAL TAMPOCO PUDO SER EXAMINADO POR FALTA DE TIEMPO. ENTRE ESTE ÚLTIMO PERÍODO Y EL 7º, LAUTERPACH FUE DESIGNADO JUEZ DE LA CIJ Y DEJÓ DE SER RELATOR ESPECIAL, ENTONCES EN 1955, DURANTE EL 7º PERÍODO FUE NOMBRADO EL TERCER RELATOR ESPECIAL PARA LA CUESTIÓN DEL DERECHO DE LOS TRATADOS, SIR GERALD FITZMAURICE, QUIÉN FUIIÓ COMO TAL HASTA 1961, EL NUEVO RELATOR PRESENTÓ 4 INFORMES, TOCANTES A DIFERENTES ASPECTOS DEL TEMA, HASTA 1958<sup>(12)</sup> DURANTE SU DESEMPEÑO, SE AVANZÓ MUCHO, NO PROPIAMENTE EN EL ASPECTO CODIFICADOR DEL TEMA, SINO MÁS BIEN SENTANDO LAS BASES

11 Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Asamblea General, 1959 p. 3. Suplemento Núm. 9 (A/-169).

12 Cfr. ibíd, pp. 3 a 5.

(ORDEN, MÉTODO Y FONDO) PARA TRABAJOS POSTERIORES. DURANTE EL PERÍODO DE SESIONES NÚMERO 13, ES DECIR EN 1961, UN NUEVO RELATOR FUE NOMBRADO, SIR HUMPHREY WALDOCK FUE ELECTO DURANTE LA SESIÓN 597 DE LA C D I Y SE LE ENCOMENDÓ: PREPARAR PROYECTOS DE ARTÍCULOS PARA SERVIR EN LA REDACCIÓN FINAL DE UNA CONVENCIÓN; REVISAR LOS TRABAJOS ANTERIORES DE LA C D I AL RESPECTO (INFORMES DE LOS TRES RELATORES ANTERIORES, OPINIONES CONSULTIVAS A LOS GOBIERNOS [ALGUNOS ARTÍCULOS PRELIMINARES, LES FUERON SOMETIDOS EN 1950], ACTAS DE SESIONES, ETC.), TENER UN PROYECTO COMPLETO, DE SER FACTIBLE, EN DOS AÑOS <sup>(13)</sup> POR FIN, EN LA SESIÓN 842, CELEBRADA EL 18 DE JULIO DE 1966 (DURANTE EL 18° PERÍODO - DE SESIONES) LA COMISIÓN DECIDIÓ RECOMENDAR A LA ASAMBLEA GENERAL, CON FUNDAMENTO EN EL APARTADO D), PÁRRAFO 7 ARTÍCULO 23 DEL ESTATUTO DE LA C D I Y TRÁS 16 AÑOS DE ESTUDIO Y DISCUSIÓN, QUE CONVOCARA A UNA CONFERENCIA INTERNACIONAL DE PLENIPOTENCIARIOS CON EL PROPÓSITO DE ESTUDIAR EL PROYECTO DE ARTICULADO - PREPARADO POR LA C D I Y REDACTAR UNA CONVENCIÓN SOBRE EL TEMA <sup>(14)</sup>.

LA ASAMBLEA GENERAL CONVOCÓ, EN CONSECUENCIA, A LA CONFERENCIA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, MISMA QUE SE DESARROLLÓ EN DOS SESIONES, LA PRIMERA DEL 26 DE MARZO AL 24 DE MAYO DE

13 Informe de la Comisión de Derecho Internacional, sesión del 1° de mayo al 7 de julio, Asamblea General, suplemento Núm. 9 (A/4843) 1961, p. 43.

14 Informe de la Comisión de Derecho Internacional, sesión del 4 al 19 de julio, Asamblea General, suplemento Núm. 9 (A/6309/rev. 1) 1966, p. 10.

1968 Y LA SEGUNDA DEL 9 AL 22 DE MAYO DE 1969, A ESTA CONFERENCIA ASISTIERON DELEGADOS DE 104 PAÍSES, LOS QUE DISCUTIERON Y ANALIZARON EL PROYECTO DE LA CONVENCION PROPUESTO, SIENDO APROBADO SU TEXTO, EN CONJUNTO, POR 79 VOTOS A FAVOR, 1 EN CONTRA Y 19 ABSTENCIONES; COMO ES USUAL, EL ACTA FINAL DE LA CONFERENCIA SÍ FUE FIRMADA POR LOS 104 DELEGADOS ASISTENTES.

FINALMENTE LA CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS FUE FIRMADA, COMO YA QUEDÓ APUNTADO, EL 23 DE MAYO DE 1969 EN NEU HOFBURG DE VIENA, (SIC) POR 32 PAÍSES, A SABER:

AFGANISTAN, ARGENTINA, BARBADOS, BRASIL, CAMBOYA, COLOMBIA, CONGO, COSTA RICA, CHILE, ECUADOR, FILIPINAS, FINLANDIA, - GHANA, GUATEMALA, GUAYANA, HONDURAS, IRÁN, JAMAICA, KENIA, LIBERIA, MADAGASCAR, MARRUECOS, MÉXICO, NEPAL, NIGERIA, PERÚ, SUDÁN, TRINIDAD Y TOBAGO, URUGUAY, YUGOSLAVIA Y ZAMBIA. (15)

PARECE INTERESANTE RESALTAR EL HECHO DE QUE NINGUNA POTENCIA MUNDIAL FIRMÓ LA CONVENCION, SÓLO DOS PAÍSES EUROPEOS LO HICIERON, POR LO QUE SE CONVIERTE EN UN DOCUMENTO DEL TERCER MUNDO, AL SER CELEBRADA POR CINCO PAÍSES ASIÁTICOS, NUEVE AFRICA-

15 JAN OSMARŃCZYK, Edmund: Enciclopedia Mundial de Relaciones Internacionales y Naciones Unidas, FCE, México, 1976, p. 313.

NOS Y DIECISEIS LATINOAMERICANOS.

LA CONVENCIÓN ESTÁ DISTRIBUIDA EN 8 PARTES, MISMAS QUE SE DIVIDEN EN SECCIONES Y ÉSTAS, FINALMENTE, EN ARTÍCULOS, OCHENTA Y CINCO PARA SER EXACTOS Y UN ANEXO.

1.3 DADA LA NATURALEZA DE ESTE TRABAJO, Y EL TEMA QUE AQUÍ SE TRATA, RELATAREMOS SÓLO AQUÉLLOS PUNTOS DE NUESTRO INTERÉS, CONTENIDOS EN EL TEXTO DE ESTA CONVENCIÓN.

YA DESDE SU PREÁMBULO, ENCONTRAMOS EL RIGOR CONCEPTUAL CON QUE FUE REDACTADA; DESPUÉS DE RECONOCER LA IMPORTANCIA QUE EL TRATADO TIENE COMO FUENTE DE CREACIÓN Y AVANCE DEL D.I., SE INCLUYE UNA ENUMERACIÓN DE PRINCIPIOS QUE SON GENERALMENTE RECONOCIDOS POR LOS SUJETOS DE D.I., Y QUE SI BIEN NO ES EXHAUSTIVA SI NO ENUNCIATIVA, PODRÍA CONSIDERARSE COMO EL MARCO CONCEPTUAL, TÉCNICO-JURÍDICO EN QUE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL SE DESENVUELVE (AÚN AL VIOLAR ESTOS PRINCIPIOS SE ENCUENTRA DENTRO DE LOS SUPUESTOS POR ELLOS PREVISTOS), ESTOS PRINCIPIOS ESTÁN CONTENIDOS, TAMBIÉN EN LA CARTA DE LA OIUI, A SABER:

- |                                       |                               |
|---------------------------------------|-------------------------------|
| - IGUALDAD DE DERECHOS                | ART. 1° FRACC. 2, 55 Y 76 D). |
| - LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS. | ART. 1° FRACC. 2 Y 55.        |

- IGUALDAD SOBERANA ART. 2° FRACC. 2.
- RESPETO A LOS ASUNTOS INTERNOS DE LOS ESTADOS. ART. 2° FRACC. 7.
- PROHIBICIÓN DE LA AMENAZA Y EL USO DE LA FUERZA. ART. 2° FRACC. 4.
- RESPETO UNIVERSAL DE LOS DE RECHOS HUMANOS. ART. 1° FRACC. 3.
- RESPETO A LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE TODOS. ART. 1° FRACC. 3 Y 13 B).
- INDEPENDENCIA DE TODOS LOS ESTADOS.
- Y LA EFECTIVIDAD DE TALES LIBERTADES Y DERECHOS.

SOBRE ESTA LISTA PUEDEN HACERSE MÚLTIPLES COMENTARIOS, CADA PRINCIPIO TIENE DETRAS UNA FRACCIÓN DE LA HISTORIA DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES; SIN EMBARGO, QUEREMOS MENCIONAR, AUN SABIENDO QUE ESA ENUMERACIÓN ES TAN SÓLO ENUNCIATIVA, QUE EN EL PREÁMBULO DE ESTE INSTRUMENTO, DESTINADO A REGIR EL DERECHO DE LOS TRATADOS (AL MENOS LOS QUE SE REALIZAN ENTRE ESTADOS), SE INCLUYÓ MUY ACERTADAMENTE, EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE, TORAL EN EL INTENTO POR CREAR UN CONCIERTO INTERNACIONAL JUSTO, BUENA FE QUE DEBE DETERMINAR Y GUIAR EL VOLUNTARISMO SECULAR DE LOS ESTADOS EN QUE SE BASE BUENA PARTE DE LAS DOCTRINAS POSITIVISTAS

DEL D.I. Y LA PRÁCTICA DE LOS ESTADOS MISMOS (17) BUENA FE QUE VA DIRIGIDA AL CUMPLIMIENTO EFECTIVO DE OBLIGACIONES INTERNACIONALES, COMO LO APUNTA LA FRACCIÓN 2 DEL ARTÍCULO 2° DE LA CARTA DE LA ONU.

LA BUENA FE, SIN DUDA, COMPLEMENTA LA LETRA RIGUROSA DE LA LEY ESCRITA, EN ESTÉ CASO LOS TRATADOS; DA LA OPORTUNIDAD DE IMPRIMIR UN CONTENIDO AXIOLÓGICO ELEMENTAL DE LAS NORMAS, QUE A SU VEZ, LE DAN A ESE CONTENIDO LA POSITIVIDAD NECESARIA PARA SER EXIGIBLES EN EL ÁMBITO JURÍDICO INTERNACIONAL; ESPECIALMENTE EN LO QUE SE REFIERE A LAS OBLIGACIONES QUE, EN RAZÓN DE ESA BUENA FE SURGEN CON EL INTERACTUAR DE LOS SUJETOS DE D.I.; SI ÉSTE SE ENTIENDE COMO RELACIONES DE COORDINACIÓN ÉSTAS SE VERÍAN REFORZADAS, POR LA CONVICCIÓN DE SER "JUSTOS" Y OBLIGATORIAS, RECORDEMOS QUE:

ORIGINALMENTE LA BUENA Y MALA FE SON CONCEPTOS ÉTICOS, PERO EN VIRTUD DE LA DELEGACIÓN QUE EL LEGISLADOR ESTABLECE, LAS EXIGENCIAS NORMATIVAS LIGADAS CON TALES CONCEPTOS SE CONVIERTEN EN JURÍDICOS (18)

- 17 La buena fe, estuvo a punto de estar ausente de la Carta, a no ser por el representante de Colombia ante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, el Dr. Jesús María Yepes. No es casual que ese principio haya sido incluido a petición de un latinoamericano. Cfr. COMEZ ROBLEDÓ, Antonio: El Ius Cogens Internacional. Estudio Histórico Crítico, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie H, Estudios de Derecho Internacional Público, Núm. 8, UNAM, México, 1982, — pp. 33 y 34.
- 18 GARCIA MAYNEZ, Eduardo: Diálogos Jurídicos, Porrúa, México, 1978, pp. 80 y 81.

ESAS EXIGENCIAS, SE TRADUCEN ASÍ, EN CONSECUENCIAS DE DERECHO, OBLIGACIONES EN ÚLTIMA INSTANCIA.

LAS DIFERENCIAS EXISTENTES ENTRE MORAL Y DERECHO, ESTÁN CLARAMENTE DEFINIDAS EN LA DOCTRINA, NO ES EL CASO TRATAR DE HACERLAS DESAPARECER, SINO INTRODUCIR, DE MANERA EXPRESAMENTE JURÍDICA, AL CAMPO DEL DERECHO DE LOS TRATADOS, EL PRINCIPIO GENERAL DE BUENA FE, QUE BIEN PUEDE ENTENDERSE COMO MORAL SOCIAL VIGENTE, SUSCEPTIBLE DE POSITIVIZACIÓN, COMO YA VIMOS.

AHORA BIEN, EN EL ÁMBITO DEL D.I. GENERAL

LA OBLIGATORIEDAD DE LA MORAL DE LOS ESTADOS, FUE EXPRESAMENTE RECONOCIDA POR LA RESOLUCION DE LA 37 CONFERENCIA INTERPARLAMENTARIA CELEBRADA DEL 6 AL 11 DE SEPTIEMBRE DE 1948, CUYO ARTÍCULO 1º ESTABLECE QUE "LAS RELACIONES ENTRE LOS ESTADOS SE RIGEN POR LOS MISMOS PRINCIPIOS DE MORAL QUE LAS RELACIONES ENTRE INDIVIDUOS". (19)

AÚN EN LA PROPIA CONVENCION SE ALUDE A LA BUENA FE, EN SUS ARTÍCULOS 26, 31.1 Y 46.2. EN EL PRIMERO DE ELLOS AL CONSIGNAR EL PRINCIPIO PACTA SUNT SERVANDA, ESTABLECE QUE LOS TRATADOS DEBEN SER CUMPLIDOS DE BUENA FE, EN EL SEGUNDO, EL 31.1, AL REFERIRSE A LA REGLA GENERAL DE INTERPRETACION DE LOS TRATADOS, Y

19 VERDROSS, Alfred: op. cit. p. 31.

POR ÚLTIMO, EL ARTÍCULO 46.2, ALUDE A LA BUENA FE -CONJUNTAMENTE CON LA PRÁCTICA USUAL DEL ESTADO- PARA JUSTIFICAR LA NO APLICACIÓN, POR EXCEPCIÓN, DE LA NORMA GENERAL PREVISTA EN EL INCISO I DE ESE NUMERAL, EXPLIQUÉMONOS. EL INCISO I ESTABLECE QUE, SI EXISTE VIOLACIÓN A UNA NORMA NACIONAL INTERNA DE UN ESTADO, QUE REGULE LA CAPACIDAD DE UN FUNCIONARIO PARA CELEBRAR TRATADOS Y CONSEQUENTEMENTE OBLIGARLO INTERNACIONALMENTE, ESTE ESTADO NO PODRÁ ALEGAR DICHA CIRCUNSTANCIA COMO VICIO DE SU CONSENTIMIENTO, HASTA AQUÍ LA REGLA; AHORA BIEN, SI DICHA VIOLACIÓN AFECTA UNA NORMA FUNDAMENTAL (CONSTITUCIONAL) DEL ESTADO, Y SI ADEMÁS, ÉSTE PROCEDIÓ A DAR SU CONSENTIMIENTO CONFORME A LA BUENA FE Y A LA PRÁCTICA COMÚN, TAL VIOLACIÓN ES CALIFICADA DE MANIFIESTA, Y PODRÁ ALEGARSE VICIO DEL CONSENTIMIENTO.

SABEMOS YA QUE ESTE PRINCIPIO SE INCLUYE RESPECTO DEL CUMPLIMIENTO, INTERPRETACIÓN Y COMO CONDICIÓN PARA INVOCAR UN CIERTO VICIO DEL CONSENTIMIENTO, LO CUAL, POR CIERTO, PARECE CUBRIR UN AMPLIO ESPECTRO DE MOMENTOS EN LA VIDA DE UN TRATADO, ASÍ PUES LA CDI RECOGIÓ LA OPINIÓN DOCTRINAL.

PUESTO QUE ESTE PRINCIPIO GOBIERNA TODOS LOS ACUERDOS INTERNACIONALES. DESDE QUE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL ESTÁ COMPUESTA DE ESTADOS SOBERANOS LAS CLÁSICAS PALABRAS DE CORNELIO VAN BINKERSHOEK PERMANECEN SIEMPRE VERDADERAS:



PACTA PRIVATUM TUETUR JUS CIVILE, PACTA PRINCIPIUM BONA FIDES. HANC SI TOLLOS, TOLLIS MUTUA INTERPRINCIPES COMMERCIA... QUIMET TOLLIS IPSUM JUS GENTIUM. QUASTIONES JURIS PUBLICI LIBRI DUO (1737) II, CAP. .10 [EL PASAJE PODRÍA TRADUCIRSE APROXIMADAMENTE: "EL DERECHO CIVIL PROTEGE LOS CONTRATOS DE LOS INDIVIDUOS, LA BUENA FE LOS CONTRATOS DE LOS PRÍNCIPES. SI DESTRUYES LA BUENA FE, DESTRUYES EL MUTUO INTERCAMBIO DE LOS PRÍNCIPES... Y DESTRUYES PRECISAMENTE AL DERECHO INTERNACIONAL EN SÍ MISMO". [NOTA DEL EDITOR] (20)

LOS TRATADOS INTERNACIONALES, TIENEN FUERZA NORMATIVA NO SÓLO EN EL ARTICULADO, TAMBIÉN EN EL PREÁMBULO, Y ES AQUÍ, EN DONDE COMO HEMOS VISTO, SE INCLUYEN LOS PRINCIPIOS GENERALES QUE ANIMAN EL CONTENIDO ESPECÍFICO DE CADA ARTÍCULO.

PERO ENTREMOS A COMENTAR ALGUNOS ASPECTOS DEL ARTICULADO, PERCATÉMONOS QUE ESTA CONVENCIÓN SE APLICA SÓLO A LOS TRATADOS CELEBRADOS ENTRE ESTADOS, (ART. 1°) QUE HAYAN SIDO CELEBRADOS POSTERIORMENTE A SU ENTRADA EN VIGOR (ART. 4°). POR LO TANTO, NO AGOTA LA FUENTE, YA QUE DEJA FUERA DE SU ÁMBITO MATERIAL DE VALIDEZ EL VASTÍSIMO CAMPO DE LA PRÁCTICA CONVENCIONAL, CUANDO NO INTERVIENEN EXCLUSIVAMENTE ESTADOS, LO CUAL NO LA HACE, DE MANERA ALGUNA INAPLICABLE A TRATADOS CREADORES DE O.I., O A LOS QUE SE ACUERDEN EN SU SENO (ARTÍCULO 5°)

20 VERDROSS, Alfred: "Jus Deispositivum and Jus Cogens in International Law", AJIL, Vol. 40, Washington, 1966, p. 63. Ver del mismo autor: op. cit., p. 114.

ESAS LIMITACIONES EN RAZÓN DEL TIEMPO Y DEL SUJETO AL CUAL SE APLICA ESTA CONVENCION, Y QUE PERMITEN FIJAR CRITERIOS TÉCNICO-JURÍDICOS ADECUADOS PARA RESOLVER PROBLEMAS COMO EL DE RETROACTIVIDAD Y DE PERSONALIDAD, EXPLICAN LA ESPECIFICIDAD DE LAS DEFINICIONES CONTENIDAS EN SU ARTÍCULO 2° Y QUE TANTO HAN SIDO COMENTADAS Y AÚN CRITICADAS, PERO QUE SIN EMBARGO, SON UNA VERDADERA NECESIDAD EN EL MEDIO JURÍDICO INTERNACIONAL.

YA QUE ESTE TRABAJO SE REFIERE AL TRATAMIENTO QUE EL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL (CONSIDERANDO NORMAS, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA) HACE DE LA FIGURA CONOCIDA COMO IUS COGENS INTERNACIONAL, DEBEMOS DESTACAR LA PARTE V, EN ESPECIAL LAS SECCIONES 2, 3, 4 Y 5 DE LA CONVENCION DE VIENA, TODA VEZ QUE SE REFIEREN EN SU ORDEN A: NULIDAD DE LOS TRATADOS, TERMINACION DE LOS TRATADOS Y SUSPENSION EN SU APLICACION, PROCEDIMIENTO, Y POR ÚLTIMO, CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD, LA TERMINACION O LA SUSPENSION DE LA APLICACION DE LOS TRATADOS. DICHAS SECCIONES CUENTAN CON LOS ARTICULOS ESPECIFICOS REFERENTES A LA FIGURA EN ESTUDIO, A SABER: 53, 64, 66 Y 71, UNO POR CADA SECCION. EXISTEN OTROS NUMERALES QUE TANGENCIALMENTE SE REFIEREN AL IUS COGENS, MISMOS QUE HABREMOS DE ESPECIFICAR MÁS ADELANTE.

#### 5.4 ARTICULO 53

ES CON ÉSTE, QUE CULMINA UNA DISCUSION DOCTRINAL DE VARIOS

**AÑOS, TOCANTE A LA POSIBLE EXISTENCIA, DEFINICIÓN Y POSITIVIZACIÓN DE NORMAS IMPERATIVAS EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL.**

NO PODEMOS HACER UNA EXÉGESIS DE LOS ARTÍCULOS QUE, EN LOS PROYECTOS DE LA CDI YA ALUDIDOS, SE INCLUYERON AL RESPECTO (21) SIN EMBARGO, CONSIDERAMOS INTERESANTE DESTACAR QUE, A NIVEL DE COMENTARIO DEL PROYECTO FINAL -QUE INCLUYÓ LA ACTUAL REDACCIÓN DEL ARTÍCULO QUE ANALIZAMOS- LOS GOBIERNOS SE MOSTRARON, EN CONJUNTO, COMPLACIDOS CON SU FORMULACIÓN (22). LO CUAL PARECE CONTRASTAR CON LA ACTITUD FINAL DE LA MAYORÍA DE LAS NACIONES PARTICIPANTES EN LA CONFERENCIA CONVOCADA SOBRE LA MATERIA, AL MOMENTO DE FIRMAR LA CONVENCIÓN.

- 21 Para este efecto, remitimos al lector a la obra GOMEZ BOLEDO, Antonio, op. cit. especialmente Cap. II, pp. 33 y ss.
- 22 Durante la sesión de la CDI desarrollada durante 1963, respecto de la inclusión y redacción del artículo en cuestión, en esa época Art. 13, los representantes de 51 gobiernos comentaron el proyecto, ya por escrito, ya en sus intervenciones orales en la Asamblea General, de estos 43 se declararon -en su mayoría sin reservas- partidarios: Algeria, Austria, Bolivia, Brasil, Ceylán, Checoslovaquia, Chipre, Ecuador, Estados Unidos de Norteamérica, Etiopía, Filipinas, Ghana, Grecia, Guatemala, Holanda, Hungría, India, Indonesia, Irak, Israel, Italia, Mongolia, Marruecos, Pakistán, Panamá, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido de la Gran Bretaña, República Árabe Unida, República Soviética Socialista de Biebrusia, República Soviética Socialista de Ucrania, Rumania, Siria, Tansania, Tailandia, Túnez, Uruguay, Venezuela y Yugoslavia; 2 expresaron ambigüedad al respecto; Australia y Bélgica; 5 se mostraron más bien opositores; Chile, Francia, Japón, Suecia y Turquía; y sólo 1 expresó su completa oposición y desacuerdo; Luxemburgo. Cfr. SCHWELB, Egon: "Some aspects of International *ius Cogens* as formulated by International Law Commission", AJIL, Vol. 61, Washington, 1967, p. 960.

EN EL RECONOCIMIENTO DE LA EXISTENCIA DE UN ORDEN PÚBLICO (23) INTERNACIONAL, RADICA LA IMPORTANCIA PRÁCTICA INDISCUTIBLE DE ESTE ARTÍCULO. LAS DIFICULTADES QUE PRESENTARON SU DISCUSIÓN Y ACEPTACIÓN, AÚN SU REDACCIÓN, ESTRIBAN EN QUE EN ÉL SE INTENTA DEFINIR LA NATURALEZA LÓGICO-JURÍDICA DE LAS NORMAS QUE CONSTITUYEN DICHO ORDEN, LO QUE NO SE ACOSTUMBRA NI EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS INTERNOS, TODA VEZ QUE, EN LA SOCIEDAD NACIONAL EL ORDEN PÚBLICO QUE COINCIDE CON EL ESTATAL, ES EVIDENTE, AL IGUAL QUE LAS FUENTES DE LAS NORMAS QUE LO FORMAN Y LOS ÓRGANOS ENCARGADOS DE APLICAR ESTAS Y PRESERVAR AQUÉL.

DEBEMOS DISTINGUIR TRES CONCEPTOS QUE ESTÁN CONTENIDOS EN ESTE ARTÍCULO Y QUE SON, SEGÚN EL ORDEN EN QUE APARECEN:

1. LA SANCIÓN QUE LA NORMA PREVÉ.
2. LA NOCIÓN MISMA DE LA FIGURA.
3. LA SUSTITUCIÓN DE LA NORMA.

§.5 POR RAZONES DE MÉTODO, ABORDEMOS PRIMERO LA NOCIÓN. EN LA

23 El concepto, como es conocido, tiene su origen y aplicabilidad en el Derecho interno, y hace referencia a los lineamientos de convivencia civil que la ley —como expresión de orden jurídico positivo— específica y define, tendiente por lo general a preservar la paz social —o lo que el grupo dominante, legitimado para mantenerlo, entiende por tal—. En D.I. tiene que ver más bien con la aplicación de las reglas de conflicto, lo que se refiere, estrictamente, al campo del D.I. Privado (vid infra sección §.8).

CONVENCIÓN SE ENTIENDE POR "NORMA IMPERATIVA DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL":

... UNA NORMA ACEPTADA Y RECONOCIDA POR LA COMUNIDAD INTERNACIONAL EN SU CONJUNTO, COMO NORMA QUE NO ADMITE ACUERDO EN CONTRARIO...

AHORA BIEN, EN ESE ENUNCIADO, DEBEMOS ESCINDIR DOS ELEMENTOS:

- LA ACEPTACIÓN Y EL RECONOCIMIENTO DE LOS ESTADOS EN SU CONJUNTO.
- LA NO ADMISIÓN DE ACUERDO EN CONTRARIO.

A) LA ACEPTACIÓN Y EL RECONOCIMIENTO DE LOS ESTADOS EN SU CONJUNTO. SON ÉSTAS, APARENTEMENTE, LAS CONDICIONES QUE DEBE REUNIR UNA NORMA INTERNACIONAL PARA TENER EL CARÁCTER DE IUS COGENS, LO CUAL HACE PENSAR LÓGICAMENTE QUE, DE NO CONTAR CON ELLAS, NO TENDRÁ TAL NATURALEZA.

DEBEMOS INSISTIR PUES, SOBRE EL ALCANCE DE ESTA FÓRMULA. LA ACEPTACIÓN PARECE IMPLICAR CIERTA INACTIVIDAD QUE DENOTA TOLERANCIA ANTE UN ESTADO DE COSAS DADO, EN UN SENTIDO LATO. PODRÍA INTERPRETARSE COMO EL NO PRONUNCIAMIENTO EN CONTRARIO RESPECTO DE UNA SITUACIÓN; SE ACEPTA LO QUE NO SE REPUDIA <sup>(24)</sup>; MIEN

24 La inactividad de un Estado, tiene consecuencias jurídicas en el plano internacional, así "la falta de acción, no menos la acción misma, puede contribuir a la formación de una regla consuetudinaria (es decir, pueden ser fuente de D.I.)... la falta de acción es relevante cuando el Estado interesado tiene motivos para adoptar una actitud determinada y se abstiene de hacerlo..." por lo tanto "El silencio, en el sentido de adoptar una actitud positiva... puede resultar que constituya la ausencia de la reacción de una situación determinada de hecho o de derecho de la cual puedan derivarse consecuencias jurídicas". SØRENSEN, Max: op. cit. pp. 161 y 181.

TRAS QUE EL RECONOCIMIENTO SUGIERE UNA MANIFESTACIÓN INEVITABLE DE VOLUNTAD (25) . ASÍ PUES, SIENDO ERICTOS, UNA NORMA ACEPTADA PERO NO RECONOCIDA NO SE CONSTITUYE EN IMPERATIVA, AL MENOS NO DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO.

AHORA BIEN, EL RECONOCIMIENTO INEQUÍVOCO SE PLASMA POR ES CRITO, EN UN DOCUMENTO Y, EN TÉRMINOS PRAGMÁTICOS -COMO LO QUIEREN VER LOS PARTIDARIOS DEL POSITIVISMO- NO EXISTE TRATADO O CONVENCION ALGUNA (26) QUE CUENTE CON RATIFICACIÓN, ADHESIÓN, ETC. DEL CONJUNTO DE ESTADOS, CON LO QUE RESULTARÍA IMPOSIBLE LA EXISTENCIA DE NORMAS DE D.I. GENERAL, ESPECIALMENTE CONVENCIONAL, NO YA IMPERATIVAS, AÚN DISPOSITIVAS. ES EVIDENTE QUE NO ES A ESTA CONCLUSIÓN A LA QUE NOS QUIERE LLEVAR EL LEGISLADOR, CON EL DOBLE CONDICIONAMIENTO A QUE OBLIGA EL ARTÍCULO. LA RAZÓN ES LA CERTEZA QUE SE LOGRA CON ESTE MÉTODO, RESPECTO DEL CARÁCTER GENERAL - MUNDIAL, COSMOPOLITA EN LA MEDIDA EN QUE LAS CONDICIONES SOCIO-JURÍDICAS DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL LO PERMITAN, DE LAS NORMAS QUE MEREZCAN SER RECONOCIDAS COMO IUS COGENS.

- 25 "Por el reconocimiento se admite como legítimo un determinado estado de cosas o una determinada pretensión... El reconocimiento trae consigo, pues, que el Estado que lo hace no pueda negar la legitimidad del estado de cosas o de la pretensión en cuestión. Sus efectos jurídicos duran hasta que la respectiva realidad desaparezca" es de destacar que se trata, al menos doctrinalmente, de un negocio jurídico unilateral. VERDROSS, Alfred: Derecho... p. 141.
- 26 Menos aun declaraciones de voluntad individuales -es decir, no en el marco de un acuerdo internacional- en las que coincidan las naciones.

ACEPTACIÓN Y RECONOCIMIENTO SON TÉRMINOS QUE MÁS TIENEN QUE VER CON UNA VISIÓN EVOLUTIVA DE LA VIDA DE LAS NACIONES, QUE CON UNA REALIDAD JURÍDICA FÁCTICA, ES OBVIO QUE ÉSTA SE ENCUENTRA DE TERMINADA POR AQUÉLLA, EXPLIQUÉMONOS.

NO OBSTANTE LO QUE LOS HECHOS PUEDAN AFIRMAR, LOS PATRONES DE COMPORTAMIENTO ENTRE LOS PUEBLOS Y POSTERIORMENTE ENTRE LAS NACIONES, TIENDEN EN GENERAL A MANTENER UN CLIMA DE RESPETO A LA INDIVIDUALIDAD DE CADA GRUPO, ACASO POR IGNORANCIA DE LOS UNOS PARA CON LOS OTROS, CAUTELA, ETC., ASÍ LA HISTORIA REGISTRA A LAS GUERRAS Y CONQUISTAS, A LA ESCLAVITUD O AL GENOCIDIO, COMO HECHOS EXCEPCIONALES QUE SE DAN BAJO CONDICIONES SOCIALES DETERMINADAS (27) , SÓLO PARA MENCIONAR 2 CASOS QUE NOS SON FAMILIARES, DIREMOS QUE 800 AÑOS DE OCUPACIÓN ÁRABE EN ESPAÑA, Y 300 DE COLONIALISMO HISPANO EN AMÉRICA, PESE A TODO, FUERON PROCESOS QUE PRODUJERON IMPORTANTES FENÓMENOS CULTURALES (28)

- 27 Por ejemplo: cuando una organización social ha logrado resolver los requerimientos más apremiantes de la comunidad, ha producido un estrato social especializado en la agresión -no sólo en la defensa- y actua racional, organizadamente bajo un factor que legitime dicha acción se ven en posibilidad de ejercer coacción material sobre otro grupo humano.
- 28 El mismo D.I. moderno, nace en el S. XVI como un efecto -un juicio- de la conquista, su legitimidad y procedimientos. La escolástica española, podríamos decir, se enriquece con este proceso social, y lo toma como uno de sus temas recurrentes de reflexión. VERDROSS, Alfred; La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental, (trad. del alemán por Mario de la Cueva), 2a. Ed., UNAM, México, 1983, pp. 148 y ss. CORTS GRAU, José; Historia de la Filosofía del Derecho, Tomo I, 2a. Ed., Nacional, Madrid, 1968, pp. 435 y ss. STADTMÜLLER, Georg; op. cit. pp.137 y ss. La bibliografía en este punto, es casi inagotable; sin embargo, nos parece interesante registrar la opinión que afirma la existencia de un antecedente al estudio de esas cuestiones. En efecto, hay quienes sostienen que los problemas relativos a la posesión y ocupación de las Indias, fueron tratados

CREEMOS QUE LA FÓRMULA ALUDIDA, PROPONE LA REFLEXIÓN CUIDADA, MÁS ALLÁ DE LOS CRITERIOS TOTALIZADORES Y SIMPLISTAS, RESPECTO DEL CONTENIDO DE LAS NORMAS DE IUS COGENS (29), ASÍ COMO DEL PROCEDIMIENTO QUE LLEVE A DETERMINAR TAL CONTENIDO.

NO ES EL NÚMERO DE ESTADOS EN SÍ LO QUE DETERMINA LA EXISTENCIA DE NORMAS DE IUS COGENS, YA QUE SI ESE FUERA EL CASO, SE RÍA MENESTER FIJAR EL PORCENTAJE DE NACIONES QUE RECONOCEN COMO

---

por Jhon Main, conocido historiador escocés, también llamado Ioannes Mayor, en su obra "Comentarios al libro de las Sentencias" (de Pedro Lombardo) escrito en 1508, publicado dos años más tarde y reimpreso en París, durante 1519, estando Vitoria ahí estudiando en el Colegio de Santiago. Aún se especula que Vitoria fue discípulo de Main, en esa época. Cfr. PIROTTO, Armando D.: Reelecciones sobre los indios y el Derecho de la Guerra, (Nota introductoria), Colección Austral, No. 618, 3a. ed., Espasa-Calpe S. A., Madrid, 1975, p. 11; y especialmente LETURIA: "Mayor y Vitoria ante la Conquista de América, Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria, Vol. III, 1931, Madrid, 1932, pp. 45 y ss.

- 29 Debemos mencionar que el proyecto de artículo, formulado en 1963, esto es, el art. 13 -el 37 en 1966- estaba acompañado de una lista ilustrativa, no exhaustiva, de principios que, en opinión de los redactores, podrían tener tal carácter, sin embargo los miembros de la CDI decidieron eliminarla por dos razones, a saber: 1° para evitar errores de interpretación, en especial respecto de los principios no contenidos en la lista, 2° porque una relación como esa supondría un largo estudio de materias ajenas al ámbito de la Convención. Cfr. IMPORTE DE LA CDI, 18° período de sesiones, del 4 al 19 de julio, 1966, A.G. suplemento núm. 9(A/63091/Rev.1.), p. 81, a las objeciones apuntadas se agregan otras del Sr. Mahlik, representante de Polonia en el 2° período de sesiones de la Conferencia sobre el Derecho de los Tratados, ya que "la inclusión de una lista de este género no estaría en consecuencia con su carácter (el de la Convención) de instrumento de codificación". CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, 2° período, sesión 19° (A/CONF. 39/11/add.1) p. 105, de este último comentario desintimos, toda vez que la lista proyectada, sí codifica algunos principios de D.I. ya existentes, en forma consuetudinaria, y aún convencional, judicial y doctrinal; vemos, en dicha relación se incluyen los siguientes principios, todos ellos relativos a la celebración de Tratados que implicaran: A) el uso ilegítimo de la fuerza, B) la realización de cualquier delito de D.I. C) la trata de esclavos, la piratería, etc. (A/63091/Rev. 1), p. 81.



TAL A CIERTO PRINCIPIO; SI BIEN ES CIERTO QUE PRINCIPIOS LLAMADOS A CONSTITUIRSE EN IUS COGENS PUEDEN TENER ORIGEN A TRAVÉS DE RESOLUCIONES UNÁNIMES O MAYORITARIAS DE UN ORGANISMO INTERNACIONAL (O.I.) POR LO GENERAL ES MUCHO MÁS QUE ESO, LAS NORMAS DE IUS COGENS NO SE CREAN DE LA NADA, AL CONTRARIO, TAL CARÁCTER IMPLICA CIERTA CONDICIÓN CON LA QUE SE REVISTE UN PRINCIPIO YA EXISTENTE EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL, POR LO TANTO, ES MENOS ATENDER A LA IMPORTANCIA, UTILIDAD Y BENEFICIO DE LA INSTITUCIÓN DE QUE SE TRATE, ES LÓGICO PENSAR -Y SEGÚN CREEMOS, NADA SUBJETIVO- QUE AQUÉLLAS CONDUCTAS DE LOS ESTADOS, MÁS GENERALIZADAS EN SU PRÁCTICA Y AL MISMO TIEMPO MÁS IDÓNEAS PARA FOMENTAR LA JUSTICIA EN SU TRATO, SE CONSTITUYAN EN NORMAS, EN REGLAS IDENTIFICABLES, Y SON ÉSTAS PRECISAMENTE LAS QUE FORMAN, CON DIFERENTES GRADOS DE IMPORTANCIA, EL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL.

EN LA MEDIDA EN QUE UNA NORMA PROVOQUE O MANTENGA EL BIENESTAR COMÚN -EVITANDO EL BENEFICIO EXCLUSIVO DE UNA NACIÓN O UN GRUPO REDUCIDO DE ELLAS- SERÁ ÚTIL PARA PRESERVAR O DESARROLLAR EL SISTEMA IMPERANTE; EXISTE UNA RELACIÓN DIRECTA ENTRE IMPORTANCIA Y BENEFICIO, A MAYOR GENERALIDAD DE ÉSTE, SERÁ MAYOR AQUÉLLA.

HASTA ESTE PUNTO, UNA NORMA DE IUS COGENS SE CARACTERIZA POR SER UN PRINCIPIO NORMATIVO TAL, QUE SU INOBSERVANCIA - POR LOS

ESTADOS- PONE EN PELIGRO LA COEXISTENCIA DE LAS NACIONES, Y EN ÚLTIMO TÉRMINO, LA SOBREVIVENCIA DEL GÉNERO HUMANO. ASÍ QUE LAS REGLAS DE CONVIVENCIA PACÍFICA (EN SU MÁS AMPLIA ACEPTACIÓN) SON LAS MÁS IMPORTANTES ACTUALMENTE (30) Y LA CONDUCTA DE LA GRAN MAYORÍA DE LOS ESTADOS ASÍ LO EVIDENCIA, CREANDO CON ESTO, UNA CIERTA "PRESIÓN SOCIAL" (31), Y PRECISAMENTE CON ÉSTA ES QUE SE PUEDE DETERMINAR EL GRADO DE ACEPTACIÓN Y RECONOCIMIENTO DE LA COMUNIDAD DE ESTADOS, RESPECTO DE UN PRINCIPIO EN PARTICULAR.

1.6 B) LA NO ADMISIÓN DE ACUERDO EN CONTRARIO. EN VERDAD ES ÉSTE EL RAZGO CARACTERÍSTICO DE LA FIGURA, YA QUE EN ÉL RADICA SU RAZÓN DE SER, Y LA POLÉMICA EN TORNO SUYO, EXPLIQUÉMONOS.

DE ESTE ELEMENTO DEVIENEN LOS DIFERENTES NOMBRES CON QUE SE IDENTIFICAN A LAS NORMAS DE IUS COGENS, A SABER: NORMAS OBLIGATORIAS, NORMAS IMPERATIVAS, PERENTORIAS, TAXATIVAS, NORMAS

- 30 "Las reglas sustentadas por esta presión social sería son refutadas importantes porque se les cree necesarias para la preservación de la vida social, o de algún aspecto de ella al que se le atribuye gran valor. Es típico que las reglas tan obviamente esenciales son las que restringen el libre uso de la fuerza, sean concebidas en términos de obligación". HART, H.L.A: El Concepto de Derecho, (trad. del inglés por Genaro R. Carrió ), la. reimpr. de la 2a. ed. Nacional, México, 1980, p. 108.
- 31 "... la presión social aparece como una cadena que sujeta a aquellos que tienen obligaciones para que no puedan hacer lo que quieren". ib idem. p. 109. Para Geiger, esta presión social se manifiesta, a través de mecanismos sociales de control, todos ellos con diferentes grados de coercitividad, estos pueden ser "Medidas tendientes a lograr el cumplimiento del precepto o la reparación del daño causado por el acto violatorio, o simples represalias: expiación, castigo, boicot social..." Cfr. GARCIA MAYNES, Eduardo: Filosofía del Derecho, Porrúa, México 1974, p. 276.

## COERCITIVAS, Y AÚN, NORMAS DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL.

EN REALIDAD DICHOS CONCEPTOS TÉCNICOS NO SE ALEJAN DE LA NATURALEZA DE LA FIGURA, PERO NO LA ESPECIFICAN CON CLARIDAD, LO CUAL DA PIE A QUE SE MAL ENTIENDA Y SURJAN DETRACTORES YA DOCTRINALES O GUBERNAMENTALES, QUE POSIBLEMENTE NO LO FUERAN, AL MENOS NO POR LAS RAZONES QUE INVOCAN - Y QUE CONOCEREMOS DE MANERA GENERAL MÁS ADELANTE - , DE ATENDER A LOS SENCILLOS RAZONAMIENTOS QUE EXPONEMOS A CONTINUACIÓN (32).

UNO DE LOS ATRIBUTOS PRIMORDIALES DEL DERECHO, CONSISTE EN LA PRETENSIÓN DE SER OBLIGATORIO PARA UNA COLECTIVIDAD DADA, ESTA NOTA CONSISTE EN QUE DICHO CONGLOMERADO EFECTIVAMENTE AJUSTE SU CONDUCTA AL CANON QUE LA NORMA PRESCRIBE SO PENA DE HACERSE ACREEDOR A UNA SANCIÓN, DE NO HACERLO (33).

- 32 Nos referimos a conceptos generales, aplicables a cualquier ordenamiento jurídico, por ser este punto, toral en la noción del ius cogens.
- 33 La validez, efectividad o vigencia de una norma son atributos que devienen de su obligatoriedad. Kelsen nos dice a este respecto "En la medida en que el hombre actúa como la norma lo exige, cumple con su obligación, acata la norma; con un comportamiento opuesto, en cambio 'viola' la norma, o, lo que significa lo mismo, viola su obligación". KELSEN, Hans: Teoría Pura del derecho, (trad. de la 2a. edición en alemán por Roberto Vernengo), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, Estudios doctrinales, 2a. reimpr., UNAM, México, 1983, p. 29. En este punto, el del fundamento de la obligatoriedad del Derecho, la doctrina se divide, como es bien conocido en los más diversos matices del positivismo jurídico, del ius naturalismo y de las tendencias históricas o sociológicas, baste apuntarlo. No entramos siquiera a la exposición de cada posición, ya que la especificación de los criterios -de valor, de efectividad, etc.- en que deba basarse esa nota de obligatoriedad, es asunto que concierne a la filosofía del Derecho y a su historia.

LAS NORMAS AL SER EXPRESIÓN OBJETIVA DEL ORDEN JURÍDICO , Y SIENDO ESTE UN MECANISMO DE CONTROL SOCIAL, PRESCRIBEN CONDUCTAS QUE, EN VIRTUD DE LA OBLIGATORIEDAD SON OBSERVADAS POR LOS SUJETOS A LOS CUALES SE DIRIGEN. ASÍ, PODEMOS AFIRMAR QUE NO IMPORTA EL CÓMO SE HAYA FIJADO LA CONDUCTA QUE EXPRESA LA NORMA, YA QUE UNA VEZ DEFINIDA EN ELLA, SE CONVIERTE EN UN DEBER ( EN UN IMPERATIVO) QUE PUEDE SER EXIGIDO -SI NO FUE REALIZADO EXPONTÁNEAMENTE- UTILIZANDO ALGÚN MECANISMO DE COACCIÓN, DEPENDIENDO DEL ORDEN JURÍDICO EN QUE SE DÉ; ESTO ES, TANTO LAS NORMAS IMPERATIVAS -IUS COGENS- COMO LAS DISPOSITIVAS -POTESTATIVAS- SON, DE UNA MANERA ESENCIAL, OBLIGATORIAS, YA QUE AMBOS GRUPOS SON NORMAS JURÍDICAS. DESDE ESTE PUNTO DE VISTA, LOS DOS TIPOS DE NORMAS -SEAN INTERNAS O INTERNACIONALES- SON IGUALES.

LA OBLIGATORIEDAD ES UNA CONDICIÓN, UN PRESUPUESTO, UN ATRIBUTO INTRÍNSECO A LA JURIDICIDAD DE LA NORMA, YA QUE LA INOBSERVANCIA DE ÉSTA, AÚN SIENDO PREMEDITADA, CONTUMAZ Y REPETIDA, NO PROVOCA QUE DEJE DE SER INDEFECTIBLEMENTE OBLIGATORIA. TODAS LAS NORMAS DE DERECHO, INCLUIDAS LAS DEL INTERNACIONAL, SON OBLIGATORIAS. (34)

34 "Claro que el patrón de conductas... no es necesariamente obedecido. La norma no dice que en la situación 's' todos los destinatarios observen la conducta [prescrita por la norma], sino que 'están obligados a observarla'. Esto equivale a declarar que puedan, de hecho, infringirla. ¿Díremos entonces que sólo es válida cuando la acatan, y que carece de validez cuando la violan? Indudablemente que no. La norma es obligatoria en todos los casos que integran su ámbito de aplicación [el cumplimiento de una hipótesis normativa, diríamos] o, expresado en otros términos; su obligatoriedad no queda destruida por los actos de incumplimiento." GEIGER Theodor: Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts. (Estudios preliminares para una sociología del derecho), H. Luchterhand Verlag, Neuwied

AHORA BIEN, ¿CÓMO DIFERENCIAR LAS NORMAS DE IUS COGENS DE LAS DE DERECHO DISPOSITIVO, SI AMBAS SON OBLIGATORIAS?. PARA OBTENER LA RESPUESTA, ES MENESTER ATENDER A LA DEROGABILIDAD O NO, DE LA CONDUCTA QUE PRESCRIBE LA NORMA.

EN LAS NORMAS DISPOSITIVAS UNA CIERTA CONDUCTA ESTÁ PRESCRITA PERO LAS PARTES PUEDEN ALEJARSE, VÁLIDAMENTE, DE DICHA CONDUCTA Y PACTAR OTRA <sup>(35)</sup> Y ASÍ SE CONVERTIRÁ EN UNA NORMA AD-HOC (SI SE NOS PERMITE LA EXPRESIÓN) PARA LAS PARTES, LA CUAL CONTINUARÁ SIENDO OBLIGATORIA TODA VEZ QUE SU INOBSERVANCIA, COMO YA SE APUNTÓ, ACARREARÁ UNA SANCIÓN AL INFRACTOR, MISMA QUE LE PUEDE SER IMPUESTA CON DIFERENTES GRADOS Y MECANISMOS DE CO ACCIÓN. ESTA OPCIÓN -LA DE APEGARSE A LA NORMA ORIGINAL O MODIFICARLA DENTRO DE LOS LÍMITES PREVISTOS- NO LA MENOSCABA, YA QUE ESTA CONTEMPLADA Y FORMA PARTE DE SU NATURALEZA. DEBEMOS DESTACAR QUE DE ESTA CLASE DE NORMAS SE DERIVAN EXCLUSIVAMENTE, RELACIONES ESTABLECIDAS CON BASE EN DERECHOS SUBJETIVOS RELATI-

---

am Rehin und Berlin, 1964, p. 69 citado por GARCIA MAYNEZ, Eduardo: Discusión de Algunas Teorías Recientes Sobre la Noción del Orden Jurídico, en Ensayos Filosóficos-Jurídicos 1934-1979, Textos Universitarios, 2a. Ed. UNAM, México, 1984, p. 313.

35 En los sistemas internos, dichas normas abundan en el derecho privado que rige las obligaciones, especialmente a los contratos. En D.I., abundan sobre todo en el derecho convencional. En derecho mexicano, la posibilidad de apartarse válidamente de una conducta normativizada está prevista y condicionada en el art. 6 del Código Civil, el cual establece en su parte conducente "Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente el interés público, cuando la renuncia no perjudique los derechos de terceros". Código Civil para el Distrito Federal en materia local, y para toda la República en materia federal. Porrúa, México 1986, p. 42.

VOS (36). CITEMOS DOS EJEMPLOS, UNO DE DERECHO INTERNO Y OTRO DE D.I. PARA ILUSTRAR NUESTRO ARGUMENTO.

RESPECTO DEL LUGAR EN QUE DEBE REALIZARSE EL PAGO DE UNA OBLIGACIÓN, EL CÓDIGO CITADO, FIJA LA SIGUIENTE POSIBILIDAD:

ART. 2082. POR REGLA GENERAL EL PAGO DEBE HACERSE EN EL DOMICILIO DEL DEUDOR, SALVO QUE LAS PARTES CONVIENIEREN OTRA COSA... (37)

A RIESGO DE PARECER REITERATIVO, DEBEMOS PRECISAR QUE EL NUMERAL TRANSCRITO, SÓLO OFRECE A LAS PARTES LA POSIBILIDAD DE PACTAR UN LUGAR DISTINTO AL DOMICILIO DEL DEUDOR, PARA EFECTUAR EL PAGO, ASIMISMO, ESTABLECE UNA REGLA GENERAL QUE PUEDE SER LICITAMENTE DESATENDIDA, PERO LA OBLIGACIÓN DE EFECTUAR EL PAGO, POR PARTE DEL DEUDOR (Y SU CORRELATIVO DERECHO SUBJETIVO RELATIVO, A FAVOR DEL ACREEDOR) PERSISTE INTACTA.

EL ARTÍCULO 9° DE LA CONVENCIÓN QUE SE COMENTA, DICE LITERALMENTE:

ART. 9°.- ADOPCIÓN DEL TEXTO.

1.- LA ADOPCIÓN DEL TEXTO DE UN TRATADO SE EFECTUARÁ POR CONSENTIMIENTO DE TODOS LOS ESTADOS PARTICI

36 Recordemos, un derecho subjetivo es "... la facultad, derivada de la norma, que una persona tiene de hacer u omitir algo" y es relativo, cuando dicha facultad "corresponde a deberes especiales de sujetos determinados". GARCIA MAYNEZ, Eduardo: Introducción al Estudio del Derecho, 4a. Ed. corregida, Porrúa, México, 1951, p. 190.

37 Código citado, p. 369.

PANTES EN SU ELABORACIÓN, SALVO LO DISPUESTO EN EL PÁRRAFO 2.

- 2.- LA ADOPCIÓN DEL TEXTO DE UN TRATADO EN UNA CONFERENCIA INTERNACIONAL SE EFECTUARÁ POR MAYORÍA DE DOS TERCIOS DE LOS ESTADOS PRESENTES Y VOTANTES, A MENOS QUE ESOS ESTADOS DECIDAN, POR IGUAL MAYORÍA, APLICAR UNA REGLA DIFERENTE.

DEBEMOS DISTINGUIR QUE EL PÁRRAFO 1, SE REFIERE A TRATADOS BILATERALES, AÚN A AQUELLOS EN LOS QUE INTERVIENEN MÁS ESTADOS, EN CUYO CASO LA ADOPCIÓN DEL TEXTO SERÁ POR CONSENSO, SIN POSIBILIDAD ALGUNA DE REALIZARLO DE OTRO MODO, LO CUAL RESULTA LÓGICO. EL 2º PÁRRAFO CONCIERNE A LOS TRATADOS MULTILATERALES -CUYA ELABORACIÓN Y DISCUSIÓN SE EFECTÚA COMUNMENTE EN CONFERENCIAS DE PLENIPOTENCIARIOS-, AQUÍ LA REGLA PREVISTA PARA LA ADOPCIÓN ES DE DOS TERCIOS, PERO CABE LA ALTERNATIVA, CONDICIONADA A ESA MAYORÍA, DE ADOPTAR OTRA REGLA; PERO DE LO QUE LAS PARTES NO SE PUEDEN APARTAR ES DE LA ADOPCIÓN MISMA DEL TEXTO, POR SER UN PASO NECESARIO EN EL PROCESO DE CELEBRACIÓN Y ENTRADA EN VIGOR DE UN TRATADO.

EN EL CASO DE LAS NORMAS DE IUS COGENS, EL SUJETO AL QUE VA DIRIGIDA NO PUEDE APARTARSE, VÁLIDAMENTE DEL IMPERATIVO QUE

CONTIENE, SO PENA DE SER SANCIONADO. ESTE TIPO DE NORMAS, PUEDE SER LA EXPRESIÓN DE DERECHOS SUBJETIVOS RELATIVOS -AL IGUAL QUE LAS NORMAS DISPOSITIVAS COMO VIMOS- (38) PERO TAMBIÉN, Y TAL VEZ CON MAYOR FRECUENCIA DE DERECHOS SUBJETIVOS ABSOLUTOS (39).

CITEMOS EJEMPLOS DE NORMAS DE TAL CARÁCTER, TANTO INTERNAS COMO INTERNACIONALES.

EN MÉXICO ENCONTRAMOS A NIVEL CONSTITUCIONAL, LA SIGUIENTE PRESCRIPCIÓN:

ART. 2.- ESTÁ PROHIBIDA LA ESCLAVITUD EN LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. LOS ESCLAVOS DEL EXTRANJERO QUE EN TREN AL TERRITORIO NACIONAL, ALCANZARÁN POR ESE SÓLO HECHO, SU LIBERTAD Y LA PROTECCIÓN DE LAS LEYES (40).

- 38 Siguiendo con los ejemplos, dichos derechos subjetivos relativos son, respectivamente: el pago de la obligación, y la adopción del texto del tratado; dado que esos actos jurídicos son, desde un extremo de las relaciones establecidas, deberes especiales (específicos) de sujetos determinados.
- 39 Es decir, aquéllos que se traducen en "una facultad correlativa de una obligación general de respeto", como ejemplo de estos, se nos ofrecen los derechos reales, en donde el sujeto pasivo de la relación, es toda una colectividad en abstracto. GARCIA MAYNEZ, Eduardo: Introducción... p. 190.
- 40 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Mexicano, S. A. de C.V., México, 1971, p. 19.



EN EL PRIMER PÁRRAFO, ESTÁ ENUNCIADA CLARAMENTE LA OBLIGACIÓN GENERAL DE RESPETO, EN FORMA DE PROHIBICIÓN -OBLIGACIÓN DE NO HACER-, DE CONTROL DE LA VOLUNTAD DE UN PARTICULAR; EN EL SEGUNDO, ACORDE CON EL DERECHO SUBJETIVO ABSOLUTO QUE CONSAGRA LA NORMA, EL ESCLAVO EXTRANJERO EN TERRITORIO MEXICANO, ESTÁ FACULTADO PARA REHUSARSE LÍCITAMENTE -ES DECIR OMITIR- A MANTENER ESA CONDICIÓN, RESPECTO A SU AMO. NI AÚN LA VOLUNTAD DEL SUJETO ES CLAVIZADO DE CONTINUAR COMO TAL, PUEDE TENER COMO EFECTO EL QUE ESE ESTADO PERSONAL PERSISTA, LA NORMA LIMITA LAS VOLUNTADES DEL AMO Y DEL ESCLAVO EN DIFERENTE SENTIDO, CIERTO, EN VIRTUD DE LA OBLIGACIÓN GENERAL DE RESPETO ENUNCIADA EN EL PRIMER PÁRRAFO, QUE ES LA PROSCRIPCIÓN DE LA ESCLAVITUD; EL SUJETO PASIVO DE ESTA OBLIGACIÓN, ES DECIR LA DEL RESPETO A LA LIBERTAD PERSONAL, ES LA COLECTIVIDAD INTEGRADA POR LOS POBLADORES DE MÉXICO, AÚN LOS EXTRANJEROS.

VEAMOS AHORA UN PRINCIPIO ESTABLECIDO EN LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS:

ART. 2.- PARA LA REALIZACIÓN DE LOS PROPÓSITOS CONSIGNADOS EN EL ARTÍCULO 1, LA ORGANIZACIÓN Y SUS MIEMBROS PROCEDERÁN DE ACUERDO CON LOS SIGUIENTES PRINCIPIOS...

4.- LOS MIEMBROS DE LA ORGANIZACIÓN, EN SUS RELACIONES INTERNACIONALES, SE ABSTENDRÁN DE RECURRIR A LA AMENAZA O AL USO DE LA FUERZA CONTRA LA INTEGRIDAD TERRITORIAL O LA INDEPENDENCIA POLÍTICA DE CUALQUIER ESTADO, O EN CUALQUIER OTRA FORMA INCOMPATIBLE CON LOS PROPÓSITOS DE LAS NACIONES UNIDAS.

AQUÍ ENCONTRAMOS TAMBIÉN LOS ELEMENTOS APUNTADOS CON ANTERIORIDAD. LA OBLIGACIÓN GENERAL DE RESPETO SE EXPRESA COMO UNA ABSTENCIÓN -UN NO HACER VOLUNTARIO, NO IMPUESTO COMO EN LA PROHIBICIÓN- ES DECIR, LA PROSCRIPCIÓN DE LA AMENAZA Y DEL USO DE LA FUERZA, CON LO CUAL LA VOLUNTAD DE CADA ESTADO SE VE LIMITADA NORMATIVAMENTE; EL SUJETO PASIVO DE ESA OBLIGACIÓN ES LA COMUNIDAD DE ESTADOS EN SU CONJUNTO, INCLUYENDO A AQUELLOS QUE NO SEAN MIEMBROS DE LA ONU, EN RAZÓN DEL PUNTO 6 DEL MISMO ARTÍCULO 2 (41), CON LO QUE LA UNIVERSALIDAD DE LA OBLIGACIÓN GENERAL DE RESPETO, SE REAFIRMA; EL DERECHO SUBJETIVO ABSOLUTO QUE CORRESPONDERÁ ES EL DERECHO A LA LEGÍTIMA DEFENSA QUE CADA ESTADO PUEDE EJERCER -EN TANTO EL CONSEJO DE SEGURIDAD ACTÚA EN CONSECUENCIA- EN CASO DE ATAQUE ARMADO (USO DE LA FUERZA), O SEA, EL ESTADO QUE SE DEFIENDE LEGÍTIMAMENTE, ESTÁ FACULTADO PARA ACTUAR EN LA MEDIDA REQUERIDA PARA SALVAGUARDAR SU INTEGRIDAD, TAL

41 Art. 2º...

6.- La Organización hará que los Estados que no sean miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos principios en la medida en que sea necesario para mantener la paz y la seguridad internacionales.

Y COMO LO PREVÉ LA MISMA CARTA (42).

§.7 DE LO EXPUESTO, SE COLIGE QUE LAS NORMAS DE ESTE TIPO NO DEJAN OPORTUNIDAD LÍCITA PARA LA INOBSERVANCIA DE LA CONDUCTA PRESCRITA, COMO SÍ SUCEDE EN EL CASO DEL IUS DISPOSITIVUM; LAS NORMAS DE IUS COGENS AL SER IMPERATIVAS \* ORDENAN EL CUMPLIMIENTO DE UNA CONDUCTA Y NO OTRA; AL SER PERENTORIAS \* ESPECIFICAN, DEFINEN DICHA CONDUCTA ORDENADA; Y POR ÚLTIMO, AL SER TAXATIVAS\* ÚNICAMENTE PREVÉN UNA FORMA LÍCITA DE EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD, ESTO ES, EL CUMPLIMIENTO. EN ESTRICTO SENTIDO GRAMATICAL Y TÉCNICO-JURÍDICO LOS TÉRMINOS REFERIDOS NO SON SINÓNIMOS, TODA VEZ QUE SE OCUPAN DE ASPECTOS DISTINTOS, ES DECIR: DE LA ESTRUCTURA DE LA NORMA, DE LA CONDUCTA, Y DE LA VOLUNTAD, RESPECTIVAMENTE. POR LO TANTO, A NUESTRO JUICIO, EL ADJETIVO MÁS ADECUADO Y GENERAL, QUE COMPRENDE TODAS LAS CARACTERÍSTICAS DEL IUS COGENS, ES "IMPERATIVAS".

42 Art. 51.- Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inminente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los miembros en ejercicio de legítimas defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad y no afectará en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

\* Diccionario de la Lengua Española, Real Académica Española, 19a. ed., Madrid, 1970, pp. 732, 1007 y 1247, respectivamente.

EN ESTE PUNTO, HAGAMOS UNA PAUSA EN LA EXPOSICIÓN, Y SIGAMOS A GARCÍA MAYNEZ CON OBJETO DE ANALIZAR, EN LO POSIBLE,

... EL CONJUNTO SISTEMÁTICO DE PRINCIPIOS APRIORÍSTICOS VÁLIDOS UNIVERSALMENTE, QUE EXPRESAN UNA SERIE DE CONEXIONES ESENCIALES ENTRE LAS GRANDES FORMAS DE MANIFESTACIÓN DE LA CONDUCTA JURÍDICAMENTE REGULADA. (43)

A LO QUE LLAMA ONTOLOGÍA FORMAL DEL DERECHO, VEAMOS.

ENTRE OTROS, EL DERECHO ES UN MEDIO DE REGULACIÓN DE LA CONDUCTA DE LOS SUJETOS EN SOCIEDAD. EL TOTAL DE CONDUCTAS REGULADAS POR ÉSTE, ABARCA:

- A) TANTO LOS PROCEDERES (ACCIONES U OMISIONES) JURÍDICAMENTE LÍCITOS, ES DECIR, LOS REALIZADOS EN EJERCICIO DE UN DERECHO, COMO
- B) LOS PROCEDERES JURÍDICAMENTE ILÍCITOS, I.E. AQUÉLLOS QUE VIOLAN UN DEBER.

LA CONDUCTA JURÍDICA SE REGULA OTORGANDO DERECHOS E IMPONIENDO OBLIGACIONES, ASÍ, SÓLO EXISTEN TRES POSIBILIDADES DE QUE SE MANIFIESTE ESA REGULACIÓN, A SABER:

- 1) COMO EL EJERCICIO DE DERECHOS SUBJETIVOS.

43 GARCIA MAYNEZ, Eduardo: Principios Supremos de la Ontología Formal del Derecho y de la Lógica Jurídica, en: Ensayos..., p. 123.

II) COMO EL CUMPLIMIENTO DE DEBERES JURÍDICOS.

III) COMO EL INCUMPLIMIENTO DE TALES DEBERES.

LOS DOS PRIMEROS SON PROCEDERES LÍCITOS, MIENTRAS QUE EL ÚLTIMO ES ILÍCITO. EL CONJUNTO DE ESOS ACTOS, REPETIDOS, FORMA LA TOTALIDAD DE CONDUCTAS, JURÍDICAMENTE HABLANDO.

SI UN COMPORTAMIENTO ESTÁ JURÍDICAMENTE REGULADO, SÓLO PUEDE HALLARSE PROHIBIDO O PERMITIDO (Y NO AMBAS A LA VEZ, PUESTO QUE SERÍA CONTRADICTORIO).

CONSIDERANDO ÚNICAMENTE EL CONJUNTO DE CONDUCTAS LÍCITAS, ESTAS PUEDEN SER:

1. JURÍDICAMENTE OBLIGATORIAS, O
2. JURÍDICAMENTE LIBRES.

LOS PROCEDERES JURÍDICAMENTE OBLIGATORIOS SE ENCUENTRAN COMPRENDIDOS ENTRE LAS CONDUCTAS LÍCITAS, PORQUE LO JURÍDICAMENTE OBLIGATORIO, DEBE NECESARIAMENTE ESTAR PERMITIDO (SEA UNA ACCIÓN U OMISIÓN), POR LO TANTO:

... EL SUJETO A QUIEN SE IMPONE LA OBLIGACIÓN DE OBSERVAR UN DETERMINADO COMPORTAMIENTO, NECESARIAMENTE TIENE DERECHO DE HACER LO QUE SE LE MANDA (DERECHO DEL OBLIGADO). EL DERECHO DEL OBLIGADO PUEDE, PUES, DEFINIRSE COMO LA FACULTAD, :MPLÍCITA O EXPLÍCITAMENTE

TE CONCEDIDA AL SUJETO DE UN DEBER, DE OBSERVAR LA CONDUCTA JURÍDICAMENTE PRESCRITA . (44)

EL DERECHO DEL OBLIGADO ES UN DERECHO SUBJETIVO, DE EJERCICIO OBLIGATORIO.

COMO EL TITULAR DE LOS [DERECHOS] DE ESTA ESPECIE NO ESTÁ FACULTADO PARA ELEGIR ENTRE EL EJERCICIO Y EL NO EJERCICIO, LA CONDUCTA JURÍDICAMENTE PRESCRITA PUEDE EJECUTARSE, MÁS NO OMITIRSE. MIENTRAS LA EJECUCIÓN ESTÁ JURÍDICAMENTE PERMITIDA, LA OMISIÓN ES NECESARIAMENTE ILÍCITA (45)

EN CAMBIO, UNA CONDUCTA ES JURÍDICAMENTE LIBRE O POTESTATIVA, CUANDO ESTANDO JURÍDICAMENTE PERMITIDA, NO SE ENCUENTRA JURÍDICAMENTE ORDENADA Y POR LO TANTO, SU OMISIÓN ES LÍCITA.

COMO PODEMOS COMPROBAR, LOS ANTERIORES NO SON ARGUMENTOS JURÍDICOS, AUNQUE SE REFIERAN A CUESTIONES DE ESA NATURALEZA, SON VERDADES DE RAZÓN; NO SON 'NORMAS DE COMPORTAMIENTO' SON AXIOMAS QUE

NO SÓLO TIENEN VALIDEZ PARA LOS PROCEDERES QUE PUEDAN REALIZARSE EN CIERTA ÉPOCA O EN UN DETERMINADO ÁMBITO DE APLICACIÓN, SI NO PARA CUALQUIER CONDUCTA QUE SEA OBJETO DE REGULACIÓN BILATERAL (46)

HASTA AQUÍ EL AUTOR.

44 Ibid, p. 126

45 Ibid, en lo general, es esta la esencia del ius cogens.

46 Ibid, p. 127, por lo tanto, los principios expuestos y algunos otros, son reglas técnicas.

LO ANTERIOR NOS SERVIRÁ PARA IDENTIFICAR LA NATURALEZA ONTOLÓGICA DE LAS NORMAS DE IUS COGENS. HAGAMOS DOS APUNTAMIENTOS: A.- EL DERECHO DEL OBLIGADO, COMO HEMOS VISTO, ES UNA CLASE DE DERECHO SUBJETIVO, EN TANTO QUE B.- LAS NORMAS IMPERATIVAS SON CIERTAS MANIFESTACIONES DEL DERECHO OBJETIVO, ¿ EN QUÉ COINCIDEN PUES, ESTAS AFIRMACIONES? PRECISAMENTE EN LA DEFINICIÓN BUSCADA A SABER:

LAS NORMAS IMPERATIVAS SON LA EXPRESIÓN OBJETIVA [EL DERECHO OBJETIVO] DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS DE EJERCICIO OBLIGATORIO, LOS CUALES, POR DEMOSTRACIÓN LÓGICA, SON LÍCITOS. PUEDEN SER RELATIVOS O ABSOLUTOS Y, PUESTO QUE SE TRADUCEN EN LA FACULTAD DE OBSERVAR LA CONDUCTA JURÍDICA PRESCRITA EN RAZÓN DE UNA OBLIGACIÓN GENERAL DE RESPETO, CUYA INOBSERVANCIA ES ILÍCITA, NO SE ADMITE ACUERDO EN CONTRARIO \*.

PASEMOS AHORA A DECIR ALGO DE LAS NORMAS COERCITIVAS. EN PRIMER TÉRMINO DEBEMOS DISTINGUIR ENTRE COERCIBILIDAD Y COACCIÓN, PUESTO QUE FRECUENTEMENTE SON CONFUNDIDAS:

LA COERCIBILIDAD ES UNA POSIBILIDAD DE DERECHO, NO DE HECHO, ESTO ES, LA LICITUD DE REPRIMIR LA ANTIJURIDICIDAD (47)

47 AFTALION Y GARCIA, Olano: Introducción al Derecho, p. 214, citado por GARCIA MAYNEZ, Eduardo: Introducción..., p. 22, nota 11.

\* No es que ciertas reglas sean de "ius cogens" porque no permiten acuerdo en contrario; más bien, no se permite acuerdo en contrario a ciertas normas porque éstas poseen el carácter de reglas de "ius cogens". JIMENEZ DE ARECHAGA: El Derecho Internacional Contemporáneo, Tecnos, Madrid, 1980, p. 81. (ver infra sección 1.55).

LO QUE SUPONE LA NECESARIA EXISTENCIA DE UN DEBER JURÍDICO INCUMPLIDO, LA SANCIÓN COMO CONSECUENCIA DE ELLO Y, UN PODER LEGÍTIMO PARA APLICARLA; POR LO TANTO LA COERCIBILIDAD ES UN FENÓMENO JURÍDICO DE CARÁCTER EMINENTEMENTE PSICOLÓGICO, DE TAL IMPORTANCIA QUE SE LE CONSIDERA COMO UN ATRIBUTO DEL DERECHO EN GENERAL.

POR OTRA PARTE, LA COACCIÓN ES EL EMPLEO DE LA FUERZA, QUE UNA ENTIDAD CAPAZ EJERCE, EN UN SUJETO, CON OBJETO DE QUE ÉSTE PROCEDA EN CIERTO SENTIDO. ESTA FUERZA PUEDE SER APLICADA EN RAZÓN DE UNA NORMA JURÍDICA -Y EN TAL SUPUESTO, SERÍA LÍCITA, TENDRÍA A QUE EL SUJETO COACCIONADO CUMPLIERA UNA CONDUCTA JURÍDICAMENTE PRESCRITA - , O BIEN, COMO CONSECUENCIA DE UN INTERÉS ARBITRARIO, LO QUE TENDRÍA UN CARÁCTER ILÍCITO Y ANTIJURÍDICO.

LA COACCIÓN, EN CIERTOS CASOS PUES, ES LA CONCRETIZACIÓN DE LA COERCIBILIDAD; LA ACTUALIZACIÓN DE UNA SANCIÓN.

EN LOS SISTEMAS NACIONALES, EL ESTADO ES EL ÓRGANO MONOPOLIZADOR DE LA FUERZA PÚBLICA QUE, DADAS LAS CIRCUNSTANCIAS DEBIDAS, PUEDE SER COACCIONANTE. POR REGLA GENERAL SE PRESUPONE QUE EL ESTADO ESTÁ LEGITIMADO CUANDO ACTÚA IMPERATIVAMENTE; Y POR LO TANTO, EL EJERCICIO DE ESA FUERZA ES LÍCITO. (48)

48 Los controles constitucionales en cada sistema, tienden precisamente a que el Estado no ejerza coacción antijurídica en los particulares.



ADEMÁS, EN TALES SISTEMAS JURÍDICOS NO FALTAN NORMAS CARENTES DE SANCIÓN, Y POR LO TANTO CARENTES DE COERCIBILIDAD Y EVENTUAL COACCIÓN (49). NO TODA NORMA HA DE SER SANCIONADA PARA TENER CARÁCTER DE JURÍDICA. LA COACCIÓN NO ES EL RAZGO DISTINTIVO ÚNICO DEL ORDEN JURÍDICO.

MUCHOS TRATADÍSTAS NIEGAN QUE EXISTA COERCIBILIDAD Y COACCIÓN RESPECTO DEL D.I., LO CUAL NOS PARECE INEXACTO.

EN EL MODERNO D.I. NO POCAS NORMAS INCLUYEN SANCIONES PARA EL CASO DE INCUMPLIMIENTO, Y TAL VEZ LO VEAMOS MÁS CLARAMENTE EN EL DERECHO DE INTEGRACIÓN Y EN EL DERECHO DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL, PERO AÚN EN OTROS ÁMBITOS, LAS NORMAS DE D. I. SON COERCIBLES PESE A QUE NO ESPECIFIQUEN LA ENTIDAD LEGÍTIMA Y CAPAZ DE EJERCER EL PODER COACCIONANTE, NI LOS MEDIOS EN QUE ESA "AMENAZA", COMO DIRÍA AUSTIN, SE PUEDE ACTUALIZAR.

EN LAS RELACIONES RECÍPROCAS DE LOS ESTADOS PEQUEÑOS, LAS NORMAS INTERNACIONALES RECONOCIDAS SON EN GRAN MEDIDA EFICACES. [RESPECTO DE LAS GRANDES POTENCIAS]... OSTENTAN TAMBIÉN 'CIERTO GRADO DE OBLIGATORIEDAD', QUE

49 Tal es el caso de las llamadas obligaciones naturales, que se caracterizan por no contar con la posibilidad jurídica de ser exigibles, en caso de incumplimiento; sin embargo, es de explorado derecho el considerarlas como una figura jurídica -no moral- precisamente porque nacen y reproducen relaciones bilaterales. v.g. Art. 2767 del Código Civil citado, que se refiere a las deudas de juego no prohibido.

SUELE MANIFESTARSE DE TRES MANERAS: 1) UNA VEZ RECONOCIDA LA NORMA, NO SE VIOLA SIN NECESIDAD EN PERJUICIO DE UN DÉBIL; 2) LAS GRANDES POTENCIAS VIGILAN EN FORMA RECÍPROCA SU COMPORTAMIENTO FRENTE A LOS PAÍSES MENORES; 3) EXISTE POR ÚLTIMO, UN EFECTO FORMAL, NADA DESPRECIABLE, DE LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL 'COMO GERMEN DE FUTURAS REALIDADES', PUES NUNCA SE TIENE EL DESCARO DE ADMITIR QUE UNO SE SIRVE, SIN ESCRÚPULOS, DE LA SUPERIORIDAD QUE OTORGA LA FUERZA (50).

TOCANTE A LA COACCIÓN, PODEMOS VER QUE NO SÓLO EXISTE EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL, SINO QUE SE EXPRESA CON FRECUENCIA, A TRAVÉS DE UNA DE LAS FORMAS MÁS DEVASTADORAS, LA GUERRA.

EL DERECHO DE GENTES, NACIÓ CON LA REGLAMENTACIÓN DE LA GUERRA, ES DECIR, LIGADO AL CONOCIMIENTO, POR PARTE DE LOS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD ESTADAL, DEL CARÁCTER SANCIONADOR [COACCIONANTE] DE LA GUERRA Y, CONSECUENTEMENTE DE LA NECESIDAD DE FIJARLE LÍMITES POR MEDIO DE REGLAS ACEPTADAS DE COMÚN ACUERDO. (51)

EN EFECTO, GRAN PARTE DE LA DOCTRINA CLÁSICA DE D.I., SE DEDICÓ A ESTUDIAR ESTE FENÓMENO Y A DEFINIR LAS CIRCUNSTANCIAS EN QUE LA GUERRA PODRÍA SER CONSIDERADA "JUSTA", TRATARON DE

50 GEIGER, Theodor: op. cit., p. 224, citado en GARCIA MAYNEZ, Eduardo: "Discusión de Algunas Teorías Rescientes sobre la Noción del Orden Jurídico" en Ensayos..., p. 311.

51 BOBBIO, Norberto: Teoría della Norma Gurídica, p. 215, citado ibid.

DARLE EL CARÁCTER DE SANCIÓN Y CON ÉSTO DE LEGITIMARLA (52),  
AÚN CUANDO NUNCA CONSIDERARON EXPRESAMENTE, EL QUE LA GUERRA FUE  
RA UN DERECHO SOBERANO DEL PRÍNCIPE (O DEL ESTADO),

NO FUE SINO HASTA EL SIGLO XX, QUE LA GUERRA FUE PROSCRITA  
COMO MEDIO LÍCITO DE COACCIÓN (53),

ACTUALMENTE, ES DECIR, A PARTIR DE LA CREACIÓN DE LA ONU,  
EL RÉGIMEN DE LA COACCIÓN INTERNACIONAL -POR LO MENOS DE LA L[  
CITA- TRATÓ DE INSTITUCIONALIZARSE A TRAVÉS DEL CONSEJO DE SE

- 52 Bástenos recordar las relecciones De Indis (1539) y de Iure Belli (1539) de Francisco de Vitoria, La Obra de Iustitia Et Iure (1553) de Domingo de Soto, el tratado De Fide, Spe et Charitate (1621) en el que Francisco Suárez dedica nueve capítulos del apartado sobre la caridad, para tratar el asunto de la guerra, la obra De Iure Belli, Libri Tres (1589) de Alberico Gentili, De Iure Belli ac Pacis, Libri Tres (1625) de Hugo Grocio y aún De Dominio Maris (1703) en el que Cornelio Van Bynkershoek, estudia detalladamente el derecho de la guerra marítima. Passim. STADTMULLER Georg: op. cit. Aparte de los tratados de paz, se registran algunos otros documentos que conforman el llamado derecho de la Guerra. v.g. "La declaración de París sobre la protección del comercio neutral en tiempo de Guerra (1853)" o el "Protocolo II de Ginebra sobre protección a las víctimas de los conflictos armados no internacionales (1977)" Vid. SEARA VAZQUEZ, Modesto: Derecho Internacional Público, 10a. ed., Porrúa, México, 1984, p. 391, 392.
- 53 "El Pacto Briand-Kellogg -cuyo nombre completo es "Tratado General para la renuncia de la Guerra"- fue firmado el 27 de agosto de 1928 en París. En el artículo 1°, las partes condenan 'el recurso de la Guerra para la solución de sus controversias internacionales' renuncian a ella como instrumento de la política nacionales mutuas". SØRENSEN, Max : op. cit., p. 682. De lo anterior "se desprende que en todos los casos las medidas colectivas de la comunidad internacional organizada no quedan comprendidas en el concepto de guerra prohibida, porque no constituyen un instrumento de 'política nacional' sino de "política internacional"... el pacto Brian-Kellogg tuvo una continuación en el pacto sudamericano de no agresión y mediación, de 10 de octubre de 1933 (Pacto Saavedra Lamas) por el que las partes renuncian a la 'guerra de agresión' (Art. 1°) y declaran que no reconocerán cambio territorial impuesto por la fuerza (Art. 2°)". VERDROSS, Alfred : Derecho Internacional..., pp. 413 y 414.

GURIDAD (54) Y ADEMÁS PERMITIÉNDOSE, ÚN TANTO CONTRADICTORIAMENTE, LAS ALIANZAS TENDIENTES A MANTENER LA 'SEGURIDAD COLECTIVA', LO QUE SE HA CONCRETADO EN LA OTAN, EL PACTO DE VARSOVIA, EL TIAR, ETC.

PESE A QUE EL USO DE LA FUERZA ES ILÍCITO Y QUE EN SU LUGAR SE ACEPTAN OTROS MEDIOS DE COACCIÓN (55), ES EVIDENTE QUE EXISTEN, POR UNA PARTE, PAÍSES QUE RECURREN AL USO DE LA FUERZA MILITAR -A MENUDO ARGUMENTANDO LEGÍTIMA DEFENSA O SEGURIDAD COLECTIVA- Y POR LA OTRA, ESTADOS QUE ESTÁN IMPEDIDOS PARA EJERCER CUALQUIER PRESIÓN MATERIAL -EN RAZÓN, GENERALMENTE, DE LA FALTA DE RECURSOS ECONÓMICOS-. HAY SIN EMBARGO, OTROS MEDIOS DE COACCIÓN; LOS PSICOLÓGICOS, QUE SI BIEN PUEDEN ESTAR BASADOS EN LA 'AMENAZA' DEL USO DE LA FUERZA MILITAR, Y POR LO TANTO SERÍAN ILÍCITOS COMO VIMOS, PUEDEN SER TAMBIÉN DE ACCIÓN MÁS SUTIL. NOS REFERIMOS A LA OPINIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL.

EN GENERAL, SE CONSIDERA QUE LA OPINIÓN PÚBLICA ES UN FENÓMENO SOCIAL MODERNO, NACIDO DE LA CIVILIZACIÓN Y DE LA CULTURA CONTEMPORÁNEA Y QUE CONSISTE, REALMENTE:

54 Cfr. Artículos 7º, 23 al 51 y demás relativos de la Carta de la ONU.

55 La doctrina reconoce, dentro de la autotutela: la retorción, las represalias pacíficas, la legítima defensa y la autoprotección; y dentro de las que pueden ser aplicadas por el Consejo de Seguridad: el bloqueo en sus diferentes grados, la ruptura de relaciones diplomáticas y aún el uso de cuerpos armados, aéreos, navales o terrestres (Arts. 41 y 42 de la Carta). VERDROSS, Alfred: Derecho Internacional..., pp. 400 y 640.

... EN OPINIONES INDIVIDUALES, PERO QUE PROCURAN REPRESENTAR INTERESES É INTERPRETAR SENTIMIENTOS COLECTIVOS (56).

ESTOS PARECERES INDIVIDUALES DEBEN DEMOSTRAR CIERTA ESTABILIDAD Y SI BIEN ES LÓGICO PENSAR QUE EVOLUCIONAN, ES SIN EMBARGO NECESARIO QUE NO CAMBIEN A UN RITMO TAN VELOZ QUE NO PERMITA IDENTIFICARLOS CON SEGURIDAD (57).

EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL LA OPINIÓN PÚBLICA SE MANIFIESTA, SEA QUE SE FORME EN EL SENO DEL ESTADO Y QUE CONCIERNA A LAS RELACIONES DE ÉSTE CON EL EXTRANJERO; O QUE SE MANTENGA MÁS O MENOS INDEPENDIENTE DE TODO ESTADO PARTICULAR (58), Y QUE SE FORME EN CÍRCULOS NO GUBERNAMENTALES. LOS GRUPOS COMO LOS NO ALINEADOS, EL RECIENTEMENTE CREADO GRUPO DE LOS SEIS, EL GRUPO DE LOS 77, ETC., FUNCIONAN SOBRE LA BASE DE LA OPINIÓN PÚBLICA 'DE ESTADO' QUE COINCIDE EN CIERTOS INTERESES; OTROS ENTES, COMO LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES, TRABAJABAN CON BASE EN LA OPINIÓN PÚBLICA ESTATAL (LLAMÉMOsla 'UNILATERAL') Y, LA TRANSFORMAN EN

56 SANCHEZ VIAMONTE, Carlos: "Orden Público en la Evolución Contemporánea - del Derecho", Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XXI, Omeba, Buenos Aires 1964, p. 63.

57 Cfr., CREGO, Ignacio: "Opinión Pública", *ibid.*, p. 28.

58 SCHINDLER, Dietrich: "Contribution al'etude des Facteurs Sociologiques - et Psychologiques du Droit International", RC, Tomo 46, Leyden, 1933, -- p. 294.

OPINIÓN PÚBLICA 'MULTILATERAL', DE AHÍ LA IMPORTANCIA DE SUS RE SOLUCIONES.

HEMOS APUNTADO QUE SE TRATA DE UN FENÓMENO PSICOLÓGICO, Y POR LO MISMO, DE DIFÍCIL DETERMINACIÓN, SIN EMBARGO:

UNA OPINIÓN PÚBLICA SE FORMA, SI CIERTAS CONCEPCIONES SON COMÚNES A LA GRAN MASA DE HOMBRES; PERO SI EL CO NOCIMIENTO DEL INDIVIDUO ESTÁ YA NECESARIAMENTE LIMITA DO, LA CANTIDAD DEL CONOCIMIENTO QUE PUEDEN TENER EN COMÚN LA GRAN MASA DE HOMBRES ES TODAVÍA MUCHO MÁS LI MITADA (59).

LA FALTA DE CONEXIÓN DIRECTA ENTRE EL INDIVIDUO Y EL ENTOR NO INTERNACIONAL, ASÍ COMO EL RESTRINGIDO NÚMERO DE MENSAJES O EMOCIONES QUE PUEDEN SER COMPARTIDOS POR UNA GRAN COLECTIVIDAD, CARACTERIZAN A LA OPINIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL. PESE A TALES DESVENTAJOSAS CIRCUNSTANCIAS, Y SEA CUAL FUERE SU ORIGEN E IN TENCIÓN:

ACTUALMENTE LA OPINIÓN PÚBLICA EN MATERIA INTERNACIONAL ES MÁS IMPORTANTE QUE NUNCA. NO HAY PERSONA QUE REBATA EL QUE LA OPINIÓN PÚBLICA NO SÓLO TIENE EFECTOS BENÉFI COS, TAMBIÉN LOS TIENE MALOS, SOBRE LAS RELACIONES INTER NACIONALES (60).

59 Ibid. p. 300

60 Ibid. p. 299. Y con esto se concretiza una idea añeja: "Debido a que la obligación de un solo poder no parecía (ni parece) posible ni deseable, los teóricos del siglo XIX del derecho internacional comenzaron a buscar equivalentes funcionales. Los descubrieron en la idea de la fuerza de la opinión pública". NARDIN, Terry: La Ley y la Morai en las Relaciones entre los Estados, (sin nota de traducción), EDAMEX, México, 1985, p. 77

VOLVAMOS A NUESTRO TEMA Y CONCLUYAMOS; SI LA EXISTENCIA DE UNA NORMA JURÍDICA NO ESTÁ INEXORABLEMENTE LIGADA A SU OBSERVANCIA, Y SI POR OTRA PARTE, TAL NORMA ES COTIDIANA Y REGULARMENTE OBSERVADA SIN NECESIDAD DE UN CONSTANTE ESTADO DE COACCIÓN, POR PARTE DEL ÓRGANO COMPETENTE, ENTONCES:

LA COACCIÓN NO RESIDE EN LA REGLA JURÍDICA MISMA, YA QUE ÉSTA NO ES, COMO LA REGLA ÉTICA, UN SUCESO PSICOLÓGICO, SI NO QUE PERTENECE A LA ESFERA IDEAL DEL DEBER SER (61).

DE LO DICHO, SE DESPRENDE QUE, PUDIENDO SER LA COACCIÓN, MATERIAL O PSICOLÓGICA, ESTA ÚLTIMA SE DIFERENCIA DE LA COERCIBILIDAD EN QUE ÉSTA ES UN FENÓMENO JURÍDICO LÍCITO Y AQUÉLLA, UN FENÓMENO DE HECHO QUE PUEDE O NO SER LÍCITO.

SABEMOS QUE LA VOLUNTAD DE LOS SUJETOS DE DERECHO ES ESPECIALMENTE RELEVANTE EN D.I., DE ELLA DEPENDE EN GRAN MEDIDA EL QUE UN ORDEN SOCIAL SE MANTENGA, SE TRANSFORME O DESAPAREZCA. EMPERO, YA NO ES HOY, COMO LO FUE ANTAÑO, UN FACTOR QUE UNOS POCOS ESTADOS UTILIZARON PARA CREAR UN DERECHO "A LA MEDIDA"; CON LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL D.I. SE HA IDO DETERMINANDO EL ALCANCE DE LAS VOLUNTADES INDIVIDUALES (ESTATALES). COMO HEMOS VISTO, ESAS VOLUNTADES NO PUEDEN TRANSFORMAR UNILATERAL Y ARBI-

61 EBESTEIN, William: Teoría Pura del Derecho (sin nota de traducción), FCE., México-Buenos Aires, 1947, p. 92.

TRARIAMENTE LAS CONDICIONES MÍNIMAS DE CONVIVENCIA, ASÍ COMO TAMPOCO, PUEDEN PACTAR LÍCITAMENTE EN CONTRA DE UNA NORMA IMPE-RATIVA, DE AHÍ QUE TALES NORMAS SE IDENTIFIQUEN COMO DE ORDEN PÚBLICO.

§.8 AMPLIANDO UNA NOTA ANTERIOR, PODEMOS CONCEPTUAR EL ORDEN PÚBLICO COMO EL

CONJUNTO DE CONDICIONES FUNDAMENTALES DE VIDA SOCIAL INSTITUIDOS EN UNA COMUNIDAD JURÍDICA, LAS CUALES, POR AFECTAR CENTRALMENTE LA ORGANIZACIÓN DE ÉSTA, NO PUE- DEN SER ALTERADAS POR VOLUNTAD DE LOS INDIVIDUOS (62).

EXISTEN VARIAS FORMAS EN QUE SE EXPRESA EL ORDEN PÚBLICO, SEA A TRAVÉS DE ÓRGANOS REPRESENTATIVOS DE LA VOLUNTAD FORMAL DE LOS SUJETOS, I.E. ASAMBLEAS LEGISLATIVAS, ORGANOS JUDICIALES Y AÚN ADMINISTRATIVAS; O BIEN DE UN MODO CONSUE-TUDINARIO. EL OR- DEN PÚBLICO ES, DE ALGUNA MANERA LA IDEOSINCRASIA JURÍDICA DE LA POBLACIÓN REGIDA POR UN DERECHO EN PARTICULAR (63); ES DE EX- PLORADO DERECHO EL CONSIDERAR QUE ÉSTE NO SE REFIERE ÚNICAMEN- TE AL DERECHO PÚBLICO, YA QUE EXISTEN INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO REGULADAS POR NORMAS QUE, O SON DECLARADAS EXPRESAMENTE O POR LO MENOS SE LES CONSIDERA DE ORDEN PÚBLICO.

62 SMITH, Juan Carlos: "El Orden Público". Enciclopedia Jurídica OMEBA. - Tomo XXI, Omeba, Buenos Aires, 1964, p. 56.

63 Cfr., TAMAYO Y SALMORAN, Rolando: "Orden Público", Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo VI, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie E, Va- rios, Núm. 28, UNAM, México, 1984, p. 517.



AÚN, PODRÍAMOS PERCIBIR UNA TENDENCIA EN EL SENTIDO DE HACER PÚBLICOS ALGUNOS CAMPOS TRADICIONALMENTE CONSIDERADOS PRIVADOS, DENTRO DEL DERECHO INTERNO.

NO PODEMOS DEJAR DE TRANSCRIBIR LA OPINIÓN, YA CLÁSICA, DE FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY RESPECTO DE ESTA INSTITUCIÓN:

UNAS [NORMAS JURÍDICAS] MANDAN DE MANERA NECESARIA E INEVITABLE, SIN DEJAR LUGAR A LA VOLUNTAD INDIVIDUAL. A TALES NORMAS LAS LLAMÓ "ABSOLUTAS E IMPERATIVAS". SU CARÁCTER NECESARIO PUEDE DERIVARSE DE LA ESTRUCTURA DEL DERECHO, DE LOS INTERESES POLÍTICOS O, EN ÚLTIMA INSTANCIA, DE LA MORAL. OTRAS [NORMAS JURÍDICAS], POR EL CONTRARIO, DEJAN CAMPO LIBRE A LA VOLUNTAD INDIVIDUAL... A DICHAS NORMAS... LAS LLAMÓ "DERECHO SUPLETORIO". (64)

ES INTERESANTE HACER NOTAR QUE PARA SAVIGNY LA IMPERATIVIDAD PUEDE DEVENIR, COMO LO HEMOS VISTO NOSOTROS, DE LA ESTRUCTURA MISMA DEL DERECHO, ES PUES, PARTE DE SU NATURALEZA. ASIMISMO, TAMPOCO DESPRECIA A LA MORAL COMO CAUSA EFICIENTE DEL CARÁCTER NECESARIO DE LAS NORMAS DE IUS COGENS (65)

64 System des Heutigen Römischen Recht. (trad. del alemán por Jacinto M. Sisa y Manuel Poleg). Citado ibid., lo que parece más interesante es el hecho de que Savigny hace depender esa diferencia de los propios textos romanos.

65 Cfr., ut supra. Nota 19.

LA DOCTRINA CONTEMPORÁNEA, SIGUIENDO A LA TRADICIÓN ROMANÍSTICA, SEÑALA QUE EL ORDEN PÚBLICO ES EL DOMINIO DE LAS LEYES IMPERATIVAS, POR OPOSICIÓN A LAS LEYES DISPOSITIVAS O SUPLETORIAS (66).

AHORA BIEN, EL D.I. NO ES AJENO A ESTA CONCEPCIÓN DE HECHO HAY DOCTRINA ABUNDANTE AL RESPECTO, PERO SIEMPRE RELACIONÁNDOLA CON EL D.I. PRIVADO (67).

SABEMOS YA QUE LAS INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO PUEDEN SER REGULADAS POR EL ORDEN PÚBLICO, AUNQUE NO NECESARIAMENTE, Y PUESTO QUE LA PRÁCTICA PARTICULAR DE LOS ESTADOS RESPECTO DE LOS CONFLICTOS DE LEYES SE HA CONCRETADO EN UN DERECHO MÁS DEFINIDO, MÁS "LEGAL" AL ESTILO DE LOS DERECHOS INTERNOS, A CASO

- 66 TAMAYO Y SALMORAN, Rolando: op. cit. p. 318, de dicha opinión se hace responsable a Jeann Carbonier, en su obra *Droit Civil*, Tomo I, Introducción. Les personnes.
- 67 Desde este punto de vista, tenemos la siguiente noción: Concepto jurídico en virtud del cual se tiene que descartar la ley extranjera designada como aplicable por una regla de conflicto nacional; por tener dicha ley extranjera, un contenido injusto o demasiado contrario a los principios fundamentales del sistema jurídico nacional del foro... [dicho concepto] debe ser considerado como una excepción a la aplicación del derecho extranjero. BELAIRE M. Claude: *Orden Público Internacional, Diccionario Jurídico...*, p. 318, o bien: El Orden público internacional es una noción o concepto jurídico que tiene como función impedir la aplicación del derecho extranjero normalmente aplicable a específicas situaciones, para proteger el orden jurídico nacional de ciertas disposiciones extranjeras reprobadas por las concepciones fundamentales del propio orden. PEREZ NIETO CASTRO, Leonel: *Terminología Usual en las Relaciones Internacionales, No. IV, Derecho Internacional Privado, Colección del Archivo Histórico Diplomático Mexicano, Tercera Época, Serie Divulgación 17*, SRE., México, 1981, p. 38.

POR LA PREEXISTENCIA DE MUCHOS DE SUS PRINCIPIOS EN LOS ÓRDENES POSITIVOS NACIONALES, ES COMPENSIBLE QUE ESA INSTITUCIÓN SE HA YA DESARROLLADO PRIMERAMENTE EN EL D.I. PRIVADO. SIN EMBARGO, NOS PARECE UN TANTO INEXACTO EL TRATAMIENTO QUE DE DICHA INSTITUCIÓN SE SIGUE HACIENDO, TODA VEZ QUE NO SE REFIERE NI SIQUIERA A LAS INSTITUCIONES PRIVADAS COMUNES A LA MAYORÍA DE ESTADOS. NO, SE TRATA EN REALIDAD DE LA PROTECCIÓN A LA INTEGRIDAD DE LOS DIFERENTES ÓRDENES PÚBLICOS NACIONALES, CON LO QUE, EN NUESTRA OPINIÓN, PIERDE MUCHO DE INTERNACIONAL DICHO ORDEN. TAL Y COMO SE MANEJA ACTUALMENTE, APARECE COMO UNA MANIFESTACIÓN MÁS DEL ORDEN PÚBLICO 'LOCAL'.

POR LO EXPUESTO Y ATENTOS A LA DOCTRINA GENERALMENTE ACEPTADA PARA EL DERECHO INTERNO, CONSIDERAMOS QUE EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL DEBE AMPLIARSE, O MEJOR, REPLANTEARSE A FIN DE CONSIDERAR PRIMORDIALMENTE, AQUELLAS INSTITUCIONES DE D.I. PÚBLICO, SIN LAS CUALES LA VIDA DE LOS SUJETOS DE TAL DERECHO SERÍA IMPOSIBLE.

DE HECHO, YA FORMAN PARTE DE ÉL, AÚN CUANDO POCO O NADA SE HAYA ESCRITO AL RESPECTO. COMO SABEMOS CUALQUIER ORDEN PÚBLICO, INCLUIDO EL INTERNACIONAL, Y DESDE LA PERSPECTIVA QUE SE PROPONE:

SE FUNDAMENTA EN PRINCIPIOS Y AXIOMAS DE ORGANIZACIÓN SOCIAL QUE TODOS RECONOCEN Y ADMITEN, AÚN CUANDO A VE

**CES NO LOS ESTABLEZCAN EXPRESAMENTE (68).**

DE AQUÍ SE SIGUE QUE ALGUNAS NORMAS DE D.I. PÚBLICO, ATENDIENDO A SU NATURALEZA COSMOPÓLITA, VERDADERAMENTE FORMAN UN ÓRDEN PÚBLICO INTERNACIONAL, Y QUE POR LO MISMO SON IMPERATIVAS, PUESTO QUE TAL, MAL PODRÍA INTEGRARSE ÚNICAMENTE DE NORMAS SUPLETORIAS. ESTÁ CLARO QUE DENTRO DE ESTE CONCEPTO, SE INCLUYEN LAS INSTITUCIONES FUNDAMENTALES DEL D.I. PRIVADO, AL IGUAL QUE OCURRE EN LOS SISTEMAS INTERNOS.

ADemás, DENTRO DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL PUEDEN EXISTIR NO SÓLO NORMAS CONVENCIONALES, TAMBIÉN CONSUECUDINARIAS, JUDICIALES, ETC., PUESTO QUE, COMO YA APUNTAMOS, DICHA POSIBILIDAD NO ESTÁ REÑIDA CON LA NATURALEZA DE LA INSTITUCIÓN.

ES ALTAMENTE SIGNIFICATIVO EL QUE ALFONSIN SEÑALE QUE LOS PRINCIPIOS CONSTITUYENTES DE TAL ORDEN, SON ADMITIDOS Y RECONOCIDOS POR "TODOS", LO CUAL NOS HACE RECORDAR LA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO EN ANÁLISIS, Y A LA VEZ PERCATARNOS DE QUE HASTA EN ESOS DETALLES, LAS NORMAS DE D.I. GENERAL COINCIDEN MÁS QUE AMPLIAMENTE CON LA CONCEPCIÓN DOCTRINAL Y PRÁCTICA QUE SE TIENE DEL ORDEN PÚBLICO.

PESE A QUE DE ESTE PRINCIPIO "NO ACEPTACIÓN DE ACUERDO EN CONTRARIO" DEVIENE, COMO YA APUNTAMOS, LA PARTICULARIDAD ESEN-

68 ALFORSIN, Quintín: El Orden Público, p. 56, citado en SMITH, Juan Carlos: op. cit., p. 56.

## CIAL DE LA FIGURA:

[EL IUS COGENS] ES MUCHO MÁS QUE UN CONJUNTO DE MERAS NORMAS OBLIGATORIAS O DE NORMAS QUE NO PUEDEN SER DEROGADAS POR ACUERDOS PARTICULARES. POR ELLO, AFIRMAR QUE TODAS LAS NORMAS QUE NO ADMITEN PACTO EN CONTRARIO REVISTEN CARÁCTER DE IUS COGENS ES UNA CONCLUSIÓN FALAZ, DESDE QUE LA INDEROGABILIDAD ES SÓLO LA EXTERIORIZACIÓN FORMAL DE UNO DE SUS CARACTERES (69)

HAY QUE ATENDER, COMO YA APUNTAMOS :

A SU TÍPICA FORMACIÓN Y EN ESPECIAL A LA NATURALEZA DE SU CONTENIDO (70)

§.9 CONTINUANDO CON LA EXPOSICIÓN, TOCAREMOS AHORA EL PUNTO REFERENTE A LA SANCIÓN QUE EL PROPIO ARTÍCULO 53 PREVÉ, AL ESTABLECER QUE:

ES NULO TODO TRATADO QUE, EN EL MOMENTO DE SU CELEBRACIÓN, ESTÉ EN OPOSICIÓN DE UNA NORMA IMPERATIVA DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL.

EL ANÁLISIS DE LA FORMA EN QUE SE DECLARA LA NULIDAD, CONFORME A LA PROPIA CONVENCION SE HARÁ, EN EL MOMENTO DE TOCAR LOS ARTÍCULOS RELATIVOS. POR AHORA ES NECESARIO TENER UN CONCEPTO

59 PUCEIRO RIPOL, Roberto: "Desarrollos Actuales del Ius Cogens: El Fantasma Rompe su Hechizo, Revista Uruguaya de Derecho Internacional, Núm.3, Montevideo, 1979. p.61.

70 Ibid.

GENERAL DE SANCIÓN Y APLICARLO AL CASO QUE ANALIZAMOS.

EN UN SENTIDO GENERAL, TODA CONDUCTA JURÍDICAMENTE REGULADA ESTÁ SANCIONADA, SEA A TRAVÉS DE UNA PENA O DE UN BENEFICIO (71), SIN EMBARGO, DE UNA MANERA MÁS RESTRINGIDA, POR SANCIÓN ENTENDEMOS:

LA CONSECUENCIA JURÍDICA QUE EL INCUMPLIMIENTO DE UN DEBER PRODUCE EN RELACIÓN CON EL OBLIGADO (72).

TODA SANCIÓN ESTÁ SUJETA AL INCUMPLIMIENTO DE LA NORMA QUE SANCIONA, DE AHÍ QUE LAS NORMAS SANCIONADORAS SE CONSIDEREN SECUNDARIAS, Y LA ACTUALIZACIÓN DE LA SANCIÓN -QUE PUEDE SER ANTE DIANTE COACCIÓN, PERO NO NECESARIAMENTE- COMO CONSECUENCIA DE TERCER GRADO. EN GRAN MEDIDA LA EFICACIA DEL SISTEMA JURÍDICO, DEPENDE DE LA CLASE DE SANCIÓN QUE PREVEA, SI ACEPTAMOS QUE EL DERECHO SANCIONA (LATO SENSU) TODA CONDUCTA JURÍDICA, ES FÁCIL DESPRENDER QUE LA SANCIÓN GARANTIZA SU OBSERVANCIA (73), EN EL MISMO GRADO EN QUE ES EFICAZ.

71 PRECIADO HERNANDEZ, Rafael: Lecciones de Filosofía del Derecho, Textos Universitarios, UNAM, México, 1982, p. 80, recuerda la tendencia doctrinal que sostiene la sanción premial.

72 GARCIA MAYNEZ, Eduardo: Introducción ..., p. 286, por supuesto, esta no es la única consecuencia, existen otras como: el deber del órgano competente de aplicar el derecho apropiado, la legítima defensa, etc.

73 Existen varias clases de sanción (stricto sensu), en sus formas simples tenemos:

A) El cumplimiento.- esta forma implica el nacimiento de una nueva obligación, idéntica en contenido a la inobservancia, pero de fuente distinta

FRECUENTEMENTE SE CONFUNDE SANCIÓN Y COACCIÓN, PORQUE LA FORMA MÁS EVIDENTE Y GENERAL DE SANCIÓN, ESPECIALMENTE EN EL DE RECHO PÚBLICO ES EL CASTIGO, EL CUAL IMPLICA UN ACTO COACTIVO PARA SU APLICACIÓN, ES DECIR, PARA LA ACTUALIZACIÓN DE LA SANCIÓN, EL CASTIGO ADQUIERE DIVERSAS FORMAS, COMO: LA PENA, LA RESCISIÓN, LA NULIDAD, ETC.

HEMOS DICHO YA, QUE LA COACCIÓN EXISTE, EN SUS DIVERSAS FORMAS, EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL (VER SUPRA SECCIÓN 1.7). AÚN LA COACCIÓN LÍCITA EN D.I. NO DEBE ENTENDERSE NECESARIAMENTE COMO CONSECUENCIA DE LA APLICACIÓN DE UNA SANCIÓN, YA QUE ÉSTA DEBE REUNIR CIERTAS CARACTERÍSTICAS QUE SE TRADUCEN EN GARANTÍAS QUE OTORGA EL SISTEMA JURÍDICO AL SUJETO SANCIONADO, A SABER:

- 1.- GARANTÍA DE CERTEZA, 2.- GARANTÍA DE PROPORCIONALIDAD, Y
- 3.- GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD EN LA APLICACIÓN; LO CUAL SE LOGRA, EN LA MAYORÍA DE LOS DERECHOS NACIONALES, A TRAVÉS DE LA INSTITUCIONALIZACIÓN Y CENTRALIZACIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN. EN ESTE CONTEXTO BOBBIO APUNTA:

---

(judicial, tal vez). Si no se cumple esta nueva obligación nace el deber de coacción para el órgano jurisdiccional.

B) La indemnización.- Cuando no es posible lo anterior, existe la posibilidad de exigir al infractor, realice una prestación equivalente, lo cual implica un necesario cálculo económico.

C) El castigo.- Cuando la transgresión es de tal manera grave que las anteriores formas de sanción no compensen la amenaza que representa al orden jurídico, su violación; nace el castigo como forma más radical de sanción.

Frente a éstas, se registran las especies mixtas de sanción, que son combinaciones de las mencionadas. Cfr., Ibid., p. 290 a 292

SI LLAMAMOS TUTELA AL COMPLICADO PROCESO DE LA SANCIÓN ORGANIZADA, PODREMOS DISTINGUIR UN PROCESO DE AUTOTUTELA QUE TIENE LUGAR CUANDO EL TITULAR DEL DERECHO A LA IMPOSICIÓN DE LA SANCIÓN ES EL MISMO DEL DERECHO VIOLADO, Y UN PROCESO DE HETEROTUTELA, QUE TIENE LUGAR CUANDO LOS TITULARES DE ESOS DERECHOS SON PERSONAS DIFERENTES (74) .

EN D.I., LA AUTOTUTELA TIENE LARGA HISTORIA Y SE LE SEÑALA COMO UNO DE LOS PRINCIPALES OBSTÁCULOS PARA CONSIDERAR A ESTE ORDEN JURÍDICO COMO UN SISTEMA DESARROLLADO. DE LO TRANSCRITO DEDUCIMOS QUE LOS ACTOS EFECTUADOS COMO AUTOTUTELA, CARECEN DE INSTITUCIONALIDAD POR SER UNILATERALES, LO QUE DIFÍCILMENTE PODRÍA OTORGARLES LA CATEGORÍA DE SANCIÓN, EN NUESTRA OPINIÓN (75).

ENTONCES ¿EXISTEN O NO LAS SANCIONES DE D.I.? , NOSOTROS CREEMOS QUE SÍ. TAMBIÉN SOSTENEMOS QUE LA HETEROTUTELA ES POSIBLE, AUN CONSIDERANDO EL ACTUAL ESTADO DE DESCENTRALIZACIÓN DEL D.I. (76) EL CUAL TIENDE A DESAPARECER ANTE EL FENÓMENO DE LA

74 BOBBIO, Norberto: *Teoría della Norma Giuridica*, p. 200, citado en GARCIA MAYNEZ, Eduardo: *Filosofía ...*, p. 89.

75 No dudamos que la legítima defensa, la retorción, aun las represalias, sean expresiones del ejercicio de un derecho legítimo, pero no sanciones técnicamente hablando.

76 Este es, ciertamente un punto devatido. "El Derecho Internacional se caracteriza por la descentralización en sentido estático, es decir, por el hecho de que las normas locales son de mayor volumen que las centralizadas, esto es, las reglas de Derecho Internacional particular son más numerosas que las de Derecho Internacional General... [y por] la descentralización en sentido dinámico, es decir: A) la creación del Derecho está descentralizada, ya que la costumbre y los tratados son la fuente del Derecho Internacional; b) la aplicación de la ley está descentralizada, es decir, no hay tribunales y los supuestos o hechos condicionantes, especialmente el delito, son establecidos y configurados por las partes mismas; c) la ejecución de la sanción está descentralizada pues rige el



INTEGRACIÓN QUE SE CONCRETIZA EN DIVERSOS ÓRGANOS, YA REGIONALES, YA UNIVERSALES. LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN INTERNACIONAL PUEDE INSTITUCIONALIZARSE SIN NECESIDAD DE ESTAR ABSOLUTAMENTE CENTRALIZADA (77), TAL ACONTECE CON: LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, EL TRIBUNAL PERMANENTE DE ARBITRAJE O LAS CORTES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS; DICHS OS ÓRGANOS, CADA VEZ MÁS FRECUENTEMENTE DEMUESTRAN QUE ES POSIBLE JURÍDICAMENTE, ORGANIZAR LA HETEROTUTELA EN EL MEDIO INTERNACIONAL. ES EVIDENTE QUE LA TRANSGRESIÓN DE UN DEBER JURÍDICO TIENE DIFERENTE NATURALEZA DEPENDIENDO DE QUE LA REALICE UN INDIVIDUO O UN ESTADO, EN ESTE ÚLTIMO CASO: LA VIOLACIÓN ES PÚBLICA, EXISTE UNA VOLUNTAD POLÍTICA EVIDENTE O SOSLAYADA, ETC., ES POR ELLO QUE SU MANEJO ES DELICADO.

---

principio de la autoayuda (o justicia por propia mano)" esto se dijo en 1941 por KELSEN, Hans: Derecho y Paz en las Relaciones Internacionales, (trad. del inglés por Federico Acosta) Nacional, México, 1980,

p. 151. A tal grado se considera importante esta característica que, "... una fuente de dudas [respecto de la obligatoriedad del D.I.] es simplemente que el sistema no tiene sanciones centralmente organizadas".

HART, H.L.A.: op. cit., p. 268. No obstante lo anterior "Kant no considera como deseable el establecimiento de un poder superior que elabore y haga cumplir un conjunto de leyes que comprometa a los soberanos [es decir un poder central] la creación de tal poder constituiría un remedio peor que la enfermedad que intenta curar (Political Writings, p. 113)

Rousseau teme que podría 'hacer más daño en un instante que lo que podría conservar durante años' (Oeuvres complètes)" NARDIN, Terry: op. cit., p. 74. Los agregados son nuestros.

77 Aún se afirma que "las leyes hebreas e islámicas no conocen de ningún poder central" NARDIN, Terry, ibid, p. 121. Nos atenemos a la opinión del autor, por desconocer dichos sistemas, con el afán de registrar esta particularidad en el derecho interno.

NO TODA SANCIÓN, AUN SIENDO CASTIGO, ENTRAÑA AL MOMENTO DE SU ACTUALIZACIÓN UN ACTO COACTIVO, EXISTEN CASOS COMO EL DE LA RESCISIÓN O EL DE LA NULIDAD, CUYA NATURALEZA EMINENTE ES DECLARATIVA (78), AHORA BIEN, LAS NORMAS QUE SON SANCIONADAS CON NULIDAD PARA EL CASO DE SU INCUMPLIMIENTO, SON CONOCIDAS COMO "LEGES PERFECTAE" (79) YA QUE AL IMPEDIR QUE EL INFRACTOR LOGRE EL FIN QUE SE PROPUSO AL VIOLARLAS, ASEGURAN LA OBSERVANCIA CABAL DE AQUELLAS, AL MENOS DESDE EL PUNTO DE VISTA TÉCNICO. ESTE EFECTO ES ESPECIALMENTE IMPORTANTE CUANDO SE TUTELAN OBLIGACIONES GENERALES DE RESPETO (VID, SUPRA SECCIÓN 10) CUYO QUEBRANTAMIENTO, ADEMÁS DE SER ILÍCITO, DEBILITA EL ORDEN PÚBLICO.

EN EL ÁMBITO ESTRICTO DEL D.I. CONVENCIONAL:

... SE PODRÍA DECIR QUE TAL PARECE COMO SI LAS "NORMAS IMPERATIVAS" SE DISTINGUIRÍAN DE LAS NORMAS OBLIGATORIAS POR EL HECHO DE QUE SU COMPORTAMIENTO SE EXIGIRÍA CON UN GRADO MAYOR DE IMPERATIVIDAD. ASÍ, MIENTRAS QUE LA VIOLACIÓN DE UNA REGLA OBLIGATORIA (DISPOSITIVA) GENERA LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO A QUIEN LE ES IMPUTABLE, LA VIOLACIÓN DE UNA "NORMA IMPERATI-

78 Cfr. PRECIADO HERNANDEZ, Rafael: Op. cit., p. 123. Se afirma que Austin fue el primero en considerar a la nulidad como sanción, pero no desarrolló la idea. Cfr. HART, H.L.A.: op. cit., p. 302.

79 Inspirándose en las doctrinas romanas, el jurista ruso N.M. KARKOUNOV divide los preceptos de derecho en cuatro grupos, desde el punto de vista de sus sanciones: 1.- Leges perfectae, 2.- Leges plus quam perfectae, 3.- Leges minus quam perfectae y 4.- Leges imperfectae GARCIA MAYNEZ, Eduardo: Introducción al Estudio..., p. 85.

VA" (IUS COGENS) CONDUCE A LA NULIDAD ABSOLUTA DEL ACTO REALIZADO (80),

§.10 RECORDEMOS LOS PRINCIPALES ASPECTOS TÉCNICOS SOBRE LA TEORÍA DE LA NULIDAD. ESTE TEMA HA SIDO ESTUDIADO ESPECIAL Y EXTENSAMENTE POR LA DOCTRINA CIVILISTA DESDE LOS TIEMPOS ROMANOS, A ELLA NOS ABOCAREMOS. COINCIDEN LOS AUTORES EN CONSIDERAR QUE LA "PRIVACIÓN DE EFECTOS", ES EL RAZGO DISTINTIVO DE LA INSTITUCIÓN; ASÍ, UN ACTO JURÍDICO REALIZADO MATERIALMENTE, PIERDE EFECTIVIDAD POR VIRTUD DE LA NULIDAD (81), COMO ES SABIDO SE DISTINGUEN DOS CLASES DENTRO DE ESTA FIGURA, A SABER: LA ANULABILIDAD O NULIDAD RELATIVA, Y LA NULIDAD DE PLENO DERECHO O ABSOLUTA. TRATAREMOS ESTA ÚLTIMA, POR SER LA ESPECIE CONSIDERADA COMO "VERDADERA" (82) Y SANCIONAR, TANTO A LAS PROHIBICIONES JURÍDICAS, COMO A LAS NORMAS IMPERATIVAS.

- 80 MENDEZ SILVA, Ricardo y GOMEZ ROBLEDO VERDUZCO, Alonso: Derecho Internacional Público, Colección: Introducción al Derecho Mexicano, No. 7, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie A. Fuentes b) Textos. Estudios Legislativos, núm. 37, CNAM, México, 1981, p. 73. "Según el D.I. común, un sujeto de D.I. que infringe una norma jurídica internacional, común o particular, es responsable con respecto al sujeto perjudicado... Su negación [la del principio de responsabilidad] implicaría la destrucción del D.I. puesto que al no admitir la responsabilidad consiguiente a un entuerto suprimiría el deber de los Estados de comportarse según el D.I. VERDROSS, Alfred: Derecho Internacional..., p. 535. Si esto se afirma de la responsabilidad, con mayor razón de la nulidad. Regularmente la responsabilidad conduce a una reparación del daño, ya material, ya moral; lo que confirma que la sanción-indemnización se da también en D.I., aunque no necesariamente como prestación económica equivalente al daño.
- 81 Cfr. PLANIOL, Marcel: Tratado Elemental de Derecho Civil (trad. de la 12ª edición francesa por José M. Cajica Jr.), José M. Cajica, Puebla, 1946, pp.174 y 175. Aun cuando la opinión de este tratadista no es del todo definitiva, consideramos que es clásica y orienta, en general, la doctrina producida en este punto.
- 82 *ibid.*, p. 180.

LA NULIDAD DE PLENO DERECHO ES OBRA DIRECTA DEL LEGISLADOR, QUIEN NULIFICA LO QUE SE HAYA REALIZADO. POR TANTO, HABLANDO PROPIAMENTE, NO ES NECESARIA UNA ACCIÓN DE NULIDAD (83)

Y ESTO ES ASÍ, PORQUE LA NULIDAD SE DECLARA, NO SE DECRETA; LA PRIVACIÓN DE EFECTOS ES LA CONSECUENCIA DERIVADA EO IPSO DE LA VIOLACIÓN DE LA NORMA, EN SU CASO EL JUEZ SÓLO COMPROBEA TAL EFECTO. LA INTENSIDAD Y CIRCUNSTANCIAS DE TAL PRIVACIÓN, DISTINGUEN A LAS ESPECIES DE NULIDAD.

POR TANTO, ES NECESARIO HACER UNA SUCINTA MENCIÓN DE LAS CARACTERÍSTICAS DE LA NULIDAD DE PLENO DERECHO, LA CUAL ES:

- A) INMEDIATA.- TODA VEZ QUE SE PRODUCE TAN PRONTO SE CELEBRA EL ACTO JURÍDICO AFECTADO, EN CONSECUENCIA LAS PARTES TIENEN PLENA LIBERTAD DE ACTUACIÓN COMO SI NO HUBIERAN REALIZADO TAL ACTO.
- B) ABSOLUTA.- PUESTO QUE EL ACTO CARECE DE EFECTOS RESPECTO DE TODOS LOS INTERESADOS, POR FUNDARSE EN UNA CONSIDERACIÓN DE INTERÉS GENERAL (84).

83 Ibid., p. 181. Llevando estas palabras a nuestro ámbito de estudio, aún cuando no se conoce un órgano legislativo como en los derechos internos, la nulidad nace con la norma, llámese ley, cláusula, etc.

84 Específicamente en el D.I. convencional, se considera que esta nulidad existe erga omnes porque cualquier sujeto de D.I. interesado puede hacerla valer. Más aún se afirma que "debe ser declarada motu proprio por un tribunal competente o por Organismo Internacional encargado de la aplicación del tratado, aún si no ha sido invocada por las partes del caso". JIMENEZ DE ARECHAGA, E.: op. cit., hay que apuntar que la Convención, - por razones de carácter práctico, adoptó un procedimiento de declaración de nulidad, que no se apega a estos conceptos doctrinales (ver infra -- sección f. 13).

- C) **INCONFIRMABLE.**- YA QUE LA POSIBILIDAD DE INVOCAR -Y EVENTUALMENTE SOLICITAR AL JUEZ- LA DECLARACIÓN DE NULIDAD, CORRESPONDE A CUALQUIER INTERESADO, Y LA VOLUNTAD CONTRARIA DE ALGUNO COARTA ESA EXPECTATIVA A LOS DEMÁS.
- D) **IMPRESCRIPTIBLE.**- ES DECIR, EL SIMPLE TRANSCURSO DEL TIEMPO, NO PROVOCA QUE EL ACTO AFECTADO, PRODUZCA, FINALMENTE, LOS EFECTOS PREVISTOS (85).

TENIENDO PRESENTE LO ANTES EXPUESTO, SE CONCLUYE LÓGICAMENTE QUE

LA NULIDAD... ES LA REPROBACIÓN CATEGÓRICA DEL ACTO QUE DESAFÍA ABIERTAMENTE EL ORDEN PÚBLICO, INTERNO O INTERNACIONAL, UNO Y OTRO CONSTITUIDO POR NORMAS EN ABSOLUTO IMPERATIVAS (86).

85 Cfr. PLANIOL, Marcel: Op. cit., p. 182. Por su parte los actos anulables ostentan características del todo opuestas, por lo que la privación de efectos no es tan radical. No debemos confundir nulidad con inexistencia, esta última supone la realización aparente de un acto jurídico jamás celebrado, y por lo tanto la ley no puede nulificar lo que no existió; en cambio aquélla, es una "operación" que consiste en extinguir un acto que se realizó provisto de todos sus elementos. Cfr., *ibid.*, p. 183. De lo anterior se desprende que ambas figuras son incompatibles respecto de un mismo acto. Podemos agregar que, siendo la nulidad sanción ( y por lo tanto consecuencia de derecho), la inexistencia designa la ausencia del acto jurídico del cual, podría depender alguna consecuencia si aquél existiese.

86 GOMEZ ROBLEDO, Antonio: op. cit., p. 144.

DE VUELTA A NUESTRO CAMPO, LA CONVENCION ESTABLECE VARIAS CAUSALES DE NULIDAD (87); LA QUE NOS INTERESA AHORA SE RELACIONA CON LA LICITUD DEL OBJETO DEL TRATADO, LO QUE SUPONE EFECTUAR, EN CASO DE CONFLICTO, UNA VALORACION DEL MISMO; DE AHI LA NECESIDAD IMPRESCINDIBLE DE LA EXISTENCIA DE ORGANOS QUE PRACTIQUEN LA HETEROTUTELA.

DICHA VALORACION ESTA EN CONFLICTO CON LAS DOCTRINAS VOLUNTARISTAS QUE PREDOMINARON DURANTE EL SIGLO XIX EN EL D.I., LAS CUALES AUN TIENE DEFENSORES, EN EL SENTIDO DE CONSIDERAR Y APLICAR DE UNA MANERA ABSOLUTA Y VENTAJOSA EL PRINCIPIO DE "AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD" (88) QUE CORRESPONDE A LOS ESTADOS EN RELACION

87 Cfr. Capítulo V, artículos del 46 al 53 y 64. Es de destacar el tratamiento sistemático y técnico, que la CDI hizo del error, el dolo, la coacción sobre el representante del Estado o de éste mismo, etc. Para la mejor comprensión de este punto, es imprescindible el estudio del cuadro sinóptico preparado por DE LA GUARDIA y DELPECH, el cual está reproducido y explicado: *ibid.*, p. 150 a 160. Se criticó a los relatores de la Convención al tratar de transplantar las figuras civilistas al D.I., sin embargo, la adecuación de dichas figuras fue acertada, y aún se generaron nuevas instituciones, como la "corrupción del representante de un Estado", artículo 50.

88 Esta figura, como es sabido, procede del derecho privado interno, especialmente del civil que se ocupa de los contratos, y tiene sus orígenes desde el derecho romano, sin embargo "El desenvolvimiento de la doctrina de la autonomía de la voluntad tuvo lugar en el siglo XIX. Esta doctrina ha significado que los contratantes no están ligados por ninguna disposición imperativa de la ley". NIBOYET, J.P.: Principios de Derecho Internacional Privado, (trad. del francés por Andrés Rodríguez Ramón), Nacional, México, 1954, p. 662. Esta concepción se ha atenuado en esos sistemas, a raíz del desarrollo de instituciones de derecho público, del derecho social, etc., en D.I. tardó en entenderse apropiadamente, sobre todo en el Público, puesto que no se reconoció expresamente la existencia de normas imperativas que la limitaran; lo que hacía suponer que los Estados podían concluir tratados, sin limitación alguna de objeto.

