



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**CLÁUSULA MARTENS,
¿NORMA DE *IUS COGENS*?**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

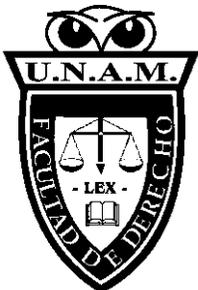
LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA:

ELBA BETHEL GUTIÉRREZ CASTILLO

ASESOR:

DR. JUAN DE DIOS GUTIÉRREZ BAYLÓN



Ciudad Universitaria, Ciudad de México, 2016



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 esta 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.

A Elba, Óscar y Cuauhtemoc,
por su inmenso amor e infinita paciencia.

A United World College Costa Rica,
Universiteit van Amsterdam y
Universidad Nacional Autónoma de México,
por la formación social, política y académica.

INTRODUCCIÓN	1
Capítulo 1. Las normas de <i>ius cogens</i>.....	4
1.1. Definición y contexto de la noción de <i>ius cogens</i>	6
1.1.1. Antecedentes históricos de la noción de <i>ius cogens</i>	8
1.1.2. Bases teóricas sobre la autoridad legal de las normas de <i>ius cogens</i>	14
1.2. La noción de <i>ius cogens</i> a partir de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” de 1969.	20
1.2.1. Negociación legislativa del concepto de <i>ius cogens</i> en la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”	24
1.2.2. Alcances y operación de las normas de <i>ius cogens</i> acorde con la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”.	29
1.3. Los efectos metaconvencionales de las normas de <i>ius cogens</i>	35
1.3.1. Jerarquía de normas.....	36
1.3.2. Obligaciones <i>erga omnes</i>	38
Capítulo 2. La identificación de las normas de <i>ius cogens</i>.....	46
2.1. Los <i>Criterios de Identificación</i>	49
2.1.1. Los <i>Criterios Objetivos</i>	49
2.1.1.1. Aceptación y reconocimiento de la comunidad internacional.	50
2.1.1.2. No admisión de acuerdo en contrario.	57
2.1.1.3. Modificación, únicamente, por norma ulterior del mismo carácter.	60
2.2.1. Los <i>Criterios Subjetivos</i>	62
2.2.1.1. Práctica de los Estados.....	64
2.2.1.2. Jurisprudencia internacional.....	68
2.2. <i>Modelo de Identificación Objetiva de Normas de Ius Cogens</i>	71

2.2.1. La estructura del <i>Modelo de Identificación Objetiva de Normas de Ius Cogens</i>	73
2.2.2. Las categorías derivadas del <i>Modelo de Identificación Objetiva de Normas de Ius Cogens</i>	85
2.2.3. La comprobación del <i>Modelo de Identificación Objetiva de Normas de Ius Cogens</i>	87
Capítulo 3. Cláusula Martens, ¿norma de ius cogens?	89
3.1. La Cláusula Martens	91
3.1.1. Antecedentes históricos de la <i>Cláusula Martens</i>	93
3.1.2. Evolución en el fraseo de la <i>Cláusula Martens</i>	97
3.1.3. Elementos de la <i>Cláusula Martens</i>	101
3.2. Aplicación del Modelo de Identificación Objetiva de Normas de Ius Cogens: categorización de la Cláusula Martens	104
3.2.1. Identificación de la <i>Cláusula Martens</i> como norma de derecho internacional general.....	104
3.2.2. Análisis de los <i>Criterios de Identificación</i> en la <i>Cláusula Martens</i>	106
3.2.2.1. Norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto.....	106
3.2.2.2. Norma que no admite acuerdo en contrario.....	109
3.2.2.3. Norma que sólo puede ser modificada por norma ulterior del mismo carácter.....	111
3.2.2.4. Práctica estatal.	112
3.2.2.5. Jurisprudencia internacional.	113
3.2.2.2.1. Opinión disidente del juez Christopher Weeramantry. .	117
3.2.3. Categorización de la <i>Cláusula Martens</i>	122
CONSIDERACIONES FINALES	125
CONCLUSIONES	130
BIBLIOGRAFÍA	133

INTRODUCCIÓN

El *ius cogens* es una de las nociones más controvertidas en el derecho internacional público. Uno de los debates más importantes al respecto, es la forma de identificación de este tipo de normas en virtud de que no existe un método consensuado para ello. Empero, parte de las condiciones para que una norma sea considerada como *ius cogens* sí son claras y aceptadas expresamente mediante el artículo 53 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”. Sin embargo, el fraseado de este artículo no es suficiente por sí mismo para establecer un catálogo de normas ya que define al objeto por sus efectos y no por su concepto.

La dificultad para identificar las normas de *ius cogens* reside principalmente en el tecnicismo con que se le mitifica en lugar de adoptar una posición analítica más pragmática con base al actuar de los entes internacionales. El *corpus iuris* de las normas imperativas es indefinido. No hay un catálogo de normas con estas características por diversas razones, entre las que resaltan la falta de voluntad política y el temor a la creación de un catálogo tan cerrado que no considere realmente a todas las normas de *ius cogens*. Actualmente la identificación de las normas imperativas es consensual en el sentido de que el artículo 53 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” no determina un procedimiento o lista de normas con estas características. Sin embargo, es imperante que exista una metodología formal para identificar las normas de *ius cogens* en tanto que la correcta nominación y categorización de

los objetos del derecho internacional público contribuye a la expansión de este.

El objetivo de la presente tesis es proponer el *Modelo de Identificación Objetiva de Normas de Ius Cogens*, cuyo objetivo es establecer una metodología para la identificación objetiva de normas de *ius cogens*, así como exponer normas similares a estas por su grado de proximidad con ellas. La base del *Modelo* es la teoría de conjuntos por lo que se establecen cinco *Criterios de Identificación*, cada uno de los cuales es un conjunto en el universo de las normas de derecho internacional general, los cuales son: debe ser una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional; no puede admitir acuerdo en contrario; solamente puede ser modificada por una norma ulterior del mismo carácter; debe ser parte de la práctica estatal; y, debe estar reflejada en la jurisprudencia internacional. En este sentido, acorde con el *Modelo*, las normas que gráficamente se localizan en la intersección de los cinco *Criterios de Identificación* son normas de *ius cogens*.

El *Modelo de Identificación Objetiva de Normas de Ius Cogens* se utiliza, a modo de ejemplo, para analizar la naturaleza de la *Cláusula Martens* y determinar si esta es una norma de *ius cogens*. Esta *Cláusula* se encuentra contenida en diversos instrumentos de derecho internacional humanitario y establece que, en los casos no expresamente incluidos en disposiciones normativas, tanto las partes civiles como las beligerantes quedarán bajo la protección de principios del derecho internacional, tal y como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y las

exigencias de la conciencia pública. La *Cláusula Martens* tiene elementos y su aceptación internacional ha sido tal, que en principio reúne los *Criterios de Identificación* para ser catalogada una norma de *ius cogens*. Parte de esta afirmación fue discutida en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia conocida como “*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*”. Con base a lo anterior, la *Cláusula Martes* es un objeto de estudio razonable para comprobar el *Modelo de Identificación Objetiva de Normas de Ius Cogens*.

Capítulo 1. Las normas de *ius cogens*.

La doctrina que establece la existencia de normas imperativas en el derecho internacional público, cuya derogación no es permitida y las cuales no aceptan acuerdos en contrario, es denominada *ius cogens*. Esta doctrina categoriza normativamente principios de importancia excepcional por la comunidad internacional, con base en valores e intereses comunes de esta, cuyo reconocimiento es superior a otros.¹ Se considera que la noción de *ius cogens* es tan antigua como el derecho romano, aún cuando su terminología contemporánea no aparezca sino muy tardíamente en la obra de los pandectistas,² que ha sido desarrollada por el iusnaturalismo grociano y post-grociano y perfeccionada mediante el positivismo legal. La importancia de las normas de *ius cogens* radica en que limitan la voluntad contractual individual de los Estados y que son vinculantes sobre ellos al disponer restricciones en el contenido de los acuerdos que pueden establecer.³ Y sin embargo, el *ius cogens*, es uno de los conceptos de derecho internacional público más discutidos en la actualidad.

¹ Cfr. BASSIOUNI, M. Cherif, “*Crimes against humanity in International Criminal Law*”, citado por MITCHELL, David S., “*The prohibition of rape in International Humanitarian Law as a norm of jus cogens: clarifying the doctrine*”, en Duke Journal of Comparative and International Law, Duke University Law School, North Carolina, Estados Unidos de América, vol. 15, n. 2, primavera de 2005, pág. 219.

² Cfr. GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, El *ius cogens* internacional. Estudio histórico-crítico, 1ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2003, pág. 1.

³ Cfr. MAREK, K., “*Contribution a l’etude du jus cogens en droit international*” citado por MAGALLONA, Merlin M., “*The concept of jus cogens in the Vienna Convention on the Law of the Treaties*”, en Philippine Law Journal, University of the Philippines - College of Law, Manila, República de Filipinas, vol. 51, n. 5, pág. 521.

Todo sistema jurídico contiene normas que constituyen principios mínimos irreductibles del propio sistema en cuestión. Estos mínimos irreductibles son acordados por algún tipo de colectividad, un poder constituyente, por ejemplo, o impuestos de manera unilateral, verbigracia, un dictador, pero son siempre las bases y limitantes definitivos del sistema. Un cambio en los mismos significa una crisis, en términos kuhnianos,⁴ y subsecuentemente un cambio en el paradigma normativo. Este fenómeno es consistente con sistemas normativos jerarquizados, los cuales su efectividad depende directamente de la subordinación.

Así, la concepción de normas relacionadas con el concepto de *ius cogens* deriva en un rompimiento en la horizontalidad del derecho internacional público para transformarlo en un sistema vertical en el que necesariamente existen normas de mayor jerarquía. Normas que corresponden a una jerarquía más elevada no como consecuencia de la voluntad expresa de los Estados, sino porque son normas con un valor intrínsecamente superior dado a que no pueden ser derogadas por acuerdos interestatales.⁵ En este sentido, las normas caracterizadas como *ius cogens* rompen con el principio de la superioridad de la voluntad de las partes, cada una como un individuo autónomo, y replantean la existencia de una voluntad colectiva en la comunidad internacional.

⁴ Cfr. KUHN, Thomas S., La estructura de las revoluciones científicas, 3ra. ed., Editorial Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, México, 1962, pág. 164.

⁵ Cfr. ORAKHELASHVILI, Alexander, Peremptory Norms in International Law, S.N.E., Oxford University Press, Oxford, Reino Unido, 2008, pág. 8.

El presente capítulo tiene por objeto analizar, contextualizar y definir el concepto de *ius cogens*; por lo que se compone de tres secciones: en primer lugar se propone una definición propia del concepto *ius cogens* para los efectos de la presente investigación, además de que se elabora un acercamiento analítico-histórico sobre la noción al establecer sus bases de validez y eficacia; en segundo lugar, se caracteriza la definición de *ius cogens* con base en la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”; y por último, se analizan algunos de los efectos prácticos y metaconvencionales de las normas de *ius cogens* en el ámbito del derecho internacional público.

1.1. Definición y contexto de la noción de *ius cogens*.

Un concepto puede entenderse como una idea generalizada sobre un fenómeno empírico o normativo, o una clase de tal fenómeno, que al ser definido sirve para diferenciar lo que es de lo que no es y generar inferencias. La definición de conceptos legales ayuda a establecer inferencias cuyo efecto es atribuir un significado legal a un fenómeno particular. Así, la definición de un concepto legal plantea tanto el criterio utilizado para la categorización de un fenómeno particular así como las inferencias, o consecuencias, legales permitidas por tal categorización.⁶

⁶ Cfr. LINDERFALK, Ulf, “*What’s so special about Jus Cogens? - On the difference between the Ordinary and the Peremptory International Law*”, en International Community Law Review, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Países Bajos, vol. 14, 2012, págs. 6 y 7.

El concepto general de *ius cogens* refiere a reglas cuyo contenido es tan fundamental que los Estados no pueden eximirse de cumplir con estas por ser universales.⁷ Es una noción que se remonta a la antigüedad del derecho mismo. Así, el *ius cogens* se trata de una regla que “...cuando existe, irradia al derecho internacional en su conjunto, afectando a todas sus normas cualesquiera que pudieran ser sus orígenes.”⁸ Como se analizará más adelante, este concepto fue por primera vez definido de manera positiva en la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” pero sólo a partir de sus efectos. Esto es, aun cuando la existencia del *ius cogens* ha sido constante e innegable, lo cierto es que su definición no ha sido debidamente delimitada y caracterizada en la doctrina ni por medios convencionales.

Por lo anterior, esta investigación propone definir al concepto de *ius cogens* como un tipo de norma atribuible únicamente a las normas de derecho internacional general en el paradigma del positivismo jurídico cuyo contenido protege derechos fundamentales de la persona humana en su proyección humanitaria y universal, tanto en lo individual como en lo colectivo de conformidad con una escala axiológica en época determinada. En este sentido, las normas con esta característica no refieren a la consolidación de paradigmas morales, sino que son un reflejo de las condiciones metajurídicas que la

⁷ Cfr. CHETAIL, Vincent, “*The contribution of the International Court of Justice to the international humanitarian law*”, en International Review of the Red Cross, International Committee of the Red Cross, vol. 85, n. 850, 2003, pág. 247.

⁸ GUTIERREZ BAYLÓN, Juan de Dios, Derecho de los Tratados, 1ª ed., Editorial Porrúa, Ciudad de México, México, 2010, pág. 159.

comunidad internacional en una época determinada ha aceptado como propias del derecho. Esto es, el estándar ético que en una época determinada los Estados han acordado como contenido inderogable. Así, el *ius cogens* se configura como un tipo de norma que denota un factor psicológico en la categorización del derecho por lo que no puede ser creada o dada únicamente por un acto de voluntad.

Ahora bien, es importante considerar que la positivización de las normas de *ius cogens* se contextualiza por la época de la postguerra en la cual existió un cambio de paradigma legal. Este cambio se inclinó a reconocer estándares integrales en relación al contenido de las relaciones interestatales.⁹ La falta de un criterio de identificación consensuado aparta a las normas relacionadas con el *ius cogens* del objetivismo que exige el paradigma legal actual. Esto las convierte en una noción que reta las concepciones tradicionales con relación a las fuentes del derecho internacional, los límites en la creación de normas y la apreciación de los valores morales y sociales en el derecho válidamente efectivo.

1.1.1. Antecedentes históricos de la noción de *ius cogens*.

Para entender el concepto de *ius cogens* y sus alcances a partir de su positivización, es necesario analizar esta construcción de manera histórica y

⁹ Cfr. DÖRR, Oliver, *et al.*, Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary., S.N.E., Springer, Berlín, Alemania, 2012, pág. 904.

conceptual. De manera general, sus antecedentes pueden ser divididos en tres grandes periodos: el derecho civil romano, el derecho natural, y el positivismo legal. La evolución del *ius cogens* responde a la evolución de la ciencia jurídica en lo general y a la del derecho internacional en lo particular. En este sentido, es necesario enfatizar que la evolución del derecho, de manera general, corresponde a la evolución social y política de las comunidades en las que es aplicado, por las cuales es aceptado, y ultimadamente por los grupos que lo desarrollan.

Típicamente se reconoce al derecho civil romano como el primer antecedente directo de la noción moderna de *ius cogens*. En primer lugar porque estableció la distinción entre el *ius strictum* y el *ius dispositivum* para parcialmente limitar la autonomía de las partes contratantes.¹⁰ En segundo, porque dio cuenta de la diferencia entre el derecho público, *ius publicum*, y el derecho privado, *ius privatum*. La oposición de estos dos conceptos, el Estado y los particulares, antes que ser antagónica estableció al derecho como un medio de cohesión social que no solamente imperaba o prohibía, sino que también permitía hacer. Tanto el Estado como los particulares aspiraban al bien de la República como lo público, por lo que los segundos, en lugar de subordinarse, se subsumían al primero en razón del fin común al asumir el interés colectivo sobre el interés

¹⁰ Cfr. DÖRR, Oliver, *et al.*, Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary, *Op. Cit.*, pág. 899.

individual.¹¹ De este predominio del interés público sobre las relaciones privadas se derivaba la absoluta inderogabilidad de las normas que se definieron como *ius publicum*, normas ineludibles ni por convenio o composición entre los particulares, diferentes a las pertenecientes al *ius populi*.¹²

Si bien el concepto de *ius cogens* no es aludido directamente en el derecho civil romano, lo cierto es que esta tradición concibió la existencia de ciertos intereses públicos más importantes que algunos acuerdos privados. Una concepción en la que se preponderaba la comunidad frente el individuo. Por ello, académicamente se ha argumentado que la consideración del derecho civil romano como antecedente de la noción de *ius cogens* realmente es producto del trabajo de los pandectistas alemanes de los siglos XVIII y XIX.¹³ Al respecto, el trabajo de Glück propuso dividir el derecho en *ius permissivum* y *ius cogens*, según se permitiera o no cierta libertad de acción a los particulares con respecto a la aplicación de la norma jurídica en cuestión.¹⁴ Adicionalmente, Windscheid estableció una división aun más aproximada a la concepción moderna al distinguir el *ius dispositivum* y el *ius cogens* al identificar al segundo

¹¹ Cfr. GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, El *ius cogens* internacional. Estudio histórico-crítico, *Op. Cit.*, pág. 2.

¹² Cfr. BIONDI, Biondo, Il diritto romano, citado por GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, El *ius cogens* internacional. Estudio histórico-crítico, *Op. Cit.*, pág. 3.

¹³ Cfr. DÖRR, Oliver, et al., Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary., *Op. Cit.*, pág. 900.

¹⁴ Cfr. GLÜCK, Christian Friederich, Pandekten, citado por GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, El *ius cogens* internacional. Estudio histórico-crítico, *Op. Cit.*, pág. 5.

con la noción de *ius publicum*.¹⁵ Así, Windscheid definió al *ius cogens* como el “... conjunto de reglas jurídicas que excluyen de toda actitud arbitraria de las personas privadas, reglas que se aplican y que imponen aún en la hipótesis de que las partes quisieran excluirlas.”¹⁶

Más adelante, en la concepción iusnaturalista grociana, el derecho natural se definió como el dictado de la recta razón según el cual en ciertos actos hay una necesidad moral, y consecuentemente son esos actos los prohibidos u ordenados por la divinidad autora de la naturaleza.¹⁷ En este sentido, la noción de *ius cogens* es polémica en el paradigma legal contemporáneo por ser una construcción estrechamente relacionada con el derecho natural. Esta relación deriva de conceptualizar reglas cuyo contenido sea superior al entender esta superioridad no meramente en un sentido jerárquico sino valorativo. Lo anterior en tanto a que el derecho natural en sentido clásico “... posee de manera absoluta el carácter de no derogable.”¹⁸ Asimismo, la relación entre el *ius cogens* y el *ius naturale* deriva de entender que el contenido de las primeras es dado por principios morales “... cuando los Estados con su conducta real confirman su apego a una convicción jurídica, a través de una metodología

¹⁵ Cfr. WINDSCHEID, Bernhard, Lehrbuch des Pandektenrechts, citado por GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, El *ius cogens* internacional. Estudio histórico-crítico, *Op. Cit.*, pág. 5.