CIÓN CON EL LLAMADO "TREATY-MAKING POWER". UN TANTO TEMERARIAMENTE, PODEMOS AFIRMAR QUE ESA CONCEPCIÓN FUE EN SU MOMENTO, NORMA CONSUECUDINARIA ERIGIDA EN IUS COGENS POR LAS NACIONES EUROPEAS Y ALGUNAS OTRAS COMO ESTADOS UNIDOS O JAPÓN (89), YA QUE CONSTITUYÓ UN CIMIENTO IMPORTANTE DEL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL HASTA 1945. A PARTIR DE ESE MOMENTO, POR MÚLTIPLES RAZONES GEOPOLÍTICAS, MILITARES Y AÚN JURÍDICAS, LA COMUNIDAD INTERNACIONAL ORGANIZADA Y NUTRIDA DE NUEVOS ESTADOS Y ORGANISMOS INTERNACIONALES DEROGÓ AQUÉLLA CONCEPCIÓN AÑEJA E HIZO SURGIR, EN NUESTRO MUY PARTICULAR PUNTO DE VISTA, EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y DE NORMAS IMPERATIVAS, CON LO QUE SE LE DA EL VERDADERO VALOR TÉCNICO, LÓGICO Y SOCIO-JURÍDICO AL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. \*

A MENUDO LOS DESARROLLOS TEÓRICOS SE ADELANTAN A LOS HECHOS, ASÍ, EN 1905 SE DECÍA:

COMO LOS CONTRATOS ENTRE PARTICULARES, LOS TRATADOS DEBEN TENER UN OBJETO O UNA CAUSA LÍCITA, SON NULOS COMO CONTRATOS EN DERECHO INTERNACIONAL, LOS TRATADOS

89 Recuérdese, por ejemplo, los tres repartos de Polonia, 1772, 1792 y 1795, este último concretado bajo el Congreso de Viena (septiembre de 1814 a junio de 1815) en donde Rusia, Austria, Prusia, Inglaterra (es decir la cuádruple alianza de Chaumont) y Francia convinieron en crear una "Polonia reducida por el protectorado del Zar 'Polonia del Congreso' ". Cfr. STADT MÜLLER, Georg: op. cit., pp. 228 a 235.

QUE TUVIEREN POR OBJETO EL ESTABLECIMIENTO O LA PROTECCIÓN DE LA ESCLAVITUD, QUE VIOLAREN EL PRINCIPIO DE LA LIBERTAD DEL MAR, O NEGACEN TODA SEGURIDAD A LOS EXTRANJEROS (90).

CON LO QUE SE EVIDENCIA EL ÁNIMO DE RECONOCER LÍMITES A DICHA VOLUNTAD, CON BASE EN INTERESES COLECTIVOS SUPERIORES. HUBIERON DE PASAR 75 AÑOS PARA QUE LO LÓGICO FUERA POSITIVO.

COMO COROLARIO, DEBEMOS DECIR QUE LA NULIDAD PREVISTA EN EL ARTÍCULO 53, AL SER ABSOLUTA, TIENE NECESARIAMENTE DOS ATRIBUTOS, A SABER:

I.- DESTRUYE LOS EFECTOS PROVISIONALES QUE, EN SU CASO, HAYA PRODUCIDO EL TRATADO AFECTADO POR DICHA SANCIÓN, DESDE EL MOMENTO EN QUE SE REALIZÓ, ES DECIR, ES NULO AB INITIO (VID INFRA SECCIÓN 1.13), PORQUE AL MOMENTO DE SU CELEBRACIÓN PREEXISTÍA UNA NORMA DE IUS COGENS QUE VIOLA, ASÍ:

EN PRINCIPIO, TODOS LOS EFECTOS JURÍDICOS DE UN TRATADO NULO DEBEN SER ELIMINADOS Y LAS COSAS DEBEN VOLVER A SU ESTADO PRIMITIVO, COMO SI EL TRATADO NUNCA HUBIERA EXISTIDO (RESTITUTIO AD PRINCIPIUM) (91).

- 90 FOGNET, René: Manuel Elementaire de Droit International Public. Seme édition, Arthur Rousseau, París, 1905, p. 194. BLUNTSCHIL, nos dice más o menos lo mismo en los artículos 360, 381 y 411 de su: Le Droit International Codifié, 6eme ed. Pedone, París, 1886.
- 91 JIMENEZ DE ARECHAGA, E.: op. cit: p. 75, doctrinalmente se distingue entre la nulidad que prevé el artículo 53 que es ex tunc, y la del artículo 64 (ius cogens superveniens) que es ex nunc. Cfr. GOMEZ ROBLEDO, Antonio: op. cit., p. 119 y 120.



PESE A QUE LO TRANSCRITO NOS LLEVA A PENSAR EN LA RETROACTIVIDAD, DEBEMOS APUNTAR VARIAS CIRCUNSTANCIAS:

1.- EL ARTÍCULO 4° ESTABLECE LA IRRETROACTIVIDAD DE LA CONVENCIÓN EN SU CONJUNTO.

2.- EL ARTÍCULO 28 ESTABLECE LA IRRETROACTIVIDAD DE LOS TRATADOS EN PARTICULAR.

EN CAMBIO, LA NULIDAD SÓLO RETROTRA E AL ESTADO PRIMITIVO LOS ACTOS CELEBRADOS, CON BASE EN EL TRATADO AFECTADO. HUBIERA SIDO CONVENIENTE ESPECIFICAR EXPRESAMENTE QUE LOS ARTÍCULOS 53 Y 64 NO SON DE APLICACIÓN RETROACTIVA <sup>(92)</sup>, Y ASÍ DEJAR SALVADA LA INCERTIDUMBRE Y LA CONSECUENTE INTERPRETACIÓN.

CREEMOS QUE BASTA UN POCO DE SENTIDO COMÚN PARA RECONOCER QUE: 1.- LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE UN TRATADO, POR ILICITUD EN EL OBJETO, CUAL ES EL SENTIDO DE LA FIGURA QUE ANALIZAMOS, ES UN EVENTO EXTREMO Y RADICAL EN D.I.; 2.- LOS ESTADOS TIENEN LARGA EXPERIENCIA EN LA CONCERTACIÓN DE TRATADOS (RECUÉRDECE EL CARÁCTER EMINENTEMENTE CODIFICADOR DE LA CONVENCIÓN <sup>(93)</sup>); 3.- EL

92 como lo propuso México, en una enmienda aditiva al texto original del artículo en estudio, la cuál fue finalmente retirada. Cfr. A/CONF. 39/11/ add. 2, p. 187.

93 Si bien es cierto que el artículo 53, y sobre todo el 64 son producto del desarrollo progresivo del D.I. producido por la CDI, los lineamientos teóricos ya existían en la doctrina, desde hace siglos (ver infra sección 1.20).

SISTEMA QUE SE ESTÁ CREANDO ALREDEDOR DE LAS NUEVAS CONCEPCIONES, TIENE APENAS SEIS AÑOS DE CONSTITUIRSE CON BASE EN UNA LEX LATA, ASÍ LOS TRATADOS PREEXISTENTES QUE LO CONTRARÍAN TERMINARÁN POR EXTINGUIRSE; 4.- ES LÓGICO PENSAR QUE, AÚN SALVANDO LAS DIFICULTADES PARA DEFINIR SATISFACTORIAMENTE LO QUE HA DE ENTENDERSE POR "DERECHO ADQUIRIDO" O "EXPECTATIVA", NINGUNA DE LAS DOS SE PUEDE ALEGAR PARA LA REALIZACIÓN DE FIN ALGUNO, CUANDO SE DERIVAN DE UN ACTO JURÍDICO CUYO OBJETO ES ILÍCITO, EX INIURIA IUS NON ORITUR.

II.- LOS REDACTORES DE LA CONVENCIÓN OPTARON POR LA INDIVISIBILIDAD DEL CLAUSULADO; ÉSTO ES, SI UNA CLÁUSULA DEL TRATADO ESTÁ EN CONFLICTO CON UNA NORMA DE IUS COGENS PREEXISTENTE, AÚN ALGUNA FRASE DEL PREÁMBULO, LA TOTALIDAD DE ÉSTE SERÁ NULO, ATENDIENDO A LO ESTIPULADO EN EL ARTÍCULO 44 <sup>(94)</sup>, ES DECIR, NO SE PODRÁ ESCINDIR LA DISPOSICIÓN ILÍCITA DEL RESTO DEL TRATADO. LA CDI ADOPTÓ ESTE CRITERIO -NO SIN DEBATES INTERNOS, YA QUE HUBO QUIEN CONSIDERABA EXAGERADA TAL POSICIÓN- ATENDIENDO A LA NATURALEZA FUNDAMENTAL DE LAS NORMAS DE IUS COGENS, Y POR MOTIVOS DE ORDEN PSICOLÓGICO, PARA SANCIONAR CON NULIDAD TOTAL EL DESAFÍO AL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL AL CELEBRAR, CON PLENA PREMEDITACIÓN Y CONCIENCIA UN TRATADO CONTRARIO EN TODO O EN

94 El rubro del mismo es: Divisibilidad de las disposiciones de un tratado. En su parte conducente, es decir, en el inciso 6 dice: En los casos previstos en los artículos 51 [coacción sobre representante de un Estado], 52 [coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza] y 53 no se admitirá la división de las disposiciones del tratado. Los añadidos son nuestros.

PARTE, A UNA NORMA DE IUS COGENS (95).

EN TODO SISTEMA JURÍDICO, LA NULIDAD REPRESENTA LA EXCEPCIÓN EN LA CELEBRACIÓN DE ACTOS JURÍDICOS, SU REGULACIÓN ES MÍNUCIOSA PORQUE CONSTITUYE, COMO VIMOS, UNA SANCIÓN-CASTIGO A LA MALA FE O A LA NEGLIGENCIA DE LAS PARTES,

§.11 PARA CONCLUIR EL ESTUDIO QUE HACEMOS DEL ARTÍCULO 53, DEBEMOS REFERIRNOS AL ÚLTIMO DE LOS ELEMENTOS QUE DISTINGUIMOS EN ÉL, ES DECIR, LA SUSTITUCIÓN DE LA NORMA. ESTE PRINCIPIO QUEDA ENUNCIADO COMO SIGUE: [DICHA NORMA IMPERATIVA DE D.I. GENERAL] SÓLO PUEDE SER MODIFICADA POR UNA NORMA ULTERIOR DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL QUE TENGA EL MISMO CARÁCTER.

PODEMOS PENSAR QUE ESTE ES EL ADECUADO COMPLEMENTO AL PRINCIPIO DE INDEROGABILIDAD DE LA NORMA IMPERATIVA AL CUAL YA NOS HEMOS REFERIDO (VER SUPRA SECCIÓN §.6) Y QUE SIGNIFICA UN RASGO FORMAL MÁS DE LA FIGURA.

CONSTITUYE TAMBIÉN, UNA PREVISIÓN DE LA EVOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL Y SU DERECHO. EN TODO CONGLOMERADO ORGANI

95 Cfr. GOMEZ ROBLEDO, Antonio: Op. cit. 128. Insistimos en el carácter de orden público internacional que tiene las normas de ius cogens, como se desprende de la transcripción, aunque existan opiniones en contrario "Los conceptos de orden público o public policy, que son conocidos por el derecho civil y por los sistemas de common Law, no coinciden enteramente con el concepto de ius cogens". SCHWELB, Egon: op. cit., p. 948.

ZADO, EL CAMBIO DE LAS RELACIONES SOCIALES SE PRODUCE NORMALMENTE CON CIERTA LENTITUD, LO QUE PERMITE INSTITUIR UN ORDEN MÁS O MENOS PERMANENTE, ES ENTONCES QUE ÉSTE DETERMINA A AQUÉLLAS; ASÍ SE MANTIENE HASTA QUE DICHAS RELACIONES SOCIALES SE TRANSFORMAN DE TAL MANERA QUE LOGRAN AFECTAR A ESE "NÚCLEO" DE PRESUPUESTOS, VALORES E INSTITUCIONES QUE SON COMPARTIDOS POR LA COMUNIDAD QUE LOS CREA (96).

UN DERECHO QUE NO PREVEA LA NATURALEZA DINÁMICA DE LAS MULTICITADAS RELACIONES, ESTARÁ CONDENADO A LA INFLEXIBILIDAD Y CONSECUENTEMENTE, A LA INEFICACIA. PUNTO FRECUENTE DE DISCUSIÓN HA SIDO EL VALORAR LA CAPACIDAD DEL DERECHO PARA PROMOVER Y LOGRAR CAMBIOS EN LA ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LAS RELACIONES QUE FORMAN LA SOCIEDAD. HAY QUIENES LE NIEGAN TODA POSIBILIDAD DE ORIENTADOR O PROMOTOR DE LA DINÁMICA SOCIAL, ARGUMENTANDO QUE ÉSTA SE LOGRA AL MARGEN DEL DERECHO, Y QUE SÓLO DESPUÉS SE INSTITUCIONALIZA JURÍDICAMENTE (97).

EL PROBLEMA SE PLANTEA, NO EN TÉRMINOS DE DETERMINACIÓN DE LA SOCIEDAD HACIA EL DERECHO O VICEVERSA. SABEMOS QUE ESTE ÚLTIMO ES UN PRODUCTO CULTURAL, QUE REFLEJA EN MUCHO EL ESPÍRITU

96 La base en que se sustenta el ordenamiento jurídico es, sencillamente, la colectividad en la cual ha nacido, y la evolución del medio social condicionará la evolución del propio orden normativo. DIEZ DE VELASCO: Instituciones de Derecho Internacional Público, Tomo I, 3a. ed. Tecnos, Madrid, 1976, p. 69. (ver infra sección 1.55).

97 Se han dado los regímenes legales injustos, en los cuales, las desigualdades de los obligados forman parte del orden jurídico, y antes de remediarlas, las fomenta.

COLECTIVO DEL HOMBRE, DE LOS PUEBLOS. EL DERECHO DETERMINA LOS CRITERIOS DE LEGALIDAD TIEMPO-ESPACIAL Y LOS PARÁMETROS DE JUSTICIA RESPECTIVOS. SIN ENTRAR EN EL INACABABLE PROBLEMA DE LO QUE ES JUSTO, SABEMOS QUE NUEVAS CIRCUNSTANCIAS -O EL RECONOCIMIENTO DE ANTIGUAS- PRODUCEN NUEVOS CRITERIOS DE JUSTICIA Y - QUE ÉSTAS REGULARMENTE SE EXPRESAN EN NORMAS JURÍDICAS.

LA C D. I NO OLVIDÓ DICHO FENÓMENO, Y PREVIÓ LA MODIFICACIÓN CONTINUA DEL DERECHO, A TRAVÉS DE LA DECISIÓN MAYORITARIA DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL, UNA VEZ MÁS APUNTAMOS QUE LOS PACTOS BILATERALES O MINORITARIOS NO PUEDEN MODIFICAR UNA NORMA DE IUS COGENS, CUALQUIERA QUE FUESE ÉSTA. REITERAMOS TAMBIÉN QUE DEBE ATENDERSE ESPECIALMENTE AL CONTENIDO DE LA NORMA <sup>(98)</sup>, YA QUE PUEDEN HABER NORMAS DE D. I. GENERAL QUE NO TENGAN CARÁCTER IMPERATIVO, EN CUYO CASO NO SERÁN IUS COGENS Y NO PODRÁN DE ROGAR A LAS QUE SÍ LO SON. LOS ESTADOS "RECONOCEN Y ACEPTAN" NORMAS SÓLO PARA EFECTOS DECLARATIVOS DE EFECTIVIDAD, NO CONSTITUTIVOS, YA QUE ESTOS SON RESULTADO DE LA ACTUACIÓN MISMA DE LOS ESTADOS EN SU CONJUNTO.

LO ANTERIOR NO SIGNIFICA QUE ESTE DOBLE REQUISITO FORMAL PUEDA SOSLAYARSE, NO, SIMPLEMENTE QUE ÉSTE NO JUZGA EL CONTENIDO. AHORA BIEN:

98 "A juicio de la Comisión, no es la forma de la norma general de derecho intencional la que le da carácter al ius cogens, sino la especial naturaleza de su objeto". A/6309/rev. 1, p. 81.

EL RECONOCIMIENTO Y ACEPTACIÓN DE TALES NORMAS [ LAS DE IUS COGENS] POR LA COMUNIDAD INTERNACIONAL DE ESTADOS EN SU CONJUNTO, PODRÍA RESULTAR DE RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS VOTADAS POR FUERTES MAYORÍAS (99).

CON LO CUAL SE AFIRMA, EN NUESTRO CONCEPTO, NO SÓLO LO DICHO RESPECTO DE LOS EFECTOS DE TAL RECONOCIMIENTO, TAMBIÉN ABRE UNA POSIBILIDAD REAL Y OBJETIVA, PARA LA IDENTIFICACIÓN DE NORMAS IMPERATIVAS DIRIGIDAS A LA COMUNIDAD INTERNACIONAL COLATERAL O COMPLEMENTARIA A LA QUE PUEDE MANIFESTARSE POR VÍA JUDICIAL (100).

#### ARTICULO 64

1.12 CON ESTE PRECEPTO CONCLUIMOS EL ESTUDIO SUSTANTIVO DEL IUS COGENS, EN ESTA CONVENCIÓN. A LA HIPÓTESIS EN ÉL CONTENIDA SE LE RECONOCE TÉCNICAMENTE COMO IUS COGENS SUPERVENIENS (101), VÉAMOS:

SI SURGE UNA NUEVA NORMA IMPERATIVA DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL, TODO TRATADO EXISTENTE QUE ESTÉ EN OPOSICIÓN CON ESTA NORMA SE CONVERTIRÁ EN NULO Y TERMINARÁ.

99 DE LEAN, Oliver: "Les positions françaises à la Conférence de Vienne sur Le Droit des Traités", AFDI, Paris, 1969, p. 17, citado en GOMEZ ROBLEDO, Antonio: op. cit., p. 111.

100 Ver infra sección 1.58.

101 En oposición a ius cogens antecedente, artículo 53.

LA REDACCIÓN, Y EN MAYOR MEDIDA LA UBICACIÓN DE ESTE NUMERAL FUE AMPLIAMENTE DISCUTIDA POR LA C D I , YA QUE POR UNA PARTE, ENTRAÑA UNA CIERTA CAUSAL DE TERMINACIÓN, Y POR LA OTRA, LOS EFECTOS PREVISTOS PARA EL CASO DE SU VIOLACIÓN NO SON EXACTAMENTE LOS MISMOS QUE LOS DE IUS COGENS ANTEREDENTE.

RESPECTO DEL SURGIMIENTO DE UNA NORMA DE ESTE TIPO, POCO PODEMOS DECIR QUE NO SE HAYA EXPRESADO LINEAS ARRIBA, EMPERO PODEMOS AGREGAR QUE ESTA FIGURA SE APLICARÁ SEGURAMENTE A MATERIAS DE NUEVA REGULACIÓN POR EL D.I., O DÁNDOLES POR ESTE MEDIO UNA NUEVA ORIENTACIÓN A LA LEGISLACIÓN YA EXISTENTE, ASÍ:

NUEVAS REGLAS DE ESE CARÁCTER PUEDEN SER ACEPTADAS Y RECONOCIDAS POR LA COMUNIDAD INTERNACIONAL DE ESTADOS EN SU CONJUNTO, POR MEDIO DE TRATADOS GENERALES MULTILATERALES O DECLARACIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL, EXTENDIENDO LA NOCIÓN A NUEVOS TERRENOS TALES COMO EL ENSAYO O LA UTILIZACIÓN DE ARMAS DE DESTRUCCIÓN MASIVA, LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE O EL ESTABLECIMIENTO DE PRINCIPIOS MÁS EQUITATIVOS PARA REGULAR EL COMERCIO INTERNACIONAL (102).

Y POR QUÉ NO, LA INSTAURACIÓN DE REGLAS GENERALES, JUSTAS Y REALES PARA EL PAGO DE LAS DEUDAS EXTERNAS DE LOS PAÍSES, ESPECIALMENTE LOS TERCERMUNDISTAS.

LA DOCTRINA QUE SE OCUPA DEL ESTUDIO DE LAS NULIDADES DE ACTOS, AÚN A NIVEL INTERNACIONAL, NO PREVEÍA LA POSIBILIDAD DE QUE UN ACTO QUE NACIÓ Y PERMANECIÓ VÁLIDO, POR SER LÍCITO, DE PRONTO PIERDA ESA CALIDAD POR UNA CAUSA SUPERVINIENTE; DE AHÍ LA IMPORTANCIA DE LA LABOR DE LA C D I AL DESARROLLAR ESTA FIGURA Y AL DECLARAR, UNA VEZ MÁS, LA SUPRIMACIA DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL SOBRE LOS ACTOS DE LOS PARTICULARES, AÚN A FUTURO, LO CUAL RESULTA LÓGICO Y NECESARIO COMO LA PROPIA C D I LO APUNTÓ (103).

DISTINGAMOS QUE ES UN SUPUESTO DIFERENTE AL DEL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 53, QUE YA COMENTAMOS. AQUÍ SE PREVIENE LA APARICIÓN DE UNA NUEVA NORMA IMPERATIVA QUE COMPLEMENTE EL MARCO JURÍDICO AL QUE DEBE CEÑIRSE TODO ACTO INTERNACIONAL; ES POR ELLO QUE EL SUSTENTO LEGAL DEL TRATADO (QUE DEVENGA CONTRARIO A ELLA) SE TRASTORNA A TAL GRADO QUE LA MODIFICACIÓN O EXTINCIÓN DE ÉSTE ES IMPRESCINDIBLE.

SE MEZCLAN EN ESTA FIGURA, TAL VEZ POCO ORTODOXAMENTE, DOS FIGURAS DISTINTAS Y AÚN CONTRADICTORIAS CUANDO LA CONVENCION ES TIPULA QUE UN TRATADO EN ESA CONDICIONES "SE CONVERTIRÁ EN NULO Y TERMINARÁ".

103 La norma enunciada en el artículo (en 1966, artículo 61 y en 1963, 45) es corolario lógico de la norma del artículo 50 (hoy 53, el cual) ... se basa en la hipótesis de que en el derecho internacional actual hay unas cuantas normas fundamentales de orden público internacional de las que ningún estado puede eximirse, ni siquiera por acuerdo con otro Estado. Informe de la Comisión de Derecho Internacional. Asamblea General, 4 al 19 de julio 1966, suplemento No. 9 (A/6309)rev. 1) p. 93.



PESE A LAS CRÍTICAS, AQUELLA FÓRMULA SE MANTUVO DELIBERADAMENTE Y ELLO PARA SEÑALAR LA GRAVEDAD E IMPORTANCIA DE LA HIPÓTESIS, EXTENDIENDO LOS MISMOS EFECTOS DEL ARTICULO 53, EN LA MEDIDA DE LAS POSIBILIDADES (104).

EN REALIDAD, EL FIN ES QUE LOS EFECTOS ILÍCITOS DEL TRATADO NO SE PRODUZCAN MÁS Y DESAPAREZCAN LOS QUE AÚN PERSISTAN. ESTA SUSPENSIÓN DE EFECTOS ES: IMPRESCRIPTIBLE, INCONFIRMABLE, CASI INMEDIATA Y DESAFORTUNADAMENTE NO SOLICITABLE POR CUALQUIER INTERESADO; SIN EMBARGO, DEBE ENTENDERSE COMO CONSECUENCIA DE LA DECLARACIÓN DE UNA NULIDAD ABSOLUTA, EMPERO, CABE SEÑALAR QUE AL COMENTAR EL PROYECTO DEL ARTÍCULO, LA PROPIA CDI RECONOCIÓ QUE "... LA NORMA NO ANULA EL TRATADO, SINO QUE PROHIBE QUE CONTINÚE EXISTIENDO Y CUMPLIÉNDOSE" (105).

POR OTRA PARTE, SE ARGUMENTA QUE NO SE DEBE CONSTREÑIR TALES EFECTOS ÚNICAMENTE A LA NULIDAD YA QUE EN EL CASO DEL IUS COGENS EMERGENTE "... LA SITUACIÓN JURÍDICA RESULTANTE SE PARECE MÁS A LA TERMINACIÓN QUE A LA NULIDAD, YA QUE NO EXISTE RES-TITUTIO AD PRISTINUM " (106).

104 PUCEIRO RIPOL: op. cit., p. 73.

105 Cfr. ibid., p. 72.

106 JIMENEZ DE ARECHAGA: op. cit., p. 85. En opinión de este autor debe hablarse de ambas figuras, puesto que en la nulidad básica subsisten los derechos adquiridos en razón del tratado; en tanto que en esta clase, - aún éstos desaparecen, evidenciando con ello, su naturaleza total en cuanto a la terminación del tratado. De igual parecer es ELIAS, T.O.: - "Problems Concerning the Validity of Treaties", RC, Tomo 134, Leyden, - 1972, p. 408.

DE HECHO LA CONVENCIÓN PREVE PROCEDIMIENTOS SIMILARES DE DECLARACION DE NULIDAD PARA AMBOS ARTÍCULOS 53 Y 64, LOS CUALES SON PARTICULARES (107). NO OBSTANTE SE HACE UNA JUSTA ATENUACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS DE DICHA NULIDAD; SI BIEN EN AMBOS CASOS SON ABSOLUTAS, PARA EL ARTÍCULO 64 SE CONSIDERÓ QUE LAS PARTES NO TIENEN LA INTENCIÓN DE VIOLAR DELIBERADAMENTE UNA NORMA IMPERATIVA QUE NO EXISTÍA AL MOMENTO DE CELEBRAR UN TRATADO EN ESPECIAL, POR TANTO SE PRESUME LA BUENA FE DE LAS PARTES, Y SE ADOPTÓ EL PRINCIPIO DE DIVISIBILIDAD DE LAS CLÁUSULAS (108), EL CUAL QUEDÓ PLASMADO EN LA FRACCIÓN 3 DEL ARTÍCULO 44, COMO SIGUE :

3. SI LA CAUSA [DE NULIDAD O TERMINACIÓN DEL TRATADO] SE REFIERE SÓLO A DETERMINADAS CLÁUSULAS, NO PODRÁ ALEGARSE SINO CON RESPECTO A ESAS CLÁUSULAS CUANDO:
- A) DICHAS CLÁUSULAS SEAN SEPARABLES DEL RESTO DEL TRATADO EN LO QUE RESPECTA A SU APLICACIÓN;
  - B) SE DESPRENDA DEL TRATADO O CONSTE DE OTRO MODO QUE LA ACEPTACIÓN DE ESAS CLÁUSULAS NO HAN CONSTITUIDO PARA LA OTRA PARTE O LAS OTRAS PARTES EN EL TRATADO UNA BASE ESENCIAL DE SU CONSENTIMIENTO EN OBLIGARSE POR EL TRATADO EN SU CONJUNTO; Y
  - C) LA CONTINUACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DEL RESTO DEL TRATADO, NO SEA INJUSTA

107 Ver infra sección f.10

108 Al contrario del artículo 53 para el cual la nulidad además de absoluta es total, según la fracción 6 del artículo 44.

Y POR SUPUESTO, LOS INCISOS SE REFIEREN EN SU ORDEN: A LA POSIBILIDAD MATERIAL DE APLICACIÓN, A LA SALVAGUARDA DEL MOTIVO O FIN DETERMINANTE DEL CONSENTIMIENTO Y A LA PRESERVACIÓN DEL CARÁCTER SINALAGMÁTICO QUE TODO TRATADO ENTRAÑA.

TERMINACIÓN Y NULIDAD ABSOLUTA SE COMPLEMENTAN EN ESTA FIGURA, HÍBRIDA POR NATURALEZA, PERO ÚTIL PARA NORMATIVIZAR UNA REALIDAD QUE NECESITA SER RECONOCIDA. LA NULIDAD EX NUNC Y SOBRE TODO EL RECONOCIMIENTO DE LA TEORÍA DEL DERECHO INTER TEMPORAL, SON LOS FRUTOS MÁS NOTABLES DE LA INSTITUCIÓN. LOS AUTORES CONCIBEN AL DERECHO INTERTEMPORAL ARGUMENTANDO QUE :

LA VALIDEZ DE TODO ACTO JURÍDICO DEBE APRECIARSE SEGÚN EL DERECHO EN VIGOR EN EL MOMENTO DE SU CELEBRACIÓN; EL ACTO MANTIENE SU VALIDEZ Y PRODUCE EFECTOS MIENTRAS LLENA LAS CONDICIONES DE VALIDEZ ESTABLECIDAS POR EL DERECHO INTERNACIONAL EN SU EVOLUCIÓN (109)

LO CUAL RESULTA LÓGICO Y NECESARIO, SOBRE TODO RESPECTO DE UN DERECHO EN CONTINUA EVOLUCIÓN COMO EL INTERNACIONAL PÚBLICO. EN VARIOS CASOS, LA C D I HA ACEPTADO LA DOCTRINA COMENTADA. ASÍ TENEMOS: AFFAIRE RELATIVE AUX DROIT DES RESSORTISSANTS DES ETATS UNIS AU MAROC (1952); AFFAIRE DES MINGUIERS ET ECREHOUS (1953); AVIS CONSULTATIF SUR LE SHARA OCCIDENTAL (1975); DE ESTE ÚLTIMO, SURGIÓ UNA EXPRESIÓN QUE EXPLICA MUY BIEN TODA LA DOCTRINA, ES DECIR "TEMPUS REGIT FACTUM", FORMULADO POR EL JUEZ ESPAÑOL FEDE

109 DIACONU, ION: Contribution à une étude sur les normes impératives en Droit International, citado en GOMEZ ROBLEDO, Antonio: op. cit., p. 129. Ver infra sección f.62.

RICO DE CASTRO <sup>(110)</sup> Y QUE NO HACE MÁS QUE DEFINIR UN PRINCIPIO GENERAL APLICABLE A TODAS LAS FORMAS JURÍDICAS; EL CUAL ES ESPECIALMENTE DISTINGUIBLE EN AQUELLAS RAMAS QUE ESTÁN EN CONTINUA EVOLUCIÓN Y QUE, ADEMÁS, CONFORMAN EN PARTE UN ORDEN PÚBLICO, SEA NACIONAL O INTERNACIONAL.

### ARTICULO 66

§.13 CON ESTE NUMERAL, COMENZAMOS EL ESTUDIO ADJETIVO DEL IUS COGENS EN LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1969, AUNQUE EN JUSTICIA DEBERÍAMOS DECIR QUE TAL ANÁLISIS SE INICIA EN EL ARTÍCULO PRECEDENTE. EFECTIVAMENTE, EN EL 65 <sup>(111)</sup> SE PREVÉ EL "PROCEDIMIENTO QUE DEBERÁ SEGUIRSE CON RESPECTO A LA NULIDAD O TERMINACIÓN DE UN TRATADO, EL RETIRO DE UNA PARTE O LA SUSPENSIÓN DE LA APLICACIÓN DEL TRATADO" <sup>(112)</sup>, EL CUAL SE DIVIDE EN LOS SIGUIENTES ESTADIOS:

1.- EL ESTADO INTERESADO DEBERÁ NOTIFICAR <sup>(113)</sup>, POR ESCRITO, SU INTENCIÓN A LAS DEMÁS PARTES, EN ÉL MOTIVARÁ TAL DECISIÓN Y ESPECIFICARÁ LA MEDIDA QUE TOMARA RESPECTO DEL TRATADO.

110 Cfr. *ibid.*, p. 138 y 139.

111 "La parte V de la Convención contiene un gran número de reglas sustantivas concernientes a los varios modos de invalidez, separación, y terminación o suspensión de un tratado, además de normas procedimentales que tiene que ser seguida respecto de estas materias. Estos procedimientos se encuentran en la sección 4 de la parte V, artículos 65 al 68. El artículo 65 (en especial) es visto por varios miembros de la C D I como un artículo clave para la aplicación de las prescripciones de la parte V." VIERDAG, E.W.: *The law governing treaty relations between parties to the Vienna Convention on the Law of treaties and States not party to the Convention.* AJIL, Vol. 76, Washington, 1982, p.

112 Es este el título del artículo.

113 Cabe hacer mención de que dicha notificación puede ser revocada en cualquier momento (Art. 68), y que la propia Convención contiene un "régimen de notificaciones" (Art. 78).

2.- SI DESPUÉS DE UN PLAZO NO MENOR DE TRES MESES, NINGÚN ESTADO PARTE SE OPONE, EL INTERESADO PODRÁ FORMULAR UN INSTRUMENTO HACIENDO CONSTAR TAL CIRCUNSTANCIA, EL CUAL DEBERÁ ESTAR FIRMADO, SEGÚN EL ARTÍCULO 67.2, POR EL JEFE DE ESTADO O DE GOBIERNO, EL MINISTRO DE RELACIONES EXTERIORES O UN REPRESENTANTE DESIGNADO AD-HOC <sup>(114)</sup>. EL PLAZO A QUE NOS REFERIMOS, PUEDE SER REDUCIDO EN CASO DE ESPECIAL URGENCIA; SIN EMBARGO, LA CONVENCIÓN NO ESPECIFICA TALES CASOS, NI QUIÉN FIJA EL TÉRMINO, ASÍ QUE CONCLUÍMOS QUE ES EL PROPIO INTERESADO QUIEN DEBE HACERLO EN EL PROPIO ESCRITO DE NOTIFICACIÓN. CABE PREGUNTARSE SI LAS OTRAS PARTES PUEDEN VÁLIDAMENTE, REHUSAR EL PLAZO MENOR DE TRES MESES, LO QUE PARECE EVIDENTE, Y EN TAL CASO CUÁL SERÍA LA SOLUCIÓN.

3.- SI DENTRO DEL PLAZO SEÑALADO ALGÚN ESTADO PARTE, FORMULA LA OBJECCIÓN RESPECTO DE LA NOTIFICACIÓN, LA PARTE EN CONFLICTO DEBERÁN RECURRIR A LOS MEDIOS DE ARREGLO PACÍFICO DE CONTROVERSIAS, SEÑALADOS EN EL ARTÍCULO 33 DE LA CARTA DE LA ONU, A SABER: NEGOCIACIÓN, INVESTIGACIÓN, MEDIACIÓN, CONCILIACIÓN, RECURSO A ORGANISMOS INTERNACIONALES, ACUERDOS REGIONALES, ARBITRA

114 En este caso, estamos frente a una declaración de voluntad unilateral; la doctrina reconoce como negocios jurídicos unilaterales, independientes a la notificación, renuncia, promesa, así como al reconocimiento. Cfr. VERDROSS, Alfred: Derecho Internacional..., p. 141. Ahora bien, "El consentimiento tácito que presenta mayores problemas es aquél que va ligado al silencio y concretamente hasta qué punto es aplicable en el D.I. el adagio "qui tacet consentire videtur". En general el silencio no engendra obligación internacional, salvo que pueda ser interpretado como una presunción de consentimiento dadas las circunstancias del caso concreto". DIEZ DE VELASCO, Manuel: Op. cit. 149. En este caso es obvio que el silencio sí es una forma de manifestar consentimiento.

JE, ARREGLO JUDICIAL, CUALQUIER OTRO MEDIO PACÍFICO<sup>(115)</sup>, DICHS PROCEDIMIENTOS SON RECOMENDABLES, Y A MENUDO ÚTILES, TRATÁNDOSE DE LOS CASOS DE RETIRO, TERMINACIÓN O SUSPENSIÓN DE UN TRATADO; PERO PENSAMOS QUE CUANDO LA CONTROVERSIA SE CENTRA EN LA ALEGACIÓN DE SU NULIDAD, EN REALIDAD ESTAMOS HABLANDO DE ILICITUD Y POR LO TANTO DE UN PROBLEMA JURÍDICO, ASÍ ES QUE EXCEPTO EL ARREGLO JUDICIAL O EL ARBITRAJE, LOS MEDIOS YA MENCIONADOS RESULTARÍAN DE DIFÍCIL APLICACIÓN TÉCNICA, EVITARÍAN TAL VEZ UN ENFRENTAMIENTO PERO NO RESOLVERÍAN EL PUNTO DE FONDO, TODA VEZ QUE LÓGICAMENTE LA ILICITUD NO PUEDE ESTAR SUJETA A LA TRANSACCIÓN<sup>(116)</sup>. EN TODO CASO, SI SE LOGRA ACUERDO, LA CONTROVERSIA TERMINA.

4.- AHORA BIEN, SI DENTRO DE LOS DOCE MESES SIGUIENTES A LA FORMULACIÓN DE LA OBJECCIÓN (ART. 65.3), NO SE HA LLEGADO A UN ACUERDO; NOS SITUAMOS EN LOS SUPUESTOS DEL ARTÍCULO 66; EL CUAL PREVÉ DOS PROCEDIMIENTOS: A) CUANDO LA CONTROVERSIA VERSE SOBRE LA APLICACIÓN O INTERPRETACIÓN, DE ALGÚN ARTÍCULO SUSTANTIVO REGULADOR DEL IUS COGENS, O BIEN B) CUANDO VERSE SOBRE LA APLICACIÓN O INTERPRETACIÓN DE CUALQUIER OTRO ARTÍCULO DE LA PARTE V. (NULIDAD, TERMINACIÓN Y SUSPENSIÓN DE LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS).

- 115 El artículo continúa con dos incisos más, los cuales no se refieren al procedimiento en sí. De este modo, el inciso 4 salvaguarda la vigencia de los acuerdos ya existentes entre las partes, respecto del arreglo pacífico de las controversias, y el 5 estipula que, el derecho de dar respuesta a otro Estado parte en el tratado (respecto de su cumplimiento o violación) no se pierde para un Estado si no se procedió conforme al inciso 7°, al cual ya nos referimos, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 45 el cual mencionaremos más adelante.
- 116 Estamos conscientes que el artículo fue redactado genéricamente para los cuatro casos enunciados en su título y que, como veremos, la actual redacción fue toral para que la Convención, en su conjunto, fuera firmada.

NOS REFERIREMOS PRIMERAMENTE A LA ÚLTIMA HIPÓTESIS. SI OCURRE, SE PROCEDERÁ CONFORME AL ANEXO DE LA CONVENCION EL CUAL PREVE LA FORMACION DE UNA COMISION DE CINCO AMIGABLES COMPONEDORES DE LOS CUALES CADA PARTE NOMBRARA A DOS DE UNA LISTA QUE INCLUYA A JURISTAS DESTACADOS, Y EL QUINTO SERA DESIGNADO POR LA PROPIA COMISION O EN SU DEFECTO, POR EL SECRETARIO GENERAL DE LA ONU, DE LA MISMA LISTA O DE LA CDI, ESTE ULTIMO, TAMBIEN ESTA OBLIGADO A INVITAR A LAS PARTES A LA FORMACION DE LA COMISION, A FORMAR Y MANTENER LA SUSODICHA LISTA Y DE INFORMAR A LOS INTERESADOS EL VEREDICTO, CUANDO SE PRODUZCA. LA COMISION FIJARÁ EL PROCEDIMIENTO A SEGUIR, EMITIRÁ SU DECISION POR MAYORIA DE VOTOS DENTRO DE LOS DOCE MESES SIGUIENTES A SU FORMACION. LA CUAL SÓLO TENDRÁ CARÁCTER DE RECOMENDACION Y NO ENTRAÑARÁ NINGUNA OBLIGATORIEDAD, LO CUAL -SE DICE- FACILITA LA SOLUCION AMISTOSA DE LA CONTROVERSIA.

POR OTRA PARTE, CUANDO LA CONTROVERSIA SE BASE EN LA APLICACION O INTERPRETACION DE LOS ARTICULOS 53 O 64, HIPOTESIS A):

A) CUALQUIERA DE LAS PARTES... PODRÁ, MEDIANTE SOLICITUD ESCRITA, SOMETERLA A LA DECISION DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA A MENOS QUE LAS PARTES CONVENGAN DE COMÚN ACUERDO, SOMETER LA CONTROVERSIA AL ARBITRAJE.

EN EL INCISO TRANSCRITO DEL ARTICULO 66, SE PLASMA UNO DE LOS LOGROS MÁS SIGNIFICATIVOS DE LA CONFERENCIA Y DE LA CONVENCION MISMA. LA POSIBILIDAD DE QUE MEDIANTE SIMPLE PETICION ES

CRITA DE UNA DE LAS PARTES LA CIJ CONOZCA DEL CASO, SIGNIFICA PARA LA DOCTRINA Y PARA LA COMUNIDAD DE ESTADOS EL RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN OBLIGATORIA PLENA DE DICHO ÓRGANO JUDICIAL, ATENUANDO EL ALCANCE QUE DURANTE TANTOS AÑOS TUVIERA LA LLAMADA CLÁUSULA POTESTATIVA DE JURISDICCIÓN OBLIGATORIA CONSIGNADA EN EL ARTÍCULO 36.2 DEL ESTATUTO DE LA CIJ. SIN EMBARGO, NO ES CONCLUYENTE, PUESTO QUE LAS PARTES PUEDEN RECURRIR AL ARBITRAJE<sup>(117)</sup>. EN EL TERCER CAPÍTULO DE ESTE TRABAJO, CONOCEREMOS LOS PORMENORES DEL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN OBLIGATORIA, LAS OPINIONES DOCTRINALES Y LAS MEDIDAS PRÁCTICAS QUE APUNTA A SU ESTABLECIMIENTO; BÁSTENOS DECIR AHORA QUE NO ES ESTA CONVENCIÓN, EL PRIMER TRATADO MULTILATERAL QUE PREVÉ LA COMPILACIÓN A LA DECISIÓN JUDICIAL, YA EXISTÍAN OTRAS PARA 1969, LO CUAL NO AYUDÓ MUCHO PARA ACEPTAR PRIMA FACIE ESTA SOLUCIÓN EN CASO DE CONFLICTO.

NO OBSTANTE LO ANTERIOR, REPRESENTA UNA DECISIÓN IMPORTANTE; LA INCLUSIÓN DEL ARTÍCULO 66 A) EN LA CONVENCIÓN DEMUESTRA QUE EL AVANCE DEL D.I. ESTÁ INDISOLUBLEMENTE LIGADO AL PERFECCIONAMIENTO DE LA PROPIA SOCIEDAD INTERNACIONAL Y SU ORGANIZACIÓN.

117 Como se sabe el arbitraje es una de las instituciones más antiguas de nuestra disciplina, que tuvo mucho auge desde los tratados Jay (1794) hasta 1914; sin embargo, las estadísticas revelan un marcado descenso en su aplicación provocada acaso por la institucionalización del D.I. la creación de O.I. con cierto poder de decisión administrativa. Cf. SEPULVEDA, César: Derecho..., p. 326 y VERDROSS, Alfred: Derecho..., p. 397, nota 14. En el caso concreto, parece difícil que las partes en conflicto concluyan un tratado para formar una Comisión de Arbitraje, o acudan al Tribunal Permanente de Arbitraje, tratándose de un asunto tan delicado.



POR OTRA PARTE EN NINGÚN SISTEMA NORMATIVO ES TAREA FÁCIL DELIMITAR E INTERPRETAR SU CONTENIDO, NI LOS ACTOS ILEGÍTIMOS SON SÓLO REPRIMIBLES A TRAVÉS DE MECANISMOS PROCESALES. EN LA SOCIEDAD INTERESTÁTICA EXISTEN ACTUALMENTE, POR EJEMPLO, OTRO TIPO DE SANCIONES NO DEDESNABLES COMO PUEDEN SER LA CONDENA DE LA OPINIÓN PÚBLICA INTERNA Y EXTERNA DE LOS ESTADOS Y LA PRESIÓN DE LOS O.I. (118),

LOS DEBATES CONFERENCIALES EN TORNO A ESTE ARTÍCULO FUERON LARGOS Y COMPLICADOS, SE FORMARON GRUPOS DE PAÍSES CON OPINIONES ENCONTRADAS Y NO FUE SINO DESPUÉS DE VARIOS INTENTOS, QUE SE CONSIGUIÓ LLEGAR A UNA FÓRMULA ACEPTABLE, QUE FUE VOTADA EXITOSAMENTE (119),

LAS IMPERFECCIONES TÉCNICAS QUE VEREMOS MÁS TARDE, SE DEBEN EN GRAN MEDIDA A QUE FUNGIERON COMO CONCESIONES A LOS GRUPOS DE INTERÉS. ASÍ, SE OPTÓ POR EL PRINCIPIO DE CERTEZA Y ESTABILIDAD DE LOS TRATADOS; POR SALVAR EN LA MEDIDA DE LAS POSIBILIDADES LA DESIGUALDAD E INCONGRUENCIA QUE EXISTIRÍA ENTRE LOS ARTÍCULOS 53 Y 64 POR UNA PARTE, Y LA AUSENCIA DE UNA NORMA QUE OBLIGUE A LA JURISDICCIÓN DIRECTA DE LA CIJ. (120); POR DISEÑAR UN PROCEDIMIENTO QUE DEJARÁ TRANQUILAS LA CONCIENCIAS DE LOS DELEGADOS, AÚN CUANDO SU APLICACIÓN SEA TAN LARGA QUE LO HAGA

118 Cfr. PUCEIRO RIPOLL, Roberto: Op. cit., p. 75. Concordamos con la opinión transcrita en ambas afirmaciones, especialmente en la segunda ( ver supra sección f.7)

119 Un resumen detallado de este punto se puede consultar en GOMEZ ROBLEDO, Antonio: Op. cit., p. 171 a 175, y ELIAS, T.O.: op. cit. p. 402.

120 Cfr. SCHUELB, Egon: op. cit., 973.

PRÁCTICAMENTE IMPOSIBLE.

DICHO PUNTO HIZO TEMER LA SUERTE DE LA CONVENCION (121), HUBO QUIEN PROPUSO LA JURISDICCION OBLIGATORIA DE LA CIJ PARA TODO CASO QUE VERSE SOBRE NULIDAD (SUIZA Y JAPON); LA SOLUCION PREFERENTEMENTE ARBITRAL, ES DECIR, EL SOMETIMIENTO A UNA JURISDICCION INDEPENDIENTE (122) (PAISES OCCIDENTALES DETRACTORES DE IUS COGENS) O; CONTINUAR CON LA FORMULA ESTABLECIDA EN EL ARTICULO 33 DE LA CARTA (BLOQUE SOCIALISTA) RECHAZANDO TODA POSIBILIDAD DE DECISION JUDICIAL OBLIGATORIA.

DOS ARGUMENTOS VALE LA PENA RESALTAR RESPECTO DE LA REPULSION DE LOS ESTADOS PARA ACEPTAR DICHO PRINCIPIO, EL PRIMERO, YA APUNTADO POR LA CDI A TRAVES DE ALGUNOS DE SUS RELADORES Y REVIVIDO EN EL DEBATE, CONSISTE EN CONSIDERAR QUE UN MECANISMO SUFICIENTE DE DECLARACION DE NULIDAD ABSOLUTA, SERIA LA "SALIDA" RECURRENTE PARA AQUELLOS SUJETOS QUE QUISIERAN INCUMPLIR LEGALMENTE CON SUS OBLIGACIONES, LO CUAL ATENTARIA GRAVEMENTE EN CONTRA DE LA ESTABILIDAD DE LOS TRATADOS; ESTO DELATA, EN LOS JURISTAS CREADORES DE LA CONVENCION, DESCONFIANZA EN LA CORTE (123).

LA DESCONFIANZA FUE UN PUNTO IMPORTANTE, RESPECTO DEL SEGUNDO ARGUMENTO. EN 1969 ERA TODAVIA RECIENTE EL FALLO PRODUCIDO EL 18 DE JULIO DE 1966 EN LA SEGUNDA FASE DE LOS SOUTH-WEST AFRICA

121 Cfr. PUCEIRO RIPOLL, Roberto: op. cit., p. 73. y Cfr. GOMEZ ROBLEDO, Antonio: op. cit., p. 172.

122 Cfr. SCHWELB, Egon: op. cit., p. 973, especialmente Gran Bretaña.

123 Cfr. PUCEIRO RIPOLL, Roberto: op. cit., p. 74.

CA CASES (124). ES CONOCIDA DE SOBRA LA OBSTINACIÓN DE SUDÁFRICA PARA RETIRARSE DEL TERRITORIO DE NAMIBIA (ÁFRICA SUR-OCCIDENTAL), PESE A LAS RESOLUCIONES TOMADAS POR LA ASAMBLEA GENERAL EN EL CASO. ARGUMENTANDO UN ANACRÓNICO E INJUSTO MANDATO OTORGADO POR LA SOCIEDAD DE NACIONES SUDÁFRICA HA PERMANECIDO ILEGALMENTE ADMINISTRANDO LAS RIQUEZAS NATURALES DE NAMIBIA Y COMETIENDO GRAVES ATROPELLOS A LOS DERECHOS HUMANOS DE SU POBLACIÓN.

**LIBERIA Y ETIOPÍA, ANTIGUOS MIEMBROS DE LA SOCIEDAD DE NACIONES, PIDIERON AL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA QUE EMITIERA SENTENCIA SOBRE LA PERSISTENCIA DEL MANDATO, EL DEBER DE SUDÁFRICA DE CUMPLIR CON SUS OBLIGACIONES RESPECTO DEL MISMO, QUE LA ASAMBLEA GENERAL ERA COMPETENTE PARA EJERCER SUPERVISIÓN, QUE LA UNIÓN SUDÁFRICANA HABÍA PRACTICADO POLÍTICA DE APARTHEID Y SOBRE OTRAS CUESTIONES. LA UNIÓN SUDÁFRICANA OPUSO EXCEPCIONES PRELIMINARES A LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA, QUE FUERON RECHAZADAS POR ÉSTE EN SU SENTENCIA DEL 21 DE DICIEMBRE DE 1962. ELLO LE PERMITIÓ PASAR AL EXAMEN DE FONDO DEL ASUNTO EN EL SENTIDO DE QUE LIBERIA Y ETIOPÍA NO HABÍAN DEMOSTRADO POSEER UN INTERÉS ESPECIAL PARA EXIGIR JURÍDICAMENTE EL RESPETO POR LA UNIÓN SUDÁFRICANA DE LAS OBLIGACIONES QUE ELLA ASUME EN TANTO QUE POTENCIA MANDATARIA. EL SORPRENDENTE Y CRITICADO FALLO DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL QUE HUBO EMPATE EN LA VOTACIÓN DE LOS JUECES, FUE DECIDIDO POR EL**

VOTO DE CALIDAD DEL PRESIDENTE, EL TRIBUNAL, AL NEGAR EL REFERIDO INTERÉS ESPECIAL DE LOS DEMANDANTES, SE ABSTUVO DE JUZGAR SOBRE EL FONDO DE LAS CUESTIONES DEBATIDAS, PESE A HABERLO EXAMINADO EN LAS FASES ESCRITA Y ORAL DEL PROCEDIMIENTO ( 125).

LO ANTERIOR PROVOCÓ QUE HASTA LOS MÁS ENTUSIASTAS, TOMARAN PRECAUCIONES EN TORNO A LA JURISDICCIÓN OBLIGATORIA DE LA CORTE.

RESPECTO DEL PRESENTE ARTÍCULO, CABE SEÑALAR UN ÚLTIMO ASPECTO. LA NULIDAD RELATIVA, SUS CAUSAS Y CONSECUENCIAS, ESTÁN PERFECTAMENTE PREVISTAS DESDE EL PUNTO DE VISTA TÉCNICO EN LA CONVENCIÓN, RECUÉRDASE EL ARTÍCULO 45 QUE CONSAGRA CLARAMENTE LA CONFIRMABILIDAD Y AÚN LA PRESCRIPTIBILIDAD TRATÁNDOSE DE LOS ARTÍCULOS 46 AL 50 Y DEL 60 AL 62. PERO, ESPECÍFICAMENTE, EL PROCEDIMIENTO QUE LLEVA A LA DECLARACIÓN DE NULIDAD ABSOLUTA (POR CAUSA DE VIOLACIÓN DE UNA NORMA DE IUS COGENS, ENTRE OTRAS RAZONES) TAL Y COMO ESTÁ DISEÑADO, SÓLO PERMITE QUE LOS ESTADOS PARTES EN LA CONTROVERSIA PUEDAN ACUDIR A LA CIJ EN BUSCA DE SOLUCIÓN; EN OTRAS PALABRAS, NINGÚN OTRO MIEMBRO DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL PUEDE HACERLO. SABEMOS QUE ES ASÍ POR LAS PRESIONES SUSCITADAS ENTRE LAS DELEGACIONES ASISTENTES A LA CONFERENCIA, POR LO QUE DE OTRO MODO LA PROPIA CONVENCIÓN HUBIERA QUEDADO SIN FIRMAR; SIN EMBARGO, TÉCNICAMENTE SE ROMPIÓ, CON LA NA

125 DIEZ DE VELASCO, Manuel: op. cit., p. 152. Por cierto el Presidente de la CIJ en ese año era el jurista peruano José Luis Bustamante y Rivero. Cfr. C.I.J. Annuaire, 1966-1967, No. 313, La Haye, 1967, p. 3.

TURALEZA PROPIA DE LA NULIDAD ABSOLUTA. EL QUE CUALQUIER INTERESADO PUEDA HACERLA VALER ANTE LA INSTANCIA JURÍDICA COMPETENTE, ES UN RAZGO ESENCIAL RECONOCIDO TANTO POR LA DOCTRINA, COMO EN LOS DERECHOS INTERNOS <sup>(126)</sup>; SABEMOS SIN EMBARGO QUE LA ACTITUD DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL INTERNACIONAL ES CONTRADICTORIA EN EL PUNTO, YA QUE POR UNA PARTE SE RECHAZA LA EXISTENCIA UNA ACTIO POPULARIS <sup>(127)</sup>, QUE ES LA CONSECUENCIA NATURAL DE LA ACEPTACIÓN DEL PRINCIPIO DEL CUAL CARECE ACTUALMENTE LA NULIDAD ABSOLUTA EN D.I.; PERO POR OTRA, SE HA AFIRMADO QUE EN LA SOCIEDAD INTERNACIONAL TIENEN EFECTIVIDAD LAS OBLIGACIONES ERGA OMNES <sup>(128)</sup>, LAS CUALES SON SUSTENTO DE CUALQUIER ORDEN PÚBLICO Y NECESITAN SER COMPLEMENTADAS CON OTRAS INSTITUCIONES, COMO LA NULIDAD ABSOLUTA QUE SANCIONA SU INOBSERVANCIA. EN ESTE SENTIDO, PARECE LÓGICO QUE CUALQUIER INTERESADO PUEDA HACER VALER, ANTE LA CIJ, LA VIOLACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL, ES DECIR, DE ALGUNA OBLIGACIÓN ERGA OMNES PUESTO QUE, ADEMÁS DE LAS PARTES DIRECTAMENTE INVOLUCRADAS, CADA SUJETO DE D.I. ES PARTE PASIVA DE LA RELACIÓN JURÍDICA CONSTITUIDA CON BASE EN DICHAS OBLIGACIONES, TODA VEZ QUE, COMO SE SABE, AQUÉLLAS CORRESPONDEN A DERECHOS SUBJETIVOS ABSOLUTOS, VER INFRA SECCIÓN E.60.

EN CONCLUSIÓN, LA IDENTIDAD QUE SE PUEDE ESTABLECER ENTRE OBLIGACIONES ERGA OMNES Y NORMAS DE IUS COGENS ES ESTRECHA; ÉS-

126 Cfr. ELIAS, T.O.: op. cit., p. 389, al comentar el famoso caso de la Barcelona Traction Light and Power Co. (1970).

127 En lo que toca a los South West Africa Cases, por ejemplo.

128 Cfr. Art. 2224 y 2226 del Código Civil para el Distrito Federal, mismos que se refieren a la inexistencia y nulidad absoluta de actos, respectivamente. Sabemos que la implantación de una institución no siempre es perfecta de un sistema jurídico a otro, sin embargo, el perfeccionamiento

TE CONSTITUYE LA INSTITUCIONALIZACION DE LA INDEROGABILIDAD "PRIVADA" (UNI O BILATERAL) DE LOS DERECHOS ABSOLUTOS DE LAS CUALES NACE AQUÉLLAS.

EL PROCEDIMIENTO DEL CUAL HEMOS VENIDO HABLANDO, SE SINTETIZA GRÁFICAMENTE EN LA FIGURA 1.

#### §.14 ARTICULO 71

DECLARADA LA NULIDAD EN RAZÓN DE LAS DIFERENTES HIPÓTESIS QUE ENTRAÑAN LOS ARTÍCULOS 53 Y 64, LA CONVENCION SEÑALA UN RÉGIMEN ESPECIAL AL CUAL DEBERÁ SUJETARSE LAS PARTES, EN SUS RELACIONES SUCESIVAS.

TRATÁNDOSE DEL ARTÍCULO 53, IUS COGENS ANTERCEDENTE, LAS PARTES DEBERÁN:

- A) ELIMINAR EN LO POSIBLE LAS CONSECUENCIAS DE TODO ACTO QUE SE HAYA EJECUTADO BASÁNDOSE EN UNA DISPOSICIÓN QUE ESTÉ EN OPOSICIÓN CON LA NORMA IMPERATIVA DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL; Y
- B) AJUSTAR SUS RELACIONES MUTUAS A LA NORMA IMPERATIVA DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL.

---

to de esta figura es necesaria y con el tiempo, posible.

Figura 1: Sinópsis del procedimiento a seguir en caso de violación de una norma de ius cogens, según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Notificación inicial a las partes (art. 65.1)

Lapso no menor de 3 meses (excepto en caso de urgencia) (art. 65.2)

Si ningún Estado parte se opone (art. 65.2) - se produce la solución cuasi-unilateral (A)\*

Si se logra tal, se produce la solución convencional (B)\*

Si algún Estado parte se opone a la medida notificada - (art. 65.3) entonces...

Se busca solución recurriendo a los medios pacíficos previstos en el art. 33 de la Carta (art. 65.3)

Si en un lapso no menor de 12 meses, contados desde que produjo la oposición, no se ha logrado solución (art. 66) y....

Si la controversia versa sobre la aplicación del artículo 53 o 64 (art. 66.A) ambas partes convienen el arbitraje...

O una de ellas podrá iniciar el procedimiento ante la CIJ, en ambos casos se produce la solución-judicial del caso (C)\*

\* Siguiendo la nomenclatura de Nicoludis, existen 3 posibilidades de llegar a la solución de conflictos suscitados, entre otras causas, por declaración de nulidad de un tratado por violación de una norma de ius cogens. Cfr. GÓMEZ ROBLEDO, Antonio: op. cit., 167.

SI AL HABLAR DE LA VIOLACIÓN DE UNA NORMA COMO ESTA NOS REFERIMOS TÁCITAMENTE A LA NULIDAD ABSOLUTA, ES OBVIO QUE LOS ACTOS ILÍCITOS DEBAN DESAPARECER; SIN EMBARGO SE SABE QUE ESTO NO ES POSIBLE EO IPSO, SOBRE TODO EN D.I. POR LO QUE SE PREFIRIÓ LA FÓRMULA "EN LO POSIBLE" SALVANDO ASÍ LOS CASOS EN QUE ELLO SEA MATERIALMENTE IMPOSIBLE. OBSERVAR EN LO FUTURO LA NORMA QUE QUEDÓ ESTABLECIDA EN RAZÓN DE LA NULIDAD DECLARADA, ES UN IMPERATIVO SI SE QUIERE EVITAR PROBLEMAS FUTUROS Y AUN REPRESALIAS DE TERCEROS ESTADOS, SEAN ÉSTAS JUSTAS O NO.

EN CASO DE QUE EL TRATADO TERMINE Y SEA NULO EN RAZÓN DE UNA NORMA IMPERATIVA SUPERVENIENTE, ARTÍCULO 64, EL PRECEPTO DETERMINA QUE DICHA CIRCUNSTANCIA:

- A) EXIMIRÁ A LAS PARTES DE TODA OBLIGACIÓN DE SEGUIR CUMPLIENDO EL TRATADO;
- B) NO AFECTARÁ A NINGÚN DERECHO, OBLIGACIÓN O SITUACIÓN JURÍDICA DE LAS PARTES CREADAS POR LA EJECUCIÓN DEL TRATADO ANTES DE SU TERMINACIÓN; SIN EMBARGO, ESOS DERECHOS, OBLIGACIONES O SITUACIONES, PODRÁN EN ADELANTE MANTENERSE ÚNICAMENTE EN LA MEDIA EN QUE SU MANTENIMIENTO NO ESTÉ POR SÍ MISMO EN OPOSICIÓN CON LA NUEVA NORMA IMPERATIVA DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL.



EN REALIDAD EL INCISO A) ES TAJANTE Y EN CIERTA MEDIDA INEXACTO. COMO SABEMOS, LA DIVISIBILIDAD DE LAS CLÁUSULAS DEL TRATADO ES UNA CARACTERÍSTICA INHERENTE AL IUS COGENS SUPERVENIENS ASÍ QUE ES POSIBLE QUE UN TRATADO SUBSISTA SUSTANCIALMENTE A LA DECLARACIÓN DE NULIDAD ABSOLUTA DE UNA O VARIAS DE SUS CLÁUSULAS. NO OBSTANTE, ESTA SUTILEZA PUEDE COLEGIRSE AL INTERPRETAR EN CONJUNTO EL INCISO COMENTADO Y EL POSTERIOR, EN DONDE SE HABLA GENÉRICAMENTE DE "DERECHOS, OBLIGACIONES Y SITUACIONES" (DE FACTO QUEREMOS CREER) QUE PERMANECEN VIGENTES. CABE SEÑALAR QUE LA PRIMERA PARTE DEL INCISO B) DEJA SENTADO DE MANERA INDUDABLE QUE LA NULIDAD ASÍ PRODUCIDA ES EX NUNC COMO QUEDÓ APUNTADO (VID SUPRA SECCIÓN E.10).

E.15 POR ÚLTIMO, DEBEMOS DEJAR CONSTANCIA DE LAS RESERVAS, DECLARACIONES Y OBJECIONES PLANTEADAS POR LOS ESTADOS PARTES DE ESTA CONVENCION, ESPECIALMENTE DE LAS QUE SE RELACIONAN CON LOS ARTICULOS SUSTANTIVOS O ADJETIVOS DEL IUS COGENS INTERNACIONAL.

DOS FUERON LOS TÓPICOS PRINCIPALES QUE LAS MOTIVARON, A SABER: A) LA NO APLICACIÓN DEL PRINCIPIO REBUS SIC STANTIBUS COMO ESTÁ EXPUESTO EN EL ARTÍCULO 62 (129) Y B) LA NO ACEPTACIÓN, TOTAL O PARCIALMENTE DEL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN EL ARTÍCULO

129 Afganistán, Argentina, Marruecos y Siria en este sentido, Chile y Estados Unidos formularon objeciones a tales reservas. Cfr. Multilateral Treaties... ST/LEG/SER.E/2, pp.652 a 657.

66<sup>(130)</sup> ; EXISTIERON OTRAS DE CARÁCTER PARTICULAR Y MENOS TRASCENDENTE.

PASANDO A NUESTRO TEMA, LA DECLARACIÓN DE ECUADOR PUNTUALIZA QUE LOS CONFLICTOS QUE PUDIERAN SURGIR RESPECTO A LA IRRETROACTIVIDAD DE LA CONVENCION (ART. 4°), DEBEN SER RESUELTOS MEDIANTE EL PRINCIPIO DE :

**SOLUCIÓN PACÍFICA DE LAS CONTROVERSIAS, EL CUAL ESTÁ POR DEMÁS ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 2, PÁRRAFO 3 DE LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS, EL CUAL, COMO IUS COGENS, TIENE FUERZA UNIVERSAL Y OBLIGATORIA** <sup>(131)</sup>.

LO CUAL RETOMA MUCHAS OPINIONES DOCTRINALES Y DEMUESTRA LA INTENCIÓN DE LOS ESTADOS -TERCERMUNDISTAS- DE FIJAR NORMAS IMPERATIVAS <sup>(132)</sup>.

EN SUS RESERVAS, SIRIA SEÑALÓ:

**C) EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA ÁRABE DE SIRIA NO ACEPTA EN NINGÚN CASO LA NO APLICABILIDAD DEL PRINCIPIO DE CAMBIO FUNDAMENTAL DE CIRCUNSTANCIAS RESPECTO DE LOS TRATADOS QUE ESTABLEZCAN FRONTERAS, CONSIGNADO EN EL ARTÍCULO 62, PÁRRAFO 2 (A), EN VISTA DE QUE COMO TAL, LO ESTIMA COMO UNA VIOLACIÓN FLAGRANTE DE UNA NORMA OBLIGATO-**

130 Dinamarca y Tanzania en este sentido (sólo respecto de otros Estados que hayan formulado alguna reserva a la sección V de la Convención), igualmente Canadá, Egipto, Finlandia, Guatemala, Túnez y Siria; las objeciones estuvieron a cargo de Nueva Zelandia y Gran Bretaña respecto de Túnez y Japón Suecia y Estados Unidos, respecto de Siria y Túnez. Cfr. *ibid.*

131 *Ibid.*, p. 652.

132 Existen desarrollos doctrinales que ven en la Carta un compendio de normas de *ius cogens* (ver *infra* sección E.29).

**RIA QUE FORMA PARTE DEL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL Y QUE RECONOCE EL DERECHO DE LOS PUEBLOS A LA AUTODETERMINACIÓN (133) .**

PARA ENTENDER EL ALCANCE EXACTO DE LA ENREDADA RESERVA SIRIA, RECORDAREMOS EL CONTENIDO DEL APARTADO 2 (A) DEL ARTÍCULO 62:

**2. - UN CAMBIO FUNDAMENTAL DE CIRCUNSTANCIAS NO PODRÁ ALEGARSE COMO CAUSA PARA DAR POR TERMINADO UN TRATADO O RETIRARSE DE ÉL:**

**A) SI EL TRATADO ESTABLECE UNA FRONTERA.**

AHORA BIEN, INTERPRETANDO CON ESTE ANTECEDENTE EL PRONUNCIAMIENTO TRANSCRITO, COLEGIMOS QUE SIRIA ESTÁ A FAVOR DE QUE UN CAMBIO SUSTANCIAL DE CIRCUNSTANCIAS ES SUFICIENTE FUNDAMENTO PARA DENUNCIAR UN TRATADO FRONTERIZO, Y MÁS AÚN, PARA MODIFICAR ÉSTAS. OPONER EL PRINCIPIO DE AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS -QUE SIN EXPRESARLO ABIERTAMENTE, LO CONSIDERA COMO NORMA DE IUS COGENS, AL ATRIBUIRLE ALGUNA DE LAS CARACTERÍSTICAS QUE LE SON PROPIAS- AL REBUS SIC STANTIBUS RESPECTO DE LOS TRATADOS FRONTERIZOS, PARECE MÁS UNA MANIOBRA POLÍTICA QUE UNA RESERVA FUNDADA EN VERDADERAS RAZONES TÉCNICAS. EL ARTÍCULO 62, 2(A) IMPLICA UNA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA QUE POR SÍ, DEBE RESPETARSE COMO OBLIGATORIA; EL PROBLEMA PLANTEADO POR SIRIA EN REALIDAD ENTRAÑA UN CONFLICTO JERÁRQUICO ENTRE NORMAS APLICABLES A UN CASO CONCRETO, EL CUAL DEBE SER RESUELTO POR LA CIJ, PUES SE TRATA DE LA INTERPRETACIÓN

133 ST/LEG/SER.E/2, p. 653, Siria se adhirió a la Convención el 2 de octubre de 1970. Por su parte hay autores que ven en la cláusula rebus sic stantibus, debidamente regulada, una norma iuris cogentis.

O/Y APLICACIÓN DE UNA NORMA DE IUS COGENS.

JAPÓN, SIENDO CONGRUENTE CON LA POSICIÓN SOSTENIDA DURANTE LAS DOS CONFERENCIAS PREVIAS A LA APROBACIÓN DE TEXTO ANALIZADO, FORMULÓ UNA OBJECCIÓN EN LA CUAL DECLARÓ QUE SU GOBIERNO VETA TODA RESERVA FORMULADA RESPECTO DE LA PARTE V DE LA CONVENCIÓN <sup>(134)</sup> DE ESPECIAL INTERÉS ES EL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL PUNTO 1, EL CUAL CONSIGNA:

**POR CONSIGUIENTE, LAS RELACIONES CONVENCIONALES ENTRE JAPÓN Y LA REPÚBLICA ÁRABE DE SIRIA NO INCLUIRÁN AQUELLAS ESTIPULACIONES DE LA PARTE V DE LA CONVENCIÓN A LAS CUALES LES SEA APLICABLE EL PROCEDIMIENTO DEL ANEXO; Y LAS RELACIONES CONVENCIONALES ENTRE JAPÓN Y TUNEZ NO INCLUIRÁN A LOS ARTÍCULOS 53 Y 64 DE LA CONVENCIÓN <sup>(135)</sup>.**

SABEMOS YA QUE EL ANEXO SERÁ APLICABLE SÓLO EN EL CASO DE QUE SURJA ALGUNA CONTROVERSIA SOBRE LA INTERPRETACIÓN O APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS COMPRENDIDOS EN DICHA SECCIÓN EXCEPTO LOS SUSTANTIVOS DEL IUS COGENS, ES DECIR 53 Y 64.

SUECIA TOMÓ PARECIDA DETERMINACIÓN EN LA OBJECCIÓN FORMULADA, ENTRAÑANDO LAS MISMAS CONSECUENCIAS. NO OBSTANTE, CABE ACLARAR QUE LA DELEGACIÓN SUECA ATEMPERÓ DICHO ACTO UNILATERAL AL DESTACAR LA RELACIÓN EXISTENTE ENTRE LAS NORMAS SUSTANTIVAS Y SUS CO

134 Como sabemos, se refiere a la "Nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los Tratados" y comprende entre otros a los artículos 53, 64, 65, 66 y demás relativos al ius cogens. Esto es aparentemente una defensa de la pretendida jurisdicción obligatoria de la CIJ.

135 ST/LEG/SER.E/2,p.654. Japón se adhirió el 2 de junio de 1981.

RRELATIVAS ADJETIVAS; LO CUAL EXPRESÓ ASÍ:

EL GOBIERNO SUECO CONSIDERA QUE ESTAS ESTIPULACIONES RELACIONADAS CON EL ARREGLO DE DISPUTAS SON UNA PARTE IMPORTANTE DE LA CONVENCIÓN Y NO PUEDEN SER SEPARADAS DE LAS REGLAS SUSTANTIVAS CON LAS CUALES ESTÁN CONECTADAS (136).

ESTADOS UNIDOS, UNIÉNDOSE A JAPÓN Y SUECIA, REAFIRMÓ SUS ARGUMENTOS INVOCANDO EL ARTÍCULO 42 DE LA PROPIA CONVENCIÓN DE LA MANERA SIGUIENTE:

LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA OBJETAN LAS RESERVAS (DE) TUNEZ AL PÁRRAFO (A) DEL ARTÍCULO 66 DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS RESPECTO DE LA DISPUTA ASÍ COMO DE LA INTERPRETACIÓN O APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 53 O 64. EL DERECHO DE UNA PARTE DE INVOCAR LAS ESTIPULACIONES DEL ARTÍCULO 53 O 64 ESTÁ INEXTRICABLEMENTE LIGADA A LA ESTIPULACIÓN DEL ARTÍCULO 42 RESPECTO DE LA IMPUGNACIÓN DE LA VALIDEZ DE UN TRATADO; Y AL PÁRRAFO (A) DEL ARTÍCULO 66 RESPECTO DEL DERECHO DE CUALQUIER PARTE DE SOMETERSE A LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA PARA (QUE) DECIDA CUALQUIER DISPUTA CONCERNIENTE A LA APLICACIÓN O A LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 53 O 64 (137).

136 Ibid., p. 655, Suecia firmó la Convención el 23 de abril de 1970 y la ratificó el 4 de febrero de 1975.

137 Ibid., p. 656. Los Estados Unidos firmaron la Convención el 24 de abril de 1970 y hasta 1982 no la habían ratificado. El artículo 42 dice:  
Art. 42. Validez y continuación en vigor de los tratados.

1. La validez de un tratado o del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado no podrá ser impugnada sino mediante la aplicación

LA OBJECCIÓN PARECE JUSTIFICADA YA QUE TUNEZ FORMULÓ SU RESERVA EN LOS SIGUIENTES TÉRMINOS :

LA DISPUTA REFERIDA AL ARTÍCULO 66 (A) REQUIERE EL CONSENTIMIENTO DE TODAS LAS PARTES, Y ELLO CON OBJETO DE SER SOMETIDA A LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA PARA UNA DECISIÓN <sup>(138)</sup> .

ASÍ PUES, TUNEZ RECHAZA TERMINANTEMENTE EL ACCESO UNILATERAL AL PROCESO ANTE LA CIJ; PEDIR EL CONSENTIMIENTO DE TODAS LAS PARTES EN LA CONTROVERSIA PARA SOMETERSE A LA CORTE, SIGNIFICA VOLVER A LA FIGURA CONOCIDA COMO "CLÁUSULA FACULTATIVA DE JURISDICCIÓN OBLIGATORIA" TAL COMO LA PREVÉ EL ARTÍCULO 36.2 DEL ESTATUTO DE LA CIJ; LO CUAL NO REPORTA NINGÚN ADELANTO EN EL DESARROLLO DE UNA CONCIENCIA INTERNACIONAL PARA LOGRAR UNA VERDADERA JURISDICCIÓN OBLIGATORIA. SI EL ARTÍCULO 42, COMO ES OBVIO, CONTIENE UNA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA LA RESERVA TUNECINA CAE POR SU PROPIO PESO, SOBRE TODO TRATÁNDOSE DEL GRAVE ASUNTO QUE ES LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE UN TRATADO POR ILICITUD MANIFIESTA.

POR OTRA PARTE, AUNQUE JUSTIFICADAS EN CIERTO SENTIDO, LAS OBJECIONES JAPONESA, SUECA Y ESTADOUNIDENSE NOS HACEN PREGUNTARNOS POR EL VALOR JURÍDICO DE TALES ACTOS SI, DE UNA MANERA U OTRA, DECLARAN INAPLICABLES EN SUS RELACIONES BILATERALES CON SIRIA Y TUNEZ, LOS ARTÍCULOS 53 Y 64. LA RESPUESTA LA ENCONTRA-

---

de la presente Convención.

2. La terminación de un tratado, su denuncia o el retiro de una parte no podrá tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la presente Convención. La misma norma se aplicará a la suspensión de la aplicación de un tratado.

138 Ibid., p. 653. El artículo 66 a) ya fue comentado (ver infra sección E.13)

REMOS EN LOS ARTÍCULOS 19 Y 20 DE LA PROPIA CONVENCIÓN, QUE SI BIEN NO ESTABA VIGENTE AL MOMENTO EN QUE FUERON FORMULADAS LAS RESERVAS Y SUS CORRESPONDIENTES OBJECIONES -QUE COMO TALES SON TAMBIÉN RESERVAS- RECOGE LA PRÁCTICA SEGUIDA POR LOS ESTADOS A ESE RESPECTO. LOS ARTÍCULOS DISPONEN:

**ART. 19 FORMULACIÓN DE RESERVAS**

UN ESTADO PODRÁ FORMULAR RESERVAS EN EL MOMENTO DE FIRMAR, RATIFICAR, ACEPTAR O APROBAR UN TRATADO O DE ADHERIRSE AL MISMO, A MENOS:

- A) QUE LA RESERVA ESTÉ PROHIBIDA POR EL TRATADO;
- B) QUE EL TRATADO DISPONGA QUE ÚNICAMENTE PUEдан HACERSE DETERMINADAS RESERVAS, ENTRE LAS CUALES NO FIGURE LA RESERVA DE QUE SE TRATE; O,
- C) QUE, EN LOS CASOS NO PREVISTOS EN LOS APARTADOS A) Y B), LA RESERVA SEA INCOMPATIBLE CON EL OBJETO Y EL FIN DEL TRATADO.

**ART. 20 ACEPTACIÓN DE LAS RESERVAS Y OBJECCIÓN A LAS RESERVAS.**

- 1. UNA RESERVA EXPRESAMENTE AUTORIZADA POR EL TRATADO NO EXIGIRÁ LA ACEPTACIÓN ULTERIOR DE LOS DEMÁS ESTADOS CONTRATANTES, A MENOS QUE EL TRATADO ASÍ LO DISPONGA.
- 2. CUANDO EL NÚMERO REDUCIDO DE ESTADOS NEGOCIADORES Y DEL OBJETO Y FIN DEL TRATADO SE DESPRENDA QUE LA APLICACIÓN DEL TRATADO EN SU INTEGRIDAD ENTRE TODAS LAS PARTES ES CONDICIÓN ESENCIAL DEL CONSENTIMIENTO DE CADA UNA DE ELLAS EN OBLIGARSE POR EL TRATADO, UNA RESERVA EXIGIRÁ LA ACEPTACIÓN DE TODAS LAS PARTES.

3. CUANDO EL TRATADO SEA UN INSTRUMENTO CONSTITUTIVO DE UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL Y A MENOS QUE EN ÉL SE DISPONGA OTRA COSA, UNA RESERVA EXIGIRÁ LA ACEPTACIÓN DEL ÓRGANO COMPETENTE DE ESA ORGANIZACIÓN.
4. EN LOS CASOS NO PREVISTOS EN LOS PÁRRAFOS PRECEDENTES Y A MENOS QUE EL TRATADO DISPONGA OTRA COSA:
  - A) LA ACEPTACIÓN DE UNA RESERVA POR OTRO ESTADO CONTRATANTE CONSTITUIRÁ AL ESTADO AUTOR DE LA RESERVA EN PARTE EN EL TRATADO EN RELACIÓN CON ESE ESTADO SI EL TRATADO YA ESTÁ EN VIGOR O CUANDO ENTRE EN VIGOR PARA ESOS ESTADOS;
  - B) LA OBJECCIÓN HECHA POR OTRO ESTADO CONTRATANTE A UNA RESERVA NO IMPEDIRÁ LA ENTRADA EN VIGOR DEL TRATADO ENTRE EL ESTADO QUE HAYA HECHO LA OBJECCIÓN Y EL ESTADO AUTOR DE LA RESERVA, A MENOS QUE EL ESTADO AUTOR DE LA OBJECCIÓN MANIFIESTE INEQUÍVOCAMENTE LA INTENCIÓN CONTRARIA;
  - C) UN ACTO POR EL QUE UN ESTADO MANIFIESTE SU CONSENTIMIENTO EN OBLIGARSE POR UN TRATADO Y QUE CONTenga UNA RESERVA SURTIRÁ EFECTO EN CUANTO ACEPTE LA RESERVA AL MENOS OTRO ESTADO CONTRATANTE.
5. PARA LOS EFECTOS DE LOS PÁRRAFOS 2 Y 4, Y A MENOS QUE EL TRATADO DISPONGA OTRA COSA, SE CONSIDERARÁ QUE UNA RESERVA HA SIDO ACEPTADA POR UN ESTADO CUANDO ÉSTE NO HA FORMULADO NINGUNA OBJECCIÓN A LA RESERVA DENTRO DE LOS DOCE MESES SIGUIENTES A LA FECHA EN QUE HAYA RECIBIDO LA NOTIFICACIÓN DE LA



RESERVA O EN LA FECHA EN QUE HAYA MANIFESTADO SU  
CONSENTIMIENTO DE OBLIGARSE POR EL TRATADO, SI ES-  
TA ÚLTIMA ES POSTERIOR.

ASÍ PUES, HAY QUE DETERMINAR SI LAS RESERVAS Y LAS OBJECIO-  
NES TRANSCRITAS SON VÁLIDAS; Y COMO LA CONVENCION NO DICE NADA SUS-  
TANTIVO AL RESPECTO ES NECESARIO, O BIEN SABER SI TALES RESERVAS  
Y OBJECIONES CAEN O NO DENTRO DE LAS FRACCIONES A) O C) DEL ARTI-  
CULO 19. RESPECTO DE LA PROHIBICION DE LA RESERVA CORRESPONDIEN-  
TE A LOS ARTICULOS 53 O 64 O LOS REFERENTES AL PROCEDIMIENTO 65  
Y 66, HAY QUE APUNTAR QUE UNA RESERVA U OBJECCION ES UN ACTO UNI-  
LATERAL, Y QUE POR OTRA PARTE EL ARTICULO 53 CARACTERIZA A LA  
NORMA DE IUS COGENS POR NO ACEPTAR "ACUERDO EN CONTRARIO", EN-  
TONCES POR MAYORIA DE RAZON, NO SE PUEDE DEJAR DE APLICAR UNILA-  
TERALMENTE ALGUNOS DE LOS ARTICULOS QUE DELINEAN LA FIGURA. AHO-  
RA BIEN, ¿EL IUS COGENS FORMA PARTE DEL OBJETO Y FIN DE LA CON-  
VENCION, A TAL GRADO DE HACER INCOMPATIBLE UNA RESERVA U OBJE-  
CCION? EN VERDAD LA RESPUESTA ES COMPLEJA. NOSOTROS PENSAMOS  
QUE SI, TODA VEZ QUE A TRAVES DE ESTA SE INTENTO REGULAR LA QUE  
ES, HOY POR HOY, LA FUENTE MAS IMPORTANTE DE D.I. PUBLICO, Y PA-  
RA LOGRARLO CABALMENTE, ERA IMPOSTERGABLE LA INCLUSION DE UNA RE-  
GLA QUE RIGIERA LA IMPERATIVIDAD DE LAS NORMAS EN ESTE CAMPO DEL  
DERECHO (139). EN TODO CASO LA SOLUCION CORRESPONDE A LA CIJ,  
SI ES ASI, TANTO LAS RESERVAS COMO LAS OBJECIONES A ESTE RES-

139 En un instrumento como este, casi todos los artículos forman parte esencial de su objeto y fin, ya que pensar lo contrario implicaría negar el trabajo eminentemente codificador de la CDI, al igual que sus logros en el campo del desarrollo progresivo del D.I.

PECTO SON VÁLIDAS Y CONSECUENTEMENTE, NO PRODUCIRÁN EFECTO JURÍDICO ALGUNO:

HASTA HACE POCO, EL DERECHO RESPECTO DE LA FIGURA DE LA RESERVA, SI [ERA] CAPAZ DE DAR CABIDA A CIERTAS DIFICULTADES EN LOS DETALLES Y EN EL PROCEDIMIENTO, FUE CONSIDERADO, EN PRINCIPIO, CLARO. EL TEXTO DE UNA CONVENCION FUE VISTO COMO UN TODO INTEGRADO Y BALANCEADO, Y UNA VEZ ANALIZADO ERA, QUA TEXT, DEFINITIVO. NINGUN PAIS ESTÁ OBLIGADO A CONVERTIRSE EN PARTE DE ÉL, PERO NINGUN PAIS PODÍA ACEPTAR UNA PARTE Y RECHAZAR EL RESTO<sup>(140)</sup>.

EN EFECTO, EL ASUNTO FUE ESTUDIADO EXHAUSTIVAMENTE POR LA CIJ Y POR LA CDI A RAIZ DE LA "CONVENCION SOBRE LA PREVENCIÓN Y EL CASTIGO DEL CRIMEN DE GENOCIDIO"<sup>(141)</sup>. PUES BIEN, EN LA OPINIÓN CONSULTIVA QUE LE REQUIRIÓ LA ASAMBLEA GENERAL LA CIJ, POR SIETE VOTOS A CINCO<sup>(142)</sup> DECIDIÓ CONTESTAR :

**PRIMERO, QUE UN ESTADO QUE HUBIERA FORMULADO O MANTENIDO UNA RESERVA OBJETADA POR UNA O MÁS PARTES DE LA CONVENCION, PERO NO POR OTRAS, PODRÍA SER CONSIDERADA COMO PARTE DE LA CONVENCION SI LA RESERVA FUERA COMPATIBLE CON EL OBJETO O EL PROPÓSITO DE LA CONVENCION; DE OTRA MANERA NO, Y**

**SEGUNDO, (A) QUE SI UNA PARTE EN LA CONVENCION OBJETA RA UNA RESERVA CONSIDERADA COMO INCOMPATIBLE CON EL OBJETO Y PROPÓSITO DE LA CONVENCION, DARÍA DERECHO A CONSIDERAR AL ESTADO AUTOR DE LA RESERVA COMO NO PAR**

140 FITZMAURICE, G.C.: Reservations To Multilateral Conventions, ICLQ, Vol. 2, Pt. 1, January 1953 p. 1.

141 Firmada en Nueva York el 9 de diciembre de 1948 y en vigor desde el 12 de enero de 1951. SZEKELY, Alberto.: op. cit., p. 327. Por las fechas podemos percatarnos de lo delicado que era formular reservas a una Convención tan importante como ésta.

142 En esa época eran 12 jueces.

TE EN LA CONVENCIÓN, PERO QUE (B) SÍ, POR OTRO LADO, UNA PARTE ACEPTARÁ LA RESERVA COMO COMPATIBLE CON EL OBJETO Y PROPÓSITO DE LA CONVENCIÓN, DARÍA DERECHO A CONSIDERAR AL ESTADO QUE FORMULÓ LA RESERVA COMO PARTE EN LA CONVENCIÓN <sup>(143)</sup>.

SI ESTA CONCLUSIÓN FUE INTERESANTE, NO MENOS LO ES LA DEL JUEZ ALVAREZ AL FORMULAR SU OPINIÓN DISIDENTE, YA QUE CONSIDERÓ QUE EL CARÁCTER DE LA CONVENCIÓN SOBRE GENOCIDIO ERA FUNDAMENTALMENTE INCOMPATIBLE CON LA FORMULACIÓN DE CUALQUIER RESERVA <sup>(144)</sup>. SIN EMBARGO, LA CDI LLEGÓ A UNA CONCLUSIÓN DIFERENTE AL SERLE PROPUESTO EL MISMO PROBLEMA; HAY QUE TOMAR EN CUENTA QUE ESTUDIÓ EL CASO COCOCIENDO YA LA OPINIÓN DE LA CIJ, ES POR ELLO QUE DECLARÓ

LA COMISIÓN CREE QUE EL CRITERIO DE LA COMPATIBILIDAD DE LA RESERVA CON EL OBJETO Y PROPÓSITO DE UNA CONVENCIÓN MULTILATERAL, APLICADO POR LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA A LA CONVENCIÓN SOBRE GENOCIDIO, NO ES APROPIADO PARA SER APLICADO A LAS CONVENCIONES MULTILATERALES EN GENERAL <sup>(145)</sup>.

¿POR QUÉ TOMARON TAL DETERMINACIÓN LOS MIEMBROS DE LA CDI?, ENTRE OTRAS RAZONES POR LAS QUE A CONTINUACIÓN TRANSCRIBIMOS

**[EL CRITERIO DE COMPATIBILIDAD] ENVUELVE UNA CLASIFICACIÓN DE LAS ESTIPULACIONES DE UNA CONVENCIÓN EN DOS CATEGORÍAS, AQUÉLLAS QUE FORMAN PARTE DE SU OBJETO Y PROPÓSITO Y AQUÉLLAS QUE NO. PARECE RAZONABLE ASUMIR**

143 I.C.J. Reports, 1951, pp. 29 a 30 citado en FITZMAURICE: op. cit., p. 3.

144 Ibid., p. 5.

145 Report of the International Law Comition covering the work of its third Session, may 16-july 27, 1951, A/1858, parag. 24, citado ibid., p. 7.

QUE, ORDINARIAMENTE AL MENOS, LAS PARTES CONSIDERAN LAS ESTIPULACIONES DE UNA CONVENCIÓN COMO UN TODO INTEGRAL, Y QUE UNA RESERVA A CUALQUIERA DE ELLAS PODRÍA SER CONSIDERADA COMO UN ESTORBO PARA [EL LOGRO DE] SU OBJETO Y PROPÓSITO...

TAN PRONTO COMO LA APLICACIÓN DEL CRITERIO DE COMPATIBILIDAD SE CONVIERTA EN UN ASUNTO DE SUBJETIVA DISCRETIONALIDAD, ALGUNAS DE LAS PARTES ESTARÍAN DISPUESTAS A ACEPTAR UNA RESERVA Y OTRAS NO [ASÍ], EL STATUS DEL ESTADO QUE FORMULÓ LA RESERVA A LA CONVENCIÓN QUEDARÍA INCIERTO...

Y CUANDO UNA CONVENCIÓN CONFIERA JURISDICCIÓN A LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE DISPUTAS CONCERNIENTES A LA INTERPRETACIÓN O APLICACIÓN DE SUS ESTIPULACIONES, Y TAL JURISDICCIÓN SEA INVOCADA POR UNA PARTE, PODRÍAN SUSCITARSE DIFICULTADES PARA DETERMINAR CUÁLES SON LAS PARTES DE LA CONVENCIÓN CON DERECHO DE INTERVENIR BAJO EL ARTÍCULO 63 DEL ESTATUTO DE LA CORTE <sup>(146)</sup>.

ES DECIR, CUANDO LA CIJ INTERPRETE UN TRATADO EN EL QUE SEAN PARTES OTROS ESTADOS ADEMÁS DE LOS QUE LO SEAN EN LA DISPUTA, EL SECRETARIO DE LA CORTE LES NOTIFICARÁ DEL PROCESO SEGUIDO ANTE ESE ÓRGANO JURISDICCIONAL; LOS ESTADOS PARTES EN EL TRATADO, DISCRETIONALMENTE PODRÁN O NO INTERVENIR EN EL LITIGIO PERO SI LO HACEN, AUTOMÁTICAMENTE EL FALLO EMITIDO LES SERÁ TAMBIÉN OBLIGATORIO <sup>(147)</sup>

146 *Ibid.*

147 *Cfr.* art. 63 del Estatuto de la CIJ.

EN RESUMEN, LA CDI SE PRONUNCIÓ EN FAVOR DE LA DOCTRINA TRADICIONAL QUE CONTEMPLA EL NECESARIO CONSENTIMIENTO GENERAL DE LAS RESERVAS.

COMO VIMOS, LA CONVENCION ANALIZADA FINALMENTE ACEPTÓ EL CRITERIO DE LA COMPATIBILIDAD (ART. 19.C.) PROPUESTO POR LA CIJ PARA EL CASO DE LA CONVENCION SOBRE GENOCIDIO. SIN EMBARGO, DICHA REGULACION ES APLICABLE A LOS TRATADOS CONCLUIDOS ENTRE ESTADOS DESPUÉS DE LA ENTRADA EN VIGOR DE AQUÉLLA; SI FUERA APLICABLE A SÍ MISMA YA HEMOS VISTO QUE LAS RESERVAS Y OBJECIONES SOBRE IUS COGENS SON INVÁLIDAS, SI POR EL CONTRARIO NO LO FUERA, CON MAYOR RAZÓN SERÍA INCOMPATIBLE CON SU OBJETO Y FIN CUALQUIER RESERVA; SEGÚN LA COSTUMBRE APLICABLE HASTA ANTES DE SU ENTRADA EN VIGOR Y LAS OPINIONES TRANSCRITAS. ASÍ PUES, SEGÚN EL CRITERIO SENTADO EN EL ARTÍCULO 20.4.B, JAPÓN, SUECIA Y ESTADOS UNIDOS NO DEBERÍAN CONSIDERARSE PARTES DE LA CONVENCION RESPECTO DE TUNEZ Y SIRIA, LO QUE PROVOCARÍA LA INAPLICABILIDAD DE LAS NORMAS SUSTANTIVAS Y PROCESALES DE IUS COGENS, -ES DECIR IMPERATIVAS- CONTENIDAS EN LA MISMA; LO QUE RESULTARÍA SER ABSURDO.

CONSIDERAMOS QUE LAS RESERVAS Y OBJECIONES COMENTADAS SON INVÁLIDAS Y DEBEN TENERSE POR NO PUESTAS. EL PROBLEMA, NUEVAMENTE NO ES TÉCNICO, SINO POLÍTICO.

## II. NOCIÓN DE IUS COGENS EN LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS DE 1986.

§.16 CON EL SIGLO XX SE TRANSFORMÓ RADICALMENTE EL MOSAÍCO DE NACIONES QUE PARTICIPAN EN EL CONCIERTO INTERNACIONAL, CONSECUENTEMENTE, EL D.I. QUE RIGIÓ EN EL VIEJO RÉGIMEN HA DESAPARECIDO - CASI TOTALMENTE. EL DERECHO QUE HOY SE VIVE TRATA DE RESPONDER A NECESIDADES NORMATIVAS MÁS COMPLEJAS EN TODOS SENTIDOS, SI BIEN ENCUENTRA FUNDAMENTO EN AQUEL, ÉSTE YA ES OTRO. UNA DE LAS MÁS - NOTABLES INNOVACIONES LA CONSTITUYE LA APARICIÓN DE NUEVOS SUJETOS DE D.I. PÚBLICO, INVESTIDOS DE PERSONALIDAD JURÍDICA PROPIA ASÍ COMO DE FINES Y REGLAS INTERNAS DE CONDUCTA, TAN ESPECIALIZADAS COMO ELLOS MISMOS. NOS REFERIMOS OBTIVAMENTE A LOS O.I., CUYO ESTUDIO HA MEREcido ATENCIÓN PARTICULAR DE VARIAS ESPECIALIDADES, POR SER UN DESARROLLO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO. DESDE UN PUNTO DE VISTA PRÁCTICO, SU ORIGEN SE ENCUENTRA EN EL ÁMBITO EUROPEO DEL PASADO SIGLO (1), SIN EMBARGO, HAN CONOCIDO SU MAYOR AUGE DURANTE - LAS CINCO ÚLTIMAS DÉCADAS. GENERALMENTE SE CONSIDERA QUE EL INCREMENTO EN EL NÚMERO DE NACIONES, EL AVANCE TECNOLÓGICO (ESPECIALMENTE EN LAS TELECOMUNICACIONES) Y LA RESULTANTE INTERRELACIÓN ECONÓMICA, SON LAS PRINCIPALES CAUSAS DE LA PROPAGACIÓN DE TALES SUJETOS (2). DOCTRINALMENTE, LA IDEA DE QUE UN --

1 Por lo mismo se afirma:

Posiblemente el más espectacular rasgo de la escena internacional de hoy, en contraste con la centuria o aun con la generación pasada, es el tremendo crecimiento de las O.I. de todo tipo. Comenzando por las Comisiones fluviales europeas en los albores del siglo XIX y por la Unión Internacional Telegráfica de 1865, hemos visto emerger varias 'uniones' funcionales como la Unión Postal - Universal...

BISHOP, M.W.: International Law, Cases and Materials. 3a. ed., Little Brown and Co., 1963, p. 226.

CONSENSO UNIVERSAL DE VOLUNTADES ESTATALES PODRÍA LOGRARSE A TRAVÉS DE UNA ORGANIZACIÓN PERMANENTE, FUE EXPLORADA DESDE LA EDAD MEDIA (3); PERO LOS HECHOS HAN COMPROBADO QUE LA COORDINACIÓN REGIONAL, PARTICULARMENTE EN CAMPOS TÉCNICOS, TUVO MAYOR ÉXITO EN UN PRINCIPIO.

RECORDEMOS LAS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE TALES ENTES, A LA FIN DE TENER UNA NOCIÓN ELEMENTAL DE SU NATURALEZA. AL EFECTO SE SUELE MENCIONAR QUE DEBEN: 1) SER CREADOS MEDIANTE UN ACTO JURÍDICO QUE TENGA ESE OBJETO (4); 2) ESTAR COMPUESTOS POR SUJETOS DE D.I.; 3) ESTAR DOTADOS DE ÓRGANOS PERMANENTES, DISTINTOS E INDEPENDIENTES DE LOS MIEMBROS; 4) TENER UN CARÁTER ESTABLE Y 5) POSEER UNA VOLUNTAD COLECTIVA PROPIA DIFERENTE A LA DE LOS MIEMBROS (5). POSIBLEMENTE ESTE ÚLTIMO ASPECTO SEA EL MENOS JURÍDICO Y A LA VEZ EL MÁS DINÁMICO; ESA "VOLUNTAD INDEPENDIENTE" PESE A LAS MANIPULACIONES A LAS QUE PUEDE ESTAR SUJETA, HA PROVOCADO POSITIVOS RESULTADOS EN LAS ORGANIZACIONES UNIVERSALES EMINENTEMENTE POLÍTICAS, COMO LA DESCOLONIZACIÓN POR INSTANCIAS DE LA ONU (6)

ción del Danubio (1865). Cfr. FOIGNET, René: Op. cit., p. 119 al 124. Es de hacer notar que este último autor no registra a tales Comisiones como O.I.

2. Cfr. DIEZ DE VELASCO: Op. cit., Tomo II, pp.31 y s

3. Entre otros autores se cita a: "Pierre Dubois (De recuperatione Terrae Sanguiae), Dante (De monarchia Mundi), Podiebrad (Tratado de Alianza entre el Rey Luis XI, Jorge Rey de Bohemia y la Señoría de Venecia para resistir a los Turcos), Sully (Le Grand Dessain), Emeric Crucé (Nouveau Cynée), William Penn (Ensayo sobre el establecimiento de la paz presente y futura en Europa), Kant (Sobre la paz perpetua), Sainr-Sirón (De la reorganización de la Sociedad Europea)". SEARA VAZQUEZ, Modesto: op. cit., pp.138. Passin STADMLER, Grego: op. cit.

4. Recuérdese lo dispuesto por el artículo 5° de la Convención de 1969. "La presente Convención se aplicará a todo tratado que sea un instrumento constitu

YA HEMOS HABLADO DE LA IMPORTANCIA DE LA OPINIÓN PÚBLICA EN EL CAMPO INTERNACIONAL (VID SUPRA SECCIÓN E.7) PUES BIEN, LAS O.I. SON UN IMPORTANTE INSTRUMENTO DE PRODUCCIÓN DE DICHO FACTOR GRACIAS A ESA "VOLUNTAD PARTICULAR". NO OBSTANTE, A VECES ESTO MISMO PROVOCA QUE LAS O.I. SE VEAN PRESIONADAS POR MIEMBROS INDIVIDUALES O GRUPOS DE ELLOS, DESDE MUY DIFERENTES ÁNGULOS, PARTICULARMENTE EL FINANCIERO,

PARALELAMENTE AL DESARROLLO Y GENERALIZACIÓN DE LOS O.I., FUE MENESTER IR RESOLVIENDO LOS PROBLEMAS TÉCNICOS, SIEMPRE NUEVOS, QUE PLANTEA LA NEGOCIACIÓN MULTILATERAL; DE AHÍ, LA CREACIÓN DE UNA LLAMADA "DIPLOMACIA PARLAMENTARIA", DE UN VAGAJE LEGISLATIVO SUMAMENTE ESPECIALIZADO QUE CON EL TIEMPO HA CONFORMADO UNA RAMA DENTRO DEL D.I. PÚBLICO -QUE RECOGE INNUMERABLES DERECHOS "CONSTITUCIONALES Y ADMINISTRATIVOS" PROPIOS DE CADA O.I.<sup>(7)</sup> - EL DERECHO DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL. NO SÓLO LOS ASPECTOS ESTRUCTURALES Y OPERATIVOS HAN SIDO INNOVADORES, LA VALIDEZ DE LOS ACTOS JURÍDICOS QUE SON REALIZADOS POR DICHOS SUJETOS, TALES COMO: RECOMENDACIONES, RESOLUCIONES, ETC., SON DE GRAN INTERÉS CIENTÍFICO PARA LOS INTERNACIONALISTAS, TODA VEZ QUE FORMAN YA PARTE TORAL DE LAS ACTUALES RELACIONES INTERNACIONALES<sup>(8)</sup>.

---

tivo de una organización internacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional, sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización.

5 Cfr. DIEZ DE VELASCO: op. cit., p. 33.

6 La cual, por cierto, no ha estado excenta de reveses.

7 Cfr. BISHOP, W.W.: op. cit., p. 225

8 Para un estudio detallado CASTAÑEDA, Jorge: "Valeur Juridique des Résolutions des Nations Unies", RC, Tomo 129, Leyden, 1971, pp.207 y ss.



NO EXISTE TÓPICO ALGUNO DEL D.I. QUE NO SE HAYA ENRIQUECIDO CON LAS PRÁCTICAS NACIDAS EN EL SEÑO DE LOS DIFERENTES O.I. DE HECHO, EN LA ACTUALIDAD LAS RELACIONES DE COORDINACIÓN ENTRE ESTADOS ESTÁN CASI MONOPOLIZADAS POR DICHS ENTES, Y SE REVELAN COMO UNA INTERESANTE ALTERNATIVA DE "CUASI-CENTRALIZACIÓN" DEL D.I. (9). SI BIEN ES DIFÍCIL EVALUAR OBJETIVAMENTE SU FUNCIÓN JERÁRQUICA RESPECTO DE LOS ESTADOS, ES INDUDABLE QUE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL SE INTEGRA EN GRAN MEDIDA, DENTRO DE LOS O.I. EL DERECHO DE LOS TRATADOS NO ES LA EXCEPCIÓN; EN ESTE PROCESO HA GANADO EN PERFECCIONAMIENTO. A LA PRIMERA CODIFICACIÓN GENERAL DE 1969, SE AGREGA UNA MUY RECIENTE, QUE RECOGE TANTO LA AMPLIA EXPERIENCIA PREVIA COMO LOS USOS Y PRÁCTICAS PARTICULARES DE LA O.I. AL RESPECTO. EN EFECTO, EL 21 DE MARZO DE 1986 SE CONCLUYÓ EN LA CAPITAL AUSTRIACA LA "CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS (CELEBRADOS) ENTRE ESTADOS Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES O ENTRE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES" (10).

§.17 ESTRUCTURALMENTE, ESTA ÚLTIMA ES MUY PARECIDA A LA DE 1969, EXCEDIÉNDOLA SÓLO EN UN ARTÍCULO, ES DECIR, SON 86, E INCLUYE TAMBIÉN UN ANEXO. GRAN PARTE DE LOS ARTÍCULOS HAN SIDO TRANSPORTADOS DE UN INSTRUMENTO A OTRO VIRTUALMENTE IDÉNTICOS. ALGUNOS OTROS SÓLO HAN SIDO MODIFICADOS PARA INCLUIR EN SU REDACCIÓN A LOS O.I.; EXISTEN SIN EMBARGO, ALGUNOS QUE POR REFLEJAR LAS ESPECIALES CIR-

9 Aún cuando se apunta que los O.I. encuentran su fundamento en la voluntad de las partes SALVIOLI, Gabriele: "Regles générales du Droit de la paix", RC, - Tomo 46, Leyden, 1934, p. 26.

10 En adelante las referencias a este instrumento deberán entenderse del documento A/Conf. 129/15; (texto oficial en español). Dicha Convención estará abierta para su firma, hasta el 31 de diciembre de 1986 en el Ministerio Fe

CIRCUNSTANCIAS EN QUE SE DESARROLLA LA NEGOCIACIÓN MULTILATERAL A LA QUE YA HICIMOS REFERENCIA, RESULTAN CASI COMPLETAMENTE NUEVOS. LOS FINES DEL EXAMEN QUE AQUÍ SE INTENTA PERMITEN ÚNICAMENTE ANALIZAR LOS ASPECTOS QUE DE UNA U OTRA MANERA SE RELACIONAN CON LA REGULACIÓN QUE EN ESTA CONVENCIÓN SE HACE DEL IUS COGENS. COMO RESULTA COMPRENSIBLE, NUESTROS COMENTARIOS TIENEN COMO REFERENCIA EL INSTRUMENTO DE 1969.

POR SU TÍTULO PARECIERA QUE LA CONVENCIÓN DE 1986 CUBRE COMPLETAMENTE EL VACIO NORMATIVO QUE DEJÓ SU ANTECESORA<sup>(11)</sup>, PERO NO ES ASÍ, EL ARTÍCULO 3º ESTIPULA QUE NO SE APLICARÁ A LOS TRATADOS EN QUE INTERVENGAN OTROS SUJETOS DE D.I. DIFERENTES A LOS ESTADOS Y A LAS O.I., SEA QUE EN ELLOS INTERVENGAN: ESTADOS, O.I., Y DICHS SUJETOS; O.I. Y ESOS SUJETOS O SÓLO ESTOS ÚLTIMOS<sup>(12)</sup>. DICHO NUMERAL NO ÚNICAMENTE DELIMITA EL ÁMBITO PERSONAL DE VALIDEZ DE LA CONVENCIÓN -EN SENTIDO NEGATIVO POR CIERTO<sup>(13)</sup>- TAMBIÉN SEÑALA QUE NO SERÁ APLICABLE A LOS ACUERDOS NO CELEBRADOS POR ESCRITO ENTRE ESTADOS Y O.I. O ENTRE ESTOS ÚLTIMOS.

AHORA BIEN, LA CONVENCIÓN SÍ REGIRÁ AL TRATADO QUE TENGA POR OBJETO CONSTITUIR UN O.I., O EN GENERAL A AQUÉLLOS QUE SE ADOPTEN EN EL SEÑO DE UNA O.I., SIEMPRE Y CUANDO EN AMBOS CASOS LOS INS

---

deral de Relaciones Exteriores de la República de Austria, después, en Nueva York hasta el 30 de junio de 1987.

11 Recuérdese el artículo 3º de 1969. (ver supra sección 1.3).

12 En esta categoría podemos contar a : Grupos beligerantes, insurrectos, colonias, portectorados, países sujetos a regimen fiduciario, Estados diminutos, etc., Cfr. SØRENSEN, Max: Op. cit., pp.270 a 275; FRIAS S., Yolanda: Derecho Internacional Público, Manual III, UNAM-SUA, México, 1980, p. 30.

TRUMENTOS TENGAN COMO PARTES A LOS SEÑALADOS EN EL ARTÍCULO 1°. CONFRONTADO CON SU EQUIVALENTE EN LA CONVENCIÓN ANTERIOR, ESTE ARTÍCULO SUGIERE UNA INNECESARIA CONCURRENCIA LEGISLATIVA, PERO NO ES ASÍ, AQUÉLLA SE APLICA A LOS TRATADOS POR LOS QUE SE CONSTITUYA UN O.I. Y A LOS QUE SE ADOPTEN EN ELLAS, SIEMPRE QUE LAS PARTES EN DICHS ACUERDOS SEAN EXCLUSIVAMENTE ESTADOS. EN CASO DE QUE SEAN ÚNICAMENTE O.I. LOS QUE CONCLUYAN TALES TRATADOS, ÉSTOS DEBERÁN REGIRSE POR LA CONVENCIÓN QUE SE COMENTA, SEGÚN EL INCISO B) DE SU ARTÍCULO 1°.

EN EL ARTÍCULO DEDICADO A DEFINIR LOS TÉRMINOS EMPLEADOS EN LA CONVENCIÓN, QUE ES EL 2°, DOS MERECE UN BREVE COMENTARIO. I. EN EL INCISO B BIS) SE ESPECIFICA QUE UN "ACTO DE CONFIRMACIÓN - FORMAL" DE UN O.I SE EQUIPARA A LA RATIFICACIÓN QUE UN ESTADO - FORMULA, ASÍ, DICHO ACTO PROVOCA SIMILARES EFECTOS JURÍDICOS QUE ÉSTA Y SE RIGE POR SIMILARES REGLAS. II. EL INCISO J) ENUMERA EL CONJUNTO DE ACTOS Y DOCUMENTOS QUE SON CONSIDERADOS "REGLAS DE LA ORGANIZACIÓN" A SABER: "LOS INSTRUMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA ORGANIZACIÓN, SUS DECISIONES Y RESOLUCIONES ADOPTADAS DE CONFORMIDAD CON ÉSTO Y SU PRÁCTICA ESTABLECIDA"; LO CUAL ES IMPORTANTE PARA ANALIZAR, Y EN SU CASO FUNDAMENTAR LA CAPACIDAD JURÍDICA DE UN O.I. DADO (ARTÍCULO 6°); PARA REGIR LA OBLIGACIÓN QUE HAZCA PARA ÉL POR DISPOSICIÓN DE UN TRATADO QUE LO CONSIDERE COMO "TERCERA ORGANIZACIÓN" (ARTÍCULO 35). ASÍ, LA CONVENCIÓN LE DA A LAS REGLAS DE LA

13 En el artículo 1° lo hace en sentido positivo, al señalar:

La presente Convención se aplica:

- a) A los tratados entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales, y
- b) A los tratados entre organizaciones internacionales.

ORGANIZACIÓN EL TRATAMIENTO DE DERECHO INTERNO DE UN ESTADO, POR LO MENOS EN ASPECTOS TALES COMO EL QUE UN O.I. NO PUEDE INVOCAR SUS REGLAS PARTICULARES PARA JUSTIFICAR EL INCUMPLIMIENTO DE UN TRATADO (ARTÍCULO 27.2) A MENOS, POR SUPUESTO, QUE AL MANIFESTAR SU CONSENTIMIENTO SE HAYA VIOLADO MANIFIESTAMENTE LAS REGLAS INTERNAS QUE REGULAN ESE ASPECTO Y ADEMÁS SE AFECTE A UNA REGLA DE FUNDAMENTAL IMPORTANCIA (ARTÍCULO 46.2), QUE EN NUESTRA OPINIÓN, BIEN PODRÍA SER DE IUS COGENS. RECUÉRDASE QUE LA SOLUCIÓN DADA A ESTE PROBLEMA ES SIMILIAR A LA DE LA CONVENCIÓN ANTERIOR (VER SUPRA SECCIÓN E.13) Y EN ESTA MISMA, RESPECTO DE LOS ESTADOS (ARTÍCULO 46.1).

TODAVÍA DENTRO DE LOS ASPECTOS GENERALES DE ESTA CONVENCIÓN, CA BE ANALIZAR LOS NEXOS QUE GUARDA CON LA ANTERIOR. EL NUMERAL DEDICADO A TAL PUNTO ES EL SIGUIENTE:

**ART. 73 RELACIÓN CON LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS**

**ENTRE ESTADOS PARTES EN LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS DE 1969, LAS RELACIONES DE ESOS ESTADOS EN VIRTUD DE UN TRATADO ENTRE DOS O MÁS ESTADOS Y UNA O VARIAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES SE REGISTRARÁN POR DICHA CONVENCIÓN.**

APARENTEMENTE PARECE HABER UNA CONTRADICCIÓN ENTRE LO TRANSCRITO Y EL ARTÍCULO 1° DE LA CONVENCIÓN DE 1969, QUE DICE:

**ART. 1° ALCANCE DE LA PRESENTE CONVENCIÓN.  
LA PRESENTE CONVENCIÓN SE APLICA A LOS TRATADOS ENTRE  
ESTADOS.**

EN REALIDAD, OCURRE QUE EL DOCUMENTO DE 1986 NO RIGE RETROACTIVAMENTE, Y POR OTRA PARTE, EN EL DE 1969 SE PREVIÓ QUE SU ÁMBITO PERSONAL DE VALIDEZ NO AFECTARA EL HECHO DE QUE LA CONVENCIÓN SE APLI- QUE A LAS RELACIONES -ESTABLECIDAS ENTRE ESTADOS- QUE HAZCAN DE ACUERDOS INTERNACIONALES EN LOS QUE TAMBIÉN PARTICIPEN COMO PARTES, OTROS SUJETOS DE D.I. [ARTÍCULO 3, INCISO c)].

ES DECIR, EN EL INSTRUMENTO VIGENTE LOS ESTADOS PODÍAN POTES- TATIVAMENTE ARREGLAR SUS RELACIONES CONVENCIONALES CON OTROS SUJE- TOS, DE ACUERDO CON ÉL; EN 1986 TAL HIPÓTESIS TIENE CARÁCTER IMPE- RATIVO AL SEÑALARSE EXPRESAMENTE QUE LA CONVENCIÓN DE 1969 REGIRÁ AQUELLAS RELACIONES MIENTRAS SUBSISTAN, TODA VEZ QUE EL DOCUMENTO QUE COMENTAMOS SÓLO SERÁ APLICABLE A LOS TRATADOS CELEBRADOS EN- TRE UNO O VARIOS ESTADOS Y UNO O VARIOS O.I., O ENTRE ESTOS ÚLTI- MOS EXCLUSIVAMENTE, CON POSTERIORIDAD A SU ENTRADA EN VIGOR (ARTÍ- CULO 1°), LO CUAL SUCEDERÁ DE CONFORMIDAD CON LAS REGLAS ESTABLE- CIDAS EN EL ARTÍCULO 85. EN SU INCISO 1 SE ESTABLECE:

**LA PRESENTE CONVENCIÓN, ENTRARÁ EN VIGOR EL TRIGÉSIMO  
DÍA A PARTIR DE LA FECHA EN QUE HAYA SIDO DEPOSITADO  
EL TRIGÉSIMO QUINTO INSTRUMENTO DE RATIFICACIÓN O ADHE-  
SIÓN POR LOS ESTADOS O POR NAMIBIA, REPRESENTADA POR  
EL CONSEJO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA NAMIBIA.**

ES DE HACER NOTAR QUE SÓLO LOS ESTADOS, A TRAVÉS DE LOS ACTOS PROPIOS DE MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD, PUEDEN "PROVOCAR" LA VIGENCIA DEL INSTRUMENTO, PRIVILEGIO QUE NO COMPARTEN LOS O.I. YA QUE PARA ESTOS ENTRARÁ EN VIGOR: 1°. EL TRIGÉSIMO DÍA CONTADO A PARTIR DE AQUEL EN QUE EL O.I. HAYA DEPOSITADO EL DOCUMENTO RELATIVO A UN ACTO DE CONFIRMACIÓN FORMAL O DE ADHESIÓN, O BIEN; 2°. EN LA FECHA EN QUE SEA VIGENTE LA CONVENCIÓN CONFORME AL PÁRRAFO TRANSCRITO [INCISO 3)]. ESTO SUPONE UN CIERTO CONFLICTO DE PERSONALIDAD YA QUE, SIENDO LOS O.I. SUJETOS DEL D. I. NO INTERVIENEN EN EL PROCESO QUE LLEVE A LA VIGENCIA PLENA, GENERAL, DE LA CONVENCIÓN QUE RIGE SUS RELACIONES CONVENICIONALES. PUEDE ARGUMENTARSE QUE, SI LOS ESTADOS GENERALMENTE SON LOS QUE FORMAN A LOS O.I. BASTA LA RATIFICACIÓN O ADHESIÓN DE ÉSTOS, LO CUAL RESULTARÍA UN CONTRASENTIDO RESPECTO DEL PRINCIPIO QUE RECONOCE LA VOLUNTAD PROPIA, PARTICULAR E INDEPENDIENTE QUE CARACTERIZA A LOS O.I. Y HARÍA INÚTIL, HASTA CIERTO PUNTO, EL INCISO 3. POR OTRA PARTE, INCLUIR LOS O.I. EN EL INCISO 1, HUBIERA PROVOCADO QUE UN MISMO ESTADO -O MEJOR, UN GRUPO DE ELLOS- REPRESENTADO EN VARIOS O.I., PROMOVIERA LA ADOPCIÓN DE LA CONVENCIÓN, LO CUAL INCOMODARÍA A CIERTOS ESTADOS QUE SE HAN MOSTRADO REFRACTARIOS A ALGUNAS NORMAS CONTENIDAS EN AMBAS CONVENIONES. DE CUALQUIER MANERA, NOTAMOS AÚN LA PREFERENCIA HACIA LA VOLUNTAD ESTATALMENTE MANIFESTADA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL. LAS REGLAS DE INICIACIÓN DE VIGENCIA, PARA AQUELLOS ESTADOS -O NAMIBIA- QUE RATIFIQUEN O SE ADHIERAN A LA CON

VENCION DESPUÉS DE QUE SE CUMPLA LA CONDICIÓN CONTENIDA EN EL INCISO TRANSCRITO, SON SIMILARES A LAS ESTABLECIDAS PARA LOS O.I., LO CUAL ES UNA REPETICIÓN DE LO CONSIGNADO EN EL INCISO 2 DEL ARTÍCULO 84 DE LA CONVENCION ANTECEDENTE, EXCEPTO EN LO QUE SE REFIERE A NAMIBIA.

ES PRECISAMENTE EL TRATAMIENTO QUE SE HACE DE NAMIBIA, LO QUE SORPRENDE MÁS FUNDAMENTE EN ESTA CONVENCION. EN EFECTO, REPETIDAMENTE SE HACE MENCION DE ÉL SIN QUE SE LE DÉ EL CARÁCTER DE ESTADO O SIQUIERA DE SUJETO DE D.I. CON PERSONALIDAD ACTIVA PROPIA, YA QUE EL CONSEJO DE NACIONES UNIDAS PARA NAMIBIA ASUME TAL FUNCION (14). ES SUMAMENTE TRASCENDENTE QUE ESTO OCURRA, YA QUE ES UNA MÁS DE LAS MEDIDAS QUE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL -LÉASE OIUTOMA ORGANIZADAMENTE PARA ACABAR CON LA INJUSTA Y ANTIJURÍDICA OCUPACION QUE DE DICHO TERRITORIO HA HECHO SUDÁFRICA.

1.18 RESPECTO DE LA REGULACION SUSTANTIVA QUE EN ESPECIAL SE HACE DEL IUS COGENS EN ESTA CONVENCION, POCO PODEMOS AGREGAR A LO YA EXPUESTO, TODA VEZ QUE LOS ARTICULOS RELATIVOS SON IDÉNTICOS EN REDACCION, COLOCACION Y NUMERAL A LOS CONOCIDOS DESDE 1969. LAS NO

14 En 1952 la Asamblea General creó, a través de su resolución 740 A (VIII), el Comité del Suroeste Africano "hasta el tiempo en que un acuerdo sea logrado entre las Naciones Unidas y la Unión Sudafricana". Sus miembros eran: Brasil, México, Noruega, Pakistán, Siria, Tailandia y Uruguay. Cfr. 1954 Year Book of the United Nations. Department of Public Information. New York. 1955, p. 324. El 13 de junio de 1967, cambió su nombre al actual de 'Consejo de Naciones Unidas para Namibia'. Ya que el acuerdo con Sudafrica nunca llegó a concretarse, en 1969 el Consejo de Seguridad reconoció (resolución 264) que "la Asamblea General dió por terminado el mandato y asumió la responsabilidad directa del territorio [de Namibia] hasta su independencia" Cfr. DIEZ DE VELASCO: op. cit., p. 153 y SEARA VAZQUEZ: op. cit., p. 118.

TAS QUE DISTINGUEN A LA FIGURA, TALES COMO: DIVISIBILIDAD DE LAS CLÁUSULAS TRATÁNDOSE DE VIOLACIÓN DE NORMAS CONSIDERADAS IUS COGENS SUPERVIENS, O DE INDIVISIBILIDAD SI ES DE NORMA ANTECEDENTE; NULIDAD CON EFECTOS EX TUNC O EX NUNC RESPECTIVAMENTE, CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD ASÍ DECLARADA, ETC., Y QUE SE CONTIENEN O DERIVAN DE ARTÍCULOS DISTINTOS AL 53 Y 64, TAMBIÉN SE CONSIGNAN EN ESTA CONVENCION.

AHORA SIEN, SI POR UNA PARTE SE RECOGGE CON CRECIENTE DETERMINACIÓN QUE LA IMPORTANCIA DE LAS DELIBERACIONES EFECTUADAS EN EL SEÑO DE LOS O.I. ES INNEGABLE EN LAS ACTUALES RELACIONES INTERESTATALES, Y QUE LA MAYORÍA DE LAS NEGOCIACIONES MULTILATERALES SE LLEVAN A CABO EN LOS ÓRGANOS DE DELIBERACIÓN DE LOS O.I. Y, POR LA OTRA, QUE EL RECONOCIMIENTO DE UNA NORMA IMPERATIVA DE D.I. GENERAL ESTÁ SUPEDITADA A LA ACEPTACIÓN Y RECONOCIMIENTO DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL DE ESTADOS EN SU CONJUNTO AL MENOS FORMALMENTE, Y QUE ESA COMUNIDAD ESTÁ FORMADA ADEMÁS POR O.I. INTEGRADOS A SU VEZ POR ESTADOS, ES CASI EXPRESO EL QUE LAS DECISIONES DE TALES SUJETOS REUNAN LAS CONDICIONES FORMALES REQUERIDAS PARA REVESTIR DE IMPERATIVIDAD A UN PRINCIPIO YA EXISTENTE EN EL D.I. GENERAL, O RECIENTE CREADO; YA HEMOS DICHO QUE EL PROBLEMA DE IDENTIFICACIÓN DE NORMAS DE IUS COGENS NO ES DE UNANIMIDAD (VER SUPRA SECCIÓN E.5 ) YA QUE HAY AUTORES QUE OPINAN QUE



DE LA MISMA MANERA QUE UNA COSTUMBRE UNIVERSAL NO REQUIERE UNA ADHESIÓN UNÁNIME, IGUAL, EL SENTIDO CARACTERÍSTICO QUE DEBE PRODUCIR UNA NORMA PARA SER ELEVADA AL RANGO DE NORMA DE IUS COGENS NO DEBE SER UNÁNIME (15).

DE CUALQUIER MANERA, LA REAFIRMACIÓN DE LA FIGURA EN SUS ASPECTOS SUSTANTIVOS QUE REALIZA LA CONVENCIÓN DE 1986, ACTUALIZA Y CONFIRMA SU ESENCIA Y FINES EN LAS CONCIENCIAS

EN EL CAMPO ADJETIVO, LA INSTITUCIÓN SE HA EXPERIMENTADO CIERTOS CAMBIOS; PESE A QUE EL ESQUEMA GENERAL DEL PROCEDIMIENTO PARA DECLARAR LA NULIDAD DE UN TRATADO DISEÑADO EN LA CONVENCIÓN ANTERCEDENTE FUE RESPETADO, LA COMPLEJIDAD DE LAS RELACIONES QUE NORMA LA ACTUAL HAN, PROVOCADO CIERTAS MODIFICACIONES MUY PARTICULARES TOMANDO EN CUENTA LAS CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS DE LOS O.I. CABE DESTACAR EL ÉNFASIS QUE LOS REDACTORES DE LA CONVENCIÓN DE 1986 HACEN RESPECTO DE LA DOBLE FUNCIÓN DE LA CIJ, ES DECIR, DE SU LABOR PROPIAMENTE JURISDICCIONAL Y DE SU LABOR CONSULTIVA, DENTRO DEL PROCEDIMIENTO.

COMO EN EL ANTERIOR, EL INSTRUMENTO EN ANÁLISIS PREVE UN PROCEDIMIENTO LARGO Y COMPLICADO, DE DIFÍCIL APLICACIÓN PRÁCTICA PERO NO IMPOSIBLE. SU IMPORTANCIA RADICA EN EL PRECEDENTE QUE SE SIENTA, MUY PARTICULARMENTE RESPECTO DE LA JURISDICCIÓN OBLIGATORIA DE LA CIJ.

15 DE VISSCHER, Paul: "Cours Général de Droit International Public", RC, Tomo 136, Leyden, 1973, p. 107, en el mismo sentido Cfr. KEARNY y Dalton: "Treaty on Treaties", AJIL, Vol. 64, Washington, 1970, p. 535.

LOS REFERIREMOS A LOS ARTÍCULOS 65 Y 66 ASÍ COMO AL ANEXO, QUE SE OCUPAN GENÉRICAMENTE DEL "PROCEDIMIENTO QUE DEBERÁ SEGUIR SE CON RESPECTO A LA NULIDAD O TERMINACIÓN DE UN TRATADO, EL RETIRO DE UNA PARTE O LA SUSPENSIÓN DE LA APLICACIÓN DE UN TRATADO". NOSOTROS NOS RESTRINGIREMOS SÓLO A LOS CONFLICTOS PROVOCADOS POR LA APLICACIÓN O INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 53 O 64 DE LA PROPIA CONVENCION.

LA PARTE QUE DESEE IMPUGNAR LA VALIDEZ DE UN TRATADO, POR LAS CAUSAS YA MENCIONADAS, DEBERÁ NOTIFICAR SU INTENCIÓN A LAS DEMÁS PARTES INDICANDO ADEMÁS LA MEDIDA QUE SE PROPONGA ADOPTAR (65.1). SI EN UN LAPSO DE TRES MESES (Y MENOR SI ES URGENTE) A PARTIR DE LA NOTIFICACIÓN NO SE PRODUCE OBJECCIÓN ALGUNA, LA MEDIDA SE HACE EFECTIVA MEDIANTE LAS PRESCRIPCIONES DEL ARTÍCULO 67 (65.2), ES DECIR, MEDIANTE NUEVA NOTIFICACIÓN ESCRITA, FIRMADA POR EL REPRESENTANTE DEL ESTADO O DEL O.I.; SI POR EL CONTRARIO ALGUNA PARTE FORMULA SU DESACUERDO (65.3), LAS PARTES EN CONFLICTO DEBERÁN BUSCAR SOLUCIÓN PACÍFICA A LA CONTROVERSIA MEDIANTE ALGUNA DE LAS MEDIDAS DESCRITAS EN EL ARTÍCULO 33 DE LA CARTA (VER SUPRA SECCIÓN E.13)

EL CONFLICTO DEBE QUEDAR RESUELTO EN 12 MESES, SI NO ES ASÍ SE SEGUIRÁ EL PROCEDIMIENTO DESCRITO EN EL ARTÍCULO 66, EL CUAL ES MUY PRECISO PARA LOS DIFERENTES CASOS DE CONFLICTO QUE SE PUEDAN DAR ENTRE ESTRADOS Y O.I.

1. SI LA CONTROVERSIA SE TRABA ENTRE ESTADOS EXCLUSIVAMENTE, LA DECISIÓN QUE LA RESUELVA CORRESPONDERÁ A LA CIJ, SIEMPRE QUE UNA DE LAS PARTES SE LO SOLICITE POR ESCRITO (66.2.A).
2. SI EN LA CONTROVERSIA INTERVIENEN TANTO ESTADOS COMO O.I. (SIEMPRE QUE NO SE TRATE DE LA ONU O DE SUS ORGANISMOS ESPECIALIZADOS) CUALQUIERA DE LAS PARTES POR SÍ O MEDIANTE ALGÚN MIEMBRO DE LA ONU, PODRÁ SOLICITAR A LA ASAMBLEA GENERAL O AL CONSEJO DE SEGURIDAD QUE INSTE A LA CIJ A FIN DE QUE EMITA UNA OPINIÓN CONSULTIVA DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 65 DE SU ESTATUTO (66.2.B Y D).
3. SI LA ONU O ALGUNO DE SUS ORGANOS ESPECIALIZADOS ES PARTE EN LA CONTROVERSIA, CUALQUIERA PODRÁ ACUDIR A LA CIJ PARA QUE EMITA UNA OPINIÓN CONSULTIVA (66.2.C).

ES MUY IMPORTANTE SEÑALAR QUE LA CONVENCIÓN CALIFICA DE "DECISIVA PARA TODAS LAS PARTES EN LA CONTROVERSIA", LA OPINIÓN CONSULTIVA QUE EN CADA CASO EMITA LA CIJ (66.2.E).

HASTA AQUÍ, NOTAMOS QUE SE BUSCAN MECANISMOS PARA LLEGAR A UN ARREGLO JUDICIAL DE LAS DISCREPANCIAS; ALENTANDO EL TRABAJO DEL MÁXIMO TRIBUNAL INTERNACIONAL Y RECONOCIENDO SU JURISDICCIÓN PLENA, YA NO SUJETA AL ACUERDO PREVIO, SINO A TRAVÉS DE SIMPLE PETICIÓN UNILATERAL. POR OTRA PARTE, CREEMOS QUE ÉSTA ES UNA VÍA PARALELA PARA LA IDENTIFICACIÓN DEL CONTENIDO DE LAS NORMAS DE IUS COGENS AL LADO DE LA "ACEPTACIÓN Y EL RECONOCIMIENTO"; A LA

LABOR JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE, AL RESOLVER LA CONTROVERSIA SUSCITADA ENTRE ESTADOS O EMITIR OPINIONES CONSULTIVAS EN LOS DEMÁS CASOS, TENDRÁ QUE PRONUNCIARSE INDEFECTIBLEMENTE SOBRE EL RANGO QUE UN CIERTO PRINCIPIO JURÍDICO TENGA, SOBRE LA VIOLACIÓN O NO DE DICHO PRINCIPIO, SOBRE SU ORIGEN CONVENCIONAL O COSTUMBRARIO, SOBRE SU "ACEPTACIÓN Y RECONOCIMIENTO" EN EL CONTEXTO DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL, ETC.

NO OBSTANTE LA PREEMINENCIA QUE SE LE DA A LA CIJ COMO ÓRGANO JURISDICCIONAL SUPREMO, LA CONVENCIÓN PREVÉ DOS CASOS MÁS, A SABER:

- A. EL RECHAZO QUE LA CORTE HAGA DE LAS SOLICITUDES PARA EMITIR OPINIONES CONSULTIVAS.
- B. EL ACUERDO UNÁNIME DE LAS PARTES, PARA LLEVAR LA CONTROVERSIA A UNA INSTANCIA ARBITRAL Y NO A LA CIJ.

ANTES DE CONTINUAR, DEBEMOS DECIR QUE EL ÚLTIMO SUPUESTO EN REALIDAD DEBERÍA SER ANTERIOR A LAS HIPÓTESIS DESCRITAS EN EL ARTÍCULO 66, PERO APEGÁNDONOS A LA EXPOSICIÓN DE LA CONVENCIÓN, PREFERIMOS TOCARLO CON ESE ORDEN. EN EFECTO, LOS SORPRENDENTES ADELANTOS LOGRADOS EN EL CAMPO DE LA JURISDICCIÓN OBLIGATORIA SE ATEMPERAN CON LA OPCIÓN DE QUE LAS PARTES PREFIERAN EL ARBITRAJE; CIERTO ES QUE LA UNANIMIDAD REQUERIDA ES DIFÍCIL QUE SE PRODUZCA.

EN AMBOS CASOS, RECHAZO DE LA SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA O DECLINACIÓN DE LA JURISDICCIÓN DE LA CIJ POR DECISIÓN UNÁNIME; EL ASUNTO DEBE SER RESUELTO MEDIANTE ARBITRAJE. PARA TAL EFECTO EL ANEXO DE LA CONVENCIÓN PREVÉ LA CREACIÓN DE UN TRIBUNAL ÁRBTRAL PARA EL CASO DE CONTROVERSIAS RESPECTO DE IUS COGENS, O BIEN, DE UNA COMISIÓN DE CONCILIACIÓN PARA CUALQUIER OTRA CONTROVERSIAS QUE TENGA DISTINTA CAUSA DE NULIDAD, TERMINACIÓN, SUSPENSIÓN O RETIRO DE UN TRATADO.

EL TRIBUNAL ÁRBTRAL SE FORMA CON CINCO INTEGRANTES, DOS NOMBRADOS POR CADA PARTE Y UN PRESIDENTE DESIGNADO DE UNA LISTA PREPARADA Y MANTENIDA POR EL SECRETARIO GENERAL DE LA ONU- POR LOS OTROS CUATRO ARBITROS. UNO DE LOS DOS ARBITROS DE CADA PARTE TAMBIÉN ES ESCOGIDO DE LA LISTA, EL OTRO PUEDE O NO SER MIEMBRO DE LA LISTA. EN NINGÚN CASO EL CONFLICTO QUE TENGA COMO PARTES A DOS O.I. QUEDARÁ SOMETIDO AL CONOCIMIENTO DE ARBITROS DE LA MISMA NACIONALIDAD, Y EN GENERAL SE BUSCA QUE EL TRIBUNAL SEA "PLURINACIONAL". (\*) EL TRIBUNAL DEBERÁ QUEDAR CONSTITUIDO, A MÁS TARDAR, A LOS 180 DÍAS DE QUE UNA DE LAS PARTES HAYA NOTIFICADO A LA OTRA SU INTENCIÓN DE LLEVAR EL CASO AL ARBITRAJE, TRAS EL RECHAZO QUE HAYA HECHO LA CIJ DE EMITIR OPINIÓN CONSULTIVA.

EN CASO DE QUE UNÁNIMEMENTE SE HAYA RECHAZADO LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA DE LA CIJ (66.3), AÚN CUANDO NO ESTÁ EXPRESAMENTE SEÑALADO SE COLIGE QUE EL PLAZO MENCIONADO CORRE A PARTIR DEL

\* Y aún, suponemos que la intención es que haya representantes de los diferentes sistemas jurídicos, para así procurar parcialidad y universalidad en el laudo.

MOMENTO EN QUE INICIALMENTE, SE OPTÓ POR EL ARBITRAJE DESCRITO EN EL ANEXO.

CONSTITUIDO EL TRIBUNAL ARBITRAL, ÉSTE FIJARÁ SU PROCEDIMIENTO SALVO DECISIÓN EN CONTRARIO TOMADA POR LA MAYORÍA DE LAS PARTES EN CONFLICTO, SU PRESIDENTE TENDRÁ VOTO DE CALIDAD; A LOS JUECES LES ES PERMITIDO EL VOTO DISIDENTE, LOS GASTOS QUE PRODUZCA EL LITIGIO SERÁN SUFRAGADOS POR LA OMIU; Y LO MÁS IMPORTANTE "... EL LAUDO SERÁ DEFINITIVO E INAPELABLE. TODAS LAS PARTES EN LA CONTROVERSIA DEBERÁN SOMETERSE AL LAUDO".

SEGÚN EL PUNTO OCTAVO DEL APARTADO II DEL ANEXO, SI PENSAMOS UN POCO Y UTILIZAMOS TERMINOLOGÍA PROCESAL DE DERECHO INTERNO, PODRÍAMOS AFIRMAR QUE EL LAUDO ESTÁ HOMOLOGADO DE ANTEMANO POR LA CONVENCION, DÁNDOLE EL RANGO DE COSA JUZGADA. EL INTRINCADO PROCEDIMIENTO DESCRITO ESTÁ RESEÑADO ESQUEMÁTICAMENTE EN LA FIGURA 2.

POR OTRA PARTE, SI LA CONTROVERSIA TIENE COMO ORIGEN LA APLICACIÓN O INTERPRETACIÓN DE CUALQUIER ARTÍCULO DE LA PARTE V DE LA CONVENCION, CON EXCEPCIÓN DEL 53 O EL 64, EL PROCEDIMIENTO A SEGUIR ES IDÉNTICO AL DESCRITO HASTA EL ARTÍCULO 65, ESTO ES; ES POSIBLE DIRIMIR LA CONTROVERSIA CUASI-UNILATERALMENTE (65.2), O BIEN, RECURRIENDO A LOS MEDIOS PACÍFICOS DE RESOLUCIÓN PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 33 DE LA CARTA (65.3). SÓLO SI LO ANTERIOR NO DA RESULTADO, CUALQUIERA DE LAS PARTES TIENE EL DERECHO DE INICIAR

Figura 2: Sinopsis del procedimiento a seguir en caso de violación de una norma de ius cogens, según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1986\*.

Notificación inicial a las partes (art. 65.1).

Lapso no menor de 3 meses (excepto en caso de urgencia [art. 65.2]).

Si ningún Estado u O.I. parte se opone (art. 65.2) se produce la solución cuasi-unilateral [A]

Si se logra tal, se produce la solución convencional [B]

Las partes podrán recurrir al arbitraje (aun al descrito en el ANEXO) siempre que lo decidan por unanimidad (art. 66.3) solución judicial [C]

Si algún Estado u O.I. parte se opone a la medida notificada (art. 65.3) entonces...

Se busca solución recurriendo a los medios pacíficos previstos en el art. 33 de la Carta [65.3]

Si en un lapso no menor de 12 meses, contados desde que se produjo la objeción, no se ha logrado una solución (art. 66.1).

Si no se lleva el caso al arbitraje y...

Si la ONU o algún Organismo Especializado son parte en la controversia, cualquiera podrá acudir directamente a la CIJ en solicitud de opinión consultiva (art. 66.2.c).

Si las partes en la controversia son Estados y O.I.; o sólo O.I. (pero distintos a la ONU y sus Organismos Especializados) cualquiera podrá acudir a la Asamblea General o al Consejo de Seguridad para que solicite a la CIJ una opinión consultiva (art. 66.2 b y d).

Si las partes en la controversia son sólo Estados, cualquiera podrá acudir a la CIJ para que falle (art. 66.2.a) solución judicial [C].

Si la petición de opinión consultiva es rechazada por la CIJ, cualquiera de las partes podrá someter la controversia al procedimiento de arbitraje descrito en el ANEXO (art. 66.2.f).

Se forma un Tribunal Arbitral con 5 miembros, a más tardar a los 180 días de que una de las partes inició este procedimiento; su laudo será definitivo, inapelable y las partes se someterán a él.

\* En este caso también hemos designado a las clases de soluciones a las que se puede llegar, utilizando la nomenclatura de Nicoludis (ver supra figura 1)

UNILATERALMENTE EL PROCEDIMIENTO DE CONCILIACIÓN CONSIGNADO EN EL ANEXO (66.4). AL EFECTO SE FORMA UNA COMISIÓN DE CONCILIACIÓN ANÁLOGAMENTE AL TRIBUNAL ARBITRAL YA MENCIONADO (ANEXO, APARTADO III). LA COMISIÓN DEBE PRODUCIR UN INFORME A MÁS TARDAR A LOS DOCE MESES DE CONSTITUIDA, MISMO QUE SOMETERÁ AL SECRETARIO GENERAL DE LA ONU PARA QUE ÉSTE LO NOTIFIQUE A LAS PARTES. DICHO INFORME CARECE DE FUERZA VINCULANTE Y SÓLO CONTENDRÁ LAS RECOMENDACIONES DEL ÓRGANO CONCILIADOR, QUE LLEVEN A LA SOLUCIÓN AMISTOSA DEL CONFLICTO. HASTA AQUÍ LA CONVENCION.

NO NOS DAMOS CUENTA QUE LAS DIFERENTES CONVENCIONES CONSIGNAN PROCEDIMIENTOS DISTINTOS PARA DICTAR LA NULIDAD DE UN TRATADO, PERO SE A QUE LA RAZÓN EN AMBOS CASOS ES, HIPOTÉTICAMENTE, SU CONTRADICCIÓN CON UNA NORMA IMPERATIVA DE D.I. GENERAL ¿POR QUÉ SUCEDE ÉSTO? LA RESPUESTA TIENE SU ORIGEN EN CONSIDERACIONES DE CARÁCTER TÉCNICO. PRIMERAMENTE HAY QUE APUNTAR QUE EL ARBITRAJE HA SIDO UN MEDIO RECURRENTE Y AÚN EFECTIVO EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS; RECIENTEMENTE HA FIGURADO EN CASI TODO TRATADO MULTILATERAL (16). EN SEGUNDO LUGAR, HASTA AHORA, SÓLO LOS ESTADOS TIENEN ACCESO AL PROCEDIMIENTO JURISDICCIONAL DE LA CIJ, SEGÚN EL IN

16 Ya desde los trabajos preparatorios a esta Convención, la CDI resolvió que la solución finalmente adoptada por la Comisión establece el arbitraje obligatorio en las disputas concernientes a los artículos de sus cogens en lugar del arreglo a través de la CIJ, [y] estuvo inspirado por las relevantes prescripciones de la Convención sobre el Derecho del Mar.

McGRFFREY, Stephen c.: "The Thirty-four Session of the International Law - Commission", *AJIL*, Vol. 77, Washington, 1983, p. 327. Cabe señalar dos puntos a) En los conflictos suscitados en torno a los artículos 53 o 64, en donde sólo sean parte Estados, sí es competente la CIJ; b) en efecto, la Convención sobre el Derecho del Mar establece varios casos en donde el arbitraje



CISO 1° DEL ARTÍCULO 34 DE SU ESTATUTO<sup>(17)</sup>. TERCERO, LA COMPETENCIA CONSULTIVA DE LA CORTE ES UNA ALTERNATIVA QUE POR SU FLEXIBILIDAD Y DINAMISMO DEBE SER MÁS UTILIZADA. CUARTO; FINALMENTE LOS DIFERENTES PROCEDIMIENTOS DESCRITOS, TIENEN COMO FIN LA IDENTIFICACIÓN DE NORMAS DE IUS COGENS, YA QUE CUALQUIER PRONUNCIAMIENTO DE LA CIJ, DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y AÚN LOS ARREGLOS EXTRAJUDICIALES QUE SE PUDIERAN PRODUCIR, SENTARÁN UN PRECEDENTE IMPORTANTE EN UN ASUNTO TAN DELICADO COMO LO ES LA DEFINICIÓN PRÁCTICA DE UNA NORMA IMPERATIVA INTERNACIONAL.

f.19 CONSIDERANDO QUE LA COMPETENCIA CONSULTIVA DE LA CORTE ES UNO DE LOS MEDIOS PREVISTOS PARA RESOLVER CONFLICTOS SURGIDOS POR LA INTERPRETACIÓN O APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 53 O 64 DE LA CONVENCIÓN EN ANÁLISIS, SIEMPRE QUE UN O.I. SEA PARTE; ES PERTINENTE DECIR ALGO MÁS RESPECTO DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS -O DICTAMENES, PARA PARTE DE LA DOCTRINA EN ESPAÑOL- PREVISTAS A PARTIR DEL ARTÍCULO 65 DEL ESTATUTO DE LA CIJ.

SIN PODER SER UN TRABAJO EXHAUSTIVO EN LA MATERIA NOS INTENRESA DEFINIR HASTA DONDE NOS SEA POSIBLE, SU NATURALEZA JURÍDICA Y SU EFECTIVIDAD EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL.

---

je es obligatorio, así como diversas instancias jurídicas, a saber: un Tribunal Internacional de Derecho del Mar, la propia CIJ, un Tribunal Arbitral y un Tribunal Arbitral Especial. Cfr. Artículos 287 y siguientes. TERCERA CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR A/Conf. 62/122.

17

En el punto actual del desarrollo de los O.I., dicho artículo resulta anacrónico. Cfr. GOMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso: "El Estado Actual de la Jurisdicción Internacional y el Futuro de la Misma", Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Núm. 12, México, 1980, p. 322.

CON CIERTA ANTELACIÓN, LA DOCTRINA HABÍA VISTO EN LAS OPINIONES CONSULTIVAS UN CAMINO INDIRECTO HACIA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS JURÍDICOS SUSCITADOS ENTRE SUJETOS DE D.I. DISTINTOS DE LOS ESTADOS (18), SOBRE TODO DESDE QUE LA CIJ PASÓ A FORMAR PARTE ORGÁNICA DE LA ONU (19), AÚN CUANDO SE HA QUERIDO VER EN ESTA CONEXIÓN INSTITUCIONAL UNA INFLUENCIA NEGATIVA EN LA ACTUACIÓN PARCIAL DE LA CORTE, ESPECIALMENTE POR LA CUASI-SUBORDINACIÓN DE ÉSTA ANTE EL CONSEJO DE SEGURIDAD, EN LA CONTINGENCIA DE QUE UN ESTADO PARTE EN UN LITIGIO NO QUISIERA CUMPLIR CON EL FALLO (20), COMO QUEDA CONSIGNADO EN LA CARTA DE SAN FRANCISCO:

ART. 94

- 2.- SI UNA DE LAS PARTES EN UN LITIGIO DEJARE DE CUMPLIR LAS OBLIGACIONES QUE LE IMPONGA UN FALLO DE LA CORTE LA OTRA PARTE PODRÁ RECURRIR AL CONSEJO DE SEGURIDAD, EL CUAL PODRÁ, SI LO CREE NECESARIO, HACER RECOMENDACIONES O DICTAR MEDIDAS CON EL OBJETO DE QUE SE LLEVE A EFECTO LA EJECUCIÓN DEL FALLO.

DE CUALQUIER MANERA, VISTA LA SUERTE QUE CORRIÓ EL TRIBUNAL PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, PARECE NO HABER MEJOR LUGAR PARA LA CIJ QUE EL SENO DE LA ONU.

REGRESANDO A NUESTRA MATERIA, LOS SUPUESTOS CONTENIDOS EN EL ARTÍCULO 65.I DEL ESTATUTO DE LA CORTE SE COLMAN TRATÁNDOSE DE LA

18 Cfr. VERDROSS, Alfred: Derecho Internacional..., p. 563

19 Ver artículos 7° y 92 a 96 de la Carta.

20 Dicha integración a la ONU se desprende de los artículos citados de la Carta.

CONTROVERSIA QUE SE PUDIERA SUSCITAR POR LA INTERPRETACIÓN O APLICACIÓN DE CUALQUIERA DE LOS ARTÍCULOS 53 O 64, TODA VEZ QUE ESTO ES INDUDABLEMENTE UNA CUESTIÓN JURÍDICA -DE ALCANCES TÉCNICOS Y POLÍTICOS MUY DELICADOS- Y EL PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA PROVOCAR LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL ÓRGANO HA QUEDADO DESCRITA (VER SUPRA SECCIÓN E.18). LO CIERTO ES QUE SE HA RECURRIDO POCO A ESTE MEDIO, SEA PORQUE LAS CUESTIONES DE FONDO QUE SE TRATARÍAN AÚN NO ESTÁN MADURAS PARA UNA SOLUCIÓN (21), SEA PORQUE LOS ESTADOS U ÓRGANOS DE LAS NACIONES UNIDAS QUE LAS PODRÍAN SOLICITAR PODRÍAN TENER UN CIERTO INDICIO DEL CRITERIO QUE LA CIJ APLICARÍA DE CONOCER JURISDICCIONALMENTE DEL CASO, O EN FIN, POR TEMOR DE QUE SE SIENTE UN PRECEDENTE.

ALGUNOS AUTORES OPINAN QUE

EXAMINANDO LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA, SE PUEDE OBSERVAR UNA CLARA TENDENCIA DEL TRIBUNAL A ASIMILAR LOS DICTÁMENES A LAS SENTENCIAS... ES IMPORTANTE HACER NOTAR QUE LOS DICTÁMENES DEL TRIBUNAL HAN TENIDO EL MISMO VALOR DE PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES QUE LAS SENTENCIAS (22).

LO CUAL RESULTA NO SÓLO LÓGICO, SINO POSITIVO, YA QUE EN REALIDAD EL TRABAJO TÉCNICO JURÍDICO DE CONOCER, ESTUDIAR Y FALLAR UN CASO NO DIFIERE, EN RAZÓN DEL MEDIO EN QUE LA CORTE LO CONOCIÓ. AÚN HAY OPINIONES JUDICIALES EN ESTE SENTIDO. EN EL CASO "TRATADOS

21 Cfr. GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso: "El Estado Actual...", p. 322.  
22 ROUSSEAU, Charles: Derecho Internacional Público, (Trad. del francés por Fernando Jiménez Artique), 3a. ed., Ariel, Barcelona, 1966, p. 524.

DE PAZ"(23) EL JUEZ ZOROCIC MANIFESTÓ

LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE GOZAN DE LA MISMA AUTORIDAD QUE SUS SENTENCIAS, Y SON CITADAS POR JURISTAS QUE LES ATRIBUYEN (A LAS OPINIONES CONSULTIVAS) LA MISMA IMPORTANCIA QUE A LAS SENTENCIAS. LA CORTE MISMA SE REFIERE A SUS OPINIONES PREVIAS DE LA MISMA MANERA QUE A SUS SENTENCIAS (24).

POR OTRA PARTE, EN LA PRÁCTICA Y PARA EFECTOS DEL ARTÍCULO 38.1.D DEL ESTATUTO DE LA CIJ, NO HAY DISTINCIÓN DE FONDO ENTRE LAS DOS CLASES DE DECISIONES; AMBAS SON PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES QUE SE PUEDEN UTILIZAR COMO MEDIO AUXILIAR PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS REGLAS DE DERECHO. AHORA BIEN, TRATÁNDOSE DE LA DE TERMINACIÓN DE UNA NORMA IMPERATIVA DE D.I., A MÁS DE SU UTILIDAD, LA GENERALIDAD QUE SUPONE UNA NORMA TAL TRASCIENDE EN NUESTRA OPINIÓN, LOS ALCANCES DEL ARTÍCULO 59 DEL ESTATUTO DE LA CORTE MISMO QUE ESTIPULA QUE EL FALLO DE LA CORTE, EN CUALQUIER CASO, SÓLO OBLIGARÁ A LAS PARTES; PERO RESULTA ABSURDO EXIGIR QUE SÓLO LAS PARTES RESPETEN Y ACATEN LA NORMA DE IUS COGENS RECIÉN DETERMINADA.

23 Es decir, en su dictamen del 30 de marzo de 1950, del caso "Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumanía", en el cual los Estados Unidos afirmaban que dichos países estaban violando "Derechos Humanos" de sus poblaciones, contenidas en los Tratados de Paz concluidos el 10 de febrero de 1947. El 22 de octubre de 1949, tras acres discusiones de bloque en el seno de la Asamblea General, ésta decidió someter el caso a la opinión consultiva de la Corte. Cfr. BISHOP, W.W.: op. cit., p. 75.

24 GROSS, Leo: "The International Court of Justice and the United Nations", RC, Tomo 124, Leyden, 1964, p. 416.

ASÍ PUES, LAS OPINIONES CONSULTIVAS HAN SIDO VISTAS COMO CUA-SI-SENTENCIAS Y POR LO TANTO, LA COMPETENCIA CONSULTIVA CONSTITUYE UNA SERIA ALTERNATIVA PARA ALCANZAR LA JURISDICCION OBLIGATORIA EN D.I.; HABRÍA QUE DECIR QUE ESTO MISMO PODRÍA REPERCUTIR EN UNA DISMINUCION EN EL NÚMERO DE SOLICITUDES DE DICTAMEN (25). NO DEBEMOS PERDER DE VISTA EL ASPECTO VOLUNTARISTA QUE TIENE TODA INSTITUCION DE D.I., EL ACCESO UNILATERAL A CUALQUIER ORGANISMO JURISDICCIONAL EN ESTE ÁMBITO SIGUE REPUGHANDO A LA MAYORÍA DE LOS ESTADOS QUE VEN EN ESE ADELANTO TÉCNICO, PARADÓGICAMENTE, UNA POTENCIAL FUENTE DE CONFLICTOS.

EN EFECTO, EN 1923 EL ENTONCES TRIBUNAL PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL SE PRONUNCIÓ AL RESPECTO EN EL CASO DE CARELIA ORIENTAL, SENTANDO UN IMPORTANTÍSIMO PRECEDENTE:

ESTÁ BIEN ESTABLECIDO EN DERECHO INTERNACIONAL, QUE NINGÚN ESTADO PUEDE, SIN SU CONSENTIMIENTO, SER COMPELIDO A SOMETER SUS DISPUTAS CON OTRO ESTADO, NI A LA MEDIACION, NI AL ARBITRAJE, NI A NINGUNA OTRA CLASE DE ARREGLO PACÍFICO (26).

ESTE PRINCIPIO, SI BIEN HA SIDO ATENUADO A TRAVÉS DE LOS AÑOS AÚN ES CITADO POR LOS ESTADOS, LO CUAL RESULTA GRAVE SI TENEMOS EN CUENTA LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 66.2.B) DE LA CONVENCIÓN QUE ANALIZAMOS. COMO HEMOS VISTO, ESTE NUMERAL ES APLICABLE PARA PEDIR

25 Cfr. *ibid.*, p. 405

26 VERDROSS, Alfred: *Derecho...*, p. 103; GROSS, Leo: *op. cit.*, *passim*; SØRENSEN, Max: *Op. cit.*, p. 661. En el caso de Carelia Oriental, el Consejo de la Liga de las Naciones pidió al Tribunal una opinión consultiva sobre si los tratados de paz de 1920 concluidos entre Finlandia y Rusia -y una declaración anexa de esta última, respecto de la autonomía de dicha región- cons

UNA OPINIÓN CONSULTIVA A LA CORTE, CUANDO SURJAN CONTROVERSIAS ENTRE O.I. Y ESTADOS RESPECTO A LA INTERPRETACIÓN O APLICACIÓN DE NORMAS DE LOS COGENS. LA SITUACIÓN SE COMPLICA MUCHO, SI CONSIDERAMOS QUE EL INCISO E) DEL ARTÍCULO 66.2 ESTIPULA

E) LA OPINIÓN CONSULTIVA QUE SE EMITA DE CONFORMIDAD CON LOS APARTADOS B), C) Y D) SERÁ ACEPTADA COMO DECISIVA POR TODAS LAS PARTES EN LA CONTROVERSIA DE QUE SE TRATE

MÁS AÚN, CUANDO LA CORTE HA MANIFESTADO CON ANTERIORIDAD QUE

EL CONCENTIMIENTO DE LOS ESTADOS PARTES EN LA CONTROVERSI A, ES LA BASE DE LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE EN LO CONTENCIOSO, LA SITUACIÓN ES DIFERENTE CON RESPECTO A LOS PROCEDIMIENTOS CONSULTIVOS, AÚN CUANDO LA SOLICITUD DE UNA OPINIÓN, ESTÉ RELACIONADA CON UN ASUNTO JURÍDICO PENDIENTE ENTRE ESTADOS, LA RESPUESTA DE LA CORTE TIENE CARÁCTER ASESOR: COMO TAL, CARECE DE FUERZA OBLIGATORIA... LA OPINIÓN DE LA CORTE NO SE DA A LOS ESTADOS SINO AL ÓRGANO QUE TIENE DERECHO A PEDIRLA (27).

CIERTAMENTE LAS OPINIONES DE LA CORTE FUERON EMITIDAS MUCHO ANTES QUE SE PENSARA EN LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO CONVENCIONAL ENTRE O.I. Y ESTADOS; TÉCNICAMENTE PODEMOS PENSAR QUE UN TRATADO ES UNA NORMA DE MAYOR JERARQUÍA QUE UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL, CUALQUIE

titufan compromisos de carácter internacional que impusieran a Rusia la obligación de cumplir las estipulaciones en ellos contenidas. El asunto no fue fallado puesto que Rusia no formaba parte de la Sociedad de Naciones, y de ahí el precedente transcrito. Cfr. BISHOP, W.W.: op. cit., p. 74. Carelia Oriental es una región que se extiende entre el Golfo de Finlandia, los Lagos Onega y Ladoga, la frontera Finlandesa y el mar Blanco.

RA QUE ÉSTA SEA <sup>(28)</sup>; Y, EN ÚLTIMA INSTANCIA, LA DEFINICIÓN REAL DEL CONTENIDO DE UNA NORMA DE IUS COGENS, ADEMÁS DE SER UN PROBLEMA RELATIVAMENTE RECIENTE QUE NO FUE IMAGINADO SIQUIERA ANTES DE 1960, NO PUEDE SER CONSIDERADA COMO UNA CUESTIÓN JURÍDICA COMÚN Y CORRIENTE, AL MENOS POR AHORA. PARECE ABSURDO, TANTO COMO LA FORMULACIÓN DE RESERVAS A LOS ARTÍCULOS 53 O 64, QUE UNA NORMA IMPERATIVA DE D.I. GENERAL NO SEA OBLIGATORIA Y TAXATIVA PARA TODA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL. CON BASE EN EL CONTÍNUO Y DINÁMICO DESARROLLO DEL D.I. LAS DECLARACIONES DE LA CORTE, QUE CITAMOS, AL MENOS EN EL CAMPO DEL IUS COGENS HAN SIDO, ATENUADAS. AHORA BIEN, INSISTIMOS EN QUE LA UNIVERSALIDAD QUE SE PRETENDE TENGAN LAS NORMAS DE IUS COGENS, Y QUE SE MATERIALIZARÍA EN EL MOMENTO EN QUE SE DEFINIERA SU CONTENIDO A TRAVÉS DE UNA OPINIÓN CONSULTIVA O UNA SENTENCIA, ROMPERÍA CON LO ESTIPULADO EN EL YA CITADO ARTÍCULO 59 DEL ESTATUTO DE LA CIJ, ES DECIR, EN NUESTRA OPINIÓN QUEDARÍA DEROGADO IPSO FACTO EN RAZÓN DE LA MAYOR JERARQUÍA DE LA NORMA DE IUS COGENS <sup>(29)</sup> Y SOBRE TODO POR SU NECESARIA UNIVERSALIDAD.

DE LO DICHO HASTA AQUÍ SE DESPRENDE QUE EN MUCHOS ASPECTOS LOS DICTÁMENES Y LAS SENTENCIAS PRONUNCIADAS POR LA CORTE SON IDÉNTICOS, Y SÓLO SE DIFERENCIA EN QUE, OBTIVAMENTE, LAS OPINIONES CONSULTIVAS JAMÁS TENDRÁN EL CARÁCTER DE RES IUDICATA, LO CUAL NO RES

28 Toda vez que, según Kelsen, éstas derivan su efectividad del tratado que le dió origen al órgano jurisdiccional. Cfr. FRIAS SANCHEZ, Yolanda: "Cuatro Problemas de la Teoría Kelseniana sobre el Derecho Internacional", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Año XIX, Núm. 55, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1986, p. 69.

29 Ver infra sección E.58.

TA SU NATURALEZA DE RESOLUCIÓN JUDICIAL (30).

EL CARÁCTER DE CUASI-SENTENCIA DESGRACIADAMENTE NO LES OTORGA EFECTIVIDAD PLENA

DE UN TOTAL DE 12 OPINIONES CONSULTIVAS DADAS POR LA COMISIÓN, SEIS PROBARON EFECTIVIDAD EN LA PRÁCTICA; DE LAS DIEZ OPINIONES SOLICITADAS POR LA ASAMBLEA SÓLO CUATRO FUERON EFECTIVAS. LAS CUATRO SE REFERÍAN A MATERIAS QUE PODRÍAN SER CONSIDERADAS DENTRO DE LA ECONOMÍA INTERNA DE LA ORGANIZACIÓN (31).

ESTE MAGRO ÉXITO SE DEBE EN GRAN PARTE A LA OPOSICIÓN QUE SE MANIFIESTA EN LA ASAMBLEA GENERAL PARA HACER REALIDAD LA EFECTIVIDAD DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS, SOBRE TODO CUANDO VERSAN SOBRE CUESTIONES, QUE SI BIEN SON JURÍDICAS, TIENEN UN TRASFONDO EMINENTEMENTE POLÍTICO (32). SE HA NOTADO QUE LOS DICTÁMENES QUE NO GOZAN DE EFECTIVIDAD, FUERON AQUÉLLOS QUE SE PRODUCERON EN LOS CASOS EN QUE LA SOLICITUD FORMULADA A LA CIJ NO INCLUÍA A ALGUNO DE LOS ESTADOS PARTES EN LA CONTROVERSIA, ES DECIR, NO FUERON EFECTIVAS PORQUE DESDE UN PRINCIPIO LA COMPETENCIA CONSULTIVA DE LA COMISIÓN

30 El artículo 66.2.e. citado con antelación intenta darle tal carácter, así como obligatoriedad. Cabe aclarar que esta no es la primera vez que se intenta esto, de hecho así lo hace el artículo 11 del Estatuto del Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo.

31 GROSS, Leo: op. cit., p. 411. Recordemos que el estudio que se cita, data de 1968. Sin embargo, no parecen haber cambiado mucho las cosas desde entonces.

32 Ibid. El Autor además afirma que en el nivel político es claro que la efectividad (de las opiniones consultivas) depende del bloque soviético; su oposición política a la solicitud fue un indicador seguro de que rechazaría cooperar en la ejecución de la opinión o, en otras palabras, que continuaría su oposición política en contra de cualquier intento de la Asamblea para implantar una opinión consultiva en el plano político.



TE NO TENGA SU RESPALDO. LAS MATERIAS RECURRENTE EN ESTOS CASOS FUERON, COMO PARECE OBVIO, LA GUERRA FRÍA Y EL COLONIALISMO (33). EN TODOS LOS CASOS DE INEFECTIVIDAD, LA DOCTRINA Y ALGUNOS GRUPOS DE PAÍSES, HAN INSISTIDO EN LA APLICACIÓN DE LAS OPINIONES ARGUMENTANDO SU "PROPÓSITO ÚTIL", "ORGÁNICO", "EMERGENTE", O BIEN LA "INTEGRACIÓN LÓGICA", "TELEOLÓGICA" O "CONSTITUCIONAL" DE LOS PRINCIPIOS CONTENIDOS EN LAS OPINIONES; Y AÚN, QUE ÉSTOS FORMAN PARTE DEL "ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL" (34).

CABE SEÑALAR QUE NO SE HA VISTO GRAN DIFERENCIA EN LA EFECTIVIDAD DE LOS DICTÁMENES, PORQUE HAYAN SIDO SOLICITADOS POR EL CONSEJO DE SEGURIDAD O POR LA ASAMBLEA GENERAL Y AUN CUANDO LA DOCTRINA Y LA PROPIA CORTE LOS CITAN CON CARÁCTER JURISPRUDENCIAL, LA COMUNIDAD DE ESTADOS NO SIEMPRE LES RECONOCE PLENA EFECTIVIDAD.

EN RESUMEN: HAN HABIDO HASTA AHORA TODA CLASE DE DUDAS RESPECTO DE LA EFECTIVIDAD DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS PERO NINGUNA EN RELACIÓN A SUS EFECTOS LEGALES (35).

ASÍ COMO LOS JUECES DE LA CIJ PUEDEN MANIFESTAR SU CRITERIO JURÍDICO A TRAVÉS DE LAS SENTENCIAS Y DICTÁMENES DEL ÓRGANO, TAMBIÉN ES POSIBLE QUE EMITAN OFICIALMENTE SU OPINIÓN DISIDENTE, SEGÚN EL

33 Cfr., *ibid.*, p. 412.

34 Cfr., *ibid.*, p. 413.

35 Cfr., *ibid.*, p. 419.

ARTÍCULO 57 DEL PROPIO ESTATUTO <sup>(36)</sup>. EN DICHAS OPINIONES DISIDENTES SE ENCUENTRAN A MENUDO LAS SEMILLAS DE DESARROLLOS LEGISLATIVOS POSTERIORES, (VER INFRA SECCIÓN ); SI BIEN NO TIENEN CARÁCTER DE RESOLUCIÓN JUDICIAL, SON SUMAMENTE IMPORTANTES PARA LA DOCTRINA Y NO POCAS VECES SON CITADOS POR LA CORTE COMO ANTECEDENTES DE NUEVAS SENTENCIAS Y OPINIONES CONSULTIVAS DADO QUE NO NECESARIAMENTE DISIENTEN RADICALMENTE DEL FALLO QUE LES DIÓ ORIGEN. ES DE SEÑALARSE LA FRECUENCIA CON QUE LOS JUECES RECURREN A LAS OPINIONES DISIDENTES O A LAS DECLARACIONES, Y PARA TAL EFECTO REMITIMOS A LA FIGURA 3. COMO SE VERÁ EN SU MOMENTO, EL CONCEPTO DE IUS COGENS APARECE YA, MUTATIS MUTANDIS, EN ALGUNAS DE ÉSTAS OPINIONES.

COMO RESULTA OBVIO, ES MUY PRONTO PARA TRATAR EL ASUNTO DE LAS RESERVAS QUE SEGURAMENTE SE LE HARÁ A LA CONVENCIÓN DE 1969, RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS SUSTANTIVOS Y PROCEDIMENTALES REFERENTES AL IUS COGENS; BÁSTENOS RECORDAR EL ARGUMENTO QUE SOSTUVIMOS AL TRATAR DICHO ASPECTO EN EL INSTRUMENTO DE 1969.

36 Art. 57. Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los magistrados, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente. La cual podrá adoptar la forma de "declaración", si en dicha opinión no se incluye la razón por la cual el juez que la formula se pronuncia en tal o cual sentido; según el artículo 95 de las Reglas de la Corte. Cfr. JHABVALA, Farrokh: "Declaration by Judges of the ICJ", AJIL, Vol. 72-4, Washington, 1978, p. 83D.

FIGURA 3 (37)

	Número de Sentencias y opiniones consultivas	Número de opiniones individuales o colectivas	Número de declaraciones	% de opiniones por casos	% de declaraciones por caso
TPJI 1922-1946	58	103	36	1.78	0.62
CIJ 1946-	54	250	71	4.63	1.31

...136

37 Este cuadro fue tomado de JHABVALA, Farrokh: Op. cit., May que recordar que este estudio data de 1978, sin embargo, en ocho años los porcentajes y datos estadísticos no debe haberse modificado grandemente.

## CAPITULO II

### EL IUS COGENS EN LA DOCTRINA

§. 20 DELIBERADAMENTE INICIAMOS ESTE TRABAJO CON EL ANÁLISIS DE LOS DOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS QUE, HASTA LA FECHA, REGULAN EXPRESAMENTE EL IUS COGENS INTERNACIONAL; SIN EMBARGO DEBEMOS RECONOCER QUE AÚN CUANDO UNO DE ELLOS GOZA DE PLENA VIGENCIA, LAS FORMAS IMPERATIVAS DE D. I. GENERAL SIGUEN SIENDO UN ASUNTO DE INVESTIGACIÓN DOCTRINAL EN TODOS SUS ASPECTOS: NATURALEZA JURÍDICA, JERARQUÍA, TRANSFORMACIÓN, SANCIÓN, PROCEDIMIENTO, DETERMINACIÓN DE SU CONTENIDO, ETC. CABE SEÑALAR QUE FUERON LAS DELIBERACIONES DOCTRINALES LAS QUE CREARON, ANTES Y DURANTE EL TRABAJO CODIFICADOR DEL DERECHO DE LOS TRATADOS REALIZADO POR LA C.I.J., LA BASE -DEMASIADO AMBIGUA PARA MUCHOS- SOBRE LA QUE AHORA SE ESPECULA. INDISCUTIBLEMENTE HA TENIDO ÉXITO LA DOCTRINA AL LLEVAR SUS INVESTIGACIONES HASTA LA NORMA POSITIVA, AÚN CUANDO SE TACHE DE HIPOTÉTICAS A LAS NORMAS DE IUS COGENS INTERNACIONAL.

LA TAREA DE LOS PÚBLICISTAS ES IMPORTANTE, ADEMAS DE SER MEDIO AUXILIAR DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS JURÍDICO-INTERNACIONALES SEGÚN EL INCISO D) DEL APARTADO I DEL ARTÍCULO 39 DEL ESTATUTO DE LA C.I.J., ES SIN DUDA EL MEDIO MÁS SEGURO, ACASO POR SU VASTEDAD; PARA CONOCER PASO A PASO EL DESARROLLO DEL PENSAMIENTO TÉCNICO EN EL ASPECTO JURÍDICO DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES.

EL ASPECTO ETIMOLÓGICO DEL TÉRMINO IUS COGENS YA FUE TRATADO EN LA INTRODUCCIÓN DE ESTE TRABAJO, AHORA NOS INTERESA DESCRIBIR EN LO POSIBLE, EL ORIGEN Y EVOLUCIÓN CONCEPTUAL DE DICHA FIGURA, LA CUAL ES DE RECIENTE CREACIÓN SI SE LE COMPARA CON OTRAS PROPIAS DEL D.I.. EL ORDEN UTILIZADO PARA CITAR A LOS AUTORES ES CRONOLÓGICO, Y SIN SER EXHAUSTIVA LA LISTA DE PUBLICISTAS QUE HAN TRATADO EL TEMA, HEMOS HECHO UN ESPECIAL ÉNFASIS EN LO QUE SE REFIERE A LA DOCTRINA MEXICANA. POR OTRA PARTE, SE HAN OMITIDO, EN CIERTA MEDIDA, LAS OPINIONES DE LOS JURISTAS QUE INTEGRARON LA CDI POR CONSIDERAR QUE SUS OPINIONES FORMARON PARTE DE UN PROCESO CODIFICADOR Y QUE POR LO TANTO, NO SE DIERON COMO DOCTRINA "EX POHITÁNEA", SI SE NOS PERMITE EL TÉRMINO Y QUE DE UNA MANERA U OTRA ESTÁN CONTENIDAS EN LAS CONVENCIONES YA REFERIDAS. NOS HA PARECIDO INTERESANTE EN CAMBIO, REGISTRAR LAS OPINIONES QUE EN TORNO DEL IUS COGENS, SE COMPRENDEN EN CURSOS GENERALES DE D.I. Y EN ARTÍCULOS APARECIDOS EN LO QUE VA DE ESTA DÉCADA. EN TODO CASO, REMITIMOS AL LECTOR A LA BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA A FIN DE QUE CONOZCA LOS DATOS ESENCIALES DE LOS TRABAJOS QUE POR IMPOSIBILIDAD MATERIAL, NO PUDIERON SER CONSULTADOS.

EL FAMOSO JURISTA Y DIPLOMÁTICO SUIZO, EMER VATTEL, ES CONSIDERADO COMO EL MÁS SEGURO PRECURSOR DEL CONCEPTO DE NORMA IMPERATIVA DENTRO DEL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL<sup>(1)</sup>. AÚN CUANDO ANTAÑO SE LE CATALOGÓ COMO UN SIMPLE REPETIDOR, ACASO MÁS CLARO Y

1 Aunque paradójicamente, fue el introductor del concepto de soberanía estatal que adquiere un alcance peligroso para la auténtica obligatoriedad del derecho internacional. Cfr. TRUYOL STERRA, Antonio: Fundamentos de Derecho Internacional Público, 3a. ed. Tecnos, Madrid, 1970, p. 184.

ELEGANTE DE LAS ENSEÑANZAS DE SU MAESTRO CHRISTIAN WOLFF<sup>(2)</sup>, - NUESTRO AUTOR SE HA GANADO POR MÉRITOS PROPIOS UNA POSICIÓN IMPORTANTE DENTRO DE LA SISTEMATIZACIÓN Y EL ULTERIOR DESARROLLO DEL D.I., GRACIAS A LA GRAN INFLUENCIA, HOY YA MENGUADA, QUE SU OBRA PRODUJO EN ARBITROS Y ESTADÍSTAS. PESE A SER UN AUTOR ORIGINAL EN MUCHOS ASPECTOS -COMO EN EL QUE AHORA NOS OCUPA- PARECE SER QUE SU MAYOR MÉRITO ES HABER SIDO EL PRIMERO EN TRANSFORMAR LOS PRINCIPIOS PROPIOS DEL DERECHO NATURAL Y APLICARLOS AL D.I. DE UNA MANERA REALISTA, PRÁCTICA, LO CUAL SIN DUDA, FUE ESTIMULADO POR SU AMPLIA EXPERIENCIA OBTENIDA EN LOS AÑOS DE SERVICIO QUE PRESTÓ COMO MINISTRO PLENIPOTENCIARIO DE SAJONIA EN LA REPÚBLICA DE BERNA<sup>(3)</sup>, SIN ABANDONAR SU FORMACIÓN IUSNATURALISTA, NUESTRO AUTOR MUESTRA YA CIERTA TENDENCIA PRE-POSITIVISTA AL NO CONFORMARSE CON MÉTODOS PURAMENTE RACIONALISTAS Y GRACIAS A SU VIDA DIPLOMÁTICA, DIRIGIRSE HACIA CIERTO EMPIRISMO.

POR LA IMPORTANCIA DE ESTE ANTECEDENTE TRANSCRIBIMOS LOS SIGUIENTES FRAGMENTOS DEL PREFACIO DE LA OBRA PRINCIPAL DEL DIPLOMÁTICO SUIZO:

7.- LLAMAMOS DERECHO DE GENTES NECESARIO A AQUEL QUE CONSISTE EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO NATURAL A LAS NACIONES.

- 2 En 1785, D.H.L. von Ompteda aseguraba... que Vattel había seguido "cuidadosamente" a Wolff, no sólo en la ordenación de su trabajo, sino también "en el cause de su pensamiento". Cfr. GUNGGENHEIM, Paul: "Vattel. Emer de", en Enciclopedia de las Ciencias Sociales. Tomo 10, Aguilar. Madrid, 1975, p. 632.
- 3 Cfr. ibid.

ES NECESARIO, PORQUE LAS NACIONES ESTÁN ABSOLUTAMENTE OBLIGADAS A OBSERVARLO. ESTE DERECHO CONTIENE LOS PRECEPTOS QUE LA LEY NATURAL DA A LOS ESTADOS, PORQUE ESTA LEY NO (LES) ES MENOS OBLIGATORIA QUE A LOS PARTICULARES, TODA VEZ QUE LOS ESTADOS ESTÁN COMPUESTOS DE HOMBRES, QUE SUS DELIBERACIONES SON ADOPTADAS POR HOMBRES, Y QUE LA NATURALEZA OBLIGA A TODOS LOS HOMBRES RESPECTO DE ALGUNAS RELACIONES QUE ELLOS SOSTENGAN. ESTE ES EL MISMO DERECHO QUE GROCIO Y AQUELLOS QUE LO SIGUEN LLAMAN DERECHO DE GENTES INTERNO, EN TANTO QUE OBLIGA EN CONCIENCIA A LAS NACIONES. MUCHOS LO LLAMAN TAMBIÉN DERECHO DE GENTES NATURAL.

8.- LUEGO ENTONCES EL DERECHO DE GENTES NECESARIO CONSISTE EN LA APLICACIÓN, QUE SE LE HACE A LOS ESTADOS, DEL DERECHO NATURAL, EL CUAL ES INMUTABLE, POR ESTAR FUNDADO EN LA NATURALEZA DE LAS COSAS Y EN PARTICULAR EN LA NATURALEZA DEL HOMBRE; DE LO QUE RESULTA QUE EL DERECHO DE GENTES NECESARIO ES INMUTABLE.

9.- A PARTIR DE ESTO, QUE ESTE DERECHO ES INMUTABLE Y LA OBLIGACIÓN QUE IMPONE ES NECESARIA E INDISPENSABLE; LAS NACIONES NO PUEDEN APORTARLE NINGÚN CAMBIO A TRAVÉS DE SUS CONVENCIONES, NI DISPENSARSE ELLAS MISMAS O RECÍPROCAMENTE LA UNA A LA OTRA. ES ESTE EL PRINCIPIO O MEDIO POR EL CUAL SE PUEDE DISTINGUIR A LAS CONVENCIONES O TRATADOS LEGÍTIMOS, DE AQUELLOS QUE NO LO SON, Y LAS COSTUMBRES INOCENTES Y RAZONABLES.

BLES DE AQUÉLLAS QUE SON INJUSTAS O CONDENABLES. HAY COSAS JUSTAS Y PERMITIDAS POR EL DERECHO DE GENTES NECESARIO, LAS CUALES LAS NACIONES PUEDEN CONVENIR ENTRE ELLAS, O QUE PUEDEN CONSAGRAR O FORTIFICAR POR LOS USOS Y LAS COSTUMBRES. HAY DIFERENTES LEYES QUE LAS PERSONAS PUEDEN CREAR COMO LES PLAZCA A TRAVÉS DE LOS TRATADOS O INTRODUCIR TAL COSTUMBRE, TAL USO, QUE ELLOS ENCUENTREN ADECUADO. PERO EN LOS TRATADOS, TODAS LAS COSTUMBRES QUE VAYAN EN CONTRA DE AQUÉLLO QUE PRES CRIBE EL DERECHO DE GENTES NECESARIO, O DIFIERA (DE ÉL), SON ILEGÍTIMOS. VEREMOS EN CADA CASO QUE NO SON SIEMPRE AQUÉLLOS QUE SIGUEN AL DERECHO INTERNO, O A LA CONCIENCIA; Y QUE POR RAZONES QUE SERÁN DEDUCIDAS EN SU LUGAR, ESAS CONVENCIONES, ESOS TRATADOS, NO VINCULAN MÁS QUE PORQUE A MEHU DO SON VÁLIDOS PARA EL DERECHO EXTERNO. LAS NACIONES SON LI BRES E INDEPENDIENTES, AUNQUE LAS ACCIONES DE UNA SEAN ILE GÍTIMAS Y CONDENABLES SEGÚN LAS LEYES DE LA CONCIENCIA, LAS OTRAS ESTÁN OBLIGADAS A SUFRIRLAS, CUANDO DICHAS ACCIONES NO LESIONEN SUS DERECHOS PERFECTOS. LA LIBERTAD DE ESAS NACIO NES NO PERMANECERÍA ETERNA, SI LAS OTRAS NO ARROJARAN UNA INSPECCIÓN Y DERECHOS SOBRE SU CONDUCTA (4) .

EN ESTOS FRAGMENTOS, VATTEL EXPONE SUS IDEAS SOBRE LA NECE SARIA IMPERATIVIDAD DE CIERTAS NORMAS DEL SISTEMA JURÍDICO QUE RE

4 VATTEL, Emer: Le Droit de Gens ou Principes de la Loi Naturelle applique a la conduite et aux affaires de Nations et de Souverains, Vol. I, Reproduc tion of, book I and III of edition of 1758, Carnegie Institution of Washing ton, 1916, pp. 4 y 5. Los agregados son nuestros.



GULA A LOS ESTADOS; SIN HACER DISTINCIÓN ALGUNA RESPECTO DE LAS FUENTES FORMALES DE D.I., NUESTRO AUTOR SUPONE LA EXISTENCIA DE NORMAS IURIS COGENTIS, DE ORIGEN TANTO CONSUECUDINARIO COMO CONVENCIONAL. EN EL FRAGMENTO NOVENO, SE DISTINGUE CLARAMENTE ENTRE IUS COGENS (5) Y IUS DISPOSITIVUM, ASÍ COMO SUS RESPECTIVOS ALCANCES DENTRO DEL ÁMBITO INTERNACIONAL. LA INDEROGABILIDAD DE LAS NORMAS, RAZGO CARACTERÍSTICO DE LA INSTITUCIÓN, ES ABSOLUTA EN VATTEL YA QUE EN ÚLTIMA INSTANCIA SE PROTEGE A LA LEY NATURAL (INMUTABLE POR DEFINICIÓN) DE POSIBLES INOBSERVANCIAS LEGITIMADAS BILATERALMENTE. AUNQUE TAL INDEROGABILIDAD SE ATEMPERA EN LA CONCEPCIÓN MODERNA DE IUS COGENS (6), VATTEL APORTÓ UN CONCEPTO QUE PERMANECE ESENCIALMENTE IGUAL HASTA NUESTROS DÍAS. EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL NOVENO FRAGMENTO, SUGIERE QUE ESTA PARTICULARIDAD DE LAS NORMAS DE DERECHO DE GENTES NECESARIO, TIENE LA MAYOR IMPORTANCIA CUANDO SE DISTINGUE ENTRE LAS NORMAS JUSTAS Y LAS QUE NO LO SON; SIN EMBARGO, HADA DICE RESPECTO DEL MÉTODO DE GENERAL APLICACIÓN QUE NOS LLEVE A DEDUCIR LAS NORMAS PARTICULARES DEL LLAMADO DERECHO NECESARIO TAL VEZ PORQUE LE PARECIÓ QUE DICHAS NORMAS SON TAN EVIDENTES QUE SU ENUMERACIÓN RESULTARÍA CASUIS<sub>T</sub>ICA, PROLIJA Y FINALMENTE INÚTIL. SU EXPLICACIÓN DEL IUS DISPO<sub>S</sub>SITIVUM ES DE TAL CLARIDAD, QUE NO ADMITE COMENTARIO ALGUNO.

- 5 Para Vattel, como para su maestro Wolff, el concepto de lo justo y de lo honorable está fundado en la utilidad, que constituye el motivo natural de todas las acciones humanas. Cfr. GUGGENHEIM, Paul: Op. cit., p. 631.
- 6 Recordará el lector los artículos 64 de las Convenciones estudiadas.

EN LOS FRAGMENTOS PREVIOS AL NOVENO, SE ENCUENTRA LA FUNDAMENTACIÓN DE LA EXISTENCIA DE NORMAS INDEROGABLES EN EL SISTEMA VATTELIANO, LA CUAL NO ES MÁS QUE EL DERECHO NATURAL (COMO SE LE ENTENDÍA A MEDIADOS DEL SIGLO XVIII) APLICADO A LAS RELACIONES QUE SE DAN ENTRE ESTADOS, LOS CUALES SON CONSIDERADOS YA COMO SUJETOS DE UN CIERTO ORDEN JURÍDICO, EL DERECHO DE GENTES.

AHORA BIEN, DENTRO DEL CUERPO DE SU OBRA, EL AUTOR HACE UNA APLICACIÓN DEL CONCEPTO ABSTRACTO DE DERECHO DE GENTES NECESARIO A UN CASO CONCRETO -Y AUN PROPORCIONA UN EJEMPLO COMPLETO- Y A LA VEZ ANTICIPA UNA CARACTERÍSTICA MÁS DE LAS NORMAS DE IUS COGENS DENTRO DEL DERECHO DE LOS TRATADOS, A SABER:

161.- POR LA MISMA RAZÓN, POR EL ABUSO DEL PODER, UN TRATADO CONCLUIDO POR UNA CAUSA INJUSTA O DESHONESTA ES ABSOLUTAMENTE NULO; NINGUNA PERSONA PUEDE COMPROMETERSE A REALIZAR COSAS (ACTOS) CONTRARIAS A LA LEY NATURAL. ASÍ UNA LIGA OFENSIVA, CONSTITUIDA PARA ARRASAR A UNA NACIÓN, DE LA CUAL NO SE HA RECIBIDO ATAQUE ALGUNO, PUEDE, O MEJOR AÚN DEBE SER DISUELTA (7).

EN EFECTO, DEL FRAGMENTO TRANSCRITO SE DEDUCE QUE LA ILICITUD DEL OBJETO DE UN ACTO JURÍDICO -AL MENOS DE UN TRATADO- PROVOCA SU NULIDAD. EN LA CONCEPCIÓN VATTELIANA, ESTA SANCIÓN DEBE DE LA INCOMPATIBILIDAD DE LA ILICITUD EN EL OBJETO, CON LA LEY NATURAL (ES DECIR, CON EL ORDEN JURÍDICO IMPERANTE). ASÍ, EL DE

7 VATEL, Emer: op. cit., p. 373.

RECHO NATURAL ES EL CONTENIDO DEL DERECHO DE GENTES NECESARIO EL CUAL, POR SER INDEROGABLE, ELIMINA TODA VALIDEZ Y EFECTIVIDAD DE LOS ACTOS BILATERALES QUE LE SEAN CONTRARIOS, A TRAVÉS DE UNA SANCIÓN ESPECÍFICA, LA NULIDAD.

ES EVIDENTE QUE LA TERMINOLOGÍA HA EVOLUCIONADO, AL IGUAL QUE LOS CONCEPTOS, A TRAVÉS DEL TIEMPO. EL PROPIO VATTTEL INNOVÓ AL DESIGNAR Y DESARROLLAR SU DERECHO DE GENTES NECESARIO, FRENTE AL DERECHO DE GENTES INTERNO O NATURAL (8). NOSOTROS AHORA, ESTARÍAMOS INCLINADOS A EQUIPARAR MUTATIS MUTANDIS AQUÉL DERECHO DE GENTES NECESARIO A NUESTRO ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL (9), TODA VEZ QUE AMBOS DESIGNAN, DE ALGUNA MANERA, AL ORDEN JURÍDICO QUE -EN ARAS DE LA SEGURIDAD JURÍDICA Y EL BIEN COMÚN- SE PRETENDE MANTENER ESTABLE EN UN MOMENTO DETERMINADO.

1.21 LAS REFERENCIAS QUE FORMULA LAUTERPACHT RESPECTO A LAS NORMAS IMPERATIVAS EN D.I. SON MÁS BIEN MESURADAS Y NO MUY ENTUSIASMADAS, A CASO POR HABER DICTADO EL CURSO QUE CITAMOS AL FILO DEL INICIO DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL (10).

EL COMENTARIO SE DESPRENDE DEL ANÁLISIS QUE HACE DE LA VALIDEZ DE LAS OBLIGACIONES INMORALES, LA CUAL SEGÚN DECLARA, APARENTEMENTE ES DE UN INTERÉS PRÁCTICO MÍNIMO, TODA VEZ QUE NO EXISTE

8 Otro tanto hizo al crear su Société des Nations.

9 Como ha quedado expresado (ver supra sección 1.8).

10 LAUTERPACHT, H.: "Règles Générales du Droit de la Paix", RC, Tomo 62, Leyden, 1937, a partir del párrafo 84.

PRECEDENTE JUDICIAL EN EL CUAL UN ESTADO HAYA SOLICITADO SE DECLARE NULO UN TRATADO VIGENTE, A RAIZ DEL CARÁCTER CONTRARIO A LA MORAL DE SUS CLÁUSULAS. CITA, EN CAMBIO, DOS ARTÍCULOS DE AUTORES CONTEMPORÁNEOS QUE YA HABLAN DE TAL SUPUESTO <sup>(11)</sup>. SIN EMBARGO, ACLARA QUE SERÍA DIFÍCIL IMAGINAR QUE EL D.I. ADOLECIERA DEL PRINCIPIO GENERAL DE DERECHO QUE ESTIPULA QUE EL DERECHO NO DEBE CONVERTIRSE EN UN INSTRUMENTO DE INMORALIDAD <sup>(12)</sup>, ES DECIR, EX INJURIA IUS NON ORITUR SEGÚN EL AFORISMO LATINO.

EL MAYOR OBSTÁCULO QUE APRECIA NUESTRO AUTOR, ES LA INEXISTENCIA DE UN ÓRGANO QUE EJERZA UNA JURISDICCIÓN OBLIGATORIA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL, ESPECIALMENTE INVESTIDA DEL PODER SUFICIENTE PARA DECLARAR LA NULIDAD EMANADA DE LA INMORALIDAD DE UN TRATADO. EN TANTO LAS FUNCIONES DE UN ÓRGANO TAL, NO SEAN ACEPTADAS REGULARMENTE POR LOS SUJETOS DE D.I. :

**LA PRETENDIDA NULIDAD DE LOS TRATADOS INMORALES ES UNA INVITACIÓN CONSTANTE, PARA AQUÉLLOS QUE VIOLAN EL DERECHO, DE DESLIGARSE UNILATERALMENTE Y DE MANERA HERÓICA DE LAS OBLIGACIONES QUE LES AGOBIAN <sup>(13)</sup>.**

COLOCANDO EN SU CONTEXTO LA TRANSCRIPCIÓN QUE ANTECEDE, NOS PERCATAMOS QUE LAUTERPACHT NO RECHAZA LA IDEA DE QUE UN ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ES NECESARIO; SIMPLEMENTE DECLARA QUE LAS CO

11 En efecto, véase a Verdross: Zeitschrift für Öffentliches Recht. XV. 1935, p. 289 y XVI, 1936, p. 79, y Hold Fernsch: Lehrbuch de Völkerrechts, II,

12 Cfr. LAUTERPACHT, H.: op. cit., p. 306

13 Ibid., p. 307

DICIONES PRÁCTICAS NO ESTÁN DADAS. CASI A RENGLÓN SEGUIDO ASIEMTA QUE, SI SE DESEA QUE EL PODER SANCIONADOR DEL DERECHO SEA EFECTIVO LA INMORALIDAD DE UNA CLÁUSULA CONVENCIONAL "... DEBE SER TAL QUE APAREZCA CONTRARIA AL ORDEN PÚBLICO Y A LOS POSTULADOS IMPERATIVOS DE JUSTICIA QUE EL MEDIO SOCIAL IMPONGA (14)". CON LO QUE PODEMOS CONSTATAR QUE LAUTERPACHT PREVÉ QUE, COMO SUCEDE INTERNAMENTE, LA IDIOSINCRACIA JURÍDICA QUE ESTÁ DETRÁS DE UN ORDEN PÚBLICO DETERMINADO EVOLUCIONA CONFORME LO HACE LA SOCIEDAD A LA QUE REGULA.

AL DECLARAR QUE:

EL PRINCIPIO GENERAL DE DERECHO QUE ANULA LOS TRATADOS INMORALES ES UN CORRECTIVO NECESARIO Y SALUDABLE SI SE APLICA POR UN ÓRGANO IMPARCIAL. PUEDE CONVERTIRSE EN UN VERDADERO ABUSO Y LA NEGACIÓN MISMA DEL DERECHO, SI ES MANEJADO UNILATERALMENTE POR LOS GOBIERNOS QUE APOYAN A LOS AUTORES ANSIOSOS DE ENCONTRAR EN EL DERECHO UN VELO DE DECENCIA CONTRA LAS VIOLACIONES CÍNICAS DEL DERECHO (15).

EL FAMOSO JURISTA INGLÉS SE CONVIERTE, EN CIERTA MEDIDA, EN PARTIDARIO DE UN IUS COGENS, AL MENOS EN EL DERECHO DE LOS TRATADOS, SIEMPRE QUE SE DEN LAS CONDICIONES MÍNIMAS PARA SALVAGUARDAR SU EFECTIVIDAD.

§.22 LOS DIFERENTES AUTORES HAN LLEGADO AL CONCEPTO DE NORMAS TAXATIVAS DESDE VARIOS PUNTOS DE PARTIDA, ALGUNOS HACIENDO MAYOR HIN

14 Cfr. *ibid.*

15 *Ibid.*, 308

CAPÍE EN LOS ASPECTOS PRÁCTICOS QUE EN SU FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA. GABRIELLE SAVOLI DEDICÓ UN APARTADO ESPECIAL EN SU CURSO <sup>(16)</sup> AL ESTUDIO DE LA LICITUD DE LOS ACTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES; AL RESPECTO NOS DICE:

LOS TRATADOS DEBEN TENER UN OBJETO POSIBLE Y UN CONTENIDO LÍCITO, SI UN TRATADO ESTÁ EN OPOSICIÓN CON LAS REGLAS IMPERATIVAS DE DERECHO INTERNACIONAL, ES ILÍCITO Y NULO. POR EL CONTRARIO, SI SE TRATA DE REGLAS DISPOSITIVAS DE DERECHO INTERNACIONAL, LAS DOS PARTES ESTÁN LIBRES DE ADOPTAR, EN SUS RELACIONES, DISPOSICIONES QUE SEAN DIFERENTES <sup>(17)</sup>.

TRASLADANDO CONCEPTOS DEL DERECHO PRIVADO AL INTERNACIONAL, EL AUTOR DA POR HECHO LA EXISTENCIA DE UN ORDEN PÚBLICO SUPERIOR A LA VOLUNTAD DE LOS SUJETOS DE D.I., Y ASEGURA SU OBSERVANCIA A TRAVÉS DE LA NULIDAD -COMO SANCIÓN A SU VIOLACIÓN-. SI BIEN ES CIERTO QUE NO NOS PROPORCIONA NINGÚN CRITERIO PRÁCTICO PARA LA IDENTIFICACIÓN DE NORMAS PERENTORIAS, TIENE EL MÉRITO DE, POR LO MENOS, ANTICIPAR QUE DEBE DARSE EL AMBIENTE PROPICIO PARA EL RECONOCIMIENTO DE NORMAS DE TAL CARÁCTER EN D.I.

DE SU NOCIÓN DE NORMA IMPERATIVA, SAVOLI DERIVA UNA CONCLUSIÓN LÓGICA, SENCILLA, Y DE LA MAYOR TRASCENDENCIA PARA LA JUSTA APRECIACIÓN DE LA JERARQUÍA NORMATIVA EN D.I., AL SEÑALAR QUE:

ENTONCES ES EVIDENTE QUE CUANDO, EN LA ENUMERACIÓN DE LAS FUENTES PROPORCIONADA EN EL ARTÍCULO 38 DEL ESTATU

16 SAVOLI, Gabriele: "Règles Générales du Droit International". RC, Tomo 46, Leyde, 1933, p. 5 a 55.

17 Ibid., p. 26

TO DE LA CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, SE OTORGA PREPONDERANCIA AL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL CONVENCIONAL EN VIGOR ENTRE LAS PARTES; NO SE PUEDE TRATAR MÁS QUE DE LA PARTE DE NATURALEZA DISPOSITIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL. SI SE INTERPRETA DE MANERA DIFERENTE DICHO ARTÍCULO, SE LLEGA A RESULTADOS QUE IRRITAN (SIC) (18).

EN OTRA PARTE DE SU OBRA, OPINA QUE LA INEXISTENCIA DE UNA ENTIDAD SUPERIOR A LOS ESTADOS, Y QUE EL HECHO DE QUE EL D.I. EN CUENTRE FUNDAMENTO EN LA VOLUNTAD DE ÉSTOS; HACE IMPOSIBLE UNA JURISDICCIÓN OBLIGATORIA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL (19); ASÍ PUES ÉSTA NO SERÁ EL MEDIO IDÓNEO PARA QUE LA IMPERATIVIDAD DE UNA NORMA SE DEDUZCA Y EFECTIVICE; LA SOLUCIÓN A ESTE PROBLEMA CAPITAL LA OFRECE EN LOS SIGUIENTES TÉRMINOS:

YO DIRÍA QUE, SI SE BUSCA UNA ENTIDAD SUPERIOR A LOS ESTADOS, UNO SE ENCUENTRA CON QUE EL DERECHO INTERNACIONAL ES SUPERIOR A LOS ESTADOS, IGUAL QUE EL DERECHO INTERNO ES SUPERIOR A LOS INDIVIDUOS (20).

1.23 DENTRO DE LA POLÉMICA SURGIDA EN LA DOCTRINA REFERENTE A LA EXISTENCIA O NO DE NORMAS IMPERATIVAS INTERNACIONALES PAUL GUGGENHEIM ES UN CASO ESPECIAL. EN UN PRINCIPIO Y POR MUCHOS AÑOS PERMANECIÓ FIEL A LA OPINIÓN DE QUE:

- 18 Ibid. Recuérdese que el autor escribía esto durante 1932, cuando aún estaba fresca la idea de que el artículo 38 de la CPJI entrañaba cierta prelación, no obstante la observación continúa siendo válida.
- 19 Cfr. SAVOLI, Gabriele: op. cit., p. 92. La estabilidad de la Sociedad de Naciones para esa época, período de p. guerra, era sumamente precaria y la de la Corte no era mejor, de ahí tal vez esta opinión.
- 20 Ibid., p. 93. Como dato interesante, cabe señalar que este autor ya habla del derecho de los O.I. y especula sobre la personalidad jurídica de éstas Cfr., ibid., p. 78 a 84.

LA IDEA DE LA EXISTENCIA DE UN ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL, DE UN IUS COGENS QUE SERÍA PARTE DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO Y QUE ENTRARÍA DE PLENO DERECHO LA NULIDAD DE LAS REGLAS QUE SE LE OPUSIERAN, NO ENCUENTRA BASE ALGUNA EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO. AÚN LAS REGLAS QUE SE APLICAN AL STANDARD MÍNIMO DE LOS EXTRANJEROS PUEBEN SER MODIFICADAS POR LOS ESTADOS INVESTIDOS DEL PODER DE CAMBIAR EL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO DE COMÚN ACUERDO Y DENTRO DEL MARCO DE SU COMPETENCIA <sup>(21)</sup>.

TODA VEZ QUE AL NO HABER PRECEDENTES RESPECTO DEL CONTENIDO DE TALES NORMAS, ÉSTE DEBERÍA SER "FABRICADO" APRIORÍSTICAMENTE, LO CUAL NO SATISFARÍA DE MANERA ALGUNA LOS PARÁMETROS DE UNA TEORÍA POSITIVISTA QUE EXPLICARA SU VALIDEZ. SI, POR OTRA PARTE, SE INTENTARA FUNDARLAS UTILIZANDO EL CRITERIO, SEGÚN EL CUAL SE ANALIZA SU CONTENIDO "MORAL", TALES REGLAS CARECERÍAN DE BASE JURÍDICA; SI DICHO CRITERIO SE ACEPTARA, ELLO IMPLICARÍA HACER LO PROPIO CON LA EXISTENCIA DE UN ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL QUE LIMITARA LA CAPACIDAD DE LOS ESTADOS EN LA CREACIÓN Y LA APLICACIÓN DE NORMAS DE D.I., Y ELLO NO SERÍA MÁS QUE REIMPLANTAR, DENTRO DEL D.I. POSITIVO, NOCIONES DEL DERECHO NATURAL, YA SUPERADO <sup>(22)</sup>. HAY QUE DESTACAR QUE EL AUTOR SOSTIENE EL PUNTO ANTERIOR EN LA SUPOSICIÓN DE QUE UN IUS COGENS HA DE SER ETERNO; SI BIEN SABEMOS QUE LA INDEROGABILIDAD PRIVADA ES LA NOTA DISTINTIVA, ELLO NO IMPLICA UNA NATURALEZA ESTÁTICA.

21 GUGGENHEIM, Paul: "La validité et la nullité", RC, Tomo 74, Leyden, 1949, p. 196, nota 3.

22 Cfr. Ib id., p. 196.



COMO LA BASE DEL D.I. ES LA VOLUNTAD DE LOS SUJETOS EN OBLIGARSE, CUALQUIER ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL COMPRENDERÍA LA REGULACIÓN Y LIMITACIÓN DE LOS EFECTOS DEL CONSENTIMIENTO. AHORA BIEN, TRANSPLANTAR LA "TEORÍA RELATIVA A LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO" UTILIZADA MÁS O MENOS UNIFORMEMENTE EN LOS DERECHOS INTERNOS, IMPLICARÍA PERDER DE VISTA EL HECHO, POR DEMÁS EVIDENTE, DE QUE LOS SUJETOS A LOS QUE SE LES APLICA, DISTAN MUCHO DE AQUELLOS A LOS QUE SE LES IMONDRÍA. CUALQUIER INTENTO DE REGULAR EL CONSENTIMIENTO Y LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD EN EL ÁMBITO INTERESTÁTICO "... NO PUEDE RESULTAR MÁS QUE DE UN LARGO ESFUERZO JURISPRUDENCIAL, DEL QUE CARECE EL DERECHO INTERNACIONAL" (23), LO CUAL NO DEJA DE SER VERDAD, EL D.I. NECESITA ESPECIALMENTE DE LOS DESARROLLOS JURISPRUDENCIALES PARA EVOLUCIONAR, PERO NO CONTAR CON ELLOS NO SIGNIFICA NECESARIAMENTE QUE SU EVOLUCIÓN ESTÉ ANULADA.

SEGÚN NUESTRO AUTOR, LA DETERMINACIÓN DE LA LICITUD O ILICITUD DE UN ACTO, NO PUEDE ABORDARSE APRIORÍSTICAMENTE, Y PUESTO QUE ESTE PUNTO DEBE INVOLUCRAR LA VALIDEZ DE LA NORMA QUE RIJA TAL ACTO, NO PODEMOS ALEJARNOS, AFIRMA, DEL MARCO DELIMITADO POR EL DERECHO POSITIVO. SIN EMBARGO, SE OPONE COMO VIMOS, A QUE EL DERECHO POSITIVO INCLUYA ALGÚN FRENO A LA MAL ENTENDIDA "LIBERTAD DE CONTRATAR" QUE IMPREGNÓ AL D.I. DURANTE EL SIGLO PASADO Y BUENA PARTE DEL PRESENTE.

23 Ibid., p. 197.

HAY OTRO PUNTO EN EL QUE GUGGENHEIM NO DEJA DE TENER RAZÓN, Y QUE AÚN HOY DEBE SER TOMADO EN CUENTA. SOSTIENE QUE CUALQUIER ESTUDIO QUE SE INTENTE EN EL CAMPO DE LA DETERMINACIÓN DE LOS CRITERIOS DE LICITUD; Y CON BASE EN SU VIOLACIÓN, DERIVE EN UNA TEORÍA DE ORDEN PÚBLICO, NO DEBE LIMITARSE AL ANÁLISIS DE LOS TRATADOS INTERESTÁTICOS:

YA QUE TODO ACTO INTERNACIONAL SUPONE EL PROBLEMA DE SU VALIDEZ O DE SU NULIDAD, YA SE TRATE DE UNA REGLA CONSUECUDINARIA, UNA CONVENCION, UN ACTO UNILATERAL, UNA RESOLUCION DE UN ORGANO COLECTIVO (SIC), DE UNA ORGANIZACION INTERNACIONAL, UNA DECISION ARBITRAL O JURISDICCIONAL O DE UN ACTO EJECUTIVO (24).

SIN EMBARGO, NO HAY QUE SER INJUSTOS. LOS INTENTOS DOCTRINALES DE FUNDAR LA EXISTENCIA DE UN IUS COGENS INTERNACIONAL PARTEN CASI SIEMPRE DEL ANÁLISIS DE LOS TRATADOS, POR LA ÚNICA RAZÓN, NOS PARECE, DE QUE ELLOS OFRECEN CERTIDUMBRE EN LA NORMA QUE SE ANALIZA, ADEMÁS DE QUE SU DEROGACION ES MÁS RÁPIDA Y DEFINITIVA QUE EL LARGO E INCIERTO PROCEDIMIENTO DE LA DESUETUDO, NO OBSTANTE ES OBVIO QUE DE EXISTIR UN ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ES TE ABARCARÍA TODO HECHO JURÍDICO LATO SENSU.

TODAVÍA EN 1951, NUESTRO AUTOR ERA DE LA OPINION DE QUE LO IMPORTANTE EN LA NORMA INTERNACIONAL ERA LA VERIFICACION DE SU FUENTE Y QUE POR TANTO

24 Ibid., p. 198.

EL DERECHO INTERNACIONAL PUEDE TENER CUALQUIER CONTENIDO, SIN LIMITACIÓN NI RESTRICCIÓN DE NINGÚN TIPO... NO EXISTE NINGUNA NORMA QUE PROHIBA O SANCIONE LA CONCLUSIÓN DE CONVENCIONES EN DONDE EL CONTENIDO SEA CONTRARIO A LAS BUENAS COSTUMBRES (25).

ESTA AFIRMACIÓN TAN TERMINANTE, PRODUCTO TAL VEZ DE UN AFÁN POR FUNDAMENTAR FÁCTICAMENTE LA EFECTIVIDAD DE LAS NORMAS DE D.I. FUE INCLUIDA EN LA SIGUIENTE EDICIÓN, LA SEGUNDA DE 1969, DE LA MISMA OBRA QUE ACABAMOS DE CITAR, CON UN COMENTARIO EN EL SENTIDO DE QUE NO HAY RAZÓN ALGUNA DE ORDEN LÓGICO QUE SE OPONGA A LA IDEA DE UN IUS COGENS INTERNACIONAL, SIN EMBARGO, HAY DIFICULTADES ESTRUCTURALES Y TÉCNICAS PROPIAS DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL QUE HACE DIFÍCIL LA INTRODUCCIÓN Y ACEPTACIÓN DE SEMEJANTE NOCIÓN DENTRO DEL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL (26). ES EVIDENTE QUE ASÍ ES HOY EN DÍA, TAL VEZ MÁS QUE ANTAÑO, PUESTO QUE EL RECHAZO DE LOS ESTADOS -SOBRE TODO PODEROSOS- A LAS LIMITACIONES IMPUESTAS POR UN ORDEN PÚBLICO, TIENEN ORÍGENES POLÍTICOS MÁS QUE JURÍDICOS; PERO PESE A QUE LAS CIRCUNSTANCIAS POLÍTICAS PARECEN AGRAVARSE PELIGROSAMENTE, LA CONVICCIÓN DE QUE EL D.I. CUENTA CON UN NÚCLEO DE NORMAS IMPERATIVAS HA GANADO TERRENO EN IUS INTERNA

CIONALISTAS, JUECES, ARBITROS, DIPLOMÁTICOS Y ESTADÍSTAS.

25 GUGGENHEIM, Paul: *Traite de Droit International Public*, 1a. ed., 1951, p. 57, citado por DE VISSCHER, Paul: "Cours Général de Droit International Public", RC, Tomo 136, Leyde, 1972.

26 Cfr. *ibid.*, nota 70.

1.24 COMO SABEMOS, Y SE CONSTATA CON LAS OPINIONES PRECEDENTES, EN EL D.I. EL CONSENTIMIENTO ES EL ELEMENTO MOTOR DE LA MAQUINARIA LEGISLATIVA YA QUE ESTÁ PRESENTE DE DIFERENTE MANERA SEGÚN LA FUENTE, PERO SIEMPRE DE MANERA PREPONDERANTE. SIN QUE SE REFIERA PRECISAMENTE AL CONCEPTO O DEFINICIÓN DE LAS NORMAS IMPERATIVAS EN D.I., ROLIN LAS PRESUPONE Y LAS COMENTA CON ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO DE LOS TRATADOS (27). OPINA QUE LA REGLA DE DERECHO QUE PREVEA LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO TALES COMO: ERROR, DOLO O VIOLENCIA, PESE A SER POCO FRECUENTE NO TENDRÍA MAYOR PROBLEMA EN SER FORMULADA (28). EN EL CASO ESPECIAL DE LA COACCIÓN EJERCIDA SOBRE UN ESTADO POR MEDIO DE LA GUERRA, O SEA UNA ESPECIE PARTICULAR DE VIOLENCIA; SEÑALA QUE LA DOCTRINA GENERAL HA CONSIDERADO QUE NO DEBERÍA RECONOCERSE COMO VICIO DE LA VOLUNTAD, PORQUE ELLO CAUSARÍA MUCHAS INCONVENIENCIAS PRÁCTICAS QUE REPERCUTIRÍAN SOBRE LA VALIDEZ DE LOS TRATADOS DE PAZ. EN TODO CASO, DEBERÍA ATENDERSE A OTRO CONCEPTO, EL DE LA CAUSA ILÍCITA, EN CUYO CASO DEBERÍA RECONOCERSE COMO UNA OBLIGACIÓN ERGA OMNES EL NO ACEPTAR COMO VÁLIDA Y LEGÍTIMA UNA SITUACIÓN JURÍDICA NACIDA E IMPUESTA POR MEDIO DE LA AGRESIÓN, TODA VEZ QUE ESTARÍA AFECTADA DE NULIDAD ABSOLUTA (29). AHORA BIEN, DICHA NULIDAD DEVIENE DEL CARÁCTER INMORAL, Y POR LO TANTO ILÍCITO, DEL TRATADO ASÍ IMPUESTO.

27 Cfr. ROLIN, H.: "Principes de Droit International Public", RC, Tomo 77, Leyden, 1950, p. 433.

28 Véanse los artículos 48 a 51 de las Convenciones de 1969 y 1986.

29 Cfr. ROLIN, H.: op. cit., pp. 433 y 434.

EL AUTOR OFRECE COMO EJEMPLO DE PREPONDERANCIA DE UNA NORMA, EL ARTÍCULO 103 DE LA CARTA DE LA ONU; ESTA MISMA, EN SU OPINIÓN, TIENE EL CARÁCTER DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL (30). CON ESTE ÚLTIMO JUICIO DISENTIMOS POR LA SENCILLA RAZÓN DE QUE EXISTEN ARTÍCULOS DE LA CARTA QUE REFLEJAN CLARAMENTE INEQUIDADES Y POLÍTICAS HEGEMÓNICAS DE LAS POTENCIAS ALIADAS (31), POR OTRA PARTE TAMBIÉN CONTIENE REGLAS DISPOSITIVAS (32) Y OTRAS DE INDISCUTIBLE NATURALEZA INDEROGABLE (33). EL AUTOR RECONOCE EXPRESAMENTE ESE CARÁCTER EN PRINCIPIOS TALES COMO: LA PROHIBICIÓN DEL USO DE LA FUERZA O LA AGRESIÓN (34), LAS QUE REGULAN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS TERRITORIOS NO AUTÓNOMOS, Y LAS RELATIVAS A LOS DERECHOS DEL HOMBRE EN GENERAL.

CON BASE EN LO ANTERIOR, CONCLUYE QUE EN EL MOMENTO EN QUE UNA AUTORIDAD INTERNACIONAL DECIDA SOBRE LA INTERPRETACIÓN O APLICACIÓN DE UNA NORMA DE D.I., CUALQUIERA QUE ÉSTA SEA; PODRÁ VERIFICAR DE OFICIO LA CONFORMIDAD DE LA REGLA EN DISCUSIÓN, CON EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL, EL CUAL COMO VIMOS, PARA ÉL CONCUERDA ABSOLUTAMENTE CON LA CARTA DE LA ONU (35).

30 Cfr., *ibid.*, p. 434.

31 La regulación que en general se hace del Consejo de Seguridad, especialmente de los artículos 23, 27, 53, 106, 107, etc.

32 Todas aquellas que señalan las bases de organización y administración de la propia ONU, de los órganos y de los organismos subsidiarios y especializados, por ejemplo los artículos 4, 7, 9, 61, 86, 97, 108, 109, etc.

33 Por ejemplo, los artículos 1, 2, 33, 51, 55, 73, 74 y 76.

34 Retomada según Rolin del Pacto de París de 1928.

35 Cfr., *ibid.*, p. 434.

1.25 EL JEFE DE LA ESCUELA DE VIENA, EL AFAMADO JURISTA AUSTRIACO HANS KELSEN TRATÓ TAMBIÉN SOBRE LAS NORMAS IMPERATIVAS DE D.I. Y LOS TEMAS A ELLAS CONEXAS, EN ALGUNOS DE SUS TRABAJOS ESPECIALIZADOS EN D.I. Y AÚN EN OTROS DE CARÁCTER GENERAL. KELSEN NO DUDA DE LA NECESIDAD DE QUE EL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL CUENTE CON NORMAS DE IUS COGENS, Y SEÑALA CATEGÓRICAMENTE SU EXISTENCIA; NO OBSTANTE, AFIRMA QUE SU IDENTIFICACIÓN CONCRETA PLANTEA PROBLEMAS III DISOLUBLES HASTA LA FECHA (36).

PARA SUSTENTAR TAL ASERTO, PARTE DEL HECHO DE QUE, EN PRINCIPIO, LA CAPACIDAD DE LOS ESTADOS PARA CONCLUIR TODA CLASE DE TRATADOS ES ILIMITADA; MÁS, EL QUE EL CONTENIDO DE ÉSTOS CONTRAVENGA A LO ESTABLECIDO POR UNA NORMA DE D.I. GENERAL DE NATURALEZA IMPERATIVA, SE CONSTITUYE EN UNA EXCEPCIÓN AMPLIAMENTE RECONOCIDA (37), LO QUE HACE EVIDENTE QUE EXISTE UN ORDEN INTERNACIONAL DE GENERAL RESPETO DEL QUE LOS PARTICULARES NO PUEDEN ALEJARSE VÁLIDAMENTE, Y POR TAL RAZÓN DEBE ENTENDERSE COMO UNA LIMITACIÓN A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LOS ENTES SOBERANOS (38), PERO NO SÓLO DEL D.I. GENERAL PUEDE EMANAR LA IMPERATIVIDAD DE UNA NORMA, TAMBIÉN

36 KELSEN, Hans: Principles of International Law, Reinhart and Co., Nueva York, 1952, p. 344.

37 Cfr., ibid., y en KELSEN, Hans: El Contrato y el Tratado (Analizados desde el punto de vista de la Teoría Para del Derecho), (trad. del inglés de Eduardo García Maynez), Nacional, México, 1979, pp. 57, 62 a 65.

38 Cfr., ibid., p. 125. En otra obra, Kelsen apunta: "Al hablar del Derecho Internacional, sólo se hace referencia al general o común, y no al particular: El Derecho Internacional General o común es el Derecho Consuetudinario, válido para los Estados que forman parte de la comunidad internacional". KELSEN, Hans: "Naturaleza del Derecho Internacional" (trad. del inglés por Florencio Acosta); en KELSEN, Hans: Derecho y Paz en las Relaciones Internacionales, Nacional, México, 1980, p. 53. Conferencia dictada en 1941 en la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard.

DEL D.I. PARTICULAR, ASÍ POR EJEMPLO, SEÑALA QUE EL ARTÍCULO 20 DEL PACTO DE LA LIGA DE LAS NACIONES PROHIBÍA A LOS ESTADOS PARTES EN ÉL, LA CONCLUSIÓN DE TRATADOS QUE NO SE AJUSTARÁN A LOS PRINCIPIOS QUE ANIMABAN A LA SOCIEDAD, LO CUAL PODEMOS AFIRMAR TAMBIÉN EN EL ARTÍCULO 103 DE LA CARTA; DE HECHO, EN UN PROYECTO DE REFORMAS DEL PACTO CONOCIDO COMO "CONVENIO DE UNA LIGA PERMANENTE PARA EL MANTENIMIENTO DE LA PAZ" PREVIO UN MECANISMO JURÍDICO QUE SE ADELANTABA EN ALGO, AL PROBLEMA DE LA SUPRESIÓN DE EFECTOS DE UN TRATADO NULO EN LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 53 DE LA CONVENCIÓN DE 1969, A SABER:

**ART. 38 . LA ASAMBLEA PUEDE DECLARAR INAPLICABLES POR UNA MAYORÍA DE DOS TERCIOS, TRATADOS QUE NO SE ADAPTAN A LAS EXISTENTES CONDICIONES INTERNACIONALES. UN TRATADO DECLARADO INAPLICABLE SE VUELVE INVÁLIDO SEIS MESES DESPUÉS DE ESA DECLARACIÓN (39).**

NO DESMERECE, PESE A SU AMBIGÜEDAD SI CONSIDERAMOS QUE EL ORIGINAL FUE ESCRITO EN 1943. AHORA BIEN, ADEMÁS DE LA GUERRA Y LAS REPRESALIAS, LA "INVALIDEZ" DE UNA NORMA INADECUADA PARA REGIR LAS RELACIONES ENTRE ESTADOS PODRÍA CONSIDERARSE COMO SANCIÓN, MÁXIME SI DICHA INVALIDEZ SE ENTIENDE COMO NULIDAD. SI LO ANTERIOR SE ACEPTA, PASAR AL CONCEPTO DE "ILÍCITO INTERNACIONAL" ES FÁCIL, SI ÉSTE SE DA EN EL ÁMBITO CONVENCIONAL DEL D.I., ASÍ EL

39 KELSEN, Hans: "La Paz por el Derecho"(trad. del inglés por Constantino Ramos): en KELSEN, Hans: La idea del Derecho Natural y otros Ensayos, Nacional, México, 1979, p. 303.

AUTGR NOS DICE:

UN ACTO ES ILÍCITO Y TIENE CARÁCTER DE UNA "INFRACCIÓN AL DERECHO", CUANDO EL DERECHO OBJETIVO (EL ORDENAMIENTO JURÍDICO) ENLAZA A ESE ACTO -CONSIDERADO COMO PERJUDICIAL- UNA SANCIÓN, A SABER, UN ACTO DE COACCIÓN... LA TENDENCIA A DEFINIR LO ILÍCITO COMO UNA NEGACIÓN DEL DERECHO, ES EL RESULTADO DE LA CONCEPCIÓN IMPERATIVA DE LOS PRECEPTOS JURÍDICOS. LO ILÍCITO ES CONTRARIO A LA INTENCIÓN DEL LEGISLADOR... (40)

EN REALIDAD, COMO SABEMOS, LO ILÍCITO ES EL SUPUESTO JURÍDICO QUE DE CUMPLIRSE, ACTUALIZA LA SANCIÓN; PERO ES IMPORTANTE DESTACAR QUE KELSEN RECONOCE EN LA IMPERATIVIDAD LA INTENCIÓN DEL LEGISLADOR DE IMPONER UNA CONDUCTA Y NO OTRA, Y QUE CUALQUIER DESVÍO ES ILÍCITO, CONTRARIO A SUS DESIGNIOS, Y POR LO TANTO, SANCIONADO JURÍDICAMENTE. AHORA BIEN, EN OTRA PARTE DETERMINA:

LA NULIDAD DE LA NORMA NO ES LA CONSECUENCIA LÓGICA DE LA ILEGALIDAD DEL ACTO CREADOR DE LA MISMA. ES NECESARIO QUE DICHA CONSECUENCIA SEA EXPRESAMENTE ESTATUÍDA POR EL ORDEN JURÍDICO (41).

ACASO SEA ESTA LA RAZÓN DE QUE LOS ARTÍCULOS 53 DE LAS CONVENCIÓNES SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, EMPIECEN SU REDACCIÓN SEÑALANDO, ANTES QUE LA INSTITUCIÓN, LA SANCIÓN PREVISTA PARA SU INOBSERVANCIA.

40 KELSEN, Hans: El contrato..., pp. 94 y 95.

41 Ibid., pp. 110 y 111. Si bien el manejo de los términos no es del todo exacto, pues se sabe que ilegal no significa necesariamente ilícito; el contexto en que las opiniones transcritas fueron expresadas, nos lleva a pensar en una cierta sinonimia, que de no existir haría incomprensible el texto.



JUNTO A LAS FUENTES TRADICIONALES DEL D.I., NUESTRO AUTOR RE CONOCE EN LAS DECISIONES DE LOS O.I. UN PROCESO DE CREACIÓN Y APLICACIÓN DE NORMAS QUE, AÚN CUANDO HACE EVIDENTE EL ALTO GRADO DE DESCENTRALIZACIÓN DEL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL, EMPIEZA A SER EFICAZ :

APLICANDO NORMAS GENERALES PRE-EXISTENTES DE DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO O CONVENCIONAL A UN CASO CONCRETO, UN ORGANISMO INTERNACIONAL PODRÍA CREAR UNA NORMA INDIVIDUAL DE DERECHO INTERNACIONAL. PERO UN ÓRGANO ESTABLECIDO POR UN TRATADO SÓLO PUEDE SER COMPETENTE PARA CREAR UNA NORMA VINCULANTE ENTRE LAS PARTES DEL TRATADO <sup>(42)</sup>.

AGREGA QUE SI EL O.I. TIENE ALCANCE MULTILATERAL Y LA DECISIÓN TOMADA POR ÉSTE ES AL MENOS MAYORITARIA, LA REGLA ASÍ CREADA ASUME EL CARÁCTER DE LEGISLACIÓN <sup>(43)</sup>; PUDIERA SER ESTA UNA SUGERENCIA PARA SALVAR EL PROBLEMA MÁS COMPLEJO DENTRO DEL ESTUDIO Y LA REGULACIÓN DEL IUS COGENS INTERNACIONAL; LA IDENTIFICACIÓN DE SUS NORMAS.

LA ANTERIOR AFIRMACIÓN, DA PIE PARA QUE CITEMOS BREVEMENTE DOS ASPECTOS DEL PENSAMIENTO KELSENIANO EN TORNTO A LA DESCENTRALI

42 KELSEN, Hans: Principles..., p. 365.

43 Cfr., ibid. No obstante, no se deja llevar y vuelve los ojos a la realidad y afirma:

No ha habido todavía un tratado internacional entre todos los Estados, ni ha habido Derecho Internacional general o común creado mediante tratado. Incluso los tratados celebrados por muchos Estados, tales como el Convenio de la Sociedad de Naciones o el Pacto Kellogg, no constituyen Derecho Internacional general, sino Derecho Internacional particular.

KELSEN, Hans: Naturaleza del..., p. 53.

ZACIÓN DINÁMICA DEL D.I. (44) Y SUS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS.

LOS INTENTOS PARA DOTAR A LA COMUNIDAD INTERNACIONAL DE CUERPOS QUE SEMEJEN CIERTA CENTRALIZACIÓN DEL PODER GUBERNATIVO, SE HAN INICIADO CON EL INTENTO DE QUE LOS ESTADOS RECONOZCAN Y SE SOMETAN A UNA ADMINISTRACIÓN REPRESENTADA POR CONSEJOS O ASAMBLEAS; EL FRACASO DE TAL TENTATIVA RADICA EN QUE:

LA ORGANIZACIÓN DE UN PODER EJECUTIVO CENTRALIZADO, EL MÁS DIFÍCIL DE TODOS LOS PROBLEMAS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL, NO PUEDE SER EL PRIMERO, SÓLO PUEDE SER UNO DE LOS ÚLTIMOS PASOS; UNA ETAPA QUE EN CUALQUIER CASO NO PUEDE SER EXITOSAMENTE EMPRENDIDA ANTES QUE LA CORTE INTERNACIONAL HAYA SIDO ESTABLECIDA Y TENGA, POR SUS ACTOS IMPARCIALES, GANADA LA CONFIANZA DE LOS GOBIERNOS (45)

44 Dentro de la concepción global del derecho sostenida por Kelsen, se distinguen una estática y una dinámica jurídica, así como diferentes grados de centralización y descentralización. Con estos parámetros, entiende que el D.I. presenta el grado más alto de descentralización posible en el derecho positivo.

Cfr. KELSEN, Hans: Teoría General del Derecho y del Estado, (trad. del inglés por Eduardo García Maynez), 3a. reimp. de la 2a. ed., Textos Universitarios, UNAM, México, 1983, p. 387.

La descentralización estática del D.I. tiene una doble manifestación; primeramente las normas de D.I. general son muy inferiores en importancia y número comparadas con las del D.I. particular y con el derecho particular de cada Estado; en segundo lugar, las reglas de D.I. usualmente obligan o facultan formalmente a personas jurídicas colectivas, es decir, a los Estados.

Su descentralización dinámica se evidencia incontestablemente por la carencia absoluta de órganos centrales que ejerzan las funciones ejecutiva, legislativa o judicial; lo cual se comprueba, al menos, atendiendo a dos características del D.I., a saber: primero, que las fuentes reconocidas son la costumbre y el tratado -métodos por demás descentralizados-; y segundo, que el principio de autoayuda domina aún el panorama de la resolución de controversias internacionales.

Cfr. *ibid.*, pp. 388 y 389.

45 KELSEN, Hans: La Paz..., p. 276. Lo que estaría un poco en contradicción con el proyecto de artículo, antes citado.

BASÁNDOSE EN EL DESARROLLO DE LOS SISTEMAS ESTATALES OPINA QUE "LA EVOLUCIÓN NATURAL TIENDE PRIMERO HACIA LA MAGISTRATURA INTERNACIONAL Y NO HACIA UN GOBIERNO O LEGISLATURA INTERNACIONAL" (46). Y PRECISAMENTE ES ESTE OTRO ASPECTO EL QUE NOS PARECE MÁS INTERESANTE.

EN LA OBRA DE KELSEN, SON MÚLTIPLES LAS PREFERENCIAS A LA NECESIDAD DE ESTABLECER UN TRIBUNAL INTERNACIONAL INDEPENDIENTE Y CON JURISDICCIÓN OBLIGATORIA (47), Y AÚN DOMINANDO A UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL; ATRIBUYE EL FRACASO DE LA SOCIEDAD DE NACIONES, ENTRE OTROS FACTORES, A QUE NO SE LE DIÓ TAL LUGAR Y JERARQUÍA AL TRIBUNAL PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL (48), QUE EN TODO CASO DEBERÍA CONTAR CON UN CONSEJO SUBSIDIARIO CON LA ÚNICA FUNCIÓN DE GARANTIZAR LA EJECUCIÓN DE LAS DECISIONES

46 Cfr., ibid., p. 278.

47 Cfr. las siguientes obras: "¿Administración Internacional o Tribunal Internacional?", en KELSEN, Hans: Derecho y Paz..., pp. 191 y 203; - La Paz..., pp. 273 a 278, 284 y 285; Esencia y Valor de la Democracia, (Trad. del alemán por Luis Legaz y Lacambra y Rafael Luengo Tapia), Nacional, México, 1980, p. 149; "Principio de Igualdad de Soberanía de los Estados, (Trad. del inglés por Enrique Ferrer Viqueira), - Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Nueva Serie, Año VII, Núm. 21, UNAM, México, 1974, p. 223; y por sí fuera poco, en su célebre: Teoría Pura del Derecho, (Trad. del alemán por Roberto J. Vernengo), 3a. reimp. de la 1a. ed. en español), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie C), Estudios Docu-  
mentales 20, UNAM, México, 1983, p. 330.

48 Cfr. ¿Administración..., p. 184.

JUDICIALES EMITIDAS POR LA CORTE (49) . ENCUENTRA QUE LA OPI  
NIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL, CON TODO Y SU PESO ESPECÍFICO, NO  
ES SUFICIENTE PARA CONSTITUIR Y MANTENER UN ORDEN JURÍDICO EFEC  
TIVO; EL ESTABLECIMIENTO DE UNA POLICIA MUNDIAL ES UNA MEDIDA  
RADICAL, CASI IMPOSIBLE DE IMPLEMENTAR -Y AGREGAMOS NOSOTROS  
QUE AUN PELIGROSA-.

POR SU PARTE, SÓLO EN LOS TRIBUNALES EL PRINCIPIO DE MAYO  
RÍA ES ACEPTADO SIN OBJECCIÓN; EL SOMETIMIENTO A UNA DECISIÓN  
JUDICIAL -STRITO SENSU O ARBITRAL- NO ES CONSIDERADO COMO IN-  
COMPATIBLE CON LA SOBERANÍA DEL ESTADO; EL CUMPLIMIENTO DE SUS  
MANDATOS ES FRECUENTE CUANDO ÉSTE HA RECONOCIDO QUE SE ENCUEN-  
TRA BAJO LA JURISDICCIÓN DE UNA CORTE INTERNACIONAL Y EN ÚL-  
TIMA INSTANCIA, EXISTE UN ARGUMENTO FUERTEMENTE ARRAIGADO EN  
LA HISTORIA QUE SEÑALA DESDE UN PUNTO DE VISTA TÉCNICO -  
LA ORGANIZACIÓN JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES HA SIDO UN PROBLEMA  
DE CENTRALIZACIÓN, Y QUE ÉSTA NO EMPEZÓ CON LA CREACIÓN, SINO  
CON LA APLICACIÓN DEL DERECHO -CONSUECUDINARIO- POR LO QUE EL  
CAMINO "NATURAL" ES IR DE LA CORTE AL PARLAMENTO (50). RECHA

49 Cfr., KELSEN, Hans: La Paz.... p. 276.

50 Cfr., *ibid.*, pp. 275 y 277.

ZA ENFÁTICAMENTE LA CRÍTICA QUE LOS DETRACTORES DE LA JURISDICCIÓN OBLIGATORIA SUELEN Oponerle, a saber, que el cuerpo legal de las Cortes deben aplicar a los casos concretos es inconsistente en muchos aspectos y por ello se hace imposible aplicarlo coherentemente; replica Kelsen que en todo caso gran parte del derecho consuetudinario lo constituyen las prácticas seguidas y reconocidas por las Cortes (51). Las objeciones más frecuentes para el establecimiento de un Tribunal en la extensión de la palabra serán analizados más adelante (52), no obstante, es importante destacar que el primer paso ya se ha dado, en la institucionalización de la jurisdicción obligatoria, tan aconsejada por Kelsen y otros autores. Sin duda es señal de que poco, pero se avanza en la construcción de un D.I. más efectivo y en la abolición de prejuicios y privilegios injustificados.

51 Cfr., *ibid.*, p. 278.

52 Ver *infra* sección E.54.

§.26 GERALD FITZMAURICE LLEGA AL CONCEPTO DE NORMA IMPERATIVA POR UN CAMINO ORIGINAL, OPINA QUE EXISTEN CIERTOS ACTOS QUE MÁS QUE SIMPLEMENTE ILEGALES SON MALUM INSE, DENTRO DE LOS CUALES ESTÁN LAS VIOLACIONES A NORMAS DE IUS COGENS, A LAS CUALES DEFINE COMO OBLIGACIONES DE CARÁCTER ABSOLUTO (53). EL DEBER DE ACATAR TALES OBLIGACIONES NO DEPENDE DEL HECHO DE QUE OTRO ESTADO TAMBIÉN LAS OBSERVE; SINO QUE SU RESPETO ES DEBIDO BAJO TODA CIRCUNSTANCIA, EXCEPTO -Y ESTO ES MUY IMPORTANTE- BAJO LA PRESIÓN DE UNA LITERAL VIS MAYOR.

LA VIOLACIÓN DE UNA NORMA DE IUS COGENS JAMÁS PODRÁ SER INTERPUESTA VÁLIDAMENTE POR UN ESTADO, ARGUMENTANDO QUE ES UNA RESPRESALIA FUNDADA EN EL INCUMPLIMIENTO QUE OTRO ESTADO HAYA COMETIDO EN SU PERJUICIO DE LA MISMA NORMA U ALGUNA OTRA DE SIMILAR NATURALEZA (54).

¡UESTRO AUTOR ACEPTA QUE PUEDE JUSTIFICARSE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO REBUS SIC STANTIBUS, ASÍ COMO HACER UNA EXCEPCIÓN AL DE RES INTER ALIOS ACTA, SIEMPRE QUE EXISTA LA EXIGENCIA DE OBSERVAR UNA NORMA IMPERATIVA DETRÁS DE ELLO. CABE SEÑALAR QUE NO LES OTORGA TAL CARÁCTER, SIMPLEMENTE LAS CONSIDERA COMO REGLAS DEL D.I. COMÚN QUE DEBEN AJUSTARSE EN SU APLICACIÓN A AQUELLAS DE JERARQUÍA SUPERIOR (55)

53 Cfr., FITZMAURICE, G.: "General Principles of International Law", RC, Tomo 92, Leyden, 1957, p. 120.

54 Cfr., ibid.

55 Cfr., ibid., p. 122

DESDE OTRO PUNTO DE VISTA, FITZMAURICE COLOCA AL IUS COGENS INTERNACIONAL CON LA CATEGORÍA DE OBLIGACIONES LEGALES IRREDUCTIBLES "... QUE OPERAN DE UNA MANERA IMPERATIVA VIRTUALMENTE EN TODA CIRCUNSTANCIA..." (56) Y PARA REFORZAR SU ARGUMENTO NOS OFRECE ALGUNOS EJEMPLOS; ASÍ PUES UN ESTADO VIOLA REGLAS INDEROGABLES AL NO ACATAR:

CIERTAS NORMAS DE LA GUERRA QUE TIENEN SU FUNDAMENTO EN EL TRATAMIENTO DE POBLACIÓN CIVIL EN TIEMPO DE GUERRA; EN EL TRATAMIENTO DE PRISIONEROS DE GUERRA, DE ENFERMOS Y HERIDOS EN EL CAMPO DE BATALLA, DE INTERESES CIVILES, DE LA POBLACIÓN DE UN TERRITORIO OCUPADO ... UNA CONVENCIÓN SOBRE DERECHOS HUMANOS, UNA CONVENCIÓN DICTADA PARA LA PROTECCIÓN DE LA VIDA MARINA, LAS CONVENCIONES LABORALES RESPECTO A LAS MÚLTIPLES CATEGORÍAS DE TRABAJADORES Y CONDICIONES DE TRABAJO (57).

SIN EMBARGO, RECUÉRDASE QUE SIEMPRE HAY UNA EXCEPCIÓN VÁLIDA PARA SU INOBSERVANCIA, LA VIS MAYOR; LA CUAL RESULTARÍA DIFÍCIL DE SOSTENER EN EL CASO DE QUE UN ESTADO VIOLARE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA POBLACIÓN CIVIL, DE LOS ENFERMOS Y HERIDOS EN TIEMPO DE GUERRA.

INSISTE EL AUTOR EN QUE EL VIOLADOR DE ALGUNA NORMA TAXATIVAMENTE ENUNCIADA, NO PIERDE POR ELLO SU DERECHO A RECLAMAR EN CASO DE QUE OTROS ESTADOS TAMBIÉN LAS VIOLAN EN PERJUICIO DE LA POBLACIÓN O INTERESES DEL PRIMERO; LO QUE SIGNIFICA MÁS BIEN QUE ESTÁ PROHIBIDO QUE

56 Ibid., p. 125

57 Ibid.

EL ESTADO DE NUESTRO EJEMPLO PUEDA AUTORIZAR VÁLIDAMENTE A OTROS A QUE TRANSGREDAN SIMILARES NORMAS TAXATIVAS EN CONTRA DE SUS CIUDADANOS (58). EL FUNDAMENTO DE LOS ANTERIORES RAZONAMIENTOS SE ENCUENTRA EN EL CONTENIDO DE LAS NORMAS MISMAS QUE SON, COMO YA SABEMOS, OBLIGACIONES IREDUCTIBLES, TODA VEZ QUE:

TODAS LAS NORMAS QUE TIENEN ESTE CARÁCTER PARTICULAR EXISTEN A PROPÓSITO NO TANTO EN BENEFICIO DE LOS ESTADOS, SINO POR EL BENEFICIO QUE DIRECTAMENTE REPORTA A LOS INDIVIDUOS COMO SERES HUMANOS, EN LAS MATERIAS HUMANITARIAS (59).

§.27 PARA PAUL REUTER, LAS NORMAS DE IUS COGENS TIENEN UN VALOR INTRÍNSECO SUPERIOR Y POR ELLO SON NORMAS IMPERATIVAS (60) Y NO OBSTANTE LA DESCENTRALIZACIÓN DEL D.I. NO EXISTE IMPEDIMENTO FORMAL TÉCNICO, QUE IMPIDA QUE CIERTAS REGLAS TENGAN UNA JERARQUÍA SUPERIOR A OTRAS. EN PARTICULAR LAS NORMAS CONSUEUDINARIAS QUE SALVAGUARDAN LOS DERECHOS DE LOS INDIVIDUOS DURANTE UN CONFLICTO ARMADO, TENDRÍAN ESTA CATEGORÍA, PRECISAMENTE PORQUE EXISTE LA CONVICCIÓN DE QUE ASÍ SEA. AUNQUE LA PRÁCTICA NO OFRECE CASOS CONCRETOS, LAS ESPECULACIONES TEÓRICAS LLEVAN A CONCLUIR QUE EL CARÁCTER ABSOLUTO DE TALES NORMAS SE MANIFIESTA EN UNA DOBLE VÍA: 1.- POR UNA PARTE, DICHAS REGLAS SERÍAN INDEROGABLES Y 2.- NO PODRÍA SUSPENDERSE SU APLICACIÓN A TÍTULO DE RECIPROCIDAD -ES DE CIR, POR CONVENIO ENTRE LAS PARTES- O DE REPRESALIA.

58 Lo que no es difícil que se dé, tratándose de países agobiados por dictaduras.

59 FITZMAURICE, G.: Op. cit., p. 126

60 Cfr. REUTER, Paul: Derecho Internacional Público, (sin nota de traducción), Bosch, Barcelona, 1968, p. 47.



EL AUTOR AFIRMA Y SE PREGUNTA:

SI BIEN NO ES USUAL LA CONCLUSIÓN DE ACUERDOS QUE VIOLLEN TALES REGLAS, NO ES TAMPOCO SEGURO QUE LOS ESTADOS ACEPTEN CON FRECUENCIA SOPORTAR GRAVES VIOLACIONES DE NORMAS DE CARÁCTER HUMANITARIO SIN RESPONDER CON MEDIDAS DE LA MISMA NATURALEZA ¿NO SE FUNDA LA DISUASIÓN NUCLEAR EN LA AMENAZA DE REPRESALIAS INHUMANITARIAS? <sup>(61)</sup>.

SE NOTA EN EL PÁRRAFO TRASCRITO UN CIERTO TRASFONDO CREADO POR LOS AÑOS DE GUERRA FRÍA.

REUTER OPINA QUE EL PROBLEMA ADQUIERE COMPLEJIDAD SI SE TRATA DE REGLAS CONVENCIONALES, YA QUE LA NOCIÓN MISMA DE LA INSTITUCIÓN PROHIBE APLICAR UN MECANISMO CONVENCIONAL PARA CREAR NORMAS IMPERATIVAS. AFIRMA QUE LA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO, HOY CONOCIDO COMO 53, DEL PROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, SE APEGA A LA FORMULACIÓN CONSUECUDINARIA DE LAS NORMAS DE IUS COGENS. PESE A LA AMBIGÜEDAD DE LOS ARTÍCULOS CORRESPONDIENTES, CREE DEDUCIR DEL ARTÍCULO 60.5 DE LA CONVENCIÓN DE 1969, LA PROHIBICIÓN DE LA SUSPENSIÓN DE LA VIGENCIA DE NORMAS TAXATIVAS, EN ESPECIAL LAS DE ÍNDOLE HUMANITARIA, A TÍTULO DE RECIPROCIDAD.

EL AUTOR OPINA QUE EN LA PRÁCTICA LA INOBSERVANCIA DE UNA NORMA IMPERATIVA FORMULADA CONVENCIONALMENTE, ADEMÁS DE GENERAR LA RESPONSABILIDAD PROPIA DEL ESTADO VIOLADOR, PROVOCARÍA LA NULLIDAD DEL ACTO LESIVO Y DEL TRATADO QUE PRETENDIERA DEROGARLA.

61 Ibid., p. 49

RESPECTO DEL IUS COGENS REGIONAL, REGISTRA LA OPINIÓN DE ALGUNOS AUTORES QUE LO VEH COMO UNA MANIFESTACIÓN DE LAS NORMAS FUNDAMENTALES DE UNA "COMUNIDAD IDEOLÓGICA" (62).

CON TODO :

ES INDUDABLE QUE EL ÉXITO DE ESTA NOCIÓN ES DEBIDO A LAS ESPERANZAS, UN TANTO MÍTICAS, DE AQUÉLLOS QUE SON SENSIBLES A LAS INJUSTICIAS DEL DERECHO POSITIVO (63).

§.28 PARA ADOLFO MIAJA DE LA MUELA, EL ANÁLISIS DEL IUS COGENS INTERNACIONAL DEBE PARTIR DEL EXAMEN DEL VOLUNTARISMO POSITIVISTA QUE PRIVA AÚN EN LOS INTERNACIONALISTAS. SEGÚN EL AUTOR, DICHA ORIENTACIÓN DOCTRINAL :

ADMITE LA EXISTENCIA DE NORMAS JURÍDICAS EN LA VIDA INTERNACIONAL, PERO NIEGA LA POSIBILIDAD DE QUE ENTRE ELLAS EXISTAN ALGUNAS POSEEDORAS DE PLENA IMPERATIVIDAD PARA SUS DESTINATARIOS, ES DECIR, QUE REDUCE TODAS LAS REGLAS JURÍDICO-INTERNACIONALES A LA CATEGORÍA DE DERECHO DISPOSITIVO (64).

TODA VEZ QUE, AL SER INSUFICIENTES LOS POSTULADOS DEL POSITIVISMO PARA EXPLICAR LOS HECHOS OBSERVADOS, LOS AUTORES ACUDIERON AL HEGELISMO Y EN ÉL ENCONTRARON EL FUNDAMENTO FILOSÓFICO PARA COLGAR AL ESTADO EN TAL POSICIÓN DE SUPREMACÍA, QUE HACÍA PRÁCTICAMENTE IMPOSIBLE SOMETERLO A UN MARCO LEGAL. LA EVOLUCIÓN DE TAL

62 Por ejemplo, O. KHLESTOV, *New Soviet Czechoslovak Treaty*, *International Affairs*, 1970. No. 7, julio, p. 9 citado *ibid.*, p. 50.

63 REUTER, Paul: *op. cit.*, p. 49.

64 MIAJA DE LA MUELA, Adolfo: *Ius Cogens y ius dispositivum en Derecho Internacional Público*, *Estudios Jurídicos Sociales en Homenaje al Profesor Luis Legaz y Lacambra*, Tomo II, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 1960, p. 1121.

TEORÍA LLEVÓ A LOS POSITIVISTAS -ALEMANES PRIMORDIALMENTE- DESDE LA NEGACIÓN RADICAL DE LA EXISTENCIA DEL D.I., HASTA EL CONCEPTO DE "VOLUNTAD COMÚN" DE VARIOS ESTADOS PARA FUNDAMENTARLO, PASANDO POR LA NOCIÓN DE VOLUNTAD UNILATERAL DE LA QUE AÚN SE HABLA HOY EN DÍA. EN REALIDAD LA VOLUNTAD ES SÓLO UNA CONDICIÓN QUE ESTÁ SUBORDINADA A UNA NORMA SUPERIOR QUE SÍ ES CREADORA DE DERECHO, LA PROPIA DOCTRINA POSITIVISTA ASÍ LO RECONOCE AL RESALTAR LA IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO -FUENTE PRIMARIA- PACTA SUNT SERVANDA. POR ELLO, SÓLO RECONOCEN AL TRATADO Y A LA COSTUMBRE COMO FUENTES DE D.I. Y FUNDAN SU FUERZA OBLIGATORIA EN EL CONSENTIMIENTO, SEA EXPRESO O TÁCITO.

POR OTRA PARTE, EL HECHO DE QUE EL ARTÍCULO 38 DEL ESTATUTO DE LA CIJ RECONOZCA A LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO COMO OTRA DE LAS FUENTES DEL D.I., A LA QUE DIFÍCILMENTE PUEDE ASIGNARSE UN ORIGEN VOLUNTARISTA, DEMUESTRAN HASTA QUE PUNTO LA DOCTRINA Y EL DERECHO POSITIVO HAN REACCIONADO EN CONTRA DE DICHA TEORÍA. PESE A ELLO, EL CAMINO QUE NOS LLEVE HASTA LA ACEPTACIÓN DE LA EXISTENCIA DE NORMAS PLENAMENTE IMPERATIVAS, EN UN MARCO LEGAL DISTINTO A LO INTERNO Y EN DONDE EL DESTINATARIO DE LA NORMA ES A LA VEZ SU CREADOR, SUPONE CIERTAS DIFICULTADES DE TÉCNICA JURÍDICA QUE EL AUTOR SE PROPONE RESOLVER.

CUALQUIER NORMA DE ORDENACIÓN SOCIAL ES LA EXPRESIÓN DE UN DEBER SER, ES DECIR, DE UNA RELACIÓN DE IMPERATIVIDAD Y NO DE CAUSALIDAD COMO EN LAS LEYES FÍSICAS. LA NORMA JURÍDICA EN PARTI-

CULAR PUEDE SER EXPRESADA EN FORMA NEGATIVA, O DE PROHIBICIÓN, O BIEN, EN FORMA POSITIVA O DE MANDATO; EN AMBOS CASOS SE ASOCIA UNA CONSECUENCIA JURÍDICA A UN SUPUESTO DE HECHO PREVISTO POR LA PROPIA NORMA, POR LO QUE SE LE IMPONE A SUS DESTINATARIOS UNA DE TERMINADA CONDUCTA DE ACCIÓN U OMISIÓN. DE LO ANTERIOR DEDUCE, BASÁNDOSE EN LEGAS LACAMBRA, LA ESTRUCTURA LÓGICA DE LAS NORMAS JURÍDICAS TAXATIVAS Y DISPOSITIVAS, DE LA SIGUIENTE MANERA: PARA EL IUS COGENS ES "SI A ES, DEBE SER B", PARA LAS REGLAS DISPOSITIVAS ES "SI A ES, DEBE SER B, A NO SER QUE LAS PARTES INTERESADAS O EL JUEZ DETERMINEN QUE DEBE SER C".

EN EL PRIMER CASO, LA NORMA DETERMINA DIRECTAMENTE EL HECHO Y LA CONSECUENCIA; EN EL SEGUNDO, ADMITE LA POSIBILIDAD DE QUE VARÍE, BIEN EL ANTECEDENTE, BIEN EL CONSIGUIENTE; PERO ES CLARO QUE EL IMPERATIVO SE TRANSFUNDE A LA RESPECTIVA NORMA INDIVIDUAL <sup>(65)</sup>.

AHORA BIEN, EN EL CASO PARTICULAR DEL D.I. EXISTEN CIERTAS CIRCUNSTANCIAS QUE HACEN ABUNDANTES LAS NORMAS DISPOSITIVAS Y FLEXIBLE SU APLICACIÓN, TALES COMO: LA AUSENCIA DE UN PODER CENTRAL, ESCASO NÚMERO DE SUJETOS DE DICHO ORDEN JURÍDICO, RADICALES DESIGUALDADES DE HECHO ENTRE ESTOS, IDENTIDAD ENTRE LEGISLADORES Y OBLIGADOS, ETC., EMPERO ELLO NO JUSTIFICA LA CARENCIA DE UN IUS COGENS INTERNACIONAL <sup>(66)</sup>; YA QUE UN SISTEMA JURÍDICO NUNCA PODRÍA LLEGAR A SERLO PLENAMENTE SI ESTÁ FORMADO EXCLUSIVAMENTE

65 Ibid., p. 1125

66 Al contrario, tal vez dichas circunstancias lo hagan necesario.

## TE DE NORMAS DISPOSITIVAS.

CON OBJETO DE DETERMINAR SI EL D.I. CONOCE NORMAS DE TAL CARÁCTER Y EN CASO AFIRMATIVO, ESPECIFICARLAS, MIAJA DE LA MUELA COMIENZA POR DISCRIMINAR ENTRE NORMAS DE IUS COGENS Y OTRAS CON CARACTERÍSTICAS DISTINTAS. 1.- NORMAS GENERALES Y PARTICULARES DE D.I. ESTA CATEGORÍA ATIENDE AL ÁMBITO DE VALIDEZ ESPECIAL DE LAS NORMAS, MIENTRAS QUE LA MANCUERNA IMPERATIVAS-DISPOSITIVAS TIENEN QUE VER CON LA VOLUNTAD DE SUS DESTINATARIOS. SIN EMBARGO, EL AUTOR AFIRMA QUE LOS VOLUNTARISTAS NO RECONOCEN NORMAS GENERALES EN EL D.I., ÚNICAMENTE PARTICULARES Y POR ENDE DISPOSITIVAS; ASÍ QUE SI SE ADMITE LA EXISTENCIA DE NORMAS GENERALES SE ESTÁ A UN PASO DE CONCEDER, A UNAS POCAS AL MENOS, IMPERATIVIDAD. 2.- NORMAS INDEROGABLES. EN PRINCIPIO, TODA NORMA DE DERECHO POSITIVO ES DEROGABLE, EL PROPIO MECANISMO DE CREACIÓN DEBE PREVEER SU SUSTITUCIÓN; NO OBSTANTE EN TODO SISTEMA JURÍDICO EXISTEN PRINCIPIOS INDEROGABLES QUE PUEDEN O NO PERTENECER AL DERECHO POSITIVO Y DE LOS CUALES DEPENDE LA ESTABILIDAD SOCIAL. AHORA BIEN, HAY PRECEPTOS POSITIVOS QUE, MIENTRAS SEAN VIGENTES NO ADMITEN ACUERDO QUE LOS CONTRAVENGA, ESTOS SON DE IUS COGENS; POR SU PARTE, LAS NORMAS DISPOSITIVAS NO DEROGAN A REGLA ALGUNA, SIMPLEMENTE CONTIENEN UNA AUTORIZACIÓN LEGAL DE MODIFICAR SU FUERZA VINCULANTE. 3.- NORMAS CONSTITUCIONALES. HAY QUE DECIR QUE EL INTRODUCIDOR DE LA IDEA DE DERECHO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL ES VERDROSS Y HA FLORECIDO GRACIAS A ALGUNOS EXPONENTES DE LA ESCUELA

LA DE VIENA, PARA LOS QUE DICHA NOCIÓN NO TIENE UN SIGNIFICADO UNIFORME. EN CUALQUIER CASO COINCIDEN LA MAYORÍA, EN QUE UNA NORMA CONSTITUCIONAL SERÁ AQUÉLLA CUYA VALIDEZ NO DERIVA DE NORMA SUPERIOR ALGUNA, ELLO DESDE EL PUNTO DE VISTA MATERIAL; EN SENTIDO FORMAL, SÓLO SON LAS QUE CONSTITUYEN O EMANAN DE LOS O.I. LO QUE SÓLO LES CONCEDERÍA NATURALEZA ESTRUCTURAL. SIN EMBARGO, EN NINGÚN ORDENAMIENTO JURÍDICO ES CONCEBIBLE UNA NORMA MATERIALMENTE CONSTITUCIONAL PURAMENTE DISPOSITIVA; AL CONTRARIO, LA ILICITUD DE LA INOBSERVANCIA DE UNA NORMA CONSTITUCIONAL EVIDENCIA SU IMPERATIVIDAD. 4.- **NORMAS COACTIVAS.** LA COACCIÓN ES SÓLO UNA PROPIEDAD INTRÍNSECA DE LA NORMA; PUEDE FALTAR Y NO POR ELLO SE ANULA LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA REGLA; PUEDE SER EJERCIDA ANTE LA INFRACCIÓN DE PRECEPTOS JURÍDICOS IMPERATIVOS O DISPOSITIVOS DADA SU NATURALEZA OBLIGATORIA (67).