¹⁶ GUGGENHEIM, Paul, Traité de droit international public, citado por GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, El *ius cogens* internacional. Estudio histórico-crítico, *Op. Cit.*, pág. 6.

¹⁷ Cfr. GROCIO, Hugo, De iure vello ac pacis, citado por GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, El *ius cogens* internacional. Estudio histórico-crítico, *Op. Cit.*, pág. 10.

¹⁸ CASADO RAIGÓN, Rafael, Notas sobre el *ius cogens* internacional, 1ª ed., Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, España, 1991, pág. 23.

necesariamente más estricta que aquella que sólo demuestra la existencia de la norma consuetudinaria simple."¹⁹

Las normas de *ius cogens* contrastan con las de derecho natural en tanto a que las segundas son inmutables mientras que el concepto de *ius cogens* moderno responde a una derogabilidad condicionada a la aparición de una norma subsecuente del mismo carácter. Así, las normas imperativas de derecho internacional pueden contener normas consideradas en el sistema naturalista. De esta forma, el valor de las normas imperativas de derecho internacional reside en que responden a una exigencia de conciencia universal. Se les considera incluso como una integración progresiva del derecho natural en el derecho positivo.²⁰

En contraste con la teoría iusnaturalista, para el positivismo legal de la última parte del siglo XIX y principios del XX la noción de limitar la libertad en la voluntad de los Estados generó conflictos, principalmente debido a la concepción de que los tratados internacionales pudieran ser nulos si su contenido violaba principios morales básicos.²¹ Así, en el paradigma del positivismo legal, la noción de *ius cogens* ha sido comparada por algunos

¹⁹ GUTIERREZ BAYLÓN, Juan de Dios, Derecho de los Tratados, *Op. Cit.*, pág. 160.

²⁰ Cfr. GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, El *ius cogens* internacional. Estudio histórico-crítico, *Op. Cit.*, pág. 14.

²¹ Cfr. DÖRR, Oliver, *et al.*, Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary., *Op. Cit.*, pág. 900.

tratadistas con la noción de orden público²² mientras que para otros, esta es una comparación incorrecta porque lleva a concluir que las normas de *ius cogens* adquieren una validez legal independientemente del consentimiento individual de los miembros de la comunidad internacional.²³ Ambas posturas denotan la evolución del concepto y su reformulación a efecto de que sea aceptado en el paradigma positivista. En este sentido, la noción de *ius cogens* inició formalmente su aceptación en el derecho positivo internacional cuando la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas propuso su tratamiento en materias vinculadas a responsabilidad estatal y el derecho de los tratados.²⁴ Tratamiento que eventualmente fue detallado en la redacción de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” de 1969, instrumento en el que por primera vez se definió positivamente el concepto de *ius cogens*.

La concepción moderna del concepto de *ius cogens*, y las normas que derivan de este, es aún objeto de debate y consideración para diversos tratadistas. Como se analizará más adelante, la noción del *ius cogens* es un concepto definido en la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” por sus consecuencias y no por su elemento objetivo lo cual ha desatado dudas sobre sus elementos de validez y eficacia. El surgimiento de este concepto en el

²² Cfr. . DÖRR, Oliver, *et al.*, Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary., *Op. Cit.*, págs. 900 y 901.

²³ Cfr. MAGALLONA, Merlin M., “*The concept of jus cogens in the Vienna Convention on the Law of the Treaties*”, en Philippine Law Journal, *Op. Cit.*, pág. 522.

²⁴ Cfr. DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, “*Las normas imperativas de derecho internacional general (jus cogens). Dimensión sustancial*”, en Boletín de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, año 8, no. 121, 2015, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/31463.pdf>, pág. 3.

derecho internacional positivo no significa meramente una transformación *lex lata* de este concepto entendido desde una perspectiva abstracta, iusnaturalista o lógica. La recuperación moderna del *ius cogens* es definida por la naturaleza peculiar del derecho internacional por la condición del orden jurídico internacional en el cual los sujetos son los mismos creadores del derecho con base en una soberanía equitativa.²⁵

1.1.2. Bases teóricas sobre la autoridad legal de las normas de *ius cogens*.

Todo ordenamiento jurídico se encuentra integrado por normas dispositivas, *ius dispositivum*, y normas imperativas, *ius cogens*. Las normas dispositivas refieren a la facultad que concede el ordenamiento positivo a ciertos sujetos para que puedan modificar, por obra de su voluntad, en el seno de sus relaciones mutuas el alcance de la regulación dispuesta por el derecho. En contraste, las normas imperativas no admiten acuerdos en contrario por lo que previenen a los individuos de sustraerse a las mismas.²⁶ Las normas imperativas son la exclusión de todo acuerdo particular contrario a ellas.

Para comprender la autoridad legal del *ius cogens* en el paradigma actual del derecho, fundamentalmente positivista, es necesario distinguir claramente del

²⁵ Cfr. MAGALLONA, Merlin M., “*The concept of jus cogens in the Vienna Convention on the Law of the Treaties*”, en *Philippine Law Journal*, *Op. Cit.*, pág. 523.

²⁶ Cfr. ACOSTA ESTÉVEZ, José B., “*Normas de ius cogens, efecto erga omnes, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos*” en *Anuario Español de Derecho Internacional*, Universidad de Navarra, Navarra, España, vol. IX, 1995, págs. 4 y 5.

positivismo como ideología del positivismo como método. El positivismo como ideología, o legalismo ético, establece que la mera existencia del derecho positivo deriva en una obligación de obedecer por el solo hecho de ser derecho positivo.²⁷ En contraste, el positivismo como metodología es un procedimiento para conocer el concepto de derecho como es en sí mismo sin consideraciones ajenas.²⁸ Así las normas jurídicas pueden ser positivamente válidas si metodológicamente son correctas, lo cual no las hace necesariamente moralmente justas. En consecuencia, que una norma de alguna forma integre fundamentos no positivos no significa que no pueda ser válida positivamente.

El canon del derecho positivo, como teoría que considera al derecho como objeto de estudio independiente de su finalidad social y/o moral, establece que las únicas normas que existen son aquellas producidas por un comportamiento humano, lo cual puede ser mediante la caracterización de un acto o por la facultad de una persona u órgano. Así, las normas que existen en un orden jurídico son válidas en tanto no exista un término a su validez o hasta que ésta validez sea reemplazada por otra norma de ese mismo orden jurídico. Esto es la legitimidad de la norma.²⁹ La legitimidad se limita por la efectividad, la cual a su vez está íntimamente relacionada con la validez.

²⁷ Cfr. PUPPO, Alberto, *et al.*, “Acerca de la existencia del *ius cogens internacional: una perspectiva analítica y positivista*”, en *Isonomía*, México, No.36, abril 2012 pág. 16.

²⁸ Cfr. *Idem*.

²⁹ Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 15ª ed., Editorial Porrúa, Ciudad de México, México, 1979, pág. 217 y 218.

Ahora bien, la validez positiva de una norma refiere a lo que ésta establece como lo que debería ocurrir, es la naturaleza deóntica del enunciado. La eficacia, por otra parte, apunta a los hechos reales que derivan de las normas, en otras palabras, su aplicación y el cómo son acatadas.³⁰ La validez y eficacia se relacionan en tanto a que para que la segunda se materialice, la primera deberá limitar de manera precisa el objetivo que la norma persigue de manera ideal. Un enunciado normativo debe poder materializarse pero también debe tener un fundamento con base en el cual su existencia en el mundo real sea justificada.

La validez deóntica de un enunciado normativo no es idéntica a su eficacia real. Sin embargo, la eficacia de un orden normativo sí es condición de su validez. Una norma dejará de ser válida en cuanto cese su eficacia; esto es, existe un mínimo de aplicación y acato de la norma como condición *sine qua non*. El fundamento de validez responde al por qué una norma es eficaz. Acorde con Kelsen, la validez alude a la norma fundante básica, la *grundnorm*, en razón a que establece el cómo debe actuarse conforme a las normas promulgadas con base en sí misma. El presupuesto de eficacia, y su mínimo de consecución para la validez, es un elemento propio de la instauración del sistema normativo para que tanto el orden como un todo, así como las normas aisladas, no pierdan su validez.³¹

³⁰ Cfr. KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, *Op. Cit*, pág. 223.

³¹ Cfr. *Idem*.

La eficacia positivista de las normas usualmente se entiende como la imposición de las mismas, lo cual generalmente se manifiesta por medio de la sanción o comportamientos orientados a evitar el castigo.³² No obstante, esto no significa que la única forma de que los enunciados normativos sean aplicados y acatados sea mediante la coacción. La acción u omisión objeto de la norma puede cumplirse de diversas maneras siempre que el significante de la misma sea materializado.³³

Al evaluar la validez y eficacia del orden internacional es necesario considerar tres factores esenciales: su constitución, su vinculación y su aplicación. En primer lugar, derecho internacional está constituido “... *por normas que originariamente fueron producidas mediante actos de los Estados (...) para regular las relaciones interestatales.*”³⁴ En segundo lugar, es un sistema de vinculación particular en tanto a que sus “... *normas no valen para todos, sino sólo para unos o para un grupo, mayor o menor, de Estados. Constituyen únicamente comunidades parciales.*”³⁵ Así, su vinculación depende de entender que es un sistema escalonado en el que coexisten tres grupos normativos cada uno correspondiente a las normas convencionales, las normas consuetudinarias y las resoluciones judiciales. Por último, se trata de normas incompletas en tanto a que determinan los elementos materiales, lo que se debe hacer o no

³² Cfr. KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, *Op. Cit.*, pág. 25.

³³ Cfr. *Ibidem*, pág. 20.

³⁴ *Ibidem*, pág. 326.

³⁵ *Idem*.

hacer, pero no quién debe llevar a cabo la acción u omisión.³⁶ Asimismo, uno de los mayores puntos de debate con respecto al derecho internacional es la falta de un órgano central que aplique sanciones al incumplimiento de las normas.

Al considerar la validez de una norma como su naturaleza deóntica y la eficacia como su cumplimiento factual, el derecho internacional depende de la figura del Estado para su entendimiento. Si bien la evolución del derecho y las relaciones internacionales han derivado en la consideración de otros sujetos, tales como organizaciones internacionales e incluso los individuos, lo cierto es que la estructura del sistema necesita de la voluntad de los Estados para escalonarse y activarse. Esto es, la validez y la eficacia en un sistema internacional no únicamente reflejan los consensos de la comunidad internacional mediante sus convenciones o costumbres, sino que también los objetivos últimos del derecho internacional para cumplir con intenciones comunes de los Estados. La validez y la eficacia del derecho internacional existen en tanto los sujetos participen en su creación, vinculación y aplicación de las normas.

Ahora bien, el procedimiento de creación, reconocimiento y derogación de las normas de *ius cogens* responde a un sistema en el que una norma fundamental las sustenta; su eficacia resulta en la aplicación de las mismas por medio de la conducta estatal restringida a no violentarlas. Así, las normas de *ius cogens*, en

³⁶ Cfr. KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, *Op. Cit.*, pág. 328.

el paradigma actual y con base al actual artículo 53 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, como se analizará más adelante, son normas válidas y efectivas desde el paradigma positivista. El hecho de que su objeto se relacione con principios morales o conductas éticas no es una consideración que se deba relacionar con la autoridad legal de las normas de *ius cogens*.

Se enfatiza, el positivismo como metodología estudia al derecho como es, lo cual no disiente del contenido de las normas. Al efecto, Simma, en coincidencia con Verdoss, estableció que el concepto moderno de *ius cogens* estaría incompleto en tanto no fuera basado en una filosofía de valores.³⁷ En la lógica de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, el que las normas de *ius cogens* requieran de una base moral es válido en tanto a que estas normas son necesariamente reconocidas por la comunidad internacional, de manera que los valores en cuestión tienen en efecto autoridad universal.

El derecho internacional es un sistema que se encuentra en constante desarrollo. Así, en razón de que el derecho internacional es un ente evolutivo, es pertinente señalar que las perspectivas metodológicas del mismo evolucionan de conformidad con la voluntad y objetivos de sus operadores. Es posible argumentar que el contenido de las normas de *ius cogens*, en atención a la naturaleza misma del concepto y la del derecho internacional, no responde

³⁷ Cfr. DÖRR, Oliver, *et al.*, Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary., *Op. Cit.*, pág. 908.

a un parámetro de moralidad, sino de interés público como unidad de voluntades Estatales. En consecuencia, una norma identificada como *ius cogens* no trata de principios éticos trascendentes, criterios morales importantes o definiciones de *lex lata*.³⁸ Es entonces una norma positiva, con validez y eficacia, basada en el interés general de la comunidad internacional.

1.2. La noción de *ius cogens* a partir de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” de 1969.

La “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” tuvo por finalidad “... *la codificación y el desarrollo progresivo del derecho de los tratados*”³⁹ en razón de que “*los principios de libre consentimiento, buena fe y la norma pacta sunt servanda están universalmente reconocidos.*”⁴⁰ Sin embargo, en la opinión de algunos académicos, las definiciones contenidas en la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” tienden a describir prácticas aisladas de un fenómeno convencional muchas veces sin respaldarse en la práctica

³⁸ Cfr. GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, “*Codificación contrafactual de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Conmemoración crítica a cuarenta años de su adopción)*”, en Revista de la Facultad de Derecho de México, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, México, n. 252, julio-diciembre 2009, pág. 141.

³⁹ Preámbulo, párrafo 7, “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, Viena, Austria, 23 de mayo de 1969, D.O.F. 14 de febrero de 1975, en ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, https://www.oas.org/dil/esp/Convencion_de_Viena_sobre_derecho_tratados_Colombia.pdf.

⁴⁰ Preámbulo, párrafo 3, *Idem*.

internacional.⁴¹ Se estima así que la noción de *ius cogens* es un entramado axiomático que resulta inconcebible en la práctica.⁴²

En el derecho internacional moderno, el artículo 53 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” es la referencia básica para el entendimiento actual del concepto *ius cogens*, además de constituir uno de los mayores retos de aplicación para el mismo. Es el instrumento que reconoció por primera vez el concepto de *ius cogens* en el derecho internacional positivo⁴³ y a la letra dice:

“Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“jus 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 Convención, 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.”⁴⁴

⁴¹ Cfr. GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, “Codificación contrafactual de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Conmemoración crítica a cuarenta años de su adopción)”, en Revista de la Facultad de Derecho de México, *Op. Cit.*, pág. 136.

⁴² Cfr. *Ibidem*, pág. 133.

⁴³ Cfr. MAGALLONA, Merlin M., “The concept of *ius cogens* in the Vienna Convention on the Law of the Treaties”, en Philippine Law Journal, *Op. Cit.*, págs. 523.

⁴⁴ Artículo 53, “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, *Op. Cit.*

Así, el artículo 53 define las normas imperativas de derecho internacional únicamente por sus dos consecuencias: la nulidad de acuerdos en contrario y la única posibilidad de modificación por norma ulterior de la misma calidad. Es un concepto legal que no plantea un criterio de reconocimiento en sí mismo.

En términos de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, la noción de *ius cogens* tiene por objeto delimitar los efectos del relativismo y consensualismo sobre los compromisos normativos esenciales de la comunidad internacional⁴⁵. El artículo 53 es una reformulación paradigmática en materia contractual internacional en tanto que establece la opinión de la comunidad internacional como condicionante de validez así como límite a la voluntad contractual de los Estados. Adicionalmente, se considera que esta reformulación es una vía para incorporar valores en las normas internacionales.⁴⁶

El artículo 53 citado codificó conceptos de una forma tan adelantada para la realidad factual que en ocasiones cayó en el vacío, contra la costumbre e incluso retó las prácticas judiciales generalizadas en la época.⁴⁷ Es inocuo considerar este instrumento como el codificador exhaustivo de todos los temas

⁴⁵ Cfr. DÖRR, Oliver, *et al.*, Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary., *Op. Cit.*, pág. 898.

⁴⁶ Cfr. PUPPO, Alberto, *et al.*, “Acerca de la existencia del *ius cogens* internacional: una perspectiva analítica y positivista”, en Isonomía, *Op. Cit.*, pág. 8.

⁴⁷ Cfr. GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, “Codificación contrafactual de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Conmemoración crítica a cuarenta años de su adopción)”, en Revista de la Facultad de Derecho de México, *Op. Cit.*, pág. 134.

relacionados con el derecho de los tratados. Pero también es un error obviar que establece al concepto de *ius cogens* en el paradigma del derecho positivo definiéndolo a partir de las consecuencias de su inobservancia. Si bien la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” carece de claridad en relación con cuestiones prácticas del concepto de *ius cogens* como lo es la metodología de identificación de normas imperativas, es necesario reconocer que la positivización de un concepto que apele a las voluntades de los Estados configura una apertura al desarrollo del derecho internacional.

Ahora bien, la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” no es un instrumento exhaustivo para la identificación de normas de *ius cogens* porque esa no era su finalidad. El objeto del artículo 53 fue definido por los trabajos realizados en diversas sesiones de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas:⁴⁸ la positivización del *ius cogens* tuvo por finalidad delimitar los efectos del relativismo y el consensualismo sobre los compromisos esenciales de la comunidad internacional.⁴⁹ Así, la definición del concepto *ius cogens*, acorde con el artículo 53 y conexos, se conforma por una multiplicidad de elementos que requieren ser interpretados de manera armónica y contextualizada.

⁴⁸ Se hace especial referencia a la Segunda Sesión (5 de junio al 29 de julio de 1950), Quinta Sesión (1 de junio al 14 de agosto de 1953), Décima Sesión (28 de abril al 4 de julio de 1958), Décima Quinta Sesión (6 de mayo al 12 de julio de 1963) y Décima Octava Sesión (3 al 28 de enero de 1966).

⁴⁹ Cfr. DÖRR, Oliver, *et al.*, Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary., *Op. Cit.*, pág. 898.

1.2.1. Negociación legislativa del concepto de *ius cogens* en la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”.

La codificación de las normas aplicables a los tratados internacionales inició en 1949 mediante una serie de conferencias de trabajo auspiciadas por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Los trabajos, entre otras cosas, abarcaron el tema de las normas de *ius cogens*. En particular, definió positivamente esta noción, que como se ha establecido anteriormente en el presente trabajo es inherente a los sistemas jurídicos desde la antigüedad, a partir de sus consecuencias y no conceptualmente. En este sentido, la codificación materializada en la "Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados" se configura como la forma en que moderna y moderadamente se determina el concepto de *ius cogens* ya que la introduce en el paradigma del positivismo legal pero no la desarrolla sustancialmente.

Es importante aclarar que esta forma de legislación no es necesariamente exhaustiva o adecuada, tanto ideológica como pragmáticamente. En primer lugar, y como se ha analizado anteriormente, es necesario definir al concepto de *ius cogens* por sí mismo a efecto de determinar así las causas de validez para la efectividad de las normas caracterizadas como imperativas en el sistema jurídico internacional. La redacción final de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” pasó por alto la oportunidad de ello, lo cual significó obviar la coyuntura que se prestaban para cambiar paradigmáticamente la aceptación de la noción en cuestión. En segundo lugar,

la forma en la que la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” establece la aplicabilidad del artículo 53 como condicionada a procesos ulteriores. Esto es, si bien el artículo 53 dispone que todo tratado contrario a una norma de *ius cogens* será nulo, la realidad procesal es que solamente es anulable, como se analizará más adelante. Así, el resultado del trabajo de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas es un artículo, y procedimientos adyacentes, incorrectos en tanto a las necesidades reales de codificación.

La historia legislativa del ahora artículo 53 puede ser dividida en dos periodos principales: las bases sentadas por los relatores especiales Lauterpacht y Fitzmaurice, y la discusión suscitada por el proyecto de articulado presentado por el relator especial Waldock. Al efecto, se aclara que el análisis presentado a continuación revisa las discusiones temáticas sin considerar las discusiones formalistas. En este sentido, es necesario apuntar que el ahora artículo 53 tomó otros numerales durante la discusión legislativa general de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” en tanto a que el articulado del instrumento evolucionó y se transformó con base a los debates ejecutados.

En 1953 el relator especial Hersh Lauterpacht abordó por primera vez la cuestión sobre la existencia de las normas imperativas al considerar la validez

de los tratados en relación con la legalidad de su objeto.⁵⁰ El argumento de Lauterpacht establecía que la legalidad de un tratado sería nula si no correspondiera con una categoría de principios fundamentales, reglas deontológicas internacionales, que judicialmente pudieran ser reconocidos como principios de derecho internacional.⁵¹ Asimismo, reconoció que no existía una práctica judicial en relación con la declaración de nulidad contractual con base a principios de derecho internacional en el momento, por lo que propuso una primer versión codificadora de las normas de *ius cogens* pese a las dificultades substanciales que presentaba doctrinal y substancialmente.⁵² También expresó que este tipo de normas no deberían ser valorados como simples consideraciones morales, sino como normas de derecho internacional.

El sucesor de Lauterpacht, el relator Gerald Fitzmaurice, logró grandes avances en la codificación del *ius cogens* desde el punto de vista sustancial y metodológico. Particularmente, introdujo la definición de las normas de *ius cogens* desde una perspectiva de validez de los tratados internacionales.⁵³

⁵⁰ Cfr. LAUTERPACHT, Hersch, “*Document A/CN.4/63 Report on the Law of Treaties*”, en *Yearbook of the International Law Commission 1953*, Vol. II, Organización de Naciones Unidas, Nueva York, Estados Unidos de América, 1959, http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_63.pdf&lang=E, pág. 90.

⁵¹ Cfr. VARÓN MEJÍA, Antonio, “*Orden público internacional y normas de ius cogens: una perspectiva desde la Comisión de Derecho Internacional y la Convención de Viena de 1969*”, en *Diálogos de saberes, investigaciones y ciencias sociales*, Universidad Libre, Bogotá, Colombia, n. 32, enero-junio, 2010, págs. 215.

⁵² Cfr. DÖRR, Oliver, *et al.*, *Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary.*, *Op. Cit.*, pág. 902.

⁵³ Cfr. FITZMAURICE, Gerald, “*Document A/CN.4/115 Rapport in the Law of Treaties*”, en *Yearbook of the International Law Commission 1958*, Vol. II, Organización de Naciones Unidas, Nueva York, Estados Unidos de América, 1958, http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_115.pdf&lang=EFS, pág. 20.

Dicha validez fue ordenada en tres categorías: primero, la legalidad del objeto del tratado desde lo general; segundo, desde el conflicto con una norma de derecho internacional; y en tercero, desde el conflicto con tratados anteriores.⁵⁴ Así, la propuesta de Fitzmaurice abonó también en la distinción necesaria entre legalidad y el contenido moral de los tratados internacionales.⁵⁵ El método de Fitzmaurice establecía un tratado como legal si el contenido del mismo se encontraba de conformidad, o al menos no contravenía, y si su ejecución no implicaba infracción alguna a los principios y normas de derecho internacional que fueran reconocidas como *ius cogens*. En contraste, los tratados inmorales no serían inválidos *per se* pero sí inaplicables.

Con estos antecedentes, en 1963, Humphrey Waldock presentó un proyecto ante la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas el informe que daría pie a la discusión para el actual artículo 53 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”. El reporte de Waldock fue presentado en un momento de coyuntura. Por una parte la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas era presionada por la Asamblea General para concluir el tema de tratados. Por la otra, el trabajo elaborado por Lauterpacht y Fitzmaurice fue recuperado por Waldock de forma que, al conservar las bases previamente descritas, su metodología se concentró en

⁵⁴ Cfr. VARÓN MEJÍA, Antonio, “Orden público internacional y normas de *ius cogens*: una perspectiva desde la Comisión de Derecho Internacional y la Convención de Viena de 1969”, en Diálogos de saberes, investigaciones y ciencias sociales, *Op. Cit.*, pág. 215.

⁵⁵ Cfr. DÖRR, Oliver, *et al.*, Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary., *Op. Cit.*, pág. 902.

proponer un proyecto de articulado.⁵⁶ De esta forma, Waldock estableció en su proyecto que las normas de *ius cogens* constituyen principios de los cuales los Estados no pueden sustraerse aún cuando tengan la capacidad de denunciarlos dentro de los tratados que los contienen. El aporte más importante de Waldock a la codificación de las normas de *ius cogens* fue establecer que éstas son mutables, y que pueden ser modificadas o derogadas ulteriormente.⁵⁷

El comentario estatal más importante al proyecto presentado por Waldock radicó en la inquietud de sustituir el concepto *ius cogens* por el de orden público. Esto con base a una aportación en la que se expuso que si bien la noción *ius cogens* no solamente abordaba el tema de la autonomía de los Estados, sino que también alteraba la noción de la jerarquía de normas en el orden internacional.⁵⁸ Sin embargo, la reacción general de los Estados al proyecto Waldock fue aceptar la introducción del *ius cogens* en el articulado de la convención. Así pues, no se generó discusión importante en relación en torno la naturaleza y justificación axiológica a nivel internacional.⁵⁹ Lo cual, como se mencionó anteriormente, denota que el trabajo realizado para la redacción del

⁵⁶ Cfr. WALDOCK, Humphrey, “*Document A/CN.4/156 Rapport in the Law of Treaties*”, en *Yearbook of the International Law Commission 1963, Vol. II*, Editado por Organización de Naciones Unidas, Nueva York, Estados Unidos, 1964, http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_156.pdf&lang=EFS, pág. 36.

⁵⁷ Cfr. VARÓN MEJÍA, Antonio, “*Orden público internacional y normas de ius cogens: una perspectiva desde la Comisión de Derecho Internacional y la Convención de Viena de 1969*”, en *Diálogos de saberes, investigaciones y ciencias sociales*, *Op. Cit.*, pág. 219.

⁵⁸ Cfr. GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*, *Op. Cit.*, pág. 28.

⁵⁹ Cfr. VARÓN MEJÍA, Antonio, “*Orden público internacional y normas de ius cogens: una perspectiva desde la Comisión de Derecho Internacional y la Convención de Viena de 1969*”, en *Diálogos de saberes, investigaciones y ciencias sociales*, *Op. Cit.*, pág. 219.

artículo 53 obvió fundamentos ideológicos fundamentales para la definición de la noción en cuestión; por lo que el producto no es más que una disposición semi-operativa que no responde a las necesidades legislativas de contenido en el sistema internacional.

Durante la Conferencia de Viena en 1969, la aceptación del articulado en relación con las normas de *ius cogens* fue amplia; lo cual se explica a partir de las experiencias de la post-guerra y la recién concedida importancia de la moralidad en las relaciones interestatales.⁶⁰ Sin embargo, la crítica más fuerte residió en la vaguedad de la provisión en tanto definir la noción en sí misma sino por sus consecuencias. En línea con lo anterior, la preocupación más mencionada por los Estados participantes fue el procedimiento adecuado para el arreglo de controversias a partir de ello. El actual artículo 53 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” fue aprobado en sesión plenaria con 87 votos a favor, 8 en contra y 12 abstenciones.⁶¹

1.2.2. Alcances y operación de las normas de *ius cogens* acorde con la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”.

La forma en que la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” está redactada hace que el artículo 53 no opere de manera individual sino que

⁶⁰ Cfr. DÖRR, Oliver, *et al.*, Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary., *Op. Cit.*, pág. 904.

⁶¹ Cfr. *Ibidem*, pág. 907.

deba ser complementado por otras disposiciones del mismo ordenamiento. En este sentido, el artículo 64 estipula la terminación anticipada de los tratados que entran en conflicto con una norma imperativa de nueva creación, las llamadas normas de *ius cogens supervenins*. Los artículos 65 y 66 establecen el procedimiento a ser seguido cuando alguna de las partes del tratado consideran su nulidad como resultado de una violación al artículo 53. El artículo 71, *lex specialis* del artículo 69, establece las consecuencias legales resultantes de la nulidad de un tratado que está en conflicto con una norma de *ius cogens*. Y, por último, el artículo 71 es complementado por el artículo 44, el cual establece la separabilidad de cláusulas en un tratado internacional. Al efecto, a continuación se discutirán los artículos 64 y 71, en conexión con el 69 y 44, para así concluir con el artículo 44 establecieron así los alcances de las normas de *ius cogens* con base a la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”.

El entramado convencional de aplicación para el *ius cogens* hace a la noción prácticamente inoperante. El artículo 53 establece un parámetro moderno de operación en tanto a que establece la anulabilidad de los tratados contrario a las normas imperativas de derecho internacional general. Sin embargo, este parámetro depende de un reconocimiento de las normas imperativas, la denuncia de los Estados y en general de la aplicación de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” en sí misma. Como se analiza a continuación, incluso la aplicación de los artículos conexos al artículo 53 es dependiente del reconocimiento mismo de las normas de *ius cogens*. Esto es, la convención es aplicable de forma eficiente si es posible primero determinar el

fenómeno con base en el cual se desencadena la anulabilidad de tratados, sin embargo, el instrumento no satisface esto por sí mismo.

Como se tratará a mayor profundidad en el Capítulo Segundo de esta investigación,⁶² el artículo 64 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” establece que en caso de que una nueva norma de *ius cogens*, una norma de *ius cogens supervenins*, apareciera, el tratado en oposición a esta “se convertirá en nulo y terminará.”⁶³ La función y propósito del artículo 64 contrasta con la del artículo 53 en tanto a que el primero establece un sólido régimen de nulidad a los tratados que le contraríen mientras que el *ius cogens supervenins* no tiene efectos retroactivos en virtud de que los tratados terminan al momento en que existe un conflicto. De la primer disposición la nulidad es una consecuencia efectiva e inmediata; de la segunda, una consecuencia exigible. Sin embargo, el que un tratado contravenga una norma de *ius cogens* o *ius cogens supervenins* no le hace efectivamente nulo de manera inmediata. Únicamente le convierte en un tratado anulable.

Sentado lo anterior, acorde con la teoría francesa de las nulidades, en la nulidad de un acto se dan todos los elementos de existencia para el mismo pero de una manera imperfecta. En consecuencia, el acto no tiene efectos legales, o los produce de manera provisional, pues los mismos son destruidos de manera

⁶² Véase Infra, cap. 2.1.1.3.

⁶³ Artículo 64, “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, *Op. Cit.*

retroactiva cuando se determine la nulidad del acto por autoridad judicial.⁶⁴ Así, el acto existe pero es anulable porque alguno de sus elementos de validez se encuentra ausente o es imperfecto⁶⁵ por lo que alguna de las partes involucradas puede solicitar la resolución que lo nulifique. Esta es la teoría reflejada en la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”. El conflicto de normas entre un tratado y una norma de *ius cogens* es una causal especial de nulidad.⁶⁶

El artículo 69 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” dicta en *lato sensu* las consecuencias de la nulidad de un tratado. Sin embargo, el artículo 71 establece las consecuencias especiales para los tratados en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Al efecto, su peculiaridad más importante es que, en contraste de las causales de nulidad establecidas en el artículo 69 que refiere a la nulidad de los tratados en *lato sensu*, su principal propósito es ajustar la relación de las partes de conformidad con lo que es requerido por las normas de *ius cogens*.⁶⁷ La nulidad, como situación genérica de invalidez del acto jurídico, considera la existencia de una parte con el interés de evitar que la norma o acto despliegue sus efectos. No

⁶⁴ Cfr. MIRAMÓN DE LA PARRA, Araceli, “Teoría de las nulidades e ineficiencias del acto jurídico”, en Cien años de derecho civil en México 1910-2010. Conferencias en homenaje a la Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011, pág. 81.

⁶⁵ Cfr. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, Derecho civil. Contratos, 3ª ed., Porrúa, Ciudad de México, México, 2007, pág. 85.

⁶⁶ Cfr. DÖRR, Oliver, *et al.*, Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary., *Op. Cit.*, pág. 1211.

⁶⁷ Cfr. *Ibidem*, pág. 1212.

obstante, cuando un tratado contraviene una norma de *ius cogens*, de forma general la parte interesada será la comunidad internacional por la definitoria del contenido de la norma imperativa.

El fraseo del artículo 71 asume que todas las partes involucradas en la creación del tratado en cuestión, han concluido deliberadamente el mismo en contravención de la norma, o normas, de *ius cogens*; o bien, que dicha contradicción no justifica en ningún caso que se mantenga la situación legal que es incompatible con estas normas.⁶⁸ Esta estricta locución concuerda con el artículo 53 al considerar que las normas de *ius cogens* fundamentalmente protegen intereses de la comunidad internacional los cuales no son disposiciones sujetas a las voluntades individuales de los Estados. Sin embargo, esta protección de intereses se contraría con en el óptimo reconocimiento de las normas que son violentadas. Esto es, de un adecuado reconocimiento de las normas de *ius cogens*.

Ahora bien, las referencias convencionales anteriormente referidas de manera general refieren a la nulidad de tratados como consecuencia de violentar normas de *ius cogens*. Al efecto es necesario realizar dos precisiones: la definición de tratado y la divisibilidad de disposiciones en un tratado. Se entiende por tratado, en términos de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” a un acuerdo por escrito entre Estados que es regido por

⁶⁸ Cfr. DÖRR, Oliver, *et al.*, Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary., *Op. Cit.*, pág. 1212.

derecho internacional, que consta en cualquier número de instrumentos y sin importar el nombre con el que se le identifique.⁶⁹ Así, es evidente que las normas y los tratados no refieren al mismo fenómeno legal puesto que las primeras son enunciados, mientras que el segundo es un compendio de los acuerdos ínterestatales que en su individualidad se configuran como normas. Ahora bien, la divisibilidad de disposiciones en un tratado, de manera general, se entiende como la no aplicación de alguna o algunas partes, del mismo en caso de que estas en lo particular sean declaradas como inválidas entre las partes.

La divisibilidad de disposiciones en relación con las normas de *ius cogens*, con base en el párrafo 5 del artículo 44 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, es inadmisibles. La invalidez de una parte de un tratado por violentar una norma de *ius cogens* afecta a la totalidad del tratado que la contenga. Al respecto, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas comentó en su momento que el “*carácter fundamental del conflicto de normas tendría que hacer al tratado inválido en su totalidad, aún si solamente algunas cláusulas fueran afectadas.*”⁷⁰

Sin embargo, es de notar que el artículo de separabilidad refiere únicamente a las normas imperativas en términos del artículo 53 mientras que obvia aquéllas

⁶⁹ Cfr. Artículo 2, inciso a), “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, *Op. Cit.*

⁷⁰ DÖRR, Oliver, *et al.*, Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary., *Op. Cit.*, pág. 762.

determinadas con base en el artículo 64. En este sentido, el problema de la separabilidad de disposiciones de los tratados internacionales en relación con las normas de *ius cogens* se compagina con un problema de temporalidad y reconocimiento de las mismas. Si el conflicto refiriera entonces al que se diera entre la disposición de un tratado y una norma de *ius cogens supervenins*, la separabilidad entonces sería posible en términos del párrafo 3 del artículo 44. La identificación de normas imperativas es entonces un aspecto esencial para la aplicación y alcance de las mismas, así como la separabilidad de las disposiciones en los tratados. Más aún, al no existir un catálogo de normas actualmente reconocidas, o al menos objetivamente identificadas, cualquier tratado sería objeto de separabilidad con base en el artículo 44, párrafo 3.

1.3. Los efectos metaconvencionales de las normas de *ius cogens*.

El reconocimiento positivo de las normas de *ius cogens* en la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” establece dos tipos de efectos. Estos se dividen en los que derivan de la operación y alcance del articulado de la Convención, tal como la anulabilidad de los tratados contrarios a las normas de *ius cogens*, y aquéllos que se emanan de la naturaleza misma de las normas imperativas de derecho internacional general. A este segundo grupo de efectos se les denominará como los *Efectos Metaconvencionales*.

Existe una pluralidad de *Efectos Metaconvencionales*⁷¹ los cuales se definen por el impacto de las normas imperativas de derecho internacional general en el orden legal y por consecuencia en las relaciones entre los sujetos de derecho internacional. Para los efectos de la presente investigación, los dos *Efectos Metaconvencionales* más importantes son el impacto que este tipo de normas tiene en la jerarquía de normas en el derecho internacional público, y la generación de obligaciones *erga omnes*.

1.3.1. Jerarquía de normas.

La jerarquía de las normas se deriva de la jerarquía de sus fuentes. En el derecho municipal tradicional la estructura de la jerarquía normativa refleja la voluntad del pueblo para hacer que los ciertos comandos legales, generalmente los comprendidos en su constitución, sean más importantes y fuertes que otros. Lo anterior debido a que son los comandos que reflejan valores compartidos por una mayoría de los ciudadanos, mientras que las reglas establecidas a través de una ley sólo pueden reflejar la voluntad de una parte de la población.⁷²

En principio, el sistema internacional normativo es un sistema horizontal en tanto a que la jerarquía de las fuentes es inexistente, al menos entre los dos

⁷¹ Cfr. CASSESE, Antonio, *International Law*, 2^a ed., Editorial Oxford University, Oxford, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 2005, págs. 207 y 208.