POR OTRA PARTE, ENUMERA LOS FACTORES QUE EN SU CONCEPTO FAVORECEN LA PROLIFERACIÓN DE NORMAS DE D.I. DE CARÁCTER DISPOSITIVO. 1.- EN PRIMER LUGAR, EL GRAN DESARROLLO DEL DERECHO CONVENCIONAL; EN SU FORMA DE TRATADOS-CONTRATOS PROPICIA LAS RELACIONES DE COORDINACIÓN ENTRE LOS SUJETOS DE D.I. Y ÉSTAS A SU VEZ EL DERECHO DISPOSITIVO; POR SU PARTE, LOS TRATADOS-LEY ENTRAJAN CIERTA IMPERATIVIDAD QUE ESTÁ DELEGADA A LA NORMA ESPECIAL CREADA POR LAS PARTES Y QUE PUEDE LLEGAR A SER IUS COGENS SIEMPRE QUE CREEN RELACIONES DE INORDENACIÓN ENTRE LAS PARTES. 2.- **AMBAS RE**

67 Cfr., *ibid.*, pp. 1127 a 1131.

LACIONES DE COORDINACIÓN Y DE INORDENACIÓN, SE DAN TANTO A PARTIR DE LOS TRATADOS COMO DE OTRAS FUENTES DE D.I., NO OBSTANTE LA FUENTE IDEAL PARA CONSTITUIRLAS CONTINÚA SIENDO EL TRATADO-LEY EL CUAL MIENTRAS MÁS ESTADOS AGRUPE MÁS CERCA ESTARÁ DE ALCANZAR LA PLENITUD IMPERATIVA PROPIA DEL IUS COGENS. 3.- AHORA BIEN, EL D.I. COMÚN ESTÁ CONSTITUIDO POR CIERTAS COSTUMBRES Y PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO QUE POR SU PROPIA NATURALEZA PERMITEN CIERTA FLEXIBILIDAD EN SU APLICACIÓN. EL TRATADO ES, FRENTE A AQUÉLLAS, UNA NORMA ESPECIAL QUE LAS DEROGA CONFORME AL PRINCIPIO *LEX GENERALIS DEROGATUR LEX SPECIALIS*, NO OBSTANTE LOS TRATADOS RARA VEZ CONTRAVIENEN UNA COSTUMBRE O PRINCIPIO GENERAL YA ACEPTADO, MÁS BIEN ACLARA Y PRECISA SU ALCANCE; EN TODO CASO, LAS RELACIONES DE LOS ESTADO QUE NO SON PARTES DE UN TRATADO SEGUIRÁN RIGIÉNDOSE POR LA COSTUMBRE YA CONOCIDA. 4.- TODA NORMA DE D.I., SIN IMPORTAR SU FUENTE, REQUIERE DE CIERTOS ACTOS LEGISLATIVOS PARA TENER PLENA EFECTIVIDAD, EN OTRAS PALABRAS, REQUIERE CONVERTIRSE EN DERECHO INTERNO. SI LA NORMA ES DISPOSITIVA, ÉSTA PUEDE SER DESCARTADA POR UN TRATADO BI O MULTILATERAL, E INCLUSIVE POR LOS ACTOS LEGISLATIVOS, QUE POR SU PARTE, CONSTITUYEN MEROS HECHOS A LA LUZ DEL D.I.; SI LA NORMA ES IMPERATIVA HAY QUE DISTINGUIR: SI LA NORMA QUE LA DEROGA ES DE DERECHO INTERNO, ÉSTA NO ES NULA YA QUE NO EXISTE ÓRGANO JUDICIAL CAPAZ DE DECLARAR SU INVALIDEZ, EN TODO CASO SÓLO SE PODRÁ EXIGIR RESPONSABILIDAD AL ESTADO IMPUTABLE; SI LA NORMA DEROGATORIA EMANA DE UN TRATADO O DE UN ACTO UNILATERAL DE UN ESTADO O DE UN O.I., SI SERÁ NULO. 5.- POR SU PAR

TE, LA INTEGRACIÓN QUE SE HA LOGRADO DENTRO DE LOS O.I. HA GENERADO LAS CONDICIONES PARA QUE EXISTAN NORMAS TAXATIVAS DE CIERTO ALCANCE, PESE A QUE CON FRECUENCIA SU APLICACIÓN ES FLEXIBLE. OPINA EL AUTOR QUE LAS DECISIONES Y RECOMENDACIONES EMANADAS DE LOS O.I., ESPECIALMENTE DE LA ONU SON SIMPLES EXHORTACIONES CARENTES DE CUALQUER NATURALEZA JURÍDICA, POR ELLO ES INAPLICABLE EL CRITERIO DE DISPOSITIVIDAD O IMPERATIVIDAD, DENTRO DE LAS O.I. MÁS DESARROLLADAS ADMINISTRATIVAMENTE ENCONTRAMOS CIERTAMENTE NORMAS INDEROGALBES UNILATERALMENTE, POR EJEMPLO, LAS RECOMENDACIONES EMITIDAS POR LA ALTA AUTORIDAD DE LA CECA SON OBLIGATORIAS E IMPERATIVAS PARA LOS ESTADOS, AUNQUE ESTOS PUEDEN ESCOGER EL MEDIO MÁS CÓMODO PARA CUMPLIRLAS; EL REGLAMENTO DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA ES OBLIGATORIA PARA TODOS LOS ESTADOS MIEMBROS Y SUS ÓRDENES LO SON PARA EL ESTADO AL CUAL VA DIRIGIDA Y EN ESTE CASO TAMBIÉN SE ESTÁ EN LIBERTAD DE ESCOGER LOS MEDIOS PARA ACATARLA.

ASÍ PUES EL D.I. ES FLEXIBLE EN SU APLICACIÓN POR LA ABUNDANCIA DE NORMAS DISPOSITIVAS, ES PARTE DE SU NATURALEZA, MÁS AÚN:

**LA POSIBILIDAD DE ARREGLO DE DIFERENCIAS INTERNACIONALES POR SOLUCIONES QUE SE APARTEN DE LO DISPUESTO EN LAS NORMAS JURÍDICAS, AÚN AQUELLAS CUYO CARÁCTER DE IUS COGENS ES INDISCUTIBLE <sup>(68)</sup>**

COMO RESULTA OBVIO, EL PORCENTAJE DE NORMAS IMPERATIVAS DE D.I. ES PEQUEÑO Y SU DETERMINACIÓN ES COMPLICADA, POR ENDE, MIA



JA DE LA MUELA ESTIMA QUE ELLO SE LOGRARÁ CON EL EXAMEN DE LAS FUENTES MISMAS DEL D.I. CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 38 DEL ESTATUTO DE LA CIJ. AL NO EXISTIR PRELACIÓN ALGUNA ENTRE LAS FUENTES AHÍ COMPILADAS, AFIRMA QUE LA SOLUCIÓN A LA CUESTIÓN PLANTEADA SE ENCONTRARÁ EN FUNCIÓN DE LO QUE SE ENTIENDA POR PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. SI SE REDUCEN ÚNICAMENTE A AQUELLAS TRANSPLANTADAS DE LOS SISTEMAS INTERNOS AL INTERNACIONAL SE ENCONTRARÁ, TRAS ANALIZAR SU CONTENIDO, QUE LA MAYORÍA LLENAN LAGUNAS DEJADAS POR LOS TRATADOS O COSTUMBRES Y POR LO TANTO SU APLICACIÓN NECESARIAMENTE SERÍA SUPLETORIA EN CASO DE INSUFICIENCIA DE AQUELLAS FUENTES. NO ELIMINA LA POSIBILIDAD DE ENTENDERLES COMO CONJUNTO DE REGLAS DE LÓGICA JURÍDICA, ASÍ COMO AQUELLAS QUE SE ASEMEJAN A LAS QUE REGULAN A LA CONTRATACIÓN ENTRE PARTICULARES, DE CLARA ENTONCES QUE

LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE UN TRATADO INTERNACIONAL ES IMPOSIBLE, SI SE HACE ABSTRACCIÓN DE ESOS PRINCIPIOS QUE, EN REALIDAD, CORRESPONDEN A UNA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO, UNO DE CUYOS CAPÍTULOS ESSENCIALES ES EL DEL PAPEL DE LA VOLUNTAD EN LA PRODUCCIÓN DE DECLARACIONES GENERADORAS DE EFECTOS JURÍDICOS (69)

COMO RESULTADO DE LO ANTERIOR, ENCUENTRA QUE EN EL D.I. SE LOCALIZAN ALGUNOS ELEMENTOS DE IUS COGENS EN LO QUE HACE A LA CAPACIDAD PARA CONCLUIR TRATADOS, A LOS EFECTOS DE ÉSTOS PARA CON TERCEROS, A LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES CONVENCIO

69 Ibid., p. 1138

NALES, ETC., PERO EL ÁMBITO MÁS DELICADO ES EL REFERENTE A LA AUTONOMÍA CONTRACTUAL, LA CUAL DEBE SER LIMITADA POR LAS NORMAS DE IUS COGENS PARA DARLE SU JUSTO VALOR EN LA LICITUD. LA SITUACIÓN ES DINTINTA RESPECTO DE LA NORMA DE DERECHO NATURAL O DE DERECHO POSITIVO QUE ES CONTRAVENIDA POR UN TRATADO CUYO OBJETO ES ILÍCITO.

1. PARA EL PRIMER CASO, OPINA QUE AUN LOS POSITIVISTAS CONSIDERAN INVÁLIDO UN TRATADO CELEBRADO CONTRA BONOS MORES, PERO PARA DETERMINAR CUANDO HA SUCEDIDO EN UN CASO PRÁCTICO ES NECESARIO DESCARTAR TODO SUBJETIVISMO PROVOCADO POR INTERESES PARTICULARES. AHORA BIEN, MIENTRAS MÁS POBRE SEA UN ORDENAMIENTO JURÍDICO DE NORMAS POSITIVAS, MAYORES SERÁN SUS LAGUNAS TÉCNICAS Y MÁS FRECUENTE LA NECESIDAD DE ACUDIR A REGLAS EXTRAPOSITIVAS, AUNQUE NO POR ELLO EXTRAJURÍDICAS; AL EFECTO, ALGUNOS PRINCIPIOS IUSNATURALISTAS SE ENCUENTRA YA POSITIVIZADAS EN COSTUMBRES O TRATADOS, OTRAS SIN ESTARLO SON SUSCEPTIBLES DE PRÁCTICA O CODIFICACIÓN. DESDE UN PUNTO DE VISTA PRÁCTICO LA CIJ APLICA, PARA RESOLVER LOS CASOS DE QUE CONOCE, PRINCIPIOS YA POSITIVIZADOS DE ALGUNA MANERA, PERO NADA OBSTA PARA QUE FUNDE SU SENTENCIA EN UN PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO INVOCADO POR VEZ PRIMERA, Y AL MOMENTO DE APLICAR LO DIRÁ EXPLÍCITA O IMPLÍCITAMENTE SI ES O NO DE IUS COGENS, MUCHAS VECES BASTARÁ DETERMINAR EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE TAL PRINCIPIO, PARA DEDUCIR SU NATURALEZA (70).

2. EN CASO DE QUE EL TRATADO ILÍCITO CONTRAVENGA UNA NORMA DE DERECHO POSITIVO. EN PRINCIPIO, LA NECESIDAD DE LA OBSERVANCIA DE LAS NORMAS POSITIVAS SUELE IR ACOMPAÑADA DE UNA REPETICIÓN DE ACTOS DE ESTADO, POR ELLO MISMO ES LA COSTUMBRE LA VÍA MÁS FRECUENTE PARA QUE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO SEAN POSITIVIZADOS. LA VALIDEZ DE LA COSTUMBRE INTERNACIONAL ESTÁ EN FUNCIÓN DE UN PRINCIPIO GENERAL DE DERECHO COMÚN AL D.I. Y AL INTERNO, EL CUAL ESTABLECE: LA REPETICIÓN DE ACTOS, UNIDA A LA OPCIÓN JURIS SON SUPUESTOS PARA LA CREACIÓN DE LAS REGLAS CONSUETUDINARIAS; DE IGUAL FORMA QUE OTRO PRINCIPIO GENERAL, PACTA SUNT SERVANDA, ATRIBUYE VALIDEZ AL DERECHO CONVENCIONAL (YA INTERNO, YA INTERNACIONAL) DENTRO DE LOS LÍMITES IMPUESTOS POR OTRAS REGLAS Y PRINCIPIOS DE IUS COGENS<sup>(71)</sup>. ADMITIDA LA IDEA DE ESTA GRADACIÓN DE NORMAS, LAS QUE RESULTEN IRREDUCTIBLES Y QUE POR ELLO APAREZCAN COORDINADAS EN EL MÁS ALTO PELDAÑO SON AQUELLAS QUE INTEGRAN LA "CONSTITUCIÓN DE LA COMUNIDAD JURÍDICA INTERNACIONAL", EN OTRAS PALABRAS, SON LAS QUE FUNDAN LA VALIDEZ DE LA COSTUMBRE Y LOS TRATADOS Y LAS LLAMADAS NORMAS ESTRUCTURALES<sup>(72)</sup>.

CONCLUYE QUE LAS NORMAS QUE TIENEN CARÁCTER DE IUS COGENS, Y QUE COMPARTEN UN ORIGEN IUS NATURALISTA, COMO PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO, SON: LAS QUE RESULTAN DE LA COEXISTENCIA DE

71 De lo que entendemos que de hecho se establece una jerarquía de normas en los siguientes términos: principios generales del derecho, costumbre, tratados.

72 Las que podrían modificarse únicamente en el caso de que la estructura de la sociedad internacional también lo hiciera. Ejemplo de éstas son: la

DIFERENTES COMUNIDADES SOBERANAS IN SUO ORDINE; Y LAS QUE SE DERIVAN DE LA ESTRUCTURA MISMA DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL, PERO:

LO DIFÍCIL ES TRAZAR LA LÍNEA DIVISORIA ENTRE UNAS Y OTRAS REGLAS; PIÉNSESE, POR EJEMPLO, EN LA NORMA DE LA LIBERTAD DE LOS MARES, ARQUETÍPICA PARA MUCHOS JURISTAS DE LAS DE IUS COGENS QUE LO HA SIDO, EN EFECTO, DURANTE SIGLOS, PERO QUE HA PODIDO ADMITIR PACTOS Y AUN ACTOS INTERNACIONALES EN CONTRARIO, ANTE UNA NUEVA REALIDAD COMO ES LA POSIBILIDAD DE UTILIZACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES DEL LECHO Y DEL SUBSUELO DEL MAR (73).

LAS NORMAS IMPERATIVAS TAMBIÉN SE PRESENTAN EN EL ÁMBITO CONVENCIONAL; SIEMPRE QUE UN PACTO CONCERTADO ENTRE DOS ESTADOS HAYA PRODUCIDO BENEFICIOS JURÍDICOS PARA TERCEROS ESTADOS, NO PODRÁ SER DEROGADO POR LAS PARTES YA QUE SE HA CONSTITUIDO EN PACTUM IN FAVOREM TERTII, Y LA DISPOSITIVIDAD DEL TRATADO SÓLO RIGE INTER PARTES. NO OBSTANTE, LA MÁS CLARA EXPRESIÓN DE TALES NORMAS SE ENCUENTRA EN EL DERECHO QUE RIGE A LAS O.I. AUNQUE LOS TRATADOS QUE LAS CONSTITUYEN SON FORMALMENTE ESO, TRATADOS, SU NATURALEZA MATERIAL LOS CONVIERTE EN CONSTITUCIONES DE SOCIEDADES INTERNACIONALES Y DENTRO DE LOS LÍMITES DE CIERTA FLEXIBILIDAD, SON NORMAS DE IUS COGENS; SE DA EL CASO INCLUSO DE QUE EXISTEN TRIBUNALES COMPETENTES PARA CONOCER DE LA VIOLACIÓN DE TALES

---

norma que determina que la aparición histórica de un nuevo Estado es suficiente para concederle personalidad jurídica, o bien, las normas que produzcan obligaciones internacionales erga omnes. Cfr., ibid., p. 1142.

NORMAS, COMO EJEMPLO CITA AL TRIBUNAL DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. LA OIJU NO CUENTA CON UN ÓRGANO INVESTIDO CON FACULTADES ANÁLOGAS, NO OBSTANTE ELLO NO CONCLUCA EL CARÁCTER TAXATIVO DE LOS PRECEPTOS DE LA CARTA; DE ALGUNA MANERA LA LAGUNA SE SUBSANA AL PEDIR A LA CIJ UNA OPINIÓN CONSULTIVA AL RESPECTO, EN ELLA DEBERÍA DECLARARSE LA NATURALEZA IMPERATIVA DEL ARTÍCULO EN CUESTIÓN, SI LA TIENE.

NO DEBEMOS DEJAR DE APUNTA QUE EN SU ARTÍCULO, EL AUTOR INCLUYE EL TEXTO DEL PROYECTO DE FITZMAURICE, EN SU CALIDAD DE RELATOR DE LA CDI PARA LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO DE LOS TRATADOS.

§.29 MICHEL VIRALLY ES UNO DE LOS AUTORES QUE CON MÁS PROFUNDIDAD HA TRATADO ESTA FIGURA. EN UN INTERESANTE ARTÍCULO APARECIDO EN 1966 EXPONE ALGUNAS IDEAS QUE MÁS TARDE SERÍAN RECOGIDAS POR LA PROPIA CDI, Y OTRAS ABREN UN CAMPO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA MUY AMPLIO <sup>(74)</sup>. OPINA QUE LA ADMISIÓN DEL CONCEPTO DE NORMA IMPERATIVA EN EL D.I. ES LA CONSECUENCIA DE PROLONGADOS INTENTOS DOCTRINALES ENCAMINADOS A REVISAR SUSTANCIALMENTE LOS FUNDAMENTOS DE ESTA RAMA DEL DERECHO; BASÁNDOSE EN QUE LAS TRANSFORMACIONES SOCIO-POLÍTICAS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL, SON TAN PROFUNDAS E IRREVERSIBLES QUE INEVITABLEMENTE PROVOCAN LA EVOLUCIÓN DEL MARCO LEGAL QUE LAS RIGE.

AFIRMA QUE MUCHOS AUTORES HAN RECURRIDO A CONCEPCIONES "CER

74 VIRALLY, Michel: "Reflexion sur la 'Ius Cogens'". AFDI, Tomo XII, París 1966, pp. 5 y ss.

CANAS" PARA DESCRIBIR LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIGURA ANALIZADA, SIN EMBARGO, ELLO NO SIEMPRE SE HA LLEVADO A CABO CON EL CUIDADO DEBIDO. EN EL CASO CONCRETO, EXISTEN DIFERENCIAS PROFUNDAS ENTRE LA SOCIEDAD ESTATAL Y LA INTERNACIONAL QUE INCIDEN DIRECTAMENTE EN LA ESTRUCTURACIÓN DE UN DERECHO IMPERATIVO; ESA DIVERSIDAD DE CIRCUNSTANCIAS ES ESPECIALMENTE ESTRUCTURAL POR LO QUE LAS ANALOGÍAS EN VEZ DE AYUDAR PUEDEN SER UN OBSTÁCULO, YA QUE SI EL CONCEPTO DE IUS COGENS INTERNO ESTÁ LIGADO A UNA ESTRUCTURA INSTITUCIONAL NOS CONDENA A UTILIZARLA AL MOMENTO DE APLICARLO EN EL D.I. POR LO TANTO, OPINA QUE EL IUS COGENS TIENE CABIDA EN NUESTRA DISCIPLINA SIEMPRE QUE SU NOCIÓN PUEDA TENER UNA UTILIDAD PRÁCTICA (75).

COMO PUNTO DE PARTIDA UTILIZA LOS TRABAJOS QUE LA CDI REALIZÓ HASTA 1966. EN ESA ÉPOCA EL PROYECTO CONTENÍA EL ARTÍCULO 50, QUE EN ESENCIA ES EL 53 QUE CONOCEMOS; EN ÉL DISTINGUE TRES ELEMENTOS: A) LA IMPERATIVIDAD DE LA NORMA, B) QUE ÉSTA PERTENEZCA AL D.I. GENERAL, Y C) LA SANCIÓN DE NULIDAD.

IMPERATIVIDAD. ESPECÍFICA QUE IMPERATIVIDAD NO ES SINÓNIMO DE OBLIGATORIEDAD YA QUE :

TODAS LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL, EN EFECTO SON EN PRINCIPIO, OBLIGATORIAS PARA TODOS LOS ESTADOS, LO QUE SIGNIFICA QUE LA VIOLACIÓN DE LAS QUE PODRÍAN SER OBJETO CONSTITUYE UN ACTO ILÍCITO, CON TODAS LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS QUE SE PROVOCAN (76).

75 Cfr. *ibid.*, p. 8

76 *ibid.*

HECHA ESTA SALVEDAD, ENTIENDE QUE LAS NORMAS SIMPLEMENTE PERMISIBLES, SON AQUELLAS QUE NO CONTIENEN OBLIGACIÓN ALGUNA PARA SUS DESTINATARIOS, POR LO TANTO:

LA INTRODUCCIÓN DEL IUS COGENS EN DEL DERECHO INTERNACIONAL NO DEBE, CIERTAMENTE, PROVOCAR DUDAS SOBRE EL CARÁCTER OBLIGATORIO DEL CONJUNTO DE NORMAS QUE COMPONEN ESTE DERECHO (77).

PERO POR OTRA PARTE, LAS NORMAS DISPOSITIVAS QUE SON OBLIGATORIAS, SON AQUELLAS QUE PERMITEN UNA DEROGACIÓN BILATERAL PACTADA POR LAS PARTES; EN LOS DERECHOS INTERNOS, ESTA PRÁCTICA ESTÁ LIMITADA POR EL HECHO DE QUE SUS SUJETOS SON AL MISMO TIEMPO SUJETOS DEL ESTADO, PERO EN D.I. SUS SUJETOS SON AL PROPIO TIEMPO SUS CREADORES, Y AUN LOS JUECES QUE LO APLICAN, LO CUAL IMPLICA QUE SUS REGLAS SON NORMALMENTE DE ESTE TIPO Y LA INDEROGABILIDAD PROPIA DE LAS NORMAS IMPERATIVAS CHOCA CON ESA GENERALIDAD, AUN CUANDO LA DEROGACIÓN SEA BILATERAL Y CONCERTADA PORQUE LOS ESTADOS NO PUEDEN RENUNCIAR A LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE ENTRAÑA LA NORMA SIN CAER EN ILICITUD. DE LO ANTERIOR DEDUCE EL AUTOR QUE EL IUS COGENS TIENE UN CARÁCTER PROHIBITIVO PERO EN UN SENTIDO PARTICULAR, YA QUE LA FINALIDAD DE TAL PROHIBICIÓN ES LA ELIMINACIÓN (78) DE CUALQUIER DISPOSICIÓN QUE LE SEA CONTRARIA, Y ELLO TIENE DOS IMPLICACIONES TRASCENDENTES, A SABER: A) EL IUS COGENS PUEDE SER CONSIDERADO COMO UN ATENTADO A LA SOBERANÍA ESTATAL, SIN EMBARGO, HAY QUE INDAGAR LA JUSTIFI

77 Ibid., p. 9.

78 Y no la represión, ya que la sanción prevista es jurídica en sus efectos, no "corporal".

CACIÓN DE TAL EFECTO ANTES DE CONDENARLO, Y B) EL LAZO QUE HAY ENTRE EL CONCEPTO ACTUAL DE IUS COGENS Y LA DEL PODER DE LOS ESTADOS PARA CONCLUIR TRATADOS, EXPLICA EL HECHO DE QUE LA NOCIÓN DE NORMA IMPERATIVA HAYA SIDO INTRODUCIDA POR LA CDI, CON TODO Y QUE LE CONFIRIÓ CIERTAS LIMITACIONES.

AHORA BIEN, APELANDO AL CARÁCTER OBLIGATORIO QUE POSEE TODA NORMA DE D.I., ESTO BASTARÍA PARA EXIGIR SU CUMPLIMIENTO

MÁS AUN SI LAS NORMAS DE IUS COGENS SON NORMAS FUNDAMENTALES Y DE UNA IMPORTANCIA EXCEPCIONAL PARA LA SOCIEDAD INTERNACIONAL, NO POR ELLO RESULTA QUE TODAS LAS NORMAS FUNDAMENTALES DE DERECHO INTERNACIONAL FORMAN PARTE DEL IUS COGENS (79).

POR OTRA PARTE, SEÑALA QUE LAS LIMITACIONES MISMAS DEL PODER DE LOS ESTADOS PARA CONCLUIR TRATADOS DETERMINARÁN LA APLICACIÓN QUE EL D.I. HARÁ DEL IUS COGENS; A PARTIR TAL VEZ DE LOS PRINCIPIOS PACTA SUNT SERVANDA Y BONNA FIDE. POR SU PARTE LAS LIMITACIONES A LA SOBERANÍA QUE IMPLICA LAS NORMAS DE IUS COGENS PUEDEN SER JUSTIFICADAS DESDE DOS PUNTOS DE VISTA: A) EL PRIMERO TIENE QUE VER CON LAS REGLAS DESTINADAS A PROTEGER LOS ESTADOS EN LOS QUE POR OBVIA RAZÓN NO TIENE CABIDA LA DISPOSITIVIDAD, EJEMPLO DE ELLO SON LA PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS Y LA TIPIFICACIÓN Y PREVISIÓN DEL CRIMEN DE GENOCIDIO. EN EL MISMO CASO ESTÁN TODAS LAS NORMAS ADOPTADAS POR LA SOCIEDAD INTER-

79 Ibid., p. 10.



NACIONAL EN SU CONJUNTO YA QUE SU INOBSERVANCIA LA EXPONDRÍA A UN GRAVE DETERIORO. EN CUALQUIERA DE ESTOS CASOS, EL TRATADO DE ROGATIVO TENDRÍA POR EFECTO AUTORIZAR A UN ESTADO ADOPTAR UNA CONDUCTA ANTISOCIAL <sup>(80)</sup>. ES INTERESANTE OBSERVAR QUE LOS ESTADOS PARTIDARIOS DEL IUS COGENS SON A LA VEZ AQUÉLLOS QUE SEÑALAN A LA SOBERANÍA COMO FUNDAMENTO DEL ORDEN INTERNACIONAL <sup>(81)</sup>; ELLO NO IMPLICA UNA PARADOJA, YA QUE ESOS ESTADOS HAN DESARROLLADO UN CONCEPTO NUEVO DE SOBERANÍA. YA EN LOS DEBATES DEL COMITÉ ESPECIAL DE LA ASAMBLEA GENERAL SOBRE "PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL QUE PROMUEVEN LAS RELACIONES DE AMISTAD Y COOPERACIÓN ENTRE ESTADOS", ALGUNOS ESTADOS OPINAN QUE "... LA IDEA DE SOBERANÍA ABSOLUTA ES INCOMPATIBLE CON EL DERECHO INTERNACIONAL MODERNO..." <sup>(82)</sup>. SE HA DESARROLLADO DESDE ENTONCES EL CONCEPTO DE "LEGALIDAD SOBERANA" QUE DEJA DE LADO TODO FENÓMENO DE DOMINACIÓN ENTRE ESTADOS Y, EN NUESTRA OPINIÓN, RESPALDA LA NOCIÓN DE IUS COGENS Y SU FINALIDAD; B) LA SEGUNDA HIPÓTESIS JUSTIFICATIVA PARTE DE LA IDEA DE QUE LA INDEROGABILIDAD PROTEGE A LOS ESTADOS DE SUS PROPIAS DEBILIDADES, LO QUE SE TRADUCE EN GARANTÍAS JURÍDICAS EN CONTRA DE LA ILEGALIDAD QUE SE PUDIERA DAR RESPECTO DEL PODER DE NEGOCIACIÓN (BARGAINING POWER), OPINA QUE:

LA SOCIEDAD INTERNACIONAL ACTUAL SE CARACTERIZA POR UNA EXTREMA INEQUIDAD DE HECHO ENTRE LOS ESTADOS, QUE [CORRE EL RIESGO DE] CONSTREÑIR A AQUÉLLOS DE ENTRE ÉSTOS, QUE ESTÁN DOTADOS DE MEDIOS MÁS LIMITADOS PA-

80 Cfr., *ibid.*, p. 11. En este punto podría fundarse una analogía con el *or* den público interno, pero el efecto jurídico hacia terceros es difícil de determinar.

81 Los Estados jóvenes y los del bloque socialista.

82 *Ibid.*, p. 12, nota (9) A/AC.119/SR.13, p. 6. Dichos debates se llevaron a cabo durante 1964.

RA ACEPTAR LAS VENTAJAS DE LA CONTRAPARTE, [ASÍ COMO] CONCESIONES EXCESIVAS O DESPROPORCIONADAS (83),

Y EN ELLO BASA LA ANALOGÍA QUE PODRÍA DESARROLLARSE ENTRE IUS COGENS Y EL DERECHO SOCIAL QUE YA SE DA EN DERECHO INTERNO. ESTE SEGUNDO PUNTO DE VISTA COINCIDE EN CIERTA MEDIDA CON LA ANTERIOR, TODA VEZ QUE EL DERECHO INTERVIENE PARA PROTEGER A LA PARTE DÉBIL EN UNA RELACIÓN CONTRACTUAL, SEA POR RAZONES ÉTICAS O PARA MANTENER EL EQUILIBRIO PACÍFICO DE LAS RELACIONES SOCIALES. EN ESTE SENTIDO LA CDI RECOGIÓ ESTE CONCEPTO EN EL ARTÍCULO 49 DE SU PROYECTO AL PROPONER COMO SANCIÓN LA NULIDAD, PARA EL CASO DE QUE UN TRATADO HAYA SIDO CONCLUIDO POR AMENAZA O USO DE LA FUERZA EN VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA CARTA DE LA ONU (84).

NORMAS DE D.I. GENERAL. ESTA CARACTERÍSTICA SUBRAYA LA VOCACIÓN UNIVERSALISTAS DE LA FIGURA, LO CUAL NO IMPLICA SU INMUTABILIDAD YA QUE LA CDI PREVÉ LA MODIFICACIÓN DE UNA NORMA DE IUS COGENS POR MEDIO DE UNA POSTERIOR QUE LA DEROGUE (85). ADEMÁS, PUEDE EXISTIR UNA NORMA IMPERATIVA FUERA DE AQUELLAS QUE SON DE IUS COGENS. EN PRIMERA INSTANCIA LA UNIVERSALIDAD DE LAS NORMAS DE IUS COGENS IMPLICA QUE ÉSTAS NO PUEDEN IMPONERSE POR LA FUERZA, SINO POR EL CONTENIDO ÉTICO AL QUE ESTÁN ASOCIADAS

83 Ibid., p. 12. Los agregados son nuestros.

84 Esos conceptos están presentes en la Convención de 1969 en los artículos 51 y 52. El autor considera que éstos tienden a enunciar normas de ius cogens.

85 Hay que señalar que la CDI salvó el problema de los Tratados de Paz. Por ello el ius cogens no puede ser concebido como derecho natural.

POR LO QUE NO CONOCEN LÍMITES GEOGRÁFICOS, NI IDEOLÓGICOS, EN SU APLICACIÓN. NO OBSTANTE ELLO NO CANCELA, EN SU OPINIÓN, LA POSIBILIDAD DE ESTABLECER UN IUS COGENS REGIONAL SIEMPRE QUE SEA SAN CIONADO, RECONOCIDO Y SUBORDINADO AL D.I. GENERAL. AHORA BIEN, VIRALLY CONCIBE AL D.I. GENERAL:

COMO EL CONJUNTO DE NORMAS APLICABLES A TODOS LOS ES TADOS MIEMBROS DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL, EN OPOSICIÓN A LAS NORMAS INTERNACIONALES APLICABLES A ALGUNOS DE ENTRE ESTOS SOLAMENTE Y QUE CONSTITUYEN EL DERECHO INTERNACIONAL PARTICULAR, SEA REGIONAL, LOCAL O BILATERAL. POR OTRA PARTE, HAY QUE RECONOCER QUE EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL ASÍ CONCEBIDO ENCUENTRA SU EXPRESIÓN MÁS PERFECTA EN EL IUS COGENS <sup>(86)</sup>.

POR ELLO, NO HAY IMPEDIMENTO TEÓRICO PARA QUE ÉSTE PUEDA LLEGAR A SER DERECHO POSITIVO. CABE SEÑALAR QUE NO EXISTE LIMITACIÓN RESPECTO DE LAS FUENTES DE LAS QUE SE PUEDE ORIGINAR.

EN EL ANÁLISIS MÁS A FONDO DE LA AFIRMACIÓN DE QUE NO TODA NORMA IMPERATIVA ES NECESARIAMENTE DE IUS COGENS, EL AUTOR FORMULA LA SIGUIENTES RAZONAMIENTOS. POR DEFINICIÓN, UN TRATADO BILATERAL NO PUEDE CREAR DERECHO IMPERATIVO, PERO NADA OBSTA PARA QUE ÉSTE CREE POR MEDIO DE UN TRATADO MULTILATERAL. SIN EMBARGO, EL ARTÍCULO 37 DEL PROYECTO DE LA CDI <sup>(87)</sup> DISPONÍA QUE ALGUNOS ES TADOS PARTES EN UN TRATADO MULTILATERAL PUEDEN VÁLIDAMENTE CON-

86 Ibid., p. 15.

87 Hoy artículo 41.

CLUIR OTRO PARA MODIFICAR LAS DISPOSICIONES DE AQUÉL RESPECTO DE SUS RELACIONES MUTUAS, SIEMPRE QUE SEA POSIBLE Y LÍCITO, SIN EMGARGO, EXISTEN CIERTAS EXCEPCIONES QUE SE RELACIONAN CON LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LAS OTRAS PARTES EN EL TRATADO ORIGINAL, YA QUE ÉSTE NO PUEDE SER MODIFICADO SIN SU CONOCIMIENTO; OTRA TIENEN QUE VER CON LA REALIZACIÓN EFECTIVA DEL OBJETO Y FIN DEL TRATADO MULTILATERAL; OTRA MÁS SE SUSTENTA EN LA PROHIBICIÓN DE MODIFICACIÓN QUE PUDIERA SER CONTENIDA EN EL MISMO TRATADO; TODO LO CUAL HACE PENSAR QUE EN TODO TRATADO MULTILATERAL EXISTE UN MÍNIMO DE DISPOSICIONES IMPERATIVAS, ES DECIR AQUÉLLAS QUE ASEGURAN LA REALIZACIÓN DEL OBJETO O FIN DEL TRATADO LAS CUALES PUEDEN SER DETERMINADAS A VOLUNTAD DE LAS PARTES. NO OBSTANTE EL CARÁCTER IMPERATIVO DE TALES NORMAS, ES LIMITADO PORQUE LA POSIBILIDAD DE ENMENDAR TAL TRATADO POR VÍA DE ACUERDO CONCLUIDO POR TODAS LAS PARTES O MEDIANTE COSTUMBRE POSTERIOR, NUNCA DESAPARECE.

**NULIDAD COMO SANCIÓN.** LA NULIDAD ES LA SANCIÓN MÁS GRAVE QUE SE PUEDE IMPONER A UN ACTO JURÍDICO YA QUE SUPRIME TODOS LOS EFECTOS JURÍDICOS QUE SE HUBIEREN PRODUCIDO. POR SU PARTE, LA RESPONSABILIDAD Y LA RETORCIÓN SON LAS SANCIONES COMUNES EN D.I. POR LO QUE LA NULIDAD QUEDA RESERVADA A ACTOS QUE LESIONAN PARTICULARMENTE AL ORDEN PÚBLICO. AHORA BIEN, NO TODAS LAS DISPOSICIONES DE UN TRATADO MULTILATERAL QUE TENGAN CARÁCTER DE DERECHO IMPERATIVO, SE PRESENTAN COMO DE IUS COGENS YA QUE SU VIOLACIÓN NO IMPLICA NECESARIAMENTE LA NULIDAD DEL ACTO. A PARTIR DEL CONCEPTO

DE IUS COGENS QUE MANEJAN ALGUNOS MIEMBROS DE LA CDI PROPICIAN UNA CIERTA JERARQUÍA DE NORMAS, COMO SIGUE: 1° NORMAS DE IUS COGENS, 2° REGLAS DISPOSITIVAS Y 3° REGLAS SIMPLEMENTE SUPLETORIAS. POR SU PARTE, VIRALLY OPINA QUE A LAS NORMAS DE IUS COGENS LES CORRESPONDE UN LUGAR JUNTO CON LAS NORMAS DISPOSITIVAS DENTRO DEL D.I. GENERAL SIN QUE EXISTA JERARQUÍA ALGUNA A PARTIR DE SU CARÁCTER IMPERATIVO. POR ELLO :

LA DISTINCIÓN ENTRE IUS COGENS Y IUS DISPOSITIVUM NO CONSTITUYE, EN CONSECUENCIA, LA BASE DE UNA VERDADERA JERARQUÍA JURÍDICA... LA VERDADERA JERARQUÍA QUE INTRODUCE EL IUS COGENS -QUE ES MUY NUEVA- ES ENTONCES UNA JERARQUÍA ENTRE LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PARTICULAR, REGIONAL, LOCAL O BILATERAL, POR OTRA PARTE <sup>(88)</sup> .

EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN DE LAS NORMAS DE IUS COGENS, IMPLICA UNA APRECIACIÓN SUBJETIVA YA QUE, ADEMÁS DE CONSIDERAR LOS ELEMENTOS MATERIALES, SE HACE NECESARIO ANALIZAR SU CONTENIDO, SU SIGNIFICACIÓN ÉTICA Y POLÍTICA, ESTAR LIGADO A UN CIERTO NIVEL DE DESARROLLO INSTITUCIONAL, LO CUAL SE CONTRAPONA A LA INORGANIZACIÓN DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL NO OBSTANTE EL TRABAJO REALIZADO POR LA ONU Y LOS O.I.

LA APARICIÓN DE NORMAS ABSOLUTAMENTE IMPERATIVAS DEPENDE DE DOS ELEMENTOS INSTITUCIONALES COMPLEMENTARIOS TALES COMO LA EXIS

TENCIA DE MODOS DE CREACIÓN DEL DERECHO A TRAVÉS DE UNA AUTORIDAD, O EL DE UN PODER IRRESISTIBLE DE COACCIÓN; LA CUESTIÓN ES SABER SI TAL CONCEPCIÓN ESTÁ EN ARMONÍA CON LA DEFINICIÓN ACTUAL DE IUS COGENS. PARA LOGRARLO, EN PRIMER TÉRMINO ES NECESARIO COMPRENDER QUE LA APARICIÓN DE LAS NORMAS IMPERATIVAS DEPENDEN DE UN NIVEL DE DESARROLLO HISTÓRICO DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL, QUE LE CONFIERA LA COHESIÓN SUFICIENTE A FIN DE QUE LAS CONCEPCIONES ÉTICAS Y LA COINCIDENCIA EN INTERESES COMUNES DEVENGAN TAN FUERTES QUE LAS HAGAN CONSTRIÑENTES, LA HOMOGENEIDAD ASÍ LOGRADA VA ACOMPAÑADA INDEFECTIBLEMENTE DE UN REFORZAMIENTO DEL PODER POLÍTICO. EN TODO CASO, LA FORMACIÓN CONSUETUDINARIA DEL IUS COGENS ES PERFECTAMENTE CONCEBIBLE Y MÁS AÚN, SE DIRÍA QUE ES A LA VEZ NORMAL Y FRECUENTE.

LA NULIDAD COMO SANCIÓN, ELIMINA LA NECESIDAD DE ACCEDER AL RECURSO DE LA FUERZA ORGANIZADA; DE LO DICHO, DEDUCE VIRALLY DOS CONCLUSIONES COMPLEMENTARIAS:

POR UNA PARTE, EL IUS DISPOSITIVUM CONSTITUYE HOY EN DÍA LA REGLA Y EL IUS COGENS LA EXCEPCIÓN. EN OTROS TÉRMINOS, LA EXISTENCIA DE UNA NORMA DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL IMPERATIVA NO PUEDE SER PRESUMIDA. ES NECESARIO QUE ELLA SEA ESTABLECIDA DE UNA FORMA CLARA E INDISCUTIBLE, ES DECIR, OBJETIVA.

LA SEGUNDA CONCLUSIÓN:

EL IUS COGENS, SIENDO LA EXPRESIÓN DE UN INTERÉS COMÚN, PARA LA SOCIEDAD INTERNACIONAL EN SU CONJUNTO O LA DE UNA PRESCRIPCIÓN ÉTICA RECONOCIDA UNIVERSALMENTE, NO PUEDE SER ESTABLECIDO MÁS QUE POR UN PROCESO QUE COMPROMETA A LA SOCIEDAD INTERNACIONAL POR ENTERO (LO QUE ADEMÁS, ESTÁ EN PERFECTA CONFORMIDAD CON EL HECHO DE QUE PERTENECE AL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL) (89).

LA INDETERMINACIÓN DEL ALCANCE DE UNA NORMA DE D.I. NO ES NUEVO, EL CASO DE LA CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS ES UN EJEMPLO.

ALGUNOS AUTORES CONSIDERAN QUE LA CARTA DE LA ONU PUEDE SER CONCEBIDA COMO UNA COMPILACIÓN DE NORMAS DE IUS COGENS EN SU TOTALIDAD, PARA LO CUAL SUELEN CITAR AL ARTÍCULO 103 QUE ESTABLECE LA PREVALENCIA DE LA CARTA EN CASO DE QUE ALGÚN TRATADO ESTÉ EN CONTRADICCIÓN CON ELLA MISMA, DE LO CUAL QUIERE DEDUCIRSE UNA JERARQUÍA DE NORMAS CONVENCIONALES. PARA VIRALLY, DICHO ARTÍCULO DEFINE EL CARÁCTER CONSTITUCIONAL DE LA CARTA, SIN EMBARGO, CONSIDERA QUE EXISTE UNA GRAN DISTANCIA ENTRE LA NOCIÓN DE UN DERECHO CONSTITUCIONAL Y LA DE UN IUS COGENS; EN TODO CASO EL ARTÍCULO 103 NO CONFIERE A LA CARTA RANGO DE IUS COGENS, POR OTRA PARTE:

NADA OBSTA PARA PENSAR QUE LOS PRINCIPIOS DE LA CARTA, QUE NO TIENEN ORIGINALMENTE EL CARÁCTER DE IUS COGENS, PUEDAN ADQUIRIRLO EN RAZÓN, POR UNA PARTE, DE LA APLICACIÓN QUE HA SIDO HECHA EN LA PRÁCTICA Y, POR OTRA, DE LA TRANSFORMACIÓN OPERADA EN LA SOCIEDAD INTERNA-

NACIONAL. DE LA MISMA MANERA QUE EL DERECHO CONVENCIONAL PUEDE LLEGAR A SER OBLIGATORIO RESPECTO DE LOS ESTADOS QUE NO SON PARTES, POR LA FUERZA DE LA COSTUMBRE, Y TRANSFORMARSE ASÍ EN DERECHO INTERNACIONAL GENERAL, PUEDE ADQUIRIR EL CARÁCTER DE IUS COGENS (90).

POR ÚLTIMO, NO ES POSIBLE DAR UNA RESPUESTA A PRIORI SOBRE EL PROBLEMA DE LA DEFINICIÓN DE LAS NORMAS QUE HOY FORMAN PARTE DEL IUS COGENS INTERNACIONAL, SEGÚN EL AUTOR PARA LOGRARLO:

ES NECESARIO PROCEDER A UN EXAMEN EXHAUSTIVO DEL DERECHO CONVENCIONAL Y DE LOS PRECEDENTES CONSUECUDINARIOS; LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DEL IUS COGENS NO EXIGE DE OTROS MÉTODOS FUERA DE LOS QUE SE IMPLICAN CADA VEZ QUE SE QUIERA ESTABLECER LA EXISTENCIA DE UNA REGLA DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL, AÚN SI FUERA SIMPLEMENTE DISPOSITIVA... (91).

1.30 ALFRED VERDROSS ES RECONOCIDO UNÁNIMEMENTE, COMO EL JURISTA QUE INTRODUJO LA NOCIÓN QUE HOY SE MANEJA DE NORMA IMPERATIVA, TANTO EN LA DOCTRINA COMO EN EL D.I. POSITIVO. YA EN LA DÉCADA DE LOS TREINTA SUS TRABAJOS GUIABAN A LOS DESTRUCTORES Y A LOS SIMPATIZANTES DEL IUS COGENS INTERNACIONAL, NO OBSTANTE SU ANÁLISIS MÁS ESPECÍFICO LO REALIZÓ A PARTIR DE LOS TRABAJOS DE CO-DIFICACIÓN DESARROLLADOS POR LA CDI, DE LA QUE ÉL FUE MIEMBRO (92).

EL AUTOR PARTE DE LA OPINIÓN, GENERALIZADA ENTRE LOS INTER

90 Ibid., p. 27.

91 Ibid., p. 29.

92 Cfr. VERDROSS, Alfred: "Forbidden Treaties in International Law", AJIL, Vol. 31, Washington, 1937, pp. 571 y ss. Para mayor referencia, consultar la bibliografía en alemán que se incluye en ese trabajo, asimismo, cfr. VERDROSS, Alfred: "Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law", AJIL, Vol. 60, Washington, 1966, pp. 55 y ss.



NACIONALISTAS DE TODOS LOS SIGNOS, DE QUE EN PRINCIPIO, LA FACULTAD CON LA QUE CUENTAN LOS ESTADOS PARA CONCLUIR TRATADOS ES ILIMITADA; ASÍ, CIRCUNSCRIBE EL PROBLEMA A DETERMINAR SI EL D.Í. GENERAL ACEPTA EXCEPCIONES A DICHO PRINCIPIO Y, DE CONFIRMARSE POSITIVAMENTE, ELLO IMPLICARÍA LA EXISTENCIA DE UN IUS COGENS INTERNACIONAL. LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL SUGIRIÓ LA NECESIDAD DE DESCUBRIR O, EN SU CASO, IMPONER TALES EXCEPCIONES; EL ARTÍCULO 37 DEL PROYECTO DE CONVENCIÓN DE DERECHO DE LOS TRATADOS PREPARADO POR LA CDI RECOGIÓ ESA EXIGENCIA <sup>(93)</sup>. A PESAR DEL CONSENSO DE LOS MIEMBROS DE LA COMISIÓN AL REDEDOR DE ESTE PUNTO, LA CAREN CIA DE UN CRITERIO OBJETIVO PARA DETERMINAR LAS LIMITANTES A LA FACULTAD YA REFERIDA, HIZO QUE LA ACEPTACIÓN DEL ARTÍCULO POR PARTE DE LOS ESTADOS NO FUERA FÁCIL.

CONSCIENTE DE LOS DIFERENTES PUNTOS DE VISTA EXPRESADOS DURANTE LOS TRABAJOS PREPARATORIOS LLEVADOS A CABO POR LA CDI, VERDROSS AFIRMA:

EN EL CAMPO DEL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL HAY REGLAS QUE TIENEN CARÁCTER DE IUS COGENS. EL CRITERIO PARA [DETERMINAR] ESTAS NORMAS CONSISTE EN EL HECHO DE QUE NO EXISTEN PARA SATISFACER LAS NECESIDADES DE LOS ESTADOS EN LO INDIVIDUAL SINO PARA EL MÁS ALTO INTERÉS DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL EN SU CONJUNTO <sup>(94)</sup>.

TALES NORMAS LAS ESTUDIA EN TRES GRUPOS, A SABER:

93 Hoy artículo 53, el cual no cambió sustancialmente desde aquél proyecto.

94 VERDROSS, Alfred: "Jus Dispositivum...", p. 58, el agregado es nuestro.

1. AQUÉLLAS QUE PROTEGEN LOS DERECHOS DE TERCEROS ESTADOS. TODO TRATADO QUE INVADA LA ESFERA JURÍDICA DE UN TERCER ESTADO, CARECIENDO DE SU CONSENTIMIENTO, PARECIERA CONTRARIO A NORMAS DE IUS COGENS, SIN EMBARGO, NO TODOS LOS TRATADOS DE ESTA CLASE NECESARIAMENTE DEBEN ESTAR PROHIBIDOS POR UNA NORMA IMPERATIVA. POR OTRA PARTE, EN PRINCIPIO TODO ESTADO PUEDE RENUNCIAR A SUS DERECHOS QUE LE SON INDISPENSABLES PARA SATISFACER SUS OBLIGACIONES; POR EJEMPLO: EL D.I. GENERAL OBLIGA A TODO ESTADO A PROTEGER A LOS EXTRANJEROS QUE SE ENCUENTREN EN SU TERRITORIO Y MANTENER SU PROPIO ORDEN PÚBLICO, POR LO QUE NO PUEDE OBLIGARSE VÁLIDAMENTE A REDUCIR SU POLICÍA Y SUS TRIBUNALES AL GRADO DE PRIVARLO PARA MANTENER EL ORDEN PÚBLICO INTERNO TODA VEZ QUE ELLO ES DEL INTERÉS DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL, POR LO TANTO, DICHA PROHIBICIÓN, O SI SE QUIERE INEFECTIVIDAD DE LA VOLUNTAD EN OBLIGARSE, TIENE CARÁCTER DE IUS COGENS.

2. AQUÉLLAS CREADAS CON UN FIN HUMANITARIO. UN TRATADO QUE LES SEA CONTRARIO SERÍA CONTRA BONOS MORES; DICHO TRATADO SERÍA NULO, AÚN EN EL CASO DE QUE LAS PARTES NO HAYAN RATIFICADO LAS CONVENCIONES HUMANITARIAS QUE SE PRETENDEN DEROGAR, YA QUE TALES CONVENCIONES ENTRAÑAN PRINCIPIOS BÁSICOS PARA EL D.I. GENERAL CON CARÁCTER DE IUS COGENS. ENCUENTRA QUE EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL PREÁMBULO DE LA CARTA DE LA ONU CONTIENEN UNA MENCIÓN EXPRESA DE LOS MULTICITADOS PRINCIPIOS HUMANITARIOS CUANDO REAFIRMA:

**LA FE EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL HOMBRE, EN LA DIGNIDAD Y EL VALOR DE LA PERSONA HUMANA, EN LA IGUALDAD DE DERECHOS DE HOMBRES Y MUJERES...**

LO CUAL ENCUENTRA ECO EN EL PROPIO CLAUSULADO, CUANDO LA FRACCIÓN TERCERA DEL ARTÍCULO 1 PROCLAMA:

**RESPECTO A LOS DERECHOS HUMANOS Y A LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE TODOS, SIN HACER DISTINCIÓN POR MOTIVOS DE RAZA, SEXO, IDIOMA O RELIGIÓN <sup>(95)</sup>.**

3. AQUÉLLAS INTRODUCIDAS POR LA PROPIA CARTA DE LA ONU. DICHOS PRECEPTOS DEBEN SER ENTENDIDOS DE UNA MANERA COORDINADA, DE LA SIGUIENTE MANERA:--

**LA PRIMERA OBLIGA A LOS ESTADOS MIEMBROS A APARTARSE EN RELACIONES INTERNACIONALES DE LA AMENAZA O USO DE LA FUERZA FUERA DE LA LEGÍTIMA DEFENSA INDIVIDUAL O COLECTIVA (ARTÍCULO 2, FRACCIÓN 4 Y ARTÍCULO 51). LA SEGUNDA REGLA OBLIGA A LOS ESTADOS MIEMBROS A SOMETER SUS DISPUTAS A MEDIOS PACÍFICOS (ARTÍCULO 2, FRACCIÓN 3). LA TERCERA REGLA OBLIGA A LOS ESTADOS MIEMBROS A OTORGAR A LAS NACIONES UNIDAS TODA LA ASISTENCIA EN CUALQUIER ACCIÓN TOMADA EN CONCORDANCIA CON LA CARTA Y EVITAR DAR ASISTENCIA A CUALQUIER ESTADO SUJETO A LA ACCIÓN PREVENTIVA O PUNITIVA QUE HAYA SIDO TOMADA (ARTÍCULO 2, FRACCIÓN 5) <sup>(96)</sup>.**

RESULTA OBVIO QUE DICHAS PRESCRIPCIONES EXISTEN PARA LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS COMÚN DE LA HUMANIDAD POR LOS QUE EL TRA

95 Ibid., p. 59 lo cual ha sido reafirmado numerosas veces por la Asamblea General.

96 Ibid., p. 60.

TADO, SIN IMPORTAR SU ÁMBITO PERSONAL DE VALIDEZ, QUE LOS CONTRA VENGASERÁ NULO (97). DICHO TRATADO NO TIENE FUERZA VINCULANTE. EN LA MISMA CATEGORÍA COLOCA A LOS ACTOS CRIMINALES TIPIFICADOS POR EL D.I., TAMBIÉN LLAMADOS CRÍMENES DE GUERRA TODA VEZ QUE SÓ LO SON VIOLACIONES A NORMAS IMPERATIVAS CUYO CONTENIDO LO CONSTI TUYEN LOS PRINCIPIOS HUMANITARIOS RECONOCIDOS EN LA GUERRA (98).

EN CUANTO A LA FUENTE DE LA CUAL SE PUEDEN ORIGINAR NORMAS DE IUS COGENS, ESTIMA QUE EN LA PRÁCTICA ÚNICAMENTE PUEDEN SUR- GIR EN EL DERECHO CONSUECUDINARIO GENERAL O A TRAVÉS DEL DERECHO CONVENCIONAL MULTILATERAL (99). NO OBSTANTE EL DERECHO CONSUECUD- INARIO INTERNACIONAL HA RECONOCIDO CIERTAS LIMITACIONES A LA LI BERTAD DE LOS ESTADOS PARA CONCLUIR TRATADOS AL CONSIDERAR COMO FUENTE SUBSIDIARIA DE D.I. GENERAL A LOS "PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO RECONOCIDOS POR LAS NACIONES CIVILIZADAS", YA QUE EL PÁRRAFO 3 DE LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 38 DEL ESTATUTO DE LA CIJ SÓLO RECOGIÓ UNA VIEJA PRÁCTICA DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL (100).

97 Recuérdese a este respecto el artículo 103.

98 Cfr. VERDROSS: "Jus Dispositivum...", p. 60 y VERDROSS: Derecho Internacio- nal..., pp. 112, 113 y 140.

99 Cabe mencionar que en otro trabajo afirma:

Ya Vitoria habla de reglas de Derecho que están constituidas con ba se en el consentimiento universal. Y Suárez declara expresamente que las Naciones pueden crear derechos comunes, sea por un tratado uni- versal, sea por una costumbre internacional. En otro pasaje, él dice que el derecho creado por la autoridad de todas las naciones no puede ser suprimida más que por el consentimiento general.

VERDROSS, Alfred: "Le Fondément du Droit International", RC, Tomo 16, Ley- de, 1927, pp. 254 y 255. En los conceptos transcritos se evidencia el re- quisito de la "aceptación de la comunidad internacional en su conjunto" co- mo elemento del ius cogens como se conciben en las Convenciones de 1969 y 1986.

100 A este respecto declara:

Los principios generales no constituyen solamente una fuente de de- recho aplicable en sí mismo, sirven también para interpretar el de-

DENTRO DE TALES PRINCIPIOS GENERALES, LA PROHIBICIÓN DE CELEBRAR TRATADOS CONTRA BÓNOS MORES ES UNA CONSTANTE UNIVERSAL PORQUE NINGÚN ORDEN JURÍDICO LE RECONOCE VALIDEZ A UN CONVENIO QUE ESTÉ EN OBVIA CONTRADICCIÓN CON LAS PRESCRIPCIONES ÉTICAS -SEAN LAS QUE FUEREN- DE CIERTA SOCIEDAD; LA INTERNACIONAL NO ES LA EXCEPCIÓN YA QUE NO CONOCE TRATADO MULTILATERAL O COSTUMBRE QUE CONTRAVENGA TAL PRINCIPIO.

AUN CUANDO LA SOCIEDAD INTERNACIONAL ADOLECE DE UNA ORGANIZACIÓN EFECTIVA EN NUMEROSOS ASPECTOS, LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES CONTENIDOS EN LA CARTA SON LA PARTE MÁS IMPORTANTE DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEA.

POR OTRA PARTE, CUALQUIER INVOCACIÓN UNILATERAL DEL IUS COGENS RESULTA PELIGROSA PORQUE MUCHOS ESTADOS RECHAZAN LA JURISDICCION OBLIGATORIA DE CUALQUIER INSTANCIA JUDICIAL O ARBITRAL, SIN EMBARGO, ELLO SIGNIFICARÍA UN GRAN AVANCE PARA EL D.I. VERDROSS RECOMENDÓ, DESDE SUS PRIMEROS ESCRITOS, QUE TODA DISPUTA QUE VERSE SOBRE LA APLICACIÓN O LA INTERPRETACIÓN DE UNA NORMA QUE

---

recho convencional y la costumbre, que debe, en caso de duda, ser interpretado sobre la base de los principios que todo el derecho de gentes debe ser interpretado y aplicado.

VERDROSS, Alfred: "Principes Generaux du Droit dans la Jurisprudence Internationale", RC, Tomo 52, Leyde, 1953, p. 227 además señala que la CIJ ha hecho una distinción entre los principios generales del derecho que se desprenden de la idea de derecho en sí misma y los principios generales del derecho de interpretación.

Cfr., *ibid.*, p. 212. Sin embargo, no circunscribe el ius cogens a los principios generales del derecho.

TENGA CARÁCTER DE IUS COGENS DEBE SER SOMETIDA, COMO EN EFECTO ES TÁ PREVISTO EN EL DERECHO POSITIVO, AL ARBITRAJE <sup>(101)</sup>. LA FALTA DE ESA OBLIGATORIEDAD EN LA JURISDICCIÓN QUE PRIVÓ HASTA ESTA DÉ CADA, NO DEBIÓ DISUADIR A LA CDI DE ABORDAR Y RESOLVER EL PROBLEMA DEL IUS COGENS. POR ELLO AFIRMA QUE "... CUANTO MÁS SE ORGANICE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL, TANTO MAYOR SE AMPLIARÁ ESTE SECTOR DEL D.I...." <sup>(102)</sup>.

DADA LA IMPORTANCIA DEL TRATADO COMO FUENTE DEL D.I., VERDROSS INVESTIGÓ ESPECIALMENTE LOS EFECTOS DE UN ACUERDO INTERNACIONAL CUYO OBJETO O FIN DETERMINANTE SEA CONTRA BONOS MORES. DE CLARA QUE ES UN PRINCIPIO DE D.I. GENERAL EL QUE UN TRATADO EN ESTAS CONDICIONES ES NULO, NO OBSTANTE LA APLICACIÓN DE TAL REGLA NO ESTÁ LIBRE DE DIFICULTADES.

AL INTENTAR DEFINIR QUE SE PUEDE CALIFICAR COMO CONTRA BONOS MORES, ACUDE A LA JURISPRUDENCIA LOCAL PARA EXTRAER LA SIGUIENTE NOCIÓN:

UN TRATADO CONSIDERADO COMO CONTRA BONOS MORES ES AQUÉL QUE RESTRINGE LA LIBERTAD DE UNA PARTE CONTRATANTE DE UNA FORMA EXCESIVA E INDIGNA O EL QUE COMPROMETE SUS MÁS IMPORTANTES DERECHOS <sup>(103)</sup>.

101 Cfr. VERDROSS: "Jus Dispositivum...", p. 62. Ello excluye, según el autor cualquier resolución arbitraria por razones políticas.

102 VERDROSS, Alfred: Derecho Internacional..., p. 113. En esta misma obra el autor trata los aspectos más sobresalientes del ius cogens superviniente, estudiándolo en el apartado dedicado a la extinción de los tratados. Cfr., *ibid.*, p. 162.

103 VERDROSS, Alfred: "Forbbiden...", p. 574.

OPINA QUE TRAS ESTAS IDEAS SUBYACE LA IDEA IMPRESCINDIBLE DE UN ORDEN JURÍDICO ESTABLECIDO PARA GARANTIZAR UN MÍNIMO DE SEGURIDAD, EN LA CONVIVENCIA DE LOS SERES HUMANOS; EL CUAL, ADEMÁS DE ESTAR JURÍDICAMENTE REGULADO TIENE QUE TENER UN CONTENIDO ÉTICO. PARA SABER SI ESTE ÚLTIMO ES ENTENDIDO DE LA MISMA MANERA POR TODOS LOS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL, APELA A LAS METAS QUE TODO ESTADO MODERNO DEBE PLANTEARSE, Y CONCLUYE QUE:

**EL MANTENIMIENTO DEL DERECHO Y DEL ORDEN DENTRO DEL ESTADO, LA DEFENSA EN CONTRA DE ATAQUES EXTERNOS, EL CUIDADO DEL BIENESTAR FÍSICO Y ESPIRITUAL DE LOS CIUDADANOS RESIDENTES, Y LA PROTECCIÓN DE LOS CIUDADANOS EN EL EXTRANJERO (104).**

SON ASPIRACIONES COMUNES. CON ESTA BASE, IDENTIFICA ALGUNOS TRATADOS CUYA APLICACIÓN ALTERARÍA GRAVEMENTE EL EQUILIBRIO JURÍDICO Y ÉTICO DE LA COMUNIDAD, ENTRE ELLOS ESTÁN: 1° EL TRATADO QUE OBLIGA A UN ESTADO A REDUCIR SU CUERPO POLICIAL Y JUDICIAL AL PUNTO DE NO PODER GARANTIZAR LA VIDA, LA LIBERTAD, EL BIENESTAR, EL HONOR Y LA PROPIEDAD DE LA POBLACIÓN DE SU TERRITORIO. 2° EL ACUERDO QUE COMPELE AL ESTADO A REDUCIR SUS FUERZAS ARMADAS DE TAL MANERA QUE NO PUEDA DEFENDERSE DE ATAQUES EXTERNOS - OPINA QUE ES INMORAL MANTENER LA SOBERANÍA DE UNA COMUNIDAD Y AL PROPIO TIEMPO PROHIBIR QUE DEFIENDA SU EXISTENCIA-. 3° EL TRATADO QUE CONSTRIÑA A UN ESTADO A CERRAR SUS HOSPITALES O ESCUELAS, A CONCENTRAR Y ESTERILIZAR A LAS MUJERES, A MATAR A LOS NIÑOS, A

CERRAR LOS CENTROS DE TRABAJO, A AVANDONAR LOS CAMPOS DE CULTIVO, O A CUALQUIER OTRA MEDIDA QUE EXPONGA A LA POBLACIÓN A LA MISE-  
RIA. 4° EL TRATADO QUE PROHIBA AL ESTADO DEFENDER A SUS CIUDA-  
DANOS EN EL EXTRANJERO, O EL QUE HAGA CONSTAR LA RENUNCIA DEL ES-  
TADO A EJERCER ESE DERECHO (105) ,

AUN CUANDO LA POSICIÓN DE IDENTIFICAR A LOS TRATADOS QUE  
VIOLAN UNA NORMA DE IUS COGENS, COMO AQUELLOS CUYO CONTENIDO ES  
CONTRA BONOS MORES, FRACAZÓ EN LAS CONFERENCIAS PREVIAS A LA CON-  
VENCIÓN DE 1969, LA ESENCIA DE TAL PUNTO DE VISTA PERMANECE VÁLID-  
DO, YA QUE:

UN ANÁLISIS VERDADERAMENTE REALISTA DEL DERECHO NOS  
DEMUESTRA QUE CADA ORDEN JURÍDICO POSITIVO TIENE  
SUS RAICES EN LA ÉTICA DE CIERTA COMUNIDAD, Y NO PUE-  
DE SER ENTENDIDO, SEPARADO DE SUS BASES MORALES (106)

§.31. DE LA MAYOR IMPORTANCIA NOS PARECE LA OPINIÓN DEL JURISTA  
ITALIANO RICARDO QUADRI, TODA VEZ QUE NO SÓLO MANEJA EL CONCEPTO  
DE NORMAS IMPERATIVAS DE D.I., ADEMÁS LES DA CIERTO DINAMISMO AL  
CONSTITUIR, CON BASE EN ELLAS, UNA JERARQUÍA DE REGLAS DE DERECHO  
QUE COMPRENDE EN REALIDAD, UNA ORDENACIÓN DE LAS FUENTES DE D.I.

QUADRI PARTE DE LA PREMISA CONSISTENTE EN QUE EN CUALQUIER  
SISTEMA JURÍDICO EXISTE UNA GAMA DE NORMAS, LAS CUALES PUEDEN DIS-

105 Cfr., *ibid.*, pp. 574 a 576.

106 *ibid.*, p. 576



TINGUIRSE CONFORME A LA FUERZA OBLIGATORIA QUE CADA UNA DE ELLAS TENGA; Y EL D.I. NO ES UNA EXCEPCIÓN. ENSEGUIDA PASA A IDENTIFICAR, DENTRO DE NUESTRA DISCIPLINA, TRES TIPOS DE NORMAS A SABER: REGLAS "PRIMARIAS" A LAS QUE TAMBIÉN LLAMA "PRINCIPIOS", REGLAS "SECUNDARIAS" Y, FINALMENTE, "TERCIARIAS". A LA CABEZA DE LA JERARQUÍA ESTÁN LOS "PRINCIPIOS", LOS CUALES GOZAN DE LA MAYOR OBLIGATORIEDAD, LA CUAL OBTIENEN DE "... LA AUTORIDAD MISMA DEL CUERPO SOCIAL INTERNACIONAL DONDE LA VOLUNTAD CONSTITUYE LA INSTANCIA SUPREMA..." (107).

POR LO QUE DICHAS REGLAS "PRIMARIAS" SON EN REALIDAD LA EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD DEL CUERPO SOCIAL INTERNACIONAL. LA TOTALIDAD DE TALES REGLAS CONSTITUYEN UN ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL:

ES DECIR UN CONJUNTO DE REGLAS OBLIGATORIAS (IUS COGENS) QUE ELIMINA A TODA REGLA CONTRARIA SEA DE ORIGEN CONVENCIONAL, SEA DE ORIGEN CONSUECUDINARIO O PRÁCTICO (108).

AHORA BIEN, ESTAS REGLAS "PRIMARIAS" -INDEROGABLES COMO VIMOS- CONDICIONAN LA VALIDEZ, AUN LA EXISTENCIA, DE LAS REGLAS "SECUNDARIAS"; ES DECIR, DE LAS AQUÉLLAS QUE SE CONSTITUYEN A TRAVÉS DE LOS MEDIOS IDÓNEOS, DENTRO DEL SISTEMA, DE MANIFESTACIÓN DE LAS NORMAS (FUENTES FORMALES) QUE, EN EL CASO DEL D.I.

107 QUADRI, Ricardo.: "Général Cours", RC, Tomo 113, Leyde, 1966, p. 335.  
108 *Ibid.*

SON, COMO SABEMOS, LA COSTUMBRE Y LOS TRATADOS; POR LO TANTO ESTAS ÚLTIMAS ESTÁN SUBORDINADAS A LOS "PRINCIPIOS". EN OTRAS PALABRAS CONSUETO SUNT SERVANDA Y PACTA SUNT SERVANDA SON DOS PRINCIPIOS DE LOS CUALES DERIVAN SU FUERZA VINCULANTE LAS COSTUMBRES Y LOS TRATADOS PARTICULARES, RESPECTIVAMENTE. EN LA PERSPECTIVA DE NUESTRO AUTOR, SON ESOS PRINCIPIOS LOS QUE HACEN POSIBLE QUE LAS FUENTES FORMALES CREEN NORMAS JURÍDICAS; POR OTRA PARTE, EL CONJUNTO DE REGLAS "PRIMARIAS" SE PUEDE CONCEBIR COMO UN IUS NON SCRIPTUM, DIFERENTE Y SUPERIOR A CUALQUIER NORMA SECUNDARIA, SIN QUE SEA DE MANERA ALGUNA UNA NORMA HIPOTÉTICA, SUPRA JURÍDICA.

SIN EMBARGO, EL ORDEN PÚBLICO ASÍ CONCEPTUALIZADO NO DESCONECE LA EXISTENCIA DE NORMAS DISPOSITIVAS; ELLO QUIERE DECIR, SEGÚN QUADRI, QUE LA SIMPLE INADECUACIÓN DEL CONTENIDO DE LAS REGLAS "SECUNDARIAS", CON RESPECTO A ALGÚN PRINCIPIO NO IMPLICA NECESARIAMENTE LA NULIDAD DE AQUELLAS, YA QUE ES FORTUITO QUE ALGUNA REGLA "SECUNDARIA" CONTenga EXPRESAMENTE UN "PRINCIPIO"; DE HECHO:

LA MAYOR PARTE DE PRINCIPIOS MATERIALES SON DE NATURALEZA DISPOSITIVA DE REGLAS DE SEGUNDO GRADO QUE PUEDEN SER DEROGADAS ... EL CARÁCTER OBLIGATORIO DE UN PRINCIPIO MATERIAL ES COMPLETAMENTE EXCEPCIONAL. EN EFECTO EL ESPÍRITU GENERAL DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL ES INCOMPATIBLE CON LA IDEA DE UNA REGLAMENTACIÓN ESTRICTA Y RÍGIDA (109).

109 Ibid., p. 336. Nótese que llama "principios materiales" a las reglas de segundo grado.

POR OTRA PARTE, LA DESCENTRALIZACIÓN PROPIA DEL D.I. FAVORECE A QUE LOS ESTADOS REGULEN AUTÓNOMAMENTE SUS RELACIONES MUTUAS, OTORGÁNDOLES UNA AMPLIA LIBERTAD, LA CUAL NO PUEDE CARECER DE LÍMITES TODA VEZ QUE EL EJERCICIO PURO Y SIMPLE DE PODERES AUTÓNOMOS, EN ALGUNOS CASOS:

CONTRARÍA CIERTOS VALORES SUPREMOS RESPECTO DE LOS CUALES LA COMUNIDAD, EN UN MOMENTO DADO, LES RECONOCE CARÁCTER INDEROGABLE (110).

ASÍ, POR EJEMPLO, UN TRATADO EN PARTICULAR NO PUEDE DEROGAR ESOS "VALORES" SIN RIESGO DE AFECTAR GRAVEMENTE LAS REGLAS MÍNIMAS DE CONVIVENCIA PACÍFICA, EL ÓRDEN PÚBLICO INTERNACIONAL -EL CONJUNTO DE REGLAS "PRIMARIAS" ESTO ES, LAS NORMAS POSITIVAS DE IUS COGENS-. NO OBSTANTE LO ANTERIOR, EL AUTOR EN ANÁLISIS DEJA BIEN SENTADO QUE:

EL IUS COGENS INTERNACIONAL NO REPRESENTA LA AUTONOMÍA CONTRACTUAL... LA EXPRESIÓN DE ORDEN PÚBLICO NO PODRÁ SER OPUESTA PREVALECIENDO SÓLIDAMENTE MÁS QUE SOBRE LA BASE DE ELEMENTOS SEGUROS Y CUANDO LA CONCIENCIA JURÍDICA INTERNACIONAL NO PUEDA TOLERAR NINGUNA DEROGACIÓN A ESOS PRINCIPIOS. ESTÁ CLARO QUE SI EL CONTENIDO DE UN TRATADO CORRESPONDE AL EJERCICIO NORMAL DE LA AUTONOMÍA CONTRACTUAL Y SI HAY PRECEDENTES, NINGUNA PERSONA (SIC) PODRÁ SERIAMENTE OPONER EXCEPCIÓN A SU VALIDEZ (111).

110 Ibid.

111 Ibid., p. 337.

POR ELLO, LA LICITUD EN EL OBJETO DE LOS ACTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES -QUE NO ES MÁS QUE LA NO TRANSGRESIÓN DE LOS LÍMITES IMPUESTOS POR EL ORDEN PÚBLICO- ES IMPRESCINDIBLE Y EVIDENTE QUE DOS ESTADOS :

NO SE PODRÁN COMPROMETER VÁLIDAMENTE A COOPERAR PARA REALIZAR UN GENOCIDIO, NI PARA REESTABLECER LA ESCLATIVIDAD, LA TRATA DE BLANCAS O DE INFANTES, EL TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES, LA ACUÑACIÓN DE MONEDA FALSA Y ASÍ POR EL ESTILO. ALGUNOS ACUERDOS, AUN EN MATERIA POLÍTICA PODRÍAN SER CONSIDERADOS CONTRARIOS AL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL, POR EJEMPLO, LAS CLÁUSULAS QUE OBLIGAN A UN ESTADO DE POR VIDA, PERPETUAMENTE, ETC. (112) ,

HABIENDO DETERMINADO LAS RELACIONES EXISTENTES ENTRE AMBOS TIPOS DE REGLAS, NUESTRO AUTOR DEDICA SU ATENCIÓN A LAS RELACIONES QUE SE DAN ENTRE LAS NORMAS SECUNDARIAS EXCLUSIVAMENTE, Y DE SU ANÁLISIS CONCLUYE QUE :

LA COSTUMBRE, DESDE EL PUNTO DE VISTA JERÁRQUICO, ESTÁ EN EL MISMO RANGO QUE EL TRATADO. ENTRE LA COSTUMBRE Y EL TRATADO, SE DAN RELACIONES ENTRE IGUALES, Y SE OBSERVA EL PRINCIPIO DE "POSTERIORIDAD" (LES POSTERIOR DEROGAT PRIORI) Y DE "ESPECIALIDAD" (LEX POSTERIOR GENERALIS NON DEROGAT PRIORI SPECIALI) (113),

112 Ibid., p. 336. Dado que la clasificación que Quadri expone, parece recordar a la de H.L.A. Hart. Consideramos conveniente citarlo "Según las reglas de uno de los tipos, que bien puede ser considerado el tipo básico o primario, se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Las reglas del otro tipo dependen, en cierto sentido, de las del primero, o son secundarias en relación con ellas. Porque las reglas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo prima-

YA QUE SI SE CONSIDERA A LA COSTUMBRE COMO NORMA FUNDANTE DEL D.I. Y POR LO TANTO JERÁRQUICAMENTE SUPERIOR A LA OTRA FUENTE FORMAL, NO SE PUEDEN SALVAR CIERTAS CONTRADICCIONES, TALES COMO EL HECHO DE QUE UNA COSTUMBRE PUEDA SER ABROGADA POR UN TRATADO, ES DECIR POR UNA NORMA QUE LE ES SUBORDINADA. DICHS PROBLEMAS DEVIENEN DE LA CONFUSIÓN, SOSTENIDA POR ALGUNOS AUTORES, DEL IUS NON SCRIPTUM -CONJUNTO DE REGLAS PRIMARIAS- CON LA COSTUMBRE; POR OTRA PARTE, EL IUS NON SCRIPTUM SEGÚN LA TEORÍA POSITIVISTA ES POR DEFINICIÓN UN DERECHO DISPOSITIVO, TODA VEZ QUE SÓLO EL TRATADO PUEDE CREAR NORMAS DE D.I., DESCONOCIENDO CON ELLO, EL "ELEMENTO COLECTIVO", ES DECIR, "LA VOLUNTAD DEL CUERPO SOCIAL" QUE FIJA LÍMITES MÍNIMOS EXIGIDOS POR LA CONVIVENCIA ENTRE LOS PUEBLOS (114).

AHORA BIEN, LO ANTERIOR NO SIGNIFICA QUE UNA REGLA SECUNDARIA NO PUEDA EXPRESAR UN PRINCIPIO CONSTITUYENTE DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL; SE DA EL CASO, POCO FRECUENTE, QUE ASÍ SUCEDA, Y ES POR ELLO QUE LA NORMA DE SEGUNDO GRADO CONVENCIONAL O CONSUETUDINIARA, PREVALECE GRACIAS A SU FUERZA PRIMARIA Y NO POR ELLA MISMA, SOBRE OTRAS DE IGUAL JERARQUÍA. EL QUE LA FORMA MÁS

---

rio, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras al efecto de ellas, o controlar su actuación. Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas". HART, H.L.A.: op. cit., p. 101. Entre muchas otras diferencias con Quadri, Hart considera, como quedó transcrito, que se puede crear y modificar reglas "primarias" a través de normas de segundo "grado" y por lo tanto es obvio que en Hart, la iderogabilidad no reside en las reglas primarias. (ver infra sección f.5b).

113 QUADRI, R.: op. cit., p. 337

114 Cfr., ibid., p. 338

ANTIGUA DE FORMACIÓN DEL D.I. HAYA SIDO LA COSTUMBRE TAL VEZ EXPLIQUE QUE ALGUNA CORRIENTE DOCTRINAL LA RECONOCIERA COMO FUNDAMENTO DEL SISTEMA.

EN LA CONCEPCIÓN DE QUADRI, LAS REGLAS DE TERCER GRADO ESTÁN CONDICIONADAS ABSOLUTAMENTE A LAS DISPOSICIONES CONVENCIONALES QUE LAS CREAN. ESTAS NORMAS DE TERCER GRADO SON DE MANERA PREEMINENTE, LOS ACTOS REALIZADOS POR LOS O.I., LO QUE PARA NOSOTROS CONSTITUYEN LAS LLAMADAS FUENTES ACCESORIAS DE D.I. COMO SABEMOS LOS ACTOS DE LOS O.I. ESTÁN CIRCUNSCRITOS A LA COMPETENCIA DELIMITADA EN EL TRATADO QUE LES HAYA DADO ORIGEN. AUN EN EL CASO EN QUE SE LES OTORQUE UN PODER EFECTIVO DE MODIFICACIÓN DE TAL TRATADO (115), LA ENMIENDA (REGLA "TERCIARIA") NO DEJARÁ DE ESTAR SUBORDINADA A LA REGLA "SECUNDARIA" QUE LA PREVIÓ.

POR ÚLTIMO, NOS PARECE INTERESANTE REGISTRAR LA OPINIÓN DE QUADRI, RESPECTO DEL TRABAJO CODIFICADOR DEL DERECHO DE LOS TRATADOS, QUE LA CDI REALIZABA CUANDO EL ARTÍCULO QUE SE COMENTA FUE ESCRITO, ESTO ES ALREDEDOR DE 1965. AL RESPECTO MANIFIESTA :

NO SE PUEDE RECONOCER NINGÚN VALOR A LOS ESFUERZOS HECHOS PARA CODIFICAR LAS REGLAS DE VALIDEZ DE LOS TRATADOS, NO OBSTANTE EL EMPEÑO DE CIERTOS MEDIOS OFICIALES (POR EJEMPLO LA CDI). MÁS AÚN SI SE LO

115 Es el caso, por ejemplo, del artículo 108 de la Carta de la ONU. Art. 108. Las reformas a la presente Carta entrarán en vigor para todos los miembros de las Naciones Unidas cuando hayan sido adoptadas por el voto de las dos terceras partes de la Asamblea General y ratificadas, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales, por las dos terceras partes de los miembros de las Naciones Unidas, incluyendo a todos los miembros permanentes del Consejo de Seguridad.

GRARA HACER ACEPTAR UN TEXTO, POR UNA CONFERENCIA, Y HACERLO RATIFICAR, ESE TEXTO SIEMPRE CONTINUARÍA CON DICIONADO AL IUS NON SCRIPTEM. ESTO ES, EL TEXTO CONVENCIONAL NO PUEDE TENER MÁS VALOR QUE EL DE UN ÍNDICE PARA LA RECONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO INTERNACIONAL NO ESCRITO <sup>(116)</sup>.

DESDE SU PUNTO DE VISTA, ESTA CONCLUSIÓN RESULTA LÓGICA POR QUE PARA EL AUTOR EL IUS NON SCRIPTUM ES AQUEL CONJUNTO DE PRINCIPIOS INDEROGABLES (IUS COGENS) QUE PUEDEN COINCIDIR EXCEPCIONALMENTE CON EL CONTENIDO DE ALGUNA REGLA SECUNDARIA (EN ESTE CASO LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS DE 1969, Y HOY TAMBIÉN LA DE 1986), PERO NUNCA, SURGIRÁN AQUELLAS DE ÉSTA COMO AFIRMA HART.

EN RESUMEN, QUADRI ES PARTIDARIO DE LA EXISTENCIA DE NORMAS DE IUS COGENS EN EL D.I. Y LAS CONCIBE COMO PARTE POSITIVA DEL SISTEMA Y NO COMO PRINCIPIOS HIPOTÉTICOS, FUNDANTES DE LA OBLIGATORIEDAD DE LAS DEMÁS NORMAS DEL SISTEMA, JERÁRQUICAMENTE SUPERIORES, MODIFICABLES SÓLO A TRAVÉS DE LA VOLUNTAD DEL CUERPO SOCIAL QUE LES DIO ORIGEN, EXCEPCIONALES Y ESCASAS. POR SU PARTE, NI LAS NORMAS "SECUNDARIAS", NI LAS DE TERCER GRADO PUEDEN CREAR "PRINCIPIOS INDEROGABLES", PERO NADA OBSTA PARA QUE LOS PUEDAN EXPRESAR.

CONVIENE ADICIONAR A LO YA DICHO, ALGUNOS OTROS CONCEPTOS DE QUADRI, REFERENTES A LA POSITIVIDAD Y A LA OBLIGATORIEDAD DE

116 Cfr., QUADRI, R.: op., cit., p. 338.

LAS NORMAS DE D.I. CITANDO A BALLADORE PALLIERI, CONCUERDA CON ÉL EXPRESANDO LO SIGUIENTE :

DICIENDO QUE UN ORDEN JURÍDICO DADO ES POSITIVO, SE INDICA ÚNICAMENTE UN HECHO: SEA EL QUE LAS REGLAS QUE COMPONEN ESE ORDEN SON OBSERVADAS POR LOS SUJETOS... PERO LA RAZÓN POR LA CUAL ESE SISTEMA ES OBLIGATORIO NO PUEDE SER ENCONTRADA POR EL JURISTA, QUIEN DEBE PARTIR FORZOSAMENTE Y DE UNA MANERA AXIOMÁTICA, DE LA EXISTENCIA DE CIERTAS REGLAS JURÍDICAS CUYO VALOR OBLIGATORIO NO PUEDE CONSTITUIR EL OBJETO DE UNA DEMOSTRACIÓN SI NO, AL CONTRARIO, EL DE SIMPLE PRESUPOSICIÓN <sup>(117)</sup>.

CONSIDERA ADEMÁS, QUE LA TEORÍA JURÍDICA IMPERANTE EN LA POSGUERRA SÓLO SE PREOCUPA DEL HECHO NORMATIVO, Y POR ELLO DESATIENDE A OTROS ASPECTOS DEL FENÓMENO JURÍDICO Y POR LO TANTO, AL REGARLOS INCLUSIVE, TIENE UNA COMPRENSIÓN LIMITADA DEL MISMO. ELLO REDUNDA EN QUE DICHA CONCEPCIÓN SE ENFRENTA A OBSTÁCULOS INFANQUEABLES QUE SE PODRÍAN SALVAR DE CONSIDERARSE LA COMPLEJIDAD DEL FENÓMENO JURÍDICO, EL CUAL NO PUEDE REDUCIRSE A UN CONJUNTO DE PRECEPTOS <sup>(118)</sup>.

DEL CARÁCTER OBLIGATORIO DE UNA NORMA, AFIRMA QUE ÉSTE DERIVA:

DEL HECHO DE QUE ELLA ES LA EXPRESIÓN DE UN ORDEN JURÍDICO, ES DECIR, DEL PRECEPTO (DE LA ORDEN JURÍDICA) DE UNA AUTORIDAD. SE PUEDE, POR OTRA PARTE, DEFINIR LA AUTORIDAD JUNTO CON TRÍPEL, COMO LA CA-

117 QUADRI, R.: "Le Fondement du Droit International", RC, Tomo 80, Leyde, 1952, p. 619. reproducimos la nota de la cita que hace de Pallieri. Diritto Internazionale Pubblico, 5a. ed., 1948, p. 13 y ss.

118 Ibid., p. 621.



**PACIDAD DE UNA VOLUNTAD DE MOTIVAR (ZU MOTIVIEREN) A LAS OTRAS VOLUNTADES EN LA PERSPECTIVA DE UNA COACCIÓN EXTERNA" (119).**

Y EN ESTE CASO, LA VOLUNTAD FUNDANTE DE LA OBLIGATORIEDAD DEL D.I. ES LA DEL CUERPO SOCIAL INTERNACIONAL, EXPRESADA COMO VIMOS A TRAVÉS DE NORMAS DE IUS COGENS.

1.32 EL ARTÍCULO DE EGAR SCHWELB QUE YA HEMOS CITADO EN ESTE TRABAJO, SE BASA PRINCIPALMENTE EN LOS TRABAJOS DESARROLLADOS POR LA CDI HASTA 1967 (120). REPRODUCE LOS TEXTOS DE LOS ARTÍCULOS 50, 61, 67, 42, ETCÉTERA, Y LOS COMENTA BREVEMENTE. ENCUENTRA QUE EL CONCEPTO DE IUS COGENS ES TOMADO DE LOS DERECHOS INTERNOS, Y SU RECEPCIÓN EN EL D.I. TUVO QUE SALVAR UNA SERIE DE ESCOLLOS PROVOCADOS POR FALSAS ANALOGÍAS, RECONOCE QUE LA NOCIÓN DE NORMA IMPERATIVA ERA CONOCIDA DESDE ROMA PERO EL TÉRMINO DE IUS COGENS NO APARECE COMO TAL EN NINGUNA FUENTE. POR SU PARTE, EL ORDEN PÚBLICO, TAL COMO ES CONCEBIDO POR LOS SISTEMAS ESTATALES NO COINCIDE ENTERAMENTE CON EL CONCEPTO DE IUS COGENS QUE SE NECESITA EN D.I.; EN EL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES, POR EJEMPLO, IUS COGENS ÚNICAMENTE DESIGNA A AQUELLAS REGLAS DE CUYA APLICACIÓN NO SE PUEDEN SUSTRARER LOS PARTICULARES POR SU PROPIA VOLUNTAD. LO MISMO PUEDE DECIRSE DE LAS NORMAS DE DERECHO LABORAL QUE PROTEGEN A LOS TRABAJADORES. LOS DERECHOS INTERNOS OPONEN EL CONCEPTO DE IUS DISPOSITIVUM AL DE IUS COGENS; AQUÉL ADMITE MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LAS PARTES, ÉSTE EN CAMBIO, ES ABSOLUTO.

119 Ib. id., p. 622. No da nota bibliográfica respecto de la cita que hace de Tripel.

120 SCHWELB, Egar: "Some Aspects of International Ius Cogens as Formulated by the International Law Commission", AJIL, Vol. 61, Washington, 1967, - pp. 946 y ss.

PROHIBITIVO, IMPERANTE. SU ARTÍCULO SE PROPONE DETERMINAR SI LA ADOPCIÓN DEL IUS COGENS ES POSIBLE EN EL D.I. Y SI LOS CRITERIOS UTILIZADOS POR LOS DERECHOS INTERNOS PUEDEN APLICARSE PARA DETERMINAR CUALES NORMAS DE D.I. TIENEN DICHA NATURALEZA.

AFIRMA QUE LA IDEA ORIGINAL DE INTRODUCIR LA NOCIÓN DE IUS COGENS AL D.I. PARTIÓ DE LA CODIFICACIÓN OFICIAL QUE DEL DERECHO DE LOS TRATADOS FORMULÓ LAUTERPACH DURANTE SU LABOR COMO RELATOR DESIGNADO POR LA CDI, AUN CUANDO NO UTILIZÓ EL REFERIDO TÉRMINO. NO OBSTANTE, LA IDEA DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL FUE MANEJADA DESDE HACE LARGO TIEMPO, DESDE WOLFF Y VATTEL, PASANDO POR BLUNTSCHLI HASTA VERDROSS.

PASANDO A ASPECTOS PRÁCTICOS, ESTABLECE QUE SON MUCHAS LAS MATERIAS QUE YA SON REGULADAS POR NORMAS PERENTORIAS DE D.I., ADEMÁS DE CONSTITUIR OBJETO DE NÚMEROSOS TRATADOS INTERNACIONALES, POR EJEMPLO CITA: LA CONVENCIÓN SOBRE LA ESCLAVITUD DE 1926, LA CONVENCIÓN SOBRE PREVENCIÓN Y CASTIGO DEL CRIMEN DE GENOCIDIO DE 1948, LA CONVENCIÓN SUPLEMENTARIA SOBRE LA ESCLAVITUD, EL TRATO DE ESCLAVOS E INSTITUCIONES Y PRÁCTICAS SIMILARES A LA ESCLAVITUD DE 1956, LA CONVENCIÓN SOBRE TRABAJOS FORZADOS DE 1957, LA CONVENCIÓN SOBRE LA DESCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO Y LA OCUPACIÓN DE 1958, LA CONVENCIÓN CONTRA LA DESCRIMINACIÓN EDUCATIVA DE 1960, LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DESCRIMINACIÓN RACIAL DE 1965, ETCÉTERA; AL RESPECTO SE AFIRMA QUE ES FRECUENTE QUE DICHS INSTRUMENTOS CONTENGAN CLÁUSULAS DE DENUNCIA, LO CUAL CONTRAVIENE EVIDENTEMENTE EL CARÁCTER

IMPERATIVO QUE SE ASOCIA A LAS NORMAS DE IUS COGENS, NO OBSTANTE SE HA RESPONDIDO QUE:

SERÍA MANIFIESTAMENTE ABSURDO SUGERIR QUE LA DENUN-  
CIA DE LA CONVENCIÓN SOBRE GENOCIDIO POR UNA DE SUS  
PARTES, PUEDE AFECTAR A LA PROHIBICIÓN DEL CRIMEN  
DE GENOCIDIO (IMPUESTA) POR EL DERECHO INTERNACIO-  
NAL. EL HECHO ES QUE LA CONVENCIÓN SOBRE GENOCIDIO  
CONTENÍA, EN ADICIÓN DE LAS CLÁUSULAS SUSTANTIVAS RE-  
LACIONADAS A LA PREVENCIÓN Y SUPRESIÓN DEL GENOCI-  
DIO (EXISTÍAN) CIERTAS CLÁUSULAS PROCEDIMENTALES RES-  
PECTO DE LAS CUALES EL DERECHO DE DENUNCIA FUE PRE-  
VISTO (121).

MÁS AÚN, EN SU OPINIÓN CONSULTIVA SOBRE LAS RESERVAS DE  
LA CONVENCIÓN SOBRE GENOCIDIO, LA CIJ DEJÓ SENTADO QUE EL DEBER  
-ELEVADO A LA CATEGORÍA DE IUS COGENS- QUE ENUNCIATA TAL INSTRUMEN-  
TO SE TRADUCE EN LA NECESARIA COOPERACIÓN ENTRE LOS ESTADOS PARA  
SUPRIMIR DICHO CRIMEN INTERNACIONAL, PERO TAMBIÉN, QUE TAL DEBER  
ES ABSOLUTAMENTE INDEPENDIENTE DE LA CONVENCIÓN MISMA Y DERIVA,  
MÁS BIEN, DE LA RESOLUCIÓN ADOPTADA POR LA ASAMBLEA GENERAL AL  
RESPECTO (122). TOMANDO EN CUENTA LOS PROPÓSITOS HUMANITARIOS Y  
CIVILIZADORES QUE PERSIGUE LA REFERIDA CONVENCIÓN, PARECIÓ DESEA-  
BLE FACILITAR SU ACEPTACIÓN UNIVERSAL PERMITIENDO AQUELLAS RESE-  
VAS QUE NO FUERAN INCOMPATIBLES CON SU OBJETO O FIN DETERMINANTE;  
ASIMISMO, LA CORTE PARECIÓ ADMITIR QUE LA CONVENCIÓN NO SÓLO OBLI-  
GA A LOS ESTADOS PARTES, SINO TAMBIÉN A AQUELLOS QUE NO LO SON.

121 Ibid., p. 953.

122 Cfr., Resolución 260 C(III), del 9 de diciembre de 1948, citada *ibid.*, p. 955.

EN TODO CASO LA EXISTENCIA DE CLÁUSULAS DE DENUNCIA Y DE RESERVAS, EN INSTRUMENTOS COMO LOS ENUMERADOS, INDICA CLARAMENTE QUE LA IDEA DE IUS COGENS ESTÁ TODAVÍA AUSENTE DE LOS ACTOS DE ESTADO COTIDIANOS.

POR SU PARTE LOS INSTRUMENTOS CONSTITUTIVOS DE O.I. CON VOCACIÓN UNIVERSAL QUE APARECIERON DURANTE LO QUE VA DEL PRESENTE SIGLO, INTENTAN CREAR LAS CONDICIONES SOCIO-POLÍTICAS PARA QUE SE LES RECONOZCA, A ALGUNAS DE LAS NORMAS QUE CONTIENEN, UN ALCANCE MAYOR DEL QUE NORMALMENTE TIENEN LOS TRATADOS ORDINARIOS Y EL DERECHO CONSUETUDINARIO. UN CASO DE PARTICULAR INTERÉS LO CONSTITUYE LA CARTA DE LA ONU. EN ELLA, NADA ESTABLECE QUE LAS NORMAS AHÍ CONTENIDAS SEAN IMPERATIVAS, AL CONTRARIO, EL AUTOR RECONOCE UN SENTIDO EMINENTEMENTE DISPOSITIVO EN ALGUNOS DE SUS ARTÍCULOS, POR EJEMPLO, EN LOS ARTÍCULOS 38, 52, 77, 80, ETCÉTERA, AL IGUAL QUE CIERTOS PRECEPTOS DEL ESTATUTO DE LA CIJ, SU TRATADO ANEXO, COMO LO SON EL ARTÍCULO 36 EN SU SEGUNDA FRACCIÓN Y EL 38 TAMBIÉN EN SU SEGUNDA FRACCIÓN <sup>(123)</sup>. NO OBSTANTE, EL ARTÍCULO 103 DE LA CARTA RESULTA RELEVANTE EN ESTE TÓPICO, YA QUE ESTABLECE LA PRIMACIA DE LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS POR LA CARTA FRENTE A OTRAS QUE LES SEAN CONTRARIAS Y QUE EMANEN DE OTRO INSTRUMENTO <sup>(124)</sup>; EN UN PRINCIPIO EL COMITÉ REDACTOR DEL CITADO PRE

- 123 Recordemos que estos dos últimos se refieren en su orden, a la llamada cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria y a la posibilidad de que la CIJ resuelva alguna controversia *ex aequo et bono*.
- 124 Dicho artículo recoge, aunque con otra orientación, el contenido del artículo 20 del Pacto de la Sociedad de Naciones que si preveía la derogación de toda obligación o tratado concluido por las partes antes o después de la suscripción del Pacto, siempre que fueran contrarios a éste.

CEPTO PENSÓ EN LA DEROGACIÓN DE LAS OBLIGACIONES CONTRARIAS A LA CARTA, PERO FINALMENTE SE PENSÓ QUE CUALQUIER EVENTUALIDAD SE RESOLVERÍA CON LA FRACCIÓN 2 DE SU ARTÍCULO 2° QUE, COMO SABEMOS, OBLIGA AL CUMPLIMIENTO DE BUENA FE DE LAS OBLIGACIONES CONTRAÍDAS. EN OPINIÓN DE LORD McNAIR, DESDE ESE PUNTO DE VISTA LAS DISPOSICIONES DE LA CARTA QUE CREAN DERECHOS Y OBLIGACIONES SON POR LO TANTO NORMAS PERENTORIAS COMO ESTABAN CONCEBIDAS POR EL PROYECTO DE LA CDI, POR LO MENOS PARA LOS ESTADOS PARTE (125).

MÁS, PARA FITZMAURICE LA PRIORIDAD SOBRE OTROS TRATADOS QUE OSTENTA LA CARTA NO ES SUFICIENTE PARA INVALIDAR LA OBLIGACIÓN QUE LA CONTRAVENGA, ÉSTA ÚLTIMA ÚNICAMENTE SERÁ INOPONIBLE PERO NO NULA. EN CUALQUIER CASO, RESULTA DIFÍCIL QUE UN ESTADO EXPRESAMENTE DECLARE QUE TIENE LA INTENCIÓN DE INOBSERVAR UN PRECEPTO DE LA CARTA, POR MEDIO DE UN ACTO CONCRETO. POR ÚLTIMO, EL AUTOR OPINA HOY EN DÍA QUE LAS NORMAS MÁS IMPORTANTES DE LA CARTA SON CANDIDATAS A SER NORMAS IMPERATIVAS DE D.I. GENERAL, QUE OBLIGAN, POR TANTO, A MIEMBROS Y NO MIEMBROS DE LA ONU.

SCHWELB PASA A ANALIZAR CIERTOS PRINCIPIOS, Y REGLAS QUE EN SU CONCEPTO, PODRÍAN TENER EL CARÁCTER DE NORMAS DE IUS COGENS, LAS CUALES FUERON ESTUDIADAS YA POR LA DOCTRINA. 1. PACTA SUNT SERVANDA.- MUCHOS ESTUDIOSOS OPINAN QUE LO ES Y QUE ADEMÁS, SIN ELLA EL ORDEN LEGAL INTERNACIONAL SERÍA IMPENSABLE; OTROS DEDUCEN DE ELLO QUE, TODA REGLA CONVENCIONAL PASARÍA AUTOMÁTICAMENTE A

125 Cfr., *ibid.*, p. 959.

COMPARTIR TAL IMPERATIVIDAD, LO CUAL OBTIENIENDO RESULTA ABSURDO;

2.- REBUS SIC STANTIBUS. SE HA DEBATIDO TAMBIÉN SOBRE ESTA CLÁUSULA; LA CONSECUENCIA PRÁCTICA DE RECONOCÉRSELE TAL NATURALEZA SERÍA QUE NINGÚN ESTADO PODRÍA RENUNCIAR AL DERECHO DE RECLAMAR (Y PROBAR) QUE UN CAMBIO FUNDAMENTAL DE CIRCUNSTANCIAS SE HA PRODUCIDO Y QUE POR LO TANTO UN TRATADO EN PARTICULAR QUE LO OBLIGARA TERMINARA O SE MODIFICARA;

3.- LOS DERECHOS HUMANOS Y EL "DOMINIO RESERVADO". ES DECIR, EL RESPETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL HOMBRE Y EL PRINCIPIO DE NO INTERVENCIÓN EN ASUNTOS INTERNOS DE LOS ESTADOS, PODRÍAN CONSIDERARSE COMO NORMAS PERENTORIAS, PERO, SE PREGUNTA SI UN TRATADO CONCLUIDO SOBRE DERECHOS HUMANOS QUE SEA DE IUS COGENS -POR LO TANTO INDEROGABLE- PASA A SER DE EXCLUSIVO DOMINIO DEL DERECHO DE CADA ESTADO PARTE, EN CUYO CASO ¿CÓMO CONTAR AMBOS PRINCIPIOS? LA RESPUESTA NECESARIAMENTE SUPONE PROBLEMAS LÓGICOS;

4.- EL DERECHO DE TODO ESTADO DE PARTICIPAR EN UNA CONVENCION MULTILATERAL. AUN CUANDO ESTA TEORIA NO TIENE MUCHOS ADEPTOS DE ARRAIGARSE COMO NORMA IMPERATIVA, PROVOCARÍA QUE TODAS LAS CLÁUSULAS QUE LIMITAN LA PARTICIPACION DEVENDRÍAN NULAS DANDO VOCACION UNIVERSAL A AQUELLOS QUE CARECIAN DE ELLA;

5.- PROHIBICION DE LA VIGENCIA DE TRATADOS LEONINOS. LA CONFERENCIA AFRO-ASIATICA DE JURITAS DE 1957 ADOPTO ESTA NOCION -TOMADA DEL DERECHO ROMANO- PARA DESIGNAR A LOS TRATADOS QUE ESTABLECEN UN EVIDENTE DESEQUILIBRIO ENTRE LAS OBLIGACIONES DE LAS PARTES, EN ESTE CONTEXTO SE HA PENSADO EN LOS TRATADOS CONCLUIDOS ENTRE LA COLONIA Y SU METROPOLI; ALGUNAS DELEGACIONES ESTATALES VIERON EN EL ARTICULO 50 DEL PROYECTO DE LA CDI, HOY ARTICU-

LO 53, UN RECONOCIMIENTO DE LA JUSTA LUCHA DE LOS PUEBLOS EN CONTRA DE LOS TRATADOS INEQUITATIVOS; 6.- TRATADOS DE PAZ Y ACUERDOS DE ARMISTICIO. LOS AUTORES HAN DICHO DESDE LA DÉCADA DE LOS TREINTA QUE UN TRATADO QUE IMPONGA A UN ESTADO VENCIDO OBLIGACIONES TALES QUE PONGAN EN PELIGRO SU PROPIA EXISTENCIA, TALES COMO LA REDUCCIÓN DE EFECTIVOS MILITARES, ES INMORAL Y POR LO TANTO ILÍCITO. OTRA VERTIENTE DEL PROBLEMA LO CONSTITUYEN LOS TRATADOS QUE ESTABLECIERON LOS TRIBUNALES PARA JUZGAR Y SENTENCIAR A PERSONAS ACUSADAS DE HABER COMETIDO CRÍMENES DE GUERRA —COMO EL ACUERDO DE LONDRES DEL 8 DE AGOSTO DE 1945—. DICHS TRATADOS SON CONCLUIDOS POR ESTADOS BELIGERANTES DIFERENTES A LOS DE LA NACIONALIDAD DE LOS INDICIADOS Y ELLO, EN OPINIÓN DE CIERTOS AUTORES <sup>(126)</sup> VIOLA NORMAS DE IUS COGENS.

EN LAS CONCLUSIONES DEL ARTÍCULO QUE RESUMINOS, EL AUTOR AFIRMA QUE NO BASTA UNA DISPOSICIÓN QUE ESTABLESCA LAS CONSECUENCIAS EN CASO DE INOBSERVANCIA DE UNA NORMA IMPERATIVA DE D.I., HACE FALTA QUE DEFINA UN CRITERIO PARA DISTINGUIRLAS DE AQUELLAS QUE NO LO SON; YA QUE DURANTE LOS TRABAJOS DE LA CDI SE PROPUCIERON MUCHAS NORMAS POSITIVAS PARA RECONOCÉRSELES DICHA NATURALEZA, CONSIDERA QUE LA PROPIA COMISIÓN DEBERÍA HACER UN INTENTO PARA FIJAR LAS REGLAS DE DICHA DETERMINACIÓN. POR OTRA PARTE, ES PARTIDARIO DEL RÉGIMEN DE JURISDICCIÓN OBLIGATORIA PARA LA CIJ PREVISTO POR EL PROYECTO DE LA COMISIÓN, NO OBSTANTE ESTÁ CONSCIENTE DE LAS DECISIONES TOMADAS POR ÉSTA DURANTE 1966 RESPECTO DE LOS CASOS DE AFRICA SUROCCIDENTAL, QUE TANTO SORPRENDIERON A LA OPINIÓN PÚBLICA MUNDIAL.

126 Cfr., Berber Lehrbuch des Völkerrecht. Citado ibd., p. 967

§.33 EL TRABAJO DE FISCHER (127) SI BIEN SE CENTRA EN UN ASUNTO ALEJADO DE NUESTRO CAMPO DE ESTUDIO, NOS OFRECE EN CAMBIO, UNA RESEÑA DE LA EVOLUCIÓN DE LA POSICIÓN SOVIÉTICA RESPECTO DEL D.I. EN GENERAL Y DEL IUS COGENS EN PARTICULAR, Y POR ELLO TIENE INTERÉS PARA NOSOTROS.

NOS DICE QUE A LA CONSOLIDACIÓN DE LA REVOLUCIÓN DE OCTUBRE, QUE DIÓ ORIGEN A LA URSS, LA DOCTRINA SOVIÉTICA RECHAZABA UN GRAN NÚMERO DE REGLAS DEL D.I. CLÁSICO TALES COMO: LA VALIDEZ DE LAS NORMAS CONSUECUDINARIAS, RECONOCIÉNDOLE EL CARÁCTER DE FUENTE FORMAL SÓLO AL TRATADO (128). EN ESE PERÍODO SE EMPEZÓ A PRODUCIR UN CONCEPTO DE SOBERANÍA MUY PARTICULAR; YA QUE DEBÍA SERVIR PARA "PROTEGER" AL NACIENTE ESTADO COMUNISTA EN UN MUNDO HOSTIL; ASÍ, SE AFIRMÓ QUE LA SOBERANÍA RECAE EN LAS NACIONES Y NO EN LOS ESTADOS YA QUE CON ELLO SE PRELUDIABAN LAS TRANSFORMACIONES REVOLUCIONARIAS QUE VENDRÍAN A ACABAR CON LAS SOCIEDADES CAPITALISTAS, CUYA "SOBERANÍA" ENCUBRÍA ÚNICAMENTE LA LUCHA DE CLASES QUE TERMINARÍA CON ELLAS MISMAS (129). COMO CONSECUENCIA DE LO ANTERIOR, SE CONSIDERÓ EN AQUÉL ENTONCES QUE ERAN LOS PUEBLOS PER SE, LOS QUE CREAN LA NORMATIVIDAD INTERNACIONAL.

NO OBSTANTE, ESTAS ACTITUDES HAN CAMBIADO ESPECIALMENTE EN LA ACADEMIA (130). HOY EN DÍA, EL PROFESOR TURKIN, EL MÁS EMINE

127 FISCHER, G.: "Problèmes Juridiques de l'affaire Tchecoslovaque", AFDI, 1968 pp. 5 y ss.

128 Cfr., ibid., p. 25.

129 Cfr., ibid., p. 26.

130 Ateniéndonos a Fischer, a partir de que Litvinov afirmó enfáticamente en 1936, que según la URSS, la soberanía no tiene carácter ilimitado, se empezó a especular en una nueva posición política. Cfr., ibid., p. 26, nota 67.



TE INTERNACIONALISTA SOVIÉTICO, ENCABEZA UNA CORRIENTE DE CAMBIO QUE INFLUYE EN LAS POSICIONES GUBERNAMENTALES NO SÓLO A NIVEL DIPLOMÁTICO, ANIMADA SIN DUDA POR LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES QUE HA SUFRIDO LA SOCIEDAD INTERNACIONAL <sup>(131)</sup>; AÚN CUANDO EL SISTEMA HEGEMÓNICO BIPOLAR NO SÓLO PERSISTE, SINO QUE POR MOMENTOS PARECE RECRUDECKERSE. AHORA SE ACEPTA —LÓGICAMENTE— LA VALIDEZ TANTO DE LAS NORMAS CONVENCIONALES COMO DE LAS CONCUETUDINARIAS Y TAMBIÉN LA IDEA DE QUE LAS DECISIONES DE LAS O.I. PUEDAN CONSTITUIR UNA FUENTE FORMAL DE D.I. <sup>(132)</sup>; SE HA EVOLUCIONADO HASTA LLEGAR AL CONCEPTO DE SOBERANÍA ESTATAL Y SE RECONOCE AL ESTADO COMO SUJETO DE D.I.

EL PROPIO TURKIN SE HA PRONUNCIADO EN CONTRA DE LA ESCUELA REALISTA QUE SEGÚN ÉL, SÓLO JUSTIFICABA POSICIONES DE FUERZA, Y EN CAMBIO HA LLEGADO A SUGERIR QUE "... PARA LOS JURISTAS SOVIÉTICOS, EL DERECHO INTERNACIONAL RIGE LAS RELACIONES ENTRE PAÍSES SOCIALISTAS Y LOS PAÍSES CAPITALISTAS" <sup>(133)</sup>

EN SU BÚSQUEDA DE UN FUNDAMENTO OBJETIVO DEL D.I. LA DOCTRINA SOVIÉTICA AFIRMA QUE:

**EL DERECHO INTERNACIONAL ES UN SISTEMA DE NORMAS JURÍDICAS QUE LOS ESTADOS TIENEN EL DEBER DE RESPETAR. DE**

---

A propósito, Maksim Maksimovitch, Litvinov, fue un político soviético (1876-1951), encargado de la Cancillería de 1930 a 1939 y embajador en Washington de 1941 a 1943. Petit Larousse illustré, Larousse, París, 1980, p. 1483.

131 Cfr. FISCHER: Op. cit., p. 25

132 Cfr., ibid.

133 Ibid., nota 56.

BE SER, EN CONSECUENCIA, LA GUÍA DE LA ACCIÓN DIPLOMÁTICA. LA COEXISTENCIA PACÍFICA ES INCONCEBIBLE SI LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL NO SON RESPETADAS (134)

RESPECTO DE LA NOCIÓN DE IUS COGENS, LA DOCTRINA ES PARTICIPARIA DE SU FORMULACIÓN EN LOS TÉRMINOS DE LOS PROYECTOS DE LA -CDI PREPARADOS PARA LAS CONFERENCIAS DE 1968 Y 1969; LO CUAL SE MATERIALIZÓ EN EL APOYO QUE -SE DICE- PRESTÓ EL GOBIERNO SOVIÉTICO EN LA VOTACIÓN DEL ARTÍCULO 53. EMPERO, POR RAZONES EXTRA-A CADÉMICAS LA URSS NO HA FIRMADO LA CONVENCION DE 1969 (135). PARA LOS SOVIÉTICOS NO SÓLO LA PROHIBICIÓN DE LA AMENAZA Y EL USO DE LA GUERRA, TAMBIÉN LA PROHIBICIÓN DE LA GUERRA DE AGRESIÓN Y DE TODO RECURSO AL USO DE LA FUERZA QUE SEA INCOMPATIBLE CON LOS -FINES DE LA CARTA, LA NO INTERVENCIÓN EN LOS ASUNTOS INTERNOS DE ALGÚN OTRO ESTADO, LA IGUALDAD SOBERANA DE LOS ESTADOS, LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS, EN UNA PALABRA, LOS PRINCIPIOS MÁS IMPORTANTES DE LA CARTA DE LA ONU SON RECONOCIDOS COMO NORMAS DE IUS COGENS (136).

EN LA OPINIÓN DE FISCHER:

...FRENTE A LOS SOVIÉTICOS, LOS LÍMITES DE LA SOBERANÍA DE RIVAN DE LOS TRATADOS, DEL IUS COGENS, Y EN CIERTA MEDIDA DE LA COSTUMBRE Y LA PARTICIPACIÓN EN UN ORGANISMO INTERNACIONAL (137).

£.34 CON RIGOR METODOLÓGICO Y HACIENDO DESTACAR ALGUNOS CONCEPTOS NOVEDOSOS, MONACO ESTUDIA EL TEMA QUE NOS OCUPA. COMIENZA POR PRECISAR QUE LA DISTINCIÓN QUE FRECUENTEMENTE SE HACE ENTRE NORMAS DISPOSITIVAS E IMPERATIVAS ES, EN PRINCIPIO, DEL DOMINIO DE LAS RELACIONES PRIVADAS EN LOS DERECHOS INTERNOS, YA QUE AYUDA A DESTACAR EL IMPORTANTE PAPEL QUE DESEMPEÑAN LAS PRIMERAS EN EL -ÚNICO CAMPO QUE LOS ÓRDENES PÚBLICOS INTERNOS HAN DEJADO LIBRE A

134 Ibid., p. 25.

135 Por lo menos hasta 1982, ya que fue cotejado el documento ST/LEG/SER.E/2 ya antes citado.

136 Cfr., ibid., p. 26. Aunque cualquier lector se recordará de Checoslovaquia -el tema del trabajo de Fischer- y recientemente de Afganistán.

137 Ibid., p. 27.

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD; ASÍ COMO EL CARÁCTER INDEROGABLE DE LAS SEGUNDAS. AL TRASLADAR LO ANTERIOR AL D.I., CONCLUYE QUE EL PROBLEMA A RESOLVER ES:

SABER SI UNA NORMA ESTABLECIDA POR LA COSTUMBRE O POR UN ACUERDO MULTILATERAL ADMITE SER TRANSGREDIDA POR ACUERDOS - PARTICULARES EN CONTRARIO CONCLUIDOS ENTRE ALGUNOS DE LOS DESTINATARIOS DE LA NORMA (138)

SOBRE TODO DESPUES DE HABER DEJADO SENTADO QUE UNA NORMA CONVENCIONAL O CONSUECUDINARIA COMÚN NO ES NECESARIAMENTE DEROGATORIA DE UNA NORMA ANTERIOR; Y SEGÚN LA TEORÍA CLÁSICA, ESTA NORMA ANTERIOR INDEROGADA HA DE SER ABSOLUTA, CONSUECUDINARIA Y CUYA NATURALEZA LE OTORGA EL PODER DE DEROGAR, A SU VEZ, TODA NORMA QUE LE SEA CONTRARIA.

AHORA BIEN, ESPECIFICA QUE UNA NORMA IMPERATIVA ES MUCHO - MÁS QUE UNA NORMA OBLIGATORIA, A SI SEAN DISPOSITIVAS (139). EL - QUE LA MAYORÍA DE LAS REGLAS DE D.I. LO SEAN, NO AFECTA SU VALIDEZ Y OBLIGATORIEDAD EN TANTO NO SEAN DEROGADAS POR LOS SUJETOS DE D.I. A QUIENES LES CORRESPONDE TAL DERECHO, SIEMPRE QUE HAYAN CONTRIBUIDO A SU CREACIÓN; DICHO PODER DE DEROGACIÓN -COMO LO LLAMA MONACO- NO ES LIMITADO. UN ESTADO PUEDE EJERCERLO SÓLO EN SUS RELACIONES MUTUAS CUANDO EL OTRO ESTADO HAYA ACCEDIDO A LA DEROGACIÓN, POR TANTO, LAS NORMAS DISPOSITIVAS NO DEBEN ENTENDERSE - COMO VÍNCULOS PURAMENTE MORALES. PARA LAS REGLAS DE IUS COGENS, EL PODER DEROGATORIO DE LOS ESTADOS SE ANULA, AÚN EXISTIENDO CON SENTIMIENTO MUTUO DE LAS PARTES (140)

TAL LIMITACIÓN DE SOBERANÍA DEBE ENTENDERSE COMO EXCEPCIONAL EN UN SISTEMA QUE ENCUENTRA, EN LA VOLUNTAD ESTATAL SOBRE TODO, UN PRESUPUESTO INSUSTITUIBLE; POR ELLO:

...EL CARÁCTER DE IUS COGENS QUE PODRÍA PRESENTAR UNA REGLA

- 138 MONACO: "Cours Général", RC, Tomo 124, Leyden, 1968, p. 204.  
139 Ver supra sección f.6, lo cual es exacto, ya que si se dudara de la obligatoriedad fundamental de las normas comunes, cualquier sistema caería por su base.  
140 MONACO: op. cit., p. 205.

DADA NO SE PRESUME. EN OTRAS PALABRAS, SE DEBE APORTAR LA PRUEBA DE QUE LA REGLA PERTENECE AL IUS COGENS Y QUE ES, EN TANTO QUE ELLA MISMA, IMPERATIVA (141).

SE PERCATA DE QUE LA NOCIÓN DE IUS COGENS ROMPE CON EL DOGMA DE LA VOLUNTAD ESTATAL; Y QUE EN NUESTROS DÍAS ESTA EN PROCESO DE CONSOLIDACIÓN, POR LO QUE SE DEBE RECURRIR A UNA NOCIÓN PARALELA, YA ARRAIGADA -AFIRMA- DESDE HACE TIEMPO: EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL. LAS EVIDENTES CONEXIONES ENTRE ÉSTE Y LAS NORMAS TAXATIVAS, FACILITA LA ARDUA LABOR DE DEFINIR LO QUE SE DEBE ENTENDER POR IUS COGENS (142). EN LA MEDIDA EN QUE SE EXTIENDA Y ACEPTE LA IDEA DE LA EXISTENCIA DE UN CONJUNTO DE REGLAS UNIVERSALMENTE VÁLIDAS, FUERA DE TODA RELACIÓN CONVENCIONAL, SE IRÁ PRECISANDO LOS LÍMITES DE LA CATEGORÍA NORMATIVA - CONOCIDA COMO IUS COGENS. AFIRMA QUE LAS NORMAS QUE GARANTIZAN LA ESTABILIDAD DEL ORDEN INTERNACIONAL PERTENECEN A ELLA, Y QUE CONSECUTIVAMENTE ESTAN POR ENCIMA NO SÓLO DE CUALQUIER CONVENCIÓN, TAMBIÉN DE CUALQUIER COMPORTAMIENTO DE LOS ESTADOS QUE CONTRAVENGA LOS PRINCIPIOS DE UNIVERSAL RECONOCIMIENTO DE NATURALEZA MORAL Y HUMANITARIA (143).

POR ÚLTIMO, APORTA UNA SERIE DE IDEAS QUE PODRÍAN REPRESENTAR LAS TENDENCIAS DOCTRINALES QUE EL PROPIO MONACO RECONOCE Y AGRUPA, RESPECTO DEL CONTENIDO MATERIAL DE LAS NORMAS INTERNACIONALES PERENTORIAS, A SABER:

- AQUELLAS QUE TIENDAN A PROTEGER A LA COMUNIDAD INTERNACIONAL EN SU CONJUNTO,
- AQUELLAS QUE SEAN INDISPENSABLES PARA LA VIDA INTERNACIONAL SIEMPRE QUE ESTEN PROFUNDAMENTE ENRAIZADAS EN LA CONCIENCIA DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL,
- AQUELLAS QUE CONFORMEN UN MINIMUM DE NORMAS NECESARIAS A FIN DE QUE LAS RELACIONES INTERNACIONALES NORMALES DE PUEDAN DAR,
- AQUELLAS QUE EXPRESEN Y SATISFAGAN LAS EXIGENCIAS SOCIALES DE MÁS ALTO GRADO, DEL CONJUNTO DE LAS NACIONES (144)

141 Ibid., p. 206.

142 Cfr. *ibid.*, p. 208.

143 Cfr. *ibid.*, p. 207.

144 Cfr. *ibid.*, p. 208.

1.35 EL TRABAJO DE KEARNEY Y DALTON, ADEMÁS DE SER UN RESUMEN - PORMENORIZADO DEL DESARROLLO DE LAS SESIONES DE LAS CONFERENCIAS DE 1968 Y 1969, OFRECE ALGUNAS OPINIONES ORIGINALES QUE MERECE TENERSE EN CUENTA, SOBRE TODO AL ESTABLECER LOS PUNTOS DE VISTA DE LAS DOCTRINAS NACIONALES SOBRE CUESTIONES PARTICULARES.

SEÑALAN LOS AUTORES QUE TRAS LA DISCUSIÓN DE LOS ARTÍCULOS QUE REGULAN LOS VICIOS DEL CONCENTIMIENTO, QUE SON DEL 48 AL 52, LAS DELEGACIONES ASISTENTES A LA CONFERENCIA DE 1969 PROCEDIERON A PONDERAR EL NUMERAL 53, AL QUE CALIFICAN DE UNO DE LOS MÁS CONVORTIDOS QUE HAYA PRODUCIDO LA CDI (145).

AÚN CUANDO NO CRITICAN DIRECTAMENTE SU FORMULACIÓN FINAL Y POSIBLES ALCANCES, CONSIDERAN QUE ES UN DESARROLLO MUY RECIENTE PARA JUZGAR SU EFECTIVIDAD. APUNTA QUE EXISTE UN ANTECEDENTE 'OFICIAL' EN UN DOCUMENTO ELABORADO POR EL GOBIERNO DE ESTADOS UNIDOS, ESPECIFICAMENTE EN LA SECCIÓN 116 DEL RESTATEMENT OF THE FOREIGN RELATIONS OF THE UNITED STATES (INFORME DE LAS RELACIONES EXTRANJERAS DE LOS ESTADOS UNIDOS), EN LOS SIGUIENTES TÉRMINOS

...UN ACUERDO INTERNACIONAL DEBERÁ SER CONCLUIDO RESPECTO DE CUALQUIER MATERIA EXCEPTO HASTA EL PUNTO EN QUE DICHO - ACUERDO ESTÉ EN CONFLICTO CON:

A) LAS REGLAS DE DERECHO INTERNACIONAL QUE INCORPOREN REGLAS BÁSICAS DE CONDUCTA INTERNACIONAL (146)

DICHO DOCUMENTO PODRÍA HACER LAS VECES DE RECOPIACIÓN DE LAS POLÍTICAS OFICIALMENTE ACEPTADAS. DE CUALQUIER MANERA NO ACLARA QUE SE ENTIENDE POR REGLAS BÁSICAS DE CONDUCTA INTERNACIONAL, O SI AL CASO SE HA DEFINIDO INTERNAMENTE.

EN OTRA PARTE DE SU ESTUDIO, SOSTIENEN QUE EL MAYOR LOGRO - SUSTANCIAL DE LA CONVENCION DE 1969 ES:

...LA PREVISIÓN DE UN MECANISMO PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS ENTRE LAS FUERZAS DE ESTABILIDAD Y DE CAMBIO. CODIFICAN DO LA DOCTRINA DEL IUS COGENS Y DE REBUS SIC STANTIBUS, LA

145 Cfr. KEARNEY, Richard y Robert Dalton: "Treaty on Treaties", AJIL, Vol. 64, N°. 3, Washington, 1970, p. 535.

146 Ibid., p. 557.

CONVENCIÓN PROPORCIONA UN MARCO PROCEDIMENTAL PARA EL CAMBIO, EN UNA FORMA ORDENADA (147)

ES IMPORTANTE DESTACAR QUE NO DESCONTEXTUALIZAN AL ARTÍCULO 53 - COMO OTROS AUTORES, SINO QUE ESTIMAN QUE LA NOCIÓN DE IUS COGENS ESTA REPARTIDA EN UNA SERIE DE ARTÍCULOS, COMO YA HEMOS VISTO, - ALGUNOS DE ELLOS DE CARÁCTER ADJETIVO.

EN QUE LA CIJ HAYA SIDO INVESTIDA DE JURISDICCIÓN (OBLIGATORIO O NO) PARA DIRIMIR LOS CONFLICTOS SURGIDOS DE LA INTERPRETACIÓN O APLICACIÓN DE NORMAS TAXATIVAS:

REFLEJA UNA INCLINACIÓN POR PARTE DE MUCHOS ESTADOS, QUE HAN MOSTRADO PREOCUPACIÓN POR [LA ACTUACIÓN DE] LA CORTE - EN 1966, PARA RECONOCER SU SEÑALADA IDONEIDAD COMO FORO PARA LA RESOLUCIÓN DE DISPUTAS RELACIONADAS CON EL IUS COGENS -ÚNICO PRINCIPIO QUE PRESENTA EL PUNTO BÁSICO EN EL DESARROLLO DE UNA NORMA MUNDIAL DE DERECHO- (148).

A MAYOR ABUNDAMIENTO, CON RAZÓN CONCLUYEN QUE EL PROCEDIMIENTO DELINADO POR LA CONVENCIÓN DE 1969, ES UN ELEMENTO ESENCIAL - PARA MANTENER LA ESTABILIDAD DE LAS INSTITUCIONES CONVENCIONALES, Y AÚN PARA SU DESARROLLO ULTERIOR, COMO SUCEDIÓ CON LA ACTUAL CONVENCIÓN DE 1986.

1.36 EN OPINIÓN DE ROBERTO AGO, LA EXISTENCIA DE NORMAS IMPERATIVAS ES COMÚN A TODOS LOS SISTEMAS JURÍDICOS INTERNOS YA DESARROLLADOS; Y NO ES AJENA POR CIERTO, A LA DOCTRINA DE EMINENTES IUS INTERNACIONALISTAS COMO ANZILOTTI, QUIEN RECONOCIÓ EN 'EL RESPETO A LA VIDA DE LOS PRISIONEROS DE GUERRA' UNA NORMA IMPERATIVA.

147 Cfr., *ibid.*, p. 561. Desafortunadamente sólo lo citan así: *Official Records. First Session*, pp. 328-329, sin fecha ni lugar de edición. Es posible conjeturar que se trata del reporte de la delegación estadounidense a la Conferencia de 1969.

148 *Ibid.*

AÚN ANTES DE LA PRIMERA GUERRA MUNDIAL, ANZILOTTI SOSTUVO ESTE PUNTO DE VISTA EN VARIOS TRABAJOS, A SABER: 1° EN UN ARTÍCULO INTITULADO 'IN TORNO AGLI AFFETTI DELLE MODICHE DEL CORSO DI UN Fiume SUL CONFINE FRA DUE STATI'(149) PUBLICADO EN LA REVISTA DE DIRITTO INTERNAZIONALE, DURANTE 1914, Y 2°. EN SU TEXTO 'CORSO DI DIRITTO INTERNAZIONALE' EDITADO EN ROMA, HACIA 1928 (150). POR LO TANTO, EL CONCEPTO DE IUS COGENS INTERNACIONAL:

ESTA LEJOS DE TENER EL CARÁCTER CASI REVOLUCIONARIO QUE ALGUNOS HAN QUERIDO CONFERIRLE (151) .

EL QUE AHORA SE CUENTE CON UNA NOCIÓN CLARA DEL DERECHO INDEROGABLE Y CON NUMEROSAS NORMAS DE ESTE TIPO EN LAS LEGISLACIONES LOCALES, NO SIGNIFICA QUE YA ESTE ACABADO SU PROCESO DE CREACIÓN, AL CONTRARIO:

DENTRO DE LOS MISMOS SISTEMAS JURÍDICOS ESTATALES, LA DETERMINACIÓN DEL CONJUNTO DE REGLAS QUE TIENEN LA NATURALEZA DE IUS COGENS NO HA SIDO REALIZADA DE UN VEZ POR TODAS DESDE UN PRINCIPIO; HA SIDO EL RESULTADO DE UN LARGO PROCESO QUE SE HA DESARROLLADO EN LA PRÁCTICA, CON LA AYUDA DETERMINANTE DE LA JURISPRUDENCIA (152).

POR OTRA PARTE, OPINA AGO QUE ES UN VERDADERO ÉXITO PARA LOS PARTIDARIOS DEL DESARROLLO PROGRESIVO DEL D.I., EL QUE SE HAYA ENCONTRADO UNA FÓRMULA, EL ARTÍCULO 53 DE LA CONVENCIÓN DE 1969, ACEPTADA POR LA MAYORÍA DE LOS DELEGADOS A LAS CONFERENCIAS PRELIMINARES, QUIENES POR CIERTO, EN SUS MÚLTIPLES INTERVENCIONES NO NEGARON EXPRESAMENTE LA EXISTENCIA O CONVENIENCIA DE NORMAS DE IUS COGENS INTERNACIONAL. EN SU CONCEPTO LAS DISCUSIONES EN TORNO DE LOS ARTÍCULOS 53 Y 64, OBEDECIERON MÁS AL TEMOR DE QUE ALGÚN ESTADO ABUSARA DE SU DERECHO, EN UN MOMENTO DADO, QUE A LA IMPRECISIÓN U OBSCURIDAD DEL CONTENIDO DE LA INSTITUCIÓN (153)

149 'En torno de los efectos de la modificación del curso de un río en las fronteras de los Estados'.

150 Cfr. AGO, Roberto: "Droit des Traités a la Lumière de la Convention de Vienne", RC, Tomo 134, Leyden, 1972, p.321.

151 Ibid.

152 Ibid., p. 322.

153 Cfr. ibid., p. 320.

§.37 T.O. ELIAS, A QUIEN YA HEMOS CITADO EN EL PRESENTE TRABAJO, REALIZÓ UN EXÁMEN, SI BIEN APRETADO NO POR ELLO INCOMPLETO, DE - LOS PUNTOS MÁS SOBRESALIENTES DE LOS DEBATES SUCITADOS DURANTE - LAS CONFERENCIAS DE 1968 Y 1969, RESPECTO AL DERECHO DE LOS TRATADOS, EN ESPECIAL DE LOS ASPECTOS PROCESALES A LOS QUE SE SUJETARÁ CUALQUIER RECLAMACIÓN POR VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS REFERENTES AL IUS COGENS EN LA CONVENCIÓN DE 1969. RESPECTO A LA PRETENDIDA JURISDICCIÓN OBLIGATORIA DE LA CIJ, SEÑALA :

LA OPINIÓN INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEA NO ESTABA LISTA PARA ACEPTAR LA MAQUINARIA COMPULSORIA DE ARREGLO PACÍFICO - DE LAS CONTROVERSIAS (154)

Y POR ELLO, SE PREFIRIÓ SER FLEXIBLE Y PERMITIR QUE LAS PARTES EN UNA CONTROVERSIA DE ESTE TIPO, PUEDAN AGOTAR EL PROCEDIMIENTO CONTENIDO EN LOS ARTÍCULOS 65 Y 66 DE LA PROPIA CONVENCIÓN, ADEMÁS DE QUE LA DECISIÓN DE LA CDI LOS SOUTH WEST AFRICA CASES (LIBERIA Y ETIOPÍA VS. SUDÁFRICA), TOMADA EL 1966, AÚN ESTABA FRESCA EN LAS CONCIENCIAS AFRICANAS LO CUAL, COMO ES OBVIO, NO FABO RECIO A LA CORRIENTE QUE PROPONÍA LA JURISDICCIÓN OBLIGATORIA DE LA CORTE (155).

DE SU ESTUDIO VALE LA PENA RESCATAR LAS OPINIONES INDIVIDUALES DE LOS JUECES SCHUCKIG Y LORD McHAIR EN EL CASO OSCAR - CHINN, RESUELTO POR EL TRIBUNAL PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL EN LA DÉCADA DE LOS TREINTA, Y QUE COMENTAREMOS EN SU MOMENTO (156). ASIMISMO, NOS PERMITE CONOCER LA CONCLUSIÓN A LA QUE LOS ESPECIALISTAS LLEGARON DURANTE LA CONFERENCIA CELEBRADA EN LAGONISSI, EN 1966, CONSAGRADA AL 'CONCEPTO DE IUS COGENS EN DERECHO INTERNACIONAL', QUE AFIRMA QUE :

LA EXISTENCIA DE REGLAS PERENTORIAS EN DERECHO INTERNACIONAL NO PUEDE DUDARSE POR MÁS TIEMPO (157)

154 ELIAS, T.O.: Op. cit., p.312.

155 Cfr. *ibid.*, p. 398. Lo cual es aplicable también a la Convención de 1986.

156 Ver *infra* sección f.58 .

157 ELIAS, T.O.: Op. cit., p.397



1.38 PAUL DE VISSCHER AFIRMA QUE EL CONCEPTO DE IUS COGENS, TAL COMO FUE INCLUIDO EN LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1969, ES DECIR, COMO CAUSAL DE NULIDAD DE LOS TRATADOS, MARCARÁ UN HITO INNEGABLE EN LA EVOLUCIÓN DEL .D.I. (158). DESDE LA CREACIÓN DE LOS ESTADOS ANÓNIMOS, LEGALES Y SOBERANOS PRODUCTO DEL RENACIMIENTO Y DE LA MENGUA DE LA PREENMINENCIA DEL PAPADO A FINALES DE LA EDAD MEDIA-EL TRATADO, EXPRESIÓN DE LA OMNIPOTENTE VOLUNTAD ESTATAL, SE COM VIRTIO EN EL MODELO INCUESTIONABLE DE LICITUD, AL GRADO DE QUE, SEGÚN NUESTRO AUTOR, PERMITIÓ ESCRIBIR A JELLINEK:

CUALQUIER ACTO ILÍCITO...PODRÍA SER ELEVADO AL RANGO DE DERECHO SI SE HICIERE OBJETO DE UN TRATADO(159)

POR ELLO, MUCHOS IUSNATURALISTAS HAN INTENTADO, SIN BUEN ÉXITO, Oponer a tan aplastante afirmación las enseñanzas del derecho - natural objetivo y laico, las cuales podrían sostenerse en el - plano de la moral, pero no en el terreno de la práctica jurídica; ELLO POR FALTA DE UN ÓRGANO INVESTIDO DE JURISDICCIÓN OBLIGATORIA Y EFECTIVA (160). NIEGA EL AUTOR QUE SE PUEDA ENCONTRAR ANTECEDENTE DIPLOMÁTICO O ARBITRAL, EN FAVOR DE LA NOCIÓN DE IUS COGENS, ANTES DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL(161), SIN EMBARGO, LA ACTITUD GENERAL SE HA MODIFICADO GRACIAS A:

LA CORRIENTE PERSISTENTE EN FAVOR DE UNA DOCTRINA DEL DERECHO NATURAL, EL DESCONCIERTO DE LAS CONCIENCIAS FRENTE A LOS HORRORES DE LA GUERRA Y LA BRUSCA IRRUPCIÓN EN LA ESCENA INTERNACIONAL DE NACIONES SUBDESARROLLADAS Y DE ANTIGUOS PUEBLOS COLONIZADOS (162)

Y CLARO ESTA, SE ATACA POR VARIOS FRENTEs, EN NUESTRA OPINIÓN, NI LOS INTERNACIONALISTAS REPRESENTANTES DE LA RENOVADA CORRIEN

- 158 DE VISSCHER, Paul: "Cours Général de Droit International Public", RC, Tomo 136, Leyden, 1972, pp. 102 y ss.
- 159 Cfr. JELLINEK: Die Rechtliche Natur des Staatenverträge, p. 59 citado - ibid., p. 102.
- 160 Cfr. ibid. Esta es una clara referencia a Vattel, a quien cita más adelante para desaprobár su idea de que la falta de vigencia de un tratado inmorál es un límite objetivo a la libertad de contratar.
- 161 Los importantes votos particulares del juez Schücking en los casos - ambrosio (1972) y oscar chiné (1977), pese a ser motivos evocativos de que se reconociera la existencia de un ius cogens internacional, no los considera como antecedente jurisprudencial. Cfr. ibid., p.103.
- 162 Ibid.

TE IUSINTERNACIONALISTA, NI LOS MILLONES DE AFECTADOS POR LAS - GUERRAS SIN NÚMERO, NI LOS PUEBLOS RECIENTE INDEPENDIZADOS, TIENEN NADA QUE PERDER Y SI MUCHO QUE GANAR CON EL SIMPLE RECONOCIMIENTO DE LA VIGENCIA DE DERECHOS SUBJETIVOS QUE POR SU IMPORTANCIA SON INDEROGABLES, FRENTE A LA FRÍA RAZÓN DE ESTADO -CONTINÚA DE VISSCHER- LAS IDEAS DE JUSTICIA, SOLIDARIDAD Y HUMANISMO QUE HAN GENERADO ESE CAMBIO DE MENTALIDAD, HAN PROLIFERADO INTERNAMENTE E INTERNACIONALMENTE, TODO LO CUAL ENCUENTRA ECO:

EN LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS, EN EL ENJUICIAMIENTO DEL TRIBUNAL DE NURENBERG Y EN NUMEROSAS DECLARACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS; SE EXTIENDEN TAMBIÉN HASTA CIERTAS - DECISIONES DE LA CIJ QUE HASTA LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL NO ACOSTUMBRÓ A HACER REFERENCIA A "CONSIDERACIONES ELEMENTALES DE HUMANIDAD" A "PRINCIPIOS QUE OBLIGAN A LOS ESTADOS AÚN FUERA DE TODO VÍNCULO CONVENCIONAL" AL "INTERÉS - DE LA HUMANIDAD EN GENERAL" O AÚN A " LA MISIÓN SAGRADA DE CIVILIZACIÓN" (163)

PERO ESTE PANORAMA GENERAL NO AGOTA EL CASO PARTICULAR DEL DERECHO DE LOS TRATADOS, PARA LO CUAL EL AUTOR CITA LOS SIGUIENTES PRECEDENTES :

EN EL PLANO MÁS PARTICULAR QUE NOS OCUPA, EL DE LA NULIDAD DE LOS TRATADOS, SE REVISARÁN EN LA PRÁCTICA DIPLOMÁTICA, LAS RELACIONES QUE PROCLAMA EL ACUERDO DE MÚNICH, AL IGUAL QUE LAS CLÁUSULAS DEL TRATADO DE PAZ DE 1947, QUE CONSTATA LA NULIDAD DE LOS ACUERDOS IMPUESTOS A ALBANIA POR ITALIA. SIMULTANEAMENTE, LA NOCIÓN DE IUS COGENS APARECIÓ DENTRO DE CIERTAS DISTINCIONES INTERNAS... ESPECIALMENTE UNA DE UN TRIBUNAL MILITAR AMERICANO QUE, EN EL ASUNTO KRUPP, ESTIMÓ QUE SI SE HABÍA PODIDO ESTABLECER QUE UN ACUERDO - HABÍA SIDO CONCLUIDO ENTRE FRANCIA OCUPADA Y ALEMANIA, A FIN DE AUTORIZAR EL SOMETIMIENTO DE PRISIONEROS A TRABAJOS

163 Ibid., p. 104. Las referencias a las decisiones de la CIJ son: Asunto del Estrecho de Corfú, CIJ Recueil 1949, p. 22; Asunto de las Reservas a la Convención sobre la Prevención y el castigo del crimen de Genocidio, CIJ Recueil, 1951, p. 23; Asunto del Estatuto del Sud-oeste Africa no, CIJ Recueil, 1950, y 1962, p. 343; respectivamente.

FORZADOS EN FÁBRICAS DE ARMAMENTOS; PARECIA LÓGICO QUE SE LE DEBÍA TENER POR NULO SEGÚN EL DERECHO DE GENTES YA QUE CONTRARÍA LAS BUENAS COSTUMBRES...AUNQUE SE HAYA CONCLUIDO QUE EN LA ESPECIE NO EXISTIÓ UNA NORMA PARTICULAR DE IUS COGENS (164)

ASÍ PUES, EL IUS COGENS PAULATINAMENTE ESTA SIENDO ACEPTADO POR EL DERECHO POSITIVO, DE MANERA PARCIAL SI SE QUIERE POR QUE SE CIRCUNSCRIBE AL DERECHO DE LOS TRATADOS.

SI ES APLICADA LITERALMENTE LA CONVENCIÓN DE 1969, ÉSTA SÓLO RIGE A AQUELLOS ACUERDOS INTERESTÁTICOS CELEBRADOS POR ESCRITO; INTERPRETACIÓN QUE RECHAZA DE VISSCHER ARGUMENTANDO QUE LA NOCIÓN DE IUS COGENS NO FUÉ CREADA POR LA CONVENCIÓN MISMA (165).

PASANDO A OTRO PUNTO, EL AUTOR ACEPTA COMO POSIBLE TÉCNICAMENTE, EL RECONOCER UN IUS COGENS REGIONAL, A CONDICIÓN DE QUE UNA NORMA DE ESTE CARÁCTER NO CONTRAVENGA A UNA GENERAL DE SIMILAR NATURALEZA. LA CONVENCIÓN DE 1969, DADA LA VAGUEDAD CON QUE TRATA LA FUGURA NO PUDO PREVERLO, POR LO MISMO. EXISTEN SERIOS PROBLEMAS RESPECTO DEL TRATAMIENTO QUE SE DEBE DAR A LOS ACTOS UNILATERALES DE LOS ESTADOS, A LA LUZ DEL IUS COGENS; Y SI SE QUIERE SER EXHAUSTIVO, VALDRÍA LA PENA PREGUNTARNOS LO PROPIO RESPECTO DE LOS ACTOS UNILATERALES DE OTROS SUJETOS DE D.I., LA OPCIÓN DE VISSCHER ES QUE

SI EL IUS COGENS PRESENTARA ALGUNA RELACIÓN CON LA MATERIA

164

Ibid., p.104.

165

Cfr. *ibid.*, p. 105. especialmente la nota 84. Por otra parte, con base en el artículo 3 b) de la Convención de 1969, debe reglamentar todo acuerdo que se de entre Estados

ART 3. El hecho de que la presente Convención no se aplique ni a los acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otros sujetos de derecho internacional o entre otros sujetos de derecho internacional, ni a los acuerdos internacionales no celebrados por escrito, no afectará:

...

b) a la aplicación de los mismos de cualquiera de las normas enunciadas en la presente Convención a que estuvieren sometidos en virtud del derecho internacional independiente de esta Convención.

con la Convención de 1986, se amplía la posibilidad del *ius cogens* convencional, dentro del ámbito de validez de esta última.

DE LOS VERDADEROS ACTOS UNILATERALES, ES EN LA MEDIDA EN -  
QUE ESTOS ACTOS SE SITUEN EN LA ÓRBITA DE LOS TRATADOS (166)

Y AÚN AGREGA UN EJEMPLO HIPOTÉTICO AL CUAL VALE LA PENA REFERIRSE; SI UN TRATADO ENUNCIÁ UNA NORMA DE IUS COGENS Y UNA DE LAS PARTES LA HA INVOCADO EN EL EJERCICIO DE SU DERECHO, OTRO ESTADO FIRMANTE NO PODRÁ JUSTIFICAR SU DESCONOCIMIENTO, INCUMPLIMIENTO O RECHAZO A TÍTULO DE REPRESALIA; LO CUAL ES SUMAMENTE EVIDENTE EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. CONFORME A LA ACTUAL REGULACIÓN DEL IUS COGENS LO TRANSCRITO ES IRREVATIBLE, SIN EMBARGO, EL IUS COGENS - REFERIDO AL DERECHO DE LOS TRATADOS ES SÓLO UNA PARTE DEL CONJUNTO DE NORMAS INDEROGABLES QUE CONFORMAN EL ÓRDEN PÚBLICO INTERNACIONAL, POR LO TANTO, NOS PARECE QUE CUALQUIER ACTO UNILATERAL QUE - PRODUZA EFECTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES, AÚN SI ES RECHAZADO POR UN SUJETO DE ALGÚN DERECHO INTERNO, DEBE SER VALORADO CONFORME AL REFERIDO ÓRDEN PÚBLICO, ESTÉ O NO EN CONEXIÓN CON UNA NORMA CONVENCIONAL.

AHORA BIEN, SUGIERE DE VISSCHER DISTINGUIR CUIDADOSAMENTE EL ORIGEN DE LA NULIDAD QUE SE DECLARE SOBRE UN TRATADO, ES DECIR, DISCRIMINAR ENTRE EL HECHO DE QUE UNA CONVENCIÓN CONTRAVENGA UNA NORMA DE IUS COGENS, Y EL DE LA INOBSERVANCIA MISMA DE DEL TRATADO. AMBOS CASOS SON SUSCEPTIBLES DE CONFUNDIRSE EN LA PRÁCTICA (167) TODA VEZ QUE PODRÍA PRODUCIRSE UNA NULIDAD IDÉNTICA EN SUS CONSECUENCIAS (168), PERO FUNDAMENTALMENTE DISTINTA EN SU RATIO IURIS; CON BASE EN ESTOS CASOS LÍMITE, CONCLUYE MUY SAGAZMENTE

EN EFECTO, UNA NORMA DE IUS COGENS NO ES TODA NORMA DE LA CUAL ESTÁ PROHIBIDA SU DEROGACIÓN SO PENA DE NULIDAD (169)

ELLO DEMUESTRA UNA VEZ MÁS, QUE HAY QUE ATENDER PRIMORDIALMENTE AL CONTENIDO DE LA NORMA, PARA DESCUBRIR SU CARÁCTER Y JERARQUÍA,

166 Ibid., p. 105.

167 Un caso de inobservancia podría ser aquél en el que dos Estados, partes en un tratado multilateral, traten de derogarlo de sus relaciones bilaterales mediante un acuerdo mutuo, sin haber denunciado aquél. Cfr. *ibid.*, p. 106.

168 Es evidente que el autor se refiere aquí, a la nulidad producida por el *ius cogens* precedente (artículo 53), que tiene efectos *ex nunc*.

169 DE VISSCHER, Paul: *Op. cit.*, p. 106.

EN OTRAS PALABRA, LOS RAZGOS PROPIOS DE LA POSITIVIDAD DE LA NORMA SIN DUDA AYUDAN A ESTA TAREA, MÁS NO LA DETERMINAN. A LA INCOGNITA QUE SE PLANTEA SOBRE EL CRITERIO QUE HA DE USARSE PARA DISTINGUIR UNA NORMA TAXATIVA DE D.I., EL AUTOR RESPONDE:

LO QUE CONFIERE A UNA NORMA SU CARÁCTER ESPECÍFICO DE IUS COGENS, NO ES NI UN FACTOR TEMPORAL, NI UN FACTOR CUANTITATIVO, MÁS BIEN UN FACTOR CUALITATIVO DE ORDEN ÉTICO (170)

LO ANTERIOR ES VÁLIDO EN PRINCIPIO, PARA LAS NORMAS ENUNCIADAS EN UN TRATADO, Y ES EXCESIVO PARA LAS QUE SE FUNDAN EN UNA -- COSTUMBRE O EN UN PRINCIPIO GENERAL DE DERECHO. ADEMÁS, UNA NORMA ORDINARIA DE D.I. GENERAL, SIN IMPORTAR SU FUENTE GENERADORA, PUEDE ACCEDER A LA CATEGORÍA --SUPERIOR AL PARECER-- DE NORMA IMPERATIVA, QUE CONYEVA UN COEFICIENTE MORAL DURANTE SU VIDA POSITIVA; DEL MISMO MODO QUE LA PUEDE PERDER, ES DECIR, A TRAVÉS DE UN JUICIO DE VALOR QUE LEGITIME TAL COEFICIENTE, FORMULADO EN EL SENO DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL (171), EL CUAL ES UNA ESPECIE DE OPINIO IURIS QUE ENTRAÑA LA PROHIBICIÓN DE DEROGAR LAS NORMAS IMPERATIVAS Y NO TANTO LA OBLIGACIÓN DE OBSERVARLAS, COMO SUCEDER EN LA OPINIO IURIS COMÚN RESPECTO DE CUALQUIER NORMA CONSUEUDINARIA. A NUESTRO PARECER, AQUELLA OPINIO ASOCIADA A LAS NORMAS IMPERATIVAS, IMPLICA TAMBIÉN EN CONCEPTO TRADICIONAL DE OPINIO IURIS SIVE NECESSITATIS.

DE LO ANTERIOR DEDUCE EL AUTOR QUE LA CALIDAD DE IUS COGENS ES UN HECHO PSICOLÓGICO (172) Y COMO TAL LA VOLUNTAD LISA Y LLANA -- DE LOS ESTADOS NO ES SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR QUE TAL CATEGORÍA SE OTORQUE INJUSTIFICADA E INDISCRIMINADAMENTE A UNA NORMA SIN IMPORTANCIA O, AL CONTRARIO, QUE SE LE PRETENDA NEGAR A AQUELLAS QUE SEAN DE UNA IMPORTANCIA TORAL PARA EL SISTEMA JURÍDICO INTERNACIONAL, EN UN MOMENTO DADO. POR OTRA PARTE, TODO TRATADO IMPLICA UNA

170 Ibid.

171 Anticipando cualquier recriminación, de Visscher deja sentado que De la misma manera que una costumbre no requiere una adhesión unánime, igual, el sentimiento característico que debe producir una norma para ser elevada al rango de norma de ius cogens no debe ser unánime.

Cfr., *ibid.*, p. 107, nota 92

172 Cfr., *ibid.*, p. 107.

NEGOCIACIÓN POLÍTICA PREVIA, SOBRE SU CONTENIDO Y SOBRE LOS TÉRMI-  
NOS EN QUE ÉSTE SE EXPRESARÁ; ES MOTIVO DE RESERVAS, Y SU VALIDEZ  
ESTÁ SUJETA A RATIFICACIÓN Y ADHESIÓN; ES PUES, RESULTADO DE UN A  
CUERDO DE VOLUNTADES Y POR LO MISMO, LA CONVENCION DE 1969 -AL I-  
GUAL QUE LA MÁS RECIENTE DE 1986- AL SER PRECISAMENTE UN TRATADO,  
NO PUEDE CREAR SINO RECOGER, CONSTATAR LA PRESENCIA DE UN NUEVO E  
LEMENTO ESTRUCTURAL DEL D.I., EL IUS COGENS (173)

AL ICUAL QUE ÉSTE, OTROS CONCEPTOS COMO: ÓRDEN PÚBLICO, -  
BUENAS COSTUMBRES, BUENA FE, ABUSO DEL DERECHO, ETC.;

CONSERVAN UNA CIERTA DÓSIS DE ARBITRARIEDAD. PARA PALIAR -  
ÉSTO NO HAY OTRO REMEDIO QUE EL CONFÍAR EN EL MANEJO DE DI-  
CHOS CONCEPTOS EXPLOSIVOS A UN ÓRGANO ÚNICO, BENEFICIARIO  
DE LA CONFIANZA DE LOS MISMOS [SUJETOS] PARA LOS CUALES SE  
TRATA DE DEFENDER LAS CONCEPCIONES ÉTICAS Y JUSTIFICAR VI-  
SIBLEMENTE LA CONFIANZA POR SUS CUALIDADES DE REPRESENTA-  
TIVIDAD, DE INDEPENDENCIA Y DE IMPARCIALIDAD (174)

DE LO CUAL NO ESTUVIERON EXENTOS LOS SISTEMAS INTERNOS, CADA CUAL  
EN SU MOMENTO (175). CABE SEÑALAR QUE DE VISSCHER CONSIDERA LA ANA-  
LOGÍA QUE SUGIERE LA NOCIÓN DE IUS COGENS INTERNACIONAL Y ÓRDEN -  
PÚBLICO -COMO SE ENTIENDE EN LOS SISTEMAS LOCALES- COMO VÁLIDA; -  
SUS DIFERENCIAS SE DERIVAN ESENCIALMENTE DE LAS PARTICULARIDADES  
TÉCNICAS PROPIAS DE CADA ÓRDEN JURÍDICO PERO NO POR ANTAGONISMO DE  
FONDO (176).

LA CDI PRIMERO, Y POSTERIORMENTE LAS CONFERENCIAS DE 1968 Y  
1969, FUERON INTEGRADAS POR MIEMBROS CONSIENTES DE LA NECESIDAD -  
DE PREVER UN PROCEDIMIENTO PARA VERIMIR LAS DIFERENCIAS SURGIDAS

173 Cfr. *ibid.*, p. 108.

174 *Ibid.*

175 Ya lo hemos dicho en otra sección de este trabajo, la interpretación -  
jurisdiccional en mucho contribuye a definir el alcance de tan delicada  
materias; sin embargo, no repugna a la conciencia jurídica esta ta-  
rea, gracias al aparato estatal que legitima el poder de formular di-  
chas interpretaciones para ciertos órganos.

176 Nos aclara este punto diciendo:

El orden público, se ha dicho, procede de la ley y no de la opinión  
de aquellos que le están sometidos...la observación es fundamen-  
talmente exacta pero no puede desconocer el hecho de que el legislador  
es el representante de los gobernados y que el juez, en defecto de

AL APLICAR EL PROCEDIMIENTO DESCRITO EN LOS ARTÍCULOS 65 Y 66 DE LA CONVENCIÓN DE 1969, Y QUE SE MANIFESTÓ DESDE LA DISCUSIÓN DE - LOS PROYECTOS DE ESTOS NUMERALES.

EL AUTOR CALIFICA A LA INTRODUCCIÓN DE TALES PRECEPTOS COMO VICTORIA PARA LA JURISDICCIÓN OBLIGATORIA, AUN QUE CRITICA POR ARTIFICIAL LA SEPARACIÓN DE LAS DIFERENTES CAUSAS DE NULIDAD DE LOS TRATADOS, Y DEJA PARA FUTURA RESOLUCIÓN EL PROBLEMA PROCEDIMENTAL QUE SE PLANTEARÍA CUANDO UN MISMO ACTO INVOLUCRE VARIAS DE AQUELLAS CAUSALES, SOBRE TODO CUANDO TENGAN ASIGNADOS DIFERENTES PROCEDIMIENTOS DE RESOLUCIÓN, DE IGUAL MANERA PREVE QUE SERÁ DIFÍCIL QUE EN TRATÁNDOSE DE DIFERENCIAS SURGIDAS POR LA APARICIÓN E INTERPRETACIÓN DE NORMAS DE IUS COGENS, LOS ESTADOS LES DEN SOLUCIÓN - PACÍFICA EXPONTÁNEA, POR LO QUE AL VERSE OBLIGADOS A ACUDIR FORZOSAMENTE AL ARBITRAJE O A LA CIJ, LA VIGENCIA DE LAS NORMAS TAXATIVAS TERMINE SIENDO LETRA MUERTA (177).

CONSIDERA EL AUTOR QUE LA NULIDAD DERIVADA DE LA INOBSERVANCIA DE UNA NORMA DE IUS COGENS, NECESARIAMENTE SERÁ ERGA OMNES, AÚN SI EL TRATADO FUERA MULTILATERAL (178), LO CUAL EN NUESTRA OPINIÓN, ES PERFECTAMENTE LÓGICO YA QUE LA INDEROGABILIDAD DE TALES NORMAS SE TRADUCE EN UNA PROHIBICIÓN QUE ENCUENTRA SU CORRELATIVO EN LA OBLIGACIÓN DE OBSERVARLAS IDEFECTIBLEMENTE.

PARA EL CASO DE LA NORMA DE IUS COGENS SUPERVENIENS (ARTÍCULO 64), EL AUTOR COINCIDE CON LA DOCTRINA GENERALIZADA QUE AFIRMA: LA NULIDAD, YA QUE PROCEDE DE LA SUPERIORIDAD DE LA NORMA DE IUS COGENS Y NO DE LA DECISIÓN DE UN JUEZ, QUE ES PURAMENTE DECLARATIVA, NO EQUIVALE A UNA SIMPLE ABROGACIÓN - EX NUNC (179)

---

las indicaciones prescritas por la ley, aplica los conceptos de órden público y de buenas costumbre, en función del espíritu de los tiempos

- 177 DE VISSCHER, Paul: op. cit., p. 108, nota 95.  
 Personalmente sostenemos que si bien es muy probable que así suceda, por lo menos hasta que los procedimientos descritos en los artículos citados sean habituales; esta circunstancia no afectará técnicamente la perfección jurídica de la norma que preve como sanción a su incumplimiento, la nulidad, es decir, su vigencia y positividad. La carencia de un monopolio ilícito de fuerza es, aceptando sin conceder, una imperfección del sistema jurídico que no debe subordinar el desarrollo técnico de ciertas normas en particular.
- 178 Cfr. DE VISSCHER, Paul: op. cit., p.110.

LE CORRESPONDE FIJAR AL ÁRBITRO O AL JUEZ DE LA CIJ, LA FECHA EN LA CUAL SURGIÓ LA NUEVA NORMA DE IUS COGENS Y, CONSECUENTEMENTE, DESDE LA CUAL EMPEZÓ A SURTIR EFECTOS LA NULIDAD LA CUAL, COMO - SABEMOS, TIENE EFECTO EX TUNC.

EN OTRA PARTE DE SU ESTUDIO, DE VISSCHER AFIRMA QUE ES VÁLIDO PENSAR QUE UNA COSTUMBRE INTERNACIONAL QUE TIENDA A RECONOCER CIERTOS DERECHOS HUMANOS COMO OBJETO DE NORMAS DE IUS COGENS, SE IRÍA FORMANDO CON BASE EN LOS PRECEDENTES QUE SIENTEN, LA FIRMA DE LOS DIFERENTES TRATADOS SOBRE LA MATERIA (180). HAY QUE DECIR - QUE SU ASERTO NO ES CATEGÓRICO, PERO ADMITE QUE, AÚN DE MANERA IRREGULAR POR LAS DIFERENTES CIRCUNSTANCIAS IMPERANTES EN CADA REGIÓN, SE NOTA UNA TENDENCIA CONTINUA Y PROGRESIVA PARA RECONOCER AL HOMBRE, CIERTOS DERECHOS SUBJETIVOS COMO PERSONA. PARA RESPALDAR SU DICHO, CITA LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CIJ, FORMULADA EL 3 DE MARZO DE 1928 EN EL CASO COMPÉTANCE DES TRIBUNAUX DE DANTZING, EN EL SENTIDO DE QUE UN TRATADO PUEDE VALIDAMENTE RECONOCER DERECHOS SUBJETIVOS AL INDIVIDUO (181). RECONOCE QUE AL IUS COGENS, HABIENDO ADQUIRIDO POSITIVIDAD MEDIANTE LA CONFERENCIA DE 1969, SÓLO LE RESTA HACERSE DE UN CONTENIDO MATERIAL POSITIVO.

AL HACER UN BALANCE DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS POR DICHO INSTRUMENTO, CONCLUYE QUE NO OBSTANTE SU FORMULACIÓN, DESDE EL PUNTO DE VISTA TÉCNICO JURÍDICO ÉSTA ADOLECE DE GRAVES DEFICIENCIAS, MISMAS QUE SON COMPENSADAS POR VARIOS LOGROS IMPORTANTES, A SABER: SE HA LOGRADO ATENUAR EL DOGMA DE LA SOBERANÍA IRRESTRICTA Y DE LA VOLUNTAD PREEMINENTE DE LOS ESTADOS; SE HA CONTRIBUIDO INDIRECTAMENTE AL ESTABLECIMIENTO -AL MENOS HIPOTÉTICO- DE LA JURISDICCIÓN OBLIGATORIA DE LA CIJ; SE HA RESPONDIDO FAVORABLEMENTE A LAS ESPECTATIVAS DE LOS ESTADOS JÓVENES Y DÉBILES, ETC. (182), SIN EMBARGO, SU MAYOR MÉRITO ES QUE :

ENTRE LA SEGURIDAD JURÍDICA PAGADA A PRECIO DE INJUSTICIA, REAL O ENCUBIERTA, Y LA JUSTICIA PAGADA A PRECIO DE UNA

179 Ibid. p. 110

180 Cfr. *ibid.*, p. 56.

181 Cfr. *ibid.*, nota 33. Creemos que es de interés el dato al que hacemos referencia y por ello rescatamos la cita del material original

182 Cfr. *ibid.*, p. 111.



CIERTA INSEGURIDAD JURÍDICA, LA CONVENCIÓN DE VIENA HA ESCOGIDO LA SEGUNDA SOLUCIÓN... LA CONSAGRACIÓN DEL IUS COGENS POR LA CONVENCIÓN DE VIENA, MUESTRA TAMBIÉN UN PROGRESO, PUEDE QUE SIMBÓLICO, PERO NO OBSTANTE CIERTO, DENTRO DE LA INTEGRACIÓN ESTRUCTURAL Y ÉTICO-JURÍDICA DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL (183).

§.39 EN SU ARTÍCULO, YA CITADO EN ESTE TRABAJO, EL AUTOR URUGUAYO ROBERTO PUCEIRO RIPOL EXPONE DE MANERA SUCINTA, TANTO LOS ORÍGENES DOCTRINARIOS DE LA INSTITUCIÓN, COMO LAS DISCUSIONES EN EL SENO DE LA CDI Y SUS PROPIAS OPINIONES (184).

COINCIDE CON OTROS IUSINTERNACIONALISTAS EN QUE EL DERECHO ROMANO YA MANEJÓ EL CONCEPTO DE NORMA IMPERATIVA, ASOCIADA ESPECIALMENTE AL DERECHO PÚBLICO, PERO NUNCA UTILIZÓ LA LOCUCIÓN IUS COGENS PARA DESIGNARLA. DEL MISMO MODO CONSTATA QUE NO SE HA DADO AÚN EL CASO DE QUE LA CIJ HAYA RESUELTO ALGÚN ASUNTO A ESE -- RESPECTO, AUNQUE SI EXISTE EN SU JURISPRUDENCIA Y EN LA DE SU ANTECESOR, EL TRIBUNAL PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, CIER TAS REFERENCIAS INDIRECTAS. RECORRE LAS OPINIONES MÁS SIGNIFICATIVAS QUE LA DOCTRINA HA PRODUCIDO, Y POR SUPUESTO LOS TRABAJOS DE LOS RELATORES DE LA CDI, PARA CONCLUIR QUE:

EL TEMA DE LAS NORMAS DE IUS COGENS ES TRADICIONALMENTE ESTUDIADO A PROPÓSITO DE LOS LÍMITES DE LA VOLUNTAD DE LOS ESTADOS AL CELEBRAR TRATADOS, PERO ES EVIDENTE QUE A ESTA ALTURA DEL DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL, DICHAS NORMAS IMPONEN LÍMITES A AQUELLOS, NO SÓLO EN SUS ACUERDOS SI NO TAMBIÉN EN SUS ACTOS UNILATERALES, HECHOS Y OMISIONES(185)

OPINA QUE EL ANÁLISIS QUE SE HAGA DE LA REALIDAD INTERNACIONAL RESPECTO DEL IUS COGENS DEBERÁ PARTIR DE D.I. Y NO DE ANALOGÍAS QUE APARENTEMENTE FACILITAN EL CAMINO HACIA SU COMPRENSIÓN PERO QUE EN REALIDAD LLEVAN A EQUÍVOCOS INSALVABLES. SOSTIENE QUE

183 Ibid.

184 Cfr. PUCEIRO RIPOL, Roberto: "Desarrollos Actuales del Ius Cogens: El - Fantasma Rompe su Hechizo", (Sobretiro), Revista Uruguaya de Derecho Internacional, N.º 3, 1976, pp. 49 y ss.

185 Ibid., p. 58.

LA REALIDAD CONTEMPORÁNEA DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES EVIDENCIA QUE LOS ESTADOS SE HAN ALEJADO, HASTA CIERTO PUNTO, DE LAS RELACIONES BILATERALES BÁSICAS, PARA CREAR CON SUS ACTOS UNA SOCIEDAD CUYAS CONEXIONES SON CADA VEZ MÁS COMPLEJAS, FORMALES Y VINCULANTES; LO CUAL TARDE O TEMPRANO CONLLEVA LA ADOPCIÓN DE FINES E INTERESES COMUNES QUE DEBEN SER GARANTIZADOS EN SU CUMPLIMIENTO, POR NORMAS IMPERATIVAS.

ESTA SITUACIÓN NOS LLEVA A DOS CONCLUSIONES, UNA DE CARÁCTER GENERAL, EL AVANCE QUE ESTÁ ALCANZANDO EL DERECHO INTERNACIONAL HACIA UN VERDADERO DERECHO COMUNITARIO. Y OTRA DE CARÁCTER ESPECÍFICO, POR ENCIMA DE LOS SISTEMAS SOCIALES, IDIOLÓGICOS, ECONÓMICOS Y JURÍDICOS, EL GRADO DE DESARROLLO, ORGANIZACIÓN E INTERDEPENDENCIA DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL, HA EXTERIORIZADO LA EXISTENCIA DE INTERESES Y VALORES VITALES Y COMUNES PARA LA REALIZACIÓN DE ELLA COMO TAL Y DE SU MIEMBROS, EN UN DETERMINADO ESTADIO HISTÓRICO DE SU EVOLUCIÓN (186)

PARA EL AUTOR, PUÉS, EL IUS COGENS INTERNACIONAL NO SÓLO ES UN CONJUNTO DE NORMAS OBLIGATORIAS E INDEROGABLES A TRAVÉS DE SIMPLES ACUERDOS BILATERALES, ÉSTAS ADEMÁS DEBEN TENER UN CONTENIDO DE PARTICULAR TRASCENDENCIA POR ELLO TODA NORMA INDEROGABLE PERTENECE AL IUS COGENS YA QUE, EN TODO CASO, ÉSTAS ÚNICAMENTE CUMPLEN CON EL REQUISITO FORMAL EXIGIDO A AQUELLA. DEDUCE ENTONCES QUE EXISTE UNA CLARA RELACIÓN JERÁRQUICA ENTRE LAS REGLAS IMPERATIVAS Y LAS DISPOSITIVAS, EN RAZÓN DEL CONTENIDO DE LAS PRIMERAS ASÍ COMO DE SU FORMA DE CREACIÓN Y, POR SUPUESTO, POR LA INDEROGABILIDAD QUE LAS CARACTERIZA. POR ELLO, LA IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS PERENTORIAS SE LOGRARÁ VINCULANDO SU MEDIO DE INTEGRACIÓN CON SU CONTENIDO PARTICULAR.

LA RELATIVA MUTABILIDAD Y DINAMISMO QUE SE CONFIRIÓ A LA FIGURA, DESDE SU REDACCIÓN PRELIMINAR, LA ALEJA DE CUALQUIER PARENTESCO CON EL DERECHO NATURAL CLÁSICO QUE AMENUDO SE MENCIONA CON OBJETO DE RESTARLE EFECTIVIDAD. RECONOCE LA NECESIDAD DE ESTUDIAR AL IUS COGENS DENTRO DEL MARCO DEL D.Í. GENERAL, YA QUE -

TODO INTENTO DE INTEGRAR NORMAS IMPERATIVAS REGIONALES SERÍA INFRUCTUOSO, TODA VEZ QUE LOS ÓRDENES DE ESTE TIPO ESTÁN CONSTITUIDOS CON NORMAS DE LIMITADA APLICACIÓN QUE ASPIRAN A TENER UNIVERSAL OBSERVANCIA.

COMENTANDO LA REDACCIÓN UTILIZADA POR LA CDI PARA EL ARTÍCULO 53, EN EL SENTIDO DE EXIGIR LA 'ACEPTACIÓN Y EL RECONOCIMIENTO' DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL EN SU CONJUNTO, ENCUENTRA QUE EN --NINGÚN CASO DEBE PENSARSE EN LA UNANIMIDAD PARA SATISFACER DICHA FÓRMULA, YA QUE LA INTENCIÓN DE LOS REDACTORES FUE APELAR, UN TANTO INDIRECTAMENTE, A LA REDACCIÓN DE LOS INCISOS A, B Y C DE LA --FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 38 DEL ESTATUTO DE LA CIJ QUE, COMO SE SA BE, ENUNCIA LAS PRINCIPALES FUENTES DEL D.I., COMO UNA SUGERENCIA RESPECTO DE LOS MEDIOS DE CREACIÓN DE LAS NORMAS IMPERATIVAS PRESENTES O FUTURAS. EN TODO CASO, ESTA NOVEDOSA NOCIÓN SE HA CONSTITUIDO EN LA PIEDRA ANGULAR DEL FUTURO DESARROLLO PROGRESIVO DEL D.I. CONTEMPORÁNEO, YA QUE, ENTRE OTROS EFECTOS, PROPICIA LA ESTABILIDAD DE LAS RELACIONES ENTRE ESTADOS --O BLOQUES DIRÍAMOS NOSOTROS-- CON SISTEMAS ECONÓMICOS Y SOCIALES DIFERENTES, LO QUE SE --TRADUCE EN COEXISTENCIA PACÍFICA. COMPARTO LA OPINIÓN DE OTROS --AUTORES, AL SOSTENER QUE :

ESTAS NORMAS ESTÁN DIRECTAMENTE RELACIONADAS CON "PROBLEMAS PRECISOS Y SUSTANCIALES DE DETERMINADAS ÁREAS DE LA --VIDA INTERNACIONAL....ESTRICTAMENTE LIMITADOS A AQUELLOS PRINCIPIOS QUE TIENEN UN SIGNIFICADO FUNDAMENTAL PARA LA ESTABILIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL (187) .

RESPECTO DE LA JURISDICCIÓN OBLIGATORIA QUE PARA LA CIJ RESERVAN LOS CONFLICTOS QUE VERSEN SOBRE NORMAS DE IUS COGENS, EN EL MARCO DE LA CONVENCIÓN DE 1969, OPINA QUE ADEMÁS DE SER UN ASUNTO DE TAL IMPORTANCIA QUE LLEGÓ A PONER EN PELIGRO EL BUEN É-

187 U. SCHEUNER: Conflict of Treaty provisions with a peremptory norm of General International Law and its consequences., Max Planck Institut, Zeitschrift für ausländischen öffentliches Recht und Völkerrecht, - Vol. 27, N° 3, oct. 1967, p. 525 citado ibid., p. 69.

XITO DE LAS CONFERENCIAS Y DE LA MISMA CONVENCIÓN DE 1969. LOS PROBLEMAS PRÁCTICOS QUE SUPONE SU EJERCICIO SE TENDRÁN QUE RESOLVER CONFORME SE PRESENTEN, EN LA MEDIDA EN QUE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL SE ACOSTUMBRE A LA EXISTENCIA Y JERARQUÍA DE LAS NORMAS DE - IUS COGENS.

EL PUNTO MÁS INTERESANTE DEL TRABAJO QUE RESEÑAMOS LO CONSTITUYE LA CLASIFICACIÓN QUE EL AUTOR PROPONE, DE LAS NORMAS DE D. I. GENERAL QUE ESTÁN LLAMADAS A QUE SE LES RECONOZCA INDEROGABILIDAD Y POR LO TANTO, IMPERATIVIDAD. RECONOCE QUE LA LABOR DE INDIVIDUALIZACIÓN ES LA MÁS DELICADA PARA EL INVESTIGADOR Y A LA VEZ, LA MÁS IMPORTANTE EN RAZÓN DE LAS ACCIONES QUE HABRÁN DE TOMAR - LOS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL. CON TODO, PROPONE UNA DIVISIÓN TRIPARTITA, A SABER:

1. NORMAS QUE PROTEGEN LOS INTERESES DE LA COMUNIDAD COMOTAL. EN ESTE APARTADO INCLUYE A TODAS LAS NORMAS QUE PROHIBEN EL USO DE LA FUERZA O LA AMENAZA DE SU USO, LAS QUE ASEGURAN EL MANTENIMIENTO DE LA PAZ Y LAS QUE PROMUEVEN EL DESARROLLO ECONÓMICO, SOCIAL Y CULTURAL DE LOS PUEBLOS; TODAS ELLAS CONSIDERADAS EN LA CARTA DE LA ONU. OTRAS SON, LA LIBERTAD EN ALTA MAR Y LA REPRERCIÓN DE LOS ACTOS DE PIRATERÍA, COMO NORMAS CON PERFECTA VIGENCIA. ENTRE LAS QUE AÚN SE ESTÁN CREANDO, ENUNCIA A LAS NORMAS QUE REGULAN LA EXPLOTACIÓN DE LOS FONDOS MARINOS, ASÍ COMO EL SUBSUELO OCEÁNICO EN AGUAS INTERNACIONALES; LA PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES EN TALES ZONAS Y SU REIVINDICACIÓN COMO PATRIMONIO DE LA HUMANIDAD, LO MISMO QUE LAS QUE SE REFIEREN AL USO PACÍFICO Y ÚTIL DEL ESPACIO EXTRATERRESTRE Y A LA DEFENZA DEL AMBIENTE; ALGUNAS DE ÉSTAS CONTENIDAS EN RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA OIU O EN TRATADOS MULTILATERALES.

2.- NORMAS QUE PROTEGEN LOS DERECHOS DE LOS ESTADOS COMOTALES Y EN SUS RELACIONES RECÍPROCAS, EN TANTO QUE MIEMBROS DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL. LA REFERENCIA AQUÍ ES OBVIA, A LAS NORMAS QUE RECONOCEN PRINCIPIOS COMO EL DE LA SOBERANÍA, LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS, LA NO INTERVENCIÓN ETC.

3.- NORMAS QUE PROTEGEN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS EN SU PROYECCIÓN HUMANITARIA Y UNIVERSAL. SE TRATA DE LA

PROSCRIPCIÓN DE TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN, DE LA ESCLAVITUD, - DEL GENOCIDIO Y DE LA TRATA DE TODA CLASE DE SERES HUMANOS, ES DE CIR. AQUELLAS QUE DE MANERA GENERAL O PARTICULAR PROPUGNEN POR LA PROTECCIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA.

AL DEJAR SENTADO QUE SU CLASIFICACIÓN ES SÓLO ENUNCIATIVA - EN SUS EJEMPLOS, COMENTA QUE :

[SE] HACE DIFÍCIL DESCUBRIR LA FUENTE DE LA CUAL EMERGIERON LAS MISMAS Y EN DONDE ENCUENTRAN ACTUALMENTE VIDA JURÍDICA, PROBLEMA FORMAL QUE SE MANTIENE EN EL PLANO PURAMENTE DOCTRINARIO, HASTA QUE LAS DUDAS DE LA EXISTENCIA, VIGENCIA O CONTENIDO DE DICHAS NORMAS VUELVAN IMPRESCINDIBLE ESA INVESTIGACIÓN(188)

§.40 ES SUMAMENTE IMPORTANTE QUE EL ESTUDIO DE LAS NORMAS IMPERATIVAS DE D.I. HAYA DEJADO DE SER UN ASUNTO EXCLUSIVO DE LA CDI Y DE LOS ESPECIALISTAS QUE EXPRESAN SUS OPINIONES EN PUBLICACIONES DE DIFÍCIL ACCESO PARA LOS ESTUDIANTES QUE SE INTERESAN EN CONOCER DE MANERA GENERAL EL D.I. EL QUE LOS AUTORES DE MANUALES Y LIBROS DE TEXTO COMPRENDAN ESTA MATERIA, CONTRIBUYE A QUE LOS JÓVENES INTERNACIONALISTAS NO LA VÉAN COMO ALGO EXTRAÑO AL SISTEMA JURÍDICO INTERNACIONAL.

LA OBRA DE LOS AUTORES CHILENOS MONCAYO, VINUESA Y GUTIÉRREZ (189), ES UN BUEN EJEMPLO DE ELLO, YA QUE DEDICAN UNA SECCIÓN DEL PRIMER TOMO DE SU OBRA, A ANALIZAR LAS CATEGORÍAS DE - NORMAS INTERNACIONALES. DE UNA MANERA SENCILLA, SUCINTA Y LÓGICA OFRECEN UN PANORAMA DE LAS IDEAS QUE EN TORNO DE ESTE TEMA SE HAN GENERADO. EXPRESAN ENFÁTICAMENTE QUE NUESTRA DISCIPLINA RECONOCE DOS CLASES DE NORMAS OBLIGATORIAS; LAS DISPOSITIVAS - QUE SON LAS MÁS ABUNDANTES, Y LAS IMPERATIVAS, CUYA NOCIÓN ADQUIRIÓ VERDADERA IMPORTANCIA AL FINALIZAR LA SEGUNDA GUERRA - MUNDIAL, AUNQUE ESTUVO LATENTE DURANTE TODO EL PERÍODO PRECE-

188 Ibid., p. 71

189 MONCAYO, R. Guillermo, Raúl E. Vinuesa y Hortencia Gutiérrez Posse: Derecho Internacional Público, Tomo I, Víctor P. de Zavalia editor, Buenos Aires, 1977, pp. 20 y ss.

DENTE. AFIRMAN QUE:

NO EXISTEN CRITERIOS SIMPLES QUE PERMITAN DETERMINARLAS (190) PERO QUE DICHAS NORMAS NO ADQUIEREN EL CARÁCTER DE INDEROGABLES -- SÓLO POR QUE LAS PARTES EN UN TRATADO ASÍ LO DETERMINEN, SINO -- GRACIAS A LA NATURALEZA PARTICULAR DE LA MATERIA A LA QUE SE APLIQUEN. POR SU PARTE, SON PARTIDARIOS DE UN CRITERIO ANTIFORMALISTA SIN QUE ELLO SIGNIFIQUE DESATENDER A ESTE IMPORTANTE ELEMENTO. -- DESTACAN QUE:

TODA NORMA IMPERATIVA DE DERECHO INTERNACIONAL ES UNA NORMA GENERAL EN CUANTO A SU PROCESO DE CREACIÓN Y APLICACIÓN, PERO NO TODA NORMA GENERAL ES, POR ESTE SOLO HECHO, UNA NORMA IMPERATIVA (191)

Y AL HACERLO, SALVAN EL PROBLEMA DE DETERMINAR LA FUENTE, CON LO QUE EXTIENDEN LA NOCIÓN DE NORMA TAXATIVA MÁS ALLA DE LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 53 DE LA CONVENCIÓN DE 1969, INCLUYENDO DE MANERA RELEVANTE A LA COSTUMBRE.

EN CUANTO A LA RELACIÓN QUE SE DA ENTRE LAS NORMAS DE IUS COGENS Y EL ÓRDEN PÚBLICO INTERNACIONAL, AFIRMAN QUE ÉSTE ÚLTIMO REPRESENTA LA MANIFESTACIÓN NORMATIVA DEL CONTENIDO DE AQUELLAS. SIN EMBARGO, LA CARENCIA DE CRITERIOS GENERALIZADOS PARA DETERMINAR CON PRECISIÓN ESE CONTENIDO ES UN OBSTÁCULO A VENCER, NO OBSTANTE CITAN COMO POSIBLES EJEMPLOS: LA IGUALDAD SOBERANA DE LOS ESTADOS, LA BUENA FE EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES Y EN GENERAL TODO LO REFERENTE A LOS DERECHOS HUMANOS. DE LO QUE NO CABE DUDA, EN SU OPINIÓN, ES DEL CARÁCTER SUPERIOR DE TALES NORMAS Y DE SU INDEROGABILIDAD, EN ESPECIAL DEL ARTÍCULO 2.4 DE LA CARTA DE LA ONU QUE CONSAGRA LA PROHIBICIÓN DE LA AMENAZA O EL USO DE LA FUERZA EN CONTRA DE LA INTEGRIDAD TERRITORIAL O LA INDEPENDENCIA DE CUALQUIER ESTADO (192).

190 Ibid., p. 23.

191 Ibid.

192 Cfr. *ibid.*, p. 24.

§.41 EL ESTUDIO DE RAFAEL DE LA COLINA VERSA FUNDAMENTALMENTE SOBRE LA IMPORTANCIA QUE EL PRINCIPIO DE ISONOMÍA, Y SU COROLARIO, LA NO INTERVENCIÓN, HA TENIDO PARA LA SOCIEDAD INTERNACIONAL DESDE QUE EL CONCEPTO DE SOBERANÍA FUE EXPUESTO POR BODINO EN EL SIGLO XVI (193). NO OBSTANTE, EL AUTOR ANALIZA LOS ESFUERZOS REALIZADOS POR LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU, PARA QUE TALES PRINCIPIOS SEAN ACEPTADOS Y RECONOCIDOS POR LA COMUNIDAD DE ESTADOS EN SU CONJUNTO Y ASÍ, PUEDAN CUMPLIR EL REQUISITO FORMAL EXIGIDO POR EL ARTÍCULO 53 DE LA CONVENCIÓN DE VIENA DE -- 1969.

PUES BIEN, EN SU 34° PERÍODO DE SESIONES EFECTUADO DURANTE 1974, LA REFERIDA ASAMBLEA INTENTÓ INFRUCTUOSAMENTE CREAR LA ATMÓSFERA POLÍTICA Y DIPLOMÁTICA NECESARIA PARA QUE UNA DECLARACIÓN SOBRE LA INADMISIBILIDAD DE LA INTERVENCIÓN Y LA INGERENCIA EN ASUNTOS INTERNOS DE LOS ESTADOS, FUERA ELABORADA Y ADOPTADA EN SUS SENOS. AL NO LOGRAR CONSENSO ENTRE SUS MIEMBROS, DEBIDO SOBRE TODO A QUE LAS FÓRMULAS PROPUESTAS NO CONDENABAN DIRECTAMENTE LAS PRÁCTICAS INTERVENCIONISTAS DE LAS GRANDES POTENCIAS (194), LA ASAMBLEA APROBÓ LA RESOLUCIÓN 34/101 (SIC) DEL 14 DE DICIEMBRE DE AQUEL AÑO.

LA MENCIONADA RESOLUCIÓN SÓLO CONTIENE LA DECISIÓN DE INCLUIR EN EL PROGRAMA PROVISIONAL DE LA SIGUIENTE SESIÓN, EL 'EXAMEN DE LA APLICACIÓN DE LA DECLARACIÓN SOBRE EL FORTALECIMIENTO DE LA SEGURIDAD INTERNACIONAL' Y LA CREACIÓN DE UN GRUPO ESPECIAL DE TRABAJO EN LA PRIMERA COMISIÓN, PARA QUE COMPLETE EL PROYECTO DE DECLARACIÓN PROPUESTO (195). NO OBSTANTE ESTE RESULTADO

193 DE LA COLINA, Rafael: "El principio de isonomía y la no intervención", Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, N°. 12, México, 1980, pp. 109 y ss.

194 Como en efecto si lo hace el artículo 18 de la Carta de la OEA  
ART. 18. Ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho a intervenir, directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro. El principio anterior excluye no solamente la fuerza armada, sino también cualquier otra forma de ingerencia o de tendencia atentatoria de la personalidad del Estado, de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen.

195 La propia resolución citada por el autor tiene como antecedentes a las

DE LA COLINA OPINA:

POR LO MENOS, CABE AFIRMAR QUE EN EL DERECHO INTERAMERICANO, EL PRINCIPIO DE NO INTERVENCIÓN ES NORMA IMPERATIVA, - CUYA OBLIGATORIEDAD NO ADMITE LIMITACIONES NI ARTIFICIOSOS DISTINGOS (196)

CON LO QUE, AL CONTRARIO DE OTROS INTERNACIONALISTAS NO SÓLO ESTIMA POSIBLE UN IUS COGENS REGIONAL, SI NO QUE SEÑALA YA UNA -- NORMA DE ESÉ CARÁCTER EN NUESTRO MEDIO.

§.42 PARA GARCÍA MORENO, EL ESTUDIO DEL IUS COGENS DEBE INSCRIBIRSE DENTRO DEL ANÁLISIS -MÁS AMPLIO- DE LA EXISTENCIA O INEXISTENCIA DE UN ÓRDEN PÚBLICO INTERNACIONAL. SEÑALA QUE EL RECONOCIMIENTO DE LA VIGENCIA DE NORMAS IMPERATIVAS ES CASI UNÁNIME, SIN QUE LA CARENCIA DE CRITERIOS SENCILLOS PARA SU IDENTIFICACIÓN CON TRAVENGA ESTA CERTEZA, ASÍ COMO TAMPOCO LAS OPINIONES DE LOS AUTORES QUE VEN EN ELLAS UN OBSTÁCULO PARA EL EJERCICIO LIBRE DE LA SOBERANÍA ESTATAL (197). LA DISPUTA SE TRABA ENTONCES, ENTRE LA CONCEPCIÓN VOLUNTARISTA DEL D.I. DESARROLLADA DURANTE EL SIGLO PASADO Y LA NOCIÓN DE UN DERECHO OBLIGATORIO E IMPERATIVO. ESTA ÚLTIMA, ASOCIADA FRECUENTEMENTE AL IUSNATURALISMO DE VITORIA Y SUÁREZ, Y A LAS ESCUELAS POSTERIORES DE WOLFF Y Vattel. SIN EMBARGO LAS TENDENCIAS POSITIVISTAS MÁS RECIENTES DERIVARON, DURANTE EL APOGEO DEL NAZISMO, EN CIERTOS PUNTOS DE VISTA QUE ECINDIERON DEL D.I. CUALQUIER CONCEPCIÓN IUSNATURALISTA, NEGAANDO LA EXISTENCIA DE NORMAS INMUTABLES Y FUNDAMENTALES (198); DURANTE LA MISMA ÉPOCA, OTROS PENSADORES CONCIBIERON AL D.I. COMO UN ORDEN POSITIVO-DISPOSITIVO BASADO, ENTRE OTROS PRINCIPIOS, EN LA VOLUNTARIEDAD DE LA ACEPTACIÓN DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONA-

---

siguientes: 31/91 del 14 de diciembre de de 1976, 32/153 del 19 de diciembre de 1977 y 33/74 de 15 de diciembre de 1978. Cfr. DE LA COLINA: Op. cit., p. 132.

196 Ibid., p. 134.

197 GARCÍA MORENO, Víctor Carlos: "El ius cogens y los tratados", Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XXX, sep-dic., Núm. 117, UNAM, México, 1980, pp. 889 y ss.

198 En este sentido cita a François. Cfr. ibid., p. 890



LES ENMARCADAS EN UN CIERTO RESPETO HACIA UN OBJETO LÍCITO, PUES DE OTRA MANERA SE CONTRAVENDRÍA LA OPINIO IURIS GENTIUM (199). TAMBIÉN REGISTRA A LOS IUSINTERNACIONALISTAS QUE DEFENDIERON LA IDEA DE LAS NORMAS DE DERECHO IMPERATIVO (200).

EN OPINIÓN DEL AUTOR EN LA ACTUALIDAD NADA IMPIDE HABLAR DE UN ORDEN PÚBLICO EN EL SENTIDO DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO, ES DECIR, DE UN CONJUNTO DE REGLAS OBLIGATORIAS (IUS COGENS) QUE ELIMINAN TODA REGLA EN CONTRARIO, SEA DE ORIGEN CONSUECUDINARIO, SEA DE ORIGEN CONVENCIONAL (201)

ADEMÁS RECOGE LAS OPINIONES DE LOS PRINCIPALES ESPECIALISTAS CONTEMPORÁNEOS QUE INTERVINIERON EN LOS TRABAJOS DE LA CDI; ANALIZA - LOS PROYECTOS Y LOS COMENTARIOS DE LOS RELATORES, ASÍ COMO EL PROPIO TEXTO DE LOS ARTÍCULOS 53 Y 64 DE LA CONVENCION DE 1969. DE DICHO EXÁMEN DEDUCE CINCO ELEMENTOS DE LAS REGLAS DE IUS COGENS:

- 1.- DEBE TRATARSE DE UNA NORMA DE D.I. GENERAL QUE OBLIGUE A TODOS LOS ESTADOS, POR ELLO SU ORIGEN HA DE SER CONSUECUDINARIO.
- 2.- DEBE RECHAZAR TODO ACUERDO EN CONTRARIO, ES DECIR, SER IMPERATIVA.
- 3.- DEBE CONTAR CON EL RECONOCIMIENTO DE LA COMUNIDAD DE ESTADOS, RESPECTO DE TAL NATURALEZA.
- 4.- DEBE SER DINÁMICA Y ADAPTARSE A LAS SITUACIONES CONCRETAS QUE PLANTEE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL.
- 5.- DEBE PRODUCIR LA NULIDAD DE TODO ACUERDO CONCLUIDO EN CONTRARIO, QUE INTENTE DEROGARLA (202).

LAS NORMAS DE IUS COGENS SON, ENTONCES, PROHIBITIVAS AL SER IMPERATIVAS, LO CUAL ENCUENTRA JUSTIFICACIÓN POR LA ACCIÓN TUITIVA QUE EJERCE RESPECTO DE LOS DERECHOS HUMANOS POR EJEMPLO, ES DECIR, DE LOS INTERESES FUNDAMENTALES DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL. POR ELLO EL D.I. ENCUENTRA SU EXPRESIÓN MÁS PERFECTA EN EL IUS COGENS.

199 Es el caso de Cavaglieri. Cfr. *ibid.*, p. 891  
200 Entre éstos, Pradier, Foderé, etc. Cfr. *ibid.*  
201 *ibid.*, p. 892.  
202 Cfr. *ibid.*, p. 897.

§.44 EL AUTOR MEXICANO, JOSÉ HUMBERTO CASTRO VILLALOBOS, CONTRIBUYE AL ESTUDIO DEL IUS COGENS CON UN ANÁLISIS DETALLADO DE SUS ASPECTOS MÁS SOBRESALIENTES (215). ES PARTICULARMENTE IMPORTANTE - PARA NOSOSTROS LAS ALUCIONES A NORMAS QUE ÉL, O LOS AUTORES QUE CITA, HAN CONSIDERADO COMO PARTE DE DICHA CATEGORÍA.

ASÍ, SE MUESTRA PARTIDARIO DE UN IUS COGENS GENERAL RECHAZANDO LA POSIBILIDAD DE QUE EXISTAN NORMAS IMPERATIVAS BASADAS EN UN ORDEN JURÍDICO REGIONAL. AÚN CUANDO RECONOCE AL TRATADO Y A LA COSTUMBRE COMO LAS FUENTES 'NATURALES' DE DONDE EMANAN LAS NORMAS TAXATIVAS, NO DESCARTA LA IMPORTANCIA QUE ACTUALMENTE TIENEN LOS ACTOS DE LOS O.I., SOBRE TODO EN LA PERSPECTIVA FUTURA DE UNA INTEGRACIÓN PAULATINA DE LA COMUNIDAD DE ESTADOS. EN ESTE SENTIDO - CITA ALGUNAS RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU, A SABER: LA 1514 (XV) DEL 14 DE DICIEMBRE DE 1960 QUE SIRVIÓ DE BASE PARA EL PROCESO DE DESCOLONIZACIÓN E INDEPENDIZACIÓN POLÍTICA QUE SE DIÓ A PARTIR DE AQUEL AÑO; LA 1961 (XVIII) DEL 13 DE DICIEMBRE DE 1963 RESPECTO DE LA EXPLOTACIÓN Y UTILIZACIÓN DEL ESPACIO ULTRA TERRESTRE; LA 2615 (XXV) DEL 24 DE DICIEMBRE DE 1970 QUE ENUNCIA LOS PRINCIPIOS DE D.I., BASE DE LAS RELACIONES DE AMISTAD Y COOPERACIÓN ENTRE LOS ESTADOS; LA 2749 (XXV) DEL 17 DE DICIEMBRE DEL MISMO AÑO QUE DETERMINA LOS PRINCIPIOS QUE NORMAN LOS FONDOS MARINOS Y OCEÁNICOS Y SU SUBSUELO, FUERA DE LOS LÍMITES TERRITORIALES DE LAS NACIONES, Y LA 2131 (XX) DEL 10 DE DICIEMBRE DE 1948 RELATIVA A LA INADMISIBILIDAD DE LA INTERVENCIÓN EN LOS ASUNTOS INTERNOS DE LOS ESTADOS, LA PROTECCIÓN DE SU INDEPENDENCIA Y SOBERANÍA, Y A LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS (216).

INSISTE EMPERO, EN QUE LOS EJEMPLOS MÁS AUTÉNTICOS DEL IUS COGENS EN EL D.I. EMANAN DE LA COSTUMBRE, SI SE CONSIDERA EL HECHO DE QUE MUCHOS TRATADOS ÚNICAMENTE CODIFICAN PRÁCTICAS COMUNES Y REPETIDAS. EJEMPLO DE ESTO ES LA CARTA DE LA OIIU, POR LO QUE NO EN -

215 Cfr. CASTRO VILLALOBOS, José Humberto: La norma de ius cogens en el Derecho Internacional, Universidad de Guadalajara, México, 1981.

216 Cfr. *ibid.*, p. 55.

POCAS OCASIONES PUEDE HABLARSE DE UNA CONVERGENCIA EN LAS FUENTES DE LAS QUE HABRAN DE INTEGRARSE EL IUS COGENS INTERNACIONAL. EN UN ÁMBITO MÁS ESPECÍFICO, CONSIDERA QUE EL PACTO INTERNACIONAL DE DE RECHOS CIVILES Y POLÍTICOS CONTIENE NORMAS DE ESTA NATURALEZA, AL PROHIBIR EN SU ARTÍCULO 4.2, CUALQUIER SUSPENSIÓN EN LA APLICACIÓN DE LOS SIGUIENTES NUMERALES, TALES COMO: EL 6°, QUE SALVAGUARDA EL DERECHO A LA VIDA Y LAS GARANTÍAS DEBIDAS A TODO PROCESADO; EL 7°, QUE ESTIPULA EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA A TRAVÉS DE LA PROHIBICIÓN DE LA TORTURA O LOS TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES; EL 8°, QUE PUGNA POR LA ERRADICACIÓN DE LA ESCLAVITUD O LA SERVIDUMBRE; EL 16, QUE RECONOCE PERSONALIDAD JURÍDICA A LOS ADULTOS SANOS, ETC.

AHORA BIEN, COMO MUESTRA DE QUE NUESTRA INSTITUCIÓN TIENE VO CACIÓN DINÁMICA, CASTRO VILLALOBOS ESTIMA QUE EXISTEN MUCHAS NOR--MAS ACTUALES LLAMADAS A FIGURAR EN UN FUTURO REPERTORIO DE PRECEPTOS IMPERATIVOS, ENTRE LAS QUE CUENTA LA PROHIBICIÓN DE REALIZAR - ENSAYOS NUCLEARES ATMOSFÉRICOS, ALGUNOS PRINCIPIOS CONTENIDOS EN - LAS CONVENCIONES SOBRE RELACIONES DIPLOMÁTICAS Y CONSULARES, ASÍ - COMO LAS QUE DAN VIDA LEGAL AL LLAMADO 'PATRIMONIO COMÚN DE LA HU MANIDAD' EN EL MARCO DE LA CONVENCION SOBRE EL DERECHO DEL MAR, - YA QUE :

DURANTE EL IX PERIÓDO DE SESIONES DE LA CONFERENCIA SOBRE - EL DERECHO DEL MAR [SE] APROBÓ POR CONSENSO EL SIGUIENTE PÁ RRAFO VI DEL ARTÍCULO 305, RELATIVO AL IUS COGENS DEL PATRI MONIO COMÚN DE LA HUMANIDAD :

LOS ESTADOS PARTES EN ESTA CONVENCION CONVIENEN EN QUE NO PODRÁN HACERSE ENMIENDAS AL PRINCIPIO BÁSICO RELATIVO AL PATRIMONIO COMÚN DE LA HUMANIDAD ESTABLECIDO EN EL AR TÍCULO 136 Y EN QUE NO SE HARÁN PARTES EN NINGÚN ACUERDO CONTRARIO AL MISMO.

(A/CONF.62/L.58) 22 DE AGOSTO DE 1980. EN IGUAL SENTIDO FUE LA DECLARACIÓN DEL PACÍFICO SUR FORMULADA POR CHILE, ECUADOR, COLOMBIA Y PERÚ EL 22 DE JULIO DE 1980, CON MOTIVO DE LA A DOPCIÓN , POR ESTADOS UNIDOS, DE SU LEY SOBRE LA RIQUEZA DE LOS FONDOS MARINOS. (OEA) SR.B/CP/INF. 1677/80 (217)

LA NULIDAD PREVISTA COMO SANCIÓN A LA INOBSERVANCIA DE UNA NORMA IMPERATIVA, MERECIÓ DE GARCÍA MORENO ESPECIAL ATENCIÓN. ES TÍPICO QUE ESTA SANCIÓN ES RARA EN EL D.I. Y EN ESPECIAL EN EL DERECHO DE LOS TRATADOS, Y ESTA DETERMINADA POR:

A) LA TRANSFORMACIÓN HISTÓRICO-SOCIAL DE LAS CONDICIONES EN QUE SE DAN LAS RELACIONES INTERESTÁTICAS, Y

B) POR EL INDISCUTIBLE CARÁCTER POSITIVO DE DICHAS NORMAS, LAS CUALES SE ALEJAN, CADA VEZ MÁS, DEL ORIGEN IUSNATURALISTA QUE SE LES TRató DE ATRIBUIR (203). SOSTIENE QUE

CADA VEZ QUE SE AFIRMA QUE DETERMINADO PRINCIPIO CONSTITUYE UNA REGLA DE IUS COGENS SE DISMINUYE EL CAMPO DE APLICACIÓN DE UNO DE LOS PILARES DEL DERECHO INTERNACIONAL, LA REGLA DE QUE AQUELLO QUE LOS ESTADOS CONVIENEN ES LA LEY SUPREMA PARA LAS PARTES (204).

SIN EMBARGO, EL CARÁCTER PÚBLICO DE LAS NORMAS DE IUS COGENS Y DE LA ILICITUD QUE SU VIOLACIÓN PROVOCA, REDUNDA INEVITABLEMENTE EN LA CONSIDERACIÓN DE QUE LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS POR EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL SON ERGA OMNES, CORRESPONDIÉNDOLE A CUALQUIER ESTADO DENUNCIAR SU QUEBRANTAMIENTO Y A UN TRIBUNAL COMPETENTE, - CONOCER DE ELLO OFICIOSAMENTE (205).

§.43 EN SU TEXTO SOBRE EL D.I., EL AUTOR URUGUAYO JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA REALIZA EL ESTUDIO DEL IUS COGENS A LA LUZ DEL DERECHO DE LOS TRATADOS, ES DECIR, SEGÚN LA NORMA POSITIVA. AL REFERIRSE A LA NULIDAD DE LOS ACUERDOS INTERNACIONALES, SEÑALA QUE POR REGLA GENERAL DEBE ENTENDERSE AB INITIO, Y CONSECUENTEMENTE TODO ACTO EFECTUADO CON BASE EN UN TRATADO QUE HA SIDO DECLARADO NULO CARECE DE EFECTOS JURÍDICOS (206). ENFATICAMENTE EXPRESA QUE EL ARTÍCULO 42 DE LA PROPIA CONVENCION DE 1969, EN SU FRACCIÓN I, INCLUYE EL PRINCIPIO DE QUE EL TRATADO MANTENDRÁ SU VALIDEZ HASTA EN TANTO NO SEA

203 Cfr. *ibid.*, p. 898.

204 *Ibid.*

205 Cfr. *ibid.*, p. 901.

206 Cfr. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA: El Derecho Internacional Contemporáneo, Técno, Madrid, 1980, p. 75.

DECLARADO NULO (207), ASÍ MISMO, ASEGURA EL PRECEPTO QUE NINGÚN ESTADO PODRÁ ACTUAR COMO JUEZ PARA DECIDIR LA NULIDAD DE UN TRATADO EN EL QUE SEA PARTE, TODO LO CUAL DEBE ENTENDERSE COMO GARANTÍAS ELEMENTALES DE LEGALIDAD.

CLASIFICA LAS CAUSALES DE NULIDAD CONSIGNADAS POR LA CONVENCIÓN DE 1969 EN TRES GRUPOS, A SABER: 1.- LAS QUE SE FUNDAMENTAN EN ALGUNA CIRCUNSTANCIA QUE AFECTE LA CAPACIDAD DE LAS PARTES, 2.- LAS QUE CONCLUCAN LA VALIDEZ DE SU CONSENTIMIENTO Y, 3.- LAS QUE IMPLIQUEN LA ILEGALIDAD DEL OBJETO DEL TRATADO (208). COMO RESULTA OBYIO, SU COMENTARIO DEL IUS COGENS SE SITUA EN ESTE ÚLTIMO APARTADO, LO INICIA ALUDIENDO AL VOLUNTARISMO QUE PRIVÓ DURANTE EL SIGLO PASADO, EN EL CAMPO DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES, Y A LAS OPINIONES DE ALGUNOS AUTORES DE NUESTRO SIGLO COMO JELLINEK Y ROSS, QUE SOSTUVIERON DICHA POSICIÓN.

APUNTA QUE EL PRIMER INDICIO DEL CAMBIO SE DIÓ EN 1937, CON EL ARTÍCULO DEL JURISTA AUSTRIACO VERDROSS, 'FORBITEN TREATIES IN INTERNATIONAL LAW'. POR OTRA PARTE SE REFIERE A LA ACTUACIÓN DE LOS RELATORES DEL PROYECTO QUE DIÓ ORIGEN A LA MULTICITADA CONVENCIÓN DE VIENA. CITA EL PRIMER INFORME DE LAUTERPACH, EN 1953, PARA INDICAR QUE EN ÉL SE INCLUYÓ YA, UNA PROPUESTA DE REDACCIÓN QUE PREVEÍA LA NULIDAD DE UN TRATADO SI SU EJECUCIÓN ENTRAÑABA UN ILÍCITO INTERNACIONAL; SE REFIERE TAMBIÉN A LA LABOR DE FITZMAURICE, SEGUNDO RELATOR, QUE CONTRIBUYÓ CON UNA FORMULACIÓN MÁS PRECISA DEL PROYECTO DEL ARTÍCULO, EN LA CUAL INCLUYÓ LA LOCUCIÓN 'IUS COGENS'. POR ÚLTIMO, LOS CONCEPTOS DE WALDOCK SON ESPECIALMENTE ANALIZADOS EN CUANTO A SU ARGUMENTACIÓN RESPECTO DE LA CAUSAL DE NULIDAD ESTUDIADA, BASADA EN LOS PRECEPTOS DE LA CARTA DE LA OMIU QUE REGULAN EL USO DE LA FUERZA, ASÍ COMO AQUELLOS QUE EN SU CONCEPTO IMPLICAN UN D.I. PENAL, Y DE LA QUE PRESUMEN, ASÍ SEA INCIPIENTEMENTE, UN ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL SUSTENTADO EN NORMAS IMPERATIVAS (209)

207 ART. 42. Validez y continuación en vigor de los Tratados.

1.- La validez de un tratado o del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado no podrá ser impugnado sino mediante la aplicación de la presente Convención....

208 Cfr. JIMENEZ DE ARECHAGA: Op. cit., p. 76.

209 Cfr. *ibid.*, pp. 79 y 80.

PASA A REFERIRSE CONCRETAMENTE AL ARTÍCULO 53, SIN OLVIDAR LOS DEBATES LIBRADOS AL INTERIOR DE LA CDI Y EN LAS CONFERENCIAS DE 1958 Y 1959, CONCLUYE QUE MÁS QUE DEFINICIÓN, DICHO NUMERAL ES UNA DESCRIPCIÓN DEL IUS COGENS Y QUE ADOLECE DE DEFECTOS TÉCNICOS ESENCIALES, COMO EL SIGUIENTE:

NO ES QUE CIERTAS REGLAS SEAN DE IUS COGENS PORQUE NO PERMITEN ACUERDOS EN CONTRARIO; MÁS BIEN, NO SE PERMITEN ACUERDOS EN CONTRARIO A CIERTAS NORMAS, PORQUE ÉSTAS POSEEN EL CARÁCTER DE REGLAS DE IUS COGENS (210)

PARA JIMENEZ DE ARÉCHAGA EL IUS COGENS ES, PUÉS, EL CONJUNTO DE CIERTOS PRINCIPIOS MORALES FUNDAMENTALES CUYA SALVAGUARDA INTERESA A TODOS LOS ESTADOS, YA QUE TALES PROTEGEN LOS INTERESES DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL. LA PROHIBICIÓN DE LA AMENAZA O EL USO DE LA FUERZA, LA PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL GENOCIDIO, DE LA PIRATERÍA, DEL TRÁFICO DE ESCLAVOS, DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, DEL TERRORISMO, DE LA TOMA DE REHENES, LA ELIMINACIÓN DE LOS ACUERDOS 'LEONINOS', LA IMPOSICIÓN DE CONVENIOS A UNA EXCOLONIA POR SU EXMETRÓPOLI, SE ENCUENTRAN ENTRE LOS OBJETOS VALIOSOS INCLUIDOS EN LA CATEGORÍA DE IUS COGENS, TODA VEZ QUE SU VIOLACIÓN AFECTA A LA COMUNIDAD INTERNACIONAL. DESDE ESTE PUNTO DE VISTA, TANTO LOS ACTOS UNILATERALES COMO LOS MULTILATERALES DEBEN SANCIONARSE CON NULIDAD SIEMPRE QUE TIENDAN A DEBILITAR EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL. (211)

RESPECTO DE LOS ASPECTOS FORMALES TALES COMO EL CONSENSO DE LOS ESTADOS PARA RECONOCERLE A UNA NORMA NATURALEZA IMPERATIVA, O EL MEDIO IDÓNEO PARA EXPRESARLO, EL AUTOR URUGUAYO CITA A YASSEN PARA COINCIDIR EN QUE LA EXPRESIÓN 'EN SU CONJUNTO' REFIRIÉNDOSE A LA COMUNIDAD INTERNACIONAL, DEBE ENTENDERSE EN EL CONTEXTO DEL ARTÍCULO 53, NO COMO UN ACEPTACIÓN UNÁNIME, SINO SIMPLEMENTE COMO UNA MAYORÍA AMPLIA. POR OTRA PARTE, SI BIEN ES CIERTO QUE SON CASOS LOS IMPERATIVOS JURÍDICOS DE NATURALEZA CONSUETUDINARIA E INDEROGABLE, EL AUTOR VE EN LA NOCIÓN Y EN LA REGULACIÓN DEL IUS COGENS INTERNACIONAL UN AVANCE SIGNIFICATIVO PARA EL D.I., YA -

210 Ibid., p. 81

211 Cfr. ibid.

QUE SERVIRÁ DE PUNTO DE PARTIDA PARA FUTUROS DESARROLLOS A TRAVÉS DE TRATADOS MULTILATERALES O DE DECLARACIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU (212). NO OBSTANTE SU REDUCIDO ALCANCE ACTUAL, AFIRMA QUE EL CONCEPTO DE IUS COGENS AYUDÓ AL PROFESOR AGO, A FORMULAR UNA DISTINCIÓN ENTRE DELITOS Y CRÍMENES INTERNACIONALES, LA CUAL FUE ACEPTADA POR LA CDI, EN SU DEFINICIÓN DE CRÍMEN INTERNACIONAL COMO :

LA VIOLACIÓN, POR UN ESTADO, DE UNA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL TAN ESENCIAL PARA LA SALVAGUARDA DE INTERESES FUNDAMENTALES DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL, QUE SU VIOLACIÓN ESTA RECONOCIDA COMO CRÍMEN POR ESA COMUNIDAD EN SU CONJUNTO (213)

EN ESTE SUPUESTO, EL DERECHO A INVOCAR LA RESPONSABILIDAD QUE DESCRIBE DE TAL ACTO, CORRESPONDE A CUALQUIER ESTADO. DESTACA QUE LA DEFINICIÓN INDUDABLEMENTE SE INSPIRA EN LA DEL IUS COGENS Y QUE LA NOTA QUE LO CARACTERIZA IMPLICA, DESDE OTRO PUNTO DE VISTA, - QUE LAS OBLIGACIONES QUE DE ÉL EMANAN SON ERGA OMNES Y SU INVOLUCIÓN CONFIERE EL DERECHO DE DENUNCIA AÚN A TERCEROS ESTADOS.

POR ÚLTIMO, CELEBRA QUE LA CONVENCIÓN DE 1969 LE HAYA OTORGADO JURISDICCIÓN OBLIGATORIA A LA CIJ EN LO RELATIVO A LAS CONTROVERSIAS SUSITADAS CON MOTIVO DE LA INTERPRETACIÓN O APLICACIÓN DE UNA NORMA IMPERATIVA, SIN EMBARGO ESTA CONSCIENTE DE QUE ELLO NO ES SUFICIENTE PARA GARANTIZAR, NI EL RESPETO QUE LA CORTE NECESITA, NI LA EFECTIVIDAD MISMA DE LAS NORMAS IMPERATIVAS. SE REFIERE AL IUS COGENS SUPERVENIENS ESTABLECIENDO QUE SU INVENCION COMPROBEA QUE SE NECESITAN NUEVAS FIGURAS QUE SE APARTEN EN TODO A LOS ESQUEMAS TRADICIONALES DEL DERECHO NATURAL, Y AL CONTRARIO EVIDENCIAN LA INTENCIÓN DE HACER DEL IUS COGENS UNA FIGURA EVOLUTIVA, AL APEGARSE AL PRINCIPIO TEMPUS REGIT ACTUM (214).

212 Cfr. *ibid.*, p. 82

213 *Ibid.*, p. 83. Al parecer, la definición transcrita adolece del defecto de incluir el término definido; pese a ello, el autor hace hincapié en que ésta es sólo parte de un proyecto de la CDI el cual, seguramente - tendrá que revisarse exhaustivamente.

214 Cfr. *ibid.*, pp. 83 a 85.

ALGO SIMILAR PODRÍA PENSARSE DE LAS REGLAS QUE NORMAN LA EXPLOTACIÓN DEL ESPACIO ULTRATERRESTRE Y DE SU USO:

EL PRINCIPIO CONTENIDO EN EL TRATADO DEL 27 DE ENERO DE 1967, SEGÚN EL CUAL EL ESPACIO ULTRATERRESTRE, LA LUNA Y OTROS CUERPOS CELESTES NO PUEDEN SER OBJETO DE APROPIACIÓN POR REIVINDICACIÓN DE SOBERANÍA, USO U OCUPACIÓN NI DE NINGUNA OTRA MANERA, ADEMÁS DE SER UNA REGLA JURÍDICA POSITIVA CONVENCIONAL ES UNA NORMA IMPERATIVA DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL (IUS COGENS) (218)

CONSIDERA EL AUTOR QUE EXISTEN MUCHOS OBSTÁCULOS, TÉCNICOS Y DE DIVERSO ORIGEN, SI SE QUIERE DAR PLENA VIGENCIA A LA NOCIÓN Y A LAS NORMAS DE IUS COGENS INTERNACIONAL, EMPERO, EL PRIMER PASO ESTA DADO CON EL SÓLO RECONOCIMIENTO DE SU NECESIDAD, FINALMEINTE OPINA QUE:

TALES NORMAS, DADO EL BIEN JURÍDICO QUE TUTELAN: EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL, CONSTITUYEN EL ESTANDAR MÍNIMO SOBRE EL QUE SE SUSTENTA LA SOCIEDAD INTERNACIONAL Y SIN CUYA VIGENCIA NO PODRÍA HABLARSE DE UN ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL QUE IMPERE SOBRE LOS DESTINATARIOS DE DICHAS NORMAS FUNDAMENTALES (219)

§.45 TANTO LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS COMO LOS PORMENORES TÉCNICOS DEL IUS COGENS INTERNACIONAL, SON IMPORTANTES PARA EL JURÍSTA MEXICANO ANTONIO GÓMEZ ROBLEDO, NO OBSTANTE, DADA LA NATURALEZA DEL PRESENTE TRABAJO NOS OCUPAREMOS PREFERENTEMENTE DE ÉSTOS ÚLTIMOS (220):

DESDE UN PUNTO DE VISTA HISTÓRICO, EL IUS COGENS HA SURGIDO...DE LA CONCIENCIA DE CIERTOS VALORES ESENCIALMENTE -

- 218 Es la transcripción del séptimo párrafo de la Resolución VII aprobada por el Instituto Hispano-luso-americano de Derecho Internacional, adoptada en su sesión celebrada en Buenos Aires, en 1969, citado *ibid.*, p. 73, nota 147.
- 219 *Ibid.*, p. 75.
- 220 GÓMEZ ROBLEDO, Antonio: "Le ius cogens international: sa genése, sa nature, ses fonctions", *RC*, Tomo 135, Leyden, 1981, pp. 219 y ss.



HUMANOS Y UNIVERSALES CUYO RESPETO Y VIGENCIA SE ESTIMA COMO ALGO ABSOLUTAMENTE NECESARIO PARA LA VIDA Y LA SUBSISTENCIA DE LA COMUNIDAD (221)

Y SIGUE A BARBERIS CUANDO AFIRMA QUE LA FORMACIÓN DEL IUS COGENS INTERNACIONAL ESTA ASOCIADA INDISOLUBLEMENTE A CONSIDERACIONES AXIOLÓGICAS.

RESPECTO A LAS FUENTES FORMALES DE D.I. DE LAS QUE PUEDEN SURGIR NORMAS GENERALES DE CARÁCTER IMPERATIVO OPINA QUE, TANTO LA COSTUMBRE GENERAL COMO LOS TRATADOS MULTILATERALES (VIRTUALMENTE UNIVERSALES) LO PUEDEN SER, EL ASUNTO SE COMPLICA AL ANALIZAR LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO, ENTRE OTRAS CIRCUNSTANCIAS PORQUE EXISTEN MÚLTIPLES CONCEPCIONES DE ELLOS, EN TODO CASO, PARA LA DOCTRINA COMUNMENTE ACEPTADA DICHSO PRINCIPIOS SON, O BIEN ABSTRACCIONES JURÍDICAS DE ÚLTIMO GRADO O GENERALIZACIONES ABSOLUTAS (222). ASÍ, PUEDEN TENER TRES CATEGORÍAS:

A) CONCEPTOS PUROS COMO BUENA FE, SOBERANÍA ETC., ES DECIR, QUE NO RIGEN NINGUNA ACCIÓN CONCRETA,

B) PRINCIPIOS PROGRAMÁTICOS, ES DECIR, AQUELLOS QUE SIENDO RECONOCIDOS POR EL DERECHO POSITIVO, CARECEN DE UNA DETERMINACIÓN CLARA (COMO ORDEN PÚBLICO, POR EJEMPLO), Y,

C) PRINCIPIOS DE NORMATIVIDAD INMEDIATA, QUE SON AQUELLOS QUE POSEEN EXTREMA GENERALIDAD;

SÓLO A ÉSTA ÚLTIMA PODRÍAN PERTENECER LAS NORMAS IMPERATIVAS (223).

EN CUANTO A LOS REQUISITOS FORMALES EXIGIDOS POR EL ARTÍCULO 53, SEÑALA GÓMEZ ROBLEDO QUE EL DOBLE CONSENTIMIENTO QUE ES PARTICULAR DE LA INSTITUCIÓN TIENE UNA RAZÓN DE SER, A SABER, LA COMUNIDAD INTERNACIONAL EN SU CONJUNTO, PRIMERO DEBE RECONOCER - QUE UNA NORMA DE D.I. DADA ES GENERAL, Y DESPUÉS, QUE ES INDEROGABLE POR CONSENSO ENTRE LOS ESTADOS. AHORA BIEN, BASTA QUE UNA

221 Ibid., p. 93.

222 Puntualiza el autor que un principio, no es en sí una norma jurídica, ya que carece de carácter obligatorio, pero aquél encarna un postulado ideal que aspira a convertirse en una norma precisa y positiva.

223 Cfr. GÓMEZ ROBLEDO, Antonio: Op. cit., p. 104.

GRAN MAYORÍA DE ESTADOS ACEPTEN Y RECONOZCAN EN UNA REGLA TALES ATRIBUTOS, PARA CONVERTIRLA EN IUS COGENS. SE OPONE A VIRALLY - EN CUANTO ÉSTE OPINA QUE EL RAZGO DISTINTIVO DEL IUS COGENS ES LA NULIDAD COMO SANCIÓN, YA QUE ESTIMA QUE LA NATURALEZA MISMA ESTÁ EN LA NORMA Y NO EN UN ELEMENTO EVENTUAL Y ANEXO, COMO LA SANCIÓN, NO OBSTANTE, SOSTIENE EL MISMO PUNTO DE VISTA QUE - EL JURÍSTA FRANCÉS AL DESCUBRIR EN NUESTRA INSTITUCIÓN UNA ANALOGÍA CON EL DERECHO SOCIAL, YA ARRAIGADO EN LOS SISTEMAS INTERNOS, QUE BUSCA SUBSANAR DESIGUALDADES ECONÓMICAS Y SOCIALES A TRAVÉS DE LA COMPENSACIÓN(224).

EN CUANTO AL EFECTO RETROACTIVO QUE PUDIERA TENER LA NORMA INTERNACIONAL IMPERATIVA, AUN CONSIDERANDO EL CONTENIDO DE - LOS ARTÍCULOS 4° Y 28 DE LA CONVENCIÓN DE 1969, SEÑALA QUE LA - ÚLTIMA PALABRA EN CADA CASO CONCRETO LA TIENE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. EL SURGIMIENTO DE NORMAS SUPERVENIENTES REFLEJA - LA CONVICCIÓN AXIOLÓGICA DE LA COMUNIDAD INTERESTÁTICA, POR -- TRANSFORMAR EL MARCO LEGAL QUE REGLÓ LAS RELACIONES INTERNACIONALES, AMENUDO DE FORMA INJUSTA E INEQUITATIVA.

POR LO QUE TOCA A LA NULIDAD, GÓMEZ ROBLEDO ESTA CONCIENTE DE QUE EXISTEN MUCHOS PUNTOS TÉCNICOS EN LOS QUE LOS INTERNACIONALISTAS NO HAN LLEGADO A UN ACUERDO, SIN EMBARGO LA DOCTRINA Y LA LEGISLACIÓN COINCIDEN EN RECONOCER A LA NULIDAD UN CARÁCTER: INSANTÁNEO, INCONFIRMABLE, INCONVALIDABLE, IMPRESCRIPTIBLE Y ERGA OMNES (225).

EL AUTOR COMENTADO HACE UN ESTUDIO EXHAUSTIVO DEL PROCEDIMIENTO DESCRITO EN LA CONVENCIÓN DE 1969, EN EL CASO DE CONTROVERSIAS QUE SURJAN DE LA INTERPRETACIÓN O LA APLICACIÓN DE REGLAS DE IUS COGENS. DE TAL ANÁLISIS DEDUCE QUE LA JURISDICCIÓN OBLIGATORIA DE LA CIJ, ES YA UNA REALIDAD EN EL DERECHO CONVENCIONAL, AUNQUE DE ALCANCES LIMITADOS. POR OTRA PARTE, ESTE ADELANTO NO - DA PIÉ PARA PENSAR EN UNA ACTIO POPULARIS INTERNACIONAL, ES DECIR, AÚN CUANDO LOS INTERESES DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL SE - VEAN AFECTADOS POR UN ACTO CONTRARIO A UNA NORMA IMPERATIVA DE - D.I., SÓLO LOS ESTADOS DIRECTAMENTE INVOLUCRADOS PODRÁN ACCEDER A LA JURISDICCIÓN DE DICHA CORTE. ES DE RECONOCERSE QUE LAS DI-

224 Cfr. *ibid.*, p. 117.

225 Cfr. *ibid.*, p. 138.

FERENTES OPCIONES DE ARREGLO CONTENIDAS EN LA PARTE ADJETIVA DE LA CONVENCIÓN HACEN QUE ÉSTA TENGA MÁS OPORTUNIDADES DE SER OBSERVADA EFECTIVAMENTE, LO CUAL NO SUCEDERÍA CON UN PROCEDIMIENTO RÍGIDO.

CON TODO, EL ASPECTO MÁS CONTROVERTIDO DE NUESTRA FIGURA ES LA IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS CONCRETAS QUE TIENEN CÁRACTER IMPERATIVO; ES POR ELLO QUE LA CDI ADOPTÓ DELIBERADAMENTE UN CRITERIO FORMAL, CON LA VENTAJA DE QUE SERÁ LA PRÁCTICA DE LOS ESTADOS Y LA JURISPRUDENCIA LAS QUE PROGRESIVAMENTE DESARROLLARÁN TALES NORMAS. LA DOCTRINA HA TOMADO LA INICIATIVA Y MUCHOS INTERNACIONALISTAS HAN PROPUESTO SUS PROPIOS CRITERIOS. GÓMEZ ROBBLEDO RECOPILA VARIOS PUNTOS DE VISTA INTERESANTES: PARA RIDUEJO PASTOR ES NECESARIO CONTINUAR LOS ESFUERZOS DOCTRINALES Y ACCELERAR EL PROCESO CODIFICADOR DEL D.I. EN INSTITUCIONES PRIVADAS O EN O.I. (226); NAHLIK DESCUBRE DOS TENDENCIAS DOCTRINALES PRINCIPALES, UNA QUE RECONOCE COMO NORMAS IMPERATIVAS A LOS PRECEPTOS ESENCIALES DE LA CARTA DE LA ONU, OTRA QUE INCLUYE A LOS DERECHOS HUMANOS, Y EN MENOR GRADO LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO CONSULAR Y DEL MAR (227); YASSEEN ADOPTA UNA OPINIÓN PARECIDA AL DIVIDIR EN DOS CATEGORÍAS LAS NORMAS QUE, CON MAYOR PROVABILIDAD, SE CONVERTIRÁN EN IUS COGENS, A SABER: AQUELLAS RELATIVAS A LOS INTERESES VITALES DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL, POR OTRA PARTE, LAS QUE ENUNCIAN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL HOMBRE (228); EN EL SISTEMA DE CAINCEDO PERDOMO LAS CATEGORÍAS SON 5: NORMAS IMPERATIVAS RELATIVAS A LOS DERECHOS SOBERANOS, NORMAS RELATIVAS AL MANTENIMIENTO DE LA PAZ Y LA SEGURIDAD INTERNACIONALES, NORMAS TOCANTES A LA LIBERTAD DE LA VOLUNTAD PARA CONTRATAR Y LA INVIOLEBILIDAD DE LOS TRATADOS, NORMAS QUE TUTELAN LOS DERECHOS HUMANOS Y NORMAS QUE RIGEN EL USO DEL ESPACIO TERRESTRE Y ULTRATERRRESTRE; ADEMÁS EL JURÍSTA COLOMBIANO CONSIDERA QUE:

CONSTITUYEN NORMAS DE IUS COGENS LAS DISPOSICIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS APROBADAS POR UNA-

226 Cfr. *ibid.*, p. 169.

227 Cfr. *ibid.*, p. 170.

228 Cfr. *ibid.*, p. 171.

NIMIDAD, CUASI UNANIMIDAD O CONSENSO (229)

AHORA BIEN, NUESTRO AUTOR LE ATRIBUYE TAL CARÁCTER:

TAN SÓLO A AQUELLAS RESOLUCIONES EN CIERTO MODO LEGISLATIVAS Y QUE VERSAN SOBRE LOS INTERESES MÁS ELEVADOS DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL (230).

Y COMO EJEMPLO DE ELAS, SIGUIENDO A CAINCEDO PERDOMO, CITA LAS SIGUIENTES RESOLUCIONES: 1514 (XV) POR LA QUE SE OTORGA LA INDEPENDENCIA A PAISES Y PUEBLOS COLONIALES, 1803 (XVII) LA QUE DECLARA LA SOBERANÍA PERMANENTE SOBRE LOS RECURSOS NATURALES DE LOS ESTADOS, 2131 (XX) SOBRE LA INADMISIBILIDAD DE LA INTERVENCIÓN EN LOS ASUNTOS INTERNOS DE LOS ESTADOS, ASÍ COMO DE LA PROTECCIÓN DE SU INDEPENDENCIA Y SOBERANÍA, 2625 (XXV) QUE ENUNCIAR VARIOS PRINCIPIOS APLICABLES A LAS RELACIONES AMISTOSAS ENTRE LOS ESTADOS, 3314 (XXIX) QUE INCLUYE LA DEFINICIÓN DE AGRESIÓN Y LA CARACTERIZACIÓN DE TALES ACTOS, 2749 (XXV) QUE DECLARA PATRIMONIO COMÚN DE LA HUMANIDAD LOS FONDOS MARINOS Y OCEÁNICOS Y SU SUBSUELO, SIEMPRE QUE ESTÉN FUERA DE LOS LÍMITES TERRITORIALES DE ALGUNA NACIÓN, POSICIÓN REFORZADA POR EL ARTÍCULO 311.6 DE LA CONVENCIÓN SOBRE EL DERECHO DEL MAR -EN PROYECTO AL MOMENTO EN QUE SE PUBLICÓ EL TRABAJO QUE RESEÑAMOS- (231).

GÓMEZ ROBLEDO RETOMA EL ASUNTO PLANTEADO POR CAINCEDO PERDOMO, ES DECIR, EL RELATIVO AL VALOR JURÍDICO DE LAS RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU, PARA OPINAR QUE ESTE PUNTO PUEDE TENER DOS RESOLUCIONES: SEA QUE SE CONCIERE A TALES RESOLUCIONES COMO UNA FUENTE TESTIFICATIVA DE LA EXISTENCIA DE OTROS PROCESOS LEGISLATIVOS CONOCIDO, COMO LA COSTUMBRE O LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO, O BIEN, ADOPTANDO UN PUNTO DE VISTA REVOLUCIONARIO, CONSIDERAR AL PROCESO DESARROLLADO EN LA ASAMBLEA COMO UNA NUEVA FUENTE DE D.I. NO CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 38 DEL ESTATUTO DE LA CIJ (232). LA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 53

229 CAINCEDO PERDOMO: La teoría del *ius cogens* en el Derecho Internacional a la luz de la Convención de Viena sobre del Derecho de los Tratados, citado *ibid.*, p. 174.

230 *Ibid.*

231 La redacción preliminar -luego definitiva- fue:

Los Estados partes en esta Convención convienen en que no podrán

DE LA CONVENCIÓN DE 1969 PARECE CONFIRMAR ÉSTO, TODA VEZ QUE PARA QUE LA ACEPTACIÓN Y EL RECONOCIMIENTO DE UNA NORMA DE IUS COGENS SE PRODUZCA POR 'LA COMUNIDAD INTERNACIONAL DE ESTADOS EN SU CONJUNTO' SÓLO SE PUEDE LOGRAR EN DOS CIRCUNSTANCIAS: EN LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU, O EN UNA CONFERENCIA INTERNACIONAL QUE DE LUGAR A LA FIRMA DE UN TRATADO MULTILATERAL. LAS FUENTES TRADICIONALES NO REQUIEREN ESA PRESENCIA MASIVA PORQUE LAS CONDICIONES SOCIO-JURÍDICAS NO LO REQUERÍAN (233). EN CUALQUIER CASO, LA ASAMBLEA VA IMPONIÉNDOSE COMO UN ÓRGANO CUASI-LEGISLATIVO CON ALCANCES LIMITADOS, PERO CON ESPECTATIVAS DE QUE SE AMPLIARÁN.

EL AUTOR ESTUDIADO, CONSIDERA QUE CIERTAS NORMAS INTERNACIONALES PERTENECEN ACTUALMENTE A LA CATEGORÍA DE IMPERATIVAS, -SATISFAGAN O NO LOS REQUERIMIENTOS FORMALES HASTA HOY EXISTENTES, UNO DE ELLOS ES LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS COMO CONDITIO SINE QUA NON PARA EL EJERCICIO DE TODO OTRO DERECHO, O DICHO EN OTRO GIRO:

EL PRINCIPIO DE LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS ES UN DATO INMEDIATO DE LA CONCIENCIA HUMANA Y PERTENECE, EN CATEGORÍA DE IUS COGENS, AL DERECHO INTERNACIONAL POSITIVO (234)

SIGUIENDO A ERIK SUY, APUNTA QUE LAS OBLIGACIONES CUYA VIOLACIÓN CONSTITUYE UN CRÍMEN INTERNACIONAL SON -DEBEN SER RECONOCIDAS COMO- DERIVACIONES DE UNA NORMA DE IUS COGENS, TALES COMO LA QUE PROHIBE LA ESCLAVITUD, EL GENOCIDIO, LA DISCRIMINACIÓN, EL APARTHEID, ETC. PODEMOS RESUMIR SU PENSAMIENTO CON LA TRANSCRIPCIÓN DEL SIGUIENTE PASAJE:

HAY UNA ESTRECHA CONEXIÓN ENTRE EL IUS COGENS Y EL DERECHO HUMANITARIO... EL DERECHO HUMANITARIO O EL PRINCIPIO DE HU-

---

hacerse enmiendas al principio básico relativo al patrimonio común de la humanidad establecido en el artículo 136 y que no serán partes en ningún acuerdo contrario al mismo.

Ibid., p. 176

232 Esta es la posición del propio Caineado Perdomo.

233 Cfr. GOMEZ ROBLEDO: Le ius cogens..., p. 178.

234 Ibid., p. 181.

MANIDAD, TIENEN MUCHOS ASPECTOS DE CARÁCTER PERENTORIO, LO QUE IMPLICA QUE NO PUEDE ADMITIRSE SU VIOLACIÓN, PORQUE LA MAYORÍA DE ESTOS PRINCIPIOS O NORMAS SON ESENCIALES PARA LA SUPERVIVENCIA DE LA COMUNIDAD O LA PROTECCIÓN DE SUS INTERESES COMUNES (235)

UN ASPECTO SUMAMENTE ORIGINAL DEL ENSAYO QUE RESUMIMOS ES LA IMPORTANCIA QUE EL AUTOR OTORGA AL ASPECTO IUSFILOSÓFICO DEL ESTUDIO DEL IUS COGENS. DESDE EL INICIO DE LA PARTE CRÍTICA DE SU OBRA, GÓMEZ ROBLEDO ESTIMA IMPRESINDIBLE UNA ÓPTICA QUE NOS PERMITA REVISAR LOS PORMENORES DE LA FIGURA, A LA LUZ DE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DE LA PROPIA FILOSOFÍA DEL DERECHO (236), - SI SE QUIERE IR MÁS ALLA DE LA SIMPLE EXPOSICIÓN DE DATOS Y OPINIONES PARA LLEGAR A DESCUBRIR LAS RAZONES ÚLTIMAS DE LA EXISTENCIA DE NORMAS DE D.I. CON CARÁCTER IMPERATIVO, ASÍ COMO DEL VACIO JURÍDICO QUE ESTÁN LLAMADAS A LLENAR.

ESTIMA QUE EL IUS COGENS FUE CONCEBIDO EN SUS RAZGOS TELEOLÓGICOS YA DESDE VITORIA; EN EFECTO, LA LEX IURIS GENTIUM FUE -- PENSADA COMO UNA NORMA CON FUERZA INEXORABLE DE LA CUAL NINGÚN -- SOBERANO PODÍA SUSTRARSE VÁLIDAMENTE A SU APLICACIÓN; ASIMISMO SE COLIGE QUE LAS NORMAS IMPERATIVAS DEBEN EMANAR DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL, ES DECIR, EL CARÁCTER OBLIGATORIO E INDEROGABLE PROPIO DEL IUS COGENS DEVIENE DEL CONCEPTO VITORIANO DE AUCTORITAS TOTIUS ORBIS.

AHORA BIEN, SE PREGUNTA EL AUTOR POR LA INFLUENCIA DEL IUS COGENS EN LA REGULACIÓN DE LOS ACTOS UNILATERALES DE LOS ESTADOS. OTRA VEZ TRAS LOS PASOS DE SUY, QUIEN SE DECLARA PARTIDARIO DE LA EXTENSIÓN DEL IUS COGENS A TODO ACTO DE ESTADO, GÓMEZ ROBLEDO ESTIMA QUE SÓLO SERÁ FACTIBLE TAL EXTENSIÓN EN LA MEDIDA EN QUE SE CONSTRUYA Y SE RESPETE UN ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL, COMO LO HACEN NOTAR DAHM, LAUTERPACH, FITZMAURICE Y ROLIN ENTRE OTROS.

EL CLÁSICO PRINCIPIO EX INIURIA IUS NON ORITUR, SOLO PODRÁ A SER PLENAMENTE VIGENTE EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL, POR VIRTUD

235 JALIL KASTO: *Ius cogens and humanitarian Law*, citado *ibid.*, p. 185.

236 *Cfr. ibid.*, p. 88.

DE LAS NORMAS DE IUS COGENS, NO OBSTANTE EL ENTUSIASMO, EN ESTE PUNTO NOS TENEMOS QUE ENFRENTAR AL EXÁMEN DE LA EFECTIVIDAD DE LA NORMA PARTICULAR. GÓMEZ ROBLEDO CONCLUYE QUE EL PUNTO SIGUE - EN ESTUDIO, PERO QUE DOS SON LOS VALORES FUNDAMENTALES QUE MUEVEN LOS INTENTOS EN PRO DEL IUS COGENS: PAZ Y HUMANIDAD. ESTAMOS EN UN MOMENTO CRUCIAL PARA EL DESARROLLO JURÍDICO INTERNACIONAL, YA QUE:

LA SOCIEDAD INTERNACIONAL, UNA VEZ QUE HA LLEGADO A LA PLENITUD DE SU AUTOCONCIENCIA, SIENTE QUE NORMAS COMO ÉSTAS - DEBEN IMPONERSE INEXORABLEMENTE (237)

DEL ENSAYO QUE RESUMIMOS, QUEREMOS RESCATAR EL CONCEPTO - QUE DEL IUS COGENS TIENE EL JURÍSTA ESPAÑOL DE LUNA, A SABER:

[EL IUS COGENS ES] EL MÍNIMO ESQUEMA JURÍDICO QUE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL CONSIDERA INDISPENSABLE PARA SU EXISTENCIA EN UN MOMENTO DADO (238)

PARÉSENOS QUE AQUÍ SE CONDENSA UNA REFLEXIÓN PROFUNDA SOBRE LA FUNCIÓN DEL DERECHO COMO MEDIO DE REGULACIÓN DE CONDUCTAS.

NUESTRO AUTOR RECONOCE EN EL IUS COGENS, UNO DE LOS DESARROLLOS ORIGINALES INTRODUCIDOS POR LA CDI EN LA CONVENCIÓN DE 1969 CONJUNTAMENTE CON LA ADECUACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS VICIOS DEL - CONSENTIMIENTO AL D.I. CONVENCIONAL (239), TODO LO CUAL FUE TRANSFERIDO, COMO SABEMOS, AL TEXTO DE LA CONVENCIÓN DE 1986. AUNQUE RESULTE PARADÓJICO, ES NECESARIO APUNTAR QUE LAS OPINIONES MÁS - ORIGINALES PRODUCIDAS POR GÓMEZ ROBLEDO A ESTE RESPECTO, NO SE CONTIENEN EN LAS OBRAS HASTA AQUÍ CITADAS. EXISTE AÚN OTRO ESTUDIO EN DONDE OFRECE, ADEMÁS DE UNA VERSIÓN REDUCIDA DE LA HISTORIA DEL CONCEPTO, UNA PROPUESTA DE CATEGORIZACIÓN DE NORMAS IMPERATIVAS DE D.I. (240). DEBEMOS DEJAR SENTADO QUE EL AUTOR ESTIMA QUE LA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 53 -DE AMBAS CONVENCIONES- TIENE -

237 Ibid., p. 207.

238 Ibid.

239 GÓMEZ ROBLEDO, Antonio: La cláusula rebus sic stantibus, en Estudios Internacionales, Archivo Histórico Diplomático Mexicano, Cuarta Época, Núm. 15, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 1982, p. 82.

240 GÓMEZ ROBLEDO, Antonio: "Ius cogens y ius naturale", Boletín Mexicano de

ORIENTACIONES POSITIVISTAS, EN UN INTENTO DE LOS REDACTORES POR SANJAR LA DISCUSIÓN SUSCITADA ENTRE POSITIVISTAS Y IUSNATURALISTAS; EN REALIDAD, AL NO QUEDAR RESUELTAS LAS DISPUTAS DE ÍNDOLE TÉCNICO QUE VERSAN SOBRE DEFINICIÓN, ESPECIFICACIÓN DE LAS NORMAS PARTICULARES, APLICACIÓN, VIOLACIÓN ETC. NINGUNO DE LOS GRUPOS PUEDE SENTIRSE VENCEDOR.

SEÑALA QUE DADA LA REDACCIÓN DEL PRECEPTO, EN NINGÚN MOMENTO SE ALUDE AL ORIGEN DE LA REGLA DE IUS COGENS, Y AL CONTRARIO 'ACEPTACIÓN Y RECONOCIMIENTO' SUPONEN LA PREEXISTENCIA DE PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE BIEN PODRÍAN SER DE DERECHO NATURAL, CON LO CUAL, EL DOBLE CONDICIONAMIENTO ES SÓLO UN MECANISMO FORMAL PARA POSITIVIZAR LO QUE YA EXISTÍA JURÍDICA PERO NO LEGALMENTE. ESTE PUNTO EN ESPECIAL TIENE LA MAYOR RELEVANCIA FILOSÓFICA, AUNQUE CAREZCA DE SIGNIFICACIÓN PRÁCTICA. ATENDIENDO A AQUELLA, GÓMEZ-ROBLEDO DISTINGUE LA EXISTENCIA DE DOS CLASES DE NORMAS IMPERATIVAS DE D.I. A SABER: A) UN IUS COGENS NATURALE POSITIVIZADO, Y B) UN IUS COGENS POSITIVO. UNO Y OTRO TIENEN VIGENCIA, ÉSTE POR ORIGEN Y AQUEL POR ASIMILACIÓN.

AUN CUANDO HAY CASOS 'FRONTERA', EL INSTRUMENTO METODOLÓGICO QUE PROPONE PUEDE IDENTIFICAR CON FACILIDAD NORMAS DE CADA TIPO. ASÍ, LO QUE HOY SON CONSIDERADOS CRÍMENES INTERNACIONALES DERIVAN DE NORMAS IURIS COGENTIS NATURALIS; POR LO QUE TOCA A LA PROTECCIÓN DE LOS FONDOS MARINO Y OCEÁNICOS, SE DEBE DISTINGUIR COMO NORMA DE IUS COGENS POSITIVUM. EL PAPEL QUE JUEGA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL DIFERENTE EN CADA CASO, EN EL IUS COGENS NATURALE ES NECESARIO UN ACTO DECLARATIVO POR PARTE DE AQUELLA, ENTANTO QUE PARA EL IUS COGENS POSITIVUM, LA NATURALEZA DEL ACTO DE LA COMUNIDAD DE ESTADOS HA DE SER CONSTITUTIVO. SI BIEN ES CIERTO QUE EN LA PRÁCTICA EL ARTÍCULO 53 Y LOS DEMÁS RELATIVOS DE LAS CONVENCIONES SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS TIENEN LA -



POSIBILIDAD DE APLICACIÓN EFECTIVA QUE SE LES QUIERA DAR, PRESIN DIENDO DE TODO RAZGO NATURALISTA; DESDE SU PUNTO DE VISTA FILOSÓFICO, LA REFLECCIÓN AXIOLÓGICA ES IMPRESCINDIBLE (241).

**1.46** EL JURÍSTA SOVIÉTICO LEVAN ALEXIDZE ANALIZA LA FIGURA DEL IUS COGENS TRATANDO DE DEFINIR SU NATURALEZA JURÍDICA DESDE LA ÓPTICA MARXISTA-LENINISTA DEL DERECHO INTERNO Y DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES (242). AL EFECTO SE PREGUNTA SI EN D.I. EL IUS COGENS ES UNA LEX FERENDA AÚN DESPUÉS DE LA FIRMA Y RATIFICACIÓN DE LA CONVENCION DE 1969, SIN CONTESTAR INMEDIATAMENTE A PUNTA QUE NO EXISTE TODAVIA CASO ALGUNO PLANTEADO O RESUELTO QUE VERSE SOBRE LA NOCIÓN DE NORMA IMPERATIVA. CITANDO A LAS FUENTES DOCTRINALES QUE YA CONOCEMOS, DECLARA QUE LA IDEA DE ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL DOMINÓ LAS PRIMERAS DÉCADAS DE GOBIERNO POSTERIORES A LA REVOLUCIÓN DE OCTUBRE, CUANDO UN NUEVO TIPO DE D.I. NACIÓ PARA REGULAR LAS RELACIONES INTERESTÁTICAS, EN ESFERAS SOCIOECONÓMICAS PRIMORDIALMENTE; DE LO QUE LOS AUTORES OCCIDENTALES PERMANECIERON IGNORANTES. AFIRMA QUE EN ESE PERÍODO, LA POLÍTICA EXTERIOR SOVIÉTICA RECHAZABA CUALQUIER ACUERDO QUE CONTUVIERA CLÁUSULAS INEQUITATIVAS O QUE PERPETUARAN UN RÉGIMEN COLONIALISTA, POR LO QUE:

LA DOCTRINA SOVIÉTICA, AÚN SIN MENCIONAR EL TÉRMINO IUS COGENS, ESTUVO CONSCIENTEMENTE IMPUGNANDO LA LEGALIDAD DE LOS TRATADOS QUE ESTABAN EN CONFLICTO CON UN PRINCIPIO BÁSICO DE DERECHO INTERNACIONAL (243).

EL INTERÉS POR EL IUS COGENS INTERNACIONAL DATA DE 1953, - AÑO EN QUE LA CDI COMENZÓ SUS TRABAJOS DE CODIFICACIÓN SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS. LOS INTERNACIONALISTAS DENTRO Y FUERA DE LA COMISIÓN SE PRONUNCIARON, AL IGUAL QUE LAS REPRESENTACIONES DE LAS POTENCIAS DESARROLLADAS, GENERALMENTE EN FAVOR DE LA INSTITUCIÓN. CONCLUYE EL AUTOR QUE:

241 Cfr. *ibid.*, p. 521.

242 Cfr. ALEXIDZE, Levan: "Legal nature of ius cogens", *RC*, Tomo 138, Leiden, 1981, pp. 219 y ss.

243 *Ibid.*, p. 229.

LA AUSENCIA DE CASOS QUE INVOLUCREN REFERENCIAS AL IUS COGENS NO PUEDE SER EVIDENCIA DE LA AUSENCIA DE LA INSTITUCIÓN EN SÍ MISMA. AL PROPIO TIEMPO, EN VIRTUD DEL HECHO DE QUE LA CONVENCIÓN DE VIENA RECALCÓ EL CARÁCTER POSITIVO, - CONSENSUAL DEL IUS COGENS, EXISTE UN DESACUERDO ENTRE LOS ESTUDIOSOS, RESPECTO DE LA NATURALEZA LEGAL, LAS FUENTES - Y EL CONTENIDO DEL IUS COGENS INTERNACIONAL(244)

EL AUTOR OPINA QUE PARA DESENTRAÑAR DICHA NATURALEZA, ES NECESARIO ESTUDIAR A LAS NORMAS IMPERATIVAS EN LA GENERALIDAD DE LOS SISTEMAS INTERNOS, Y QUE TODA ANALOGÍA CON EL D.I. ES VÁLIDA EN TANTO QUE ÉSTE, ES UN SISTEMA DE NORMAS Y RESPONDE A LOS PLANTEAMIENTOS DE UNA TEORÍA GENERAL. RECUERDA LOS ANTECEDENTES ROMANOS DEL DERECHO PÚBLICO Y LOS TRABAJOS DE LOS PANDECTISTAS, DE LOS CUALES SURGIÓ TANTO LA DENOMINACIÓN COMO LA DICOTOMÍA TÉCNICA DE NORMAS IMPERATIVAS Y DISPOSITIVAS. SEÑALA QUE MUCHAS - NORMAS EXPRESAN CLARAMENTE SU CARÁCTER PERENTORIO Y POR LO TANTO SU USO EN UN TRIBUNAL ES SUMAMENTE SENCILLO Y EFICAZ; EN CAMBIO OTRAS NO LO HACEN Y ES ENTONCES EN DONDE LA LABOR INTERPRETATIVA DE LAS CORTES ADQUIERE LA IMPORTANCIA DEBIDA, A FIN DE DETERMINAR SI LA NORMA EN CUESTIÓN ES O NO TAXATIVA.

AHORA BIEN, CONSIDERA QUE LA DIVISIÓN CREADA POR LOS PANDECTISTAS DURANTE EL SIGLO XIX, TUVO LA FINALIDAD DE JUSTIFICAR EL ORDEN LEGAL ESTABLECIDO POR LA BURGUESÍA, CON BASE EN LA AUTORIDAD DEL DERECHO ROMANO. MÁS TARDE, DICHA CLASIFICACIÓN FUE ACEPTADA POR TODOS LOS SISTEMAS LEGALES DESARROLLADOS, INCRUSTÁNDOLA PRINCIPALMENTE EN LAS COMPILACIONES CIVILES. POR SU PARTE, EL DERECHO SOVIÉTICO, SIN ACEPTAR LA DIVISIÓN ESTABLECIDA ENTRE DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO, ACEPTÓ TAL CLASIFICACIÓN CON BASE EN EL GRADO DE COMPULSIÓN CON QUE LAS NORMAS ESTABAN - INVESTIDAS, PARA ACTUALIZAR LA CONDUCTA PREVISTA EN ELLAS; HAY AUTORES COETANEOS QUE PREFIEREN EL TÉRMINO 'NORMAS CATEGÓRICAS' PARA REFERIRSE A LAS IMPERATIVAS, DE HECHO, UNO DE LOS MÁS RE--

## CIENTES MANUALES SOVIÉTICOS DE DERECHO DETERMINA:

UNA NORMA IMPERATIVA ES UNA DISPOSICIÓN DIRIGIDA A PERSONAS MORALES O INDIVIDUOS, QUE ESTA EXPRESADA DE UNA FORMA CATEGÓRICA; NO SE PERMITE DEROGACIÓN ALGUNA DE ESTA DISPOSICIÓN.

EL CARÁCTER IMPERATIVO DE DICHAS NORMAS ES USUALMENTE OBVIO DEBIDO A SU CONTENIDO O ES RECALCADO POR EL LEGISLADOR HACIENDO REFERENCIA A SU CARÁCTER PERENTORIO.

LAS NORMAS DISPOSITIVAS GARANTIZAN A LOS PARTICIPANTES EN UNA RELACIÓN LEGAL LA POSIBILIDAD DE DETERMINAR LAS CONDICIONES POR SI MISMOS Y DE ESCOGER A DISCRECIÓN LAS CONDUCTAS MÁS BENÉFICAS; SI LOS PARTICULARES NO HICIERAN USO DE DICHO DERECHO, LA CONDUCTA EXPRESADA EN UNA NORMA DADA EN TRARÍA EN VIGOR (245).