⁷² Cfr. *Ibidem*, pág.198.

procesos legislativos principales: la costumbre y los tratados.⁷³ En este sentido, ambas fuentes se han regulado por los tres principios básicos de la subordinación de normas: *lex posterior derogat legi priori*, *lex posterior generalis non derogat priori specialis* y *lex specialis derogat legi generali*. Asimismo, algunas normas pueden prevalecer sobre otras si así lo deciden los Estados, como es el caso del artículo 103 de la “Carta de las Naciones Unidas”. Sin embargo, de manera general, los principios anteriormente citados no se relacionan con el concepto de *ius cogens*. Lo anterior en virtud de que las normas relacionadas con estas características establecen una fuerza legal especial sobre el sistema internacional.⁷⁴

El universo normativo del derecho internacional público se compone por normas de diversas categorías. La mayoría de estas normas pertenecen a la categoría del *ius dispositivum* porque son las normas que estructuran las reglas relativas a lo que es permitido, prohibido o debido. Son las normas que dependen de la voluntad de los Estados para tener una prioridad en el sistema. Por otra parte, existe una categoría de normas que son obligatorias bajo cualquier circunstancia y que deben ser aplicadas sin importar cual sea la voluntad de los Estados respecto a ellas; las normas de *ius cogens*. Así, las normas imperativas prevalecen sobre otras normas de derecho internacional público no únicamente

⁷³ Cfr. CASSESE, Antonio, International Law, *Op. Cit.*, pág. 199.

⁷⁴ Cfr. *Ídem*.

porque los Estados así lo hubieran deseado sino porque son intrínsecamente superiores a otras y no pueden ser obviadas en las relaciones interestatales.⁷⁵

Asimismo, algunos tratadistas consideran que las normas de *ius cogens* influyen en el principio de soberanía nacional y crean un efecto sobre la práctica a fin de que se actúe de conformidad con los principios establecidos en las normas imperativas.⁷⁶ Así, se considera que una de las funciones de las normas de *ius cogens* es la manifestación académica del deseo de constitucionalizar el orden jurídico internacional que de una u otra forma no está organizado de una forma jerárquica.⁷⁷ En este sentido, la noción de *ius cogens* es la excepción a la no jerarquía de normas de derecho internacional público.

1.3.2. Obligaciones *erga omnes*.

El contenido de las normas de *ius cogens* establece conexiones temáticas con los efectos *erga omnes* de las obligaciones internacionales. Es necesario aclarar que existe un alto grado de confusión en torno al contenido exacto de cada uno de estos conceptos principalmente porque la definición del artículo 53 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” se basa en las consecuencias derivadas del carácter imperativo de cierto tipo de normas.

⁷⁵ Cfr. ORAKHELASHVILI, Alexander, Peremptory Norms in International Law, *Op. Cit.*, pág. 7.

⁷⁶ Cfr. MAGALLONA, Merlin M., “*The concept of jus cogens in the Vienna Convention on the Law of the Treaties*”, en Philippine Law Journal, *Op. Cit.*, pág. 523.

⁷⁷ Cfr. DÖRR, Oliver, *et al.*, Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary, *Op. Cit.*, pág. 899.

La definición convencional de las normas imperativas omite establecer el contenido de las normas de *ius cogens*; solamente asume su existencia. Sin embargo, esto no significa que los conceptos de *erga omnes* y *ius cogens* se refieran a las mismas materias o que necesariamente uno sea producto del otro.

La expresión obligaciones *erga omnes*, sin calificaciones adicionales, se entiende en la presente investigación como un término equívoco. Las obligaciones *erga omnes* se definen, por un lado, a partir de una sentencia de la Corte Internacional de Justicia y, por el otro, con base en las obligaciones autoexistentes. Ambas aceptaciones son cercanas entre ellas y su diferenciación en técnica legal aporta en la identificación de las normas de *ius cogens* y su impacto en las categorías del derecho internacional público.

La Corte Internacional de Justicia en el caso “*The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*” estableció la definición de las obligaciones *erga omnes* en el *obíter dictum* de la sentencia.⁷⁸ En este sentido, son obligaciones *erga omnes* aquellas oponibles igualmente a todos los Estados sin importar el consentimiento que estos hubieran dado a las mismas.⁷⁹ Al igual que a las normas de *ius cogens*, se define a las obligaciones *erga omnes* por sus efectos

⁷⁸ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*The Barcelona Traction Light and Power Company, Limited*”, Bélgica v. España, sentencia del 5 de febrero de 1970, <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>, párrafos 33 y 34.

⁷⁹ Cfr. RAGAZZI, Maurizio, *The concept of International Obligations Erga Omnes*, S.N.E., Oxford University Press, Nueva York, Estados Unidos de América, 1997, pág. 201.

y no por su elemento objetivo. Contrastan entonces con las consecuencias de las normas interpartes que solo aplican a los entes concurrentes en su formación, es decir, a las obligaciones derivadas de relaciones consensuales. Así, la Corte Internacional de Justicia establece que en derecho internacional existen obligaciones *erga omnes* porque los sujetos internacionales tienen el interés de perpetuar principios fundamentales y prevenir la violación de estos. En consecuencia, de ello deriva que cualquier Estado tenga el derecho a denunciar las violaciones en contra de las obligaciones *erga omnes*.

En el *obíter dictum* del caso referido, la Corte Internacional de Justicia identificó tres características principales de las obligaciones *erga omnes*.⁸⁰

- Son universales en el sentido de que son vínculos jurídicos vinculantes para todos los Estados sin excepción alguna. Esta característica entra en conflicto con la regla general que establece que la comunidad internacional se encuentra conformada por entidades independientes que establecen sus relaciones exclusivamente de manera convencional.⁸¹

⁸⁰ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*The Barcelona Traction Light and Power Company, Limited*”, *Op. Cit.*, párrafo 33.

⁸¹ Cfr. CEBADA ROMERO, Alicia, “*Los conceptos de obligación erga omnes, ius cogens y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos*”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales, Madrid, España, n. 4, junio 2002, pág. 3.

- Son obligaciones solidarias porque se considera que todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección. Así, el concepto *erga omnes* no representa únicamente consecuencias derivadas de relaciones basadas en el consentimiento sino también en efectos jurídicos con relación al contenido material de los compromisos internacionales.⁸²
- Incorporan valores esenciales para la comunidad internacional: no es relevante la amplitud del grupo de sujetos frente a los que se asume el compromiso en cuestión sino el contenido material del mismo.

Ahora bien, las obligaciones *erga omnes*, en términos de las obligaciones autoexistentes, se derivan necesariamente de tratados. Los tratados multilaterales, o acuerdos convencionales, establecen relaciones bilaterales entre cada par de Estados con un contenido uniforme. De manera gráfica es posible entender las obligaciones multilaterales como un radiante que une de manera bilateral a cada uno de los Estados con cada uno de sus pares. El trabajo de Fitzmaurice identificó que estos tratados podían ser de dos tipos: los que concedían beneficios recíprocos y los que requerían de una ejecución integral. Los segundos derivan en lo que Fitzmaurice denominó como

⁸² Cfr. CEBADA ROMERO, Alicia, “*Los conceptos de obligación erga omnes, ius cogens y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos*”, en Revista Electrónica de Estudios Internacionales, *Op Cit.*, pág. 3.

obligaciones autoexistentes, las cuales son vinculantes para todo el mundo y no sólo entre las partes particulares contratantes⁸³.

Las obligaciones autoexistentes se caracterizan por ser indivisibles y absolutas dado a que su operación no depende de la existencia de vínculos contractuales con otros Estados.⁸⁴ Son obligaciones que no operan sobre la base tradicional de la reciprocidad, pero, no obstante permanecen vinculantes como en su origen.⁸⁵ En este sentido, las obligaciones *erga omnes* no se caracterizan por la importancia de los intereses que protege la norma de la que deriva sino por su estructura legal. Estructura que refiere a una indivisibilidad legal del contenido de la obligación, principalmente por el hecho de que la norma en cuestión establece obligaciones que de manera simultánea vinculan a todos y cada uno de los Estados con respecto a los otros.

Como se puede apreciar, la principal diferencia entre las dos interpretaciones de las obligaciones *erga omnes*, es que unas necesariamente derivan de tratados multilaterales y otras no. Así, existen menos obligaciones *erga omnes* en el sentido dado por la Corte Internacional de Justicia que en el de las obligaciones autoexistentes. En principio, las obligaciones *erga omnes* se

⁸³ Cfr. FIZTMAURICE, Gerald, "*Document A/CN.4/107 Rapport in the Law of Treaties*", en *Yearbook of the International Law Commission 1957*, Vol. II, Organización de Naciones Unidas, Nueva York, Estados Unidos de América, 1957, http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_107.pdf&lang=EFS, pág. 54.

⁸⁴ Cfr. RAGAZZI, Maurizio, *The concept of International Obligations Erga Omnes*, *Op. Cit.*, pág. 201.

⁸⁵ Cfr. *Ídem*.

relacionan únicamente con normas de *ius cogens* cuando se les entiende desde la perspectiva de la Corte Internacional de Justicia en tanto a la relación entre la materia-objeto de la obligación y la norma de la cual derivan. La perspectiva de las obligaciones *erga omnes* en atención a las obligaciones autoexistentes se aduce únicamente en relación con la estructura técnica del tratado del que derivan. Se debe entender entonces que el fenómeno de *ius cogens* se vincula con el de *erga omnes* como consecuencia de un contenido en las normas y obligaciones y no como una consecuencia formal.

La Corte Internacional de Justicia, en la sentencia aludida estableció cuatro ejemplos ⁸⁶ de obligaciones *erga omnes*: actos de agresión, genocidio, protección contra la esclavitud, y protección contra discriminación racial. Estos cuatro ejemplos derivan de normas que han sido catalogadas como *ius cogens* en diversos foros. Ello pone de manifiesto que las diferencias teóricas entre los conceptos *ius cogens* y *erga omnes* se hacen menos fuertes en la práctica por lo que incluso pareciera que son conceptos análogos. Sin embargo, esta lista de ejemplos no es exhaustiva y tampoco permite satisfactoriamente afirmar que las normas imperativas invariablemente derivan en obligaciones *erga omnes*.

Comparar y contrastar los conceptos modernos de *erga omnes* y *ius cogens* requiere de una consideración obvia pero vital: *ius cogens* refiere a normas, mientras que *erga omnes* alude a obligaciones. Las normas y las obligaciones

⁸⁶ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*The Barcelona Traction Light and Power Company, Limited*”, *Op. Cit.*, párrafo 34.

son conceptos íntimamente relacionados, pero no por ello son la misma categoría. Se entiende como *norma jurídica* al enunciado gramatical por el que un acto de conducta humana situado en el tiempo y el espacio resulte como un acto de derecho, o un acto contrario a derecho, como producto de una explicitación normativa.⁸⁷ Por otra parte, se entenderá como *obligación* el vínculo jurídico en virtud del cual un individuo es compelido a hacer, no hacer o dar alguna cosa en favor de otra.

Las obligaciones de carácter general contraídas frente a toda la comunidad internacional pueden no derivar de normas imperativas.⁸⁸ Sin embargo, éstas no corresponderían al tipo referido por la Corte Internacional de Justicia porque no serían caracterizadas por incorporar valores esenciales para la comunidad internacional. El concepto de las obligaciones *erga omnes*, en el sentido del caso "*The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*", refuerza la protección a los valores fundamentales considerados en las normas de *ius cogens* al permitir a terceros Estados poner presión en las partes de un tratado que en conflicto con normas de *ius cogens* en aras de hacerles desistir de ejecutarlo.⁸⁹ De esta forma, el vínculo natural entre las normas de *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes* reside en la existencia de valores fundamentales

⁸⁷ Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, *Op. Cit.*, pág. 17.

⁸⁸ Cfr. CEBADA ROMERO, Alicia, "*Los conceptos de obligación erga omnes, ius cogens y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos*", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, *Op. Cit.*, pág. 5.

⁸⁹ Cfr. RAGAZZI, Maurizio, *The concept of International Obligations Erga Omnes*, *Op. Cit.*, pág. 206.

para la comunidad internacional, los cuales esta misma establece formas de protección tanto convencional como consuetudinaria.

Las obligaciones derivadas de normas imperativas, que pudieran ser calificadas *erga omnes* en lo general, corresponden de manera particular a las obligaciones *erga omnes* establecidas en el caso "*The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*". Las obligaciones *erga omnes* a la luz de este caso necesariamente son universales, solidarias e introducen la protección valores fundamentales para la comunidad internacional. Si bien las normas de *ius cogens* derivan en relaciones jurídicas interpartes, también es cierto que sus efectos se materializan en obligaciones *erga omnes* en relación con los principios que estas protegen.

Capítulo 2. La identificación de las normas de *ius cogens*.

A casi 50 años de la aprobación de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” sigue sin ser claro cuáles son las normas imperativas de derecho internacional general. Lo anterior, de forma general es atribuido a la inactividad estatal en la creación de un un catálogo exhaustivo de normas de *ius cogens*.⁹⁰ Sin embargo, es necesario considerar que se toma a la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” como una referencia para la definición de normas de *ius cogens* en virtud de que es el único instrumento positivo contemporáneo en el cual este fenómeno se regula de manera positiva. No obstante, la falta de identificación de estas normas no es una consecuencia directa de la inactividad estatal o de la definición aportada por la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, sino del entendimiento de los criterios con los que identifica este tipo de normas.

La idea de establecer un catálogo normas imperativas contraviene el espíritu de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, y al mismo concepto de *ius cogens*, ya que sería tanto como restringir la noción en comento a un registro cerrado de disposiciones como límite de la voluntad contractual de los Estados. Empero, la seguridad jurídica de saber qué normas son *ius cogens* es esencial para una correcta aplicación del precepto. Un catálogo cerrado no trasciende en la aplicación de este tipo de normas si su

⁹⁰ Cfr. ORAKHELASHVILI, Alexander, Peremptory Norms in International Law, S.N.E., *Op. Cit.*, pág. 40.

composición significa la exclusión de normas que potencialmente pudieran ser reconocidas como tales.

La presente tesis propone como solución el desarrollo de un método de identificación de normas imperativas. Dicho método se denominará *Modelo de Identificación Objetiva de Normas de Ius Cogens* o *Modelo*, indistintamente. En el presente capítulo se explica dicho método, el cual es elaborado con base a la teoría de conjuntos y cinco *Criterios de Identificación*; tres derivados del artículo 53 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” y dos definidos a partir de los comentarios a la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” hechos por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Sin embargo, como se abordará más adelante, este *Modelo* propone replantear el contenido e interpretación clásica de los mencionados criterios, así como a reconsiderar el contenido deseado en las normas objeto de análisis de conformidad con la definición de *ius cogens* propuesta en el capítulo anterior.⁹¹

El *Modelo de Identificación Objetiva de Normas de Ius Cogens* propuesto, además de identificar las normas de *ius cogens*, señala normas de derecho internacional general que responden a la intersección dos, tres o cuatro de los *Criterios de Identificación*. En este sentido, el *Modelo* demuestra la existencia de normas de derecho internacional general cuyas naturalezas son en diverso

⁹¹ Véase *Supra*, pág. 7.

grado semejantes a aquéllas identificadas como imperativas. Esto es, normas de derecho internacional general de características similares a las de *ius cogens* que podrían, o no, constituir nuevas categorías de normas en el derecho internacional general.

Si bien el *Modelo de Identificación Objetiva de Normas de Ius Cogens* en la presente tesis es desarrollado y posteriormente aplicado de manera específica a la *Cláusula Martens*, es importante resaltar que es una propuesta que busca identificar normas de *ius cogens* de forma general. En este sentido, el *Modelo* puede ser utilizado para categorizar normas que se conjeture sean de *ius cogens*, como por ejemplo la prohibición de la violencia sexual como arma de guerra. Más importante aún, es el hecho de que el *Modelo* también sirve para determinar objetos de derecho internacional general cercanos a las normas de *ius cogens*, los cuales al evolucionar podrían en un futuro también ser clasificados como normas imperativas.

El presente capítulo se compone de tres secciones: la primera que desarrolla el contenido de los cinco criterios de identificación; la segunda en la que se presenta el *Modelo de Identificación Objetiva de Normas de Ius Cogens* y se incluye la metodología de identificación, las categorías derivadas y la comprobación del mismo; y por último el método de aplicación del *Modelo* y sus alcances.

2.1. Los *Criterios de Identificación*.

Como se expresó anteriormente, el artículo 53 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” define el concepto de *ius cogens* a partir de sus consecuencias. Por ello, doctrinalmente se decidió que esta definición fuera complementada con los comentarios de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. En este sentido, la definición actualmente aceptada del concepto de normas imperativas se conforma tanto por la disposición normativa como por una interpretación institucional.

Para el objeto de la presente investigación, se nominará como *Criterios Objetivos* a las características derivadas del artículo 53 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” por definir la condición positivista de las normas imperativas de derecho internacional y estar determinados en un instrumento internacional. Por otra parte, los criterios producto de los comentarios de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas serán nominados como *Criterios Subjetivos* en virtud de que son categorías elaboradas a partir de un ejercicio de interpretación. Colectivamente, a los cinco criterios, se les denominará *Criterios de Identificación*.

2.1.1. Los *Criterios Objetivos*.

El artículo 53 establece tres características que, para los efectos de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, una norma deberá

contener para ser reconocida como imperativa: la aceptación y reconocimiento de la comunidad internacional; la no admisión de acuerdos en contrario; y, la modificación únicamente por norma ulterior del mismo carácter. La “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” de ninguna forma es exhaustiva en la explicación, definición y aplicación del concepto de *ius cogens*. Sin embargo, es un instrumento que establece estándares aceptados de forma general en el paradigma legal actual.

La presente investigación considera el contenido del artículo 53 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” como una mera guía que no puede ser obviada en virtud de la estructura moderna del derecho internacional. En este sentido, el arquetipo del *Modelo* no considera a los *Criterios Objetivos* como base de las afirmaciones que pudieran derivar del mismo pero como un reflejo de la comprensión contemporánea del concepto de *ius cogens*. Si bien la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” codifica fenómenos al tiempo que adolece de entendimiento y definiciones apropiadas de los mismos, lo cierto es que no por ello deja de establecer pautas generales de entendimiento común sobre estos.

2.1.1.1. Aceptación y reconocimiento de la comunidad internacional.

Para que una norma sea clasificada como imperativa, acorde con el artículo 53 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, esta deberá ser aceptada y reconocida como tal por la comunidad internacional. En este

sentido, la disposición referida considera dos conceptos los cuales es necesario definir de manera individual: primero las nociones de *aceptación* y *reconocimiento*; y en segundo lugar el concepto de *comunidad internacional*. Al efecto, estos dos conceptos, una vez analizados independientemente, se estudiarán en conjunto en virtud de que configuran elementos de un solo *Criterio Objetivo*.