EL DERECHO IMPERATIVO FRECUENTEMENTE ABARCA AL DERECHO - CONSTITUCIONAL, EL ADMINISTRATIVO Y EL PENAL, RESPECTO DE LOS ORDENES INTERNOS, Y LOS TRIBUNALES, AL APLICARLO, RARA VEZ SE VEN EN LA NECESIDAD DE INVOCAR PRINCIPIOS JURÍDICOS GENERALES QUE REFLEJEN LOS FUNDAMENTOS DEL SISTEMA COMO TAL. POR OTRA PARTE, LA EXISTENCIA DE UN APARATO JUDICIAL NO ES UN REQUISITO INDISPENSABLE PARA LA EXISTENCIA DE NORMAS DE IUS COGENS. LA IDEA DE QUE ÉSTE ÚNICAMENTE PUEDE DARSE EN UN SISTEMA LEGAL VERTICAL ES CORRECTA SÓLO PARCIALMENTE, YA QUE NO TOMA EN CUENTA LA CAPACIDAD DE VINCULACIÓN CON QUE CUENTA LA AUTORIDAD CREADORA DE LA NORMA. LAS REGLAS IMPERATIVAS, COMO TODA EXPRESIÓN DEL DERECHO, EXPRESAN EL INTERÉS COMÚN DE LA CLASE DOMINANTE POLÍTICA Y ECONÓMICAMENTE -EN EL CASO DE LA SOCIEDAD SOVIÉTICA, AFIRMA EL AUTOR QUE CORRESPONDE AL PUEBLO DICHO LUGAR- POR LO TANTO EL ÓRGANO LEGISLADOR LEGÍTIMA DICHO INTERÉS. EN EL DERECHO INTERNO EL ESTADO EJERCE TAL FUNCIÓN INCLUYÉNDOSE, ES DECIR, SIENDO SUJETO DEL DERECHO QUE CREA. DESDE ESTE PUNTO DE VISTA, LAS NORMAS IMPERATIVAS SON EL RESULTADO DE LAS RELACIONES DE COORDINACIÓN QUE SE DAN ENTRE LAS FACCIÓNES DIRIGENTES, DE OTRA MANERA, AQUÉLLAS NO SE -

245 TEPLOVA, N.A.: The Soviet Law, sin nota editorial, Moscú, 1980, p. 27 citado *ibid.*, p. 235.

PODRÍAN DAR.

POR OTRA PARTE, OPINA QUE EL CONCEPTO DE IUS COGENS NO SE PUEDE ASOCIAR A UNA JERARQUÍA DE NORMAS, TODA VEZ QUE ÉSTA ÚLTIMA DEPENDE DEL GRADO DE FUERZA LEGAL CON QUE LA NORMA CUENTE PARA ACTUALIZAR LA SANCIÓN QUE LE CORRESPONDE, MIENTRAS QUE:

LA ESPECIFICIDAD DEL IUS COGENS RECIDE EN EL GRADO DE VINCULACIÓN LEGAL DE UNA DISPOSICIÓN [SUPUESTO JURÍDICO] FORMULADO EN UNA REGLA DADA (246)

POR LO TANTO, PUEDE EXISTIR DERECHO DISPOSITIVO JERARQUICAMENTE SUPERIOR AL IUS COGENS, DEBIDO AL HECHO DE QUE LAS PRIMERAS PUEDEN SER NORMAS CONSTITUCIONALES Y LAS SEGUNDAS, DERIVAR DE UN ACTO JURÍDICO SUBORDINADO A AQUELLAS.

RECONOCE QUE LA DOCTRINA FRECUENTEMENTE HA ANALIZADO AL IUS COGENS, COMPARÁNDOLO CON OTRAS INSTITUCIONES SIMILARES, COMO EL ORDEN PÚBLICO, PERO DESDE SU PUNTO DE VISTA:

EL ORDEN PÚBLICO ES RECONOCIDO COMUNMENTE COMO UNA DE LAS INSTITUCIONES DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS OCCIDENTALES QUE DEFIENDEN LA BASE DEL SISTEMA SOCIO-ECONÓMICO BURGUÉS (247)

EN CONSECUENCIA, EL SISTEMA SOVIÉTICO HA DESARROLLADO LA NOCIÓN DE 'ORDEN PÚBLICO INTERNO' (SIC) QUE, AL COMPRENDER NO SÓLO A NORMAS POSITIVAS SINO TAMBIÉN A OTRA CLASE DE ELEMENTOS COMO LAS DEMANDAS POLÍTICAS Y MORALES DEL PUEBLO, PUEDE SER UTILIZADO POR LOS TRIBUNALES COMO UN PRINCIPIO DERIVADO DEL ORIGEN COMÚN Y EL PROPÓSITO DE LA LEGISLACIÓN SOVIÉTICA. EN CONCRETO, EL IUS COGENS DIFIERE DEL ORDEN PÚBLICO, EN QUE TODAS LAS NORMAS QUE ÉSTE ÚLTIMO CONTIENE, SON IMPERATIVAS PERO NO VICEVERSA, YA QUE ALGUNAS - NORMAS IMPERATIVAS PROTEGEN LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS, COMO ASEVERA SAVIGNY. DE SU ESTUDIO DEL ORDEN PÚBLICO INTERNO, OBTIENE TRES CONCLUSIONES:

1.- EL IUS COGENS DOMÉSTICO, ES UN AGREGADO DE:

A) REGLAS DE DERECHO POSITIVO, ESTABLECIDAS O SANCIONA

246 Ibid., p. 237. El agregado es nuestro.  
247 Ibid., p. 238.

DAS POR EL ESTADO, PROHIBIENDO SU DEROGACIÓN POR PACTOS PRIVADOS, EXPRESAMENTE.

B) REGLAS DE DERECHO POSITIVO QUE NO EXPRESAN CLARAMENTE SU CARÁCTER PERENTORIO, PERO SU CONTENIDO Y LUGAR - DENTRO DEL SISTEMA LEGAL, PRESUPONEN TAL CARÁCTER YA QUE TUTELAN LOS FUNDAMENTOS DE LA SUPERESTRUCTURA JURÍDICA, EN UNA SOCIEDAD DADA.

C) CIERTOS PRINCIPIOS GENERALES DEDUCIDOS POR LAS - DEMANDAS POLÍTICAS Y MORALES DE LAS FUERZAS SOCIALES, - ECONÓMICAS Y POLITICAMENTE DOMINANTES, EN LAS CUALES - TODO EL SISTEMA LEGAL ESTA BASADO.

2.- SÓLO LOS DOS ÚLTIMOS GRUPOS DE NORMAS Y PRINCIPIOS PUEDEN SER CUBIERTOS POR EL ORDEN PÚBLICO, EN EL CUAL EL SISTEMA LEGAL JUEGA UN PAPEL SIGNIFICATIVO PERO NO DECISIVO, - DESDE EL MOMENTO EN QUE LA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ NO ES ELIMINADA Y DEBE PERMANECER DENTRO DEL ORDEN LEGAL EXISTENTE, POR LO MENOS DESDE UN PUNTO DE VISTA TEÓRICO.

3.- EN CADA SISTEMA JURÍDICO, LAS NORMAS DE IUS COGENS SON EL RESULTADO DE LA VOLUNTAD COMÚN, DEL CONSENSO DE LOS MIEMBROS DE LA CLASE DIRIGENTE O DE TODO EL PUEBLO, ESTABLECIENDO A TRAVÉS DE LA MAQUINARIA LEGISLATIVA, NORMAS CON ABSOLUTO PODER DE VINCULACIÓN ENTRE TODOS LOS SUJETOS DE DERECHO, INCLUYENDO A LOS INDIVIDUOS DIRIGENTES, QUIENES TIENEN QUE SOMETERSE AL BIEN COMÚN Y A LA VOLUNTAD DE LAS FUERZAS POLÍTICAS, EN SU CONJUNTO (248).

HACE HINCAPIÉ EN QUE LA NOCIÓN DE IUS COGENS NO EXCLUYE EL ELEMENTO DE AUTOVINCULACIÓN, AL CONTRARIO, DICHO RAZGO ES INDISPENSABLE EN CUALQUIER PROCESO DE CREACIÓN DE NORMAS.

TRANSPORTA LO ANTERIORMENTE EXPUESTO AL ÁMBITO INTERNACIONAL, A FIN DE ANALIZAR EL IUS COGENS EN D.I.; RECHAZA TANTO LA TESIS POSITIVISTA, NEGADORA DE NUESTRA INSTITUCIÓN EN LA MAYORÍA DE SUS EXPONENTES, ASÍ COMO AL IUSNATURALISMO. PROPONE UN ESTUDIO BASADO EN EL MARXISMO-LENINISMO APLICADO A LAS RELACIONES IN

TERNACIONALES. DECLARA PUÉS, QUE EL D.I. SE ESTABLECE SOBRE ACUERDOS QUE FIJAN NORMAS BENÉFICAS PARA LOS INTERESES DE LA CLASE DIRIGENTE EN UN ESTADO, POR LO TANTO EL D.I. ES SÓLO EL RESULTADO DE LA COORDINACIÓN DE LOS INTERESES COMÚNES A ESTADOS CON DIFERENTE SISTEMA SOCIO-ECONÓMICO. EL INTERÉS COMÚN ES UN FENÓMENO OBJETIVO QUE FUERZA A LOS ESTADOS A DEFINIR NORMAS VINCULANTES, MÁS ALLÁ DE CUALQUIER IDIOLOGÍA. PERO EL INTERÉS SE EXPRESA A TRAVÉS DE ACTOS DE VOLUNTAD, ESTA VOLUNTAD COMÚN ASÍ COORDINADA OTORGA - EL ATRIBUTO DE IMPERATIVIDAD A CIERTAS NORMAS PARTICULARES. EN - OTRAS PALABRAS, 'RECONOCIMIENTO' ES VOLUNTAD COMÚN COORDINADA, - QUE EN EL CASO DEL D.I. ABARCA A UNA GRAN MAYORÍA DE ESTADOS. POR LO QUE UNO DE ELLOS, NO PUEDE IMPONERSE VALIDAMENTE SOBRE LOS DEMÁS, POR LO TANTO:

UNA NORMA DE IUS COGENS [INTERNACIONAL] DEBE SER ACEPTADA - POR LA MISMA MAYORÍA REQUERIDA EN EL CASO DE CADA NORMA - PROHIBITIVA QUE PROTEGE LOS VALORES MORALES, VITALES DE LA CIVILIZACIÓN CONTEMPORÁNEA, COMO ES FIJADO POR EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO. UN NÚMERO DE ESTADOS NO PUEDEN SER AUTORIZADOS PARA Oponerse a LA VOLUNTAD COMÚN COORDINADA DE ESTADOS, QUE REFLEJE LAS NORMAS SOCIETALES MÁS - OBJETIVAS Y VITALES DEL DESARROLLO DE LA HUMANIDAD (249)

TOCANTE A LAS FUENTES DEL D.I. DE LAS QUE SE PUEDEN DERIVAR NORMAS IMPERATIVAS, COINCIDE CON LA DOCTRINA OCCIDENTAL EN QUE LOS TRATADOS MULTILATERALES Y LA COSTUMBRE SON LAS INDICADAS; Y ADEMÁS, SEÑALA QUE ÁMBAS ESTÁN EN EL MISMO NIVEL DE IMPORTANCIA Y POR LO TANTO, DESCARTA LA EXISTENCIA DE JERARQUÍA ALGUNA ENTRE NORMAS DE D.I. A ATENCIÓN A SU MODO DE FORMACIÓN. PARA EL AUTOR, UN ORDEN JERÁRQUICO EN NUESTRA DISCIPLINA PUEDE CONSTRUIRSE SOBRE - EL ANÁLISIS DEL CONTENIDO Y EL ALCANCE DE LAS MISMAS, DENTRO DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL, CON BASE EN ELLO, PROPONE LA SIGUIENTE JERARQUIZACIÓN:

- 1.- LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL D.I., RECONOCIDOS POR TODOS LOS ESTADOS DEL MUNDO COMO REGLAS BÁSICAS DE CON

DUCTA OBLIGATORIA PARA CADA MIEMBRO DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL.

- 2.- PRINCIPIOS QUE ESTABLECEN REGLAS BÁSICAS DE CONDUCTA, DENTRO DE LAS RAMAS PARTICULARES DE ESTE SISTEMA JURÍDICO.
- 3.- REGLAS ESTABLECIDAS POR LOS ESTADOS EN CONCORDANCIA CON LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES Y DERIVADOS DEL D.I.
- 4.- PRINCIPIOS Y REGLAS CONTENIDAS EN TRATADOS Y COSTUMBRES LOCALES, PREVIENDO QUE ÉSTAS NO ESTÉN EN OPOSICIÓN CON PRINCIPIOS O REGLAS DE D.I. MENCIONADAS ARRIBA (250)

DICHA ENUNCIACIÓN PERMITE CONCEBIR AL D.I. COMO UN TODO. NO LE CABE DUDA DE QUE IUS COGENS DEBE SER BUSCADO ENTRE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL D.I., AUN CUANDO NO TODOS TIENEN CARÁCTER IMPERATIVO. CORRELATIVAMENTE, OFRECE LOS SIGUIENTES CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN:

- A) UNA REGLA DEBE SER RECONOCIDA COMO LEGALMENTE VINCULANTE POR TODOS, O CASI TODOS LOS ESTADOS, INDEPENDIEMENTE DEL SISTEMA SOCIO-ECONÓMICO QUE LOS RIJA.
- B) EL CARÁCTER PERENTORIO DE UNA NORMA DEBE SER RECONOCIDO POR LOS ESTADOS EXPRESAMENTE, O BIEN, PRESUMIDO JURIDICAMENTE ATENDIENDO A SU VALOR SOCIAL Y MORAL EN FUNCIÓN DE TODO EL ORDEN LEGAL CONTEMPORÁNEO.
- C) CUALQUIER DEROGACIÓN DE UNA NORMA POR MUTUO CONSENTIMIENTO DE LOS ESTADOS INVOLUCRADOS, EN EL NIVEL LOCAL, QUE ATENTE EN CONTRA DE LOS LÍMITES COMUNMENTE RECONOCIDOS POR LA CIVILIZACIÓN, ES NULO.
- D) LA INVALIDEZ DE LOS ACUERDO DEROGATORIOS DE NORMAS DE IUS COGENS, NO PUEDE SER CONVALIDADA POR LOS ESTADOS INVOLUCRADOS AÚN SI ÉSTOS TRATAN DE LIBERARSE DE DICHO ACUERDO (251).

ASÍ PUÉS, EL ANÁLISIS IUSNATURALISTA DIFIERE DEL MARXISTA-LENINISTA, EN QUE AQUÉL DERIVA LA NORMA IMPERATIVA DE LA NATURA-

250 Cfr. *ibid.*, pp. 259 y 260.

251 Cfr. *ibid.*, p. 261.

LEZA HUMANA DE LOS INDIVIDUOS COMO TALES, MIENTRAS QUE ÉSTE LO -  
HACE CONSIDERÁNDO LAS CIRCUNSTANCIAS SOCIO-ECONÓMICAS (252).

POR ÚLTIMO, OFRECE UNA LISTA DE NORMAS CUYA NATURALEZA IM-  
PERATIVA LE PARECE INCONTESTABLE.

- PRINCIPIOS QUE ESTABLECEN LOS PRINCIPALES DERECHOS SOBERA-  
NOS DE LOS ESTADOS Y DE LOS PUEBLOS, TALES COMO: IGUAL-  
DAD Y AUTODETERMINACIÓN, NO INTERVENCIÓN.
- PRINCIPIOS QUE DEFIENDEN LA PAZ Y LA SEGURIDAD ENTRE LAS  
NACIONES, A SABER: LA PROHIBICIÓN DE LA AMENAZA Y EL -  
USO DE LA FUERZA, SOLUCIÓN PACÍFICA DE CONTROVERSIAS,  
DEFENZA COLECTIVA EN CONCORDANCIA CON LA CARTA DE LA -  
ONU.
- PRINCIPIOS QUE RECOGEN LAS DEMANDAS ESENCIALES DE LA HUMA-  
NIDAD, COMO SON: DEFENZA DE LA LIBERTAD, HONOR Y DIGNI-  
DAD DE LOS SERES HUMANOS SIN IMPORTAR SU RAZA, SEXO, -  
LEGUAJE O CREENCIA; SUPRESIÓN DEL APARTEID, LA ESCLA-  
VITUD O GENOCIDIO, PROHIBICIÓN DE LA TRATA DE ESCLAVOS,  
MUJERES O NIÑOS, PROHIBICIÓN DE LA PIRATERÍA, INVIOLA-  
BILIDAD DE LOS DERCHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURA--  
LES, POLÍTICOS O CIVILES DE LOS INDIVIDUOS, ETC.
- PRINCIPIOS QUE PROHIBEN LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD  
COMO SE ESTABLECIÓ EN LOS ESTATUTOS DE LOS TRIBUNALES  
DE NURENBERG Y TOKIO, Y EN LA CONVENCIÓN DE GINEBRA SO-  
BRE VÍCTIMAS DE GUERRA DE 1949.
- PRINCIPIOS QUE PROHIBEN LA APROPIACIÓN DE PARTES DEL ES-  
PACIO, LOS QUE ASEGURAN LA LIBERTAD DE ALTA MAR Y DEL -  
ESPACIO AÉREO, EL USO PACÍFICO DEL ESPACIO EXTRATERRES-  
TRE, LA LUNA Y OTROS CUERPOS CELESTES, ASÍ COMO DE LA  
ANTÁRTICA (253).

252 Cfr. *ibid.*, p. 260.

253 Cfr. *ibid.*, pp. 262 y 263.



§. 47. ÉL ANÁLISIS DEL JURÍSTA SUIZO GIORGIO GAJA, SE BASA EN LA TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES, POR LO QUE CONSTITUYE UN ESTUDIO NOVEDOSO. EN EL ARTÍCULO QUE RESEÑAMOS (254) OPINA QUE EL INTERÉS QUE DESDE HACE VEINTE AÑOS HAN MOSTRADO LOS IUS-INTERNACIONALISTAS RESPECTO DEL IUS COGENS, RESPONDE AL DESEO DE RESOLVER LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA SU EXISTENCIA HABIDA CUENTA DE LA CARENCIA DE ANTECEDENTES PRÁCTICOS EN LA MATERIA.

PARTE DE DOS SUPUESTOS, A SABER: PRIMERO, QUE LA GRAN MAYORÍA DE NORMAS DE D.I. YA GENERAL, YA PARTICULAR, CREAN SITUACIONES JURÍDICAS CONCRETAS Y EN CONSECUENCIA, OBLIGACIONES CUYO CUMPLIMIENTO SÓLO ES EXIGIBLE INTER PARTES; SEGUNDO, QUE SÓLO UNA MINORÍA DE NORMAS DE D.I. CREAN OBLIGACIONES QUE VINCULAN A LOS ESTADOS RESPECTO DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL COMO TAL, ES DECIR, CON CARÁCTER DE ERGA OMNES. LA CIJHA PROPORCIONADO ALGUNOS EJEMPLOS DE ÉSTAS ÚLTIMAS, Y NO POCAS ENCUENTRAN FUNDAMENTO EN NORMAS QUE CONCIERNEN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA HUMANA, EN LA OPINIÓN DE LA CORTE:

DICHAS OBLIGACIONES DERIVAN, POR EJEMPLO, EN DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO, DE LA PROSCRIPCIÓN DE LA AGRESIÓN, DEL GENOCIDIO, ASÍ COMO TAMBIÉN DE LOS PRINCIPIOS CONCERNIENTES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA HUMANA INCLUYENDO LA PROTECCIÓN EN CONTRA DE LA ESCLAVITUD Y LA DISCRIMINACIÓN RACIAL (255)

SIN EMBARGO, LE ES DIFÍCIL PREDECIR LA FORMA EN QUE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL ACTUARÍA RESPECTO DEL INCUMPLIMIENTO DE TALES OBLIGACIONES, SIN RECURRIR A LA ACCIÓN DE LOS ESTADOS EN LO INDIVIDUAL.

POR OTRA PARTE, SEÑALA QUE EL IUS COGENS SÓLO PODRÍA IDENTIFICARSE DE ENTRE LAS OBLIGACIONES ERGA OMNES, LO CUAL NO SIGNIFICA QUE TODAS TENGAN TAL CARÁCTER. EL ASUNTO SE AGRABA PORQUE EN LA LITERATURA JURÍDICA, EL TÉRMINO 'NORMA IMPERTAIVA' POSEE MU--

254 Cfr. GAJA, Giorgio: "Ius cogens beyond the Vienna Convention", RC, To mo 152, Leyde, 1981, pp. 271 y ss.

255 Ibid., p. 281. Desafortunadamente el autor no cita el caso en cual fue incluido el pasaje transcrito, aunque presumimos que fue en el Barce lona Traction, Light and Power Co. Limited.

CHOS SIGNIFICADOS, CASI TANTOS COMO AUTORES SE HAN REFERIDO A - ELLA, LO CUAL PROVOCA QUE SE LLEGUE A DIFERENTES CONCLUSIONES - RESPECTO A CUALES NORMAS EN REALIDAD LO SON. NUMEROSOS IUSINTER NACIONALISTAS ASOCIAN LA IDEA DE 'NORMA IMPERATIVA' CON LA DE - VALIDEZ DE LOS TRATADOS, MIENTRAS QUE OTROS AMPLIAN SU CONCEPTO A CUALQUIER MEDIO DE CREACIÓN DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES (256); NO OBSTANTE, EL ARTÍCULO 53 DE LA CONVENCIÓN DE 1969 BASA SU DEFINICIÓN EN LA PRIMERA FASE Y AGREGA OTROS ELEMENTOS DE IDENTIFICACIÓN, COMO LA NECESARIA 'ACEPTACIÓN Y RECONOCIMIENTO' DE LA NORMA PERENTORIA, COMO TAL, POR LOS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL QUE, EN OPINIÓN DE GAJA ES UNA FÓRMULA COPIADA DEL ARTÍCULO 38 DEL ESTATUTO DE LA CIJ CON OBJETO DE SEÑALAR INDIRECTAMENTE LAS FUENTES DE D.I. DEL QUE SE PUEDEN DERIVAR LAS NORMAS DE IUS COGENS. CUANDO EL ARTÍCULO 53 DE LA CONVENCIÓN CITADA HABLA DE D.I. GENERAL, LO HACE POR LA NATURALEZA MISMA DEL INSTRUMENTO EN QUE SE ENCUENTRA INSERTO, SIN EMBARGO AÚN NO SE HAN ESGRIMIDO ARGUMENTOS DE PESO PARA DESTACAR LA FORMACIÓN DE UN CUERPO DE NORMAS IMPERATIVAS DE ALCANCE REGIONAL. RESPECTO DE LAS DISPOSICIONES QUE SEÑALAN LA INDIVISIBILIDAD DEL CLAUSULADO DEL TRATADO NULO BAJO LOS SUPUESTOS DEL MULTICITADO ARTÍCULO 53, EL AUTOR SE MUESTRA ECÉPTICO DE QUE EN LA PRÁCTICA ELLO PUEDA -- CONSTITUIR UNA VERDADERA SANCIÓN.

RESPECTO DEL PROCEDIMIENTO DESCRITO POR LA CONVENCIÓN DE 1969, CONSIDERA QUE SU FINALIDAD ES DIFICULTAR EL PROCESO QUE - LLEVE A LA ULTERIOR DECLARACIÓN DE NULIDAD Y, MÁS BIEN, PROMUEVE EL ARREGLO PACÍFICO, EXTRAJUDICIAL, DEL CONFLICTO; ELLO DEBIDO A LA ACTUACIÓN DE LA CORTE DURANTE LA TRAMITACIÓN DE LOS SOUTH WEST AFRICA CASES, ESPECIALMENTE DURANTE 1966. NO OBSTANTE QUE LA JURISDICCIÓN DE LA CIJ EN LO RELATIVO A LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS DE IUS COGENS, ES UNA GARANTÍA JURÍDICA, FUERA DE SU ÁMBITO DE COMPETENCIA ES CLARO QUE TAL JURISDICCIÓN NO FORMA PARTE - DEL ACTUAL CONCEPTO DE NORMA IMPERATIVA (257).

- 256 Así por ejemplo, cabría hablar del artículo 103 de la Carta de la ONU o del artículo 311, fracción 6, de la Convención sobre Derecho del Mar, que imponen a los Estados partes, la obligación de no concluir acuerdo alguno en contra de tales tratados. Cfr. *ibid.*, p. 282.
- 257 Lo cual se atenúa con la firma de la Convención de 1986.

POR OTRA PARTE, CONSIDERA QUE PODRÍA SER INJUSTIFICADO ASUMIR, CON UNA PERSPECTIVA EMINENTEMENTE JURÍDICA, QUE TODAS - LAS NORMAS QUE EN SU MOMENTO IDENTIFIQUE LA CÍJ, EN REALIDAD SON IMPERATIVAS. CON TODO, LA CORTE SE HA MOSTRADO MÁS BIEN RESERVADA A ESTE RESPECTO, DE HECHO:

EL PRIMER SIGNO DE PRECAUCIÓN FUE MOSTRADO POR LA CORTE EN SU SENTENCIA EN LOS NORTH SEA CONTINENTAL SHELF CASES. -- CUANDO CONSIDERANDO LA RELACIÓN [EXISTENTE] ENTRE LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL Y LOS TRATADOS, LA - CORTE DIJO: "SIN INTENTAR ENTRAR, Y MENOS PRONUNCIARSE SOBRE CUALQUIER CUESTIÓN DE IUS COGENS..."(258)

PARA ALGUNOS AUTORES, LA FALTA DE EFECTIVIDAD SÓLO INDICA QUE LA NORMA CONSUECUDINARIA NO ES TOTALMENTE OPERATIVA O CADUCA DE HECHO. PARA OTROS, LA COSTUMBRE O EL TRATADO SON SÓLO FORMAS EN QUE LA EFECTIVIDAD DE UNA NORMA PUEDE MANIFESTARSE. EN REALIDAD, FUERA DE LAS DECLARACIONES DE LOS DELEGADOS O REPRESENTANTES DE LOS ESTADOS EN QUE RECONOZCAN COMO IMPERATIVA UNA DETERMINADA NORMA, NO HAY MANERA DE SABER CON CERTEZA LA OPINIÓN DE LOS SUJETOS DE D.I. AHORA BIEN, SÓLO ALGUNAS DE ESTAS DECLARACIONES PUEDEN SER DISOCIADAS DEL PUNTO DE VISTA PERSONAL DEL DELEGADO QUE LAS FORMULÓ, Y SIEMPRE CABE LA POSIBILIDAD DE QUE EL ESTADO MODIFIQUE O ACLARE LAS OPINIONES DE SUS REPRESENTANTES, A DEMÁS, CON FRECUENCIA LAS DECLARACIONES VERSAN SOBRE CASOS HIPOTÉTICOS. AÚN CUANDO EL AUTOR ACEPTA LOS TÉRMINOS EN QUE EL ARTÍCULO 53 EXPRESA LA NOCIÓN DE IUS COGENS, APUNTA QUE PARA MUCHAS DE LAS NORMAS PROPUESTAS, BIEN POR LOS MIEMBROS DE LA CDI, BIEN POR OTROS JURÍSTAS, SERÍA MUY DIFÍCIL PASAR SATISFACTORIAMENTE LA PRUEBA DE EFECTIVIDAD, ESPECIALMENTE POR EL ELEMENTO DE UNIVERSALIDAD CON QUE DEBEN CONTAR (259) POR LO TANTO, CUALQUIER ESTUDIO SOBRE LA IMPERATIVIDAD DE UNA NORMA INTERNACIONAL DEBE INVOLUCRAR EL EXÁMEN DE LA PRÁCTICA DE LOS ESTADOS.

258 Ibid., p. 286 nota 31. Para la cita de la sentencia de la Corte Cfr. International Court of Justice. Reports 1969, p. 42.

259 Cfr. Sin decirlo, este argumento alienta la posibilidad de que el ius cogens regional tenga buen éxito.

CONCLUYE EL AUTOR QUE: LA CONVENCIÓN DE 1969 ADOPTÓ UN CONCEPTO DE NORMA IMPERATIVA QUE ES RESTRINGIDO EN VARIOS SENTIDOS. EL POCO ÉXITO QUE LAS NORMAS RELATIVAS HAN TENIDO, EVIDENCIA QUE DEBERÍA USARSE UNA NOCIÓN MÁS AMPLIA, REAFIRMAN EL QUE LOS ARTÍCULOS 53 Y 64 DE LA MENCIONADA CONVENCIÓN HACEN MÁS Y MÁS DIFÍCIL LA EXISTENCIA DE NORMAS IMPERATIVAS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL. EL HECHO DE QUE EL PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS TOCANTES AL IUS COGENS, NO FORME PARTE DE SU PROPIA NOCIÓN, PROVOCA LA DESCONFIANZA DE MUCHOS ESTADOS. LA EFECTIVIDAD DE LA NORMA IMPERATIVA ES PARTICULARMENTE DIFÍCIL DE ALCANZAR - DENTRO DE LOS LÍMITES IMPUESTOS POR LA CONVENCIÓN DE 1969, YA AÚN ACEPTANDO UN CONCEPTO MÁS AMPLIO, TODA VEZ QUE LAS NORMAS DE IUS COGENS IMPONEN OBLIGACIONES EN LAS CUALES NO ESTAN INVOLUCRADOS DIRECTAMENTE LOS INTERESES DE LOS ESTADOS, Y POR LO TANTO SU INCUMPLIMIENTO NO REPERCUTE ESPECIALMENTE EN SU ESFERA JURÍDICA. POR OTRA PARTE, LOS ESTADOS RARA VEZ LE CONFIEREN IMPORTANCIA AL CUMPLIMIENTO DE TALES OBLIGACIONES(260).

EN LA SEGUNDA PARTE DE SU ESTUDIO, GAJA REALIZA UN INTERESANTE ANÁLISIS DE LA RELACIÓN QUE SE ESTABLECE ENTRE LA NOCIÓN DE NORMA IMPERATIVA Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS. EL TEMA FUE ABORDADO PRIMERAMENTE EN EL SENO DE LA CDI, DURANTE SU SESIÓN DE 1976, CON MOTIVO DE LA DISCUSIÓN DEL PROYECTO PREPARADO SOBRE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL ESTATAL. LOS ARTÍCULOS 18, FRACCIÓN 2, 33, FRACCIÓN 2 INCISO A) Y ESPECIALMENTE EL 29, HACEN REFERENCIA A ESTE TEMA, AUN CUANDO SÓLO ÉSTE ÚLTIMO SE BASA EN LA DEFINICIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 53 DE LA CONVENCIÓN DE 1969.

LAS NORMAS IMPERATIVAS DE D.I. PUEDEN VINCULARSE CON LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS DE TRES DIFERENTES MANERAS. A SABER:

I.- LA APARICIÓN DE UNA NUEVA NORMA IMPERATIVA TIENE - QUE VER CON EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN IMPUESTA POR LA NORMA ANTES VIGENTE Y AHORA NULA, A CAUSA CON SU INADECUACIÓN CON LA NUEVA NORMA IMPERATIVA.

II.- EL QUE UNA OBLIGACIÓN SEA IMPUESTA A UN ESTADO POR EFECTOS DE UNA NORMA DE IUS COGENS, PUEDE AFECTAR LA POSIBILIDAD

DE QUE ÉSTE REALICE UNA ACCIÓN PARA LA CUAL, ORDINARIAMENTE, ESTARÍA FACULTADO EN RAZÓN DE UN ESTADO DE NECESIDAD O DE DEFENSA PROPIA.

III.- EL ALCANCE DEL INCUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN IMPUESTA PODRÍA SER MAYOR Y MÁS SERIO QUE EL ASOCIADO A UN ACTO ILÍCITO ORDINARIO.

PARA DESARROLLAR EL PRIMER ASPECTO, EL AUTOR RECUERDA EL CONTENIDO DE LA FRACCIÓN 2 DEL ARTÍCULO 71 DE LA CONVENCIÓN DE 1969, QUE REGULA LAS CONSECUENCIAS DE LA TERMINACIÓN DE UN TRATADO, POR LA APARICIÓN DE UNA NORMA IMPERATIVA SUPERVENIENTE QUE LE SEA CONTRARIA. DICHO NUMERAL PREVÉE QUE LAS OBLIGACIONES Y DERECHOS QUE NO ESTÉN REÑIDOS CON LA NUEVA NORMA CONTINÜEN EN VIGOR PARA LAS PARTES. POR SU PARTE, EN EL PROYECTO SOBRE RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS, LA CDI ESTIMÓ QUE EL SURGIMIENTO DE UNA NORMA DE IUS COGENS SUPERVENIENS PODRÍA VALIDAR UN ACTO QUE, ANTES DE SU EXISTENCIA, SERÍA ILÍCITO; AL EFECTO LA FRACCIÓN 2 DEL ARTÍCULO 18 DEL SUSODICHO PROYECTO ESTIPULA:

...UN ACTO DE ESTADO EL CUAL, EN EL MOMENTO EN QUE FUE REALIZADO NO SATISFISO UNA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL VÁLIDA PARA LOS ESTADOS, CESA DE SER CONSIDERADO COMO UN ACTO INTERNACIONAL ILEGAL SI, SUBSECUENTEMENTE, TAL ACTO LLEGA A SER COMPULSIVO EN VIRTUD DE UNA NORMA PERENTORIA DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL (261)

LA RATIO LEGIS DEL PRECEPTO ES PROPORCIONAR VENTAJA A LOS ESTADOS QUE LUCHAN EN CONTRA DE LAS NORMAS YA EXISTENTES QUE LES IMPONEN OBLIGACIONES INJUSTAS; EN LA PROPIA CDI SE SUGIRIÓ EL SIGUIENTE EJEMPLO PARA ILUSTRAR LO DICHO:

UN ESTADO, EL CUAL, SIENDO REQUERIDO CON BASE EN UN TRATADO VIGENTE PARA ENVIAR ARMAS A OTRO ESTADO, REUSA A CUMPLIR CON SU OBLIGACIÓN SABIENDO QUE LAS ARMAS SERÁN USADAS EN LA REALIZACIÓN DE UN GENOCIDIO O UNA AGRESIÓN, Y LO HA HECHO CONSIDERANDO [EL CONTENIDO DE] LAS NORMAS DE IUS CO--

GENS QUE PROSCRIBEN EL GENOCIDIO Y LA AGRESIÓN QUE HAN SIDO ADOPTADAS (262).

PESE A QUE EL AUTOR VE EN EL ARTÍCULO TRANSCRITO UNA VÍA PARA LA PROLIFERACIÓN DE NORMAS IMPERATIVAS SUPERVENIENTES, ALGUNOS DE LEGADOS -COMO LOS DE JAPÓN, GRAN BRETAÑA O ESTADOS UNIDOS- LO CONSIDERARON COMO UNA INVITACIÓN A LA INOBSERVANCIA DE OBLIGACIONES CONVENCIONALES; EN TODO CASO, LO IMPORTANTE ES DESTACAR QUE ÉSTE NUMERAL ADICIONA IMPORTANTES EFECTOS AL IUS COGENS SUPERVENIENTES QUE VAN MÁS ALLA QUE LOS PREVISTOS POR EL ARTÍCULO 71.2 - DE LA CONVENCION DE 1959.

EL AUTOR PLANTEA EL EXÁMEN DEL SEGUNDO PUNTO PARTIENDO DE LA CONSIDERACIÓN DE QUE UN ESTADO PUEDE EXPRESAR SU CONSENTIMIENTO PARA OBLIGARSE, EN CUALQUIER CASO QUE NO IMPLIQUE ILICITUD, - ASÍ LO RECONOCE LA FRACCIÓN 1 DEL ARTÍCULO 29 DEL PROYECTO ALUDIDO; POR SU PARTE, LA FRACCIÓN 2, ELIMINA LA POSIBILIDAD DE QUE - LA VOLUNTAD DE UN ESTADO TENGA EFECTO LEGAL ALGUNO SI SE INTENTA SUSTRAR DE LA APLICACIÓN DE UNA NORMA DE IUS COGENS. CABE SEÑALAR QUE NO SE CONOCE NINGÚN ACTO DE ESTADO -TALES COMO RESERVAS O DECLARACIONES- QUE SE REFIERAN CLARAMENTE A QUE EL CONSENTIMIENTO NO JUSTIFICA UN ACTO ILÍCITO REALIZADO EN CONTRAVENCIÓN DE NORMAS PERENTORIAS. SABEMOS QUE ÉSTAS ÚLTIMAS ESTÁN COMPRENDIDAS DENTRO DE LA CATEGORÍA DE REGLAS DE DERECHO QUE IMPONEN - OBLIGACIONES A LOS ESTADOS FRENTE A LA COMUNIDAD INTERNACIONAL EN SU CONJUNTO, POR LO TANTO, AÚN EL CONSENTIMIENTO DEL ESTADO AFECTADO POR SU INCUMPLIMIENTO ES INSUFICIENTE PARA EXIMIR AL VIOLADOR DE SU DEBER DE ACATARLA (263).

CON MAYOR RAZÓN EL ESTADO DE NECESIDAD NO PUEDE SER INVOCADO POR UN ESTADO, SEGÚN EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 33 DEL PROYECTO EN ESTUDIO, PARA DEJAR DE CUMPLIR CON UNA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL SI ÉSTA FUE ESTABLECIDA POR UNA NORMA IMPERATIVA DE D.I., Y POR LO TANTO ESTA EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD ES OPE-

262 Fifth Report on State Responsibility, ILC Yearbook, 1976-II,1, p. 18 citado *ibid.* El agregado es nuestro.

263 El autor cita aquí el caso del Gobierno de Afganistán, el cual solicitó la intervención soviética a principios de la presente década, así como la resolución ES-6/2 adoptada por la Asamblea General de la ONU en repudio de tal acto. Cfr. *ibid.*, p. 294.

RANTE CUANDO EL ESTADO TIENE QUE INCUMPLIR UNA OBLIGACIÓN, YA - SEA PORQUE SUS INTERESES PARTICULARES SE VEN AMENAZADOS POR UN PELIGRO GRAVE E INMINENTE O BIEN CUANDO EL INCUMPLIMIENTO NO LE LSIONA DE MANERA IMPORTANTE UN INTERÉS ESENCIAL DEL ESTADO FRENTE AL CUAL FUE IMPUESTA LA NORMA, SEGÚN LOS INCISOS A) Y B) DE LA - FRACCIÓN 1 DEL REFERIDO ARTÍCULO 33; DE TODO LO CUAL SE DESPRENDE QUE LAS NORMAS IMPERATIVAS TIENEN CIERTA PREEMINENCIA FRENTE A OTRAS ORDINARIAS, PRECISAMENTE PORQUE PROTEGEN INTERESES COMUNITARIOS Y NO INDIVIDUALES.

EL AUTOR PASA A DESARROLLAR EL ÚLTIMO PUNTO, COMENTANDO - QUE EL ASPECTO MÁS CONTROVERTIDO DEL PROYECTO FUE LA IDEA DE - QUE EXISTE UNA CATEGORÍA ESPECIAL DE ACTOS ILÍCITOS QUE PROVOCAN CONSECUENCIAS MÁS SEVERAS PARA EL ESTADO RESPONSABLE, QUE AQUELLAS PRODUCIDAS POR UN ACTO ILÍCITO ORDINARIO. AHORA BIEN, EL ARTÍCULO 53 DE LA CONVENCIÓN DE 1969 FUE CRITICADO 'ACREMENTE PORQUE ESPECIFICABA LA SANCIÓN DE NULIDAD, PERO NO LO HACÍA CON EL ACTO DEL CUAL DEPENDÍA LA ACTUALIZACIÓN DE DICHA SANCIÓN, POR SU PARTE, EL ARTÍCULO 19 DEL PROYECTO MULTICITADO SEÑALA CON TODA EXACTITUD UNA SERIE DE ACTOS ILÍCITOS -ALGUNOS CONSIDERADOS - POR LA DOCTRINA COMO CRÍMENES INTERNACIONALES- MUY GRAVES, PERO ADOLECE DE OMITIR EL SEÑALAMIENTO DE LA SANCIÓN CORRESPONDIENTE. EN OTRAS PALABRAS, SEGÚN MUCHOS DELEGADOS Y IUSINTERNACIONALISTAS, LA SERIE DE ACTOS TIPIFICADOS EN LA FRACCIÓN 3 DEL ARTÍCULO 19 DEL PROYECTO, SON VIOLATORIOS DE LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS POR NORMAS DE D.I., POR SU INTERÉS TRANSCRIBIMOS LA LISTA

- (A) UNA SERIA VIOLACIÓN A UNA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DE IMPORTANCIA ESENCIAL PARA EL MANTENIMIENTO DE LA PAZ Y SEGURIDAD INTERNACIONALES, COMO AQUELLA QUE PROHIBE LA AGRESIÓN.
- (B) UNA SERIA VIOLACIÓN A UNA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DE IMPORTANCIA ESENCIAL PARA LA SALVAGUARDA DEL DERECHO DE LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS, COMO LA QUE PROHIBE EL ESTABLECIMIENTO O MANTENIMIENTO, POR LA FUERZA, DE UNA DOMINACIÓN COLONIAL.
- (C) UNA SERIA VIOLACIÓN A GRAN ESCALA DE UNA OBLIGACIÓN IN

TERNACIONAL DE IMPORTANCIA ESENCIAL PARA SALVAGUARDAR AL SER HUMANO, COMO AQUELLA QUE PROHIBE LA ESCLAVITUD, EL GENOCIDIO Y EL APARTHEID.

(D) UNA SERIA VIOLACIÓN DE UNA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DE IMPORTANCIA ESENCIAL PARA LA SALVAGUARDA Y LA PRESERVACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE HUMANO, COMO AQUELLA QUE PROHIBE LA CONTAMINACIÓN MASIVA DE LA ATMÓSFERA O DEL MAR(264)

ESTA ENUMERACIÓN NO PUEDE SER EXHAUSTIVA, SEGÚN OPINIÓN DEL MISMO GAJA. HAY PUNTOS DE VISTA ENCONTRADOS RESPECTO DE QUE NO TODA INOBSERVANCIA DE UNA NORMA DE IUS COGENS CONSTITUYE UN CRÍMEN INTERNACIONAL, SIN EMBARGO, CABE RECALCAR QUE LA CDI INSISTIÓ EN QUE LA VIOLACIÓN DE UNA OBLIGACIÓN IMPUESTA POR UNA NORMA PERENTORIA, NO SÓLO HACE CAER EN GRAVE RESPONSABILIDAD AL ESTADO AUTOR DE LA VIOLACIÓN FRENTE AL ESTADO DIRECTAMENTE AFECTADO, SINO QUE INVOLUCRA A TODA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL, DE HECHO, LA FRACCIÓN 2 DEL ARTÍCULO 19 ANTES INVOCADO, DEFINE AL CRÍMEN INTERNACIONAL COMO:

UN ACTO ILÍCITO INTERNACIONAL QUE RESULTA DE LA VIOLACIÓN POR UN ESTADO, DE UNA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL TAN ESENCIAL PARA LA PROTECCIÓN DE INTERESES FUNDAMENTALES DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL QUE DICHA VIOLACIÓN ES RECONOCIDA COMO UN CRIMEN PARA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL EN SU CONJUNTO (265)

ES DE DESTACAR QUE TANTO ESTA DEFINICIÓN COMO LA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 53 DE LA CONVENCIÓN DE 1969, TIENEN ELEMENTOS EN COMÚN QUE LAS HACEN COMPLEMENTARIAS EN CIERTO SENTIDO, POR EJEMPLO, AMBAS DESTACAN LA IMPORTANCIA DEL 'RECONOCIMIENTO DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL EN SU CONJUNTO', EN LAS DOS SUBYACE LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES TORALES DE LA COMUNIDAD DE ESTADOS. DE LO ANTERIOR CONCLUYE QUE:

UNA VEZ QUE UN ACTO ES DEFINIDO COMO UN CRÍMEN Y ALGUNA -

264 GAJA, Giorgio: Op. cit., p. 299.

265 Ibid., p. 300.



CONSECUENCIA SEVERA PARTICULAR LE ESTÁ ASOCIADA, LA LEGALIDAD Y TAMBIÉN LA VALIDEZ DE UN ACUERDO [CONCLUIDO] PARA COMETER TAL ACTO DEBE SER NEGADA RAZONABLEMENTE, YA QUE LA ACEPTACIÓN DE LA VALIDEZ DEL ACUERDO PODRÍA HACER MÁS FÁCIL LA COMISIÓN DEL CRÍMEN. POR CONSIGUIENTE, SI LA LISTA DE ACTOS CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 19, FRACCIÓN 3, LLEGA A SER AMPLIAMENTE RECONOCIDA COMO UNA LISTA DE CRÍMENES INTERNACIONALES, UNO PODRÍA INVOCAR ESTA PRÁCTICA COMO UN ELEMENTO IMPORTANTE PARA ASUMIR EL CARÁCTER IMPERATIVO DE LAS -- NORMAS QUE IMPONEN LAS OBLIGACIONES CORRESPONDIENTES (266).

§.48 LI HAOPEI, AUTOR CHINO, REALIZA UN ESTUDIO COMPRENSIVO DE NUESTRA MATERIA QUE RESULTA INTERESANTE DESDE VARIOS PUNTOS DE VISTA. QUIZÁ EL MÁS SIGNIFICATIVO ES QUE LOS EJEMPLOS Y LAS FUENTES BIBLIOGRÁFICAS QUE CITA, SON TODAS OCCIDENTALES (267).

INICIA CON LA MENCIÓN OBLIGADA DE LA ANALOGÍA EXISTENTE ENTRE LOS DERECHOS INTERNOS OCCIDENTALES Y EL SUPUESTO ANTECEDENTE EN EL DERECHO ROMANO JUSTINIANO; CONTINUA CON EL EXÁMEN DE LA DOCTRINA MÁS USUAL, LA JURISPRUDENCIA, LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL Y LA PRÁCTICA SEGUIDA AL RESPECTO CON ANTERIORIDAD A LA VIGENCIA DE LA CONVENCIÓN DE 1969. NOS PARECE INTERESANTE RESCATAR LAS DEFINICIONES FORMULADAS POR RADNITZKY, RESPECTO DEL IUS COGENS Y DEL IUS DISPOSITIVUM, DADO QUE EL AUTOR COMENTADO SE BASA EN ELLAS PARA POSTERIORES AFIRMACIONES.

DE ACUERDO CON LA DEFINICIÓN PROPUESTA POR RADNITZKY, IUS COGENS...ES LLAMADO ASÍ PORQUE LAS PERSONAS A QUIENES VA DIRIGIDO NO PUEDEN ESCAPAR, ABSOLUTAMENTE, DE SUS EFECTOS. [POR SU PARTE, EL] IUS DISPOSITIVUM COMO REGLA, DENOTA AL DERECHO CUYA APLICACIÓN SUCEDE SÓLO CUANDO LAS PERSONAS A LAS QUE ESTA DIRIGIDA NO PONEN NADA MÁS EN SU LUGAR, Y POR LO TANTO, ES EL DERECHO QUE LAS PARTES QUIEREN APLICAR (268)

266 Ibid., p. 301.

267 Cfr. HAOPEI, Li: "Ius cogens and International Law", Selected articles from Chinese Yearbook of International Law, Chinese Society of International Law, Beijing, 1983, pp. 41 y ss.

268 RADNITZKY: Zwingendes Recht, Osterreichische Zeitschrift für Öffentliche Recht, Vol I, 1914, pp. 656 y ss. citado ibid., pp. 42 y 43. Nótese el año de la edición del trabajo de Radnitzky.

DE ELLO DEDUCE EL AUTOR QUE ES CLARO QUE EN LOS DERECHOS INTERNOS, EXISTE UNA RELACIÓN JERÁRQUICA ENTRE EL DERECHO IMPERATIVO Y EL DISPOSITIVO.

DENTRO DE SUS COMENTARIOS DEDICADOS AL TRATAMIENTO QUE LA CONVENCIÓN DE 1969 HACE DE NUESTRA INSTITUCIÓN, DESTACA EN PRIMER LUGAR, LAS OPINIONES EXPRESADAS RESPECTO A LOS MÉTODOS DE IDENTIFICACIÓN DE TALES NORMAS Y LOS COMENTARIOS QUE LOS DELEGADOS A LAS CONFERENCIAS DE 1968 Y 1969 PRODUIERON RESPECTO DE LA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 53.

SIN LUGAR A DUDAS, LO MÁS ORIGINAL DE SU TRABAJO LO CONSTITUYE EL ANÁLISIS DE LA CITADA REDACCIÓN QUE, EN SU OPINIÓN, GUARDAN LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. ESTIMA QUE TALES PRINCIPIOS SON MUCHOS Y QUE LAS NACIONES QUE FORMAN PARTE DE LA ONU, QUE SON CIVILIZADOS, LOS RECONOCEN POR ESE HECHO; SU IMPORTANCIA RADICA EN EL HECHO DE QUE CUMPLEN UNA IMPORTANTE FUNCIÓN INTEGRADORA DE NORMAS NO COMPRENDIDAS EN LOS TRATADOS Y EN LA COSTUMBRE. EL QUE LOS TRIBUNALES ARBITRALES LOS HAYAN INVOCADO CON CIERTA FRECUENCIA, SIGNIFICA SIN DUDA QUE AQUELLOS REPRESENTAN LA CONVICTIÓN LEGAL COMÚN Y LA EXPERIENCIA DE TODA LA HUMANIDAD. EL PRINCIPIO QUE ENUNCIA LA NULIDAD DE LOS TRATADOS QUE ESTÉN EN CONTRA DE UNA NORMA PERENTORIA, SEGÚN AFIRMA, ES GENERAL Y ACEPTADO POR LAS NACIONES CIVILIZADAS Y TIENE SU ORIGEN EN SU CORRELATIVO EN LOS DERECHOS INTERNOS, POR MEDIO DEL CUAL LOS CONVENIOS CONTRARIOS A UNA NORMA DE IUS COGENS NACIONAL DEBEN, Y DE HECHO SON ELIMINADOS. ASÍ PUES, SU RECEPCIÓN EN EL D.I. POR ANALOGÍA NO SÓLO ES POSIBLE, SINO DEBIDA.

COMO SE SABE, UN TRATADO INTERNACIONAL Y UN CONTRATO COMÚN MANTIENEN PUNTOS DE CONTACTO, AL MENOS TEÓRICAMENTE, POR LO TANTO MUCHAS REGLAS QUE LOS RIGEN SON SIMILARES. EXISTE UNA RAZÓN PARA QUE TAL PRINCIPIO SE HAYA GENERADO, EN CADA UNO DE LOS SISTEMAS INTERNOS; TAL ES QUE NINGUNA SOCIEDAD RECONOCE COMO VÁLIDO UN ACUERDO QUE ATENTE EN CONTRA DE LOS INTERESES DE ELLA MISMA, LO CUAL ES OPERANTE TAMBIÉN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL.

EL ARTÍCULO 53 DE LA CONVENCIÓN DE 1969, NO HACE MÁS QUE -

POSITIVIZAR DICHO PRINCIPIO, EL CUAL HA EXISTIDO DE HECHO DESDE HACE MUCHO TIEMPO EN LA TRADICIÓN JURÍDICA ROMANÍSTICA -EN LA - CUAL SE FUNDAMENTÓ BUENA PARTE DEL D.I. EUROPEO DE LOS SIGLOS - PASADOS-. EN CONSECUENCIA, AUN CUANDO ALGUNOS ESTADOS NO SON PARTES EN LA REFERIDA CONVENCIÓN, ELLO NO MENGUA LA VALIDEZ DEL -- PRINCIPIO CONTENIDO EN SU ARTÍCULO 53, DE HECHO:

NINGÚN ESTADO, INCLUIDOS AQUELLOS QUE NO SON PARTES EN LA CONVENCIÓN, PODRÍA OPONERSE A SU FUERZA VINCULANTE A TRAVÉS DE NO IMPORTA QUE MEDIO U OBJECCIÓN (269)

LO CUAL ES CONNATURAL AL CARÁCTER INTRÍNSECO DEL IUS COGENS, COMO EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO QUE ESTABLECE QUE LOS TRATADOS SÓLO - SURTIRÁN EFECTO INTER PARTES, TODA VEZ QUE

LAS NORMAS PERENTORIAS DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL SON ESTABLECIDAS TAMBIÉN EN RAZÓN DEL INTERÉS GENERAL DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL Y SON INDIVISIBLES DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL. POR LO TANTO, DEBEN SER APLICADAS A UN TERCER ESTADO, ESTÉ O NO DE ACUERDO (270)

POR OTRA PARTE, HAOPENI ES PARTIDARIO DEL IUS COGENS REGIONAL, SIEMPRE QUE LOS ESTADOS DE UNA DETERMINADA ÁREA GEOGRÁFICA MANTENGAN RELACIONES AMISTOSAS Y COMPARTAN INTERESES SIMILARES. ESTIMA QUE EL ARTÍCULO 53 MULTICITADO, PUEDE SER INTERPRETADO - EN EL SENTIDO DE QUE PERMITE NORMAS REGIONALES DE TAL CARÁCTER. AHORA BIEN, SI NO EXISTIERA UN IUS COGENS UNIVERSAL SERÍA PELIGROSO PERMITIR LA ADOPCIÓN DE NORMAS REGIONALES PERENTORIAS, LO CUAL LLEVARÍA A LA CREACIÓN DE DIFERENTES ÓRDENES REGIONALES -- QUE PODRÍAN SER CONTRADICTORIOS ENTRE SÍ, PROVOCANDO UN DESCONCIERTO JURÍDICO GENERALIZADO.

CONCLUYE PUES, QUE EL ESTUDIO DEL IUS COGENS MUESTRA CLARAMENTE QUE A PARTIR DE LA HIPÓTESIS POSITIVISTA DE QUE SÓLO EL - CONSENTIMIENTO DE LOS ESTADOS ES FUENTE DEL D.I., NO ÚNICAMENTE CONTRADICE LA REALIDAD OBJETIVA DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL SI

269 Ibid., p. 63.

270 Ibid., p. 64.

NO TAMBIÉN A SUS NECESIDADES. HAY QUE RECONOCER, ADEMÁS, QUE EL TRATADO Y LA COSTUMBRE SON INSUFICIENTES COMO FUENTES FORMALES - DEL MODERNO D.I. Y POR LO TANTO LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DE RECHO ADQUIEREN -CON EL IUS COGENS- SU VERDADERA IMPORTANCIA. EN ESTE SENTIDO, OPINA QUE EL CAMPO DE INVESTIGACIÓN MÁS IMPORTANTE LO CONSTITUYE EL ESTUDIO DE LAS CONDICIONES CON BASE EN LAS CUALES LAS RESOLUCIONES ADOPTADAS EN EL SENO DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU, PUEDAN SER RECONOCIDAS COMO FUENTE DE D.I., SIEMPRE QUE SEAN VOTADAS POR FUERTES MAYORIAS Y CONTENGAN UN PRINCIPIO - GENERAL DEL DERECHO (271).

§.49 EN OPINIÓN DE MODESTO SEARA VASQUEZ, EL RESPETO A LAS NORMAS DE IUS COGENS ES, JUNTO CON PACTA SUNT SERVANDA, RES INTER ALIOS ACTA Y EX CONSENSU ADVENT VINCULUM, LOS CUATRO PRINCIPIOS - RECTORES DEL DERECHO DE LOS TRATADOS ACTUAL (272).

COMO OTROS AUTORES, ESTIMA QUE LA INTRODUCCIÓN DEL CONCEPTO DE NORMA IMPERATIVA CONSTITUYE UNA RESTRICCIÓN A LA LIBERTAD - DE CONTRATACIÓN TAL COMO SE HA ENTENDIDO Y PRACTICADO HASTA NUESTROS DÍAS; LAS IMPRESIONES EN QUE INCURRE EL ARTÍCULO 53 DE LA CONVENCIÓN DE 1969 PROVOCAN SU PROPIA INEFECTIVIDAD, TODA VEZ QUE LA NORMA COMO SU POSIBLE APLICACIÓN SE INSCRIBEN EN EL ÁMBITO POLÍTICO DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES. LA PROCLAMACIÓN AUTOMÁTICA DE NULIDAD DE LOS TRATADOS CONTRA BONOS MORES, QUE 'PROPONE' EN ARTÍCULO REFERIDO, NO SALVA LA INEFICACIA SINO QUE LA PROFUNDIZA.

POR TODO ELLO, EL AUTOR CONCLUYE:

LO MENOS QUE SE PUEDE DECIR DE ÉSTE PRINCIPIO, DESENTERRADO DE LA DOCTRINA DE ALGUNOS DE LOS PRIMEROS TRATADISTAS - DEL DERECHO DE GENTES Y DE SUS SEGUIDORES, ES QUE NO HA SIDO UNA ACCIÓN MUY AFORTUNADA Y TIENE MUY POCAS POSIBILIDADES DE SER ALGO MÁS QUE UNA DISPOSICIÓN DECLARATIVA (273)

271 Cfr. *ibid.*, p. 75.

272 Cfr. SEARA VASQUEZ, Modesto: Derecho Internacional Público, 10a. ed., Porrúa, México, 1984, pp. 68 y ss.

273 *Ibid.*, p.69.

NO SÓLO SE MUESTRA EXCEPTIVO DEL BENEFICIO Y OPERATIVIDAD DE UN CUERPO DE NORMAS INTERNACIONALES IMPERATIVAS, INCLUSO ESTIMA QUE TAL, DESALENTARÍA LA CREACIÓN DEL D.I. PARTICULAR DE CADA REGIÓN CONCRETA; POR LO QUE SE LE DEBE AGRUPAR JUNTO CON LOS DETRACTORES DEL IUS COGENS INTERNACIONAL.

§.50 MUCHOS IUSINTERNACIONALISTAS, AUN LOS MENOS ENTUSIASTAS RESPECTO DE LA EFECTIVIDAD DE LA NORMA IMPERATIVA, HAN COINCIDIDO EN RECONOCER EN LOS DERECHOS HUMANOS UNA SEMILLA. TALES NORMAS, ESPECIALMENTE POR SU CARÁCTER FUNDAMENTAL. EL TRABAJO QUE AHORA COMENTAMOS (274) ESTUDIA ESA RELACIÓN.

EL AUTOR PARTE DE LA PREMISA DE QUE LOS CONCEPTOS DE SOBERANÍA ABSOLUTA Y DE LIBERTAD IRRESTRICTA QUE LOS ESTADOS GOZARON - HASTA HACE ALGUNOS AÑOS, SON INCOMPATIBLES CON LA EXIGENCIA MISMA DE UNA SOCIEDAD INTERNACIONAL ESTABLE, ASÍ PUES, PESE A QUE LA SOBERANÍA CONSTITUYE LA BASE DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL -Y UN PRINCIPIO INCONTESTABLE DEL D.I.- EL MANTENIMIENTO DE DICHA ORGANIZACIÓN EXIGE UN LÍMITE AL EJERCICIO DE AQUELLA (275). EL D.I. - DEL SIGLO PASADO FUE EL RESULTADO DE LA INTERACCIÓN DE UNAS CUANTAS POTENCIAS EN SU MAYORÍA EUROPEAS; EL PANORAMA MUNDIAL HA CAMBIADO ESENCIALMENTE. SIGUIENDO A DE LUNA, EL AUTOR OPINA QUE POR LO MENOS HAY TRES GRANDES CORRIENTES IDEOLÓGICAS QUE DEBEN CONCILIARSE, EN LA MEDIDA QUE SE BUSQUE LA SEGURIDAD INTERNACIONAL. -- LAS CONCEPCIONES JURÍDICAS HAN EVOLUCIONADO, TAN ES ASÍ QUE:

LA PARTE RELATIVA AL "ASIENTO DE NEGOCIOS" EN EL TRATADO DE UTRECH DE 1713, POR LA QUE EL REY DE INGLATERRA OBTENÍA DEL REY DE ESPAÑA EL MONOPOLIO DURANTE TREINTA AÑOS DEL TRÁFICO DE ESCLAVOS CON LA AMÉRICA ESPAÑOLA, SERÍA NULA EN LA ACTUALIDAD, PUES LA COMUNIDAD INTERNACIONAL CONSIDERA LA ESCLAVITUD COMO INSTITUCIÓN ILÍCITA (276)

SOSTIENE ESCAIP QUE NO EXISTE DIFICULTAD ALGUNA PARA ADMITIR LA EXISTENCIA DEL IUS COGENS INTERNACIONAL, SIN EMBARGO, NUE

274 Cfr. ESCAIP CARAM, Jorge: "Las normas del ius cogens y los Derechos Humanos", *Revista Mexicana de Justicia*, N.º 1., Vol. IV. Procuraduría General de la República, México, 1986, pp. 71 y ss.

275 Cfr. *Ibid.*, p. 71.

276 *Ibid.*, p. 72.

VOS Y DISTINTOS FACTORES INFLUYEN PARA QUE TODAVÍA SE DISCUTA SI ELLO ES O NO POSIBLE. COMPARTE LA IDEA DE OTROS AUTORES EN EL SENTIDO DE QUE LA DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER IMPERATIVO DE UNA NORMA INTERNACIONAL EN PARTICULAR, CORRESPONDE AL JUEZ O AL ÁRBITRO Y, ESPECIALMENTE, A LOS ESTADOS MISMOS (277); NO OBSTANTE;

ESTO ÚLTIMO...RECLAMA UN ACUERDO GENERAL Y LA REALIDAD ES QUE DIVERSOS GRUPOS DE ESTADOS SE MUESTRAN PROFUNDAMENTE - DIVIDIDOS EN CUANTO A LA DETERMINACIÓN DE QUÉ NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL TIENEN CARÁCTER IMPERATIVO Y, ESTAN POR ENCIMA DE LA VOLUNTAD DE LOS ESTADOS: UNOS, Y TAL ES EL CASO DEL GRUPO OCCIDENTAL, INSISTEN EN QUE EL DESARROLLO NORMATIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL EXIGE UN DESARROLLO INSTITUCIONAL PARALELO Y, AL MENOS EN APARIENCIA, SÓLO ESTARÍAN DISPUESTOS A ACEPTAR LA NOCIÓN MISMA DE IUS COGENS INTERNACIONAL SI ÉSTA VINIESE ACOMPAÑADA DE UN MECANISMO INSTITUCIONALIZADO DE CONTROL (ARBITRAJE, JURISDICCIÓN OBLIGATORIA DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y OTROS ORGANISMOS INTERNACIONALES) QUE PERMITIESE LA DETERMINACIÓN DE QUÉ NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL SON DE "IUS COGENS" POR UN TERCERO Y NO POR DECISIÓN UNILATERAL Y DISCRECIONAL DE UN ESTADO; OTROS, POR EL CONTRARIO, SE MUESTRAN MÁS FAVORABLES A LA AFIRMACIÓN DEL PRINCIPIO, SIN ESTIMAR NECESARIO EL ESTABLECIMIENTO DE INSTANCIAS -- INSTITUCIONALES DE CONTROL (278)

EN OTRAS PALABRAS, EN LO ÚNICO EN QUE COINCIDEN LOS BLOQUES -YA NO LOS ESTADOS- ES EN QUE MAYORITARIAMENTE ESTÁN CONFORMES CON LA CONVENIENCIA DE QUE EXISTAN NORMAS TAXATIVAS.

ENTRANDO EN MATERIA, EL AUTOR PROPONE QUE SE DEBE PARTIR - EXACTAMENTE DE LA DIALÉCTICA QUE SE FORMA ENTRE LA NEGACIÓN Y LA AFIRMACIÓN DE LA EXISTENCIA DEL IUS COGENS INTERNACIONAL, PARA - INVESTIGAR SUS ALCANCES ESPECÍFICOS EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS HUMANOS. RESPECTO DE ÉSTOS ÚLTIMOS, TRACENDENTALES CAMBIOS SE HAN

277 Cfr. *ibid.*, p. 75.  
278 *Ibid.*, p. 76.

PRODUCIDO DESDE 1945, LOS CUALES SE EVIDENCIAN EN EL VOLUMEN DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE SE HAN ADOPTADO EN EL SENU DE LA ONU, Y NO OBSTANTE A LAS DOLOROSAS VIOLACIONES DE ÉSTOS, LA IMPORTANCIA DE AQUELLOS ES INNEGABLE (279).

LOS DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN O DE SOLIDARIIDAD, TALES COMO EL DERECHO AL DESARROLLO, A LA PAZ, A UN AMBIENTE SANO Y EQUILIBRADO ECOLÓGICAMENTE ETC., MARCAN UN HITO EN LA HISTORIA DE LAS RELACIONES ENTRE LOS ESTADOS Y ENTRE LOS INDIVIDUOS. LAS DOS GENERACIONES ANTERIORES REPRESENTAN EL ARDUO TRABAJO INTELECTUAL, DIPLOMÁTICO Y POLÍTICO QUE SE HA DESPLEGADO NECESARIAMENTE PARA SUSTENTAR LOS DERECHOS DE SOLIDARIDAD YA REFERIDOS. CUANDO ESTA MATERIA DE ESTUDIO, COMPLEJA PER SE, SE CONVINA CON LA NOCIÓN DE NORMA IMPERATIVA SE CREAN CIERTOS OBSTACULOS, YA QUE:

LA NORMA IMPERATIVA SEÑALADA POR EL IUS COGENS, PUEDE PROVOCAR A VECES EL ENFRENTAMIENTO EN LA ESFERA DE LOS DERECHOS HUMANOS. DE HECHO, ASÍ SE DA EL FENÓMENO CUANDO LA AUTODETERMINACIÓN DE UN PUEBLO CON UNA IDENTIDAD CULTURAL NO ACEPTA EL MOLDE ESTATAL O LA PRESIÓN INTERNACIONAL COMO -- FACTOR CULTURAL (POR EJEMPLO, LA CULTURA DE LA VIOLENCIA - QUE EXPRESAN LOS ESTADOS UNIDOS EN EL MUNDO OCCIDENTAL) QUE VA A PROVOCAR LA INTERVENCIÓN (280)

DEL MISMO MODO EN QUE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL FUE EL MOTOR PARA UN REPLANTEAMIENTO CASI ABSOLUTO DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES, CADA NUEVO ENFRENTAMIENTO DE UNA CONDUCTA INDIVIDUAL CON LOS INTERESES DE LA COMUNIDAD -SOBRE TODO CUANDO LA POSIBILIDAD DE QUE SE GENEREN CONFLICTOS LIMITADOS, PARACTICAMENTE HA DESSAPARECIDO- JUSTIFICAN LAS INNOVACIONES JURÍDICAS Y LAS NUEVAS POLÍTICAS DE ALGUNOS ESTADO. EN ESTE CONTEXTO, EL AUTOR RECONOCE EN UNA FUENTE SECUNDARIA DEL D.I. EL QUID DE LA ARTICULACIÓN DE LOS CONCEPTOS DE IUS COGENS Y DERECHOS HUMANOS, TODA VEZ QUE

EL VALOR DEL IUS COGENS ESTARÁ VIGENTE EN FUNCIÓN DE LA DEFENSA QUE SE PUEDA HACER DEL VALOR JURÍDICO DE LAS RESOLU

279 Cfr. *ibid.*, p. 79.

280 *ibid.*, p. 81.

CIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL, EN LO QUE CONCIERNE A CIERTOS VALORES, COMO ES EL CASO DE LOS DERECHOS HUMANOS (281) EN ESTE ORDEN DE IDEAS, APEGÁNDOSE A LA OPINIÓN DE SANCHEZ DE BUSTAMANTE, LA RESOLUCIÓN 1514 (XV) DEL 14 DE DICIEMBRE DE 1960, SOBRE LA DESCOLONIZACIÓN Y LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS, - TENDRÍA EL CARÁCTER DE FUENTE TESTIFICATIVA DEL D.I., YA QUE ÉSTA SOLAMENTE RECOGE UNA COSTUMBRE INTERNACIONAL Y LA AUTÉNTICA (282).

EN CONCLUSIÓN, SEÑALA QUE LA FUNCIÓN FUNDAMENTAL DEL D.I. EN EL AMPLIO CAMPO DE LOS DERECHOS HUMANOS, AHORA DE LA LLAMADA - TERCERA GENERACIÓN

ES REGULAR CONFORME AL IUS COGENS, LAS CAPACIDADES QUE EN SU EVALUACIÓN COGNOSCITIVA VA SEÑALANDO EL HOMBRE EN SU DEVENIR HISTÓRICO (283)

Y SOLAMENTE TENIENDO UN CONCEPTO CLARO Y BIEN ARRAIGADO DE 'COMUNIDAD' PUEDE DARSE UNA MEJOR REDISTRIBUCIÓN DEL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS.

§.51 PARA ALGUNOS AUTORES, LAS NORMAS IMPERATIVAS DE D.I. SON TAN EVIDENTES, QUE SU DISCUSIÓN TEÓRICA HA DADO PASO A SU AFIRMACIÓN PLENA; LO CUAL PERMITE SU USO EN EL ANÁLISIS DE PROBLEMAS - PRÁCTICOS. LUIS DIAZ MÜLLEN SE OCUPA DE ESTUDIAR LAS RELACIONES QUE SE DAN ENTRE DOS FENÓMENOS CARACTERÍSTICOS DEL TERCER MUNDO Y QUE PARECEN ACENTUARSE EN NUESTRA REGIÓN, A SABER: LA VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS Y EL SERVICIO DE LA DEUDA EXTERNA. LO QUE HACE DOBLEMENTE INTERESANTE SU TRABAJO, ES QUE LAS NORMAS DE IUS COGENS SON UN SUPUESTO ESENCIAL DE SU ANÁLISIS Y ADEMÁS LES OTORGA UN CONTENIDO ÉTICO-JURÍDICO DETERMINADO COMO VEREMOS (284).

SEGÚN EL AUTOR, LAS FRECUENTES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS QUE SE DAN EN LATINOAMÉRICA SE INSCRIBEN EN UN FENÓMENO - MÁS AMPLIO, ESTO ES, EL 'MODELO DE DESARROLLO' IMPUESTO A LAS -

281 Ibid.

282 Cfr. *ibid.*

283 *Ibid.*, p. 82.

284 Cfr. DIAZ MÜLLER, Luis: "Deuda y Derechos Humanos", Revista de la UNAM, N° 427, UNAM, 1986, pp. 5 y ss.



A LAS NACIONES DE LA REGIÓN HA PROVOCADO QUE ÉSTAS SACRIFIQUEN A SUS POBLACIONES EN ARAS DEL PUNTUAL CUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES FINANCIERAS, LO CUAL PROVOCA DESCÓNTENTO Y ULTERIORMENTE RE--PRESIÓN (285), LA DEUDA EXTERNA, EN SU OPINIÓN, ANULA PRACTICAMENTE EL EJERCICIO DE LA LLAMADA 'SOBERANÍA ECONÓMICA' DE LAS NACIONES, LA CUAL ESTÁ DEFINIDA EN EL ARTÍCULO 1° DE LA CARTA DE DERECHOS Y DEBERES ECONÓMICOS DE LOS ESTADOS (286). ESTA CIRCUNSTANCIA GENERA GRAVES TRASTORNOS NO SÓLO ECONÓMICOS -COMO SERÍA DE PREVEERSE- SI NO TAMBIÉN SOCIO-POLÍTICOS, LOS CUALES DESEMBOCAN, NO EN POCAS OCASIONES EN LA DESATENCIÓN O LA VIOLACIÓN FLAGRANTE DE LOS DERECHOS HUMANOS DE SUS POBLACIONES.

EL PAGO DE LA DEUDA, ES DECIR, EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES JURÍDICAS CONTRAÍDAS TIENEN UN ORIGEN CONVENCIONAL, REGIDO POR EL PRINCIPIO REBUS SICT SERVANDA (SIC), PERO QUE NO SE PUEDE DESCONTEXTUALIZAR A TRAVÉS DE UNA MERA ABSTRACCIÓN LEGAL, POR LO TANTO:

UN COMPROMISO INTERNACIONAL QUE AFECTE ASUNTOS QUE SON MATERIA DE IUS COGENS, ES DECIR, NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO INTERNACIONAL, FACULTARÍAN AL ESTADO PARA DECRETAR SU INCUMPLIMIENTO: NO PUEDEN ACEPTARSE POR SU ILEGALIDAD INTERNACIONAL NORMAS QUE AFECTEN LOS DERECHOS HUMANOS, LA SOBERANÍA Y LA INDEPENDENCIA DE LOS ESTADOS (287)

Y POR LO MISMO, LAS RESTRICCIONES IMPUESTAS POR EL PRINCIPIO OMNIS CONVENTIO INTELLIGETUR REBUS SIC STANTIBUS, OPERAN PLENAMENTE EN ESTA CLASE DE ACUERDOS, TODA VEZ QUE:

EN FORMA RESPONSABLE PUEDE SOSTENERSE QUE LAS OBLIGACIONES CONTRAÍDAS DEN VIRTUD DE CRÉDITOS EXTERNOS NO PUEDEN ATENTAR CONTRA LOS PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL, CONFORME A LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS, NI VIOLENTAR ASUNTOS

285 Cfr. *ibid.*, pp. 6 y 7.

286 Art. 1°. Todo Estado tiene el derecho soberano e inalienable de elegir su sistema económico, así como su sistema político, social y cultural, de acuerdo con la voluntad de su pueblo, sin injerencia, coacción ni amenaza externa de ninguna clase. *Ibid.*, 8.

287 *Ibid.*

QUE SON MATERIA DE IUS COGENS, COMO ES EL CASO DE LOS DERECHOS HUMANOS (NIVEL DE VIDA, EMPLEO, CONFORME AL ARTÍCULO 25 DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL), O EL PRINCIPIO DE AUTODETERMINACIÓN POLÍTICA Y ECONÓMICA (PACTO DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, Y DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES) (288)

YA QUE SOSTENER LO CONTRARIO ES TANTO COMO JUSTIFICAR PLENAMENTE UN ABUSO DEL DERECHO. ASÍ PUES, LA DEUDA EXTERNA TAL Y COMO SE PRESENTA ACTUALMENTE PARA NUESTROS PAISES, GENERA NO ÚNICAMENTE OBLIGACIONES PURAS Y SIMPLES, SINO COMPROMISOS CUYO CUMPLIMIENTO EXACTO TIENE QUE BASARSE EN UNA INEQUIDAD, EN UN ABUSO DEL DERECHO DE UNA DE LAS PARTES, ES DECIR, DEUDAS ODIOSAS (289).

POR TANTO CONCLUYE:

LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS, COMO LA DETERMINAN EL ABUSO DEL DERECHO ANTE LA LEY INTERNACIONAL, LOS QUE... CONSTITUYEN LA SUSPENSIÓN O TÉRMINO DE LA OBLIGACIÓN DEL PAGO DE LA DEUDA (290).

POR LO ANTERIOR SE DEBE ENTENDER A LA DEUDA EXTERNA COMO: VIOLACIÓN DE PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO INTERNACIONAL, QUE CONSTITUYE MATERIA DE IUS COGENS, COMO LA SOBERANÍA ECONÓMICA, LA INDEPENDENCIA DE LOS ESTADOS Y LOS DERECHOS HUMANOS (291)

PARA REFORZAR LO TRANSCRITO, EL AUTOR CONCIBE A LA SOBERANÍA COMO UN CONJUNTO DE COMPETENCIAS ESTATALES, Y QUE EN MATERIA ECONÓMICA ESTE PROBLEMA QUEDÓ EXPUESTO EN LA DOCTRINA DRAGO, AL DECLARAR QUE EL:

ACREDOR NO IGNORA QUE CONTRATA CON UNA ENTIDAD SOBERANA Y

288 Ibid., p. 9.

289 Cfr. *ibid.*

290 *Ibid.*

291 *Ibid.* El autor apoya esta afirmación en las resoluciones 626 (VII) de 1952, 1803 (XVII) y 2158 (XXI) de 1966, entre otras respecto de la soberanía económica, y el artículo 1° de los Pactos de Derechos Humanos de 1966 en lo que hace a la auto-determinación.

QUE UNA DE LAS CONDICIONES INHERENTES A TAL SOBERANÍA ES LA DE QUE NO PUEDE INTENTARSE UN PROCESO EJECUTORIO CONTRA ELLA, NI LLEVARLO A CABO, POR QUE ESTE MÉTODO COMPROMETE RÍA A SU EXISTENCIA Y HARÍA DESAPARECER LA INDEPENDENCIA - DE ACTUACIÓN DEL ESTADO RESPECTIVO (292).

LOS ACTOS DE ESTADO, MANIFESTACIONES DE SOBERANÍA, PIERDEN EFECTIVIDAD Y AUN SENTIDO FRENTE A LAS CONDICIONES FINANCIERAS QUE TIENEN QUE PALIAR; ASÍ, EL DOMINIO SOBRE LOS PROPIOS RECURSOS NATU RALES, LA AUTODETERMINACIÓN Y LAS OPCIONES DE DESARROLLO SE VEN REDUCIDAS, Y EN EL PEOR DE LOS CASOS, AHULADAS,

PRECISAMENTE EL CONCEPTO DE SOBERANÍA ECONÓMICA ES EL PUEH TE QUE EVIDENCIA LA RELACIÓN CAUSA-EFECTO ENTRE LA DEUDA EXTERNA Y LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, YA QUE LA DEFENSA Y EL -- RESPETO DE ÉSTOS ÚLTIMOS, EL EJERCICIO PLENO DE LOS DERECHOS ECO-- NÓMICOS Y SOCIALES, TIENE UN PAPEL PRIMORDIAL (293); LA RESOLUCIÓN DE ELLO PODRÍA JUSTIFICAR EL QUE SE ALEGUE UN CAMBIO DE CIRCUNS-- TANCIAS QUE LLEVE A RECONOCER LA INJUSTA LEGALIDAD DE LOS ACUERDOS QUE ESTABLECEN LAS OBLIGACIONES FINANCIERAS, TAN ONEROSAS PARA LOS PAISES DE LA REGIÓN.

LA PROHIBICIÓN DE ENTORPECER EL EJERCICIO DE LA SOBERANÍA ECONÓMICA DE LOS ESTADOS, SE TRADUCE EN EL CONCEPTO DE 'SEGURIDAD ECONÓMICA COLECTIVA', DESARROLLADO A PARTIR DE LOS TRABAJOS DE LA UNCTAD, Y QUE EN TÉRMINOS POSITIVOS CONSISTE EN LA BUSQUEDA DE FÓR MULAS QUE PERMITAN EL DESARROLLO DE LAS NACIONES, EN UN MUNDO EN PAZ (294).

#### EN CONCLUSIÓN:

LA DEUDA EXTERNA ES EL RESULTADO DE DETERMINADAS POLÍTICAS ECONÓMICAS Y ESTRATEGIAS DE CRECIMIENTO (Y NO DE DESARROLLO) QUE AFECTAN "ESTRUCTURALMENTE" LOS DERECHOS DEL HOMBRE... LA IDEA DE LA DEUDA EXTERNA AFECTA LA SOBERANÍA ECONÓMICA DE NUESTROS PAISES, CONFORME AL DERECHO DEL DESARROLLO, SE

292 Ibid., p. 10.

293 Cfr. *ibid.*

294 Ibid., p. 12.

INSCRIBE EN LA DISCUSIÓN MÁS GLOBAL ACERCA DE LA ILEGALIDAD DE LA DEUDA. EN ESTE SENTIDO...DISCUTIMOS LA VIGENCIA DE LA CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS RESPECTO DE MATERIAS QUE AFECTAN NORMAS IMPERATIVAS DE DERECHO INTERNACIONAL (IUS COGENS) COMO ES EL CASO DE LA SOBERANÍA, LA INDEPENDENCIA DE LOS ESTADOS Y LOS DERECHOS HUMANOS (295).

1.52 PARA CONOCER LA OPINIÓN DE LEV NIKITOVICH SHESTAKOV, AUTOR SOVIÉTICO, RESPECTO DEL IUS COGENS INTERNACIONAL, NOS BASAMOS EN LA RESEÑA QUE MANUEL BECERRA RAMÍREZ REALIZÓ DEL ARTÍCULO 'ACERCA DE LA DEFINICIÓN DE IUS COGENS EN EL DERECHO INTERNACIONAL' (296), PARA SHASTAKOV, DILUCIDAR EL CONTENIDO Y ALCANCES DE UN CONCEPTO DE GRAN TRASCENDENCIA TEÓRICO-PRÁCTICA, COMO ÉL LO CALIFICA, ES DE LA MAYOR IMPORTANCIA. SU ESTUDIO TIENE COMO PUNTO DE PARTIDA EN ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 53 DE LA CONVENCIÓN DE 1969; DEL QUE OBTIENE TRES ELEMENTOS.

EL PRIMERO ES EL REQUISITO DE QUE LAS NORMAS DE IUS COGENS PERTENEZCAN AL D.I. GENERAL O COMÚN, EL CUAL SE EXPRESA POR MEDIO DE TRATADOS O COSTUMBRES EN LAS CUALES LA MAYORÍA DE LOS ESTADOS HAN INTERVENIDO EXPRESANDO SU VOLUNTAD. SIN EMBARGO, RECOGE LA OPINIÓN DE OTROS AUTORES QUE ESTIMAN QUE PUEDE DARSE UN ORDEN PÚBLICO REGIONAL.

LA NO ADMISIÓN DE ACUERDO EN CONTRARIO CONSTITUYE EL SEGUNDO ELEMENTO, EN EL ESTUDIO DEL SOVIÉTICO. CURIOSAMENTE SE REFIERE EN ESTE APARTADO A LA EXPRESIÓN 'COMUNIDAD INTERNACIONAL EN SU CONJUNTO' Y, CONFORME A LA TEORÍA SOVIÉTICA DE LAS FUENTES DEL D. I., CONCLUYE QUE LA NATURALEZA CONSENSUAL DEL PROCESO DE CREACIÓN DE LA NORMA INTERNACIONAL REQUIERE CUANDO MENOS DE DOS SUJETOS CAPACES, ASÍ, LA MINORÍA TIENE DERECHO A CREAR NORMAS AD HOC QUE CONCUERDEN EN LO ESENCIAL CON LAS NORMAS DE LA MAYORÍA. EN EL CASO DE QUE UN SOLO ESTADO INTEGRE LA MINORÍA, ÉSTE NO PUEDE EVITAR QUE LA MAYORÍA DE ESTADOS LE RECONOZCAN IMPERATIVIDAD A UNA CIER-

295 Ibid., p. 12.  
296 Cfr. BECERRA RAMÍREZ, Manuel: "Acerca de la definición de Ius Cogens en el Derecho Internacional", (reseña) Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Núm 56, 1986, UNAM, México PP. 776 y ss.

TA NORMA DE D.I. COMÚN. CON ESTE RAZONAMIENTO, SE CONCLUYE QUE EL AUTOR ACEPTA LA POSIBILIDAD DE QUE SE CREEN NORMAS IMPERATIVAS NO SÓLO REGIONALES, SIHO BILATERALES -LO CUAL NOS PARECE EXTREMO-. - POR OTRA PARTE, PROPONE LA SUSTITUCIÓN DEL TÉRMINO 'EN SU CONJUNTO' POR 'TODOS O CASI TODOS LOS ESTADOS', LO CUAL NO REDUCE LA INCERTIDUMBRE PROVOCADA POR LA FORMULA UTILIZADA, SÓLO LA TRASLADA.

COMO TERCER ELEMENTO DESTACA LA INDEROGABILIDAD DE LA NORMA DE IUS COGENS, PARA COINCIDIR CON LA POSICIÓN GENERALIZADA EN LA DOCTRINA DE QUE CUALQUIER DEROGACIÓN MINORITARIA DE UNA REGLA TAXATIVA ES INVÁLIDA DE ORIGEN.

CON BASE EN SUS OPINIONES, FORMULA UNA DEFINICIÓN DE IUS - COGENS, EN LOS SIGUIENTES TÉRMINOS:

UNA NORMA DE DERECHO INTERNACIONAL COMÚN QUE REGULA LAS RELACIONES MÁS IMPORTANTES DE LA COMUNIDAD MUNDIAL, Y QUE RECIBE EL RECONOCIMIENTO GENERAL DE NORMA QUE NO PUEDE SER DEROGADA POR ALGÚN ESTADO BAJO LA SANCIÓN DE QUE DICHA DEROGACIÓN ES INVÁLIDA DESDE SU ORIGEN (297).

§.53 EN ESTE APARTADO, NOS APOYAMOS EN LA RESEÑA QUE VAN AGGELEN HACE DEL LIBRO 'THE RIGHT TO LIFE IN INTERNATIONAL LAW' ESCRITO - POR GORMLEY (298). EN DICHA OBRA, ÉSTE ÚLTIMO TRATA DE MANERA EXHAUSTIVA LOS ANTECEDENTES, SOBRE TODO EL LA CDI, DE LO QUE LLAMA 'LA REGLA DE NO DEROGABILIDAD', ES DECIR DEL IUS COGENS, ASÍ COMO - LOS ESCASOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES QUE SE HAN DADO EN EL SENO DE LA CIJ.

PARA GORMLEY, LAS REGLAS DE IUS COGENS Y LAS OBLIGACIONES ERGA OMNES SON PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE UNA JERARQUIA NORMATIVA EN EL D.I., Y ES EN ÉSTAS, EN LAS QUE SE BASA EN GRAN MEDIDA EL DERECHO A LA VIDA, QUE ES EL TEMA FOCAL DE SU TRABAJO.

297 Ibid., p. 778.

298 Cfr. VAN AGGELEN, J.G.C. del United Nations Center for Human Rights, reseña, Gormley: "The right to life in International law", AJIL, Vol. 80, Washington, 1986, p. 744.

EN SU OPINIÓN:

EL CONTINUO Y PERSISTENTE PROBLEMA RESULTA SER LA APLICACIÓN DEL IUS COGENS...CONSECUENTEMENTE, EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL SE CONVIERTE EN UNA SOMBRILLA CONCEPTUAL (JUNTO CON LA JUSTICIA SOCIAL) DENTRO DE LA CUAL, DICHO IUS COGENS SIRVE DE ELEMENTO INDISPENSABLE(299)

POR ELLO, ESTAMOS VIVIENDO LA ÉPOCA EN QUE SE ESTAN DANDO LOS PRIMEROS PASOS EN EL CAMINO QUE LLEVE A SU EXACTA APLICACIÓN Y A LA DEFINICIÓN PRECISA DE SU CONTENIDO.

1.54 IMPORTANTES INTERNACIONALISTAS HAN DUDADO DE LA EXISTENCIA EFECTIVA DE NORMAS IMPERATIVAS EN EL D.I. CONTEMPORÁNEO. LOS ARGUMENTOS SON DE TRES CLASES: 1. LA SOCIEDAD DE ESTADOS SE RIGE POR INTERESES INDIVIDUALISTAS Y VOLUNTARISTAS, 2. TODO DERECHO ES OBLIGATORIO POR DEFINICIÓN Y HABLAR DE IUS COGENS RESULTA REDUNDANTE, 3. LA CARENCIA DE UN PODER CENTRAL INVESTIDO DE LA FUERZA SUFICIENTE PARA IMPONERSE, HACE INEFICAZ CUALQUIER REGULACIÓN Estrictamente JURÍDICA, DE LA COMUNIDAD DE ESTADOS (300).

EL JURISTA BRITÁNICO GREG SCHWARZENBERGER SE HA DISTINGUIDO COMO EL MÁS PROFUNDO Y CONSTANTE DETRACTOR DEL IUS COGENS INTERNACIONAL. DE FORMACIÓN POSITIVISTA, NUESTRO AUTOR DEDUCE DE SUS OBSERVACIONES SOCIOLÓGICAS, QUE EN LA REALIDAD ACTUAL LA INTERACCIÓN DE LOS BLOQUES DE PODER, FORMADOS EN LOS ÚLTIMOS CUARENTA AÑOS, NO PERMITE DESARROLLAR NORMAS CIENTO POR CIENTO JURÍDICAS; - POR SU PARTE, EL D.I. ANTERIOR A LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL ESTUVO CLARAMENTE DETERMINADO POR EL PODER DE LAS NACIONES IMPERIALES Y, COMO PUEDE CORROBORARSE FACILMENTE, LAS INSTITUCIONES CREADAS A PARTIR DE 1945 NO HAN TRANSFORMADO LA SITUACIÓN, YA QUE LA APLICACIÓN DEL D.I. CONTINÚA SIENDO SUBJETIVA Y DISCRIMINATORIA.

AFIRMA CATEGÓRICAMENTE QUE, NO OBSTANTE QUE UN D.I. CONSUE

299  
300

GORMLEY: Op. cit., p. 124.

Entre los autores que sostienen tales puntos de vista están: Rousseau, Anzilotti, Von List, Sereni, Nisot etc. Cfr. GOMEZ ROBLEDO: *Le ius cogens*...., pp. 80 a 84.

TUDINARIO HAYA PODIDO LOGRAR DE FACTO CIERTA ESTABILIDAD, ELLO SÓLO REPRESENTA UN CUASIORDEN JURÍDICO, LIMITADO EN SUS ÁMBITOS DE VALIDEZ Y POR LO TANTO, BASÁNDOSE EN ALGUNAS MANIFESTACIONES RECIENTES, SE PUEDE HABLAR ÚNICAMENTE DE RELACIONES DE COORDINACIÓN Y RECIPROCIDAD (301), RAZÓN ESPECIALMENTE DE UN 'SENTIDO COMÚN' Y UNA 'CONDUCTA RAZONABLE' QUE TIENEN MÁS DE ÉTICO QUE DE JURÍDICO (302).

SCHWARZENBERGER OPINA PUES, QUE:

EN EL NIVEL DE SOCIEDAD INTERNACIONAL DESORGANIZADA, EL DERECHO INTERNACIONAL CARECE DE CUALQUIER NORMA CORRESPONDIENTE A AQUELLA DE IUS COGENS EN EL DERECHO ROMANO O A LAS DE PUBLIC POLICY DEL DERECHO SAJÓN. ASÍ, CUALQUIER SUJETO DE DERECHO INTERNACIONAL ES LIBRE DE LIMITAR, COMO SE VE, POTESTATIVAMENTE EL EJERCICIO DE SU PROPIA SOBERANÍA EN FAVOR DE OTRO ESTADO O DE UN ORGANISMO INTERNACIONAL (303)

NO OBSTANTE, SEÑALA:

SE ADMITE COMUNMENTE QUE ALGUNAS DE LAS NORMAS QUE CONTRAVIENEN LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PUEDEN SER IGNORADAS SÓLO CUANDO INTENTAN REDUCIR AL DERECHO INTERNACIONAL [A] UN ESTADO DE ANARQUÍA EN LAS RELACIONES ENTRE AQUELLOS [SUJETOS] QUE CONVIENEN EN DICHAS NORMAS (304)

EL HECHO ES, SEGÚN EL AUTOR, QUE POR MÁS QUE SE HABLE DE UN D.I.

- 301 Cfr. TRUYOL SIERRA, Antonio: Fundamentos del Derecho Internacional Público, Colección de Ciencias Sociales, Serie: Relaciones Internacionales, 3a. ed., Tecnos, Madrid, 1970, pp. 44 y 45, el agregado es nuestro. Cabe recordar que el autor reconoce tres vertientes del D.I., a saber: D.I. del Poder, D.I. de reciprocidad y D.I. de coordinación. Cfr. SCHWARZENBERGER, Greog: La Política del Poder (Estudio de la Sociedad Internacional), (trad. del inglés por Julieta Campos y Enrique González), - FCE, México, 1960, pp. 176 y ss.
- 302 Cfr. GOMEZ ROBLEDO, Antonio: Le ius cogens internacional..., p. 85.
- 303 SCHWARZENBERGER, Greog: A Manual of International Law, Vol. I, 4a. ed., Stevens and Sons Ltd., Londres, 1960, p. 60.
- 304 Ibid., p. 101.

CONSTITUCIONAL, ABSOLUTO O FUNDAMENTAL, LA CREACIÓN DE ÉSTE DEPENDE DE ACTOS ESTATALES DE AUTOLIMITACIÓN NECESARIAMENTE CONSENSUALES, POR LO QUE LA FIGURA DEL TRATADO DOMINA EL PRECARIO CUASIORDEN QUE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL HA PODIDO CREAR, UNA DEMOSTRACIÓN DE LA INEFICACIA DEL LLAMADO D.I. CONSTITUCIONAL ES QUE NO HA PODIDO ESTABLECERSE UNA PROHIBICIÓN TAJANTE Y EFECTIVA AL RECURSO DE LA FUERZA ARMADA (305).

NUESTRO AUTOR SOSTIENE LA SIGUIENTE DEFINICIÓN DE IUS COGENS

DERECHO QUE VINCULA SIN CONSIDERAR LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN LO INDIVIDUAL (306)

COMO SE VE, LA VOLUNTAD ESTATAL -PREMISA INDISPENSABLE EN LA FORMACIÓN DEL D.I. CONFORME A LA DOCTRINA CLÁSICA- DOMINA LA DEFINICIÓN QUE, POR OTRO LADO, NO DEJA DE REFLEJAR EL FONDO DE LA INSTITUCIÓN. AHORA BIEN, SEGÚN SCHWAZENBERGER, ESTE TIPO DE NORMAS NO ESTÁ TOTALMENTE EXCLUIDA DEL D.I.; YA QUE SE PUEDEN CREAR MEDIANTE CONSENSO BI O MULTILATERAL PERO UNICAMENTE PRODUCIRÁN EFECTOS INTER PARTES; POR LO QUE SU APLICACIÓN GENERAL -SU OPORTUNIDAD ERGA OMNES, DIRÍAMOS NOSOTROS- ES IMPOSIBLE EN LA CARENANCIA DE ÓRGANOS LEGISLATIVOS CENTRALIZADOS (307). AÚN CUANDO UN TRATADO CONTRA BINOS MORES SE CONCLUYA, Y SUS DAÑOS SEAN EVIDENTES, ESTIMA QUE ES LEJANO QUE UN TRIBUNAL INTERNACIONAL PUEDA, CON ÉXITO, PROHIBIR SU APLICACIÓN, TODA VEZ QUE LOS QUE EXISTEN CONOCEN DE LOS CASOS SÓLO CON BASE EN EL ACUERDO DE LAS PARTES.

PARA EL JURÍSTA BRITÁNICO, LOS ESFUERZOS DE POSTGUERRA PARA FUNDAR CUERPOS COLEGIADOS CON CIERTA REPRESENTATIVIDAD HAN SIDO -MÁS BIEN POBRES; LA ONU Y SUS AGENCIAS ESPECIALIZADAS SÓLO HAN LOGRADO UN DÉBIL APARATO ADMINISTRATIVO CUYO PODER VINCULANTE PUEDE ENTENDERSE COMO UN CUASIORDEN.

EL TEMOR MÁS GRANDE DE SCHWAZENBERGER, Y DE AHÍ SU MÁS ACRE

305 Cfr. *ibid.*

306 *Ibid.*, p. 686.

307 Cfr. *Current Legal Problems*, N° 194 (1963), citado en VERDROSS, Alfred: *Jus dispositivum...*, p. 60. Este último afirma que una norma con tales características puede ser derogada por las partes que la crearon. lo -hace dudar de su naturaleza imperativa.



CRÍTICA, ES QUE LOS TÉRMINOS AMBIGUOS EN QUE ESTA REDACTADO EL - ARTÍCULO 53 DE LA CONVENCIÓN DE 1969 -EN SU MOMENTO ARTÍCULO 37 - DEL PROYECTO PREPARADO POR LA CDI- HAGAN FÁCIL QUE UN ESTADO LO INVOQUE UNILATERAL Y DOLOSAMENTE PARA DEJAR DE CUMPLIR LAS OBLIGACIONES YA CONTRAIDAS ESCUDADO EN UNA APARENTE LEGALIDAD; AL -- IGUAL QUE ABRE UNA PUERTA JURÍDICA PARA QUE LOS TERCEROS ESTADOS INTERVENGAN EN LOS ASUNTOS EXCLUSIVOS DE ALGÚN OTRO(308), PERO CO MO ÉL MISMO SEÑALA:

EL PUNTO DECISIVO,..ES QUE EL DERECHO INTERNACIONAL CONSUE TUDINARIO CARECE DE ALGUNA ARGUCIA QUE SIRVA PARA PREVENIR QUE LOS SUJETOS DE DERECHO INTERNACIONAL DESVIEN SU VERDA DERA FUNCIÓN (309).

CON TODO, RECONOCE LA IMPOSIBILIDAD DE CONCEBIR RELACIONES INTERNACIONALES NORMALES SIN APOYARSE EN UN MÍNIMO COMÚN DE 'CIVILIZACIÓN'. ESTE PARECER, PARA ALGUNOS AUTORES (310), ESTÁ A UN PASO DE LA ACEPTACIÓN DE LA EXISTENCIA DEL IUS COGENS INTERNACIONAL, POR NUESTRA PARTE, PENSAMOS QUE ESTÁ A UN PASO DEL RECONOCIMIENTO DE LA NECESIDAD SOCIAL QUE JUSTIFICA DE FACTO, LA CREA-- CIÓN DE NORMAS IMPERATIVAS.

308 Cfr. SCHWAZENBERGER, Greog: *International Ius Cogens?*, *Texas Law Review*, N° 43 (1965), pp. 477 y 478, citado en QUADRI, R.: *General Cours...*, -- p. 337. Argumento que repiten los detractores del ius cogens desde que Lauterpach lo señaló. Ver supra sección I.21.

309 SCHWAZENBERGER, Greog: *A Manual...*, p. 101.

310 Cfr. VIRALLY, Michel: op. cit., p. 25, cita 17.

## II ASPECTOS TÉCNICOS PARTICULARES DEL IUS COGENS INTERNACIONAL.

1.35 LA INTRODUCCIÓN DEL CONCEPTO DE IMPERATIVIDAD EN EL D.I. HA PLANTEADO DIFICULTADES TEÓRICAS Y PRÁCTICAS. SI BIEN ALGUNAS HAN SIDO RESUELTAS, ELLO SÓLO SE HA HECHO PROVISIONALMENTE, POR LO QUE LAS RESPUESTAS DEBEN BUSCARSE TODAVÍA EN LA DOCTRINA (1).

LA IMPERATIVIDAD DEL DERECHO HA SIDO DISCUTIDA, SEGÚN ALGUNOS AUTORES, DESDE ROMA (2), NO OBSTANTE, CON MAYOR PRECISIÓN, LAS INVESTIGACIONES DATAN DE LA ÉPOCA ROMANA, SIGLO XIX EN LOS TRABAJOS DE AUGUSTO THON, RUDOLF VON IHERING Y K. BINDING (3). PARA ESTOS AUTORES EL ESTADO ES UN ELEMENTO INDISPENSABLE Y EL DERECHO ORDENA CONDUCTAS JURÍDICAMENTE NECESARIAS, SEAN POR SU FUENTE, O BIEN, POR SU EFICACIA. EN OPINIÓN DE CARNELUTTI Y DEL VECCHIO, EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ES IMPERATIVO POR NATURALEZA, NO OBSTANTE, ÉSTA DEPENDE PRIMORDIALMENTE DE LA EFICACIA QUE, A TRAVÉS DE LA SANCIÓN ACTUALIZABLE, ALCANCE EL ORDEN JURÍDICO. PARA EL ÚLTIMO AUTOR CITADO, LA IMPERATIVIDAD CARACTERIZA A LA NORMA POR CUANTO ÉSTA ARTICULA LOS COMPORTAMIENTOS -ATRIBUYENDO FACULTADES E IMPONIENDO OBLIGACIONES- EN UNA SOCIEDAD CON INTERESES FRECUENTEMENTE CONTRADICTORIOS. NO OBSTANTE,

- 1 En la primera parte del presente capítulo hemos conocido las opiniones de algunos internacionalistas, generadas en torno a nuestra figura; la mayor parte de los trabajos son de carácter histórico-exegético y sólo algunos son abiertamente propositivos.
- 2 Modestino sentenció: *Legis virtus heec est imperare, vetare, permittere, punire.* De *Legibus* 1.3 (Esta es la virtud de la ley, ordenar, prohibir, permitir, sancionar) citado en BUGALLO ALVAREZ, Alejandro: Pressupostos Epistemológicos para o Estudo Científico do Direito, Resenha Universitária, Sao Paulo, 1976, p. 43.
- 3 Véase las obras: *Norma jurídica e direito subjetivo* (1878); *o fim do Direito* (1877), y. *A norma e sua violação* (1877), respectivamente, Cfr. *ibid.*

PARA ÉL LA ESENCIA DE LA IMPERATIVIDAD ES LA COACCIÓN.

SÓLO CON ALF ROSS Y CON OLIVERARONA LA DEPENDENCIA DE LA IMPERATIVIDAD PARA CON EL ESTADO FUE DISUELTA YA QUE ESTOS AUTORES CENTRARON SUS ESTUDIOS EN LA NATURALEZA MISMA DEL FENÓMENO JURÍDICO, Y NO EXCLUSIVAMENTE EN EL ACTO CREADOR DE LA LEY; PARA ELLOS, LAS NORMAS QUE FORMAN PARTE DE UN ORDEN JURÍDICO SON IMPERATIVOS HETERÓNOMOS NO NECESARIAMENTE ASOCIADO A UN ÓRGANO O A UNA PERSONA. SU TEORÍA GENERAL ES CRITICADA POR BOBBIO, PORQUE NO CONSIDERA LA DIVERSIDAD DE RELACIONES SOCIALES QUE DEBEN SER REGULADAS POR EL DERECHO; ES DECIR, ESQUEMATIZAN LA FUNCIÓN JURÍDICA EN UNA 'FÓRMULA' QUE RARA VEZ SE DA EN LA REALIDAD. JUNTO CON LA MAYORÍA DE LOS JURISTAS, BOBBIO ACEPTA QUE LA NORMA DE DERECHO PUEDE ADOPTAR DISTINTAS FORMAS, DESDE LA ESTRICTAMENTE GENERAL, HASTA LA INDIVIDUAL, COMO EN EL CASO DE LA SENTENCIA (4); LA COHERENCIA DE TODAS ELLAS RADICA EN QUE SON PARTE DE UN TODO ARMÓNICO Y JERÁRQUICO.

POR SU PARTE, KELSEN RECHAZA LA IDEA DE QUE LA NORMA JURÍDICA SEA UN IMPERATIVO -LO QUE LA COLOCARÍA EN LA ESFERA DEL SER-. EN UNA LÍNEA NEOKANTIANA, COMO CORRESPONDE A SU FORMACIÓN, AFIRMA QUE TODA NORMA ES UN JUICIO HIPOTÉTICO; ESTO ES, UNA EXPRESIÓN DEL DEBER SER QUE, NO OBSTANTE ELLO, ES AJENA A CUALQUIER CONTENIDO SOCIOLOGICO PARTICULAR. SE CRITICA AL MAESTRO AUSTRIACO, PRINCIPALMENTE, PORQUE CAE EN UNA CONTRADICCIÓN, TODA VEZ QUE, SEGÚN ÉL:

LA NORMA ES UNA INSTITUCIÓN INTELLECTUAL (JUICIO HIPOTÉTICO), PARA VINCULAR REALIDADES NATURALES (5), ES DECIR, LA CONDUCTA DE LOS SUJETOS DE DERECHO.

EN OPINIÓN DE BOBBIO, KELSEN FORMULA SU TEORÍA DE LOS JUICIOS HIPOTÉTICOS PARA SOSLAYAR EL CONCEPTO DE IMPERATIVIDAD.

4 BOBBIO, Norberto: Teoría della norma giuridica. Torino, 1958, pp. 132-136, y en el mismo sentido LEGAZ Y LACAMBRA, Luis: Introducción a la Ciencia del Derecho, Bosch, Barcelona, 1945, p. 161. ambos citados *ibid.*, p. 43.

5 LEGAZ Y LACAMBRA, Luis: *op. cit.*, p. 166 citado *ibid.*, p. 45.

QUE IMPLICA -SEGÚN EL ITALIANO- UNA VINCULACIÓN INMEDIATA ENTRE UNA VOLUNTAD LEGAL, Y LA ORIENTACIÓN DE LAS CONDUCTAS (6).

LA IMPERATIVIDAD DEL D.I. HA PROVOCADO DESARROLLOS DOCTRINALES DE ORIENTACIÓN DIFERENTE, YA SON MÚLTIPLES LAS DIFERENCIAS ENTRE ESTA DISCIPLINA Y OTRAS RAMAS DEL DERECHO, EMPERO, EXISTEN 'DENOMINADORES COMUNES' DE CUALQUIER FENÓMENO JURÍDICO Y, POSIBLEMENTE LA IMPERATIVIDAD SEA UNO DE ELLOS.

ESTE CONCEPTO ES, FUNDAMENTALMENTE, UN INSTRUMENTO DE ANÁLISIS DEL DERECHO POSITIVO, ES DECIR, CONSTITUYE UNA ABSTRACCIÓN TEÓRICA QUE SIRVE, ENTRE OTROS FINES, PARA: CLASIFICAR UNA NORMA DADA (7), ESTUDIAR SU NATURALEZA PARTICULAR, JUSTIFICAR SU JERARQUÍA Y, AÚN, COMO ELEMENTO DE INTERPRETACIÓN DE LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR.

CABE SEÑALAR QUE EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS INTERNOS, LO COMÚN ES QUE LOS ACUERDOS ENTRE PARTICULARES NO DEROGUEN SUS -NORMAS, YA QUE LA MAYORÍA PERTENECEN AL LLAMADO DERECHO PÚBLICO, CUYA FORMULACIÓN Y APLICACIÓN SON DE ESPECIAL INTERÉS PARA EL ESTADO. POR ELLO, EL ESTUDIO DE LA IMPERATIVIDAD COMO CONCEPTO PURO ES, COMO VIMOS, MUY REDUCIDO (8); RESULTA MÁS PRÁCTICO ESTUDIAR Y REGULAR SUS EXCEPCIONES, ES DECIR, AQUELLOS CASOS EN QUE EL CUMPLIMIENTO DE LA NORMA, O ALGUNA MODALIDAD, PUEDEN SER DECIDIDOS POTESTATIVAMENTE POR EL DESTINATARIO DE ÉSTA, Y CON MAYOR RAZÓN, AQUELLAS NORMAS QUE PESE A SU CARÁCTER JURÍDICO, CARECEN DE PODER VINCULANTE.

- 6 Cfr., ibid., p. 48. Algunos autores nacionales se han referido también a este concepto entre otros ver GARCIA MAYNEZ, Eduardo: Introducción..., p. 91; MARGADANT S., Guillermo: El Derecho Privado Roma no (como introducción a la cultura jurídica contemporánea), 14a. ed., Esfinge, México, 1986, pp. 103 y 317; y DE LA CUEVA, Mario: El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, Tomo I, 8a. ed., Porrúa, México, 1982, p. 99.
- 7 En nuestro caso, el criterio fundante de la distinción entre normas dispositivas y taxativas (imperativas), es la relación existente entre la voluntad del destinatario de la norma, y los efectos que esta última produce. Cfr. GARCIA MAYNEZ, Eduardo: Introducción..., p. 91.
- 8 Es mas frecuente el análisis de conceptos asociados al orden público.

PODRÍAMOS AFIRMAR, CASI CON CERTEZA, QUE TALES SISTEMAS NO CUENTAN CON UNA DEFINICIÓN LEGAL EXPRESA DE LO QUE DEBE ENTENDERSE POR NORMA O DERECHO IMPERATIVO, NI TAMPOCO CON UN CRITERIO DEFINIDO PARA DISTINGUIR LAS REGLAS, FIGURAS O INSTITUCIONES JURÍDICAS, QUE PERTENECEN A ÉL. ESTO ES ASÍ, EN PRIMER TÉRMINO, PORQUE NO SE TIENE LA NECESIDAD MATERIAL DE POSITIVIZAR TAL CONCEPTO, Y EN SEGUNDO LUGAR, PORQUE SU DEFINICIÓN NO ES SENCILLA, YA QUE CUALQUIER INEXACTITUD PODRÍA DAR MOTIVO A INTERPRETACIONES DELIBERADAMENTE CONTRADICTORIAS CON EL FIN QUE SE PERSIGUE: LA PLENA OBSERVANCIA DE LA NORMA. CON MEJOR JUICIO, ANTES DE LANZARSE A LA DELICADA DELIMITACIÓN DE UNA NOCIÓN TAN GENERAL, LAS LEGISLACIONES NACIONALES HAN REGULADO POR VARIAS VÍAS, LOS ASPECTOS PRÁCTICOS A QUE DA LUGAR LA IMPERATIVIDAD, A SABER: A) SE HA LIMITADO EL ALCANCE DE LA VOLUNTAD DE LOS PARTICULARES RESPECTO DEL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS, EN FUNCIÓN DE LOS INTERESES DE TERCEROS QUE SE EXPRESAN COMO DERECHOS SUBJETIVOS (9); B) POR SU PARTE, LA DISPOSITIVIDAD QUE EXCEPCIONALMENTE SE LE OTORGA A UNA INSTITUCIÓN JURÍDICA, SE EXPRESA DIRECTAMENTE EN LOS PRECEPTOS QUE LA CONTIENEN, A TRAVÉS DE FÓRMULAS COMO 'SALVO PACTO EN CONTRARIO', 'SI NO SE HUBIERE ESTIPULADO OTRA COSA', 'SI ASÍ RESULTARA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES' Y OTRAS ANÁLOGAS (10); UN CAMPO MÁS DE REGULACIÓN ES LA SANCIÓN; COMO SABEMOS, LA CONSECUENCIA DE LA INOBSERVANCIA DE UN MANDATO IMPERATIVO ES LA NULIDAD (11). ASÍ, EL ÁMBITO EN QUE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES PUEDE MODELAR EL DERECHO QUE LES SERÁ APLICADO, ES REDUCIDO, APENAS UNA FRACCIÓN DEL

9 En este sentido, el artículo 6° del Código Civil Francés, Dalloz, París, 1914, p. 5 y el art. 6° del Código Civil para el Distrito Federal, ya citado, que coincide con el anterior.

10 Los artículos 2488, 2082 y 1988 del Código aludido en último término, son ejemplos de la utilización de tales fórmulas.

11 Recuérdese la redacción del art. 8° del multicitado Código, y también que la nulidad como sanción, caracteriza a las normas plus quam perfectas. Ver supra sección 1.9 nota 79.

DERECHO PRIVADO (12). EN RESUMEN, INTERNAMENTE SE HAN REGULADO ASPECTOS PRÁCTICOS RELACIONADOS CON LOS CONCEPTOS DE IMPERATIVIDAD O DISPOSITIVIDAD DE LAS NORMAS, ESTANDO IMPLÍCITAS ESTAS CONCEPCIONES.

POR TODO LO ANTERIOR, HA SIDO LA DOCTRINA IUS-INTERNACIONALISTA LA QUE - CONSIDERANDO LA REALIDAD DE LA SOCIEDAD INTERESTÁTICA- SE HA OCUPADO DE DESARROLLAR LA FIGURA QUE NOS OCUPA. DEBEMOS INSISTIR EN QUE LA IMPERATIVIDAD ES UNA NOCIÓN TÉCNICA ABSTRACTA, NO UNA CATEGORÍA POSITIVA, COMO LO HAN QUERIDO ENTENDER ALGUNOS DE SUS DETRACTORES. POR OTRA PARTE, LAS OPINIONES VERTIDAS, EN SU MAYOR PARTE, HAN TENIDO COMO REFERENCIA ÚNICAMENTE LAS PARTICULARES CIRCUNSTANCIAS, FÁCTICAS Y CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS EN QUE SE DESENVUELVE EL D.I.; EN CONSECUENCIA, PASAR DE LA DOCTRINA A LA PRÁCTICA INSTANTÁNEAMENTE, CON OBJETO DE SEÑALAR CATEGÓRICAMENTE CUÁL NORMA ES DE IUS COGENS, CUÁL NO, Y PORQUÉ, ES SUMAMENTE RIESGOZO. EN NUESTRA OPINIÓN, ESTA PRETENSIÓN HA MARCADO EL ESCASO ÉXITO OBTENIDO EN LOS INTENTOS POR FIJAR CRITERIOS GENÉRICOS DE DETERMINACIÓN O, CON MAYOR RAZÓN, LISTAS DE REGLAS POSITIVAS.

ANTES DE ESTABLECER SI ESTO ES POSIBLE O DESEABLE, NOS PARECE LÓGICAMENTE ANTERIOR, DETERMINAR LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA 'IMPERATIVIDAD' Y, SOBRE TODO, SU LUGAR DENTRO DEL DERECHO -ENTENDIDO ÉSTE COMO LA EXPRESIÓN DE UN ORDEN SOCIAL Y NO SÓLO COMO UN CONJUNTO DE NORMAS TENDIENTES A MANTENER UN CIERTO CONTROL DE LAS CONDUCTAS DE LOS SUJETOS DE DERECHO-.

ES IMPOSIBLE INTENTARLO DESDE LOS LÍMITES DEL D.I. O DE CUALQUIER OTRA RAMA DEL DERECHO, TODA VEZ QUE ÉSTAS, COMO DISCIPLINAS PARTICULARES, NO PUEDEN OCUPARSE DE LOS ASPECTOS GE-

12 Primordialmente instituciones del llamado Derecho de las Obligaciones. Con todo, la autonomía de la voluntad está regulada limitativamente. Por ejemplo, el art. 2950, del Código aludido, señala las materias vedadas a la transacción.

NERALES DEL FENÓMENO JURÍDICO; LO QUE, EN CAMBIO, ES MATERIA PRIVATIVA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO (13).

NO PODEMOS SEGUIR ADELANTE SIN ACLARAR, EN LO POSIBLE, LA POSICIÓN DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO -Y UNA DIVISIÓN PROPUESTA PARA SU ESTUDIO- DENTRO DEL ESQUEMA DE LA FILOSOFÍA GENERAL. ESTA ÚLTIMA, EN LA OPINIÓN DE ANTONIO CASO, DIVÍDESE EN ONTOLOGÍA -O TEORÍA DEL SER- Y EN AXIOLOGÍA- O TEORÍA DE LOS VALORES-, LA QUE A SU VEZ CONSTA DE : ETICA, ESTÉTICA, FILOSOFÍA DE LA RELIGIÓN Y FILOSOFÍA DEL DERECHO, DISCIPLINAS QUE RESPECTIVAMENTE SE OCUPAN DE ESTUDIAR: EL BIEN, LO BELLO, LO SANTO Y LO JURÍDICO (14). AHORA BIEN, DOS SON LOS TEMAS FUNDAMENTALES DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO, A SABER: EL ESTUDIO DE LO JURÍDICO PROPIAMENTE DICHO Y LA DETERMINACIÓN DE LOS VALORES PROPIOS DEL DERECHO; LO QUE CONSTITUYE RESPECTIVAMENTE LA MATERIA DE INVESTIGACIÓN DE LA TEORÍA FUNDAMENTAL DEL DERECHO Y DE LA LLAMADA AXIOLOGÍA JURÍDICA- TAMBIÉN CONOCIDA COMO DOCTRINA DE LOS VALORES JURÍDICOS O ESTIMATIVA JURÍDICA- (15). LA TEORÍA FUNDAMENTAL DEL DERECHO, QUE NO DEBE SER CONFUNDIDA CON LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO (16), SE DIVIDE POR ÚLTIMO EN ONTOLOGÍA FORMAL DEL DERECHO Y EN LÓGICA JURÍDICA, LAS CUALES TIENEN A CARGO, EN SU ORDEN:

- 13 Sin ignorar que existen multitud de acertadas opiniones sobre el objeto de estudio de la Filosofía del Derecho, citamos la siguiente, con el único objeto de tener un punto de referencia:  
... la Filosofía del derecho es la disciplina que define el derecho en su universalidad lógica, investiga los fundamentos y los caracteres generales de su desarrollo histórico, y los valores según el ideal de la justicia trazado por pura razón.  
DE VECCHO, GIORGIO: op. cit., p. 5.
- 14 Cfr. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo: Introducción..., p. 114 y 115.
- 15 Cfr., ibid. Nos parece interesante destacar que ésta, incluye el estudio de la validez de la norma positiva, al menos en la doctrina de García Máynez. Cfr.: Filosofía..., p. 17. En el mismo sentido RECASENS SICHES, Luis: Tratado General de Sociología, Porrúa, México, 1956, pp. 545 y 546.
- 16 Esta 'ciencia', producto del pensamiento positivista de ciertos autores alemanes -Bergbohm, Merkel y Brerling entre los principales- consiste en un conjunto de generalizaciones relativas a los fenóme-

EL ESTUDIO SISTEMÁTICO DE LAS CONEXIONES ESENCIALES DE CARÁCTER FORMAL ENTRE LAS DIVERSAS MANIFESTACIONES DE LA CONDUCTA JURÍDICAMENTE REGULADA, LO PERMITIDO, LO OBLIGATORIO Y LO POTESTATIVO... [Y]... EL ESTUDIO, - IGUALMENTE SISTEMÁTICO, DE LA 'FORMA' DE LOS JUICIOS LOS CONCEPTOS Y LOS RACIOCINIOS JURÍDICOS <sup>(17)</sup>.

CON ESTA DESVIACIÓN PRETENDEMOS RESALTAR QUE EL ESTUDIO DE LA 'IMPERATIVIDAD' ES INEXCUSABLE PARA EL DERECHO EN GENERAL Y PARA EL D.I. EN PARTICULAR, PERO ÉSTE ES INSUFICIENTE PARA LOGRAR PLENAMENTE TAL PROPÓSITO; UN ANÁLISIS IUS FILÓSÓFICO EN CAMBIO, PODRÍA ABRIR NUEVAS POSIBILIDADES DE DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO Y DE SUS ALCANCES, ASÍ COMO APORTAR ARGUMENTOS EN FAVOR DE SU EFICACIA.

AHORA BIEN, RECUÉRDESE QUE SOSTUVIMOS YA QUE LAS NORMAS DE IUS COGENS -EN CUALQUIER SISTEMA- SON LA EXPRESIÓN OBJETIVA DE LOS LLAMADOS DERECHOS SUBJETIVOS DE EJERCICIO OBLIGATORIO <sup>(18)</sup>; ELLO IMPLICA UN DOBLE CARÁCTER: QUE TALES DERECHOS SON NECESARIAMENTE LÍCITOS, Y SU INOBSERVANCIA, ILÍCITA POR DE FINICIÓN; LLEGAMOS A TAL CONCLUSIÓN ASUMIENDO QUE LA FACULTAD DE AJUSTARSE A LA CONDUCTA PRESCRITA POR UNA NORMA ESTÁ -EN ES

---

nos jurídicos. Ajena a toda consideración Filosófica (Metafísica) y creada con base en el modelo de las ciencias naturales tañto en su método -la inferencia inductiva- como en su sistematización. Cfr. GARCIA MAYNEZ; Introducción..., p. 117 a 119 y su: Filosofía..., p. 11 a 15.

17 No obstante, hay autores que la conciben como la doctrina de los conceptos jurídicos fundamentales, denotando un carácter meta-positivo, Cfr. GOLDSCHMIDT, Werner: La Ciencia de la Justicia, (Dikelo gía), (sin la nota de traducción), Aguilar, Madrid, 1958, p. 13 y 145. Ibid., p. 16 y 17. Véase la definición -más completa- que se registra infra sección 1.7 nota 43, en la que se hace hincapié en el carácter apriorístico de los principios ontológicos fundamentales del derecho. Con objeto de contar con una representación gráfica de la división aquí adoptada para la Filosofía General en función de la Filosofía del Derecho -y de paso su ubicación- remitimos al lector a la figura 4.

18 Ver supra Sección 1.7 (Derecho del Obligado).



FIGURA 4

LA FILOSOFIA DEL DERECHO -Y SUS RAMAS- DENTRO DE UN SISTEMA DE LA FILOSOFIA GENERAL

F  
I  
L  
O  
S  
O  
F  
I  
A  
  
G  
E  
N  
E  
R  
A  
L

ONTOLOGIA  
(Teoría del Ser)

AXIOLOGIA  
(Teoría del Valor).

ETICA  
(Teoría de lo Bueno).  
ESTETICA  
(Teoría de lo Bello).  
FILOSOFIA DE LA RELIGION  
(Teoría de lo Santo)

FILOSOFIA DEL DERECHO.  
Teoría de lo Jurídico.

TEORIA FUNDAMENTAL DEL DERECHO.

AXIOLOGIA JURIDICA.

ONTOLOGIA FORMAL DEL DERECHO

LOGICA JURIDICA

TE CASO JURÍDICAMENTE REGULADA DE MANERA OBLIGATORIA. ES COMPRENSIBLE HASTA CIERTO PUNTO QUE REPUGNE A LA LÓGICA DEFINIR A UNA OBLIGACIÓN JURÍDICA EN ABSTRACTO, PARTIENDO DEL CONCEPTO DE 'FACULTAD' (TENER DERECHO DE CONDUCIRSE CONFORME LO MARCA UNA LEY RESULTA MÁS QUE OBVIO); EMPERO, TOMEMOS EN CUENTA QUE TODA OBLIGACIÓN SE COMPLEMENTA CON UNA FACULTAD; POR LO QUE, EL BINOMIO DEBER-DERECHO SUBJETIVO ES INDISOLUBLE. HAY QUE TENER PRESENTE QUE EN EL DERECHO OBJETIVO -CÓDIGOS, COSTUMBRES, CONTRATOS, SENTENCIAS, TRATADOS, ETC.- ES FRECUENTE QUE UNO SÓLO DE ESTOS ELEMENTOS SEA MANIFIESTO <sup>(19)</sup>, QUEDANDO EL OTRO IMPLÍCITO. POR CONVENIENCIA PRÁCTICA, LAS FIGURAS JURÍDICAS SE DELINEAN CON BASE EN LA OBLIGACIÓN O LA FACULTAD QUE LAS CARACTERIZA, NO OBSTANTE, EL COMPONENTE TÁCITO ES INDISPENSABLE PARA ENTENDER LA FUNCIÓN Y LA IMPORTANCIA QUE TAL FIGURA POSEE DENTRO DEL SISTEMA JURÍDICO A QUE PERTENEZCA.

- 19 Existe una corriente doctrinal que niega la existencia de 'derechos de Ejercicio Obligatorio'. Juristas como H.L.A. Hart -siguiendo a Bentham- argumentan que una visión 'imperativa' del derecho reduce considerablemente el panorama de la conducta jurídicamente regulada.
- Frente a la obligación y al derecho subjetivo, existe la 'facultad', es decir, la potestad conferida a un sujeto para modificar válidamente una situación jurídica determinada; esto parecería coincidir con el concepto de *ius dispositivum* que hemos manejado, no obstante, se aleja en la medida en que -como se afirma- la 'facultad', se identifica con la 'capacidad' en el derecho privado y con la 'competencia' en el derecho público. En este sentido 'facultad' y derecho subjetivo no son sinónimos: aquella puede o no ser de ejercicio obligatorio y no se agota al hacer uso de ella; éste, en cambio, debe permanecer libre de toda restricción y sí se extingue con su ejercicio.
- Este último aserto conduce a la noción de 'permisión completa' o 'fuerte', la que corresponde a los derechos subjetivos. La potestad de realizar u omitir una conducta está expresamente contenida en la norma, por ello se dice que tiene una 'fuente jurídica' que la sustenta. Por su parte, la "permisión" otorgada por una obligación (es decir, el derecho del obligado) es sólo aparente, puesto que sus alcances están constreñidos a la realización de la conducta prescrita y no otra; su función es por ello, plenamente restrictiva, de lo que se sigue que es erróneo hablar de 'derechos de ejercicio

LOS RAZONAMIENTOS Y LAS CONCLUSIONES QUE SUSTENTAN EL CONCEPTO DE DERECHO DEL OBLIGADO, (DERECHO SUBJETIVO ABSOLUTO) AL SER APLICADOS AL IUS COGENS, NO HACEN MÁS QUE EVIDENCIAR LA OTRA FACETA DE LA 'OBLIGACIÓN IMPERATIVA'; ESPECIALMENTE EN LO QUE RESPECTA AL CONJUNTO DE NORMAS QUE PRESCRIBEN CONDUCTAS FUNDAMENTALES DE CONVIVENCIA SOCIAL (20). ASÍ SE PUEDE AFIRMAR QUE EXISTE UNA CORRESPONDENCIA COMPLEMENTARIA ENTRE EL IUS COGENS Y EL DERECHO DEL OBLIGADO, Y EQUIVALE A RECONOCER EN AQUÉL UNA CATEGORÍA ONTOLÓGICA FORMAL MÁS DEL DERECHO.