El artículo 53 describe el concepto de *ius cogens* a partir de dos verbos que se reflejan en el artículo 38 del “Estatuto de Roma de la Corte Internacional de Justicia”: *aceptar* y *reconocer*. El Estatuto establece que la práctica estatal debe ser aceptada como ley y los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.⁹² Al entender las normas de *ius cogens* desde el plano consuetudinario, la aceptación y reconocimiento de los Estados como comunidad establecen un doble criterio de consentimiento en tanto que aclaran que una norma imperativa deriva su fuerza legal más allá de la práctica estatal por sí misma. Por otra parte, al considerar las normas de *ius cogens* en un plano convencional, el reconocimiento y aceptación de una norma como imperativa materializa la función principal del artículo 53 para superar el principio *pacta tertiis nec nocet nec prosunt* que establece que un tratado obliga solo a las partes sin crear obligaciones para con terceros.⁹³

⁹² Artículo 38.1, “Estatuto de la Corte Internacional de Justicia”, Nueva York, Estados Unidos, 26 de junio de 1945, D.O.F. 17 de octubre de 1945, en CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php>.

⁹³ Cfr. DÖRR, Oliver, *et al.*, Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary., *Op. Cit.*, pág. 920.

En términos del artículo 53 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, las acciones de aceptar y reconocer a una norma como imperativa son una expresión y reafirmación de voluntad estatal con efectos legales sobre la calidad misma de las normas. Sin embargo, ni el artículo en comento ni el “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional” establecen de manera práctica cómo se deben ejecutar estas acciones para que la voluntad estatal sea claramente reconocida.

Por otra parte, la noción *comunidad internacional* es un término equívoco tanto en el estudio de las relaciones internacionales como en el derecho internacional. La palabra *internacional* por sí misma es objeto de debate en tanto a que puede implicar desde las relaciones de una nación o Estado con otra de su igual condición, hasta cualquier tipo de actividades y acontecimientos que trasciendan las fronteras estatales. Así, la noción de *comunidad internacional* debe ser considerada desde su dimensión tanto legal como política en la modernidad.

El uso del concepto *comunidad internacional* de manera legal fue establecido por la Corte Permanente de Justicia Internacional en tres decisiones. En el año 1927 la Corte, en el caso “*Lotus*”, definió el término *principios de derecho internacional* al establecer que éstos únicamente podrían significar derecho internacional en virtud de que son aplicados a todas las nacionales

pertencientes a una comunidad de Estados.⁹⁴ Más adelante, en la opinión consultiva “*Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder*” de 1929, la Corte Permanente de Justicia Internacional introdujo el término *comunidad de intereses de los Estados* con base en el cual definió que se creaban las bases para un derecho común.⁹⁵ Por último, en 1930 en la opinión consultiva denominada “*The Greco-Bulgarian ‘Communities’*”, la Corte estableció que la idea de una *comunidad internacional* no se relaciona con una ficción legal en tanto a que su existencia depende de hechos concretos que además establecen relaciones entre los individuos que las conforman.⁹⁶

Como se observa de la relación de casos anteriormente presentada, la Corte Permanente de Justicia Internacional refinó el concepto de *comunidad internacional* al establecer que su dimensión legal se limita por tres hechos: en primer lugar, aplica únicamente a las relaciones interestatales; en segundo lugar, se relaciona con la definición de derecho internacional entendiendo a este como la regulación de las relaciones entre Estados independientes; y en tercer lugar, no da lugar a la participación de individuos y organizaciones internacionales. Ahora bien, las implicaciones de esta dimensión pueden ser

⁹⁴ Cfr. CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA, “S.S. *Lotus*”, Francia v Turquía, serie A, n. 10, 7 de septiembre de 1927, http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf, pág. 16.

⁹⁵ Cfr. CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA, “*Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder*”, Opinión Consultiva, serie A, n. 23, 10 de septiembre de 1929, http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_23/74_Commission_internationale_de_l'Oder_Arret.pdf, pág. 27.

⁹⁶ Cfr. CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA, “*The Greco-Bulgarian ‘Communities’*”, Opinión Consultiva, serie B, n. 17, 31 de agosto de 1930, http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_17/01_Communautes_greco-bulgares_Avis_consultatif.pdf, pág. 25.

entendidas contractualmente en tanto a que la naturaleza misma de la comunidad, como es entendida por la Corte Permanente de Justicia Internacional, muestra que las relaciones son lazos de solidaridad que conllevan derechos y obligaciones mutuas para los individuos que la conforman.⁹⁷

Ahora bien, políticamente el concepto puede ser entendido desde tres tradiciones identificadas por Hedley Bull.⁹⁸ En primer lugar, la tradición *Hobbesiana* o realista establece a los Estados como en permanente conflicto. La tradición opuesta, en segundo lugar, es la *Kantiana* o universalista con base en la cual la figura del Estado no es central sino que se resalta el trabajo de la sociedad civil, la cooperación internacional y las organizaciones no gubernamentales. En medio de estos dos modelos, se ubica la tradición *Grociana* o internacionalista, dividida en dos ramas: la *Vatteliana* y la *Neo-grociana*. La perspectiva *Vatteliana* refiere al sistema de Westphalia común al derecho internacional clásico en el que los Estados son individuos con intereses particulares quiénes cooperan excepcionalmente. En contraste, la perspectiva *Neo-grociana* se refiere a un sistema en el cual el compromiso de los Estados por tener intereses comunes es tal que se materializa en valores y, especialmente, instituciones universales.

⁹⁷ Cfr. CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA, “*The Greco-Bulgarian ‘Communities’*”, *Op. Cit.*, pág. 25.

⁹⁸ Cfr. SIMMA, Bruno, *et al*, “*The ‘International Community’: facing the challenge of globalization*”, en European Journal of International Law, Oxford University Press, Oxford, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, vol. 9, n. 2, 1998, págs. 269 - 271.

Es necesario señalar que la clasificación de Bull es ideal. En este sentido, su descripción responde parcialmente a la realidad fáctica de las relaciones internacionales actuales. La modernidad se ha caracterizado tanto por la intensificación en las diferencias del desarrollo de las naciones así como por la importancia de las relaciones interestatales. El resultado de ello ha sido una *integración diferenciada*, o inequitativa, en la cual los niveles de interdependencia han aumentado, no solo en el ámbito comercial sino también en la construcción política, social y legal internacional.⁹⁹ Así, las categorías de Bull son aplicables de manera regional y no general. Por ejemplo, se puede hablar de una comunidad internacional *Neo-grociana* al analizar la Unión Europea, en tanto a que apunta a una homogeneización de la sociedad reconocida como europea mediante valores e instituciones comunes; mientras que las relaciones entre India y Paquistán son mejor encuadradas en el modelo *Hobbesiano*, por caracterizarse estar en constante conflicto.

De los pronunciamientos de la Corte Permanente de Justicia Internacional, así como la clasificación de Bull, es posible establecer como definición propia que el concepto de *aceptación y reconocimiento de la comunidad internacional* refiere necesariamente a dos condiciones. Desde el punto de vista legal, es necesaria la existencia de obligaciones y derechos recíprocos entre los miembros de la comunidad. Desde el plano político, debe existir un mínimo de

⁹⁹ Cfr. BUZAN, Barry, *et al*, "The global transformation: the nineteenth century and the making of modern international relations" en International Studies Quarterly, International Students Association, vol. 57, n. 3, septiembre de 2013, págs. 620-634.

cooperación entre los individuos miembros. Más aún, es erróneo considerar a la comunidad internacional meramente como un conjunto de Estados, de individuos u organizaciones. En este sentido, además de cumplir con las dos condiciones, el concepto de comunidad internacional podrá incluir a los actores no estatales en su definición.

El artículo 53 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” plantea un modelo de interacción interestatal que se inclina a la perspectiva *Kantiana* ya que vincula las normas a una aprobación consensuada. La comunidad internacional se configura entonces como un ente legislador.¹⁰⁰ La negociación referente consideró incluir la palabra *conjunto* en el artículo al argumentar que “...ningún Estado en lo individual debería tener derecho al veto.”¹⁰¹ En este sentido, durante la conferencia también se consideró que esta palabra necesariamente debería significar una *voluntad mayoritaria*.¹⁰² La controversia, sin embargo, es que la interpretación literal de la expresión *en su conjunto* no da lugar para este entendimiento incluyente.¹⁰³

¹⁰⁰ Cfr. DÖRR, Oliver, *et al.*, Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary., *Op. Cit.*, pág. 910.

¹⁰¹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, United Nations Conference on the Law of Teatries, First Session. Vienna, 26 March - 24 May 1968, Official Records, Nueva York, Estados Unidos, 1969, http://legal.un.org/diplomaticconferences/lawoftreaties-1969/1st_sess_e.html, pág. 471.

¹⁰² Cfr. *Ibidem*, pág. 472.

¹⁰³ Cfr. *Idem*.

El concepto de *comunidad internacional* en términos del artículo 53 sin lugar a dudas es una de las características más endebles de la noción de *ius cogens* moderna. Aún cuando mediante diversas instituciones y órganos, tales como la Organización de Naciones Unidas, se aspira a una igualdad y cooperación permanente, la realidad es que el poder de negociación política y diplomática de las naciones, que deriva en el poder de aceptación y reconocimiento de normas, no es equitativo. De esta manera, una norma de derecho internacional general cumplirá con el primer *Criterio Objetivo* cuando una mayoría de Estados exprese y reafirme su voluntad con efectos legales sobre la misma. Esto es, cuando una hegemonía declare que una norma de derecho internacional público tiene consecuencias materiales.

2.1.1.2. No admisión de acuerdo en contrario.

Contrariar una norma de *ius cogens* resulta en la nulidad del tratado que contenga la norma en conflicto. A su vez, establece responsabilidad para todas las partes sin importar si hubieran ejecutado actos que en efecto violentaran obligación alguna en virtud de la existencia de una norma de *ius cogens*.¹⁰⁴ La no admisión de acuerdo en contrario, establecida en el artículo 53 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, es una característica que por consecuencia enfrenta el problema del conflicto de normas y divide en partes iguales la responsabilidad de los Estados.

¹⁰⁴ Cfr. DÖRR, Oliver, *et al.*, Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary. *Op. Cit.*, pág. 916

En principio, una de las diferencias más importantes entre las normas generales de derecho internacional y las normas de *ius cogens* es que las primeras son objeto de derogación y las segundas no. Sin embargo, esto no significa que constantemente existan razones válidas para derogar normas generales de derecho internacional. En cambio, significa nunca se encuentran razones para contravenir a las normas de *ius cogens*. La derogabilidad se entiende entonces como una propiedad dependiente del contexto en el cual se da¹⁰⁵ y más aún, responde a la noción de la importancia metajurídica del contenido de las normas imperativas.

Algunas reglas de derecho internacional general son más susceptibles de ser derogadas que otras. En primer lugar, una norma será derogada por otra en consideración del estado factual de los asuntos que prevalezcan en el caso. Aún más importante, si una norma es derogable dependerá en particular de la norma con la que se encuentre en conflicto. En consecuencia, la derogabilidad de una norma es relativa en tanto que algunas normas tienen una eficacia más demostrable o materializable que otras. Así, la normatividad del derecho internacional también es relativa, lo cual es consecuente con su construcción moderna en virtud de que es un instrumento reactivo ante escalas axiológicas diversas.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Cfr. LINDERFALK, Ulf, “*What’s so special about Jus Cogens? - On the difference between the Ordinary and the Peremptory International Law*”, *Op. Cit.*, pág. 13.

¹⁰⁶ Cfr. *Ibidem*, pág. 15.

Ahora bien, en la práctica del derecho internacional, la derogación es la regla general y no la excepción dado a que se caracteriza por tener una multiplicidad de legisladores que pueden cambiar el contexto legal en diversas formas.¹⁰⁷ La “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” aborda este hecho mediante el artículo 30 al adoptar la regla general de conflicto de normas *lex posterior derogat legi priori*, en cuyo contexto el derogar, o aceptar acuerdo en contrario, significa *prevalecer* en el sentido de la no aplicación a la norma anterior. Esto es, por regla general se da un privilegio al producto más reciente en el tiempo dado a que aun cuando la validez legal de la norma anterior no es afectada, ésta permanece como inaplicable mientras se encuentre en conflicto con la norma subsecuente. Lo anterior es igualmente aplicable ante la especialización de normas contenidas en los tratados, *lex specialis derogat legi generali*, aún cuando la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” no trata dicha hipótesis. El hecho de que una norma de *ius cogens* no admita acuerdo en contrario asegura el cumplimiento de las mismas en el tiempo y frente a la especialización en la materia que corresponda.

Una norma de derecho internacional general cumple con el segundo *Criterio Objetivo* para ser considerada como una norma imperativa si es una disposición que no sea objeto de derogación y su violación divida en partes iguales la responsabilidad de los Estados parte de un tratado que la contenga.

¹⁰⁷ Cfr. DÖRR, Oliver, *et al.*, Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary., *Op. Cit.*, pág. 916.

2.1.1.3. Modificación, únicamente, por norma ulterior del mismo carácter.

El artículo 53 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” en su parte final establece que la modificación de las normas de *ius cogens* solamente puede ocurrir por una norma ulterior del mismo carácter. Las nuevas normas imperativas de derecho internacional pueden emerger de manera gradual con base en las dos condiciones anteriormente analizadas y establecidas en el artículo 53 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”. Al efecto, el artículo 64 positiviza la posibilidad del *ius cogens superveniens* al establecer la anulabilidad de los tratados que le contravengan. Y de manera indirecta, este tipo de normas, al vincularlas con el artículo 53, son las únicas disposiciones que modifican o derogan a las normas de *ius cogens*. Las normas de *ius cogens superveniens* se relacionan con dos fenómenos importantes para las normas de *ius cogens* en lo general: la temporalidad y la jerarquización.

En primer lugar, las normas imperativas supervenientes implican de manera tácita que son normas emergentes posteriormente en el tiempo a la identificación de una norma de *ius cogens* previa. Si esto se visualizara de manera gráfica sobre una recta del tiempo, las normas de *ius cogens* se encontrarían más a la izquierda, donde se encontraría el pasado, mientras que las normas de *ius cogens superveniens* se localizarían a la derecha. Sin embargo, este es un problema en tanto a que, como se ha argumentado a lo largo de esta investigación, no se tiene certeza sobre cuáles son las normas

actualmente identificadas como *ius cogens*. En este sentido, no sería posible declarar a una norma como *ius cogens supervenins* porque no se sabría a qué norma de *ius cogens* ha superado o modificado.

Por otra parte, como se ha explicado anteriormente, uno de los efectos metaconvencionales de las normas de *ius cogens* es la jerarquización de normas en el orden internacional. Así, las normas de *ius cogens* en el sistema de derecho internacional las normas imperativas rompen con la horizontalidad de este en virtud de que su contenido es intrínsecamente superior al de otras normas. Por lo tanto, las normas de *ius cogens* se configuran como las limitantes para el contenido del resto de disposiciones en el sistema. Consecuente a este efecto, una norma de *ius cogens* no puede ser modificada o derogada por alguna otra inferior a ella.

En este sentido, para efectos de la presente investigación se considerará que la disposición práctica del artículo 53 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, en tanto a la modificación de normas imperativas, se relaciona con la jerarquía de normas y no únicamente con la existencia o aplicación de normas *ius cogens supervenins*. Así, una norma cumplirá con el tercer *Criterio Objetivo* cuando efectivamente ocupe una posición superior en la jerarquía de normas internacionales por su contenido material intrínseco.

2.2.1. Los *Criterios Subjetivos*.

La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas comentó, en el reporte presentado a la Asamblea General en relación con el artículo 50 del proyecto de artículos de 1966, considerar apropiado “*establecer en términos generales que un tratado es nulo si es incompatible con una norma de ius cogens y dejar que el contenido de esta norma se forme en la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales internacionales*”.¹⁰⁸ Lo anterior, en principio porque la Comisión consideraba que aún había margen para que el concepto de *ius cogens* siguiera desarrollándose y, en segundo lugar, porque estimó que no se podrían elaborar disposiciones detalladas sobre el *ius cogens* hasta que hubiera una práctica relativa más desarrollada. En el mismo reporte, la Comisión incluso se negó a establecer ejemplos de las normas que pudieran ser consideradas como *ius cogens* en tanto a que esto podría derivar en un malentendido en referencia con la posición que se guardaría con los casos no mencionados, así como por la posibilidad de encontrarse en un estudio prolongado de asuntos que no correspondían al artículo.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Cfr. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “*Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries*”, en *Yearbook of the International Law Commission 1966, Vol. II*, Editado por Organización de Naciones Unidas, Nueva York, Estados Unidos, 1967, http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/1960_1969.shtml, pág 248.

¹⁰⁹ Cfr. *Ídem*.

En el año 2001 la posición de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas se mantuvo en cuanto a no ofrecer ejemplos de normas de *ius cogens*. Sin embargo, estableció que las obligaciones derivadas de estas normas prohibían lo que ha llegado a considerarse como intolerable porque representa una amenaza para la supervivencia de los Estados y sus pueblos y los valores humanos más fundamentales.¹¹⁰ Se señaló, también, que es aceptado generalmente el carácter imperativo de ciertas normas, el cual es necesariamente confirmado por desiciones de órganos judiciales y la voluntad de los Estados. Estas aseveraciones son clave en el reconocimiento objetivo de las normas de *ius cogens*.

Recientemente, en el 66º periodo de sesiones de la Comisión, se acordó estudiar las normas de *ius cogens* como una fuente de derecho internacional a fin de definir el ámbito de aplicación y los límites de las mismas. El examen de la Comisión, según su propuesta de estudio,¹¹¹ podría centrarse en cuatro temas relacionados con las normas de *ius cogens*: naturaleza, requisitos de identificación, catálogo ilustrativo de normas, y consecuencias o efectos. Respecto los criterios de identificación, el anexo al reporte de la 66ª sesión adelantó que la Comisión considera que los requisitos ya son establecidos en

¹¹⁰ Cfr. FLORABEL QUISPE, Remón, “*Las normas de ius cogens: ausencia de catálogo*”, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, Universidad de Navarra, Navarra, España, vol. 28, 2012, pág. 157.

¹¹¹ Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, “*Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 66º período de sesiones (5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2014)*”, Nueva York, Estados Unidos de América, 2014, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/134/65/PDF/G1413465.pdf?OpenElement>, pág. 301.

el artículo 53; sin embargo, existe un margen para considerar elementos para indicar que una norma es *ius cogens*. Hasta el momento, la Comisión simplemente se ha referido a decisiones de la Corte Internacional de Justicia y declaraciones estatales como estos elementos adicionales.

De conformidad con los comentarios de la Comisión de Derechos Internacional de las Naciones Unidas, se considerarán como *Criterios Subjetivos* la práctica de los Estados y la jurisprudencia internacional. Es importante resaltar que el *Modelo* y los *Criterios Subjetivos* deberán ser ajustados cuando la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas emita sus opiniones respecto a las normas de *ius cogens*. Sin lugar a dudas, el hecho de que la Comisión hubiera decidido abordar este tema como estudio a profundidad denota la importancia y necesidad de contar con un modelo de identificación objetivo de normas de *ius cogens*.

2.2.1.1. Práctica de los Estados.

El concepto de *práctica de los Estados* o *práctica estatal* refiere al comportamiento estatal en relación con un asunto específico que equivalga a la acción directa de, o tiene un efecto directo en, el Estado cuyo comportamiento está en cuestión.¹¹² La *práctica estatal* consiste entonces en actos

¹¹² Cfr. WEISBURD, A. Mark, “*The International Court of Justice and the concept of State Practice*”, en Journal of International Law, University of Pennsylvania Law School, Filadelfia, Pensilvania, vol. 31, 2009, pág. 303.

“... materiales y detectables que pueden formar una red de precedentes en la cual es posible observar un patrón de conducta”¹¹³ los cuales pueden configurarse por acción u omisión. Aún cuando sea obvio, es necesario aclarar que para que un acto sea calificado como *práctica estatal* necesariamente debe ser atribuible a un ente que sea reconocido como Estado.

Por ello, al examinar estas conductas es necesario considerar las acciones de todas las ramas de gobierno así como las conductas estatales *de facto* que corresponden a los individuos o entidades que pudieran ser considerados como estatales a la luz del derecho internacional aún cuando no lo fueran conforme a legislación nacional. La práctica estatal juega un papel importante en el derecho internacional en virtud de que los Estados son actores principales así como elementos base para la interpretación de normas internacionales.¹¹⁴

Todo acto estatal es potencialmente un acto legislativo en el sistema internacional.¹¹⁵ La expresión de los actos que conforman la práctica estatal se manifiesta en múltiples acciones. Acorde con la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, existen diversos modos y medios por los

¹¹³ Cfr. WOOD, Michael, “*Document A/CN.4/672 Second report on identification of customary international law*”, 22 de mayo de 2014, <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/672>, págs. 15 y 16.

¹¹⁴ Cfr. Artículos 31.3(b) y 32, “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, *Op. Cit.*

¹¹⁵ Cfr. WOOD, Michael, “*Document A/CN.4/672 Second report on identification of customary international law*”, *Op. Cit.*, pág. 19.

que la práctica de los Estados puede ser documentada.¹¹⁶ Una lista no exhaustiva de estos materiales fue desarrollada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1950;¹¹⁷ la cual incluye:

- Derecho interno
- Desiciones de los tribunales nacionales
- Actos de la rama ejecutiva de los Estados,
- Actitudes diplomáticas
- Práctica diplomática.

Asimismo, la inacción o *práctica negativa de los Estados*¹¹⁸ también puede ser considerada como práctica en especial cuando puede ser calificada o percibida como aquiescencia. Ninguna de estas formas de documentación goza de una mayor jerarquía que las otras; sino que su valor depende del contexto en el que se analice. Asimismo, no existe un requerimiento específico en relación con la duración o lo reiterado que debe ser un acto para ser considerado *práctica*

¹¹⁶ Cfr. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “*Document A/CN.4/659. Formation and evidence of customary international law. Elements in the previous work of the International Law Commission that could be particularly relevant to the topic. Memorandum by the Secretariat*”, 14 de marzo de 2013, <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/659> pág. 14.

¹¹⁷ Cfr. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, Yearbook of the International Law Commission 1950, Vol. II, Organización de Naciones Unidas, Nueva York, Estados Unidos de América, 1957, http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1950_v2.pdf&lang=E, pág 368.

¹¹⁸ Cfr. WOOD, Michael, “*Document A/CN.4/672 Second report on identification of customary international law*”, *Op. Cit.*, pág. 26.

*estatal*¹¹⁹; no se trata de una fórmula cuantitativa sino de la representación que tiene el acto en sí mismo.¹²⁰

La *práctica estatal*, sin embargo, es difícil de comprobar de manera inmediata por dos razones. La primera es que parte de estas acciones son clasificadas por lo que no son del conocimiento público al menos por algún tiempo.¹²¹ La segunda, es que los múltiples órganos de un mismo Estado no siempre mantienen una posición consistente entre ellos. Al respecto, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas ha sugerido diversas formas de hacer la práctica estatal más fácilmente disponible, entre las que resaltan la publicación de digestos de la correspondencia diplomática.¹²² Asimismo, estas dificultades han sido solventadas en buena medida porque la intensidad actual de las relaciones internacionales hace que la práctica estatal sea mejor conocida así como las constantes publicaciones de la Organización de Naciones Unidas de información suministrada por gobiernos locales.¹²³

La *práctica de los Estados* deriva en costumbre cuando esta es común, consistente y concordante; además de haber sido aceptada como derecho al ser complementada con el carácter subjetivo de la costumbre. Sin embargo, los

¹¹⁹ Cfr. WOOD, Michael, “*Document A/CN.4/672 Second report on identification of customary international law*”, *Op. Cit.*, pág 42.

¹²⁰ Cfr. *Ibidem*, pág 37.

¹²¹ Cfr. *Ibidem*, pág. 34.

¹²² Cfr. WOOD, Michael, “*Document A/CN.4/695 Fourth report on identification of customary international law*”, 8 marzo de 2016, <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/695>, pág. 16.

¹²³ Cfr. *Ibidem*, págs. 16 y 17.

conceptos *ius cogens*, *práctica estatal* y *costumbre internacional* no son intercambiables. La *práctica estatal*, entendida como el comportamiento de los entes estatales como autónomos, es un elemento que forma parte de los otros dos. Todas las normas de *ius cogens* son parte de la *costumbre internacional* en tanto a la adopción de estas por parte de los Estados, pero no todo el derecho consuetudinario internacional nace de las normas imperativas. Los Estados pueden establecer *costumbre* por la promulgación de tratados y normas en conflicto, pero las normas de *ius cogens* son inderogables.

Así, una norma de derecho internacional general será parte de la *práctica estatal* cuando existan actos u omisiones atribuibles a un Estado en los términos anteriormente analizados.

2.2.1.2. Jurisprudencia internacional.

Para los efectos de la presente investigación se considerarán como *Criterio de Identificación* únicamente las sentencias emitidas por la Corte Internacional de Justicia. Esto en tanto a que es el único tribunal internacional cuya jurisdicción no está limitada a una materia en específico. La noción de *ius cogens* es internacional, por lo que los pronunciamientos de órganos regionales o especializados al respecto deben ser omitidos en las consideraciones de identificación.

Se excluyen tanto a la Corte Penal Internacional, como al Tribunal Internacional del Derecho del Mar por estar especializados en un ámbito específico. De igual manera no se considerarán los tribunales penales *ad hoc*, como son el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda y el Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales. Los tribunales internacionales de administración de justicia de la Organización de Naciones Unidas, Tribunal Administrativo, Tribunal Contencioso-Administrativo y el Tribunal de Apelaciones, tampoco serán considerados por ser un sistema de justicia interna de la misma organización. Y, por último, los tribunales regionales, tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia Andino o la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, por ser instancias judiciales específicas para una región determinada. Las normas reconocidas como *ius cogens* son esencialmente universales, no regionales, por lo cual en la presente investigación se considera que no son instancias que puedan reconocer normas imperativas de derecho internacional como *Criterios Subjetivos*.

En la práctica, las decisiones de la Corte Internacional de Justicia son de crucial importancia ya que “... *establecen costumbre internacional, definen el alcance y contenido de las normas de derecho internacional y promueven la evolución de nuevos conceptos en esta rama.*”¹²⁴ De 1969 a la fecha, la Corte Internacional

¹²⁴ CASSESE, Antonio, International Law, *Op. Cit.*, pág. 130.

de Justicia ha considerado reiteradamente el concepto *ius cogens* en diversos pronunciamientos, como por ejemplo en los siguientes casos:

- “*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*.”¹²⁵
- “*Arrest Warrant*.”¹²⁶
- “*Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002)*.”¹²⁷
- “*Jurisdictional Immunities of the State*”¹²⁸

Así, la Corte ha invocado diversas nociones como *elementales consideraciones de la humanidad, principios de obligan a los Estados al margen de todo vínculo convencional, los intereses de la humanidad en general, y carácter fundamental*, al destacar la superioridad de estos planteamientos frente otras normas.¹²⁹ Incluso autores como Ian Brownlie han propuesto catálogos de normas de *ius cogens* considerado la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia.

¹²⁵ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*”, Nicaragua v. Estados Unidos de América, sentencia del 27 de junio de 1986, <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>, párrafo 14.

¹²⁶ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Arrest Warrant*”, República Democrática del Congo v. Bélgica, sentencia del 14 de febrero de 2002, <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8126.pdf>, párrafo 3.

¹²⁷ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002)*”, República Democrática del Congo v. Rwanda, jurisdicción de la corte y admisión, del 3 de febrero de 2006, <http://www.icj-cij.org/docket/files/126/10435.pdf>, párrafo 99

¹²⁸ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Jurisdictional Immunities of the State*”, Alemania v. Italia, interviene Grecia, sentencia del 3 de febrero de 2012, <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf>, párrafo 99.

¹²⁹ Cfr. FLORABEL QUISPE, Remón, “*Las normas de ius cogens: ausencia de catálogo*”, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, Op. Cit., pág. 162.

Ahora bien, no es posible establecer que la Corte Internacional de Justicia cree normas de *ius cogens* porque, como se ha argumentado anteriormente, el ente legislador de las mismas es la comunidad internacional. Sin embargo, el artículo 66 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” establece un procedimiento ante la Corte Internacional de Justicia en virtud del cual se podrán resolver controversias relativas a la aplicación o interpretación de los artículos 53 y 64, relativos a las normas de *ius cogens*. Esto es, la Corte Internacional de Justicia se encuentra en capacidad de reconocer, no de crear, normas imperativas de derecho internacional general.

Para los efectos del *Modelo* propuesto en la presente investigación, la jurisprudencia internacional, será considerada en tanto a que la norma en cuestión de identificación hubiera sido pronunciada por la Corte Internacional de Justicia como una imperativa de derecho internacional general.

2.2. Modelo de Identificación Objetiva de Normas de *Ius Cogens*.

Es posible identificar normas imperativas de derecho internacional con base en las consideraciones a su naturaleza, los *Criterios de Identificación* establecidos en el artículo 53 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” y los comentarios realizados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Esto significa que las normas categorizadas como *ius cogens* deberán cumplir con tres requisitos: primero, el enunciado a clasificar necesariamente debe ser una norma jurídica de derecho internacional;

segundo, debe ser la intersección de los cinco *Criterios de Identificación*; y tercero, debe atender a las condiciones axiológicas efectivas en la temporalidad de análisis. En particular, si el enunciado analizado es tal que no todos *Criterios de Identificación* convergen, se está ante una norma de diferente categoría del universo de normas de derecho internacional público.

La existencia de estas diferentes categorías aborda una de las problemáticas principales para identificar las normas de *ius cogens*: existe una multiplicidad de entes normativos en el derecho internacional general muy cercanos a las características de las normas imperativas pero con tenues diferencias a estas. Esto es, en el universo de normas de derecho internacional general, no solamente existen las normas de *ius cogens* sino otras tantas mas que, hasta el momento, la ciencia jurídica no ha determinado o nominado. Así, se propone un modelo que además de identificar las normas de *ius cogens* también permita dilucidar las características de las categorías circundantes a las normas imperativas a fin de separar las unas de las otras.

El *Modelo de Identificación Objetiva de Normas de Ius Cogens* que se propone en el presente trabajo no se limita a los *Criterios de Identificación*. La complejidad que implica establecer requisitos de identificación para las normas de *ius cogens* es una problemática en evolución, como el derecho mismo. Por esto, el *Modelo* propuesto no descarta que en un futuro, el cual podría ser cercano en consideración de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, las categorías utilizadas para reconocer

normas de *ius cogens* pudieran cambiar debido a la inclusión de nuevos criterios que pudieran considerarse como objetivos, o bien, declinaciones diversas a partir de la inclusión de *Criterios Subjetivos*. La presente investigación propone así una metodología adaptable a otras circunstancias, que puede ser utilizado siempre que sea posible organizar la información de contenido en conjuntos.

2.2.1. La estructura del *Modelo de Identificación Objetiva de Normas de Ius Cogens*.

Con el objetivo de determinar normas de *ius cogens* se propone una metodología de identificación basado en la teoría de conjuntos. Esta teoría es la rama de las matemáticas que estudia las propiedades y relaciones de los conjuntos como colecciones abstractas de objetos consideradas como objetos en sí mismas. El *Modelo*, por tanto, se construye a partir de tres postulados básicos de la teoría de conjuntos: la limitación del universo de elementos con el que se trabaja; la construcción de conjuntos; y la existencia y efecto del denominado *conjunto vacío*. La teoría de conjuntos es un lenguaje de lógica proposicional de primer orden por el cual se expresan las matemáticas modernas.¹³⁰ En este sentido, es necesario considerar que los conjuntos no son por sí mismos objeto de estudio de las matemáticas, sino una forma de construir y expresar pensamiento lógico en el siglo XXI.

¹³⁰ Cfr. AMOR MONTAÑO, José Alfredo, Teoría de conjuntos para estudiantes de ciencias, 2ª ed., Editorial U.N.A.M. - Facultad de Ciencias, Ciudad de México, México 2005, pág. 7.

El lenguaje es una capacidad para comunicar que se manifiesta en un sistema el cual es la lengua. La lengua existe por medio de una forma de expresarse, como podría ser un alfabeto, lo cual en el caso que nos ocupa responde a la notación matemática. Una de las razones por las que la teoría de conjuntos es utilizada en múltiples ramas de las matemáticas es su versatilidad de notación.¹³¹ Asimismo, tiene una gramática, o reglas de operación del tipo axiomas matemáticos. Los conjuntos se construyen entonces a partir de procedimientos mentales derivados de axiomas constructivos de la misma teoría.¹³² Esto es, se utiliza la notación matemática para establecer la interacción de elementos que conforman los conjuntos, con base en lo cual es posible establecer la relación entre estos.

Acorde con la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, las normas de *ius cogens* son parte del universo de normas del derecho internacional general. Sin embargo, no todas las normas de derecho internacional pertenecen a la categoría de *ius cogens*. Se entenderá como *norma de derecho internacional general* a los enunciados normativos como esquemas explicativos de un acto de conducta estatal ubicado en un tiempo y espacio determinado como acto de derecho, o contrario a derecho, producida mediante un acto de derecho equívoco, con elementos propios y validez

¹³¹ Cfr. BEAUMONT, Ross A., *et al.*, The algebraic foundations of mathematics, S.N.E., Editorial Addison-Wesley, Massachusetts, Estados Unidos de América, 1963, pág. 13.

¹³² Cfr. AMOR MONTAÑO, José Alfredo, Teoría de conjuntos para estudiantes de ciencias, *Op. Cit.*, pág. 9.

reconocida. En consecuencia, se considera la existencia axiomática de las normas de derecho internacional y se establece como conjunto universal.¹³³ A esto se le identificará como u y será el límite de interacción de los *Criterios de Identificación*.

Cada uno de los *Criterios de Identificación* es un conjunto¹³⁴ perteneciente al conjunto universal u , cuya intersección resulta en ciertos tipos de normas. Los *Criterios de Identificación* son la base para derivar categorías de normas de derecho internacional para que, necesariamente, cuando una norma reúna los cinco criterios se reconozca como una norma imperativa, así como para reconocer otras tantas categorías de normas de derecho internacional. A cada uno de los criterios se les identificará como A , B , C , D y E , respectivamente.¹³⁵

Ahora bien, en contraste con lo anterior y acorde con la teoría de conjuntos, es posible la existencia de un conjunto sin usar objetos en absoluto. A este conjunto se le denomina como *conjunto vacío*, es único en su tipo y se le denota con el símbolo \emptyset . Se habla de *el* conjunto vacío y no *un* conjunto vacío

¹³³ En toda aplicación de teoría de conjuntos, todos los conjuntos que se consideran serán muy probablemente subconjuntos de un mismo conjunto dado. Este conjunto se denominará *conjunto universal* o *universo del discurso*. LIPSCHUTZ, Seymour, Teoría y problemas de teoría de conjuntos y temas a fines, S.N.E., McGraw-Hill, Ciudad de México, México 1970, pág. 4.

¹³⁴ El concepto de *conjunto* es fundamental para todas las ramas de las matemáticas. Para efectos de esta investigación, *conjunto* se entenderá como una lista, colección o clase de objetos bien definidos, objetos que pueden ser cualesquiera a los cuales respectivamente se les denominará *elementos* o *miembros*. LIPSCHUTZ, Seymour, Teoría y problemas de teoría de conjuntos y temas a fines, *Op. Cit.*, pág. 1.

¹³⁵ Con base las reglas tradicionales de notación matemática, en la presente investigación los conjuntos serán denotados con letras mayúsculas y los elementos de los conjuntos con letras minúsculas.

en tanto a que dos conjuntos pueden ser iguales si tienen los mismos elementos, por lo tanto, sólo puede existir un conjunto sin elementos. Un conjunto vacío no es lo mismo que la nada, matemáticamente se trata de un conjunto sin elementos que es un objeto en sí mismo.

La relevancia de este conjunto es que es subconjunto de todos y cada uno de los conjuntos de un universo dado. Esto es real porque cada elemento, que en términos matemáticos es ninguno, del conjunto vacío \emptyset se encuentra en, por ejemplo, A . De lo contrario, existiría al menos un elemento del conjunto vacío \emptyset no presente en A . Esta expresión de lenguaje se puede entender como un predicado lingüístico, por ejemplo, afirmar que *todo hombre en el conjunto vacío \emptyset es inmortal* es lo mismo que afirmar que *no hay ningún hombre mortal en el conjunto vacío \emptyset* .

En el *Modelo* propuesto el conjunto vacío \emptyset corresponde a la escala axiológica vigente al momento de analizar una norma y determinar si esta corresponde a la categoría de *ius cogens*. Lo anterior en virtud de la definición de *ius cogens* presentada en el Capítulo Primero¹³⁶ de esta investigación, así como la innegable influencia de dicha escala en los fenómenos jurídicos. En este sentido, la propuesta de la presente investigación considera que cada uno *Criterios de Identificación* responde a ciertos intereses generales metajurídicos. Esto no significa que las normas de *ius cogens* refieran a principios éticos o

¹³⁶ Véase, *Supra*, pág. 7.

criterios morales, sino que cada uno de los criterios para identificarlo necesariamente responden a un conjunto de valores efectivos en la temporalidad del análisis. Asimismo, no significa que el *Modelo* determine qué valores corresponden a la escala axiológica vigente ni que analice la procedencia o legitimidad de ellos en el paradigma legal actual. El conjunto vacío en el *Modelo* únicamente establece una referencia respecto a un fenómeno metajurídico del cual los *Criterios de Identificación* no están exentos.