AHORRA BIEN, AFIRMAMOS YA QUE EXISTEN NORMAS OBLIGATORIAS SIN SER IMPERATIVAS; EN EL SENTIDO DE QUE PERMITEN A SU DESTINATARIO CIERTA LIBERTAD EN LA ELECCIÓN DE LOS MEDIOS A UTILIZAR PARA QUE EFECTIVAMENTE SE PRODUZCAN LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DESEADAS (21). POR OTRA PARTE, ACEPTAMOS LA OPINIÓN QUE DECLARA QUE LO PERMITIDO, LO POTESTATIVO Y LO OBLIGATORIO SON LAS ÚNICAS FORMAS EN QUE LA CONDUCTA JURÍDICAMENTE REGULADA PUEDE MANIFESTARSE VÁLIDAMENTE. ¿EXIS

---

obligatorio'. Cfr. TAMAYO Y SALMORAN, Rolando: El Derecho y la Ciencia del Derecho (Introducción a la Ciencia Jurídica), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie 9. Estudios Doctrinales, Núm. 86, UNAM, México, 1984, p. 61, 63 y 67.

20 La discrepancia no es sólo terminológica, tiene que ver directamente con la estructura ontológica que se le atribuye al derecho. Las sociedades, sistemáticamente, han determinado tales conductas a nivel constitucional, directa o reglamentariamente. Permítasenos designar a dicho conjunto de normas 'núcleo imperativo'. Ver infra sección 1.57.

Por otra parte, existen tratadistas que identifican al concepto de derecho del obligado con la función social de la propiedad (principio del llamado Derecho Social) o a la función internacional al de la soberanía).

21 Cfr. GOLDSCHMIDT, Werner: La Ciencia de la Justicia (Dikeología) (sin nota de traducción), Aguilar, Madrid, 1958, nota 91, p. 91. Ver supra sección 1.6, p. 33. De manera análoga, se afirma:

El Derecho romano conoció dos maneras de ser de la imperatividad de las normas, a las que se denomina relativa y absoluta, las que corresponden al derecho *dispositivum* (ius *dispositivum*) y al derecho imperativo (ius *cogens*).

DE LA CUEVA, Mario: op. cit., p. 99.

TE AQUÍ UNA CONTRADICCIÓN? SI PRECISAMOS EN QUÉ SENTIDO UTILIZAMOS LA PALABRA 'OBLIGATORIA', PODREMOS ALLANAR LA CONFUSIÓN. EN UN PRIMER SENTIDO (22) 'OBLIGATORIO' DENOTA QUE LA CONDUCTA DEL SUJETO DE DERECHO, ES JURÍDICAMENTE 'NECESARIA' PARA : ALCANZAR EL PROPÓSITO QUE ENCIERRA LA NORMA, O BIEN, PARA ACTUALIZAR LA SANCIÓN POR SU INCUMPLIMIENTO. EN UN SENTIDO ONTOLÓGICO, SIGNIFICA QUE CIERTA CONDUCTA ESTÁ ORDENADA (23). DESDE NUESTRO PUNTO DE VISTA, SE PUEDE DISTINGUIR UNA GRADACIÓN DENTRO DE 'LO ORDENADO'; CUANTO MÁS EXACTA ES LA DESCRIPCIÓN DE UNA CONDUCTA, ES MENOR EL MARGEN QUE SE OTORGA AL ALBEDRÍO; HAY PUES UNA RELACIÓN DIRECTAMENTE PROPORCIONAL ENTRE PRECISIÓN DEL ORDENAMIENTO E IMPERATIVIDAD. LO DISPOSITIVO PUEDE SER OBLIGATORIO, EN LA MEDIDA QUE PERMITA AL OBLIGADO ESCOGER LOS MEDIOS PARA CUMPLIMENTAR UNA CONDUCTA. POR OTRA PARTE, SI SE ORDENA -SE ESPECIFICA- QUE UNA CONDUCTA, Y NO OTRA, ES 'NECESARIA' JURÍDICAMENTE PARA PRODUCIR CIERTA CONSECUENCIA DE DERECHO LÍCITA, Y ADEMÁS QUE CUALQUIER OTRA ES ILÍCITA Y POR LO TANTO SANCIONADA CON NULIDAD; LA NORMA QUE CONTENGA TAL HIPÓTESIS SERÁ IMPERATIVA.

SE COLIGE QUE, EN ESTE CONTEXTO, 'IMPERATIVIDAD' SIGNIFICA EXCLUSIVIDAD EN LA CONDUCTA ORDENADA, Y POR ENDE, UN 'GRADO' DENTRO DEL CONCEPTO PRÁCTICO -NO ONTOLÓGICO- DE 'OBLIGATORIEDAD', (23) QUE DESTACA MÁS EL RAZGO PERENTORIO DE AQUÉ-

22 Ver supra sección 1.6.

23 Recuérdese que las conductas lícitas pueden ser: libres u ordenadas. Cfr. GARCIA MAYNEZ, Eduardo: Filosofía..., p. 239 y Principios supremos..., p. 125.

24 Si esto es así, cabría hablar de obligaciones imperativas y de 'obligaciones dispositivas'. Esto último, no debe confundirse con 'lo potestativo'. En la 'obligación potestativa' hay libertad en la elección de medios lícitos, para cumplirla; en lo potestativo la libertad se extiende hasta el cumplimiento o no, de la obligación; ejemplo de esto último son las llamadas 'obligaciones naturales'; éstas pueden ser entendidas como verdaderas 'facultades' en el sentido que les atribuye Tamayo y Salmorán, lo que demuestra además de la existencia de derecho sin coacción, el hecho de que un elemento del binomio obligación-derecho subjetivo, no sólo es tácito comúnmente sino que, en casos límite como éste, es inexistente.

LLA.

AHORA BIEN, LAS RELACIONES DE CARÁCTER JURÍDICO QUE SE DAN CON BASE EN CONDUCTAS 'ORDENADAS' SON ESENCIALES PARA EL DERECHO. MÁS QUE PERMITIR, DISPONER O PROHIBIR, EL DERECHO ORDENA (25). ELLO, NO SIGNIFICA QUE EL ELEMENTO IMPERATIVO SEA FORZOSAMENTE EVIDENTE, AL CONTRARIO, LO COMÚN ES QUE PERMANEZCA IMPLÍCITO, ¿PORQUÉ SUCEDE ESTO?. VEAMOS.

SI COMO SOSTENEMOS, LA IMPERATIVIDAD ES UNA CATEGORÍA ONTOLÓGICA FORMAL DEL DERECHO, AFIRMAMOS CON ELLO QUE TIENE NATURALEZA APRIORÍSTICA (26), ES DECIR, DESTACAMOS ENTRE OTROS RAZGOS, SU INSOSLAYABLE CARÁCTER DE 'CONDICIÓN' PREVIA PARA EL ANÁLISIS OBJETIVO DE CUALQUIER REALIDAD JURÍDICA EXISTENTE O POR CREARSE, SIN IMPORTAR TIEMPO O LUGAR. ESTO IMPLICA QUE LOS PRINCIPIOS Y CATEGORÍAS ONTOLÓGICOS DEL DERECHO DETERMINEN LA 'FORMA' QUE HABRÁN DE ADOPTAR LAS NORMAS POSITIVAS (27), EL CONTENIDO DE ÉSTAS, POR OTRA PARTE, HABRÁ DE DETERMINARSE EMPÍRICAMENTE -A POSTERIORI-, YA QUE DEBE HABER VINCULACIÓN ENTRE LA NORMA Y LA REALIDAD QUE PRETENDE REGULAR. POR LO TAN-

25 La descentralización estática, característica del D.I., hace difícil la ordenación de conductas, pero no la elimina.

26 Este término, incluido en la definición que ya conocemos de Ontología Formal del Derecho:

se aplica para indicar juicios a principios cuya validez no depende en absoluto de las impresiones de los sentidos... Lo que es a priori debe tener validez universal y necesaria.

KRAUSHAAR, Otto: A priori, Diccionario de Filosofía, (trad. del inglés por Ana Domenec et alii), Grijalvo, Barcelona, 1980, p. 11.

A priori no es un conocimiento, es una función que condiciona todo conocimiento, aún en ámbitos como el de la voluntad y el sentimiento.

ABBAGNANO, Nicola: A priori, Diccionario de Filosofía (trad. del italiano por Alfredo N. Galletti), 4a. reimp. de la 2a. ed. castellana, FCE, México, 1985, p. 94.

27 Permanecer en el plano ontológico, lleva a concebir al Derecho como un conjunto de 'formas', carente de relación con la realidad.

TO, LA IMPERATIVIDAD ES, AL IGUAL QUE CUALQUIER OTRA DETERMINACIÓN ONTOLÓGICA, UNA VERDAD DE RAZÓN <sup>(28)</sup>; SU POSITIVIZACIÓN AL TRAVÉS DE UNA NORMA JURÍDICA, RESULTA FORMALMENTE INÚTIL.

LA CONVICCIÓN DE QUE EXISTEN DETERMINACIONES APRIORÍSTICAS DE ORDEN JURÍDICO, HA SIDO DEFENDIDA DESDE LOS ALBORES DEL PRESENTE SIGLO. EN 1913, ADOLF REINACH PUBLICÓ LA OBRA "LOS FUNDAMENTOS APRIORÍSTICOS DEL DERECHO CIVIL" <sup>(29)</sup>, RESUL

- 28 Ver supra sección §.7 (Derecho del Obligado). Diferentes autores, desde escuelas jurídicas distintas, llegan a similares conclusiones. Para algunos, tales categorías son "conceptos jurídicos genuinos". Estos pueden o no estar legislados y preceden lógicamente a todo conocimiento científico del Derecho positivo y son, por decirlo así, las herramientas que es necesario emplear para entender el Derecho positivo científicamente. RADBRUCH, Gustav: Introducción a la Filosofía del Derecho, (trad. del alemán por Wenceslao Roces), la. reimp. de la 1a. ed. castellana, FCE, México, 1955, p. 11. Este jurista, representante de la llamada "Filosofía de los Valores", afirma que tales conceptos jurídicos apriorísticos no responden a cuestiones prácticas sino que, por su carácter puramente formal, son aplicables a todo derecho posible. Cfr. *ibid.*, p. 12. Otros afirman, que tales principios puros son 'irradiaciones' del concepto de derecho y:
- se pueden sustantivar como condiciones necesarias de nuestra dialéctica jurídica, en nuestros conceptos, en nuestros juicios y en nuestras conclusiones... los elementos condicionales o formales de una noción pueden muy bien ser objeto especial de estudio, mientras que los factores materiales, condicionados o determinados por aquéllas, sólo se pueden investigar en vista de las condiciones formales que los determinan.
- STAMMLER, Rudolf: Tratado de Filosofía del Derecho, (trad. del alemán por Wenceslao Roces), Nacional, México, 1980, p. 6. Este autor es reconocido, junto con Kelsen, como 'formalista'.
- 29 Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes. Cfr. RECASENS SICHES, Luis: Direcciones Contemporáneas del Pensamiento Jurídico, (La Filosofía del Derecho en el siglo XX), Nacional, México, 1981, p. 213. Verdross registra otro nombre, Zur Philosophie des Recht, die apriorischen... junto con Reinach; Gerhart Husserl y W. Schape forman parte de la escuela de juristas fenomenológicos. Cfr. GARCIA MAYNEZ, Eduardo: Introducción..., p. 119.

TADO DE SUS INVESTIGACIONES AL APLICAR LA FENOMENOLOGÍA (30)  
ELABORADA POR HUSSERL, AL CAMPO DEL DERECHO.

NO PRETENDE REINACH FORMULAR UNA TEORÍA GENERAL DEL DE  
RECHO CON BASE EN LA FORMULACIÓN DE PRINCIPIOS JURÍDICOS AB-  
SOLUTOS, SU PERSPECTIVA SE REDUCE AL DERECHO CIVIL ALEMÁN  
DE SU ÉPOCA. ANALIZA, A TRAVÉS DEL LLAMADO MÉTODO INTUITI-  
VO DE LAS ESENCIAS (31), INSTITUCIONES JURÍDICAS COMO LA PRO-  
PIEDAD, LA PRENDA, ETC., Y CREE HABER DESCUBIERTO SU ESTRUC-  
TURA FUNDAMENTAL:

30 Esta palabra ha tenido diferentes significados dependiendo del mo-  
mento filosófico en la que se la emplea. Nos limitaremos a trar-  
tar de precisar su sentido contemporáneo.

La expresión 'fenomenología' significa primeramente el concepto  
de un método. No caracteriza el 'que' material de los objetos  
de la investigación filosófica, sino el 'cómo'... [por tanto,  
la fenomenología revela] aquello que inmediata y regularmente  
justo no se muestra, aquello que... está oculto, pero que al  
par es algo que aparece por esencia a lo que inmediata y regu-  
larmente se muestra, de tal suerte que constituye su sentido y  
fundamento... [por ello] la ontología sólo es posible como feno-  
menología.

HEIDEGGER,, Martín: El ser y el tiempo, en ABBANGANO, Nicola:  
op. cit., p. 533. Los agregados son nuestros:

La fenomenología en general es el análisis descriptivo de las  
esencias o estructuras generales. Existe por tanto una feno-  
menología de los valores.

COPLESTON, Frederick: Historia de la Filosofía De Fichte a Nietz-  
sche, Colección 'Convivium', Vol. VII, la. reimp. de la 3a. ed.,  
Ariel, México, 1983, p. 343.

Esto ha sugerido que:

Fenomenología es ciencia a priori y universal. Es a priori en  
su sentido pleno, porque sólo describe esencias (es decir, obje-  
tos ideales no empíricos) de las vivencias de una conciencia  
que tampoco es empírica, sino pura, y por tanto también a prio-  
ri.

MARIAS, Julián: Historia de la Filosofía, 34a. ed., Revista de Oc-  
cidente, México, 1983, p. 399.

31 También llamado intuicionismo teorético:

Intuicionismo, en virtud de que pretende alcanzar todas sus verda-  
des a través de una visión o intuición evidente de la propia con-  
ciencia; y teorético, en gracia a su carácter exclusivamente cog-  
noscitivo.

LUNA ARROYO, Antonio: La Sociología Fenomenológica, UNAM, México,  
1978, p. 77.

... COMO ÉSTAS ESENCIAS ESTRUCTURALES NO SON OBTENIDAS NI DEL DERECHO NATURAL, NI DEL POSITIVO, RESULTAN TIPOS IDEALES, DE LOS QUE PUEDE HACER ABSTRACCIÓN EL DERECHO POSITIVO (32).

ASÍ, EXISTEN CONCEPTO JURÍDICOS IRREDUCTIBLES, CUYA NATURALEZA ABSOLUTA NO SE VE AFECTADA POR SU IGNORANCIA O FALTA DE POSITIVIZACIÓN; SON INDEPENDIENTES AL HOMBRE:

SE TRATA DE MERAS CONEXIONES DE SENTIDOS O SIGNIFICADOS A LOS CUALES CORRESPONDE CARÁCTER UNIVERSAL Y NECESARIO, A PARTE POR COMPLETO DE QUE EL LEGISLADOR LAS TRADUZCA EN SUS PRECEPTOS, O DE QUE CONSTITUYAN UN BIEN O UN MAL DESDE UN PUNTO DE VISTA ÉTICO (33)

REINACH LLEGA A LA CONCLUSIÓN DE QUE TODAS LAS RAMAS DEL DERECHO -INCLUIDO EL D.I.- TOLERAN Y NECESITAN UNA FUNDAMENTACIÓN FENOMENOLÓGICA (34); AFIRMACIÓN QUE ADOPTAMOS COMO CIERTA, CON LA SIGUIENTE RESERVA.

EL AUTOR IDENTIFICA LA ESENCIA ESTRUCTURAL DEL DERECHO ATENDIENDO EXCLUSIVAMENTE A INSTITUCIONES PARTICULARES (35). POR EJEMPLO, EN TÉRMINOS IUS-INTERNACIONALISTAS -DESDE SU ÓP-

32 VERDROSS, Alfred: La Filosofía..., p. 290.

33 RECASENS SICHES, Luis: Direcciones Contemporáneas..., p. 215.

Este último afirma

- o ... puede expresarse en tres breves frases el sentido propio, respectivamente, de las leyes jurídicas esenciales, del Derecho positivo y del Derecho natural. Las primeras dicen: es así, las determinaciones del segundo: será así desde este momento; las normas del tercero: debe ser así.

ibid., p. 230.

34 Cfr., ibid., p. 215. Este asunto ubica al Derecho como ciencia, dentro de las llamadas ciencias eidéticas, toda vez que:

Las ciencias fácticas se refieren a lo dado en la experiencia empírica. Su fundamento es la inducción. Las ciencias eidéticas, en cambio, se refieren a lo que vale independiente de toda experiencia, pero que toda experiencia implica y expone.

LUNA ARROYO, Antonio: op. cit., p. 199.

35 De ahí la limitación de su estudio, evidente desde el título.



TICA- PODRÍA DECIRSE QUE LAS OBLIGACIONES NACIDAS DE LOS TRATADOS SON CONSECUENCIA Y PRODUCTO DE ESTE MISMO. TAL OBLIGACIÓN LLEGA A RESOLVERSE SÓLO POR TRES VÍAS: A) POR CUMPLIMIENTO, B) POR RENUNCIA DEL PRETENSOR, O, C) POR REVOCACIÓN DEL OBLIGADO, PREVIA AUTORIZACIÓN DEL ACREEDOR. LO ANTERIOR, TIENE PARA REINACH VALIDEZ OBJETIVA A PRIORI, SIN INTERESAR SI ELLO ESTA POSITIVIZADO O QUÉ CLASE DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS SE PRODUZCAN. CON LA CONCLUSIÓN DE UN TRATADO SE CREA UN OBJETO DE CONOCIMIENTO AÚN NO DEFINIDO POR LA ONTOLOGÍA, YA QUE PESE AL CARÁCTER APRIORÍSTICO DE SUS OBLIGACIONES, ÉSTAS SON CONTINGENTES; ES DECIR, TIENEN PRINCIPIO Y FIN. ASÍ PUES:

LA CONSECUENCIA DEL LIGAMEN (OBLIGACIÓN) Y DE LA PRETENSIÓN Y LOS MODOS COMO ÉSTAS SE EXTINGUEN, CONSTITUYEN LEYES ABSOLUTAS A PRIORI, QUE SE DERIVAN DE LA ESENCIA DE ESTE SER QUE LLAMAMOS PROMESA (TRATADO), Y SE DESCUBREN POR UNA CONTEMPLACIÓN ATENTA Y REFLEXIVA DEL SENTIDO DE LA MISMA <sup>(36)</sup>.

POR NUESTRA PARTE, SOSTENEMOS QUE EXISTEN CATEGORÍAS ONTOLÓGICAS FORMALES, COMUNES A CUALQUIER FENÓMENO JURÍDICO QUE NO ESTÁN ASOCIADAS NECESARIAMENTE A INSTITUCIONES PARTICULARES Y POR LO TANTO, SÍ CORRESPONDEN A LA NOCIÓN DE 'A PRIORI' QUE COMÚNMENTE SE MANEJA.

EN OTRO ORDEN DE IDEAS, SE AFIRMA QUE:

36 RECASENS SICHES, Luis: Direcciones Contemporáneas..., p. 216. Los agregados son nuestros y tienen por objeto dar coherencia a nuestro aserto, al retomar en lo fundamental la exposición que hace Recasens de los conceptos de Reinach, respecto de la promesa. No debe entenderse que equiparamos la promesa al tratado, simplemente, son instituciones representativas de distintas ramas del derecho.

LAS PROPOSICIONES DE LA DOCTRINA JURÍDICA APRIORÍSTICA, SON JUICIOS ENUNCIATIVOS SOBRE LOS ATRIBUTOS Y CONEXIONES DE ESTA CURIOSA ESFERA DE REALIDAD, QUE LLAMAMOS "RELACIONES JURÍDICAS PURAS O ESENCIALES...", ESTAS LEYES (JUICIOS ENUNCIATIVOS) EXPRESAN TAL COMO LAS COSAS SON ESENCIALMENTE, PERO NO EXCLUYEN QUE PUEDAN SER DETERMINADAS PRÁCTICAMENTE DE OTRA MANERA, SIN QUE POR ELLO SUFRAN QUEBRANTO EN SU ESENCIA PURA (37)

DEBEMOS DESTACAR QUE REINACH TRATO DE FUNDAMENTAR EL DERECHO POSITIVO - Y SALVAR EN ALGO EL DIVORCIO ENTRE ÉSTE, Y LOS 'JUICIOS ENUNCIATIVOS' QUE ACABAMOS DE MENCIONAR - EN UNA TEORÍA DEL RECONOCIMIENTO (ANERKENNUNG) SUSTENTADA POR BIERLING.

LA VALIDEZ (GELTUNG) O LA OBLIGATORIEDAD DEL DERECHO POSITIVO, SE FUNDA, SEGÚN BIERLING, EN UN ACTO TÁCITO (O A VECES EXPRESO) DE RECONOCIMIENTO CON RESPECTO AL MISMO (38)

ESTO NOS HACE RECORDAR, UNA VEZ MAS, LA IMPORTANCIA QUE LOS REDACTORES DE LOS ARTÍCULOS 53 DE LAS CONVENCIONES SOBRE

37 Ibid., pp. 226 y 227. El agregado es nuestro. Si ello se acepta ¿Con qué criterio se justifica que la esencia captada y sus relaciones categoriales son auténticas? Respuesta: con el criterio de evidencia apodíctica... Principio de todos los principios es que toda intuición originaria constituye una fuente legítima de conocimiento.

LUNA ARROYO, Antonio: op. cit., p. 77.

Por su parte, Husserl distingue entre: evidencia acortórica, aplicada al hecho de advertir, a través de los sentidos, las condiciones en que la realidad se da: ver este objeto; y, evidencia apodíctica, que implica una función mental, por ejemplo, establecer relaciones entre objetos, comprenderla: este objeto es mas grande que aquél. En este sentido, evidencia apodíctica (einsicht), significa intelección.

38 Ibid., p. 228. Véase nota 38.

EL DERECHO DE LOS TRATADOS, OTORGARON AL ACTO -FUNDAMENTAL DES DE UN PUNTO DE VISTA PRÁCTICO- DE LA ACEPTACIÓN Y EL RECONOCIMIENTO DE LA IMPERATIVIDAD DE CIERTAS NORMAS DE D.I. (39)

PARA MUCHOS, LAS INVESTIGACIONES DE REINACH FUERON IN FRUCTUOSAS PESE A SU GRAN RIGOR. SU INDEPENDENCIA DEL DERECHO POSITIVO Y DEL NATURAL LLEVARON A PENSAR QUE SU TRABAJO PERTENECÍA MÁS AL CAMPO SOCIOLOGICO QUE AL JURÍDICO. LA MAS ACERBA CRÍTICA ES, TAL VEZ, AQUELLA QUE AFIRMA QUE REINACH:

NOS PRESENTA UN PRODUCTO MUY BIEN TRABAJADO, PERO NO CONSTITUYE SOLUCIÓN A NINGÚN PROBLEMA: MEJOR DICHO, LA OBRA DE REINACH ES LA SOLUCIÓN A UN PROBLEMA QUE NO EXISTE (40).

AL PROPONER LA EXISTENCIA DE CONCEPTOS JURÍDICOS, APRIORÍSTICOS, ES DECIR: CATEGORÍAS ONTOLÓGICAS FUNDAMENTALES E INSEPARABLES DEL DERECHO 'EN SÍ', REINACH ABRE UN HORIZONTE NUEVO A LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA (41), LO CUAL, NO SIGNIFICA NECESARIAMENTE QUE SUS PREMISAS Y CONCLUSIONES SEAN TODAS CORRECTAS. LA DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA DE IUS COGENS HA SIDO UN PROBLEMA DURANTE LOS AÑOS RECIENTES; LA APLICACIÓN CUIDADOSA DEL MÉTODO FENOMENOLÓGICO TAL VEZ LO RESUELVA DEFINITIVAMENTE.

DE REGRESO A NUESTRO TEMA, Y NO OBSTANTE LA INNECESARIA FORMULACIÓN POSITIVA DE LA IMPERATIVIDAD, CIRCUNSTANCIAS DE

39 Ver supra sección 1.5.

40 RECASENS SICHES, Luis: Direcciones Contemporáneas..., p. 233.

41 Al igual que otros lo han hecho en diferentes ramas del saber: El análisis fenomenológico puede utilizarse provechosamente en varios campos. Alexander Pfänder (1870-1941), lo aplicó a la psicología. Oskar Becker (1889) a la filosofía de las Matemáticas. Max Scheher (1874-1923) al campo de los valores... COPLESTON, Federick: op. cit., p. 341.

ÍNDOLE EXTRA-JURÍDICA HAN DETERMINADO QUE UN SECTOR DE LA DOCTRINA Y DE LA SOCIEDAD INTERESTÁTICA HAYA BUSCADO EN LA POSITIVIZACIÓN CONVENCIONAL DEL CONCEPTO DE IUS COGENS, UNA REAFIRMACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL D.I.; TAL PROCESO CUMPLE ASÍ, FUNCIONES MÁS PSICOLÓGICAS QUE TÉCNICAS.

ATRIBUTOS PARTICULARES DE LOS SUJETOS DEL D.I., COMO LA SOBERANÍA, Y OTRAS CIRCUNSTANCIAS COMO LA DESCENTRALIZACIÓN DINÁMICA DE ÉSTE ÚLTIMO, HAN DETERMINADO QUE EN LAS NORMAS QUE FORMAN A ESTA RAMA DEL DERECHO SE EXPRESE PREFERENTEMENTE EL COMPONENTE FACULTATIVO DEL BINOMIO OBLIGACIÓN- DERECHO SUBJETIVO (42). POR ELLO, CUANDO SE TRATA DE NORMAS DE IUS COGENS SE HABLA DE RECONOCIMIENTO Y NO DE ORDENACIÓN (43).

CUANDO SE CARECE DE UN CUERPO CREADOR DE NORMAS LEGÍTIMO PARA ESPECIFICAR CON EXACTITUD LAS CONDUCTAS LÍCITAS Y LAS

42 En este sentido:  
 en la práctica, el Derecho privado subraya de preferencia los derechos y el Derecho público los deberes.  
 VINOGRADOFF, Paul: Introducción al Derecho (trad. del inglés por Vicente Herrero), Colección Breviarios N° 57, FCE, México, 1957, p. 53. El ius cogens pues, destaca la naturaleza de -por lo menos algunas- las normas corales del D.I. público.

43 Así:  
 ...no sólo hay que considerar al Derecho desde el punto de vista de su aplicación coactiva por los tribunales: el Derecho depende en último término del reconocimiento. Tal reconocimiento es un hecho claramente jurídico...  
 Ibid., p. 31.  
 Por otra parte, se distinguen dos fines en el reconocimiento: a) la tendencia a arreglar la propia conducta conforme a la norma y b) la tendencia a que la conducta de los demás también se ajuste a dicha norma. El reconocimiento es de dos clases: directo, el que se refiere a una norma determinada; e indirecto, el asociado a un conjunto de normas. Este último es el más importante, no obstante, aquél es básico, porque todo reconocimiento indirecto se funda en los directos, por lo menos de una norma. Además, este último debe llevarse a cabo por una autoridad, de lo contrario, el reconocimiento indirecto que pueda darse, iría perdiendo valor poco a poco. Cfr. TIMASHEFF, N.: An introduction to the Sociologie of Law, pp. 86 a 91, en RECANSENS SICHES, Luis: Tratado General de Sociología, Porrúa, México, 1956, p. 583.

SANCIONES POR LAS QUE SE PRETENDE DESALENTAR LA REALIZACIÓN DE LAS ILÍCITAS, LA ORDENACIÓN DEBE LOGRARSE POR OTRAS VÍAS.

LA COSTUMBRE Y LOS TRATADOS HAN DEMOSTRADO SU EFECTIVIDAD EN LA CREACIÓN DE REGLAS BI O MULTILATERALES, POR ELLO, SON LAS FUENTES PRINCIPALES DEL D.I. NO OBSTANTE, AQUELLAS ADOLECEN DE INEXACTITUD Y ESTOS CARECEN DE GENERALIDAD. LA FALTA DE ESPECIFICIDAD DE LAS NORMAS YA EXISTENTES, MÁS QUE LA CREACIÓN DE ALGUNAS NUEVAS, ES SIN DUDA EL OBSTÁCULO AL QUE RECURRENTEMENTE SE ENFRENTARÁN LOS JURISTAS Y LOS ESTADOS. ESTA CARACTERÍSTICA DE LAS REGLAS DE D.I. PUEDE CONCEBIRSE -AL MOMENTO DE SURGIR UNA DISPUTA- COMO 'LAGUNAS JURÍDICAS'; PARA INTEGRARLAS, EL MEDIO IDÓNEO ES EL JURISDICCIONAL (44).

PENSAR QUE ESTO ES IMPOSIBLE SIN LA EXISTENCIA DE UN CUERPO LEGISLATIVO, ES INCORRECTO. ASÍ COMO EN LOS DERECHOS INTERNOS EN SU MOMENTO:

---

Es obvio que los artículos 53, se refieren al reconocimiento directo de normas; la autoridad podría ser la comunidad de Estados, la ONU a través de resoluciones o la CIJ.

44 El argumento utilizado frecuentemente para evitar la jurisdicción internacional obligatoria, que asevera que no existen normas suficientes para justificar la integración, no tiene fundamento, al contrario, en esos casos:

se puede demostrar con facilidad que es siempre lógicamente posible pronunciar una decisión...

KELSEN, Hans... ¿Administración internacional o Tribunal internacional?, en Derecho y Paz..., p. 196.

La 'laguna' en los sistemas jurídicos:

es sólo una manera de expresar un deseo de reformar dicho sistema ibid., p. 197.

Por otra parte, si se trata de crear normas nuevas, las opiniones consultivas y los actos de Estado, pueden llegar a ser fuente válida, recuérdese como ejemplo de estos últimos, la reserva formulada por Ecuador a la Convención de 1969 (Ver supra sección f.15).

La práctica de los O.I. será sin duda, en el futuro, más determinante, ya que

... las resoluciones y declaraciones de organismos políticos internacionales como el Consejo de Seguridad y la Asamblea General

...LA COSTUMBRE ESTABA FORMADA EN SU MAYOR PARTE POR LA PRÁCTICA DE LAS CORTES MISMAS... ESTO NOS HACE COMPRENDER PORQUÉ NO ES POSIBLE UN LEGISLADOR SIN UN JUEZ, AÚN CUANDO PUEDE MUY BIEN HABER UN JUEZ SIN UN LEGISLADOR (45)

LA COSTUMBRE JUDICIAL ES IMPORTANTE, CADA VEZ MÁS, EN EL MODERNO D.I.

LLEGAMOS A LA CONCLUSIÓN DE QUE LA DETERMINACIÓN DE LAS NORMAS DE IUS COGENS TENDRÁ QUE COMENZAR COMO INTEGRACIÓN DE LAGUNAS, POR LO TANTO, SU ALCANCE INMEDIATO SERÁ RESTRINGIDO A LAS PARTES, MÁS ADELANTE, CON BASE EN LOS PRECEDENTES SENTADOS PODRÁN CONSTITUIRSE NORMAS GENERALES (46),

POR OTRA PARTE, AL POSITIVIZAR UNA CATEGORÍA ONTOLÓGICA -COMO LA QUE NOS OCUPA- NACE INEVITABLEMENTE LA POSIBILIDAD FÁCTICA DE LA INOBSERVANCIA; DE AHÍ LA DIFICULTAD DE ESCINDIR EN LAS CONVENCIONES COMENTADAS LA DOBLE NATURALEZA DE LOS RESPECTIVOS ARTÍCULOS 53: DE UNA PARTE, LA ONTOLÓGICA -ORIGINARIA-, POR LA OTRA, LA POSITIVA -DERIVADA-. POR ESTO MISMO HA RESULTA DO DIFÍCIL DEMOSTRAR EMPÍRICAMENTE QUE NO ES LA OBSERVANCIA DE

---

de las Naciones Unidas, es una curiosa mezcla de autoridad formal e informal.

NARDIN, Terry: op cit., p. 165.

45 KELSEN, Hans: La Paz..., pp. 278 y 279. Ver supra sección f.25. La institución requerida para la realización de relaciones internacionales con base en un derecho común no era Legislativa sino judicial.

NARDIN, Terry: op. cit., p. 71. De la misma opinión era Bentham, Cfr. op. cit. p. 78.

46 Aún cuando, en opinión de algunos:

El sistema jurídico internacional no reconoce, estrictamente hablando, el principio de stare decisis.

NARDIN, Terry: op. cit., p. 144.

UNA DETERMINADA NORMA LA QUE DENOTA EN ELLA EL COMPONENTE IMPERATIVO; DE HECHO, LA EFECTIVIDAD DE UNA NORMA ES IRRELEVANTE PARA ESTE FIN, DADA LA NATURALEZA APRIORÍSTICA DE LA IMPERATIVIDAD. SIN EMBARGO, LA INOBSERVANCIA COMO ACTO DE ESTADO TIENE UNA SIGNIFICACIÓN POLÍTICA INSOSLAYABLE, POR ELLO:

NUNCA SERÁ DEMASIADO INSISTIR EN LA NATURALEZA PREJUDICIAL DEL PODER POLÍTICO. LO QUE NO LO OPONE AL DERECHO, PERO TAMPOCO LE DA UNA VALIDEZ JURÍDICA INTRÍNSECA. DE POCO VALE ARGUMENTAR EN ORDEN A LA EFICACIA, EL TRIUNFO BÉLICO O CUALQUIER OTRA RAZÓN QUE TENIENDO REALIDAD SOCIOLOGÍCA E HISTÓRICA PRETENDA ADQUIRIR UNA CONVALIDACIÓN JURÍDICA AUTOMÁTICA. LA EXPERIENCIA NOS DEMUESTRA QUE EL PODER POLÍTICO PUEDE ESTAR INCLUSO EN CONTRA DEL DERECHO <sup>(47)</sup>.

APELAR A LA COACCIÓN EN ESTOS CASOS ES, ADEMÁS DE ARRIESGADO, TÉCNICAMENTE SUPERFLUO. EN EL DERECHO MODERNO, PARTICULARMENTE PARA EL D.I., EL PODER DEL ESTADO ES UN ELEMENTO DE TAL IMPORTANCIA QUE EXISTEN AUTORES PARTIDARIOS DE LA TESIS QUE CONCEBE AL DERECHO COMO 'LA COORDINACIÓN ÉTICO-IMPERATIVA'; ES DECIR, LA ZONA EN QUE CONVERGEN: LA ÉTICA -ENTENDIDA ÉSTA COMO LA REPRODUCCIÓN DE PATRONES DE CONDUCTA BASADA EN LA CON

47 GERMAN BELMONT, Arturo: En torno al concepto moderno de soberanía política, en Filosofía del Derecho y Filosofía Económica y Política. Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, Vol. VII, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G. Estudios Doctrinales, Núm. 64, UNAM, México, 1982, p. 211. En este sentido se afirma: existe una gran desconfianza hacia el proceso político como productor de normas, no obstante que el Derecho Internacional es el derecho más político de todos, incluyendo del derecho constitucional... Pero una vez creado, el derecho ejerce acción recíproca hacia la política, y en no pocas ocasiones limita y condiciona el comportamiento político. La efectividad del Derecho Internacional depende en mucha medida del poder político.

VICCIÓN DEL GRUPO- Y EL PODER -IDENTIFICADO COMO LA IMPOSICIÓN DE PATRONES DE CONDUCTA MEDIANTE LA DOMINACIÓN-. Así, LA CONVICCIÓN DEL GRUPO Y LA DOMINACIÓN SON SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS <sup>(48)</sup>. ÉSTA CONCEPCIÓN INTENTA DEFINIR LA NATURALEZA DEL DERECHO DESDE UN PUNTO DE VISTA HISTÓRICO-SOCIO LÓGICO, NO FORMAL. AÚN CUANDO TIENE DETRACTORES, POSEE EL MÉRITO DE LA ORIGINALIDAD EN CUANTO A SU PLANTEAMIENTO, EL CUAL ES SORPRENDENTEMENTE ADECUADO PARA ESTUDIAR LAS RELACIONES INTERNACIONALES.

ESTIMAMOS QUE LA FÓRMULA UTILIZADA EN LOS RESPECTIVOS ARTÍCULOS 53 DE LAS CONVENCIONES DE 1969 Y 1986: 'ACEPTADA Y RECONOCIDA', PODRÍA REFERIRSE AL ELEMENTO ÉTICO IDEADO POR TIMASHEFF, PARA QUIEN LAS CONVICCIONES DE DICHO ORIGEN PUEDEN LLEGAR A REPRESENTAR UNA VERDADERA FUERZA SOCIAL, POR DOS VÍAS: UNA DE ORIGEN 'EMOTIVO' Y LA OTRA, PORQUE EXISTE CONSENSO; ADEMÁS, CUALQUIER INFRACCIÓN A ÉSTAS PROBABLEMENTE DESENCADENA UNA REACCIÓN CONTRA EL INFRACCTOR <sup>(49)</sup>. EN UN AFÁN DE LOS REDACTORES POR APELAR A LA CONVICCIÓN DEL GRUPO DE ESTADOS, RESPECTO DE LA NATURALEZA IMPERATIVA DE CIERTAS REGLAS POSITIVAS <sup>(50)</sup>, SE INCLUYÓ ESTE DOBLE CONDICINAMIENTO.

---

SEPULVEDA, César: "El Nuevo Orden Jurídico Internacional: sus fundamentos y su viabilidad", en Alcances y perspectivas del Nuevo Orden Internacional, UNAM, México, 1980, p. 87.

48 Cfr. TIMASHEFF, N.: op. cit. en BODENHEIMER, Edgar: op. cit., pp. 361 y 362. Cabe señalar que no compartimos el concepto de 'imperatividad' que expone el autor.

49 Cfr. TIMASHEFF, N.: op. cit., pp. 90-91, en RECASENS SICHES, Luis: Tratado General..., p. 528. Todo esto podría significar una explicación sociológica de la esencia y repercusiones de la opinio iuris, que es una convicción general de juricidad. Ver supra nota 38.

50 Creemos que tal convicción comunitaria no se da en abstracto. Son los representantes de los gobiernos, los jueces o los árbitros, los que manifiestan tal convicción común a través de actos de Estados o jurisdiccionales. En su defecto, como ha venido sucediendo —



AHORA BIEN, ¿QUÉ PASA CON UNA REGLA, SI PESE A SU CARÁCTER IMPERATIVO, NO SE LE RECONOCE COMO NORMA DE IUS COGENS? ES EVIDENTE QUE LA IMPERATIVIDAD Y LA EFICACIA SE SITUAN EN PLANOS DISTINTOS DEL FENÓMENO JURÍDICO; AQUELLA ES INMUTABLE ONTOLÓGICAMENTE HABLANDO; ÉSTA, CONTINGENTE <sup>(51)</sup>. NO OBTANTE, TIENEN NECESARIA RELACIÓN <sup>(52)</sup>. EN DERECHO INTERNO, NEGARLE

---

los iusinternacionalistas lo hacen con su participación en cuerpos técnicos como la CDI o directamente mediante su producción escrita; recuérdese el inciso d) del apartado l del artículo 38 del Estatuto de la CIJ.

Existe un concepto que expresa, en cierta medida, este fenómeno, si bien se aplica en el terreno de la lógica formal o los silogismos dialécticos parece apropiado a lo que aquí tratado. 'Premisa endoxal' es el término, antónimo de paradójico, significa idea admitida'. Tales premisas -léase conceptos, principios, categorías etc.- son aquellas:

aprobadas por todos los hombres o por casi todos los hombres o por aquellos que representan la opinión esclarecida, y, entre estos últimos, por casi todos, o por los más conocidos.

CHIRARDI, Olsen: Los caminos del razonamiento jurídico, en Filosofía del Derecho y Problemas de Filosofía Social. Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, Vol. IX, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, Estudios Doctrinales, núm. 71, UNAM, México, 1982, p. 337.

Como hemos visto, los redactores y muchos de los autores que han escrito sobre ius cogens basan sus opiniones en premisas endoxales del D.I. En realidad, el Derecho en general no se escapa a tales premisas. Una de ellas es la aplicada a la regulación de los Derechos Humanos: el respecto a su necesaria observancia. Muchas de las instituciones del D.I. resultarían absurdas si no fueran respaldadas por premisas endoxales. La validez del principio *pacta sunt servanda* es un claro ejemplo.

51 Las normas jurídicas tienen su especial título de validez, que es un título jurídico. Pero su eficacia, es decir, el hecho de su cumplimiento depende en gran parte de la existencia de una convicción ética general y de que el sujeto sepa que dicha convicción existe... suele actuar como una especie de barrera o de censura frente a la tentación de una conducta contraria.

TIMASHEFF, N.: op. cit., p. 93 en RECASENS SICHES, Luis: Teoría General..., p. 584.

52 se afirma que

Pueden enumerarse las siguientes notas características de los conceptos jurídicos puros, y las correlativas, opuestas de los conceptos jurídicos empíricos.

IMPERATIVIDAD A UN PRECEPTO PUEDE SIGNIFICAR SU INEFECTIVIDAD, YA SABEMOS QUE LO CONTRARIO NO ES POSIBLE. PARA EL D.I. SON EVIDENTES LAS CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE RECONOCIMIENTO DE SU NÚCLEO IMPERATIVO. SE LE HA CONSIDERADO: COMO UN CONJUNTO DE REGLAS DE CORTESÍA CARENTES DE SANCIÓN, COMO UN DERECHO PRIMITIVO, ETC. <sup>(53)</sup>; ESTO OCURRE PORQUE SE LE HA ESTUDIADO DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS ESTÁNDARES DE LOS DERECHOS INTERNOS; CON EL PREJUICIO COLONIALISTA -YA IN SOSTENIBLE- DE LA SUPREMACÍA DE LA SOBERANÍA ESTATAL, TENIENDO COMO REFERENCIA SU EFECTIVIDAD BASADO EN UNA TEORÍA COER-SITIVISTA DEL DERECHO <sup>(54)</sup>.

- |                |              |               |            |
|----------------|--------------|---------------|------------|
| 1) A priori    | A posteriori | 4) Formales   | Materiales |
| 2) Necesarios  | Contingente  | 5) Inmutables | Mutables   |
| 3) Universales | Particulares | 6) Puros      | Empíricos  |

GARDELLA, Juan Carlos: "Epistemología Jurídica". Enciclopedia Jurídica, Tomo X, Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1964; p. 426.

53 Una crítica recurrente es que el derecho internacional no merece el status de derecho porque se parece demasiado a las demandas de la fuerza pública: con demasiada frecuencia sus principios no se pueden distinguir de las razones de Estado.

NARDIN, Terry: op. cit., p. 64. Creemos que ello se debe, más que a la naturaleza intrínseca del D.I., a su deficiente formulación y a su abuso por parte de los Estados.

54 En todo caso:

Si la coacción es la esencia del Derecho, éste sólo obliga a los súbditos y a los subordinados, en tanto que las personas más elevadas del Estado (o éste mismo) están fuera del Derecho o por encima de él... Evidentemente lo que es obligatorio para los súbditos por la fuerza de la coacción física última, parece ser obligatorio para el soberano por la fuerza de una sanción moral.

VINOGRADOFF, Paul: op. cit., pp. 30 y 31. El agregado es nuestro. Por otra parte:

...quienes han considerado a la legislación y a la ejecución como requisitos del orden jurídico y quienes, por lo tanto, han dudado de la existencia o el carácter jurídico del derecho internacional, han caído en el error de confundir ciertos rasgos del Estado moderno con la idea de derecho como tal.

NARDIN, Terry: op. cit., p. 125.

DE HECHO, TODA CATEGORÍA ONTOLÓGICA -NO SÓLO EN EL CAMPO DEL DERECHO- SE RECONOCE, SE DESCUBRE Y SE APLICA AL ANÁLISIS DE LA REALIDAD CIRCUNSTANTE. DE ELLO SE DESPRENDE QUE EL ENFOQUE 'IMPERATIVO' QUE AQUÍ PROPONEMOS, FAVORECE AL D.I. EN MÚLTIPLES SENTIDOS, YA QUE REVELA CIERTOS RAZGOS CARACTERÍSTICOS DEL DERECHO EN GENERAL, PERO QUE POR CONVENIENCIA FUERON IGNORADOS EN EL D.I. TAL PUNTO DE VISTA EVIDENCIA CIERTAMENTE EL CARÁCTER INSTITUCIONAL, SANCIONADOR Y NORMATIVO DEL DERECHO <sup>(55)</sup>; EN EL CASO DEL D.I., NO SÓLO NO SE LE OTORGA SUFICIENTE ATENCIÓN AL ASPECTO JURISDICCIONAL, POR EL CONTRARIO, ES PRECISAMENTE LA TESIS QUE DEFENDEMOS LA QUE PRETENDE FUNDAMENTAR LA JURISDICCIÓN OBLIGATORIA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES.

§.56 SE HA DISCUTIDO YA LA ÍNDOLE ONTOLÓGICA DEL CONCEPTO JURÍDICO DE 'IMPERATIVIDAD'. HAGAMOS HINCAPIÉ, AHORA, EN LA FUNCIÓN QUE DESEMPEÑAN LOS ARTÍCULOS YA COMENTADOS, DE LAS CONVENCIONES ALUDIDAS.

LAS TEORÍAS COERCITIVAS DEL DERECHO GENERALMENTE EXCLUYEN AL D.I. POR RAZONES DE SOBRA CONOCIDAS; POR TANTO, DEBEMOS BUSCAR ALGUNA OTRA QUE, SIN OLVIDAR EL ELEMENTO COERCITIVO DEL DERECHO, DESCUBRA 'LA CLAVE DE LA CIENCIA JURÍDICA', COMO DIRÍA AUSTIN, Y DISERNIR DESPUÉS SI EL D.I. CABE EN ELLA.

H.L.A. HART, EL CONOCIDO JURISTA INGLÉS, HA GANADO FAMA CON LA TEORÍA QUE AFIRMA QUE EL DERECHO ES UNA COMBINACIÓN DE REGLAS PRIMARIAS Y SECUNDARIAS. SI BIEN DUDA DE LA JURIDICIDAD DEL D.I.; CON LO QUE LLEVAMOS DICHO INTENTAREMOS DEMOSTRAR -BASADOS EN SUS IDEAS- QUE EL D.I. RESPONDE AL MODELO PLANTEADO POR EL AUTOR, PUESTO QUE LOS ELEMENTOS MÍNIMOS DEL FENÓMENO JURÍDICO SE DAN EFECTIVAMENTE EN EL ÁMBITO INTERNACIO

NAL. RESUMIMOS EL PENSAMIENTO DE HART, AL MENOS EN LO ESENCIAL, EN LOS SIGUIENTES TÉRMINOS:

ENTIENDE POR REGLA PRIMARIA, AQUÉLLA QUE IMPONE DEBERES, POR LO TANTO, SU OBJETO ES LA CONDUCTA DE LOS SUJETOS DE DERECHO DE HABRÁN DE ACTUALIZARLA <sup>(56)</sup>; LAS SECUNDARIAS, POR SU PARTE, CONFIEREN POTESTADES PÚBLICAS O PRIVADAS, SE OCUPAN PUES, DE LAS REGLAS PRIMARIAS -NO DE LAS CONDUCTAS- <sup>(57)</sup>. ESTAS ÚLTIMAS PERMITEN INTRODUCIR NUEVAS REGLAS DEL TIPO PRIMARIO, ASÍ COMO EXTINGUIR, MODIFICAR LAS YA EXISTENTES O DETERMINAR, DE DIFERENTES MANERAS, LOS EFECTOS DE AQUÉLLAS Y, AÚN, CONTROLAR SU ACTUACIÓN <sup>(58)</sup>. OPINA QUE NO EXISTE OBSTÁCULO ALGUNO PARA PENSAR EN QUE LA COSTUMBRE POR SÍ SOLA PUEDE DAR ORIGEN A UN SISTEMA JURÍDICO, EN DONDE UN PODER LEGISLATIVO CENTRAL NO SEA NECESARIO Y EN DONDE EL MONOPOLIO DEL USO DE LA FUERZA NO EXISTA <sup>(59)</sup> -CONDICIONES ÁMBAS, QUE CARACTERIZAN AL D.I.- Y QUE DAN POR RESULTADO UNA SOCIEDAD ESTRUCTURADA A BASE DE REGLAS PRIMARIAS DE OBLIGACIÓN <sup>(60)</sup>.

HASTA AQUÍ, COLEGIMOS QUE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL PUEDE DARSE NORMAS OBLIGATORIAS PERO NO, TAL VEZ, IMPERATIVAS. AHORA BIEN, LA FORMACIÓN SOCIAL DESCRITA ES INESTABLE, OFRECE

56 Afirma Hart:

se recordará que la teoría del derecho como órdenes coercitivos, a pesar de sus errores, partía de la apreciación perfectamente correcta del hecho de que donde hay normas jurídicas la conducta humana se hace en algún sentido no optativa, u obligatoria.

HART, H.L.A., op. cit., p. 102.

57 Cfr., *ibid.*, pp. 101 y 116, en este sentido, las reglas que regulan la contratación son secundarias, por ejemplo.

58 Cfr., *ibid.*, p. 101. Solo en cierto sentido las reglas secundarias corresponden a los derechos subjetivos ya aludidos.

59 Cfr., *ibid.*, p. 114.

60 Cfr., *ibid.*, p. 107. Agrega más adelante, reafirmando lo dicho, que:

Es posible, por supuesto, imaginar una sociedad sin Legislatura, tribunales o funcionarios de ningún tipo.

*Ibid.*, p. 113.

ESCALA SEGURIDAD JURÍDICA E INCERTIDUMBRE RESPECTO AL ALCANCE DE LAS NORMAS Y SU CREACIÓN. PARA PODER SER VIABLE, ESPECIALMENTE SI ES EXTENSA, DICHA SOCIEDAD DEBE REUNIR CIERTAS CONDICIONES, A SABER: 1.- QUE LAS REGLAS YA EXISTENTES RESTRINGAN EL LIBRE USO DE LA FUERZA; 2.- QUE EXISTA UN MEDIO DE PRESIÓN SOCIAL, SUFICIENTE PARA CONVENCER A LOS RENUEVES DE QUE LAS REGLAS DEBEN SER CUMPLIDAS; Y 3.- QUE EL GRUPO DE MIEMBROS INCONFORMES CON LAS REGLAS AUTO IMPUESTAS, SEA MINORÍA <sup>(61)</sup>. EN TALES CIRCUNSTANCIAS LA SOLUCIÓN DE CUALQUIER DUDA SOBRE LA LEGALIDAD O EXTENSIÓN DE UN PRECEPTO JURÍDICO, SE TORNA IMPOSIBLE, PUESTO QUE NO EXISTE PROCEDIMIENTO ALGUNO A SEGUIR. LA EXISTENCIA DE UN PROCEDIMIENTO Y EL RECONOCIMIENTO DE PERSONAS O DOCUMENTOS CON AUTORIDAD PARA LLEVARLO A CABO, IMPLICA LA EXISTENCIA DE REGLAS SECUNDARIAS.

LOS SISTEMAS QUE SÓLO CUENTAN CON REGLAS PRIMARIAS -EN EL HIPOTÉTICO CASO DE QUE HAYAN EXISTIDO PUROS O DE QUE CONTIENEN VIGENTES- ADOLECEN DE TRES DEFECTOS QUE SON REMEDIADOS POR OTROS TANTOS GRUPOS DE REGLAS DE SEGUNDO GRADO, VEAMOS:

1) LA FALTA DE CERTEZA EN LA CREACIÓN, RECONOCIMIENTO, APLICACIÓN Y SANCIÓN DE LAS NORMAS, ES EL PRIMER DEFECTO. EL AUTOR CALIFICA A ESTE DEFECTO DE SUMAMENTE GRAVE; PARA REMEDIARLO SURGEN LAS LLAMADAS 'REGLAS DE RECONOCIMIENTO', LAS CUALES TIENEN POR OBJETO ESPECIFICAR ALGUNA CARACTERÍSTICA QUE INDIQUE QUE LA REGLA PRIMARIA QUE LA POSEA, ES SIN DUDA UNA NORMA CUYA INOBSERVANCIA IMPLICA EL USO DE LOS MEDIOS DE

61 Cfr., *ibid.*, p. 114. En relación con el primer punto, el artículo 2.4 de la Carta tiene, precisamente ese fin. En el mismo sentido, los artículos 52 de las Convenciones analizadas.

PRESIÓN SOCIAL PREESTABLECIDOS <sup>(62)</sup>. LA COMPLEJIDAD DE LAS REGLAS DE RECONOCIMIENTO DEPENDE DE LA COMPLEJIDAD DE LA SOCIEDAD QUE LAS CREA; EN UNA FORMACIÓN SOCIAL PRIMITIVA, TAL REGLA:

PUEDE CONSISTIR SIMPLEMENTE EN QUE EN UN DOCUMENTO ESCRITO O EN ALGÚN MONUMENTO PÚBLICO HAY UNA LISTA O TEXTO DE REGLAS, DOTADO DE AUTORIDAD <sup>(63)</sup>,

HISTÓRICAMENTE LA ESCRITURA DE LAS NORMAS DE LA COMUNIDAD ES UN PASO IMPORTANTE SIN DUDA, PERO NO CRUCIAL. LO QUE RESULTA FUNDAMENTAL ES EL RECONOCIMIENTO DE LA AUTORIDAD DEL TEXTO LEGAL, O DEL CUERPO QUE DETERMINA LAS NORMAS:

DONDE HAY ESE RECONOCIMIENTO HAY UNA FORMA MUY SIMPLE DE REGLA SECUNDARIA: UNA REGLA PARA LA IDENTIFICACIÓN INCONTROVERTIBLE DE LAS REGLAS PRIMARIAS DE OBLIGACIÓN <sup>(64)</sup>,

EN UN SISTEMA COMPLEJO, LA REFERENCIA A UN TEXTO ES INSUFICIENTE; LA REGLA SECUNDARIA SE HACE MÁS ABSTRACTA AL APELAR ALGUNA CARACTERÍSTICA GENERAL POSEIDA O ATRIBUIBLE A LAS REGLAS PRIMAS; ESTE HECHO:

- 62 Se afirma que:  
un sistema jurídico debe, primero que nada, proporcionar alguna forma para reconocer sus propias normas, elegir entre interpretaciones divergentes de lo que requieren sus normas en situaciones particulares, y decidir en cuanto a la propiedad de la obligación hacia ellas.
- 63 NARDIN, Terry: op. cit., p. 128.  
Hart., H.L.A.: op. cit., p. 117. La sociedad internacional es su mamente compleja, por ello, tal vez, la idea de formular un catálogo de normas de ius cogens fue desechada, como ya vimos.
- 64 Ibid., p. 118.

PUEDE HACER QUE LAS REGLAS DE RECONOCIMIENTO EN UN SISTEMA JURÍDICO MODERNO PAREZCAN MUY DIFERENTES DE LA SIMPLE ACEPTACIÓN DE UN TEXTO REVESTIDO DE AUTORIDAD <sup>(65)</sup>.

POR ÚLTIMO, EL AUTOR ENCUENTRA EL 'GERMEN' DE LA IDEA DE VALIDEZ JURÍDICA, EN LA IDENTIFICACIÓN DE UNA REGLA PRIMARIA, A TRAVÉS DEL CRITERIO CONTENIDO EN UNA SECUNDARIA, OPERACIÓN QUE IMPLICA -COMO RESULTADO OBVIO- LA ACEPTACIÓN Y EL RECONOCIMIENTO DE LA COMUNIDAD EN EL SENTIDO DE QUE TAL REGLA PRIMARIA POSEE EL ATRIBUTO SEÑALADO POR LA SECUNDARIA.

POR TODO LO DICHO, SOSTENEMOS QUE LOS ARTÍCULOS 53 Y 64 DE LAS CONVENCIONES CITADAS, SON EN REALIDAD Y DESDE ESTA PERSPECTIVA, REGLAS SECUNDARIAS DE RECONOCIMIENTO CUYA MISIÓN ES INTRODUCIR CERTEZA Y SEGURIDAD A LAS RELACIONES JURÍDICAS INTERNACIONALES. ELLO DENOTA UNA EVOLUCIÓN TÉCNICA IMPORTANTE DEL D.I., MÁS AÚN SI TOMAMOS EN CUENTA LA ABSTRACCIÓN CON QUE SE REDACTARON LOS MENCIONADOS NUMERALES, LLEGANDO AL EXTREMO DE FUNDAR LA IDENTIFICACIÓN EN UN CONCEPTO ONTOLÓGICO FORMAL.

2) LA SIGUIENTE IMPERFECCIÓN ES EL CARÁCTER ESTÁTICO DE LAS REGLAS PRIMARIAS; ES DECIR, LA INEXISTENCIA DE MÉTODOS PARA TRANSFORMAR EL DERECHO DELIBERADAMENTE HACIA UNA ORIENTACIÓN DETERMINADA; ASIMISMO, EN UN SISTEMA CONSTITUIDO SÓLO POR REGLAS PRIMARIAS, LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS SON IN TRANSFERIBLES Y NO CABE LA RENUNCIA DEL ACREEDOR. LAS OBLIGACIONES IMPEDIRÍAN LA DINÁMICA JURÍDICA PROVOCANDO LA PAULATINA DESACTUALIZACIÓN DEL DERECHO QUE UNA VEZ FUE VIGENTE.

65 AÚN EN SU FORMA MÁS SIMPLE, TAL TIPO DE REGLAS TRAE CONSIGO MUCHOS ELEMENTOS DISTINTIVOS DEL DERECHO, INTRODUCIENDO EN FORMA SENCILLA LA IDEA DE SISTEMA JURÍDICO. Cfr., *ibid.*

LA MANERA DE EVITAR LA CUALIDAD ESTÁTICA, ES LA INTRODUCCIÓN DE 'REGLAS DE CAMBIO' -SECUNDARIAS POR SUPUESTO-. ESTAS FACULTAN A UN INDIVIDUO O A UN CUERPO COLEGIADO PARA INTRODUCIR NUEVAS REGLAS PRIMARIAS:

TALES REGLAS DE CAMBIO PUEDEN SER MUY SIMPLES O MUY COMPLEJAS; LAS POTESTADES CONFERIDAS PUEDEN SER ILIMITADAS O LIMITADAS DE DIVERSAS MANERAS; Y LAS REGLAS, ADEMÁS DE ESPECIFICAR LAS PERSONAS QUE HAN DE LEGISLAR, PUEDEN DEFINIR EN FORMA MÁS O MENOS RÍGIDA EL PROCEDIMIENTO A SER SEGUIDO EN LA LEGISLACIÓN <sup>(66)</sup>.

LA RELACIÓN ENTRE NORMAS DE RECONOCIMIENTO Y LAS DE CAMBIO ES ESTRECHA, GENERALMENTE ÉSTAS APOYAN A AQUÉLLAS TODA VEZ QUE EL CRITERIO DE IDENTIFICACIÓN SUSTENTADO POR LAS PRIMERAS ES DE NECESARIA REFERENCIA PARA LAS DE CAMBIO. CA BE MENCIONAR QUE EN EL PÁRRAFO TRANSCRITO SE HABLA DE LEGISLACIÓN POR CONSIDERARLA FUENTE SUPREMA DE LOS DERECHOS INTERNOS, NO OBSTANTE, EL AUTOR RECONOCE QUE LAS REGLAS DE CAMBIO PUEDEN APELAR A CUALQUIER FUENTE RECONOCIDA.

ES FÁCIL CONCLUIR QUE LOS ARTÍCULOS 53 IN FINE DE LAS CONVENCIONES, SATISFACEN LOS ELEMENTOS DESCRITOS, YA QUE SU REDACCIÓN COMPLEMENTA LA FÓRMULA DE IDENTIFICACIÓN CONTENIDA EN LA PRIMERA PARTE <sup>(67)</sup>; POR SU PARTE, LA REDACCIÓN UTILIZADA PARA EL IUS COGENS SUPERVENIENS HACE REFERENCIA AL MISMO CRITERIO DE IDENTIFICACIÓN (NORMA IMPERATIVA). EN ESTOS CASOS LA FUENTE DE DERECHO A LA QUE SE HACE REFERENCIA ES, LÓGICAMENTE, EL TRATADO; LOS NEXOS EXISTENTES ENTRE LAS REGLAS DE RECONOCIMIENTO Y LAS DE CAMBIO SON TAN ESTRECHAS, QUE AMBAS ESTÁN CONTENIDAS EN EL MISMO ARTÍCULO.

66 Ibid., p. 119.

67 ... [Norma imperativa] que sólo puede ser modificada, por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.



3) LA TERCERA DEFICIENCIA LA CONSTITUYE LA DIFUSA PRESIÓN SOCIAL LOGRADA POR LAS NORMAS PRIMARIAS. ANTES DE EJERCER LA PRESIÓN SOCIAL DE QUE SE DISPONGA, ES NECESARIO DETERMINAR SI EN UN CASO PARTICULAR SE HA TRANSGRIDIDO UNA REGLA PRIMARIA, ADEMÁS, ES NECESARIO ESPECIFICAR QUÉ SUJETOS O COLEGIOS HABRÁN DE DECIDIR SI FUE O NO ASÍ, Y SEÑALAR EL PROCEDIMIENTO QUE HABRÁN DE UTILIZAR; POR ÚLTIMO, OTORGAR AUTORIDAD SUFICIENTE A DICHOS SUJETOS, AL PROCEDIMIENTO Y A LA DECISIÓN OBTENIDA, A EFECTO DE ACTUALIZAR LA SANCIÓN QUE, EN SU CASO, CORRESPONDA; LA CUAL ESTARÁ RESPALDADA POR LOS MECANISMOS DE PRESIÓN SOCIAL QUE -CONCENTRADA DE ESTA FORMA- LA HACEN EFECTIVA. A ESTA CLASE DE NORMAS SECUNDARIAS LAS NOMBRA 'REGLAS DE ADJUDICACIÓN', Y TIENEN POR OBJETO SUSTENTAR UN APARATO LEGÍTIMO DE REVISIÓN DEL DERECHO, LO CONTRARIO AUTORIZA IMPLÍCITAMENTE LA AUTO-AYUDA:

ESTAS REGLAS, COMO LAS OTRAS REGLAS SECUNDARIAS, DEFINEN UN GRUPO DE IMPORTANTES CONCEPTOS JURÍDICOS: EN ESTE CASO, LOS CONCEPTOS DE JUEZ, TRIBUNAL, JURISDICCIÓN Y SENTENCIA <sup>(68)</sup>.

EN SENTIDO LATO, TODA NORMA MATERIALMENTE ADJETIVA PERTENECE AL GRUPO DE REGLAS DE ADJUDICACIÓN; EN ESTE SENTIDO, LOS ARTÍCULOS 65, 66 Y 71 DE LAS MULTICITADAS CONVENCIONES, SON CONSIDERADAS, RESPECTO DEL IUS COGENS INTERNACIONAL, NORMAS DE ADJUDICACIÓN.

PARECE OCIOSO MENCIONAR QUE LAS REGLAS DE ADJUDICACIÓN TIENEN ÍNTIMA RELACIÓN CON LAS DE RECONOCIMIENTO Y CON LAS DE CAMBIO, YA QUE TAL RELACIÓN RECÍPROCA SIGNIFICA LA COHERENCIA DEL SISTEMA Y LA REDUCCIÓN AL MÍNIMO POSIBLE DE LAGU-

68 Ibid., p. 120.

HAS O CONTRADICCIONES.

DE ENTRE LAS REGLAS DE ADJUDICACIÓN, LAS QUE CONFIEREN JURISDICCIÓN SON, A NUESTRO PARECER, FUNDAMENTALES PUESTO QUE ES POSIBLE OMITIR EL PROCEDIMIENTO, O AL MENOS HACERLO FLEXIBLE -COMO OCURRE EN EL ARBITRAJE-; PERO NO LA COMPETENCIA (69). POR ELLO, EL INCISO A) DEL ARTÍCULO 66.2.A, B, C Y D, DE LA DE 1986 SON SUMAMENTE IMPORTANTES RESPECTO DE LA DOBLE JURISDICCIÓN DE LA CIJ -CONSULTIVA O CONTENCIOSA- EN LOS CASOS DE VIOLACIÓN (Y TANGENCIALMENTE EN LA DETERMINACIÓN) DE NORMAS DE IUS COGENS INTERNACIONAL.

PODEMOS CONCLUIR QUE LA MISIÓN DE LOS ARTÍCULOS RELACIONADOS CON EL IUS COGENS INTERNACIONAL, CONTENIDOS EN LOS INSTRUMENTOS YA TAN COMENTADOS, ES OTORGAR COHERENCIA AL SISTEMA DE REGLAS PRIMARIAS YA EXISTENTES, SIN QUE ELLOS MISMOS LO SEAN; CON TODA LÓGICA Y DE SU SIMPLE LECTURA, SE COLIGE QUE SU OBJETO SON LAS NORMAS PRIMARIAS -EN ESTE CASO LOS TRATADOS INTERNACIONALES CONCLUIDOS ENTRE ESTADOS O ENTRE ESTADOS Y O.I., RESPECTIVAMENTE- Y NO LAS CONDUCTAS QUE ESTOS PRESCRIBEN. REMITIMOS AL LECTOR, A LA FIGURA 5, QUE RESUME EL ANÁLISIS EFECTUADO.

69 Al respecto afirma:

...si los tribunales están facultados para hacer determinaciones revestidas de autoridad sobre el hecho de que una regla ha sido transgredida, no puede evitarse que ellas sean consideradas como determinaciones revestidas de autoridad acerca de cuáles son las reglas. Así, la regla que confiere jurisdicción es también una regla de reconocimiento que identifica a las reglas primarias a través de decisiones de los tribunales, y éstas se convierten en una 'fuente' de derecho.

Ibid., pp. 120 y 121.

Estimamos que la norma que confieren jurisdicción son -en contra de Hart- de adjudicación. La sentencia o la opinión consultiva a que se llegue, como resultado ideal de la jurisdicción, es la regla de reconocimiento, la que es fuente de derecho, la que da certeza en la determinación. La norma que confiere jurisdicción únicamente adjudica la potestad pública de juzgar.

FIGURA 5

SIPNÓISIS DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE H.L.A. HART  
A LAS NORMAS DE IUS COGENS INTERNACIONAL.

Defectos de los que adolecen los sistemas jurídicos que sólo cuentan con reglas - primarias.	Reglas secundarias que remedian tales defectos.	Artículos de las Convenciones sobre el Derecho de los Tratados que contienen tales reglas secundarias.
1) Falta de certeza en el contenido y alcance de las normas.	Reglas de reconocimiento.	53 (primera parte) 64
2) Carácter estático del sistema.	Reglas de cambio.	53 (in fine) 64
3) Difusa presión social para hacer cumplir las normas.	Reglas de adjudicación.	65, 66, 71.

EN LA OBRA QUE ANALIZAMOS, ESCRITA ORIGINALMENTE EN 1961, HART DEDICA UN CAPÍTULO ESPECIAL AL D.I. EN ÉL AFIRMA CATEGÓRICAMENTE QUE ÉSTE CARECE DE REGLAS SECUNDARIAS (70), Y QUE DIFÍCILMENTE SE PUEDE HABLAR DE UN 'DERECHO' INTERNACIONAL TERMINADO (71). NO OBSTANTE, TIENE UNA VISIÓN INTERESANTE DEL ÁMBITO JURÍDICO INTERESTÁTICO; NO ES ESTE EL LUGAR PARA EXPONERLA EN DETALLE, COMENTAREMOS LO QUE RESULTE SOBRESALIENTE PARA EL ESTUDIO DEL IUS CGGENS.

HAY QUE RESALTAR QUE ESTIMA OBLIGATORIAS LAS NORMAS DE D.I., AÚN CUANDO RESULTAN VAGAS Y CONTRADITORIAS MÁS A MENUDO DE LO DESEABLE (72); POR ELLO:

CUANDO SE HACE CASO OMISO DE LAS REGLAS [DE D.I.] NO ES SOBRE LA BASE DE QUE NO SON OBLIGATORIAS; POR EL CONTRARIO, SE REALIZAN ESFUERZOS PARA OCULTAR LOS HECHOS (73)

ESTO IMPLICA QUE EXISTE PRESIÓN SOCIAL PARA HACER PSICOLÓGICAMENTE OBLIGATORIAS TALES REGLAS PRIMITIVAS.

ESTAS TIENEN COMO FUENTE PRINCIPAL, EN EL D.I. MODERNO, AL TRATADO (74). PERO ¿QUÉ HACE DE LAS SIMPLES PALABRAS HABLA-

70 La falta de una Legislatura internacional, de tribunales con jurisdicción compulsiva, y de sanciones centralmente organizadas, han inspirado desconfianzas, por lo menos entre los teóricos del derecho. Ibid., p. 264.

71 Ahora bien:  
En la forma, el derecho internacional se asemeja a tal régimen de reglas primarias, si bien, el contenido de sus reglas, que suelen ser complejas, es muy distinto al de las reglas de la sociedad primitiva, y mucho de sus conceptos, métodos y técnicas son iguales a los del moderno derecho nacional.  
Ibid.

72 Cfr., ibi., p. 275.

73 Ibid., p. 271. El agregado es nuestro.

74 Afirma el autor:

Es verdad que el derecho internacional moderno, es en muy gran medida derecho convencional.

Ibid., p. 278.

DAS O ESCRITAS, PROMESAS, ACUERDOS O TRATADOS?, EL AUTOR PIENSA QUE LA RESPUESTA ESTÁ EN LA EXISTENCIA DE:

REGLAS QUE ESTABLEZCAN QUE UN ESTADO ESTÁ OBLIGADO A AQUELLO QUE, MEDIANTE LAS PALABRAS APROPIADAS, SE COMPROMETE A HACER. TALES REGLAS, QUE LA NOCIÓN MISMA DE UNA OBLIGACIÓN AUTO-IMPUESTA PRESUPONE, OBTIENEN, OBVIAMENTE NO PUEDEN DERIVAR SU STATUS OBLIGATORIO DE UNA AUTO-IMPUESTA OBLIGACIÓN DE OBEDECERLAS (75),

CONSIDERAMOS A TÍTULO PERSONAL, QUE ESTA ES UNA REFERENCIA MUY CLARA A LA NATURALEZA APRIORÍSTICA DEL CONCEPTO ONTOLÓGICO DE IMPERATIVIDAD -PRESUPUESTA, COMO DICE, EN TODA OBLIGACIÓN AUTO-IMPUESTA, EN ESTE CASO, CONVENCIONALMENTE-. LO ANTERIOR SE REPETITIVO, SEGÚN NOSOTROS, CUANDO AFIRMA:

EN TODA SOCIEDAD, COMPUESTA DE INDIVIDUOS O DE ESTADOS, LO QUE ES NECESARIO Y SUFICIENTE PARA QUE LAS PALABRAS DE UNA PROMESA, ACUERDO O TRATADO, HAGAN SURGIR OBLIGACIONES, ES QUE LAS REGLAS QUE ASÍ LO ESTABLECEN Y QUE ESPECIFICAN UN PROCEDIMIENTO PARA ESTOS ACTOS QUE AUTO-OBLIGAN, SEAN GENERALMENTE ACATADAS, SIN QUE SE REQUIERA QUE LO SEAN DE MODO UNIVERSAL. CUANDO LO SON, EL INDIVIDUO O EL ESTADO QUE A SABIENDAS USA ESTOS PROCEDIMIENTOS QUE DA OBLIGADO POR ELLOS, LO QUIERA O NO (76).

AHORA BIEN, HART DISCIERNE PERFECTAMENTE LOS PROBLEMAS PROPIOS DE LOS DERECHOS INTERNOS Y LOS DEL D.I.; DE ESTA MANERA, RESUME ESTO DICHIENDO:

75 Ibid., p. 277.

76 Ibid., p. 278.

LA PREGUNTA DENTRO DEL DERECHO NACIONAL ES:  
 ¿CUÁL ES LA EXTENSIÓN DE LA SUPREMA AUTORIDAD LEGISLATIVA  
 RECONOCIDA EN ESTE SISTEMA? PARA EL DERECHO INTERNACIONAL  
 ES: ¿CUÁL ES EL ÁREA MÁXIMA DE AUTONOMÍA QUE LAS REGLAS  
 ACUERDAN A LOS ESTADOS? (77),

DESPUÉS DE 1969, LA RESPUESTA A ÉSTA ÚLTIMA PREGUNTA HA  
 VARIADO. HEMOS VENIDO REPITIENDO -Y ASÍ LO CONFIRMAN MUCHOS  
 AUTORES- QUE EL CONCEPTO GENERAL DE IUS COGENS REPRESENTA, EN-  
 TRE OTRAS COSAS, UN FRENO AL EJERCICIO ARBITRARIO DEL PRINCI-  
 PIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LOS ESTADOS.

POR ÚLTIMO, AÚN CUANDO HART NO CONSIDERA QUE LA AMENAZA  
 Y LA COACCIÓN SEAN LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL DERECHO, RECO-  
 NOCE QUE ÉSTOS ESTÁN PRESENTES EN TODO SISTEMA JURÍDICO; OPINA:

SALVO EN SOCIEDADES CON UNA COHESIÓN MUY ESTRECHA, LA SU-  
 MISIÓN AL SISTEMA DE LIMITACIONES SERÍA UNA INSENSATEZ SI  
 NO HUBIERA UNA ORGANIZACIÓN PARA COERCIONAR (SIC) A AQUE-  
 LLOS QUE TRATARÍAN DE OBTENER VENTAJAS DEL SISTEMA SIN SO-  
 METERSE A SUS OBLIGACIONES. HACEN FALTA 'SANCIONES', POR  
 LO TANTO, NO COMO EL MOTIVO NORMAL PARA LA OBEDIENCIA, SI  
 NO COMO UNA GARANTÍA DE QUE AQUELLOS QUE OBEDECEN VOLUNTA-  
 RIAMENTE NO SERÁN SACRIFICADOS A QUIENES NO LO HACEN. SI  
 NO HUBIERA TAL ORGANIZACIÓN, OBEDECER SERÍA ARRIESGARSE A  
 TENER LA PEOR PARTE. DADO ESTE PELIGRO, LO QUE LA RAZÓN  
 RECLAMA ES COOPERACIÓN VOLUNTARIA DENTRO DE UN SISTEMA -  
 COERCITIVO (78).

EL D.I. EN EFECTO, CARECE EN BUENA MEDIDA, DE LA ORGANIZACIÓN  
 DESCRITA; ELLO ES CAUSA Y EFECTO DE LA POLARIZACIÓN DE TODOS

77 Ibid., p. 276.

78 Ibid., pp. 244 y 245.

LOS ASPECTOS DE LA VIDA INTERNACIONAL. LA REALIDAD ES QUE A MENUDO LAS POTENCIAS DEJAN DE CUMPLIR SUS OBLIGACIONES, EN PERJUICIO DE LOS PAÍSES QUE NO PUEDEN RESPALDAR SUS LEGÍTIMOS DERECHOS, MÁS QUE CON LA FUERZA DE LA RAZÓN Y MEDIANTE LA UNIÓN POLÍTICA, A FIN DE GENERAR OPINIÓN PÚBLICA -PRESIÓN SOCIAL- O FACTORES DE PODER MÁS TANGIBLES.

EN UN SISTEMA EN QUE LA AUTOAYUDA ES FRECUENTE, MÁS ALLÁ DE LA REGULACIÓN JURÍDICA, LA COOPERACIÓN VOLUNTARIA ES SUMAMENTE VALIOSA E INFLUYENTE, QUE EN AQUELLOS ESTRUCTURADOS ALREDEDOR DE UN PODER SANCIONADOR; DESPUÉS DE LO DICHO, COMPARATIVOS LA IDEA SIGUIENTE :

ES LA EXISTENCIA DEL CRITERIO PARA LA IDENTIFICACIÓN DE LAS LEYES DE UN SISTEMA, Y DE PROCEDIMIENTOS PARA LA APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE AUTORIDAD DE ESTAS LEYES, LA QUE MEJOR SE CONSIDERA PARA EL CARÁCTER AUTORIZADO Y SISTEMÁTICO DEL DERECHO, EN LUGAR DE LA EXISTENCIA DE ORGANISMOS QUE LAS APLIQUEN Y QUE ESTÉN ALTAMENTE INSTITUCIONALIZADOS O CENTRALIZADOS (79).

UN ANÁLISIS EXHAUSTIVO DEL D.I. CON BASE EN LAS IDEAS DE HART, SIN DUDA REVELARÁ LA EXISTENCIA DE UN BUEN NÚMERO DE REGLAS SECUNDARIAS -NO SÓLO DE ORIGEN CONVENCIONAL-, QUE HACEN DE ESTA RAMA DEL DERECHO UN VERDADERO SISTEMA; CON SUS PARTICULARIDADES, PERO FUNDAMENTALMENTE JURÍDICO.

§.57 EN LAS DOS SECCIONES ANTECEDENTES HEMOS ANALIZADO, EN SU ORDEN: LA NATURALEZA DEL CONCEPTO DE IMPERATIVIDAD, COMO SUS TRATO DEL IUS COGENS; Y LA FUNCIÓN PRÁCTICA DE LOS ARTÍCULOS CONSAGRADOS A DICHA FIGURA, EN LAS CONVENCIONES ANALIZADAS EN EL PRIMER CAPÍTULO DE ESTE ESTUDIO.

DE LO ANTERIOR, COLEGIMOS QUE LA IMPERATIVIDAD, COMO CATEGORÍA ONTOLÓGICA, ES UN SUPUESTO COMÚN E IMPRESCINDIBLE A CUALQUIER FENÓMENO JURÍDICO. SU FORMULACIÓN POSITIVA ESTÁ SUJETA A MODIFICACIÓN O DEROGACIÓN, COMO CUALQUIER NORMA, PERO ELLO NO AFECTA SINO A LA NORMA MISMA, DADA LA NATURALEZA APRIORÍSTICA DEL PRINCIPIO. SÓLO EN CASOS EXCEPCIONALES, LA IMPERATIVIDAD DE UNA NORMA PARTICULAR ES EXPRESA; EN VISTA DEL DINAMISMO DEL DERECHO, TAL SINGULARIDAD PUEDE RECONOCÉRSELE Y, SUCESIVAMENTE, NEGÁRSELE, CIRCUNSTANCIA QUE SÓLO INTERESA A LA NORMA EN CUESTIÓN.

POR OTRA PARTE, NADA SON LAS FORMAS JURÍDICAS SI CARECEN DE CONTENIDO REAL Y JUSTO. LOS FINES DEL DERECHO DEBEN SUSTENTARSE EN UNA SÓLIDA BASE FORMAL, PERO NO DEBEN SUBORDINÁRSELE.

TOCA AHORA ANALIZAR LA POSIBLE DETERMINACIÓN DE LAS NORMAS POSITIVAS INTERNACIONALES DE IUS COGENS Y, MUY PARTICULARMENTE, SU CONTENIDO. EN OTRAS PALABRAS, INTENTAREMOS SEÑALAR CRITERIOS QUE PERMITAN INTEGRAR EL NÚCLEO IMPERATIVO DEL D.I.

ESTIMAMOS QUE LAS REGLAS SECUNDARIAS QUE CONFIEREN POTESTADES PÚBLICAS, DEBEN SER INCLUIDAS EN PRIMER TÉRMINO; ES DECIR, AQUELLAS QUE: FIJAN EL O LOS PROCEDIMIENTOS DE CREACIÓN DE NORMAS GENERALES; LAS QUE REGULAN LA TRANSFORMACIÓN DE LAS NORMAS YA EXISTENTES; Y LAS QUE PREVÉN LOS MEDIOS PARA ASEGURAR SU OBSERVANCIA (80). FÁCILMENTE PODEMOS IDENTIFICAR NORMAS

80 En los derechos internos, tales tópicos son regulados a nivel constitucional, de ahí que algunos autores pensarán en el ius cogens internacional como Derecho Constitucional Internacional. Ahora bien, las que establecen la forma de Estado y de gobierno forman también, parte del núcleo imperativo; ya que, dadas las características históricas de las sociedades estatales, la existencia de tales reglas secundarias es causa-efecto del Estado mismo. No nos atrevemos a afirmar que el núcleo imperativo corresponde al Derecho Público, - pues:

La imposibilidad de establece un criterio material de distinción entre el derecho público y el derecho privado; imposibilidad reco



DEL D.I. CUYO ALCANCE VA DESDE LO BILATERAL, HASTA LO MULTILATERAL, ASPIRANDO INCLUSO A LO UNIVERSAL. PARA DAR ALGUNOS EJEMPLOS RELACIONADOS DIRECTAMENTE CON NUESTRO TEMA, CITAMOS LOS SIGUIENTES ARTÍCULOS: 38 DEL ESTATUTO DE LA CIJ, INEQUIVOCAMENTE UNA REGLA DE RECONOCIMIENTO -AL GRADO QUE ÉSTE ES MENCIONADO EN DOS INCISOS<sup>(81)</sup>; 26 DE LAS CONVENCIONES COMENTADAS, CONSAGRAN LA CONOCIDA FÓRMULA PACTA SUNT SERVANDA -TAMBIÉN UNA REGLA DE RECONOCIMIENTO-; 38 DE LAS MISMAS CONVENCIONES, RECONOCEN EL PODER VINCULANTE DE LA COSTUMBRE PARA LOS TERCEROS ESTADOS, -REGLAS DE RECONOCIMIENTO, IGUALMENTE-; INCISO C) DE LA FRACCIÓN 3 DEL ARTÍCULO 31 DE LAS PROPIAS CONVENCIONES, QUE ESTATUYE COMO REGLA DE INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS, LA APLICACIÓN DE TODA NORMA DE D.I. APLICABLE A LAS PARTES, ES DECIR, LAS MÁS GENERALES POSIBLES -REGLA DE RECONOCIMIENTO-; 36 Y 37 DEL ESTATUTO DE LA CIJ, DEMARCAN LA COMPETENCIA GENERAL DEL TRIBUNAL -ES DECIR, REGLAS DE ADJUDICACIÓN-; 65, 66 Y 677 DE LAS MULTICITADAS CONVENCIONES, FIJAN EL PROCEDIMIENTO Y LA COMPETENCIA DE LA CIJ EN MATERIA DE TRATADOS PARTICULARMENTE REGLAS DE ADJUDICACIÓN, EVIDENTEMENTE-; DE ESAS MISMAS CONVENCIONES, LOS NUMERALES 69, 70 Y 71 SON REGLAS DE

---

nocida en nuestros días por un número siempre creciente de juristas, puede verificarse por el hecho de que hay más de un centenar de definiciones diferentes de esas dos especies de derecho, de las cuales, ninguna ha podido adquirir una aceptación más o menos general. Consúltase sobre este punto la obra tan característica de J. Hülliger, 'El criterio de la oposición entre derecho público y derecho privado', que expone 104 teorías acerca del indicado tema, para concluir que ninguna de ellas es satisfactoria.  
 GURVITCH, Georges: L'idée du droit social, Librairie du Recueil Sirey, París, 1932, p. 13.

81

En efecto.

Artículo 38.I. La Corte... deberá aplicar:

a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

.....

c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

CAMBIO; POR ÚLTIMO, LOS 53 Y 64 SON TANTO REGLAS DE RECONOCIMIENTO COMO DE CAMBIO.

CON ESTE CRITERIO, PODRÍAN IDENTIFICARSE OTRAS TANTAS NORMAS POSITIVAS, EN DIFERENTES CAMPOS DEL D.I.

EN SEGUNDO LUGAR, EL NÚCLEO IMPERATIVO DEL D.I. COMO EL DE CUALQUIER OTRA RAMA O SISTEMA, INCLUYE CIERTAS NORMAS PRIMARIAS <sup>(82)</sup>; AQUELLAS QUE PRESCRIBEN CONDUCTAS INDIVIDUALES O COLECTIVAS TENDIENTES AL MANTENIMIENTO DE LA CONVIVENCIA SOCIAL. POR TANTO, DEBEMOS ATENDER A LA TRASCENDENCIA COLECTIVA DE LOS DEBERES IMPUESTOS A LOS SUJETOS DE DERECHO, ASÍ COMO AL IMPACTO SOCIAL DE LAS FACULTADES CONFERIDAS; A EFECTO DE IDENTIFICAR NORMAS INTERNACIONALES DE IUS COGENS.

EXISTE YA, TODO UN SISTEMA DOCTRINAL, LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIA QUE ESTUDIA Y LEGALIZA LAS RELACIONES JURÍDICAS DEL HOMBRE, ENTENDIDO ÉSTE COMO UN ENTE SOCIAL, INTERACTUANTE CON Y EN COLECTIVIDADES; NOS REFERIMOS AL DERECHO SOCIAL. DIREMOS DOS PALABRAS A ESTE RESPECTO, CON OBJETO DE DILUCIDAR SI EXISTE UNA RELACIÓN POSIBLE CON EL D.I.

EL ANTECEDENTE DOCUMENTAL MÁS REMOTO, PARA ALGUNOS AUTORES, ES EL PROYECTO DE DECLARACIÓN DE DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO PROPUESTO POR MAXIMILIANO ROBESPIERRE ANTE LOS JACOBINOS EL 21 DE ABRIL DE 1793. ALGUNOS DE SUS ARTÍCULOS CONSAGRAN PRINCIPIOS TORALES DEL DERECHO SOCIAL <sup>(83)</sup>. POR SU PARTE, LA PRIMERA REFERENCIA DOCTRINAL LA ENCONTRAMOS EN LA

82 Recordemos que, según Hart, son aquellas que imponen deberes. Cfr.: op. cit., p. 101. En la terminología que empleamos, tales reglas son obligaciones imperativas. Ver supra sección 1.55, nota 16.

83 Los artículos 8°, 9° y 10°: limitación del derecho de propiedad en razón del bienestar público; el 11, protección y asistencia social a miembros de la sociedad no aptos para trabajar; el 14, la impartición de educación como un servicio público necesario e irrenunciable. Cfr. MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio: El Derecho Social, 2a. ed., Porrúa, México, 1967, pp. 96 y 97.

OBRA 'EL DERECHO COOPERATIVO ALEMÁN' DE OTTO VON GIRKE (84). EN EL PRESENTE SIGLO, OTROS AUTORES DESARROLLARON LAS IDEAS AHÍ EXPUESTAS (85). SIN LUGAR A DUDAS, EL AUTOR MÁS INFLUYENTE EN ESTE CAMPO ES EL AFAMADO JURISTA GEORGES GURVITCH, CUYA DOCTRINA, NO OBSTANTE, HA SIDO CRITICADA POR SU ORIENTACIÓN EXCESIVAMENTE SOCIOLOGICA.

NO ENTRAREMOS A DISCUSIONES YA SUPERADAS SOBRE LAS RAMAS JURÍDICAS QUE FORMAN EL DERECHO SOCIAL, NI TAMPOCO SOBRE EL HECHO DE QUE ÉSTE REPRESENTA UNA NUEVA DIVISIÓN JURÍDICA FRENTE AL DERECHO PÚBLICO Y EL PRIVADO. DAMOS POR SENTADO, PUES, QUE EL DERECHO SOCIAL NO SE AGOTA CON EL DERECHO LABORAL, EL AGRARIO, EL ECONÓMICO, O CON EL CONSAGRADO A LA SEGURIDAD SOCIAL. EL DERECHO SOCIAL DEBE SER ENTENDIDO PRIMORDIALMENTE, COMO UNA NUEVA ÓPTICA DE LA ACTUACIÓN DEL SER HUMANO, YA NO FRENTE A UN PARTICULAR O AL ESTADO, SINO FRENTE A UNA COLECTIVIDAD Y FORMANDO PARTE DE ELLA. ESTOS AGRUPAMIENTOS RESPONDEN SIEMPRE A UNA REALIDAD SOCIOLOGICA, AUNQUE NO NECESARIAMENTE CON RECONOCIMIENTO JURÍDICO (86).

SALVANDO LA DIVERSIDAD DOCTRINAL, TODAS LAS TEORÍAS SOBRE EL DERECHO SOCIAL COINCIDEN EN CINCO PUNTOS:

- 84 Das Deutsche Genossen zhaftrecht, Weidmannsche Buchhanlung, Berlin, 1868. Cfr. DE LA CUEVA, Mario: op. cit., pp. 70 y 71.
- 85 Podemos citar a Gustav Radbruch, Walter Kaskel, Arthur Nikish, Francesco Santo-Passarell, George Scelle, Paul Durand, George Ripert, G. Levasseur. Cfr.: Ibid., pp. 70 a 75. Asimismo, a Luis Le Fur, León Martín Granizo, García Oviedo, etc. Cfr. MENDEIETA Y NUÑEZ, Lucio: op. cit., passim.
- 86 Se dice que las primeras ramas del Derecho Social surgieron: al adquirir significación jurídica ciertos hechos que hasta entonces sólo habían tenido carácter sociológico. En este como en otros tantos casos, fué también 'la naturaleza de las cosas' lo que determinó la nueva forma jurídica.
- RADBRUCH, Gustav: op. cit., p. 163.

- A) QUE NO SE REFIERE A LOS INDIVIDUOS EN GENERAL, SINO A INTEGRANTES DE GRUPOS SOCIALES O DE SECTORES DE LA SOCIEDAD BIEN DEFINIDOS: OBREROS, CAMPESINOS, TRABAJADORES INDEPENDIENTES, GENTE ECONÓMICAMENTE DÉBIL, PROLETARIOS, DESVÁLIDOS (87).
- B) QUE TIENE MARCADO CARÁCTER PROTECTOR DE LAS PERSONAS, GRUPOS Y SECTORES QUE CAEN BAJO SUS DISPOSICIONES (88).
- C) QUE ES DE ÍNDICE ECONÓMICA, PUES REGULAN FUNDAMENTALMENTE INTERESES MATERIALES, COMO BASE DE PROGRESO MORAL (89).
- D) QUE TRATA DE ESTABLECER UN COMPLEJO SISTEMA DE INSTITUCIONES Y DE CONTROLES PARA TRANSFORMAR LA CONTRADICCIÓN DE INTERESES DE LAS CLASES SOCIALES, EN UNA COLABORACIÓN PACÍFICA Y EN UNA CONVIVENCIA JUSTA (90).
- E) QUE NO ATIENDE A UNA ARTIFICIAL IGUALDAD ENTRE LOS HOMBRES, SI NO QUE TRATA DE COMPENSAR LAS DESIGUALDADES EXISTENTES ENTRE ELLOS (91).

87 En el ámbito internacional, pensamos en: refugiados, apátridas, aislados, perseguidos de todas clases, etc., en cuanto a colectividades de individuos; por lo que toca a colectividades de Estados: el grupo de los 77, los no alineados, el tercer mundo, y, hasta hace poco, los pueblos coloniales; son a nuestro juicio, excelentes ejemplos.

88 No es casualidad que algunos Organismos Especializados o Agencias de la ONU, trabajen en favor del bienestar de grupos bien determinados. Recuérdese al ACNUR, a la OIT, a la UNESCO, etc.

89 A este respecto es muy claro el capítulo IX de la Carta de la ONU, que trata de la Cooperación Internacional Económica y Social; y el X, que establece el Consejo Económico y Social.

90 Los cuatro puntos transcritos hasta aquí son identificados por MENDEIETA Y NUÑEZ, Lucio: op. cit., p. 54.

91 Cfr. RADBRUCH, Gustav: op. cit., p. 162 y Agrega ahí mismo: ... la igualdad deja de ser, así, punto de partida del Derecho, para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico.

PARA GURVITCH. LA FORMACIÓN COLECTIVA -CUALQUIERA QUE ES TA SEA- ACTÚA EXPONTÁNEAMENTE PARA DARSE SUS PROPIAS NORMAS (92). POR OTRA PARTE, ÉSTAS PUEDEN ORIGINARSE POR FACTORES AJENOS A LA COLECTIVIDAD, TALES COMO: TEORÍAS SOCIOLOGICAS, ECONÓMICAS O POLÍTICAS; SOLIDARIDAD INTERNACIONAL, DOCTRINAS JURÍDICAS O JURISPRUDENCIA. SORPRENDE QUE PRECISAMENTE ESTAS DOS ÚLTIMAS SEAN FUENTES AUXILIARES DEL D.I., SEGÚN EL INCISO D) DEL APARTADO I. DEL ARTÍCULO 38 DEL ESTATUTO DE LA CIJ, POR LO QUE DEBEMOS ADMITIR QUE -AL MENOS TEÓRICAMENTE- SU INFLUENCIA EN LA FORMACIÓN DE NORMAS DE D.I. NO ES DESPRECIABLE. GENERALIZANDO EL EJEMPLO Y CON UNA PERSPECTIVA MÁS JURÍDICA QUE SOCIOLOGICA, CONCLUIMOS QUE LAS FUENTES DEL DERECHO RECONOCIDAS EN CADA SISTEMA, LO SON TAMBIÉN DEL DERECHO SOCIAL. NO ES DE SORPRENDER, PUES, QUE EL D.I., EN SU CASO, GENERE NORMAS DE DERECHO SOCIAL CONVENCIONAL O CONSUECUDINARIO.

PERO LA INTERACCIÓN DEL D.I. Y EL SOCIAL ES MÁS PROFUNDA. GURVITCH DISTINGUE DIVERSAS CLASES DE ÉSTE ÚLTIMO, A SABER:

- A) DERECHO SOCIAL PURO E INDEPENDIENTE;
- B) DERECHO SOCIAL PURO, PERO SOMETIDO A LA TUTELA DEL DERECHO ESTATAL;
- C) DERECHO SOCIAL ANEXADO POR EL ESTADO, PERO AUTÓNOMO; Y
- D) DERECHO SOCIAL CONDENSADO EN EL ORDEN DEL DERECHO DEL

92 GURVITCH, Georges: op. cit., p. 19. Reitera tal opinión en: Sociología del Derecho, (trad. del inglés por Angeles Romero Vera), Rosario, Argentina, 1945, pp. 269 y 270. En la práctica, esto no es del todo exacto, piénsese en la Legislación protectora de ancianos, expósitos, etc. Cfr. MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio: op. cit., p. 54. Lo propio puede decirse de los asilados, la niñez, etc., pero no así del Grupo de los no alineados, por ejemplo. Este punto lo retomaremos más adelante.

## ESTADO DEMOCRÁTICO (93).

EL D.I. EN SU CONJUNTO REPRESENTA, PARA NUESTRO AUTOR, EL EJEMPLO CLÁSICO DE LA PRIMERA DIVISIÓN:

EL DERECHO SOCIAL ES PURO CUANDO LLENA LA FUNCIÓN DE INTEGRAR A LOS MIEMBROS DE UN TODO, SIN RECURRIR A LA COACCIÓN INCONDICIONADA, Y ES PURO E INDEPENDIENTE CUANDO, EN CASO DE CONFLICTO CON EL ORDEN DEL ESTADO, RESULTA EQUIVALENTE A ÉL O SUPERIOR (94),

ASÍ, LOS MIEMBROS DEL 'TODO' (COMUNIDAD INTERNACIONAL) SON LOS ESTADOS. PARA NUESTRO AUTOR, LA COMUNIDAD DE ESTADOS SE INTEGRA MEDIANTE EL D.I., Y ÉSTE ADQUIERE FUERZA OBLIGATORIA GRACIAS A ELLA, POR LO QUE ÓRGANOS CENTRALIZADOS NO SON NECESARIOS (95). ESTA AFIRMACIÓN HACE DE GURVITCH UN PARTIDARIO DE UN MONISMO QUE PROCLAMA LA SUPREMACÍA DE LOS PRECEPTOS INTERNACIONALES. EL FENÓMENO DE LA INTEGRACIÓN -TAN CONOCIDO Y ESTUDIADO EN MEDIOS INTERNACIONALISTAS- ADQUIERE PLENA JUSTIFICACIÓN, TODA VEZ QUE:

93 GURVITCH, Georges: Sociología..., pp. 272 a 278.

94 GURVITCH, Georges: L'idée..., pp. 52 y 53. Reafirma el punto al declarar:

Si sólo tomamos en cuenta la capacidad para producir una estructura jurídica, tendríamos que reconocer la primacía del derecho nacional sobre el internacional. Pero otros factores intervienen aquí, como hemos tenido ocasión de mencionar. En adición al grado de eficacia y de la estabilidad, intervienen también en el problema de la interacción de las estructuras jurídicas, factores de extensión y de grado de capacidad para encarnar la justicia y representar el interés común. Desde este punto de vista, el orden jurídico internacional tiene primacía sobre el nacional, cuyas funciones define y limita.

95 GURVITCH, Georges: Sociología..., p. 271.

No obstante:

... el orden jurídico internacional está determinado por el derecho de masas que tiene menos validez efectiva que el derecho nacional.

Ibid., p. 270.

EL DERECHO SOCIAL, EN SU FORMA PURA, ES EL QUE NACE EXPONTÁNEAMENTE EN EL SENO DE LAS AGRUPACIONES HUMANAS Y NO ES NI DERECHO DE COORDINACIÓN NI DE SUBORDINACIÓN, SINO DE INTEGRACIÓN O DE INORDENACIÓN, PORQUE SU FINALIDAD CONSISTE EN LOGRAR LA UNIÓN DE LOS INTEGRANTES DE TODO AGRUPAMIENTO SOCIAL MEDIANTE UN ACUERDO DE VOLUNTAD QUE CREA, SIN NECESIDAD DE ORGANIZACIÓN ALGUNA Y SIN COACCIÓN INCONDICIONADA; UN PODER SOCIAL QUE OBRA SOBRE LOS INDIVIDUOS; PERO NO COMO EXTERIOR A ELLOS, SI NO COMO FUERZA INTERNA CREADA POR ELLOS MISMOS (96)

ELLO EQUIVALDRÍA A AFIRMAR QUE SÓLO LA COSTUMBRE ES CAPAZ DE CREAR DERECHO SOCIAL PURO. RESULTA SUGESTIVA ESTA CONCLUSIÓN, SI ACEPTAMOS QUE LA FUENTE ORIGINARIA DEL D.I. ES PRECISAMENTE, LA INVETERADA CONSUETUDO SIVE NECESSITATIS.

LAS AFIRMACIONES DE GURVITCH, PESE A ESTAR DETERMINADAS POR UNA PREDOMINANCIA SOCIOLOGICA, DESTACAN RAZGOS CARACTERÍSTICOS DE CUALQUIER AGRUPACIÓN HUMANA, A LOS CUALES EL D.I. NO ES AJENO.

EN OTRO ASPECTO, LA DOCTRINA HA DISCUTIDO AMPLIAMENTE RESPECTO A SI EL DERECHO SOCIAL DEBE CONSIDERARSE COMO UN DERECHO DE CLASE. GURVITCH SE OPONE VIOLENTAMENTE AL SEÑALAR QUE ESE PUNTO DE VISTA PONE EN PELIGRO LA FORMACIÓN DEMOCRÁTICA DE LA SOCIEDAD Y LA LIBERTAD INDIVIDUAL (97). OTROS AUTORES AFIRMAN LO CONTRARIO; SI POR 'CLASE' SE ENTIENDE AL CONJUNTO DE PERSONAS ECONÓMICAMENTE DÉBILES, Y NO ÚNICAMENTE A LOS OBREROS O

96 MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio: op. cit., p. 18.

97 Cfr.: ibid., p. 85.

CAMPESINOS; EL DERECHO SOCIAL SI ES CLASISTA. CIERTO QUE LAS RAMAS PIONERAS FUERON AQUELLAS DIRIGIDAS A PROTEGER LOS INTERESES ECONÓMICOS DE AQUELLOS, PERO LA RAZÓN DE FONDO ES QUE:

CUANDO INGENTES NECESIDADES SOCIALES VAN DANDO, EN TORNO DE CIERTAS SITUACIONES JURÍDICAS, DIFERENTE SENTIDO A LAS NORMAS QUE LAS REGULAN Y LAS VAN ENRIQUECIENDO CON OTRAS DISPOSICIONES Y CON OTRAS IDEAS HASTA FORMAR UN CUERPO DOCTRINARIO Y LEGAL AUTÓNOMO DOTADO DE ENERGÍA PROPIA... SE ESTABLECE UN DERECHO NUEVO (98).

EL D.I. HA DEMOSTRADO QUE NO ES INDIFERENTE A TALES NECESIDADES SOCIALES; AUNQUE, COMO SABEMOS, EL DERECHO ES SÓLO UN INSTRUMENTO DE LA VOLUNTAD POLÍTICA, LA CUAL PUEDE ADOPTAR MEDIOS, INCLUSO ANTIJURÍDICOS, PARA ALCANZAR SUS METAS.

¿CUÁL ES, ENTONCES, EL FIN DEL DERECHO SOCIAL? SE AFIRMA QUE, SI BIEN ES CIERTO QUE -COMO DERECHO DE CLASE- PROTEGE A INDIVIDUOS Y A GRUPOS, SU OBJETIVO MEDIATO ES CONSERVAR LA PROPIA SOCIEDAD QUE LE DIÓ ORIGEN, YA QUE ÉSTA:

NO PUEDE EXISTIR EN PAZ, NI PROGRESAR, CUANDO ENTRE LAS PARTES QUE LA COMPONEN EXISTEN DESAJUSTES Y CONTRADICCIONES VITALES INSALVABLES (99),

CON BASE EN ESTO ÚLTIMO, SE HA PENSADO QUE EN EL PLANO PRÁCTICO EXISTE UN D.I. SOCIAL EN GESTACIÓN. SÓLO VIRALLY SU GIRIÓ QUE TAL, TENDRÍA NATURALEZA IMPERATIVA (100). EN TODO

98 Ibid., pp. 56 y 57.

99 Ibid., p. 69. Nos parece incontrovertible la afirmación que señala que las desigualdades materiales entre los hombres, son más evidentes desde una perspectiva internacional.

100 Ver Supra sección f.29.



CASO, SE AFIRMA QUE EL D.I. SOCIAL:

ESTÁ CONSTITUYÉNDOSE CON LOS ACUERDOS Y TRATADOS ENTRE DIVERSOS PAÍSES, SOBRE LA PROTECCIÓN DE SUS RESPECTIVOS NACIONALES EN MATERIA DE TRABAJO (101)

AL EFECTO SE CITAN COMPROMISOS QUE TIENDEN A POSITIVIZAR EN EL PLANO INTERESTÁTICO, CONDICIONES LABORALES MÍNIMAS RECONOCIDAS EN LAS LEGISLACIONES INTERNAS (102).

DESINTIMOS DE TAL OPINIÓN POR CONSIDERAR QUE ESOS AVANCES TIENEN QUE VER CON LA INTERNACIONALIZACIÓN -VALIOSA Y JUSTA- DE INSTITUCIONES JURÍDICAS INTERNAS. YA QUE ENCUENTRAN RAZÓN DE SER EN CONDICIONES SOCIOLÓGICAS QUE SE DAN DENTRO DEL ESTADO (103).

EL D.I. SOCIAL QUE CONCEBIMOS, ATIENDE A COLECTIVIDADES QUE ACTÚAN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL. LA FUNCIÓN TUITIVA CARACTERÍSTICA DEL DERECHO SOCIAL TIENE UN DOBLE ASPECTO REFERIDA AL D.I., POR UNA PARTE, ACORDE CON EL PLANTAMIENTO TRADICIONAL DE ESA DISCIPLINA, SE DIRIGE A GRUPOS DE INDIVIDUOS; POR LA OTRA, CON MAYOR ORTODOXIA DENTRO DEL D.I, A CONJUNTOS DE ESTADOS.

101 MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio: Op. cit., p. 76.

102 Cfr.: ibid., pp. 147 a 155.

103 En este sentido, se opina:

Las normas internacionales del Trabajo no constituyen una obra académica, pues su objetivo es promover un progreso efectivo y armónico de las legislaciones y prácticas nacionales.

VALTICOS, Nicolas: "Porvenir de las normas internacionales del Trabajo", Revista Internacional del Trabajo, Vol. 98, núm. 4, OIT, Ginebra, 1979, p. 457.

EN EL PRIMER CASO, SE DISTINGUEN CATEGORÍAS COMO: ASI-  
LADOS, REFUGIADOS, APÁTRIDAS, DESAPARECIDOS, ETC., O BIEN, SE  
HABLA DE: POBLACIÓN CIVIL EN TIEMPOS DE GUERRA, DE PRISIONE-  
ROS DE GUERRA O SIMPLEMENTE DE 'PUEBLOS' (104). TALES CONCEP-  
TOS TIENEN YA DEFINICIÓN JURÍDICA; CONVENIOS Y COSTUMBRES IN-  
TERNACIONALES LOS REGULAN. ÁL HACERLO, SE HAN GENERADO FIGU-  
RAS E INSTITUCIONES PROPIAS DEL D.I., ENTRE OTRAS: EL ASILO,  
EL GENOCIDIO, LOS DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD, EL AMPLIO ESPEC-  
TRO DE LOS DERECHOS HUMANOS (105), ETC. LA INTEGRIDAD FÍSICA Y,  
LA DIGNIDAD DEL INDIVIDUO, PARECEN SER LOS BIENES JURÍDICOS TÚ-  
TELADOS, MISMOS QUE SE EXTIENDEN A LOS GRUPOS ÉTNICOS, Y FINAL-  
MENTE A LA HUMANIDAD MISMA; ENTENDIDA COMO COMUNIDAD SUPREMA,  
EL TOTUS ORBIS DE VITORIA.

EL SEGUNDO DERROTERO TIENE QUE VER CON LA DIVERSIFICA-  
CIÓN DE LA COMUNIDAD DE ESTADOS, VERIFICADA AL FIN DE LA SE-  
GUNDA GUERRA MUNDIAL, ASÍ COMO CON LA EVOLUCIÓN DE ACTITUDES

104 Cfr.: el párrafo 59 de la Opinión Consultiva sobre el Sahara Occi-  
dental rendido por la Corte. CIJ Recueil, 1975, citado por DIEZ DE  
VELASCO: op. cit., Tomo II, p. 99.

105 La naturaleza colectiva que subyace en ellos, queda expresa en las  
siguientes reflexiones

Los Derechos Humanos defienden la dignidad del individuo frente a  
la sociedad en general y frente al Estado en particular

... Los Derechos Humanos son un recurso legal para la protección  
de números reducidos de gente (la minoría o el individuo) enfren-  
tados al poder de grandes números... es la manera como se prote-  
ge al individuo y se reconoce su dignidad en cuanto piedra angu-  
lar de la sociedad.

PANIKKAR, Raymundo: ¿Es occidental el concepto de los Derechos Hu-  
manos?, Diógenes (Revista Internacional de Ciencias Humanas), Núm.  
120, UNAM, México, 1982, pp. 92 y 104.

El campo del Derecho Social aparece delimitado por aquellos dere-  
chos que aparecen a la cabeza de todos los que se refieren a la -  
colectividad: los derechos humanos, cuya esencia se cifra precisa-  
mente en garantizar la libertad exterior del hombre, haciendo con  
ello posible le libertad interior de su conducta moral.

RADBRUCH, Gustav: op. cit., pp. 164 y 165.

POLÍTICAS, ALGUNAS DE ELLAS IMPENSABLES AÚN EN 1930 (106).

LA COMUNIÓN DE INTERESES FAVORECE LA AGRUPACIÓN DE ESTADOS, SU COORDINACIÓN ECONÓMICA, POLÍTICA, ETC. AÚN TRATÁNDOSE DE PEQUEÑOS PAÍSES, ESTE ES UN FACTOR INDISCUTIBLE QUE INCIDE, A VECES PODEROSAMENTE, EN LA DINÁMICA DEL D.I. SE HABLA DE BLOQUES HEGEMÓNICOS Y DE SU DISPUTA, ESENCIALMENTE IDEOLÓGICO-POLÍTICA CONOCIDA COMO 'ESTE-OESTE'; FRENTE A ELLA, Y COMO REACCIÓN, SE CONSTITUYÓ EL GRUPO DE LOS NO ALINEADOS (107). EN OTRO PLANO, NO MENOS IMPORTANTE, LA DISPUTA NORTE-SUR SE ENTABLA ENTRE EL REDUCIDO GRUPO DE PAÍSES RICOS -NO IMPORTANDO SU SIGNO IDEOLÓGICO- Y LA MAYORÍA POBRE, LA CUAL HA INTENTADO ORGANIZAR SU PRESENCIA INTERNACIONAL A TRAVÉS DEL GRUPO DE LOS 77 (108).

#### LOS PROCESOS DE AGRUPAMIENTO RESPONDEN A CIRCUNSTANCIAS

##### 106 Se afirma:

Entre los factores que han contribuido a modificar progresivamente las mentalidades, citaremos, además de la corriente persistente en favor de una doctrina renovada del derecho natural, el desconcierto de las conciencias frente a los horrores de la guerra y la brusca irrupción en la escena internacional de Naciones subdesarrolladas y de antiguos pueblos colonizados.

DE VISSCHER, Paul: op. cit., p. 103.

##### 107 Algunos autores opinan:

... la política de no alineación suscrita por muchos países de África y Asia evoca algo mucho más profundo que un posible oportunismo político, o que sólo otra manera de ser consecuente con la escena política contemporánea. Representa precisamente ese rechazo a admitir la visión del mundo como una función del conjunto de dilemas, apenas mencionados, representado por las llamadas superpotencias.

Ibid., p. 140.

##### 108 Durante la reunión de la UNCTAD celebrada en Ginebra, durante julio de 1987, Dennis C. Goodman, delegado de Estados Unidos a la Conferencia:

acusó al 'grupito' de países que encabezan los '77' de capturar la conferencia y de promover 'puntos de vista pasados de moda'...  
... El delegado de Brasil (Roberto de Abreu Sodre) hizo.... apasionada defensa del Grupo de los 77 y expresó que sus propuestas no son radicales -contra el sentir de los industrializados-, sino como reflejo de la necesidad de reemplazar el sistema económico mundial que está ahora contra el desarrollo, y que se quiere convertir en mecanismo de presión.

DIVERSAS; DESDE UN PUNTO DE VISTA ÉTNICO-HISTÓRICO SE DISTINGUEN COMUNIDADES COMO LATINOAMÉRICA O EL MUNDO ÁRABE; SI ATENDEMOS A CRITERIOS ECONÓMICOS, LA CEE O LA COMMONWELTH SON BUENOS EJEMPLOS.

UN ANÁLISIS SOCIOLOGÍCO ARROJA OTROS RESULTADOS, TALES COMO UNA ESTRATIFICACIÓN INTERNACIONAL QUE DIVIDE A LA COMUNIDAD DE ESTADOS EN TRES GRUPOS: GRANDES POTENCIAS, POTENCIAS INTERMEDIAS Y PAÍSES PEQUEÑOS (109). POR LAS CARACTERÍSTICAS DE ESTE TRABAJO, NOS OCUPAREMOS ÚNICAMENTE DE LAS MEDIANAS POTENCIAS. LOS CRITERIOS ADOPTADOS PARA DETERMINAR LOS PAÍSES QUE SE ENCUENTRAN EN ESA CATEGORÍA, SON: 1. EXTENSIÓN TERRITORIAL, 2. POSESIÓN DE VOLÚMENES IMPORTANTES DE RECURSOS NATURALES (DIVERSOS DE PREFERENCIA); 3. VOLUMEN DE POBLACIÓN, 4. GRADO DE CALIFICACIÓN DE LA POBLACIÓN, Y 5. EFICIENCIA DEL SISTEMA EDUCATIVO NACIONAL PARA CAPACITAR GRANDES VOLÚMENES DE LA MISMA (110). A LOS PAÍSES CONSIDERADOS -POR LAS GRANDES POTENCIAS- COMO 'MEDIANOS', SE LES CALIFICA DE 'CLASE MEDIA' INTERNACIONAL. SU POSICIÓN EQUIDISTANTE DE LA MINORÍA PODEROSA Y LA MAYORÍA DESPOSEÍDA, ES PROPICIA PARA EJERCER PRESIÓN POLÍTICA CON CIERTO GRADO DE EFECTIVIDAD. ESTOS PAÍSES -

- 
- 109 RANGEL, Jesús y Francisco Carfias: Los 77, 'Grupito pasado de moda': EU; en diario Excelsior; México, D.F., Año LXXI, Tomo IV, No. 25, 620; 30 de julio de 1987, Sección A, pp. 1 y 10. El agregado es nuestro. La transcripción citada, nos puede dar una idea del peso específico de las agrupaciones de Estados en las negociaciones internacionales. Para una visión completa y detallada, remitimos al lector a la figura 6.
- 110 Cfr. GONZALEZ AGUAYO, Leopoldo: "Aproximación a una teoría de las potencias 'medianas'", Relaciones Internacionales, (Revista del Centro de Relaciones Internacionales, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales), Vol. III, núm. 8, UNAM, México, 1975, p. 6.

FIGURA 6

## SISTEMA DE ESTRATIFICACION INTERNACIONAL

1	Grandes Potencias	1.1 Grandes potencias de <u>status</u> más elevado.	Estados Unidos, Unión de Repúblicas Socialistas Soviética.
		1.2 Grandes potencias de <u>status</u> medio.	Japón, Francia, República Federal de Alemania, Inglaterra.
		1.3 Grandes potencias de <u>menor</u> status.	Canadá, Italia, República Democrática de Alemania, Suecia, Suiza, Benelux, Checoslovaquia, Austria, Dinamarca, Australia, Nueva Zelanda, Polonia, Sudáfrica, Israel, Noruega y República Popular China.
2	Medianas	2.1 Potencias 'medias' con pretensiones hegemónicas actuales.	Brasil, India e Irán.
		2.2 Potencias 'medias' con pretensiones de supremacía.	Argentina, México y Egipto.
		2.3 Potencias 'medias, con tendencias moderadas.	España, Yugoslavia, Rumania, Hungría y Finlandia (*).
		2.4 Potencias 'medias, en rápida formación	Venezuela.
3	Pequeños	3.1 Aspirantes al status de potencia 'intermedia'.	Cuba, Grecia, Turquía, Portugal, Bulgaria, Irlanda, Argelia, Marruecos, Túnez, Libia, Arabia Saudita, Irak, Líbano, Siria, Taiwan, Tailandia, Viet Nam del Norte, Viet Nam del Sur, Pakistán, Corea del Sur, Filipinas, Indonesia, Birmania, Etiopía, Nigeria, Senegal, Zaire, Guinea y Tanzania, Chile, Colombia, Uruguay, Perú, Ecuador.
		3.2 Países cuyas diferencias actuales les impiden manifestar ambiciones que les permitan en breve plazo, modificar su rango.	

(\*) Corea del Norte, enclavada entre tres poderosos vecinos: URSS, República Popular de China y Japón, reúne de hecho varias características que la situación dentro de las potencias 'intermedias', en razón de un im-  
presionante crecimiento económico y social de las últimas décadas.

El presente cuadro sinóptico se transcribe íntegro del estudio de González Aguayo, publicado en 1975, y al cual ya nos hemos referido. De ahí que cite a Viet Nam como país dividido. En más de una década, ciertamente han habido acontecimientos de primera magnitud, no obstante, estimamos que el esquema general permanece intransformado.

DEFIENDEN VIGOROSAMENTE LAS REIVINDICACIONES DE ÉSTA ÚLTIMA CON UN DOBLE OBJETIVO: DIRIGIR LA OPINIÓN DE LA MAYORÍA DE ESTADOS EN SU PROVECHO PROPIO (AUMENTANDO SU ZONA DE PREDOMINIO PARTICULAR); E IMPRESIONAR A LAS GRANDES POTENCIAS CON ESTA Y OTRAS ACTITUDES. ESTO ES APROVECHANDO DE MUY DIFERENTES MANERAS, SEGÚN EL PAÍS; EN GENERAL, EL RANGO DE POTENCIA 'INTERMEDIA' ASEGURA UN TRATO FINANCIERO FAVORABLE, ATENCIÓN ESPECIAL EN CUESTIONES DE SEGURIDAD NACIONAL E INDUSTRIALIZACIÓN. DE AHÍ QUIZÁS, SERÍA LA MOTIVACIÓN PRIMORDIAL PARA OTORGARLES GRAN ASISTENCIA BÉLICA Y COMERCIAL (111).

EN UN PLANO ESTRICTO DE 'DIPLOMACIA PARLAMENTARIA', DICHS PAÍSES UTILIZAN SU LIDERAZGO Y SE COORDINAN AL GRADO DE QUE, NO EN POCAS OCASIONES, HAN LOGRADO 'ORIENTAR' LAS CONFERENCIAS Y ASAMBLEAS INTERNACIONALES EN SU PROVECHO:

... EL MANIPULEO DE VOTOS Y DEMANDAS INTERNACIONALES (DE LOS PAÍSES MENOS FAVORECIDOS), CONJUNTAMENTE CON EL MANIPULEO DE CIERTOS ELEMENTOS DE STATUS, CONSTITUYEN LA CLAVE DE LA ESTRATEGIA INTERNACIONAL DE LAS POTENCIAS 'INTERMEDIAS', ESTRATEGIA QUE, EN LA PRÁCTICA, LAS HACE -ACREEDORAS A UN TRATO QUE CIERTAMENTE LAS DIFERENCIA DE LA GRAN MASA DE LOS PAÍSES SUBDESARROLLADOS, DADA LA CONCIENCIA MANIFESTADA POR LAS GRANDES POTENCIAS EN EL SENTIDO DE QUE LA EXISTENCIA DE POTENCIAS 'MEDIANAS' NO VUELCA SINO PERFECCIONA EL SISTEMA DEL PODER INTERNACIONAL EN SU FAVOR (112)

EN EL CASO PARTICULAR DE LA CONVENCIÓN DE 1969, LA ACTUACIÓN DE ALGUNAS POTENCIAS MEDIANAS FUE DETERMINANTE PARA SU FIR

111 Cfr., Ibid., pp. 7 a 22.

112 Ibid., p. 24.

MA. PESE A QUE LOS JURISTAS QUE CONSTITUÍAN LAS DELEGACIONES DE LAS GRANDES POTENCIAS, FUERON MUY ACTIVOS EN LAS CONFERENCIAS PREVIAS; NINGUNO DE ESTOS PAÍSES COMPROMETIÓ SU FIRMA INICIALMENTE. EN CAMBIO, LAS NACIONES INTERMEDIAS LO HICIERON: ARGENTINA, BRASIL, FINLANDIA, IRÁN, MÉXICO Y YUGOSLAVIA, ENCABEZANDO A LOS RESTANTES PAÍSES. LA FORMULACIÓN DE NORMAS CLARAS DE D.I., QUE PONGAN FRENO JURÍDICO A LA VOLUNTAD DE LOS ESTADOS, BENEFICIA A LAS POTENCIAS MEDIAS; DE AHÍ QUE SU INTERVENCIÓN SEA DETERMINANTE EN LA CODIFICACIÓN Y AVANCE DEL D.I.,

POR ELLO SE AFIRMA, CON RAZÓN QUE:

... A LAS GRANDES POTENCIAS NO INTERESA SINO LA REGULACIÓN DE DETERMINADOS ASPECTOS DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES, LOS MENOS, Y MÁS BIEN, PROPENDEN A UN ARBITRIO LO MÁS AMPLIO POSIBLE, PARA NO OBLIGARSE EN NADA, Y PROSEGUIR LIBREMENTE SUS PROPIOS FINES E IMPULSOS... SON EN REALIDAD LOS ESTADOS MEDIANOS DE LOS QUE HAY UNOS VEINTE O TREINTA, SEGÚN SE MIRE, EN EL SISTEMA ACTUAL, QUE SE PREOCUPAN POR EL PROGRESO DE TODO EL DERECHO INTERNACIONAL (113).

EN ALGUNA MEDIDA, LA ACCIÓN DE TALES GRUPOS DE ESTADOS O DE INDIVIDUOS, HA CONTRIBUIDO A LA DINÁMICA DEL D.I.; YA DE MANERA DIRECTA, O BIEN, EN FORMA MEDIATA. EL DENOMINADOR COMÚN DURANTE LOS ÚLTIMOS CUARENTA AÑOS ES LA PREOCUPACIÓN -CON FRECUENCIA NO MANIFIESTA- POR LA SUPERVIVENCIA DE LA PROPIA COMUNIDAD INTERNACIONAL; NUNCA COMO EN LA POST-GUERRA QUE AÚN VIVIMOS, EL PROPÓSITO FUNDAMENTAL DEL D.I. SOCIAL HA SIDO TAN EVIDENTE.

DE REGRESO A NUESTRO ASUNTO, LA DETERMINACIÓN DE LAS REGLAS PRIMARIAS QUE FORMAN PARTE DEL NÚCLEO IMPERATIVO DEL D.I.,

ENCUENTRA UN GRAN OBSTÁCULO, A SABER: LA TREMENDA DESIGUALDAD REAL QUE EXISTE ENTRE LOS ESTADOS. ESTA INSOSLAYABLE CIRCUNSTANCIA DIFICULTA LA FORMULACIÓN DE NORMAS COMUNES DESTINADAS A REGULAR, DE MANERA GENERAL, REALIDADES HETEROGÉNEAS.

SE PENSÓ QUE LA CONQUISTA DEL RECONOCIMIENTO -POR PARTE DE LOS PAÍSES PODEROSOS- DE LA IGUALDAD SOBERANA DE TODOS LOS ESTADOS, Y DEL DERECHO DE SU DEFENSA, QUE ASISTE A TODO PUEBLO; ATENUARÍA EL DESEQUILIBRIO EXISTENTE. NO OBSTANTE, EN OCASIONES, ESA IGUALDAD FORMAL ES UNA HERRAMIENTA EN CONTRA DE LOS PAÍSES PEQUEÑOS Y MEDIANOS <sup>(114)</sup>. ES AQUÍ EN DONDE LA IGUALDAD POR COMPENSACIÓN; ES DECIR, UN TRATO DESIGUAL PERO JUSTO DE LOS MIEMBROS DE UNA MISMA RELACIÓN JURÍDICA, APARECE COMO UNO DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LAS ACTUALES RELACIONES INTERNACIONALES Y COMO FUNDAMENTO DE UN NUEVO ORDEN INTERNACIONAL PROMOVIDO, ESPECIALMENTE, POR LAS POTENCIAS INTERMEDIAS; SIENDO, COMO LO ES, UN POSTULADO DEL DERECHO SOCIAL.