En términos de la presente investigación se entenderá como *axiología jurídica* a la rama de la filosofía del derecho que trata los valores jurídicos y busca explicar cuáles son los valores jurídicos que hacen de un modelo de derecho un objeto efectivo. Es así una crítica del derecho positivo desde un determinado sistema de valores. Lo anterior, en el *Modelo* propuesto, es una confrontación racional y analítica de los diferentes sistemas de valores que tratan de presentarse como legítimos o justos en la comunidad internacional actual.

El artículo 53 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” es impreciso e inaplicable por sí mismo. Como se ha mencionado anteriormente, este artículo necesariamente debe ser entendido en consideración a los comentarios de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Sin embargo, esto no es suficiente. La limitación del concepto *ius cogens* es errónea como se plantea en el artículo 53 ya que presenta un escenario en el que únicamente se pueden definir normas imperativas a partir de sus efectos;

sin métodos formas de identificación y más aún, al obviar el paradigma axiológico en el cual se aplica.

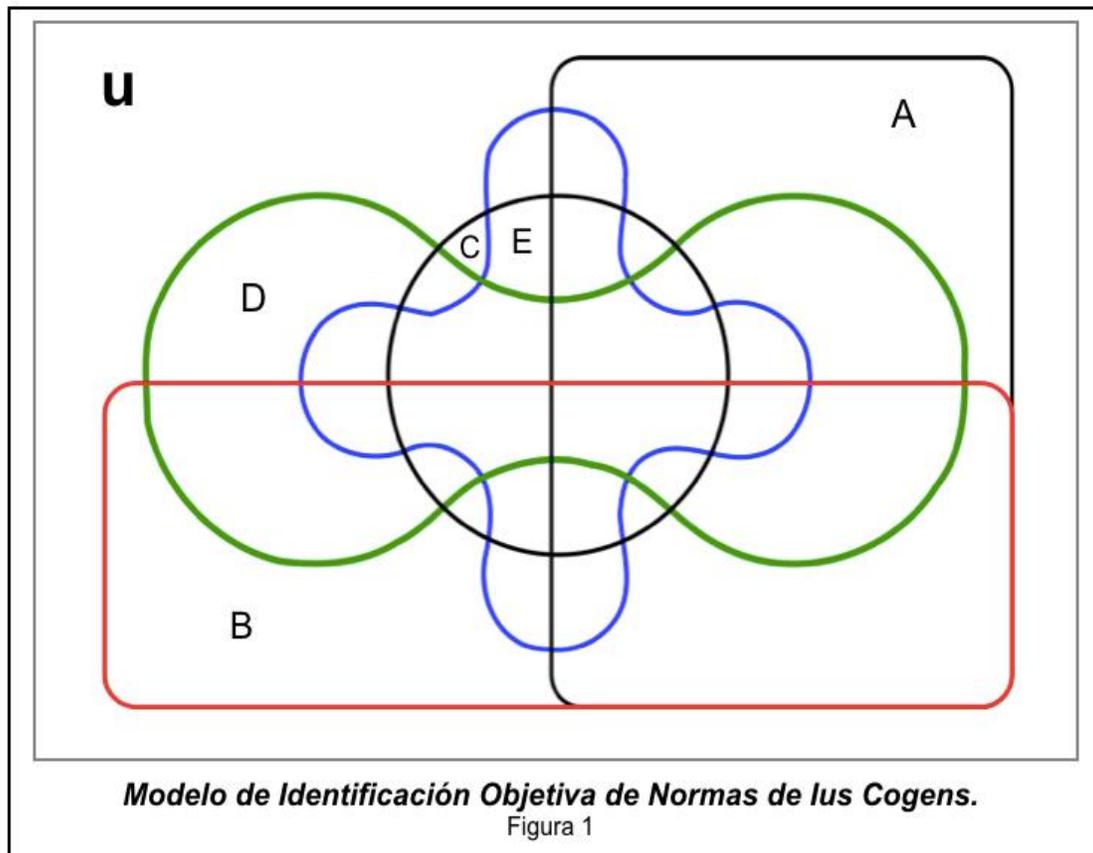
Por lo anterior, *Modelo* propuesto enfatiza la existencia de un marco referencial de valores sobre el cual las normas del derecho público internacional actúan. Ni los principios éticos ni los parámetros morales configuran derecho por sí mismos, mucho menos una norma de *ius cogens* se acota a cualquiera de estos. Como se ha desarrollado en páginas anteriores, es un objeto de derecho mucho más complejo y con implicaciones en diferentes niveles. Sin embargo, el concepto de *ius cogens* refiere y puede funcionar únicamente si se consideran cuestiones fácticas en lo tocante a las relaciones internacionales, tal como es la agenda axiomática impuesta y promovida por parte de la comunidad internacional.

El *Modelo* por tanto considera cada uno de los *Criterios de Identificación* como un conjunto, cada uno de sus elementos y considera la existencia e influencia de la escala axiológica vigente en el momento del análisis. Como se explicó, a este último elemento se le considera como un conjunto vacío, no porque lo sea literalmente, el cual es subconjunto de cada uno de los conjuntos del universo propuesto.

En este sentido, a continuación se enlistan los conjuntos y elementos que forman parte del *Modelo de Identificación Objetiva de Normas de Ius Cogens*:

CONJUNTO		ELEMENTOS	CONJUNTO VACÍO
A	Aceptación y reconocimiento de la comunidad internacional.	Evidencia de que una gran parte de la comunidad internacional acepta y reconoce la norma.	Escala axiológica vigente al momento de realizar el análisis a la norma en cuestión.
B	No acuerdo en contrario.	Normas que no son objeto de derogación y que su violación reparte en partes iguales la responsabilidad.	
C	Únicamente modificables por otras de su mismas características.	Normas debidamente identificadas como <i>ius cogens</i> .	
D	Práctica estatal.	Acciones u omisiones atribuibles a un Estado.	
E	Referencias en jurisprudencia internacional.	Pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia.	

A continuación se ilustra¹³⁷ el universo de datos descrito con los conjuntos correspondientes a los *Criterios de Identificación*:

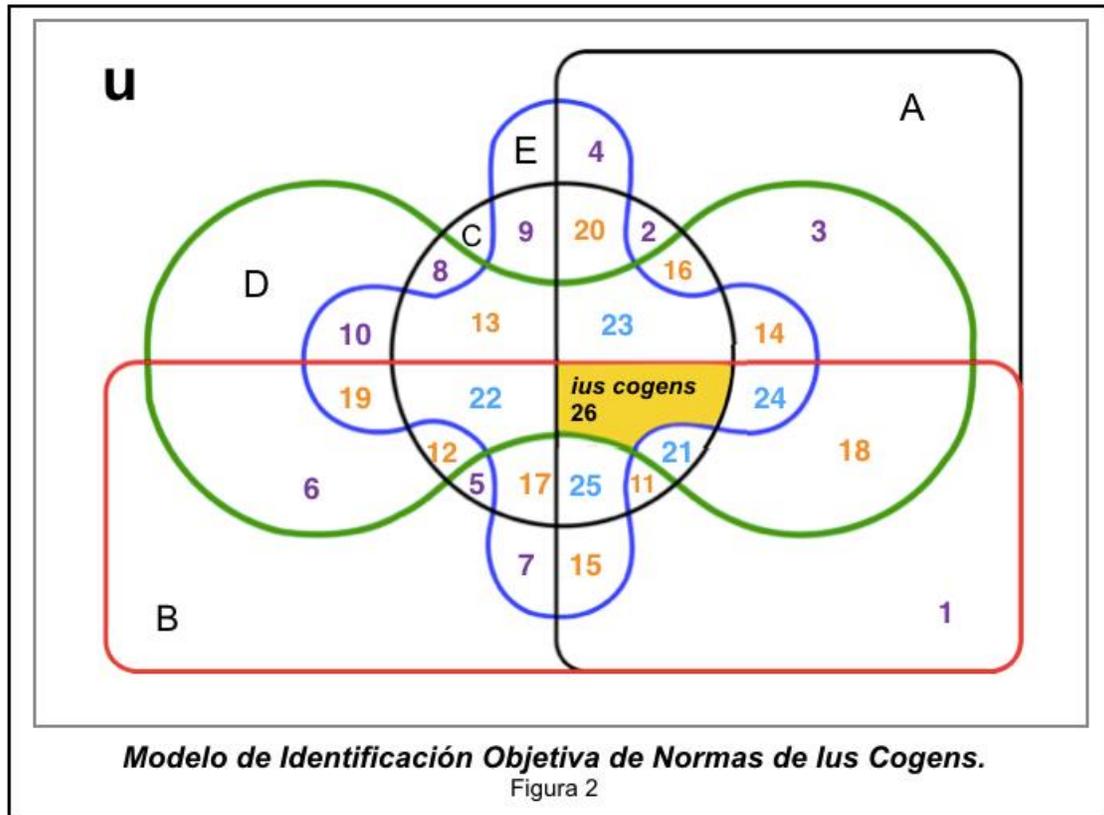


Cada *Criterio de Identificación* corresponde a una de las formas geométricas que se identifican por la literal asignada a cada una. El conjunto vacío \emptyset no se ilustra por estar contenido en cada uno de los conjuntos. Ahora bien, la intersección¹³⁸ de todos los conjuntos es el corresponde a las normas imperativas de derecho internacional. A este conjunto, en términos de la

¹³⁷ Para efectos de la presente investigación se utilizará un Diagrama de Edwards, el cual es una variación del Diagrama de Venn para representar universos con más de tres conjuntos.

¹³⁸ La *intersección* de A y B es el conjunto de los elementos que son comunes ambos, esto es, aquellos elementos que pertenecen a A y que también pertenecen a B . En lenguaje matemático, se denota la intersección de dos conjuntos por el símbolo \cap . LIPSCHUTZ, Seymour, *Teoría y problemas de teoría de conjuntos y temas a fines*, Op. Cit., pág. 18.

notación del *Modelo*, se denominará *IU* y al cual corresponde la notación $IU=\{A\cap B\cap C\cap D\cap E\}$. Gráficamente, esta intersección se representa en el siguiente diagrama en color amarillo.



Como se observa en la Figura 2, la relación entre los *Criterios de Identificación* resulta también en otras intersecciones, así como su unión¹³⁹ y diferencia.¹⁴⁰ Los conjuntos resultado de las intersecciones de los *Criterios de Identificación*

¹³⁹ La *unión* de los conjuntos *A* y *B* es el conjunto de todos los elementos que pertenecen a *A* o a *B* o a ambos. En lenguaje matemático, se denota la unión de dos conjuntos por el símbolo \cup . LIPSCHUTZ, Seymour, *Teoría y problemas de teoría de conjuntos y temas a fines*, *Op. Cit.*, pág. 17.

¹⁴⁰ La *diferencia* de los conjuntos *A* y *B* es el conjunto de elementos que pertenecen a *A*, pero no a *B*. En lenguaje matemático, se denota la diferencia de dos conjuntos por el símbolo $-$. *Ibidem*, pág.18.

son a su vez subconjuntos propios¹⁴¹ de *IU*. Esto es, acorde con el *Modelo* existen, veintiséis conjuntos producto de la intersección de los cinco *Criterios de Identificación*. La relevancia de esto es que cada una de las intersecciones corresponde a categorías diversas de normas de derecho internacional general.

La aplicación del *Modelo de Identificación Objetiva de Normas de Ius Cogens* se compone de tres pasos: primero, examinar que se trate de una norma de derecho internacional general; segundo, determinar el cumplimiento de los *Criterios de Identificación*; y, tercero, definir la intersección a la que la norma analizada corresponde, a fin de establecer si es una norma de imperativa.

En primer lugar, se deberá analizar una norma de derecho internacional general. Esto es, se deberá determinar que el objeto de derecho a ser analizado corresponda a un enunciado normativo que:

- Se configure como un esquema explicativo de un acto de conducta estatal.
- Se encuentre ubicado en un tiempo y espacio determinado como un acto de derecho o contrario a este.
- Producido mediante un acto de derecho.
- Tenga elementos propios.
- Validez reconocida.

¹⁴¹ *A* es un *subconjunto* de *B* si cada elemento de *A* pertenece a *B*. Ahora bien, se dirá que *A* es un *subconjunto propio* de *B* si, en primer lugar, *A* es un subconjunto de *B* y, en segundo lugar, *A* no es igual a *B*. En lenguaje matemático, esta relación se denotará $A \subset B$, lo cual abrevia $A \subseteq B$ pero $A \neq B$. *Ibidem*, pág. 3.

En segundo lugar, se determinarán los *Criterios de Identificación* que la norma cumple:

- *Criterios Objetivos:*

- Aceptación y reconocimiento de la comunidad internacional. Esto es, que exista una mayoría comprobada de Estados que exprese y reafirme su voluntad al establecer que la norma en cuestión tiene consecuencias materiales.
- No admisión de acuerdo en contrario. Que la disposición en análisis no sea objeto de derogación y que su violación divida en partes iguales la responsabilidad de los Estados parte del tratado que la contenga.
- Modificación, únicamente, por norma ulterior del mismo carácter. Como se ha discutido anteriormente en este trabajo, este criterio necesariamente implica que hay normas de *ius cogens* debidamente identificadas. Dado a que esto no es cierto, para los efectos del Modelo se considerará este criterio en relación con la jerarquía de normas. Así, una norma cumplirá con este criterio cuando efectivamente ocupe una posición superior en el sistema internacional por su contenido.

- *Criterios Subjetivos:*

- Práctica de los Estados; entendido como acciones u omisiones atribuibles a un Estado.

- Jurisprudencia internacional. Pronunciamiento, de alguna forma, por parte de la Corte Internacional de Justicia exclusivamente en el que se determine la calidad de la norma en análisis.

Definir si una norma de derecho internacional general cumple con los *Criterios de Identificación* refiere a establecer cómo la norma se manifiesta en la comunidad internacional, ya sea de manera convencional o consuetudinaria, y se refleja en estos ámbitos. Si bien el artículo 53 refiere a normas convencionales por pertenecer al instrumento que regula el derecho de los tratados, como se mencionó anteriormente este artículo es una guía para ayudar a identificar las normas imperativas de derecho internacional. Más aún, la presente investigación considera una definición propia de *ius cogens* con la cual se le considera como un tipo de norma en el paradigma del positivismo jurídico cuyo contenido protege derechos fundamentales de la persona humana en su proyección humanitaria y universal de conformidad con una escala axiológica en época determinada. No se considera que necesariamente deba ser una norma convencional para que estas características sean cumplidas. Expandir el entendimiento de las normas de *ius cogens*, a partir de su identificación es también expandir la protección que estas pueden garantizar.

Por último, así como la intersección veintiséis resulta en un tipo de normas, normas de *ius cogens* específicamente, el resto de las intersecciones presentadas en el modelo corresponden a objetos de estudio del derecho. Si

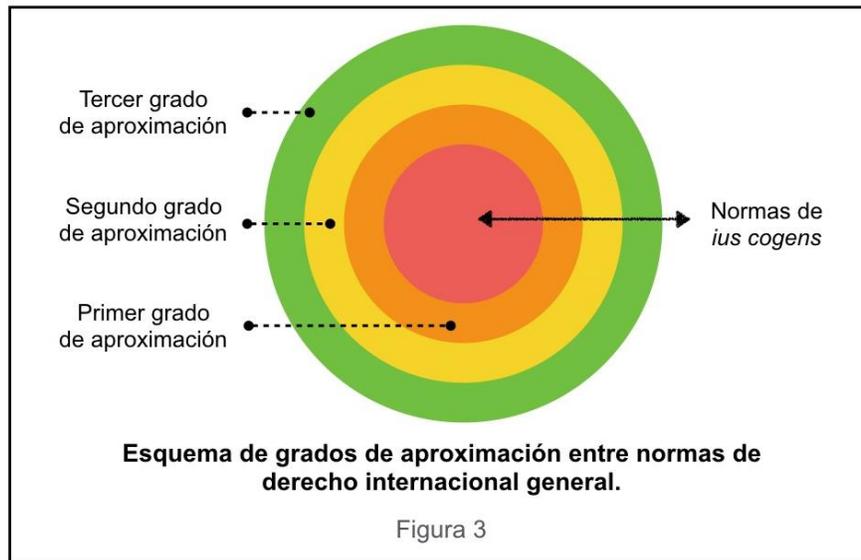
bien el objeto de la presente investigación es proponer un método procedimiento para determinar normas imperativas de derecho internacional, lo cierto es que del mismo se puede concluir la identificación de otros objetos de derecho internacional. Esto se discutirá en la sección siguiente.

2.2.2. Las categorías derivadas del *Modelo de Identificación Objetiva de Normas de Ius Cogens*.

Como se ha mencionado anteriormente, el *Modelo* identifica dos tipos de normas de derecho internacional general: las que reúnen algunas de las características que componen a las normas de *ius cogens* y las que reúnen todas las características que componen a las normas de *ius cogens*. Esto es, el *Modelo* propuesto en la presente investigación destaca la existencia de normas, que pertenecen al universo del derecho internacional general, que son material y formalmente similares a las normas de *ius cogens*.

De forma gráfica, las veintiséis categorías derivadas del *Modelo*, que incluyen las normas identificadas como *ius cogens*, pueden ser divididas en tres círculos concéntricos en función del número de *Criterios de Identificación* que sean objeto de intersección. En la Figura 3 a continuación se muestra el esquema de *Grados de Aproximación entre Normas de Derecho Internacional General*. En tal esquema se denominará *Tercer Grado de Aproximación* a los conjuntos que sean la intersección de dos *Criterios de Identificación*, *Segundo Grado de Aproximación* a los que reúnan tres y *Primer Grado de Aproximación* los

conjuntos con cuatro. El centro del esquema refiere a las normas que reúnen todas las características de los conjuntos del modelo, esto es, las normas de *ius cogens*. Así, cada uno de estos niveles refiere a un grado de semejanza que algunas normas de derecho internacional general tienen con las normas imperativas.



El *Modelo* objetivamente comprueba la existencia de normas altamente similares con las normas de *ius cogens*. Esta semejanza es tanto formal como material puesto que trata de enunciados normativos que abordan alguna o varias de los temas que las normas imperativas tratan, así como por el cumplimiento de elementos de configuración que reúnen. En otras palabras, existen normas, en el universo de las normas del derecho internacional general, que por cumplir entre dos y cuatro de los *Criterios de Identificación*, pueden ser confundidas con normas de *ius cogens*.

Una de las razones por las que la aplicación práctica de las normas de *ius cogens* es tan controvertida, además de su identificación, es la existencia de objetos similares a estas. El grado de similitud de estas normas con las imperativas es relevante en tanto a la confusión que su existencia causa en la identificación de las segundas. Establecer de forma académica la existencia de estas normas contribuye a la identificación efectiva de las normas de *ius cogens*.