COMO RESULTADO DE TODOS ESTOS ELEMENTOS -Y DE OTROS QUE NO ES EL CASO NOMBRAR- EL D.I. HA GENERADO INSTITUCIONES JURÍDICAS QUE LE SON PARTICULARES. ASÍ, SE HABLE DE: EL DERECHO DE LA INTEGRACIÓN; EL DERECHO DEL DESARROLLO, EL NUEVO ORDEN INTERNACIONAL; Y CONCEPTOS MÁS ESPECÍFICOS COMO: RENUNCIA A

114

Cfr., *ibid.* Sobre todo en las relaciones de carácter comercial y financiera, tal igualdad en el derecho de obligarse, ha provocado gravísimos desequilibrios internos e internacionales. El más delicado de todos, es la deuda externa del tercer mundo; ya Díaz Müller ha expresado su idea sobre la relación entre Deuda Externa y normas imperativas, ver *supra* sección f. 51. El rechazo al pago de la deuda se manifiesta no sólo en teóricos o políticos del tercer mundo, también en altos círculos de los países industrializados. Erich Honecker, Presidente de la República Democrática de Alemania se pronunció por una condena total de la Deuda del Tercer Mundo, por medio de negociaciones auspiciadas por la ONU; ello con base en la certeza de que aplazar más la resolución definitiva del problema, viola las más elementales normas de convivencia.



LA AMENAZA O AL USO DE LA FUERZA, NO INTERVENCIÓN, CUMPLIMIENTO DE BUENA FE DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES, LIBRE DETERMINACIÓN, DESCOLONIZACIÓN, DESARME, ETC.

POR OTRA PARTE, NO PODEMOS AFIRMAR QUE TODO D.I. SOCIAL SEA IMPERATIVO. SÓLO AQUÉLLAS NORMAS QUE SIGNIFIQUEN EL MÍNIMO DE GARANTÍAS PARA PERMITIR LA CONVIVENCIA, O LA PRESERVACIÓN DE LA COMUNIDAD DE ESTADOS, FORMAN PARTE DEL NÚCLEO IMPERATIVO DE NUESTRA DISCIPLINA. TALES NORMAS, NECESARIAMENTE DE REDUCIDO NÚMERO, SON FORMALMENTE DE IUS COGENS Y MATERIALMENTE DE D.I. SOCIAL. LAS NORMAS IMPERATIVAS REGIONALES COMPLEMENTAN A LAS GENERALES, DENTRO DEL SISTEMA ESBOZADO, PERO AL PROPIO TIEMPO LES ESTÁN DETERMINADAS.

PODRÍAMOS ANTICIPAR EL FENÓMENO DEL RECONOCIMIENTO DE NORMAS DE IUS COGENS REGIONAL QUE, YA ARRAIGADAS, SE CONVIER-TAN EN GENERALES; DADA LA MAYOR FACTIBILIDAD DEL CONSENSO Y DE LA FLEXIBILIDAD EN EL PROCESO NORMATIVO. DESPUÉS DE TODO, PARA UN SECTOR IMPORTANTE DE LA DOCTRINA, EL D.I. CLÁSICO ES, EMI-NENTEMENTE, UN DERECHO EUROPEO REDACTADO POR POTENCIAS COLONIA-LES; DE AHÍ LA NECESIDAD DE LOS PAÍSES PEQUEÑOS ECONÓMICAMENTE -PERO CON CIERTO PESO ESPECÍFICO EN LAS RELACIONES INTERNACIO-NALES- DE FORJAR UN DERECHO CLARO, JUSTO Y EFECTIVO. LAS MÁS

---

Cfr. DIAZ REDONDO, Regino: 'Cancelación Absoluta de la Deuda del III Mundo: Honecker. Increíble saqueo padece AL'; en diario Ex-célsior; México, D.F., Año LXIX, Tomo II, Número 25, 124, 14 de marzo de 1986, Sección A, primera plana.

Lo mejor sería, materialmente, cancelar por completo todas las deudas, porque los Estados y los bancos de esos países ya recibieron mediante intereses, más dinero que el que prestaron... No obstante, la solución de este problema se logrará solamente por medio de una transformación a fondo de las relaciones económicas, financieras y monetarias internacionales que comprenda la colaboración e igualdad entre todos los Estados.

Ibid., p. 10.

BENEFICIADAS CON EL RECONOCIMIENTO DE NORMAS DE IUS COGENS INTERNACIONAL SERÁN LAS 'POTENCIAS INTERMEDIAS', NADA TIENEN QUE PERDER, PUESTO QUE NO HAN GOZADO NUNCA DEL LIBRE EJERCICIO DE SU SOBERANÍA; CON UN D.I. FUNDADO EN PRINCIPIOS IMPE-RATIVOS, AL MENOS SABRÁN EN QUÉ SENTIDO HAN FALTADO LOS ESTADOS DEL PRIMER MUNDO A SUS OBLIGACIONES INTERNACIONALES.

BAJO EL CONCEPTO: DEBERES MÍNIMOS DE CONVIVENCIA; SE CONTIENEN LAS OBLIGACIONES QUE -DE OBSERVARSE- PRESERVARÁN TANTO A LA HUMANIDAD COMO A LOS ESTADOS, PUES NO ES POSIBLE CONCEBIR A LA SOCIEDAD INTERNACIONAL CARENTE DE ESTADOS O DE HOMBRES. LA EVOLUCIÓN HASTA UN ESTADO OMNICOMPRESIVO NOS PARECE QUE NO ES DABLE (115).

EN CIERTO SENTIDO, EL CRITERIO PROPUESTO ES MÁS UTILITARIO QUE ÉTICO; LAS CIRCUNSTANCIAS NOS LLEVAN A FORMULARLO ASÍ (116), COMO VIMOS EN LA PARTE PRIMERA DE ESTA CAPÍTULO, LA DOCTRINA SE INCLINA MAYORITARIA, PERO NO UNÁNIMEMENTE, A QUE LAS NORMAS DE D.I. DEBEN TENER UN CONTENIDO JUSTO; TAL IDEA Y SUS IMPLICACIONES

- 115 A este respecto se ha opinado:  
 Las Naciones, viviendo en comunidad a base de vivencias históricas positivas, forman la comunidad internacional; ser ideal complejo, que como cualquier otro que vive en el cosmos, tiene que sujetarse a ese orden universal, pues los componentes de esa comunidad o sea las Naciones, tienen un fin inmediato que la naturaleza inexorablemente les impone: subsistir...  
 TREVIÑO RIOS, Oscar: "El Futuro del Derecho Internacional Público", Jurídica, N° 2, Universidad Iberoamericana, México, 1970, p. 408.
- 116 Recuérdese, por otra parte, que Modestino sostenía: Omne ius, aut consensus fecit, aut necessitas constituit, aut firmavit consuetudo. De legibus 1.3 (Todo Derecho, o lo creó el consentimiento, o lo constituyó la necesidad, o lo afirmó, la costumbre) citado en MANS M., Jaime: op. cit., p. 493.

NES TRASCIENDEN EL CAMPO DE ESTUDIO DEL IUS COGENS INTERNACIONAL Y AÚN EL DEL PROPIO D.I. NO OBSTANTE, EXISTE CIERTA TENDENCIA ENCAMINADA A RECONOCER EN EL DERECHO POSITIVO, UN CONTENIDO VALIOSO; ES DECIR, JUSTO:

... MÁS TARDE RECONOCIÓ RADBRUCH QUE LAS ORDENACIONES QUE TIENEN POR CONTENIDO VIOLACIONES FLAGRANTES DE LOS DERECHOS HUMANOS, NO SÓLO SON UN MERO DERECHO INJUSTO, SINO QUE CARECEN DE TODA OBLIGATORIEDAD, PUES, FRENTE A INJUSTICIAS TALES, NO PESA YA LA SEGURIDAD JURÍDICA (117),

ES CURIOSO QUE EL D.I. EN GESTACIÓN TENGA EXACTAMENTE EL PROBLEMA CONTRARIO, ES DECIR, QUE CONTENIDOS RECONOCIDOS COMO JUSTOS CAREZCAN, APARENTEMENTE, DE LA NOTA FORMAL REQUERIDA PARA SER CONSIDERADAS COMO VERDADERAS NORMAS JURÍDICAS -ELLA ES, LA IMPERATIVIDAD- Y DE LAS CONDICIONES SOCIOLÓGICAS PROPICIAS PARA SU OBSERVANCIA.

SI FUERA PRECISA UNA DEFINICIÓN LATA DEL IUS COGENS INTERNACIONAL, SIN DUDA ADOPTARÍAMOS LA EXPRESADA POR EL REPRESENTANTE DE MÉXICO ANTE LAS CONFERENCIAS DE VIENA, EDUARDO SUÁREZ, QUIEN EXPRESÓ:

SIN PRETENDER ESTABLECER UNA DEFINICIÓN ESTRICTA QUE PUEDA FIGURAR EN UN TRATADO, EL REPRESENTANTE DE MÉXICO, ES DE

117 VERDROSS, Alfred: Derecho Internacional..., p. 23.

Los dos planos de protección que hemos distinguido respecto del D.I. Social, están profundamente interconectados, casi al grado de implicarse mutuamente. La violación sistemática de los Derechos Humanos, a menudo es un respuesta de los gobiernos a sus respectivas disidencias; que van, desde la desobediencia civil hasta el terrorismo, pasando por la insurrección armada que, en algunas ocasiones, se convierte en beligerancia internacionalmente reconocida. Aquí nos vuelve a salir al paso la 'crisis de la deuda', cuyas manifestaciones sociales son múltiples.

LA OPINIÓN DE QUE LAS NORMAS DE IUS COGENS SON AQUELLAS QUE DERIVAN DE LOS PRINCIPIOS QUE LA CONCIENCIA JURÍDICA DE LA HUMANIDAD, CONSIDERA COMO ABSOLUTAMENTE INDISPENSABLES PARA LA COEXISTENCIA EN EL SEÑO DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL, EN UN ESTADO DETERMINADO DE SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA <sup>(118)</sup>.

NO HEMOS QUERIDO DEJAR PASAR LA OPORTUNIDAD DE SEÑALAR, AL MENOS ALGUNAS DE LAS NORMAS QUE, SEGÚN LOS CRITERIOS YA DISCUTIDOS, SON PARTE DEL NÚCLEO IMPERATIVO, DEL D.I. EL LISTADO QUE APARECE EN LAS FIGURAS 7-A Y 7-B A MODO DE CUADRO SINÓPTICO, TIENE LAS SIGUIENTES CARACTERÍSTICAS:

- 1.- NO ES EN MANERA ALGUNA EXHAUSTIVO;
- 2.- ESTÁ DIVIDIDO EN DOS PARTES: LA PRIMERA SE REFIERE A LAS REGLAS PRIMARIAS QUE PROTEGEN AL INDIVIDUO O A GRUPOS DE INDIVIDUOS; LA SEGUNDA, CONTIENE LAS NORMAS MÍNIMAS DE CONVIVENCIA NECESARIAS PARA LA PRESERVACIÓN DE LOS ESTADOS YA CONSTITUIDOS;
- 3.- NO SE HA CONSIDERADO LAS REGLAS PRIMARIAS DE D.I. GENERAL CONSUECUDINARIO, -NO CODIFICADAS AÚN- Y SÓLO ALGUNAS DE D.I. REGIONAL;
- 4.- TODAS LAS NORMAS CITADAS, TIENEN YA EXISTENCIA JURÍDICA, SEA A TRAVÉS DE CONVENCIONES MULTILATERALES O DE RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU; AL EFECTO, SE CITAN LA FECHA DE ENTRADA EN VIGOR, PARA LAS PRIMERAS, Y LA FECHA DE ADOPCIÓN DE LAS SEGUNDAS.

118 A/CONF.39/11/p. 323, sesión 52, par 7, citado en GOMEZ BOLEDO, Antonio: *Le ius cogens...*, pp. 185, 186.

ALGUNAS OBLIGACIONES IMPERATIVAS DE D. I.

	1	2	3	4	5	6	7	8	10				
RESPECTO DE LOS ESTADOS	IGUALDAD SOBERANA BUENA FE	ARREGLO PACIFICO NO USO DE LA FUERZA	SUPREMACIA DEL D. I. SOLIDARIDAD	RESPECTO A LOS DERECHOS HUMANOS	NO INTERVENCION COOPERACION	INDEPENDENCIA DESARROLLO	LEGITIMA DEFENSA INTEGRIDAD CULTURAL	CAPACIDAD JURIDICA NO ABUSO DEL DERECHO	DISPOSICION LIBRE DE RECURSOS NATURALES	USO DE LA TECNOLOGIA LIBRE DETERMINACION			
CARTA DE LA ONU Vigor: 24 oct. 1945	1.1 2.1	2.2 3.3	2.3 1.1	2.4 1.1	2.6 1.1	1.3 5.5	2.7 6.2	2.7 5.5	11 7.6	11 5.1			
A CARTA DE LA OEA Vigor: 13 dic. 1951	3.1 9	3.2 2.1	3.3 1.7	3.4 1.6	3.5 1.6	3.6 1.8	3.7 3.1	3.8 1.9		1.5 5.5			
CARTA DE LA OUA Vigor: 13 sep. 1963	3.1	3.4	3.5		3.2	3.3							
PACTO DE LA LIGA ARABE Vigor: 10 may. 1952	2 5	5 6	6			2 3							
CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS	26 31	65 3	43	60.5	52			6 5.2	6.2				
B TIAR Vigor: 3 dic. 1948		2 1	1										
C TRATADO AMERICANO Vigor: 6 may. 1949		1 2	1				8		8				
D OTAN Vigor: 24 ago. 1949		1 1	1										
E PACTO DE VARSOVIA Vigor: 5 jun. 1955		1 1	1			2							
F TRATADO ANZUS		1 1	1										
G TRATADO DEL SURESTE ASIATICO Vigor: 19 feb. 1955		1 1	1										
H CENTO Vigor: 15 abr. 1955		1 1	1										
I RESOLUCIÓN: 1514 (XV) Adopción: 14 dic. 1960			*		*		*			*			
J RESOLUCIÓN: 1653 (XVI) Adopción: 24 nov. 1961			1b 1c				1a 1d						
K RESOLUCIÓN: 1803 (XVII) Adopción: 14 dic. 1962	5	8	4	3		6		7	1	2 3			
L RESOLUCIÓN: 2625 (XXV) Adopción: 24 oct. 1970	*	*	*	*	*	*				*			
M RESOLUCIÓN: 3281 (XXIX) Adopción: 12 dic. 1974	a) b)	j) h)	c) 1	3j	k)	d) 1	e) 12	a) 16	15	26 32	1) 33	2.1 13	g) 1
N RESOLUCIÓN: 3384 (XXX) Adopción: 10 nov. 1975			4		1 6.7	4 5	1 1					2 4	
O RESOLUCIÓN: 2200 (XXXI) Adopción: 3 ene. 1976					2.3 5.2	3	1.2 2.1		5.1	1.2 25		1.1 1.3	
P RESOLUCIÓN: 2200 (XXXI) Adopción: 23 mar. 1976									1.2			1.1 3	

NOTAS.

1. Cumplimiento de obligaciones internacionales, de tratados, así como la interpretación de éstos.
2. Abstención de la amenaza y del uso de la fuerza. Proscripción de la guerra.
3. Enunciación en abstracto (ver Figura 7-B).
4. Incluido el principio de buena vecindad.
5. En ámbitos económicos para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Ayuda a países en desarrollo. Coexistencia pacífica.
6. Incluida la eliminación del colonialismo y toda práctica hegemónica.
7. Eliminación de la coacción económica o política al momento de concluir tratados. Tipificación de los vicios del consentimiento en materia internacional.
8. Incluida la cláusula rebus sic stantibus.
9. Así como avances científicos en bien de la humanidad.

---

A El Protocolo de reformas entró en vigor el 27 de febrero de 1970.

B TRATADO INTERNACIONAL DE ASISTENCIA RECÍPROCA.  
Firma: Río de Janeiro, 2 de septiembre de 1947.

C TRATADO AMERICANO DE SOLUCIONES PACÍFICAS.  
Firma: Bogotá, 30 de abril de 1948.

D CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DEL ATLÁNTICO DEL NORTE.  
Firma: Washington, 4 de abril de 1949.

E TRATADO DE AMISTAD, COOPERACIÓN Y AYUDA MUTUA.  
Firma: Varsovia, 14 de mayo de 1955.

F TRATADO "ANZUS" DE SEGURIDAD DEL PACÍFICO.  
Firma: San Francisco, 1° de septiembre de 1951.

G TRATADO DE DEFENSA COLECTIVA DEL SURESTE ASIÁTICO.  
Firma: Manila, 8 de septiembre de 1954.

H PACTO DE BAGDAD DE COOPERACIÓN MUTUA.  
Firma: Bagdad, 24 de febrero de 1955.

---

Todas las resoluciones citadas fueron adoptadas por la Asamblea General de la ONU.

- I DECLARACION SOBRE LA CONCESION DE LA INDEPENDENCIA A LOS PAISES Y PUEBLOS COLONIALES.
- J DECLARACION SOBRE LA PROHIBICION DEL USO DE ARMAS NUCLEARES Y TERMONUCLEARES.
- K RESOLUCION RELATIVA A LA SOBERANIA PERMANENTE SOBRE LOS RECURSOS NATURALES.
- L DECLARACION SOBRE PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL REFERENTES A LAS RELACIONES DE AMISTAD Y A LA COOPERACION ENTRE ESTADOS DE CONFORMIDAD CON LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS.
- M CARTA DE DERECHOS Y DEBERES ECONOMICOS DE LOS ESTADOS.
- N DECLARACION SOBRE LA UTILIZACION DEL POGRESO CIENTIFICO Y TECNOLOGICO EN INTERES DE LA PAZ Y EN BENEFICIO DE LA HUMANIDAD.
- O PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.
- P PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS.

ALGUNAS OBLIGACIONES IMPERATIVAS DE D.I.

	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16									
RESPECTO DE LOS INDIVIDUOS	NO DISCRIMINACION	DERECHO A LA VIDA	DERECHO A LA LIBERTAD	D. A LA INTEGRIDAD FIS.	D. A LA PERSONALIDAD	D. DE TRANSITO	INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO	D. DE ASILO	D. A LA NACIONALIDAD	D. A LA PROPIEDAD	LIBERTAD DE PENSAMIENT.	LIBERTAD DE EXPRESION	D. A LAS GARANTIAS PROCESALES	D. AL TRABAJO	D. A LA EDUCACION	D. POLITICOS	D. DE PETICION	LIBERTAD DE REUNION	PROTECCION DE FAMILIAS	PROTECCION A LA FAMILIA	PROTECCION A LOS DERECHOS HUMANOS	TITULICA. EJERCICIO	TIIFICACION DE OTROS DELITOS INTERNACIONA.		
CARTA DE LA OEU Vigor: 24 oct. 1945	55.2 70.2											76.4	95.4		6										
CARTA DE LA OEA Vigor: 13 dic. 1951	43.2											3.1	43.47								43.8				
CARTA DE LA OEA Vigor: 13 sep. 1963			3.5									7.1	11												
A CONVENCIÓN SOBRE ESCLAVITUD Vigor: 9 mar. 1927			1																						
B CONVENCIÓN SUPLEMENTARIA Vigor: 30 abr. 1957			2																						
C CONVENCIÓN SOBRE GENOCIDIO Vigor: 12 ene. 1951			3																						
D CONVENCIÓN SOBRE REFUGIADOS Vigor: 22 abr. 1954					2b			27	13	4		16	17				15	20						5	6
E CONVENCIÓN SOBRE LA MUJER Vigor: 7 jul. 1954								28	14			18	19					23	24						
F CONVENCIÓN SOBRE DISCRIMINACION Vigor: 4 ene. 1969	1.2 7			5.1	5.2	5.3	5.4	5.5	5.6	5.7	5.8	5.9	5.10	5.11	5.12	5.13	5.14	5.15	5.16	5.17	5.18	5.19	5.20	5.21	5.22
G CONVENCIÓN SOBRE ASILO Vigor: 21 may. 1929								2																	
H -- ASILO POLITICO Vigor: 28 mar. 1935								3																	
I -- ASILO TERRITORIAL Vigor: 28 sep. 1954								2																	
J -- ASILO DIPLOMATICO Vigor: 29 dic. 1954								1																	
K CONVENCIÓN EUROPEA Vigor: 3 sep. 1953	14	2	4	3			8			9	10	5	6					11		12	17				
L -- PROTOCOLO-1 Vigor: 18 may. 1954										1															
M CONVENCIÓN AMERICANA Firma: 22 nov. 1969		4	6	5	3	22	11.2	20	21	12	13	4.3	25	23	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24
N RESOLUCION 217 (XIII) Adopción: 10 dic. 1948	2.1 16	3	3	5	6	13	12	14	15	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	31	32
O RESOLUCION 1904 (XVIII) Adopción: 20 nov. 1963												3											1.1	1.2	1.3
P RESOLUCION 2763 (XXII) Adopción: 7 nov. 1967	1 2		8	6			3					7	8	9	4							6	11	5.2	
Q RESOLUCION 2200 (XXI) Adopción: 3 ene. 1976	4.4											7	8	9	4							6	11	5.2	
R RESOLUCION 2200 (XXI) Adopción: 23 mar. 1976	2.1	6.1	8	7	16	12	17			18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	31	32	
S DECLARACION AMERICANA Adopción: Bogotá 1948	2	1	10.1		17	8	9	27	19	23	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	

FIGURA 7-3

NOTAS.

1. Definición o condena al apartheid.
2. Definición. Erradicación de la esclavitud, la servidumbre, la persecución política, etc.
3. Prohibición de cualquier forma de tortura, trato cruel o degradante. Definición de trato inhumano.
4. Asimismo, al uso de servicios públicos (especialmente transporte).
5. Erradicación de la apatridia. Derecho a la expedición de pasaporte o carta de identidad.
6. Con orientación social.
7. Incluyendo la libertad de conciencia y de culto (profesarla y enseñarla).
8. Incluyendo: Tribunal general e imparcial, derecho a defensa, prohibición de - detención arbitraria; malos tratos, incomunicación etc.
9. Incluyendo: derecho al salario, al descanso, a jornada máxima, a condiciones sanitarias mínimas, a protección social, de sindicación y huelga, etc.
10. Erradicación del analfabetismo. Derecho a niveles mínimos de educación, a vida cultural, derecho de los padres de seleccionar la clase de educación para los hijos.
11. Derecho a votar y a ser electo sin distinción de sexo.
12. Protección a desvalidos, garantía de seguridad social y mínimos sanitarios para esos grupos.
13. Incluyendo: control natal, derecho a la maternidad y a la protección de la infancia.
14. Prohibición expresa de que un Estado, un grupo o un individuo menoscabe los Derechos Humanos reconocidos nacional e internacionalmente.
15. Así como otras figuras conexas. Determinación de sujeto activo y pasivo, del procedimiento y de la sanción.
16. Por ejemplo, la apología del racismo, discriminación, apartheid, segregación - de la mujer, tortura o a favor de la guerra.

- 
- A CONVENCIÓN RELATIVA A LA ESCLAVITUD.  
Firma: Ginebra, 25 de septiembre de 1926.
- B CONVENCIÓN SUPLEMENTARIA SOBRE LA ABOLICIÓN DE LA ESCLAVITUD, LA TRATA DE ESCLAVOS Y PRÁCTICAS ANALÓGAS A LA ESCLAVITUD.  
Firma: Nueva York, 7 de septiembre de 1956.
- C CONVENCIÓN SOBRE LA PREVENCIÓN Y EL CASTIGO DEL CRIMEN DE GENOCIDIO.  
Firma: Nueva York, 9 de diciembre de 1951.
- D CONVENCIÓN SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS.  
Firma: Nueva York, 28 de julio de 1951.
- E CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS POLÍTICOS DE LA MUJER.  
Firma: Nueva York, 3 de marzo de 1953.
- F CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL.  
Firma: Nueva York, 7 de marzo de 1966.
- G CONVENCIÓN SOBRE ASILO.  
Firma: La Habana, 20 de febrero de 1928.
- H CONVENCIÓN SOBRE ASILO POLÍTICO.  
Firma: Montevideo, 26 de diciembre de 1933.
- I CONVENCIÓN SOBRE ASILO TERRITORIAL.  
Firma: Caracas, 28 de marzo de 1954.
- J CONVENCIÓN SOBRE ASILO DIPLOMÁTICO.  
Firma: Caracas, 28 de marzo de 1954.



...350

FIGURA 7-B

NOTAS.

- K CONVENCIÓN EUROPEA SOBRE LA PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES.  
Firma: Roma, 4 de noviembre de 1950.
- L PROTOCOLO 1 A LA CONVENCIÓN PARA LA PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES.  
Firma: París, 20 de marzo de 1952.
- M CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.  
Firma: San José, 22 de noviembre de 1969.

---

Resoluciones adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

- N DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS DEL HOMBRE.
- O DECLARACION DE LA ONU SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION.
- P DECLARACION SOBRE LA ELIMINACION DE LA DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER.
- Q PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.
- R PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS.

---

Resolución adoptada por la 9ª Conferencia Internacional Americana bajo el nombre de  
S DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE.

YA NOS HEMOS REFERIDO PROLIJAMENTE A LAS FÓRMULAS DE RECONOCIMIENTO PROPUESTAS. DEBEMOS ACLARAR AHORA QUE, AL MENOS EN LAS ACTUALES CIRCUNSTANCIAS DE LA VIDA INTERNACIONAL, LAS FUENTES DEL IUS COGENS SON LA COSTUMBRE, PERO ESENCIALMENTE, LOS TRATADOS. POR OTRA PARTE, LOS MECANISMOS DE RECONOCIMIENTO (FUENTES DE VERIFICACIÓN) DE IMPERATIVIDAD DE LAS NORMAS SURGIDAS DE AQUÉLLAS FUENTES, PUEDAN SER: LA DOCTRINA, LAS DECISIONES DE O.I. Y LA JURISPRUDENCIA.

RESPECTO DE LA PRIMERA, ESTIMAMOS QUE YA HA HECHO BASTANTE CON DESARROLLAR EL CONCEPTO DE IUS COGENS INTERNACIONAL Y LLEVARLO HASTA DOS CONVENCIONES. RESPECTO DE LAS DECISIONES DE O.I., PODEMOS DECIR QUE MAS DE DOS TEÓRICOS LAS HAN VISTO COMO EL MECANISMO IDÓNEO DE CREACIÓN DE NORMAS, EN UN FUTURO. NO OBSTANTE, LOS ESTADOS -PRINCIPALMENTE PODEROSOS- SIENTEN REPUGNANCIA POR UNA 'LEGISLACIÓN POR RESOLUCIÓN' O POR LA 'FABRICACIÓN' DE 'COSTUMBRE INSTANTÁNEA' (119). EL VALOR QUE PUDIERAN TENER LOS DEBATES EN LOS FOROS INTERNACIONALES SON, COMO FUENTE, LIMITADOS; COMO PROCESO DE RECONOCIMIENTO, TAMBIÉN LIMITADO PERO MÁS FACTIBLE, YA QUE LAS RESOLUCIONES Y RECOMENDACIONES DE TALES SUJETOS DEL D.I., SON, DESDE LA PERSPECTIVA ACTUAL, ACTOS MÁS BIEN POLÍTICOS.

SOSTENEMOS, PUES, QUE EL MEDIO IDÓNEO DE RECONOCIMIENTO DE LAS NORMAS INTERNACIONALES DE IUS COGENS, ES LA JURISPRUDEN

119 Cfr. SEPULVEDA, César: op. cit., p. 92.

El autor cita a Schvebel, quien opina:

... Las resoluciones pueden votarse en las Naciones Unidas, jovialmente, uno puede decir, irresponsablemente, porque los que hacen las decisiones clave, normalmente no abogados, que han fijado en sus cerebros que las Naciones Unidas no tienen autoridad para formular decisiones, o para decretar Leyes, votarán casi por cualquier cosa de ventaja política transitoria, sin darse cuenta que tales votos pueden tener un carácter formativo de derecho. No es derecho, sino simplemente una enunciación de un objetivo político...

Ibid., p. 93.

CIA. LA LISTA PROPUESTA SERVIRÁ SÓLO DE PUNTO DE PARTIDA, DE REFERENCIA, PARA JUECES Y ÁRBITROS, QUE DEBAN FALLAR CASOS PARTICULARES. PARA APOYAR TAL ACERTO, FORMULAMOS LOS SIGUIENTES RAZONAMIENTOS:

- A) NO SE DUDA QUE LAS SENTENCIAS -JUDICIALES O ARBITRALES- CREAN NORMAS JURÍDICAS. DESDE UN PUNTO DE VISTA KELSENIANO, SE DIRÍA QUE SON NORMAS INDIVIDUALIZADAS (120), CON EL MISMO RANGO QUE AQUÉLLAS CREADAS MEDIANTE CONTRATO -Y POR EXTENSIÓN, POR TRATADO-. NADIE HA REVATIDO LA FUERZA JURÍDICA DE LOS TRATADOS BILATERALES.
- B) EL D.I. EXISTENTE ES TAN AMPLIO QUE DIFÍCILMENTE SE CREARÍAN NORMAS TOTALMENTE NUEVAS A TRAVÉS DE LOS FALLOS JUDICIALES. MÁS BIEN, LOS ACTOS JURISDICCIONALES FIJAN EL ALCANCE DE CIERTAS NORMAS CONSUETUDINARIAS O CONVENCIONALES. ES OPORTUNO QUE EN UN ACTO TAL, SE DECLARE, DE SER EL CASO, LA NATURALEZA IMPERATIVA DE LA NORMA EN CUESTIÓN. UNA SENTENCIA NO DEBE SER NECESARIAMENTE CONDENATORIA, EN CUALQUIER SISTEMA LEGAL SE DAN LAS SENTENCIAS DECLARATIVAS. TAL VEZ, SEA ESTA ÚLTIMA, LA NATURALEZA ESTRICTAMENTE JURÍDICA DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS -AUNQUE BIEN SABEMOS QUE NO SE INSCRIBEN DENTRO DE UN PROCESO CONTENCIOSO-. COINCIDIMOS CON QUE:

LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL ES MUY PARVA, Y MÁS QUE ESTABLECER REGLAS SEÑALA INTERPRETACIONES, VALIOSAS, MÁS LIMITADAS COMO FUENTE (121).

120 KELSEN, Hans: Teoría Pura..., p. 246.  
 121 SEPULVEDA, César: op. cit., p. 91.

ES EN CAMBIO, MUY VALIOSO MEDIO DE CREACIÓN DE REGLAS SECUNDARIAS DE RECONOCIMIENTO.

- C) LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS SE VE MENOS VULNERADA POR UNA RESOLUCIÓN CONTRARIA A SUS INTERESES, DICTADA POR UN TRIBUNAL INTERNACIONAL, QUE POR LA INTERVENCIÓN ARMADA QUE PERPETRE OTRO ESTADO, O POR MEDIDAS INTERVENTIONISTAS. ESPECIALMENTE PORQUE LAS GRANDES POTENCIAS SON CASI INMUNES A LA PRESIÓN DE LOS PEQUEÑOS PAÍSES, AUNQUE ÉSTA SEA ORGANIZADA.
- D) LA IGUALDAD POR COMPENSACIÓN -PRINCIPIO DEL DERECHO SOCIAL- SE LOGRARÍA MÁS FÁCILMENTE A TRAVÉS DE UNA SENTENCIA O UNA OPINIÓN CONSULTIVA, QUE DENTRO DEL LARGO E INCIERTO PROCESO CONSUEUDINARIO O DENTRO DE LA NEGOCIACIÓN CONVENCIONAL; PARTICULARMENTE PORQUE LOS PAÍSES 'DE CLASE MEDIA' Y 'BAJA' EN SU GRAN MAYORÍA, NO PUDIERAN PARTICIPAR EN LA CREACIÓN CONSUEUDINARIA CLÁSICA Y NORMALMENTE SU PODER DE NEGOCIACIÓN ES REDUCIDO MATERIAL, PERO NO FORMALMENTE.
- E) EN UN CUERPO SOCIAL PROFUNDAMENTE HETEROGÉNEO, COMO LO ES LA COMUNIDAD INTERNACIONAL, LA CREACIÓN DE NORMAS GENERALES -DE MANERA RÁPIDA ADEMÁS- ES EN EXTREMO COMPLICADA, PROFUNDIZÁNDOSE SI SE QUIERE QUE DICHAS NORMAS 'NAZCAN' CON EL RECONOCIMIENTO UNÁNIME -AL MENOS MAYORITARIO- DE IMPERATIVIDAD. SE AFIRMA QUE LOS ESTADOS NO ESTÁN PREPARADOS PARA UN PROCESO LEGISLATIVO 'SUMARIO'. SE DEBE EMPEZAR POR LA DETERMINACIÓN -Y DE SER POSIBLE, LA APLICACIÓN- DE NORMAS INDIVIDUALIZADAS. POR MEDIO DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL SE EVITARÍA EL QUE LOS ESTADOS INTERPRETARAN A SU FAVOR LOS ARTÍCULOS 53 DE LAS CONVENCIONES ESTUDIADAS, TENIENDO UNA APARENTE JUSTIFICACIÓN -COMO LO PREVEE - SCHWARZEMBERGER- BIEN PARA INCUMPLIR LAS OBLIGACIONES

INTERNACIONALES YA CONTRAIDAS, QUE LES INCOMODEN, - BIEN PARA INTERVENIR EN LOS ASUNTOS Estrictamente INTERNOS DE ALGÚN OTRO ESTADO (122).

EL PROBLEMA ES AHORA, CONCILIAR ESTA OPINIÓN CON LA FÓRMULA CONSIGNADA EN LOS ARTÍCULOS 53 DE LAS MULTICITADAS CONVENCIONES, QUE SEÑALAN COMO REQUISITO PARA ACCEDER A LA CATEGORÍA DE IUS COGENS, QUE LA NORMA SEA '...ACEPTADA Y RECONOCIDA POR LA COMUNIDAD DE ESTADOS EN SU CONJUNTO...'(123). RECUÉRDASE -- QUE ES UN PRESUPUESTO, LAS PARTES EN UNA CONVENCION PUEDEN CUMPLIR LAS OBLIGACIONES ASÍ IMPUESTAS, SIN LA NECESIDAD DE ESPECIFICAR EL RANGO DE LAS MISMAS. SÓLO CUANDO SURGE EL CONFLICTO DE INTERESES, ES NECESARIO PROBAR CADA POSICIÓN. ES POR ELLO, QUE EN DICHAS CONVENCIONES SE LOGRA LA TAN ESPERADA JURISDICCION OBLIGATORIA DE LA CIJ, EN MATERIAS FUNDAMENTALES. LA PROTECCION DE LA DIGNIDAD HUMANA Y DE LA INTEGRIDAD SOBERANA DE LOS ESTADOS, ENCUENTRA ASÍ TUTELA, AL MENOS EN EL D.I. CONVENCIONAL. LA ACEPTACION Y EL RECONOCIMIENTO OPERAN DE FACTO, -- MIENTRAS NO HAYA CONFLICTO DE INTERESES.

POR ÚLTIMO, DURANTE LOS TRABAJOS PREVIOS A LA FIRMA DE - LA CONVENCION DE 1969, LA DELEGACION HELVÉTICA, ENCABEZADA POR EL SEÑOR M. BINDSCHEDTER, FORMULÓ CINCO PREGUNTAS QUE QUEDARON SIN RESPUESTA (124). POR NUESTRA PARTE, CONSIDERANDO LO EXPUESTO, PROPONEMOS LAS SIGUIENTES RESPUESTAS:

- 122 Cabría recordar aquí una frase de Bentham:  
...jamás el Derecho es injusto, es siempre algún perverso intérprete del Derecho quien lo ha corrompido y abusado de él.  
BENTHAM, Jeremías: Fragmento sobre el Gobierno, (Trad. del inglés por Julián Larios Ramos), Sarpe, México, 1985, p. 39.
- 123 La misma sentencia, que es norma para las partes, implica un deber - ser de respeto por parte de terceros. Cfr. BUGALLO ALVARES, Alejandro: op. cit., p. 45.
- 124 Cfr. GÓMEZ ROBLEDÓ, Antonio: *Le ius cogens...*, p. 133. Las preguntas se citan por este autor, tal y como fueron formuladas, es decir, a renglón seguido, según el documento A/CONF.39/11/Add.1, p. 132.

1.- ¿CÓMO PUEDE LLEGAR A EXISTIR UNA NUEVA NORMA IMPERATIVA DE DERECHO INTERNACIONAL?

SI CONTESTAMOS DENTRO DE LOS SUPUESTOS DE LOS ARTÍCULOS 64 DE LAS CONVENCIONES, ELLO ES POSIBLE A TRAVÉS DE LA COSTUMBRE, REQUIRIÉNDOSE QUE SE DECLARE -JUDICIALMENTE- QUE LA NORMA EN CUESTIÓN ES LÍCITA, QUE CUALQUIER OTRA CONDUCTA NO LO ES, Y SEÑALANDO QUE ÉSTAS NO PRODUCIRÁN EFECTO JURÍDICO ALGUNO, POR CONTRAVENIR EL INTERÉS PRIMERO DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL: SU CONSERVACIÓN.

2.- ¿UNA NORMA IMPERATIVA ES ENGENDRADA POR LA COSTUMBRE, POR UN TRATO O POR AMBOS?

EN PRINCIPIO, LA FUENTE ES INDIFERENTE, NO OBSTANTE EL DERECHO CONVENCIONAL PRESENTA MAYORES FACILIDADES ESPECIALMENTE POR LA EXACTITUD EN LA DESCRIPCIÓN DE LAS CONDUCTAS. EN TO DO CASO, LA CODIFICACIÓN CON FRECUENCIA SE BASA EN LA TRANSFORMACIÓN DE COSTUMBRES EN NORMAS CONVENCIONALES.

3.- PARA CONVERTIRSE EN NORMA IMPERATIVA ¿UNA NORMA DEBE SER ACEPTADA POR TODOS LOS ESTADOS DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL O SOLAMENTE POR UNA MAYORÍA DE ESTOS ESTADOS Y, EN ESTE ÚLTIMO CASO, PORQUÉ MAYORÍA?

NO EXISTE NORMA INTERNACIONAL ALGUNA QUE SEA RECONOCIDA UNÁNIMEMENTE; ELLO NO ES NECESARIO. LA PREGUNTA ASÍ FORMULADA EVIDENCIA UNA PARCIAL CONCEPCIÓN DEL IUS COGENS. LOS CRITERIOS PARA DETERMINAR LAS NORMAS DE IUS COGENS QUE EXISTEN EN UN MOMENTO DADO SON DE DOS TIPOS: FORMAL, SEGÚN LA ESPECIALIDAD CON QUE SE FORMULE LA NORMA Y LA SANCIÓN Y; MATERIAL, SEGÚN SI DECLARA ALGUNA REGLA SECUNDARIA O UN DEBER MÍNIMO DE CONVIVENCIA. LA INSTANCIA IDÓNEA PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE UNA NORMA DE IUS COGENS, ES LA JUDICIAL.

4.- ¿UNA NUEVA NORMA IMPERATIVA IMPLICA LA NECESIDAD DE UNA DELCARACIÓN EXPRESA CON REFERENCIA A SU CARÁCTER IMPERATIVO, O RECIBE ESTE CARÁCTER DEL CONSENTIMIENTO QUE LE ES OTORGADO?

LAS NORMAS QUE FORMAN EL NÚCLEO IMPERATIVO DEL D.I. LO SON, SIN SUPEDITAR ESA CALIDAD AL RECONOCIMIENTO QUE EVENTUALMENTE SE LES OTORQUE, SÓLO EN CASO DE CONFLICTO DE INTERESES, REQUIERE SER DECLARADA POR LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES.

RESULTARÍA ABSURDO, POR EJEMPLO, SEÑALAR EN CADA TRATADO QUE PACTA SUNT SERVANDA ES NORMA IMPERATIVA; ESTA HA SIDO PRE SUPUESTO JURÍDICO QUE CONDICIONA LA FIRMA Y LA RATIFICACIÓN DE TRATADOS DESDE ANTAÑO, Y SÓLO EN 1969 ADQUIRIÓ FORMA CONVENCIONAL.

5.- ¿UNA NORMA IMPERATIVA NO ES VÁLIDA SINO PARA LAS PARTES EN EL TRATADO, O BIEN, LO ES PARA TODOS LOS ESTADOS?

EN PRINCIPIO, LA CALIDAD IMPERATIVA LA HACE OBLIGATORIA PARA TODOS LOS SUJETOS DEL D.I. SE PARTICULARIZA LA OBLIGATORIEDAD, RESPECTO DE LOS TRATADOS, MEDIANTE LA SENTENCIA JUDICIAL O LA OPINIÓN CONSULTIVA QUE RESUELVA SOBRE LA IMPERATIVIDAD DE UNA ESPECÍFICA NORMA CONVENCIONAL. NADA OBSTA PARA QUE SIMILAR PROCEDIMIENTO SE APLIQUE AL D.I. CONSUEUDINARIO, AÚN CUANDO CABE SEÑALAR QUE NO EXISTE JURISDICCIÓN OBLIGATORIA DE LA CIJ, EN ESTE CAMPO.

### CÁPITULO III EL IUS COGENS EN LA JURISPRUDENCIA

§.58 EN LOS CAPÍTULOS PRECEDENTES, TRATAMOS EL IUS COGENS INTERNACIONAL DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA NORMA POSITIVA, Y DESDE LA DOCTRINA. AHORA NOS REFERIMOS A UN TERCER ÁMBITO, EL JURESPRUDENCIAL.

YA HEMOS FUNDAMENTADO NUESTRA OPINIÓN RESPECTO DE LA -- CONVENIENCIA DE QUE LA DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER IMPERATIVO DE LAS NORMAS DE D.I., SE REALICE EN MEDIOS JUDICIALES. LOS PRECEDENTES QUE A CONTINUACIÓN ANALIZAREMOS SUCINTAMENTE, DEMUESTRAN QUE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES Y AÚN LOS NACIONALES, PESE A SU LABOR MÁS BIEN DE EXCEPCIÓN EN CONFLICTOS INTERNACIONALES, NO HAN SIDO AGENOS A LA IDEA DE NORMA IMPERATIVA INTERNACIONAL; O A CONCEPTOS CONEXOS, ASÍ SEA ÚNICAMENTE PARA NEGARLOS O MEDIANTE VOTOS DICIDENTES (1).

POR SU IMPORTANCIA, CITAREMOS EN PRIMER TÉRMINO EL PRO -- NUNCIAMIENTO INDIVIDUAL DEL JUES SCHÜCKING, RESPECTO DEL CASO -- OSCAR CHINN EN EL QUE INTERVINIERON GRAN BRETAÑA Y BÉLGICA.

EN 1929, EL SEÑOR OSCAR CHINN, SUBDITO BRITÁNICO INSTALÓ EN LEOPOLVILLE, CIUDAD DEL CONGO BELGA, UNA EMPRESA DE CONSTRUCCIÓN Y REPARACIÓN DE BARCOS, ASÍ COMO DE TRANSPORTACIÓN PLURAL. EN 1931 EL GOBIERNO BELGA DECIDIÓ ABATIR DRÁSTICAMENTE LAS TARIFAS DE LA UNIÓN, SOCIEDAD DE TRANSPORTES FLUVIALES DEL CONGO, Y ASIMISMO, REEMBOLSAR LAS PÉRDIDAS SUFRIDAS POR TAL EMPRESA, BAJO CIERTAS CIRCUNSTANCIAS. EL SEÑOR CHINN INTERPUSO UNA DEMANDA ANTE LOS TRIBUNALES DE LEAPOLVILLE, POR CONSIDERAR QUE LOS ACTOS DE BÉLGICA ERAN ILEGALES; DICHA DEMANDA, EN QUE SE RECLAMABAN DAÑOS Y PERJUICIOS, FUE DESESTIMADA. SE ENTABLARON ENTONCES NEGOCIACIONES DIPLOMÁTICAS ENTRE LOS GOBIERNOS DE GRAN BRETAÑA Y BÉLGICA QUE FINALMENTE FUERAN INFRUCTUOSAS. PREVIO -- ACUERDO, ÁMBOS ESTADOS DECIDIERON SOMETER EL CASO AL TRIBUNAL -- PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL.



SE PIDIÓ QUE EL TRIBUNAL SE PRONUNCIARÍA EN DOS PUNTOS:

- I) SI DADAS LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO -ENTRE OTRAS UN VIRTUAL MONOPOLIO DE LA UHATRA-, LOS ACTOS DEL GOBIERNO BELGA CONTRAVENÍAN ALGUNA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL CONTRAÍDA CON GRAN BRETAÑA;
- II) EN CASO AFIRMATIVO, Y DE COMPROBARSE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS ALUDIDOS POR EL SEÑOR OSCAR CHINN, ¿CUÁL SERÍA LA REPARACIÓN DEBIDA POR EL GOBIERNO BELGA AL BRITÁNICO?. GRAN BRETAÑA SUSTENTÓ ESTE ÚLTIMO CRÍTERIO CON BASE EN EL CONVENIO DE ST. GERMAIN DE 1919 QUE ESTIPULABA LA LIBERTAD DE NAVEGACIÓN Y COMERCIO EN LA CUENCA DEL RÍO CONGO, Y EN EL PRINCIPIO DE RESPETO A LOS DERECHOS ADQUIRIDOS.

EL FALLO DEL TRIBUNAL, DE FECHA 12 DE DICIEMBRE DE 1934, FUÉ EN EL SENTIDO DE QUE LOS ACTOS DEL GOBIERNO BELGA NO VIOLARON OBLIGACIONES INTERNACIONALES CONTRA IDEAS CON GRAN BRETAÑA O CUALQUIER OTRO ESTADO (2).

ESTE CASO ES CITADO CON FRECUENCIA PARA EJEMPLIFICAR EL LÍMITE DE LOS DERECHOS QUE UN EXTRANJERO PUEDE HACER VALER, Y - EL EQUILIBRIO QUE EXISTE ENTRE LA SOBERANÍA ESTATAL Y EL RESPETO DE LAS NACIONES DE OTROS PAISES (3).

HUESTRO INTERÉS DEBE FIJARSE EN LOS PUNTOS DE VISTA DEL JUEZ SCHÜKING, QUIEN DECLARÓ A TÍTULO INDIVIDUAL:

LO QUE YO NO PUEDO IMAGINAR ES QUE LA SOCIEDAD DE NACIONES HUBIERA PODIDO COMENZAR LOS TRABAJOS DE CODIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL SI DESDE EL PRINCIPIO NO LE HUBIERA SIDO POSIBLE CREAR EN ESTE DOMINIO UN IUS COGENS - AL EFECTO DE QUE CUANDO LOS ESTADOS HAN CONVENIDO EN CIERTAS REGLAS JURÍDICAS NO PUEDEN MODIFICARSE POR ALGUNO DE ENTRE ELLAS ÚNICAMENTE, TODO ACTO EFECTUADO EN CONTRADICCIÓN CON ESTA OBLIGACIÓN ES NULO DE PLENO DERECHO (4).

2 Cfr. El Tribunal Permanente de Justicia Internacional, A.W. Sijthoff, La Haya, 1939, pp. 109, 110 y 111. Esta publicación fue editada por la Secretaría del TPJI.

3 Cfr. OPPENHEIM. L.: International Law. A Treatise, 8a. ed., London

4 CPJI, Recueil, Série A/B, No. 63, PP. 149 y 150 citado en COMEZ ROBLE DO, Antonio: Le ius cogens..., p. 34.

EN ESTA TRANSCRIPCIÓN PODEMOS DESCUBIR TODOS LOS RAZGOS CARACTERÍSTICOS DE NUESTRA FIGURA, Y QUE FUERON RECOGIDOS POR -- LAS CONVENCIONES DE 1969 Y 1986, ADEMÁS DE QUE, CON SEGURIDAD, FUE LA PRIMERA VEZ QUE LA LOCACIÓN "IUS COGENS" FUE UTILIZADA-- EN UN PROCEDIMIENTO JUDICIAL. NO CONFORME CON DESCRIBIR FORMALMENTE LA INSTITUCIÓN SCHÜKING AGREGA:

JAMÁS POR EJEMPLO, LA CORTE PODRÍA APLICAR UNA CONVENCION-- CUYO CONTENIDO SEA CONTRARIO A LAS BUENAS COSTUMBRES..., EL JUEZ EN ESTE CASO, SE ENCUENTRA EN LA MISMA SITUACIÓN EN LA QUE A CONSECUENCIA DE UN VICIO ORIGINAL, UNA CONVENCION-- INVOCADA POR LAS PARTES ES, EN REALIDAD, NULA Y SIN EFECTO. -- ES LA IDEA DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL LA QUE DEBE DETERMINAR LA ACTITUD DEL JUEZ EN UN CASO SEMEJANTE (5).

CON LO QUE, NO SÓLO IDENTIFICA AL IUS COGENS CON EL ORDEN PÚBLICO (6), SINO QUE OTORGA UN CONTENIDO MATERIAL A TALES NORMAS Y -- REITERA LA SANCIÓN PROVOCADA A LA INOBSERVANCIA, LA NULIDAD. CABE DESTACAR LA EQUIPARACIÓN QUE EL JUEZ HACE DE LA VIOLACIÓN DE LA DISPOSICIÓN IMPERATIVA CON LA EXISTENCIA DE UN VICIO DE LA VOLUNTAD, ANALOGÍA QUE SE EVIDENCIA EN CIERTA MEDIDA, EN LAS CONVENCIONES MULTICITADAS, YA QUE LOS ARTÍCULOS PREVIOS A LAS 53 REGULAN EL DOLO, EL ERROR Y LA VIOLENCIA EN LA CONCLUSIÓN DE LOS TRATADOS.

1.59 LA CORTE NO HA DEJADO DE INSISTIR EN EL CONTENIDO DE LAS NORMAS POSITIVAS DEL D.I., CON OBJETO DE CONOCER SU CRITERIO, COMENTAMOS AHORA ALGUNOS ASPECTOS DE LA OPINIÓN CONSULTIVA RENDIDA -- POR LA CIJ, RESPECTO DE LAS RESERVAS FORMULADAS A LA CONVENCION-- SOBRE PREVENSIÓN Y CASTIGO DEL CRÍMEN DE GENOCIDIO. EL FONDO Y -- LAS CIRCUNSTANCIAS EN QUE SE DIÓ EL PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL YA -- FUERAS TRATADOS (7), NOS REFERIREMOS ENTONCES A ASPECTOS MÁS PARTICULARES.

5    ibid.

6    Ver supra sección 1.8, es obvio que nuestro autor no se refiere al orden público internacional, desde el punto de vista del D.I. Privado.

7    Ver supra sección 1.15, a partir de la nota 140.

EN PRIMER LUGAR, LA CIJ RECONOCIÓ QUE EXISTEN PRINCIPIOS JURÍDICOS, ACEPTADAS POR TODAS LAS NACIONES CIVILIZADAS, QUE NO NECESARIAMENTE ESTÁN EXPRESADAS POR VÍA CONVENCIONAL, ES DECIR, SON DEBERES QUE OBLIGAN PER SE (8). POR OTRA PARTE LA CONVENCIÓN QUE SUCITÓ LA OPINIÓN, TIENE EVIDENTE VOCACIÓN UNIVERSAL - NO SUJETA A REQUISITOS FORMALES, PRECISAMENTE POR LA TRASCENDENCIA DE SU CONTENIDO; TODA VEZ QUE:

LOS ESTADOS CONTRATANTES NO TIENEN INTERESES PROPIOS; TIENEN SOLAMENTE TODOS Y CADA UNO UN INTERÉS COMÚN; EL DE PRESERVAR LOS FINES SUPERIORES QUE SON LA RAZÓN DE SER DE LA CONVENCIÓN (9),

MUCHOS INTERNACIONALISTAS, COMO APUNTA GÓMEZ ROBLEDO, HAN INTERPRETADO ESTE PRONUNCIAMIENTO DE LA CIJ, COMO UNA CLARA EXPRESIÓN DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y COMO EL RECONOCIMIENTO DE QUE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD TIENE CIERTOS LÍMITES, TAMBIÉN - EN LA REALIDAD INTERNACIONAL (10). DESDE NUESTRA PERSPECTIVA, -- CONSIDERAMOS QUE LA CORTE RECONOCE UN INTERÉS COMUNITARIO, SUPERIOR AL SIMPLE CONJUNTO DE ESTADOS, EN QUE EL GENOCIDIO SEA TIPIFICADO Y SANCIONADO JURÍDICAMENTE, ES DECIR, TRAS ELLO ESTÁ EL RECONOCIMIENTO DE CIERTAS REGLAS PRIMARIAS QUE DEFINEN DEBERES - MÍNIMOS DE CONVIVENCIA Y, EN CASOS COMO ÉSTE, AÚN DE SUPERVIVENCIA. SIN EXPRESARLO, DESCUBRE EN LOS PRINCIPIOS CONTENIDOS EN LA CONVENCIÓN SOBRE PREVENCIÓN Y CASTIGO DEL CRÍMEN DEL GENOCIDIO, -- PARTE DEL NÚCLEO IMPERATIVO DEL D.I.

§.60 PARA SEGUIR CON EL EJEMPLO QUE NOS OFRECE ESTA CONVENCIÓN, -- EL REPUDIO DEL GENOCIDIO SE TRADUCE EN UN RESPETO A LA VIDA DE -- CADA INDIVIDUO, EN OTRAS PALABRAS, EN UNA OBLIGACIÓN DE HACER -- -EXTERMINAR- FRENTE A LA COMUNIDAD ENTERA DE SERES HUMANOS. ÉSTE PUNTO, EL DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES QUE SE CONTRAEN -- FRENTE AL CONJUNTO DE SUJETOS DEL D.I., FUE CONOCIDO POR LA CIJ,

8 Por la importancia de esta afirmación, los autores la citan frecuentemente Cfr. GÓMEZ ROBLEDO, Antonio: *Le ius cogens...*, p.32; VERDROSS, Alfred: Derecho Internacional..., p. 26; DIEZ DE VELASCO, Manuel: *op. cit.*, Tomo I, p. 89. KEARNEY, Richard y Robert E. Dalton: *op. cit.*, 510 etc.

9 CIJ, Recueil, 1951, p. 23 citado en VERDROSS, Alfred: Derecho Internacional..., p. 26.

10 En este sentido, Erik Suy y Vladimir Paul, respectivamente. Cfr. GÓMEZ ROBLEDO, Antonio: *Le ius cogens...*, p. 33.

EN EL FAMOSO CASO DE LA BARCELONA TRACTION, LIGHT AND POWER CO. LIMITED.

AÚN CUANDO EL ASUNTO FUE FALLADO EN FEBRERO DE 1970, LOS ANTECEDENTES CUBREN VARIAS DÉCADAS. AL FINALIZAR LA PRIMERA GUERRA MUNDIAL, LA BARCELONA TRACTION CONSTRUYÓ Y OPERÓ VARIAS PLANTAS-ELÉCTRICAS EN CATALUÑA, A TARVÉS DE OTRAS TANTAS COMPAÑÍAS CONTROLADAS POR AQUELLA. CON EL TRIUNFO DEL FRANQUISMO, SE IMPUSIERON MEDIDAS SERVERAS DE CONTROL DE TRANSFERENCIA DE CAPITALS AFECTANDO CONSECUENTEMENTE LA SOLVENCIA DE LA BARCELONA TRACTION. EN FEBRERO DE 1948, LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES DECLARARON EN QUIEBRALABAN HOLDING, AUTORIZANDO LA EMISIÓN DE NUEVAS ACCIONES QUE CANCELABAN LAS ANTERIORES Y CREARAN UNA NUEVA EMPRESA QUE ADQUIRIÓ EL CONTROL EJERCIDO EN ESPAÑA, POR LA BARCELONA TRACTION, A TRAVÉS DE SUS FILIALES.

LOS PRINCIPALES ACCIONISTAS DE LA COMPAÑÍA LITIGIOSA ERAN-BELGAS, PERO LA BARCELONA TRACTION ERA LEGALMENTE UNA PERSONA JURÍDICA CANADIENSE; POR ELLO, EL PUNTO ANALIZADO POR LA CIJ FUE - EL DERECHO QUE SUPUESTAMENTE ASISTÍA A BÉLGICA PARA PROTEGER A - SUS NACIONALES, DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL GOBIERNO ESPAÑOL EN RELACIÓN -OBIAMENTE- CON LA COMPAÑÍA, NO CON LOS ACCIONISTAS. LA CORTE DESESTIMÓ LA DEMANDA DE BÉLGICA EN ESTE SENTIDO, NEGANDO LA EXISTENCIA DE NORMA ALGUNA DE D.I. QUE JUSTIFIQUE EL INTERÉS JURÍDICO DE UN ESTADO, EN PROTEGER A SUS SUBDITOS ACCIONISTAS DE UNA EMPRESA DE DIFERENTE NACIONALIDAD, DE ACTOS DE UN TERCER ESTADO QUE AFECTEN DIRECTAMENTE A DICHA EMPRESA. EN CAMBIO, - CANADA TUVO LA OPORTUNIDAD DE INVOCAR VÁLIDAMENTE PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA EN PROTECCIÓN DE LA BARCELONA TRACTION. EL RECHAZO DE LA DEMANDA BELGA FUÉ CASI UNÁNIME, 15 VOTOS CONTRA 1, EL JUEZ -- AD HOC DESIGNADO POR EL DEMANDANTE (11).

EL CASO PROVOCÓ EL REESTUDIO Y CONSIDERACIÓN DE LAS RELACIONES EXISTENTES ENTRE LOS ÓRDENES JURÍDICOS INTERNOS Y EL INTERNA

11 Cpr. SØRENSEN, Max: op. cit. p. 518.

CIONAL. EN SU SENTENCIA, LA CIJ RECONOCIÓ LA EXISTENCIA DE OBLIGACIONES INTERNACIONALES ERGA OMNES, AL DECLARAR QUE:

...TALES OBLIGACIONES DERIVAN, POR EJEMPLO, EN DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO, DE LA PRESCRIPCIÓN DE LOS ACTOS DE AGRESIÓN Y GENOCIDIO, COMO TAMBIÉN DE LOS PRINCIPIOS Y - NORMAS RELATIVAS A LOS DERECHOS BÁSICOS DE LA PERSONA HUMANA, INCLUYENDO LA PROTECCIÓN EN CONTRA DE LA ESCLAVITUD Y - LA DISCRIMINACIÓN RACIAL (12).

DE LO ANTERIOR DERIVA BROWNLIE, QUE LA CORTE DESCRIBE, CASUÍSTICAMENTE SI SE QUIERE, LA INSTITUCIÓN DEL IUS COGENS, LLEVÁNDOLA DESDE EL ÁMBITO CONVENCIONAL HASTA EL DE LOS ACTOS UNILATERA --- LES (13). EN EFECTO ESTO ES ASÍ, PUESTO QUE UNO DE LOS EFECTOS - PRÁCTICOS DEL IUS COGENS ES CREAR OBLIGACIONES ERGA OMNES, ES DECIR, REGLAS PRIMARIAS ABSOLUTAS. VALDRÍA LA PENA EXTENDERNOS SOBRE LA VOZ "ERGA OMNES", PARA LLEGAR CON MAYOR FACILIDAD A LA -- CONCLUSIÓN DEL AUTOR INGLÉS.

ETIMOLÓGICAMENTE SIGNIFICA: CONTRA TODOS, RESPECTO DE TODO; LO CUAL ES ENTENDIDO DIFERENTEMENTE POR LA FILOSOFÍA DEL DERECHO Y POR LAS DISCIPLINAS JURÍDICAS POSITIVAS; AÚN CUANDO SE CONCLUYE QUE EL SENTIDO GENERAL DE LA LOCUCIÓN ES "ABSOLUTO". EL USO NO FILOSÓFICO MÁS FRECUENTE LO ENCONTRAMOS EN EL DERECHO CIVIL QUE, EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES UTILIZA LA EXPRESIÓN: OBLIGACIÓN ERGA OMNES:

PARA DESIGNAR EL ALCANCE QUE TIENE CIERTOS ACTOS PARA EL ORDEN JURÍDICO POSITIVO (14).

EN OTRAS PALABRAS, EL DERECHO SUBJETIVO EMANADO DE UN ACTO JURÍDICO PUEDE SER "OPONIBLE A CUALQUIER TERCERO", ES DECIR, EN ESTOS CASOS EL SUJETO PASIVO DE LA OBLIGACIÓN ES EL CUERPO SOCIAL-

12 CIJ, Recueil, 1970. pp. 32. citado en GOMEZ ROBLEDO, Antonio: *Le ius cogens...*, p. 79.

13 Cfr. Ibid. Oponiendo el principio *ex iniuria ius non oritur*, al de seguridad efectividad jurídica.

14 GARDELLA, Juan Carlos: "Erga Omnes", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo X Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964, p. 471.

INABSTRACTO. ELLO ES ESPECIALMENTE EVIDENTE EN LOS DERECHOS REALES; TODOS TENEMOS LA OBLIGACIÓN DE RESPETAR LA PROPIEDAD PRIVADA DE UN DETERMINADO SUJETO, ES PUES UNA OBLIGACIÓN DE NO HACER (15). EL CONCEPTO QUE, HASTA CIERTO PUNTO DESCRIBE LA SITUACIÓN CONTRARIA, ES SINALAGMA. SE DICE QUE UN CONTRATO ES SINALAGMÁTICO CUANDO HACE HACER OBLIGACIONES ÚNICAMENTE CON RESPECTO A LOS CONTRATANTES, LOS EJEMPLOS QUE SE SUELEN CITAR SON EL ARRENDAMIENTO O EL MANDATO (16).

EN D.I., EL TRATADO ES EN LA DOCTRINA CLÁSICA FUNDAMENTALMENTE SINALAGMÁTICO SEGÚN LA VIEJA COSTUMBRE PACTA TERTIIS NEC NOCENT NEC POSUNT, RECOGIDO EN LOS ARTÍCULOS 34 DE LAS CONVENCIÓNES SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS. NO OBSTANTE, LA EVOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL HIZO IMPRESCINDIBLE QUE LA CIJ RECOGIERA CIERTAS EXCEPCIONES A DICHO PRINCIPIO, EXCEPCIONES QUE FORMAN PARTE DEL NÚCLEO IMPERATIVO DEL D.I.

LA EJEMPLIFICACIÓN QUE SE HACE CON LOS DERECHOS REALES, DEL CONCEPTO ERGA OMNES, HA TENIDO COMO CONSECUENCIA QUE SU TRATAMIENTO IUSFILOSOFICO DERIVE EN LA NEGACIÓN DE LA EXISTENCIA DE RELACIONES JURÍDICAS ENTRE SUJETOS Y COSAS (17), YA QUE ÉSTAS, SE DAN SÓLO ENTRE ENTES JURÍDICAMENTE CAPACES.

LA RECEPCIÓN EN EL D.I. DE LA TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES -- ERGA OMNES ASOCIADAS A LOS DERECHOS REALES, PODRÍA EJEMPLIFICARSE CON EL PRINCIPIO DE LIBRE DISPOSICIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES ESTABLECIDO EN VARIAS RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (18), QUE REPRESENTA UN VERDADERO DERECHO SUBJETIVO OPONIBLE A TERCEROS.

- 15 Cfr. GARDELLA, Juan Carlos: op. cit., pp. 473. Muchos autores importantes se han ocupado de este punto, entre ellos: Kelsen, Savigny, Freitas, Picard, Roquín y nuestro conocido Windscheid.
- 16 Cfr. ESCRICHE, Joaquín: Sinalagnático, en Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Librería de la Vd. de Ch. Bouret, México, 1929, p. 1463. El autor agrega que tal término es de origen griego.
- 17 Del Vecchio, contradiciendo a Binding y Kelsen. Cfr. GARDELLA, Juan Carlos: op. cit., p. 474.
- 18 Ver supra sección I.57. Cuadro 7-B Cabría dejar sentado que el carácter erga omnes de una obligación jurídica es puramente formal--diríamos legal-- de ninguna manera axiológica, ya que nada hay más alejado.

EMPERO, ¿CÓMO HACER COINCIDIR EN UNA MISMA FIGURA EL CÁRAC TER ERGA OMNES DE CIERTAS RELACIONES JURÍDICAS, CON: EL CONCEPTO DE IUS COGENS?. EMPEZAMOS POR ESTABLECER QUE LA CUALIDAD DE ERGA OMNES, TIENE UNA MANIFESTACIÓN DOBLE: A) POR PARTE DEL SUJETO AC TIVO, QUE PUEDE Oponer su derecho subjetivo a todos los sujetos de derecho, y B) POR PARTE DEL SUJETO PASIVO -INDETERMINADO HASTA QUE EXISTE UN CONFLICTO DE DERECHO, QUE LO SEÑALA- UN DEBER DE - NO HACER (19), ESTE 'NO HACER' SIGNIFICA, NO CONTRAVENIR EL DERECHO SUBJETIVO DEL SUJETO ACTIVO. PACTAR EN CONTRA DE LO ESTABLECIDO POR UN DERECHO DE ESTA CLASE, ES DECIR, ERGA OMNES, CONTRAVIENE - EL DEBER DE ABSTENCIÓN, POR ELLO, TALES DERECHOS NO ACEPTAN PAC TO EN CONTRARIO DE TERCEROS ESTADOS. AHORA BIEN, ¿CÓMO JUSTIFICAR LA PROHIBICIÓN DE NO PACTAR EN CONTRA DE UN DERECHO PROPIO?; LA - RESPUESTA ES QUE NO SE PUEDE RENUNCIAR VÁLIDAMENTE AL EJERCICIO, LEASE DEFENSA, DE DERECHOS SUBJETIVOS ERGA OMNES.

POR ÚLTIMO, SOSTENEMOS QUE LOS DERECHOS-OBLIGACIONES ERGA OMNES SON, EN LOS SISTEMAS INTERNOS, RELACIONES JURÍDICAS PRIVA DAS CONSIDERADAS DENTRO DEL ORDEN PÚBLICO; DE MANERA SIMILAR, TA LES RELACIONES -QUE DE NINGUNA MANERA SE AGOTAN EN LOS DERECHOS - REALES, QUE ES EL EJEMPLO MÁS ESTUDIADO POR LA DOCTRINA CIVILIS-- TA- SI SE ESTABLECEN ENTRE SUJETOS DE D.I., FORMAN PARTE DEL OR- DEN PÚBLICO INTERNACIONAL (20).

1.61 EN UN PLANO MÁS SUBJETIVO, LA CIJ SE HA REFERIDO AL CONTENI DO DE CIERTAS NORMAS DE D.I. EN LA SENTENCIA PRONUNCIADA RESPEC TO DEL CASO DE LA NAVEGACIÓN POR EL ESTRECHO DE CORFÚ.

LOS ANTECEDENTES DATAN DEL 15 DE MAYO DE 1946, CUANDO ALBA NIA, ESTADO COSTERO DE TAL PUNTO GEOGRÁFICO, ATACÓ DOS NAVÍOS DE GUERRA BRITÁNICOS EN EL CAÑAL DEL NORTE. CON OBJETO DE CONFIRMAR LA ACTITUD ALBANESA, EL 22 DE OCTUBRE DEL MISMO AÑO, OTROS DOS -- BARCOS DE GUERRA FUERON ENVIADOS POR GRAN BRETAÑA, AL ESTRECHO, - CON SIMILARES RESULTADOS. ACORDANDO SOMETERSE A LA JURISDICCION

19 Lo que corresponde a la 'ecuación' jurídica fundamental, que establece que frente a toda obligación, existe un derecho y vice versa.

20 Por supuesto en los términos discutidos en la sección 1.8 anterior.

DE LA CIJ, ALBANIA SOSTUVO QUE TODA NAVE EXTRANJERA DE GUERRA DEBÍA NOTIFICAR A LA AUTORIDAD DE SU PAÍS, SU INTENCIÓN DE CRUZAR POR EL ESTRECHO Y OBTENER EL PERMISO CORRESPONDIENTE YA QUE DE LO CONTRARIO, NAVEGAR POR SUS AGUAS TERRITORIALES IMPLICARÍA UNA VIOLACIÓN A SU SOBERANÍA TERRITORIAL; A SU VEZ, GRAN BRETAÑA SOSTUVO QUE, SIENDO EL ESTRECHO UNA VÍA MARÍTIMA INTERNACIONAL, NINGÚN ESTADO PODÍA, VÁLIDAMENTE, RESTRINGIR SU USO NATURAL EN TIEMPOS DE PAZ. EL 25 DE MARZO DE 1948, LA CIJ FALLÓ A FAVOR DE ÉSTE ÚLTIMO CRITERIO, AFIRMANDO EL DERECHO DE PASO INOCENTE CONFORME A LAS REGLAS COMUNES DE D.I. (21), NO SIN RECONOCER QUE:

ENTRE LOS ESTADOS, EL RESPETO A LA SOBERANÍA TERRITORIAL ES UNA DE LAS BASES ESENCIALES DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES (22).

AHORA BIEN, LO TRASENDEnte DEL CASO, PARA NOSOTROS, ES LA MENCION, EN LA SENTENCIA, DE:

CIERTOS PRINCIPIOS GENERALES Y BIEN CONOCIDOS, TALES COMO LAS CONSIDERACIONES ELEMENTALES DE HUMANIDAD, AÚN MAS ABSOLUTOS EN TIEMPOS DE PAZ QUE EN TIEMPOS DE GUERRA (23)

ES DECIR, SE REFIERE A PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE DE NO EXISTIR, AL MENOS EN LA MAYORÍA DE LOS SISTEMAS NACIONALES, ANULARÍAN TODA POSIBILIDAD DE COEXISTENCIA PACÍFICA. RESULTA CURIOSO QUE LA CORTE, REFIRIÉNDOSE A UN ATAQUE MÁS BIEN MENOR, HAYA EJEMPLIFICADO SUS ASERTOS CON LAS CONSIDERACIONES DE HUMANITARIAS IRREDUCTIBLES.

§.62 DE MANERA MENOS DIRECTA, EN DIFERENTES ACTOS JURISDICCIONALES, LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES SE HAN REFERIDO A CONCEPTOS Y DOCTRINAS CONEXAS CON LA DEL IUS COGENS. CITAMOS YA, POR EJEMPLO, AQUELLOS CASOS CONOCIDOS POR LA CIJ EN QUE SE TERMINÓ DE DELINEAR LA DOCTRINA DEL DERECHO INTERTEMPORAL (24). DEBEMOS DECIR QUE LOS AUTORES RECONOCEN LA PATERNIDAD DE TAL DOCTRINA AL ÁBITRO MAX HÜ-

21 Cfr. SØRENSEN, Max: op. cit., p. 701.

22 CIJ Recueil, 1949, p. 35.

23 Ibid., pp. 22 y 23.

24 Ver supra sección f.12 a partir de la nota 109.



BER, EN MÉRITO DE SU PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DEL DERECHO DE POSESIÓN DE LAS ISLAS MIANGAS O DE LAS PALMAS, COMO 'HEREDERO' DE LOS DOMINIOS ESPAÑOLES EN EL OCEANO PACÍFICO, ESTADOS UNIDOS RECLAMABA DERECHOS SOBRE ESE ARCHIPIÉLAGO INDONECIO, NO OBSTANTE, POR SU LAUDO DEL 4 DE ABRIL DE 1928, EL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE ARBITRAJE RECONOCIÓ DERECHO DE ANTIGÜEDAD A HOLANDA, YA QUE DESDE EL SIGLO XVII OCUPÓ DICHAS ISLAS (25). ASÍ, DE CONFORMIDAD CON LA FÓRMULA TEMPUS REGIT ACTUM -ACUÑADA DÉCADAS MAS TARDE-, EL TÍTULO -- CON QUE HOLANDA CONSERVÓ LAS ISLAS, DEBE REGIRSE POR EL DERECHO -- QUE LE DIÓ ORIGEN.

§.63 DE ESPECIAL INTERÉS NOS RESULTA LA ESCASÍSIMA EXPERIENCIA -- QUE LA JURISPRUDENCIA LOCAL HA TENIDO, RESPECTO DEL IUS COGENS INTERNACIONAL.

EL 7 DE ABRIL DE 1965, LA CORTE CONSTITUCIONAL DE ALEMANIA OCCIDENTAL, SOSTUVO QUE LA NORMA SEGÜN LA CUAL LOS EXTRANJEROS NO PUEDEN SER CONSTREÑIDOS A CONTRIBUIR, MEDIANTE UN IMPUESTO ESPECIAL, AL PAGO DE LOS GASTOS DE GUERRA, NO FORMA PARTE DEL IUS COGENS INTERNACIONAL.

POR SU PARTE, LA CORTE DE DISTRITO DE TOKIO, EN SENTENCIA -- DEL 28 DE FEBRERO DE 1966, INTERPRETÓ QUE EL PRINCIPIO DE D.I. -- QUE ESTIPULA QUE EN TIEMPO DE GUERRA, LA PROPIEDAD PRIVADA NO PUEDE SER CONFISCADA --Y QUE FUÉ RECOGIDO POR EL ARTÍCULO 46 DEL REGLAMENTO ANEXO A LA CONVENCION DE LA HAYA CONCERNIENTE A LAS LEYES Y COSTUMBRES DE LA GUERRA TERRESTRE-- NO FORMA PARTE, TAMPOCO, DE LAS NORMAS IMPERATIVAS DE D.I. (26).

EN REALIDAD, EL VALOR DE ESTAS SENTENCIAS RADICA EN LA VIRTUAL ACEPTACIÓN DE UN ORDEN INTERNACIONAL IMPERATIVO, YA QUE PARA DECLARAR QUE UN PRINCIPIO O UNA NORMA NO FORMA PARTE DE ÉL, NECESARIAMENTE SE DEBE TENER ALGUNA IDEA RESPECTO DEL ALCANCE DEL MISMO. TAL VEZ ESTOS INCIPIENTES PRECEDENTES, CON EL TIEMPO, RESPALDEN LA OPINIÓN DE QUE:

EL DERECHO INTERNACIONAL ES, DE HECHO, APLICADO CON MAYOR -- FRECUENCIA POR TRIBUNALES DOMÉSTICOS Y NO [POR] INTERNACIONALES (27).

25 Cfr. OSMAŃCZYK: op. cit., p. 850.  
26 Cfr. DE VISSCHER, Paul: op. cit., p. 104

27 NARDIN, Terry: op. cit., p. 128.

## CONCLUSIONES

VISTAS LAS CONVENCIONES SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, - LAS OPINIONES DOCTRINALES MÁS RELEVANTES, EL NUEVO ENFOQUE QUE -- PROPONEMOS PARA EL ESTUDIO DEL IUS COGENS Y LOS PRECEDENTES JUDICIALES QUE AL RESPECTO SE HAN PRODUCIDO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL, EN NUESTRO CONCEPTO EL PRESENTE ESTUDIO ARROJA LAS CONCLUSIONES QUE INCLUIMOS A CONTINUACIÓN. PARA MAYOR REFERENCIA, HEMOS CITADO EL NÚMERO DE LOS PÁRRAFOS EN QUE SUSTENTAMOS CADA AFIRMACIÓN.

1. EL ANÁLISIS DE LAS DOS CONVENCIONES DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS REVELA QUE ÉSTAS NO AGOBTAN LA FUENTE. LA COSTUMBRE SEGUIRÁ RIGIENDO SOBRE LOS TRATADOS EN LOS CUALES ALGU NA PARTE SEA UN SUJETO DE D.I. DIFERENTE DE LOS ESTADOS O DE LOS O.I.; NO OBSTANTE, EL MAYOR NÚMERO DE INSTRUMENTOS SI QUEDAN COMPRENDIDOS EN LOS ÁMBITOS DE VALIDEZ DE LAS CONVENCIONES REFERIDAS, LO CUAL IMPRIMIRÁ MAYOR SEGURIDAD JURÍDICA A LAS RELACIONES CONVENCIONALES (§.3, §.17).

2. LA FORMULACIÓN DE RESERVAS A LOS ARTÍCULOS SUSTANTIVOS - Y ADJETIVOS DE IUS COGENS, CONTENIDOS EN CUALQUIERA DE LAS DOS -- CONVENCIONES ESTUDIADAS, ES INCOMPATIBLE CON EL FIN DE ÉSTAS Y EN CONSECUENCIA, ES INVÁLIDA. MÁS AÚN, SIENDO LAS RESERVAS ACTOS UNILATERALES, POR MAYORÍA DE RAZÓN, DEBEN RECHAZARSE COMO MEDIO DE - INOBSERVANCIA DE NORMAS IMPERATIVAS INTERNACIONALES (§.15, §.62).

3. AL SER EL DERECHO UN ORDEN IMPERO-ATRIBUTIVO POR DEFINICIÓN, LAS NORMAS IMPERATIVAS TIENEN UN DOBLE CARÁCTER, COMO FACULTAD Y COMO DEBER.

COMO FACULTAD, SON LA EXPRESIÓN OBJETIVA DE DERECHOS SUBJETIVOS ABSOLUTOS, ES DECIR, DE AQUELLOS CUYO SUJETO PASIVO LO CONSTITUYE TODA UNA COLECTIVIDAD (§.6, §.55).

QUE ESTA CLASE DE DERECHOS SUBJETIVOS SON DE EJERCICIO - NO POTESTATIVO Y CORRELATIVOS DE OBLIGACIONES DE GENERAL RESPETO, LAS NORMAS JURÍDICAS QUE ESTABLECEN UNAS Y OTRAS NO ADMITEN ACUERDO O CONDUCTA EN CONTRARIO, CONSTITUYÉNDOSE ESTE RAZGO, EN LA NOTA DISTINTIVA DE LA IMPERATIVIDAD (§.6). POR ESTA --

MISMA RAZÓN. NO ES POSIBLE SU RENUNCIA POR PARTE DEL PRETENSOR - DE TALES FACULTADES (i.7), Y CON FRECUENCIA, LA OBLIGACIÓN DE GENERAL RESPETO SE TRADUCE EN UN DEBER DE ABSTENCIÓN, DE NO HACER, EN CONTRA DE DICHS DERECHOS SUBJETIVOS ABSOLUTOS (i.6, i.55).

4. LAS NORMAS IMPERATIVAS IMPLICAN UNA RESTRICCIÓN A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LOS SUJETOS DE DERECHO. TAL PRINCIPIO, CADA VEZ CON MAYOR FRECUENCIA PIERDE EL CARÁCTER ABSOLUTO-QUE ANTAÑO TUVO EN LA REALIDAD JURÍDICA INTERNACIONAL. EN CAMBIO, LA NECESIDAD DE LIMITAR EL ARBITRIO VOLUNTARISTA DE LOS ESTADOS, SE HA IDO POSITIVIZANDO EN DIFERENTES NORMAS, GENERALMENTE CONVENCIONALES HASTA FORMAR UN VERDADERO ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL (i.10).

5. CUALQUIER ORDEN PÚBLICO SE EXPRESA MEDIANTE NORMAS IMPERATIVAS, EL INTERNACIONAL NO ES LA EXCEPCIÓN. AL SER ESTAS NORMAS, MANIFESTACIÓN OBJETIVA DE OBLIGACIONES DE GENERAL RESPETO, EXPRESAN LOS MÍNIMOS DE CONVIVENCIA COMUNMENTE ADMITIDOS -- (i.8).

6. AL SER EL D.I. UN ORDEN JURÍDICO DESCENTRALIZADO, DINÁMICA Y ESTÁTICAMENTE LAS VÍAS QUE UTILIZA COMO MEDIO DE EXPRESIÓN DE LA SANCIÓN DE ACTOS ANTIJURÍDICOS, SON ALGO DIFERENTES-DE LAS UTILIZADAS POR LOS SISTEMAS CENTRALIZADOS (O NACIONALES) ELLO IMPLICA QUE:

A) LA OPINIÓN PÚBLICA TENGA UN MAYOR PESO ESPECÍFICO COMO FACTOR DE RESPETO DEL D.I.; AÚN CUANDO LA PRESIÓN QUE ELLA EJERCE, SEA DE ORIGEN MÁS BIEN POLÍTICO.

B) EN EL CASO PARTICULAR DEL DERECHO DE LOS TRATADOS, SE HAYA ADOPTADO RECURRENTEMENTE LA NULIDAD, POR SER UNA SANCIÓN DE CLARATIVA -NO COACTIVA-, YA QUE TÉCNICAMENTE ES LA MÁS PERFECTA, (i.10) PUESTO QUE NO SÓLO SUBSANA LOS DEFECTOS FORMALES DE UN ACTO ANTIJURÍDICO, CASTIGA ADEMÁS LA MALA FE O LA NEGLIGENCIA DE LOS SUJETOS DE DERECHO.

7. POR REGLA GENERAL, LA SANCIÓN COMUNMENTE IMPUESTA A LA INOBSERVANCIA DE UNA NORMA DE ORDEN PÚBLICO, ES LA NULIDAD -- ABSOLUTA; EL ARTÍCULO 53 DE AMBAS CONVENCIONES SOBRE EL DERECHO-

DE LOS TRATADOS. ASÍ LO CONSIGNA. NO OBTANTE, EL CARÁCTER - ERGA OMNES QUE ORDINARIAMENTE SE LE RECONOCE A ESA CLASE DE NULIDAD NO EXISTE EN EL ORDEN INTERNACIONAL (§.13, §.60). CIRCUNSTANCIAS DE ORDEN POLÍTICO EXPLICAN ESA IMPERFECCIÓN QUE CONSTITUYE UNA VERDADERA CONTRADICCIÓN, HABIDA CUENTA DE QUE JUDICIALMENTE SE HA RECONOCIDO LA EXISTENCIA DE OBLIGACIONES INTERNACIONALES ERGA OMNES (§.60).

8. LAS ESPECIALES CONDICIONES QUE SE DAN EN LA SOCIEDAD INTERNACIONAL, HAN DADO LUGAR A UNA VERDADERA FIGURA SUI GENERIS. EL IUS COGENS SUPERVIENENS, REGULADO EN EL ARTÍCULO 64, SE REVELA COMO UN HÍBRIDO DE NULIDAD ABSOLUTA, CON ALCANCES RESTRINGIDOS, Y TERMINACIÓN DE UN TRATADO. TAL INSTITUCIÓN, TÉCNICAMENTE HETERODOXA, INTRODUJO AL DERECHO POSITIVO LA TEORÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL, LA CUAL SE RESUME EN LA FRASE "TEMPUS REGIT FACTUM" (§.12).

9. LOS MEDIOS DE RECONOCIMIENTO MÁS VIABLES PARA IDENTIFICAR LAS NORMAS DE IUS COGENS INTERNACIONAL SON, POR UNA PARTE, LAS RESOLUCIONES ADOPTADAS EN UN O.I. POR FUERTES MAYORÍAS, YA QUE EL DOBLE CONDICIONAMIENTO QUE IMPLICA LA FÓRMULA "ACEPTADAS Y RECONOCIDAS" SE CUMPLEN EN TALES PROCEDIMIENTOS (§.18); - POR OTRA PARTE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL.

LA IDENTIFICACIÓN DE NORMAS IMPERATIVAS DE D.I. TIENE UN MARCADO CARÁCTER DE LAGUNA JURÍDICA, POR LO TANTO, LA JURISDICCIÓN FORMAL O ARBITRAL ESTÁN LLAMADAS A SER EL MEDIO INTEGRADOR DE TALES LAGUNAS, MEDIANTE LA CREACIÓN DE UN DERECHO DERIVATIVO, A PARTIR DE LAS NORMAS POSITIVAS YA EXISTENTES (§.57). EL FUNCIONAMIENTO DE TRIBUNALES INTERNACIONALES, INSTITUCIONALIZA LA HETEROTUTELA, DEMOSTRANDO QUE ÉSTA PUEDE SER APLICADA PRECINDIENDO DE UNA CENTRALIZACIÓN ABSOLUTA Y PERMANENTE (§.9). EN TALES CIRCUNSTANCIAS, TODA DECISIÓN JUDICIAL QUE VERSE SOBRE -- NORMAS DE IUS COGENS INTERNACIONAL, DEBE TENERSE COMO PRECEDENTE (ASÍ LAS OPINIONES CONSULTIVAS -QUE TIENEN EN EL FONDO NATURALEZA DE CUASI-SENTENCIA, Y LAS OPINIONES DISIDENTES) (§.18, §.19)

10. DOS CIRCUNSTANCIAS HAN HECHO DIFÍCIL Y HASTA CIERTO PUNTO INFRUCTUOSO, EL ESTUDIO DEL CONCEPTO DE IMPERATIVIDAD -- APLICADO AL D.I., A SABER:

A) QUE TAL CONCEPTO FUE ESTUDIADO POR ALGUNOS AUTORES- DE FILOSOFÍA DEL DERECHO, CONSIDERANDO AL DERECHO COMO UN PRODUCTO ESTATAL, NEGANDO DE HECHO TODA POSIBLE ORDENACIÓN JURÍDICA DE LOS HOMBRES FUERA DEL ESTADO.

B) QUE POR OTRA PARTE, LOS INTERNACIONALISTAS HAN TRATADO EL TEMA GENERALMENTE DESDE UN PUNTO DE VISTA EXEGÉTICO-HISTÓRICO, TOMANDO COMO ÚNICO MARCO DE REFERENCIA LAS NORMAS POSITIVAS DE D.I, GENERAL QUE SON - PARA NUESTROS FINES- ESCASAS - (§.20, al §.54).

POR LO TANTO, FUE NECESARIO LLEVAR AL D.I., LA TEORÍA - IMPERATIVISTA LIBRE DEL PREJUICIO ESTATAL QUE LA HA CARACTERIZADO (§.53), CON OBJETO DE LLEGAR A LA ESENCIA DEL FENÓMENO JURÍDICO INTERNACIONAL.

11. CON BASE EN UN ANÁLISIS IUS FILOSÓFICO, ENTENDEMOS- QUE LA IMPERATIVIDAD ES UNA ABSTRACCIÓN TEORÉICA, MIENTRAS QUE- LA EFECTIVIDAD DE UN SISTEMA JURÍDICO CUALQUIERA ES UNA REALIDAD FÁCTICA, POR LO QUE PESE A ESTAR RELACIONADAS UNA Y OTRA.- NO SE DEBEN CONFUNDIR (§.55).

LA IMPERATIVIDAD COMO CONCEPTO PURO, NO ESTA REGULADA - POR NINGÚN CUERPO DE NORMAS POSITIVAS. EN LOS DERECHOS INTER- NOS, SE REGULAN PREFERENTEMENTE, ALGUNAS EXCEPCIONES DE SITUACIONES OBJETIVAS PARTICULARES. POR LO TANTO SE PRESUME QUE LA- GRAN MAYORÍA DE NORMAS EN UN SISTEMA NACIONAL SON IMPERATIVAS. EL CASO DEL D.I. ES CONTRARIO, EN ÉL, LA MAYOR PARTE DE LAS RE- GLAS SON POTESTATIVAS Y EXISTE -O DEBE EXISTIR POR EXIGENCIA - TÉCNICA- UNA MINORÍA DE NORMAS DE IUS COGENS, POR ELLO SE LE HA NOMBRADO A ESTA MINORÍA "NÚCLEO IMPERATIVO" (§.55).

12. LA IMPERATIVIDAD ES UNA CATEGORÍA ONTOLÓGICO-FORMAL DEL DERECHO, UN CONCEPTO JURÍDICO FUNDAMENTAL Y COMO TAL, APRIORÍSTICO, UNIVERSAL Y PERMANENTE; QUE SE EXPRESA EN NORMAS POSITIVAS QUE PUEDEN SER INOBSERVADAS -CONSTITUYÉNDOSE ELLO EN UN

ACTO ILÍCITO- PERO NO POR ELLO PERDERÁN VALIDEZ ( §.55).

13. YA QUE TODA NORMA JURÍDICA ES EN PRINCIPIO OBLIGATORIA, LA IMPERATIVIDAD SIGNIFICA ESENCIALMENTE LA ESPECÍFICA ORDENACIÓN DE UNA CONDUCTA LÍCITA Y NO OTRA. ELLO EXPLICA POR QUE A NIVEL PRÁCTICO; LA NULIDAD DE LOS CONVENIOS EN CONTRARIO, SEA LA NOTA DISTINTIVA DE LA INSTITUCIÓN. ASÍ PUES, EXISTE UNA GRADACIÓN ENTRE UNA CONDUCTA ORDINARIAMENTE ORDENADA (O PERMITIDA) Y OTRA ESPECÍFICAMENTE ORDENADA, QUE SON LA ESENCIA DEL IUS DISPOSITIVUM Y DEL IUS COGENS, RESPECTIVAMENTE ( §.55).

14. LA EXISTENCIA DE NORMAS DE IUS COGENS, Y POR ENDE DE UN ORDEN PÚBLICO, IMPLICA NO SÓLO QUE LA ORDENACIÓN SOCIAL SE LLEVE A CABO A TRAVÉS DE NORMAS QUE OTORGAN O RECONOCEN FACULTADES Y DEBERES (LLAMADAS PRIMARIAS), SINO ADEMÁS, QUE TALES NORMAS SON OBJETO DE OTRAS QUE RIGEN SU IDENTIFICACIÓN, SU RESPETO Y SU MODIFICACIÓN PAULATINA Y CONSTANTE, OTORGÁNDOLE EL NOMBRE DE REGLAS SEGUNDARIAS A AQUELLAS. ASÍ PUES, EL D.I. NO ES AJENO A TAL FENÓMENO, POR LO QUE CUENTA CON LOS ELEMENTOS COMUNES A TODO SISTEMA DE REGULACIÓN SOCIAL, VERDADERAMENTE JURÍDICO; COINCIDIENDO EN LO ESENCIAL CON CUALQUIER DERECHO INTERNO. LAS DIFERENCIAS QUE SON PATENTES ENTRE UNO Y OTRAS, DERIVAN DIRECTAMENTE DE LA COMPOSICIÓN DE LA SOCIEDAD QUE REGULAN, LO CUAL APELA EN ÚLTIMA INSTANCIA A LA NATURALEZA MISMA DE LOS SUJETOS QUE LAS CONFORMAN ( §.56).

15. EL CONTENIDO DE LAS NORMAS QUE FORMAN PARTE DEL NÚCLEO IMPERATIVO DEL D.I., ESTÁ DEFINIDO EN RAZÓN DE SU UTILIDAD PARA PRESERVAR O MEJORAR LA COEXISTENCIA DE LOS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL. EN ESTE SENTIDO SE HA NOTADO UNA MARCADA TENDENCIA A DISTINGUIR -CON BASE EN CIERTAS PARTICULARIDADES SOCIOLOGICAS- DISTINTOS GRUPOS DE INDIVIDUOS O DE ESTADOS, A LOS CUALES SE LES OTORGA O RECONOCEN CIERTOS DERECHOS SUBJETIVOS ABSOLUTOS, O SE LES TUTELA MEDIANTE OBLIGACIONES GENERALES, RESPETO POR VÍA CONVENCIONAL O MEDIANTE RESOLUCIONES DE O.I.

TODO ELLO INDICA QUE EL NÚCLEO IMPERATIVO DEL D.I., TIENE MARCADOS RASGOS DE DERECHO SOCIAL; MÁS AÚN CUANDO LA DOCTRINA RECONOCE EN EL D.I. EL EJEMPLO MÁS PURO DEL DERECHO SOCIAL.

ASÍ, PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE TAL DERECHO, COMO LA IGUALDAD POR COMPENSACIÓN SON ADOPTADOS IMPERATIVAMENTE POR EL NUEVO - - D.I. (1.57).

16. EL IUS COGENS INTERNACIONAL, COMO CONSECUENCIA DE -- LAS ANTERIORES AFIRMACIONES:

A) OTORGA PLENITUD TÉCNICA AL D.I., REAFIRMANDO SU NATU RALEZA JURÍDICA COMO SISTEMA.

B) MODIFICARÁ LAS RELACIONES ENTRE LOS SUJETOS DE D.I.

C) ESTABLECE BASES MÁS FIRMES PARA QUE NUEVOS DESARRO LLOS PROGRESIVOS HAGAN DEL D.I., NO UN INSTRUMENTO INFALIBLE -- -PUESTO QUE NO ES ESE EL FIN DE NINGÚN SISTEMA JURÍDICO- SINO - UN MEDIO DE ORDENACIÓN SOCIAL MÁS JUSTO.

## BIBLIOGRAFIA GENERAL.

### I. LEGISLACION Y DOCUMENTOS OFICIALES.

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Mexico\_ no S.A. de C.V., México, 1971.
- Código Civil para el Distrito Federal en materia local y para toda la República en materia Federal, Porrúa, México, 1986.
- Código Civil Francés, Dalloz, París, 1914.
- Year Book of the United Nations 1954, Nueva York, 1955.
- ST/LEG/SER.E/2 Multilateral Treaties in respect of which the Secretary-General performs depositary functions. Chapter III. the Law of Treaties, 1982.
- A/4169. Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Asamblea General, Suplemento Núm. 9, 1959.
- A/1858. Report of the International Law Commission covering the work of its third Session. 1951.
- A/4843. Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Asamblea General, Suplemento Núm. 9, 1961.
- A/63091/rev.1. Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Asamblea General, Suplemento Núm.9, 1966.
- A/CONF. 39/11/add.1. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, 1968.
- A/CONF. 39/11/add.2. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, 1969.
- A/CONF.129/15. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales.
- A/CONF. 62/122. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.
- CIJ Annuaire 1966-1967, La Haya, 1967.
- ICJ Reports 1950-1951, La Haya, 1951.

### II. DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS.

- ABBAGANO, NICOLAS: Diccionario de filosofía, (trad. del italiano por Alfredo N. Gallietti), 4a. reimp. de la 2a. ed. en castellano, FCE, México, 1985.



- BELAIRE M., CLAUDE: "Orden Público Internacional", en Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo IV, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie E, Varios Núm.28, UNAM, México, 1984.
- BLANQUEZ FRAYLE, AGUSTÍN: Diccionario Latino- Español, Tomo I, 5a. ed., Sopena, Barcelona, 1975.
- CREGO, IGNACIO: "Opinión Pública", en Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XXI, Omeba, Buenos Aires, 1964.
- ERHOUTA, A Y A. MILLET: DICTIONAIRE Etymologique de la langue (Histoire des mots), 4a. ed., Librairie C. Klincksieck, Paris, 1967.
- ESCRICHE, JOAQUÍN: "Sinalagmático", en Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Librería de la Vda. de Ch. Bouret, México, 1925.
- GARDELLA, JUAN CARLOS: "Epistemología Jurídica", en Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XXI, Omeba, Buenos Aires, 1964.
- : "Erga Omnes", en Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XXI, Omeba, Buenos Aires, 1964.
- GUNGENHEIM, PAUL: "Vattel, Emmer de", en Enciclopedia de las Ciencias Sociales, Tomo X, Aguilar, Madrid, 1975.
- JAN OSMARCYK, EDMUND: Enciclopedia Mundial de Relaciones Internacionales y Naciones Unidas, FCE, México, 1976.
- KRAUSHAAR, NICOLA: "A Priori", en Diccionario de Filosofía, (trad. del inglés por Ana Domenech et alii), Grijalvo, Barcelona, 1980.
- LEWIS AND SHORT: A Latin Dictionary, Oxford at the Caledon -- Press, Londres, 1969.
- LEXICON TOTIUS LATINATIS, Tomo I, ( sin autor), Gregoriana, Barcelona, 1965.
- MESSINGER, H.: Langenscheidt's New College German Dictionary, 4a. ed., Langenscheidt, Munich, 1973.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, 19a. ed., Madrid, 1970.
- SANCHEZ VIAMOSTE, CARLOS: "Orden Público en la Evolución Contemporánea del Derecho", en Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XXI, Omeba, Buenos Aires, 1964.
- SMITH, JUAN CARLOS: "Orden Público", en Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XXI, Omeba, Buenos Aires, 1964.
- TAMAYO Y SALMORAN, ROLANDO: "Orden Público", en Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo IV, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie E., Varios, Núm. 28, UNAM, México, 1984.

- TESAVRVS LINGVAE LATINAE, Vol. III, fasc.VII, (sin autor), Teubner Verlagsgesellschaft, Leipzig, 1976.
- BESTER'S SEVENTH NEW COLLEGE DICTIONARY, 16a. ed., (sin autor), G. y C. Merriam Co., s/l., 1976.

III. LIBROS.

- BENTHAM, JEREMIAS: Fragmento sobre el Gobierno, (trad. del inglés por Julián Larios Ramos), Sarpe, México, 1985.
- BERNAL, BEATRIZ Y JOSÉ DE JESÚS LEDESMA: Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neoromanistas (De los orígenes a la alta Edad Media), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Textos Universitarios Núm.5, UNAM, México, 1981.
- BISHOP, W.W.: International Law, Cases and Materials, 3a. ed., Little Brown and Co., Londres, 1963.
- BLUNTSCHIL: Le Droit International Cofifié, 6a. ed., Pedon, París, 1886.
- BODENHEIMER, EDGAR: Teoría del Derecho, ( trad. del inglés por Vicente Herrero), Colección Popular No. 60,8a. reimp. de la 1a. ed., FCE, México, 1983.
- BUGALLO ALVAREZ, ALEJANDRO: Pressupostos Epistemologicos para o Estudo Científico do Direito, Resenha Universitaria, Sao Paulo, 1976.
- CASTRO VILLALOBOS, JOSÉ HUMBERTO: La norma de ius cogens en el Derecho Internacional, Universidad de Guadalajara, México, 1981.
- CHIRADIN, OLSEN: Los caminos del razonamiento jurídico, en Filosofía del Derecho y Problemas de Filosofía Social, Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Sociológica, Vol. XI, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G. Estudios Doctrinales, Núm.71, UNAM, México, 1982.
- CORTS GRAU, JOSÉ: Historia de la Filosofía del Derecho, Tomo I, 2a. ed., Nacional, Madrid, 1968.
- COPELSTON, FREDERICK: Historia de la Filosofía (De Fichte a -- Nietzsche), Colección 'Convivium', Vol.VII, 1a. reimp. de la 3a. ed., Ariel, México, 1983.
- DEL VECCHIO, GIORGIO: Lezioni di Filosofia dei Diritto, 13a. ed., Dott. A. Giuffré, Milán, 1965.
- DE LA CUEVA, MARIO: El Nuevo Derecho Mexicano del trabajo, Tomo I, 8a. ed., Porrúa, México, 1982.

- HART, H. L. A.: El Concepto de Derecho, (trad. del inglés por Genaro R. Carrión) 1a. reimp. de la 2a. ed., Nacional, México, 1980.
- JIMENEZ DE ARECHAGA: El Derecho Internacional Contemporáneo, Tecnos, Madrid, 1980.
- J. SIERRA, MANUEL: Derecho Internacional Público, 2a. ed. Porrúa, México, 1955.
- KELSEN, HANS: Teoría Pura del Derecho, (trad. de la 2a. ed. del alemán por Roberto J. Vernengo), 3a. reimp. de la 1a. ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G. Estudios Doctrinales, UNAM, México, 1983.
- : Derecho y Paz en las Relaciones Internacionales, -- (trad. del inglés por Federico Acosta), Nacional, México, 1980.
- : Principles of International Law, Reinhart and Co., - Nueva York, 1952.
- : El Contrato y el Tratado (Analizado desde el punto de vista de la teoría Pura del Derecho), (trad. del inglés por Eduardo García Máynez), Nacional, México, 1979.
- : Derecho y Paz en las Relaciones Internacionales, - (trad. del inglés por Federico Acosta), Nacional, México, 1980.
- : La idea del Derecho Natural y otros Ensayos, (trad. del inglés por Constantino Ramos), Nacional, México, 1979.
- : Teoría General del Derecho y del Estado, (trad. del inglés por Eduardo García Máynez), 3a. reimp. de la 2a. ed., Textos Universitarios, UNAM, México, 1983.
- : Esencia y Valor de la Democracia, (trad. del alemán por Luis Legaz y Lacambra y Rafael Luengo Tapia), Nacional, México, 1980.
- : Principio de Igualdad de Soberanía de los Estados, - (trad. del inglés por Enrique Ferrer Vieyra), Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Nueva Serie, Año VII, Núm. 21, UNAM, México, 1974.
- KRUGER, PABLO: Historia, Fuentes y Literatura del Derecho Romano, Nacional, México, 1980.
- LUHA ARROLLO, ANTONIO: La Sociología Fenomenológica, UNAM, México, 1978.
- MARGADANT S., GUILLERMO: El Derecho Privado Romano (como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea) 14a. ed., Esfinge, México, 1986.

- DÍAZ DE VELASCO: Instituciones de Derecho Internacional Público, Tomo I, 3a. ed., Tecnos, Madrid, 1976.
- EBESTEIN, WILLIAM: Teoría Pura del Derecho, (sin nota de traducción), FCE, México, 1947.
- FIORE, PARQUALE: Derecho Internacional Codificado, (trad. del italiano por Alejo García), Tomo I, Editorial de Góngora, Madrid, 1891.
- FRAIS SANCHEZ, YOLANDA: Derecho Internacional Público, Manual III, UNAM-SUA, México, 1980.
- FOGNET, RENÉ: Manuel Elementaire de Droit International Public, 5a. ed., Arthur Rousseau, Paris, 1905.
- GARCIA MAYNES, EDUARDO: Diálogos Jurídicos, Porrúa, México, 1978.
- : Filosofía del Derecho, Porrúa, México, 1974.
- : Ensayos Filosóficos-Jurídicos 1934-1979, Textos Universitarios, 2a. ed., UNAM, México, 1934.
- : Introducción al Estudio del Derecho, 4a. ed. corregida, Porrúa, México, 1951.
- GERMAIN BELMONT, ARTURO: En torno al concepto moderno de soberanía política, Filosofía del Derecho y Filosofía Económica y Política, Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Sociológica, Vol. VII, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G. Estudios Doctrinales, Núm. 64, UNAM, México, 1982.
- GOLDSCHMIDT, WERNER: La Ciencia de la Justicia (Dikeología), (sin nota de traducción), Aguilar, Madrid, 1958.
- GOMEZ ROBLEDO, ANTONIO: El Ius Cogens Internacional. Estudio Histórico Crítico, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie H. Estudios de Derecho Internacional Público Núm. 3, UNAM, México, 1982.
- : Estudios Internacionales, Archivo Histórico Diplomático Mexicano, Cuarta Epoca, Núm. 15, SRE, México, 1982.
- GOMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, ALONSO: "Comentario al artículo 133 Constitucional", en Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie B, Fuentes B) Textos y Estudios Legislativos, Núm. 59, UNAM, México, 1985.
- GUGGENHEIM, PAUL: Traité de Droit International Public, s/1, 1951.
- GURVITCH, GEORGES: L'idée du Droit Social, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1932.
- : Sociología de Derecho, (trad. del inglés por Angeles Romero Vera), Rosario, Argentina, 1945.

- MARIAS, JULIÁN: Historia de la Filosofía, 5-a. ed., Revista de Occidente, México, 1983.
- MENDIETA Y NUÑEZ, LUCIO: El Derecho Social, 2a. ed., Porrúa, México, 1967.
- MIAJA DE LA MUELA, ADOLFO: Ius Cogens v Ius Dispositivum en Derecho Internacional Público, Estudios Jurídicos Sociales en Homenaje al Profesor Luis Legaz y Lacambra, Tomo II, - Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 1960.
- MONCAYO, R. GUILLERMO, Raúl E. Vinuesa y Hortencia Gutiérrez Posee: Derecho Internacional Público, Tomo I, Victor P. de Cavalía Editor, Buenos Aires, 1977.
- MARDINI, TERRY: La Ley y la Moral en las Relaciones entre Estados, (s/t), EDAMEX, México, 1985.
- MIBOAYET, J. P.: Principios del Derecho Internacional Privado, -- (trad. del francés Andrés Rodríguez Ramón), Nacional, México, 1954.
- OPPEIHEIM, L. : International Law. A treatise, 8a. ed., London.
- PÉREZ NIETO CASTRO, LEONEL: Terminología Usual en las Relaciones Internacionales, No. IV. Derecho Internacional Privado, Archivo Histórico Diplomático Mexicano, Tercera Epoca, Serie Divulgación 17, SRE, México, 1981.
- PETIT, EUGENE: Tratado Elemental de Derecho Romano, (trad. del francés por José Fernández), Epoca S.A., México, 1977.
- PIROTTO, ARMANDO D.: Reelecciones sobre los Indios y el Derecho de la Guerra, (nota introductoria), Colección Austral -- No. 618, 3a. ed., Espasa-Calpe S.A., Madrid, 1975.
- PLANIOL, MARCEL: Tratado Elemental de Derecho Civil, (trad. de la 12a. ed. francesa por José M. Cajica), José M. Cajica, Puebla, México, 1946.
- PRECIADO HERRERA, RAFAEL: Lecciones de Filosofía del Derecho, Textos Universitarios, UNAM. México, 1982.
- RADBRUCH, GUSTAV: Introducción a la Filosofía del Derecho, --- (trad. del alemán por Wenceslao Roces), 1a. reimp de la 1a. ed. castellana, FCE, México, 1955.
- RECAENSENS SICHES, LUIS: Tratado General de Sociología, Porrúa, - México, 1956.
- : Direcciones Contemporáneas del Pensamiento Jurídico, (La Filosofía del Derecho en el siglo XX), Nacional, México, 1981.
- REUTER, PAUL: Derecho Internacional Público, (s/t) Bosch, Barcelona, 1968.

- ROUSSEAU, CHARLES: Derecho Internacional Público, (trad. del francés por Fernando Jiménez Arriquer), 3a. ed., Ariel Barcelona, 1966.
- SCHWAZENBERGER, GREGG: La Política del Poder (Estudios de la Sociedad Internacional), (trad. del inglés por Julieta Campos y Enrique González), FCE, México, 1960.
- : A Manual of International Law, Vol. I, 4a. ed., Stevens And Sons Ltd., Londres, 1960.
- SEARA VAZQUEZ, MODESTO: Derecho Internacional Público, 10a. ed., Porrúa, México, 1984.
- SEPULVEDA, CÉSAR et alii: Manual de Derecho Internacional para Oficiales de la Armada de México, Archivo Histórico Diplomático Mexicano Num. 2 Cuarta Epoca SRE/SM, México, 1981.
- : "El Nuevo Orden Jurídico Internacional: sus fundamentos y su viabilidad", en Alcances y Perspectivas del Nuevo Orden Internacional, UNAM, México, 1980.
- SIJTHOFF, A.W.: El Tribunal Permanente de Justicia Internacional, TPJI, La Haya, 1939.
- SOHM, RODOLFO: Instituciones de Derecho Privado Romano, Historia y Sistema, (trad. del alemán por Wenceslao Roces), Gráfica Panamericana S. de R.L., México, 1959.
- SØRENSEN, MAX.: Manual de Derecho Internacional Público, (trad. del inglés por la Dotación Carnegie para la Paz Internacional), 1a. reimp., FCE, México, 1978.
- STADTMÖLLER, GREGG.: Historia del Derecho Internacional Público, (trad. del alemán por Francisco F. Jordán Santa Eulalia), Parte I hasta el Congreso de Viena (1815), Aguilar, Madrid, 1961.
- STANMLER, RODOLF: Tratado de Filosofía del Derecho, (trad. del alemán por Wenceslao Roces), Nacional, México, 1980.
- SZEKELY, ALBERTO: Instrumentos Fundamentales de Derecho Internacional Público, Tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1981.
- TAMAYO Y SALMORAN, ROLANDO: El Derecho y la Ciencia del Derecho (Introducción a la Ciencia Jurídica), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie 9. Estudios Doctrinales, Núm. 86, UNAM, 1984.
- TUNKIN, G : Curso de Derecho Internacional, (trad. del ruso por Federico Pita), Libro I, Progreso, Moscú, 1980.

- TRUYOL SIERRA, ARTURO: Fundamentos de Derecho Internacional Público, Colección de Ciencias Sociales, Serie: Relaciones Internacionales, 3a. ed., Tecnos, Madrid, 1970.
- VATTEL, EMMER: Le Droit de Gens ou Principes de la Loi Naturelle appliqué à la conduite et aux affaires des Nations et de Souverains, Vol. I, Reproduction of Book I and III of edition of 1758, Carnegie Institution of Washington, 1916.
- VERDROSS, ALFRED.: Derecho Internacional Público, (trad. del alemán por Antonio Truyol Sierra), 3a. reimp. de la 6a. ed., Aguilar, Madrid, 1982.
- : La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental, (trad. del alemán por Mario de la Cueva), 2a. ed., UNAM, México, 1983.
- VIIIORADOFF, PAUL: Introducción al Derecho, (trad. del inglés por Vicente Herrero), FCE, México, 1957.

#### VI. PUBLICACIONES PERIODICAS.

- AGO, ROBERT: "Droit des traites a la lumière de la Convention de Vienne", RC, Tomo 134, Leyden, 1972.
- ALEXIDZE, LEVAN: "Legal nature of Ius Cogens", RC, Tomo 152, Leyden, 1981.
- BECERRA RAMIREZ, MANUEL: "Acerca de la definición de Ius Cogens en el Derecho Internacional", (Reseña), Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Núm. 56, UNAM, México, 1986.
- CASTAÑEDA, JORGE: "Valeur Juridique des Resolutions des Nations Unies", RC, Tomo 129, Leyden, 1971.
- DE LA COLIINA, RAFAEL: "El principio de isonomía y la no intervención", Jurídica, Anuario del Departamento de la Universidad Iberoamericana, Núm. 12, México, 1980.
- DE VISSCHER, PAUL: "Cours Général de Droit International Public", RC, Tomo 136, Leyden, 1973.
- DIAZ MULLER, LUIS: "Deuda y Derechos Humanos", Revista de la UNAM, No. 427, UNAM, 1986.
- DIAZ REDONDO, REGINO: "Cancelación Absoluta de la Deuda del III Mundo: Honecker. Increíble Saqueo Padece AL"; en Diario Excelsior; México D.F., Año LXIX, Tomo II, Núm. 25,124, 14 de marzo de 1986, Sección A, PP.

ELIAS, T.O.: "Problems Concerning the Validity of Treaties", RC, Tomo 131, Leyden, 1971.

ESCAIP CARAM, JORGE: "Las normas de Ius Cogens y los Derechos Humanos", Revista Mexicana de Justicia, No. 1, Vol. IV, Procuraduría General de la República, México, 1986.

FISCHER, G: "Problèmes juridiques de l'affaire Tchèque-slovaque", AFDI, 1968.

FITZMAURICE, G.G.: "General Principles of International Law" RC, Tomo 92, Leyden, 1957.

-- : "Reservations to Multilateral Conventions", ICLQ, Vol 2, 1953.

FRIAS SAICHEZ, YOLANDA: "Cuatro Problemas de la Teoría Kel seniana sobre el Derecho Internacional", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Año XIX, Núm. 33, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1986.

GAJA, GIORGIO: "Ius Cogens beyond the Vienna Convention", RC, Tomo 152, Leyden, 1981.

GARCIA MORENO, VICTOR CARLOS: "El Ius Cogens y los Tratados", Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XXX, Núm. 117, UNAM, México, 1980.

GOMEZ ROBLEDO, ANTONIO: "Le Ius Cogens International: sa genèse, sa nature, ses fonctions", RC, Tomo 152, Leyden, 1981.

-- : "Ius Cogens y Ius Naturale", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Nueva Serie, Año XVII, Núm. 50, UNAM, México, 1984.

GOMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, ALONSO: "El Estado Actual de la Jurisdicción Internacional y el Futuro de la misma", Jurídica. Anuario del Departamento de la Universidad Iberoamericana, Núm. 12, México, 1980.

GONZALEZ AGUAYO, LEOPOLDO: "Aproximaciones a una Teoría de las Potencias Medianas", en Relaciones Internacionales, Revista del Centro de Relaciones Internacionales, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Vol. III, Núm. 8, UNAM, México, 1975.

GROSS, LEO: "The International Court of Justice at the United Nations", RC, Tomo 124, Leyden, 1968.

GUGGENHEIM, PAUL: "La Validité et la nullité", RC, Tomo 74, Leyden, 1949.

HAOPEI, LI: "Ius Cogens and International Law", Selected articles from Chinese Yearbook of International Law, Chinese Society of International Law, Beijing, 1983.



- JHABVALA, FARROKH: "Declaration by Judges of the ICL", AJIL, Vol. 72, Washington, 1978.
- JENNINGS, R.Y.: "Recent developments in International Law Commission: Its relation to the sources of International Law", ICLQ, Vol. 15 Londres, 1964.
- KEARNY Y DALTON: "Treaty on Treaties", AJIL, Vol. 64, Washington, 1970.
- LAUTERPACH, H.: "Règles Générales du Droit de la Paix", RC, Tomo 62, Leyden, 1937.
- LETURIA, SM.: "Mayor y Victoria ente la Conquista de América", Anuario de la Asociación Francisco de Victoria, Vol. III, Madrid, 1932.
- MCGAFFREY, STEPHEN C.: "The Thirty-four Session of the International Law Commission", AJIL, Vol. 77, Washington, 1983.
- MONACO: "Cours Général", RC, Tomo 124, Leyden, 1968.
- PANIKKAR, RAYMUNDO: "¿Es occidental el concepto de los Derechos Humanos?", Diógenes, Revista Internacional de -- -- Ciencias Humanas, Núm. 120, UNAM, México, 1982.
- PUCEIRO RIPOLL, ROBERTO: "Desarrollos Actuales del Jus Cogens: El Fantasma Rompe su Hechizo". Revista de Derecho Internacional, No. 3, Montevideo, 1976.
- RANGEL, JESÚS Y FRANCISCO GARFÍAS: "Los 77, 'Grupito pasado de moda': EU", en Diario Excelsior; México, D.F., Año LXXI, Tomo IV, No. 25, 620, 30 de julio de 1987, Sección A, pp. 1 y 10
- GUADRÌ, RICARDO: "Général Cours". RC, Tomo 113, Leyden, 1966.
- : "Le Fondémente du Droit International", RC, Tomo 80, Leyden, 1952.
- ROLIN, H.: "Principes de Droit International Public", RC, Tomo 77, Leyden, 1950.
- SAVIOLI, GRABIELE: "Règles Générales du Droit de la Paix", RC, Tomo 46, Leyden 1934.
- SCHINDLER, DIETRICH: "Contribution a l'Etude des Facteurs Socio logiques et Psychologiques du Droit International", RC, Tomo 46, Leyden, 1933.
- SCHWELB, EGON: "Some aspects of International Jus Cogens as formulated by International Law Commission", AJIL, Vol. 61 Washington, 1967.
- TREVIÑO RIOS, OSCAR: "El Futuro del Derecho Internacional Público", Jurídica, Anuario del Departamento de la Universidad Iberoamericana, Núm.2, México, 1970.

VALTICOS, NICOLA: "Porvenir de las Normas Internacionales del Trabajo". Revista Internacional del Trabajo, Vol. 96, Núm. 4. OIT, Ginebra, 1979.

VAU AGGELEN, J.G.C.: "The Right to Life in International Law", (Resena), AJIL, Vol.80, Washington, 1986.

VERDROSS, ALFRED: "Ius Dispositivum and Ius Cogens in International Law", AJIL, Vol.40, Washington, 1966.

-- : "Forbidden Treaties in International Law", AJIL, Vol. 60, Washington, 1937.

-- : "Le Fondément du Droit International", RC, Tomo 16, Leyden, 1927.

-- : "Principes Generaux du Droit dans la Jurisprudence -- Internationale", RC, Tomo 52, Leyden, 1953.

VIERDAG, E.W.: "The Governing Treaty Relations between Parties to the Vienna Convention on the Law of Treaties and State not Party to the Convention", AJIL, Vol. 76, Washington, 1982.

VIRALLY, MICHEL: "Reflexions sur le Ius Cogens", AFDI, Tomo XII, Paris, 1966.

"Tribunal Europeo de Derechos Humanos"; Boletín de la Comisión Internacional de Juristas, Núm. 24. Edición en Español, Ginebra, Suiza, 1965.

## BIBLIOGRAFIA RECOMENDADA

### LIBROS

- AGO, R: Le Ius Cogens dans le Project de codification de Droit des Traités, Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales (Cours), Ginebra, 1966
- CAPORTORTI: La Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati, s/e, Padua, 1969.
- DE LA GUARDIA y Delpech: El Derecho de los Tratados y la Convencion de Viena de 1969, s/e, Buenos Aires, 1970.
- DIACONU, TON: Contribution à une étude sur les normes impératives en Droit International (ius cogens), s/e, Bucarest, 1971.
- MAREK, KRISTYNA: Contribution à l'étude du ius cogens en Droit International, Mélanges Guggenheim, s/f, pp. 432 y ss.
- MARTIN LOPEZ: Las normas imperativas en Derecho Internacional, Homenaje a Luis Sela Sempil, Madrid, 1970.
- NICOLUDIS, E. P.: La nullité de ius cogens et le développement contemporain du Droit International Public, s/e, Atenas, 1974.
- PEREZ GONZALEZ: Los Gobiernos y el Ius Cogens, Homenaje a Luis Sela Sempil, Madrid, 1970.
- REIMANN, BERNARD: Ius Cogens im Völkerrecht, s/e, Zurich, 1971.
- REUTER, PAUL: La Convention de Vienne sur le Droit des Traités, s/e, Paris, 1970.
- SZTUCKI, JERZY: Ius Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties, Wein, Nueva York, 1974.
- YASSEN, KAMIL: Réflexions sur la détermination du ius cogens, - Société Française pour le Droit International, Collège de Toulouse, Pédon, 1974.
- ZOTIADES: International ius cogens: A contribution to the study of the nature of International Law norms, Sakkoulas Brothers, Tesalónica y Atenas, 1968.

### PUBLICACIONES PERIODICAS

- ABERKANE, A.: La règle ius cogens, son rôle dans le Droit International, Revue Algérienne de Sciences Juridiques, Economiques et Politiques, Vol. 7, 1970.
- ALEXIDZE, L. A.: Problems of Ius Cogens in contemporary International Law, Soviet Yearbook of International Law, Moscú, 1969.

- BARBERIS, A.: La Liberté de Traiter des Etats et le Ius Cogens, Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, 1970, pp. 14 y ss.
- BERNARDINI, A.: Qualche riflessione sur norme internazionali di ius cogens e giurisdizione della Corte nella Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati, Comunicazioni e Studi, Istituti di Diritto Internazionale e Straniero, Vol. XV, Università de Milano, Milán, 1975.
- CAICEDO PERDOMO: La Teoría del ius cogens en el Derecho Internacional a la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, enero-junio, 1975, pp. 261 y ss.
- GROSS ESPIEL, HÉCTOR: No discriminación y Libre Determinación como normas imperativas de Derecho Internacional, Anuario del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional, Núm. 6, 1969.
- FERRER SANCHEZ: Los conceptos de ius cogens y ius dispositivum y la labor de la CDI, Revista Española de Derecho Internacional, Vol. 21, 1968, pp. 773 y ss.
- KASTO, JALIL: Ius cogens and humanitarian Law, Institution - Internationale de Droit Himanitaire, 1980, pp. 98 y ss.
- MAGALLOIA, MERLIN: The concept of ius cogens in the Vienna Convention on the Law of Treaties, Philippine Law Journal, Núm. 51, 1976.
- MINAGAWA: Ius Cogens in Public International Law, Hitotsu Boshi Journal of Law and Politics, 1968, pp. 16 y ss.
- MOSLER, HERMAN: Ius cogens im Völkerrecht, Annuaire Suisse de Droit International, 1968, pp. 9 y ss.
- HAHLIK, STANISLAW: Ius Cogens and the codified Law of Treaties, Temis, Núm. 36, 1973, pp. 85 y ss.
- NISSOT, JOSEPH: Le concept de ius cogens envisagé par rapport au Droit International, Revue Belge de Droit Internatinal, 1968, pp. 1 y ss.
- PAUL: The legal consequences of conflict a Treaty and an imperative norm of General International Law, Österreichisch Zeitschrift für Öffentliches Recht, Vol. XXII, 1971, pp. 1 y ss.
- POBLADOR, ALEXANDER: The military bases and mutual security in the light of the doctrines of ius cogens and rebus sic stantibus, Philippine Law Journal, Núm. 51, 1976.
- QUADR/FAHMI: Peremptory norms as General Rules of International Law, Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht, Vol. XXII, 1971, pp. 383 y ss.
- RIESENFEL, STEFAN A.: Ius dispositivum and ius cogens in International Law, AJIL, 1966, pp. 511 y ss.

- RIDRUEJO PASTOR:** La determinación del contenido del *Ius Cogens*, IX Congreso del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional, Lisboa, 1972.
- ROA V., NAGESWAR:** *Ius Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties*, Indian Journal of International Law, Núm. 14, Nueva Delhi, 1974.
- RONZITTI, NATALINO:** La disciplina dello *ius cogens* nella Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati, Comunicazioni e Studi, Istituti di Diritto Internazionale e Straniero, Vol. XV, Università de Milano, Milán, 1975.
- ROSENSTOCK,** Peremptory norms maybe even less metaphysical and worrisome, Denver Journal of International Law and Policy, Núm. 5, 1975.
- SCHEUHER V.:** Conflict of Treaty provisions with a peremptory norm of General International Law, its consequences, Max Planck Institute, Zeitschrift für Ausländisches Recht und Völkerrecht, Vol. 27, 1967.
- SCHWAZENBERGER, GREGO:** International Ius Cogens?, Texas Law Review, 1965, pp. 476.
- SCHWEITZER:** *Ius Cogens im Völkerrecht*, Archiv des Völkerrecht, 1971, pp. 197 y ss.
- TURKIM:** *Ius Cogens in contemporary International Law*, University of Toledo Law Review, 1971.
- VERDROSS, ALFRED:** Anfechtbare und Staatsverträge, Zeitschrift für Öffentliches Recht, 1935, pp. 290 y ss.
- VISSCHER:** Positivisme et Ius Cogens, Revue Générale de Droit International Public, Vol. 75, 1971.
- WHITEMAN, M. MARJORIE:** *Ius Cogens in International Law, with a projected list*, Georgia Journal of International and Comparative Law, Fall, 1977.
- WOLKE:** *Ius Cogens in International Law*, Polish Yearbook of International Law, Institute of Legal Sciences, Polish Academy of Sciences, Vol. 6, Varsovia, 1975.