2.2.3. La comprobación del *Modelo de Identificación Objetiva de Normas de Ius Cogens*.

Para que un argumento matemático, como es el *Modelo de Identificación Objetiva de Normas de Ius Cogens*, sea aceptable, es necesario que cumpla con ciertas condiciones de rigor. “*La diferencia esencial entre una afirmación o razonamiento matemático y una afirmación o un razonamiento metamatemático es que los primeros se apoyan esencialmente en una teoría axiomática, y los segundos no.*”¹⁴² Sin embargo, también es posible razonar de manera rigurosa fuera de teorías axiomáticas.¹⁴³ En este sentido, es necesario razonar las afirmaciones, tanto las fijas conocidas como los axiomas, así como las derivadas denominadas resultados, de forma tal que sea posible establecer las posibilidades y límites de las afirmaciones mismas.

¹⁴² IVORRA CASTILLO, CARLOS, *Lógica y teoría de conjuntos*, S.N.E., Universitat de València, <https://www.uv.es/~ivorra/Libros/Logica.pdf>, pág 8.

¹⁴³ Cfr. *Idem*.

Como se ha explicado anteriormente, la intersección de conjuntos corresponde al conjunto formado por los elementos que pertenecen a los conjuntos dados. En el caso del *Modelo de Identificación Objetiva de Normas de las Cogens*, 1 es el conjunto que contiene los elementos que conforman a los conjuntos denominados *comunidad Internacional* y *no acuerdo en contrario*. De la definición del concepto *intersección* es posible deducir tres fenómenos. En primer lugar, la intersección de un conjunto consigo mismo es el propio.¹⁴⁴ Por ejemplo, si el conjunto *A*, que corresponde a *comunidad internacional*, fuera interseccionado consigo mismo, el conjunto resultante seguiría siendo *A*. En segundo lugar, la intersección de dos conjuntos es un subconjunto de los conjuntos dados. Esto es, 1, como se ha definido anteriormente, es un subconjunto de *A* y *B*. Por último, y en tercer lugar, la intersección de un conjunto con otro que lo contenga, deja al primero inalterado.

¹⁴⁴ En lenguaje matemático a esto se le llama *idempotencia*, que es la propiedad para realizar una acción determinada varias veces y aún así conseguir el mismo resultado que se obtendría si se realizase una sola vez.

Capítulo 3. *Cláusula Martens*, ¿norma de *ius cogens*?

La guerra es una actividad inherente a la condición humana, pero su regulación pertenece a la modernidad. Al efecto, el derecho internacional humanitario es la rama del derecho internacional público y regula las relaciones entre Estados y su actuar cuando existe un conflicto armado. No determina si un Estado tiene o no derecho a recurrir a la fuerza; regula el uso de la fuerza misma y por ello el derecho internacional humanitario también suele denominarse como *derecho de la guerra* o *derecho de los conflictos armados*.¹⁴⁵ El derecho internacional humanitario se contiene esencialmente en los cuatro “Convenios de Ginebra”, los protocolos adicionales a estos y otros tratados que prohíben el uso de ciertas armas y tácticas militares o que protegen a ciertas categorías de personas o bienes. El derecho internacional humanitario tiene un origen consuetudinario para evolucionar posteriormente a convencional, lo cual es perfectamente reflejado por la llamada *Cláusula Martens*¹⁴⁶.

La *Cláusula Martens* es una disposición normativa contenida en las “Convenciones de la Haya” de 1888 y 1907, así como los actuales “Convenios de Ginebra” de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977. Esta Cláusula establece que en los casos no incluidos expresamente en disposiciones

¹⁴⁵ Cfr. COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, “¿Qué es derecho internacional humanitario?”, en Servicio de asesoramiento en derecho internacional humanitario, <https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/dih.es.pdf>

¹⁴⁶ Cfr. SALMÓN, Elizabeth, Introducción al Derecho Internacional Humanitario, S.N.E., Editorial Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Comité Internacional de la Cruz Roja, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25212.pdf>, pág. 49.

normativas del derecho internacional humanitario, tanto las partes civiles como beligerantes quedan bajo la protección de principios del derecho internacional, tal y como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y las exigencias de la conciencia pública. En este sentido, la *Cláusula Martens* propone una condición de protección residual o suplementaria, basada en las fuentes de la moral y del derecho, en tanto queda pendiente de una codificación comprensiva del derecho de la guerra. En otras palabras, el contenido de la *Cláusula Martens* es un método de previsión a los desarrollos de la guerra, tanto tecnológicos como estratégicos o políticos, con el objetivo de salvaguardar, en principio, a personas protegidas por el derecho internacional humanitario.

Ahora bien, la *Cláusula Martens* carece de una interpretación única porque se argumenta que depende de categorías morales, o incluso teológicas, tales como *humanidad, civilización y conciencia*. Por ello, ha sido definida con un sinfín de acepciones que varían desde considerarla como “... *una treta diplomática*”¹⁴⁷ hasta “... *una emanación de la conciencia humana como fuente definitiva del derecho internacional humanitario y del derecho internacional en general.*”¹⁴⁸ Esto provoca que la *Cláusula Martens* sea una norma controversial, y especialmente provocativa en términos tanto de la ambigüedad y

¹⁴⁷ CASSESE, Antonio, “*The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?*”, en *European Journal of International Law*, vol. 11, n. 1, 2000, pág. 1.

¹⁴⁸ CANÇADO TRINIDADE, Antônio Augusto, “*Some reflections on the principle of humanity in its wide dimension*”, en KOLB, Robert, *et al.*, *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, S.N.E., Editorial Edward Elgar Publishing Limited, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Cheltenham, 2013, pág. 191.

la conveniencia de sus implicaciones específicamente doctrinales y políticas.¹⁴⁹

El presente capítulo tiene por objetivo aplicar el *Modelo de Identificación Objetiva de Normas de Ius Cogens* propuesto en la presente investigación a la *Cláusula Martens* con el fin de determinar si esta es una norma de *ius cogens*. Al efecto, en este capítulo: primero, se analizará los antecedentes y evolución de la *Cláusula Martens*; en segundo lugar, se aplicará el *Modelo de Identificación Objetiva de Normas de Ius Cogens*; y por último, se clasificará a la *Cláusula*.

3.1. La *Cláusula Martens*.

La *Cláusula Martens* debe su nombre al diplomático ruso Fyodor Fyodorovich Martens quien sostenía que cualquier concepto que implicara al derecho estaba basado en la fuerza y consideraba que la necesidad de las naciones de comunicarse entre sí, *ubi societas ibi ius est*, servía como base científica para el desarrollo de un sistema contemporáneo de derecho internacional. El modelo de derecho propuesto por Martens fue de los primeros en recuperar la figura del hombre como centro de la vida internacional. Por ello, sin olvidar su ideal por el poder del derecho y la soberanía estatal, fue un modelo que consideraba la protección de derechos, intereses y propiedad de las personas como la

¹⁴⁹ Cfr. SALTER, Michael, “*Reinterpreting competing interpretations of the scope and potential of the Martens Clause*” en *Journal of Conflict and Security Law*, Oxford University Press, vol. 17, n. 3, 2012, pág. 403.

sustancia del sistema internacional de relaciones, así como la medida del grado de civilización de los Estados. El trabajo realizado por Martens significó la humanización del derecho de la guerra desafiante de las tendencias del momento y de la posición al respecto de su propio Estado.

La *Cláusula Martens* tiene dos características que incitan al debate: en primer lugar, su fraseo es laxo y tiene por consecuencia una multiplicidad de interpretaciones que incomoda a los juristas; por otra parte, tiene un atractivo contenido que ha sido utilizado retóricamente por diversos sujetos de derecho internacional.¹⁵⁰ Sin embargo, el principal mérito que reviste a la *Cláusula Martens* es que abordó el concepto de las *leyes de la humanidad* por primera vez desde una perspectiva positivista en lugar de considerarlo un asunto moral. Los instrumentos anteriores a la *Cláusula Martens* simplemente incitaban a los agentes internacionales a considerar los *principios de la humanidad* como principios morales durante el transcurso de la guerra. Dado a que los principios morales no son vinculantes, estas invitaciones nunca pudieron gozar de un valor legal. En contraste, la *Cláusula Martens* estableció la existencia de principios o reglas de derecho internacional que no derivan únicamente de la práctica estatal, sino también de las leyes de la humanidad y los dictados de la conciencia pública.¹⁵¹

¹⁵⁰ Cfr. CASSESE, Antonio, “*The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?*”, en European Journal of International Law, *Op. Cit.*, pág. 188.

¹⁵¹ Cfr. *Ibidem*, pág. 189.

En principio, se podría argumentar que el debate sobre la naturaleza de la *Cláusula Martens* es meramente doctrinal y que tiene por objeto simplemente categorizar un conjunto de palabras. Sin embargo, un análisis más profundo revela que el contenido de la cláusula y su vigencia genera una serie de efectos que son de una diversidad similar a sus equívocas definiciones. Es entonces cuando es posible apreciar que la *Cláusula Martens* tiene un impacto en niveles conceptuales, hermenéuticos, normativos y operativos del derecho internacional humanitario.¹⁵² Entender la *Cláusula Martens* fuera de un contexto meramente positivista de reglas perfectas en un sentido kelseniano resulta imperante para lograr concebir al derecho internacional humanitario desde una nueva perspectiva. A continuación se abordará, de manera resumida, el origen y evolución de la *Cláusula Martens* con base en la Conferencia de la Haya de 1988 y los elementos que la conforman.

3.1.1. Antecedentes históricos de la *Cláusula Martens*.

Durante la segunda mitad del siglo XIX existió una tendencia internacional a desarrollar una política que limitara la guerra y sus efectos. Por ello, los Estados realizaron numerosos esfuerzos, sobre todo por las representaciones rusas, para la creación de órganos e instrumentos internacionales dedicados a la

¹⁵² Cfr. CANÇADO TRINIDADE, Antônio Augusto, “Some reflections on the principle of humanity in its wide dimension”, en KOLB, Robert, *et al.*, Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law, *Op. Cit.*, pág. 189.

paz.¹⁵³ En consecuencia, en esta época se desarrollaron los antecedentes directos de la *Cláusula Martens* que pueden ser considerados en tres momentos: la Conferencia Diplomática de San Petersburgo de 1868, la conferencia diplomática de Bruselas en 1874, y la Conferencia de la Haya de 1899.

La Conferencia Diplomática de San Petersburgo en 1868 convocó a expertos militares con el objetivo de discutir la creciente preocupación con respecto al uso de explosivos ligeros.¹⁵⁴ Al efecto, en esta conferencia se adoptó la “Declaración para prohibir el uso, en tiempo de guerra, de ciertos proyectiles explosivos”. La comisión redactora de esta declaración enfatizó la importancia de aliviar el sufrimiento de los combatientes e hizo notar que el daño infligido durante los conflictos armados era solamente permisible en la medida que fuera necesario para superar la resistencia mostrada por del enemigo.¹⁵⁵ En este sentido, la conferencia de San Petersburgo estableció antecedentes de negociación y consideración con respecto a los principios de proporcionalidad y la conducción civilizada de las hostilidades.

Más adelante, en el año de 1974 el Tsar Alexander II convocó a una

¹⁵³ Cfr. PUSTOGAROV, Vladimir Vasilevic, “*The Martens Clause in International Law*”, en *Journal of the History of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Países Bajos, 1999, págs. 125-135.

¹⁵⁴ Cfr. CROWE, Jonathan, *et al.*, *Principles of International Humanitarian Law*, S.N.E., Editorial Edward Elgar Publishing Limited, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Cheltenham, 2013, pág. 31.

¹⁵⁵ Cfr. CROWE, Jonathan, *et al.*, *Principles of International Humanitarian Law*, *Op. Cit.*, pág. 31.

conferencia diplomática en Bruselas. En evento se presentó un proyecto realizado por Fyodor Martens relacionado con la adopción de reglas universales de comportamiento para los estados beligerantes, así como para el tratamiento de civiles y personas no beligerantes. Este borrador fue adoptado pero no fue ratificado en virtud de que los Estados parte no estaban interesados en hacerlo un instrumento vinculante. Sin embargo, este proyecto, conocido como la “Declaración de Bruselas”, fue objeto de estudio por el Instituto de Derecho Internacional. La importancia de esta convención es que el estudio condujo a la adopción del “Manual de Leyes y Costumbres de la Guerra”, en Oxford en 1880. Este manual, junto con la “Declaración de Bruselas”, fue la base para las Convenciones de la Haya tanto de 1899 como de 1907, lo cual significó un aporte en la regulación positiva del derecho de la guerra.¹⁵⁶

Así, el gobierno ruso convocó a la Primer Conferencia Internacional de la Paz en La Haya en el año de 1899. Esta conferencia tuvo como objetivos discutir la creación de mecanismos de arbitraje obligatorio con respecto a disputas entre naciones, así como definir estándares mínimos para la conducción del desarrollo de la guerra.¹⁵⁷ Uno de los grandes resultados de esta conferencia fue la redacción del “Segundo Convenio de La Haya de 1899 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre”, el cual recuperó el borrador presentado

¹⁵⁶ Cfr. COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, “*Project of an International Declaration concerning the Laws and Customs of War. Brussels, 27 August 1874*” en *Treaties, State Parties and Commentaries*, <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/135?OpenDocument>.

¹⁵⁷ Cfr. CROWE, Jonathan, *et al.*, *Principles of International Humanitarian Law*, *Op. Cit.* pág. 32.

por Martens en Bruselas en 1874. Sin embargo, la negociación de tal instrumento encontró dificultades cuando un grupo de pequeñas naciones, encabezadas por Bélgica, se opusieron al principio que englobaba los derechos y obligaciones de las potencias ocupantes. Este grupo de naciones demandó un derecho ilimitado de resistencia y defensa para las poblaciones de los territorios ocupados.

En respuesta, Martens propuso adaptar el preámbulo del convenio de forma que estableciera que: *“Mientras que se forma un código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública.”*¹⁵⁸ Así, el preámbulo del “Segundo Convenio de La Haya de 1899 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre” es la versión primigenia de lo ahora conocido como *Cláusula Martens*.

Como se puede observar, la *Cláusula Martens* desde su origen planteó una reserva diplomática en cuanto existieran fuentes positivas que vincularan a los Estados con respecto al tratamiento de los civiles y personas no combatientes.

¹⁵⁸ Cfr. COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, “*Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre*” en Derecho internacional relativo a la conducción de hostilidades, <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1907-hague-convention-4-5tdm34.htm>.

La Cláusula tuvo por objetivo asegurar que las exigencias inherentes a las operaciones militares no permitieran a los Estados determinar arbitrariamente los cursos de acción sin la consideración planteada por las existentes leyes de derecho internacional.¹⁵⁹ Igualmente, reconoció que el daño infligido por la guerra no debe exceder del necesario para lograr objetivos estrictamente militares.¹⁶⁰ No obstante, esta versión primera de la *Cláusula Martens* evolucionó y su frase fue refinado como a continuación se analiza.

3.1.2. Evolución en el fraseo de la *Cláusula Martens*.

La evolución de la *Cláusula Martens* se aprecia claramente en dos momentos trascendentales del derecho internacional humanitario: primeramente en la Segunda Conferencia Internacional de la Paz de la Haya en 1907, y en segundo lugar en los cuatro “Convenios de Ginebra de 1949” junto con sus protocolos adicionales de 1977. Si bien los conceptos básicos planteados en 1868, 1874 y 1899 no cambiaron de manera esencial, la modificación formal de la *Cláusula Martens* es reflejo del desarrollo en el entendimiento y aplicación del derecho internacional humanitario. En este sentido, para poder entender el valor de la Cláusula en su aplicación moderna, es necesario examinar su desarrollo y hermenéutica.

¹⁵⁹ Cfr. CRAWFORD Emily, “*The Modern Relevance of the Martens Clause*”, en ISIL Yearbook of International Humanitarian and Refugee Law, vol. 6, 2006, pág. 3.

¹⁶⁰ Cfr. CROWE, Jonathan, *et al.*, Principles of International Humanitarian Law, *Op. Cit.*, pág. 32.

La Segunda Conferencia Internacional de la Paz se llevó a cabo en 1907 en La Haya en el contexto de preparación por parte de las potencias para una segunda guerra mundial así como una intensa rivalidad armamentista naval entre el Reino Unido y Alemania. El objetivo de esta conferencia fue revisar y desarrollar los instrumentos adoptados en la Conferencia de La Haya de 1899.¹⁶¹ Así, la *Cláusula Martens* fue recuperada para la preparación de la “Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre” o también conocida como la “Cuarta Convención de La Haya”.

En la Segunda Conferencia Internacional de la Paz los cambios a la *Cláusula Martens* fueron menores en términos de redacción: se cambió la palabra *habitantes* por el concepto *población*, se diferenció el término *ley de nacionales* por el de *derecho internacional*, y la palabra *requerimientos* fue intercambiada por la voz *dictados*. Sin embargo, fueron cambios que expandieron la protección intencionada a diversos actores.¹⁶² Lo anterior en virtud de que la redacción de la cláusula se modificó a efecto de enfatizar los receptores de protección y el marco jurídico aplicable. En este sentido, los cambios realizados en 1907 sentaron como precedente la aplicación de normas positivas sobre el espíritu de protección contenido en la *Cláusula Martens*.

¹⁶¹ Cfr. PUSTOGAROV, Vladimir Vasilevic, “*The Martens Clause in International Law*”, en *Journal of the History of International Law*, *Op. Cit.*, págs, 125-135.

¹⁶² Cfr. MERON, Theodor, “*The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience*”, en *The American Journal of International Law*, American Society of International Law, vol. 94, n. 1, enero 2000, pág. 79.

En 1949 la *Cláusula Martens* es nuevamente recuperada durante la revisión de los cuatro “Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra”. El objetivo en 1949, de forma comparativa y contrastante con los ejercicios de redacción implementados en 1899 y 1907, fue el asegurar que aún ante la denuncia de los convenios, los Estados fueran obligados por el derecho de las naciones, las leyes de la humanidad y los dictados de la conciencia pública en su actuar durante los conflictos armados.¹⁶³ La implementación de este objetivo responde a el hecho de que las partes contratantes aceptaran obligarse, en caso de denuncia, a las normas establecidas por el derecho consuetudinario internacional así como cuestiones metajurídicas.

Ahora bien, los mayores cambios en la *Cláusula Martens* se realizaron en 1977 cuando fue modificada e incluida en el preámbulo del “Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977”, de la siguiente forma: “Recordando que, en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública.”¹⁶⁴ La Cláusula se modificó al alterar cuestiones similares a las de 1949: las personas protegidas y el sistema

¹⁶³ Cfr. MERON, Theodor, “*The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience*”, en *The American Journal of International Law*, *Op. Cit.*, pág. 80.

¹⁶⁴ Considerando cuarto, “Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional”, Ginebra, Suiza, 8 de junio de 1977, en COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm>.

normativo aplicable.

En primer lugar, se modificaron las categorías *civiles* y *beligerantes* o *combatientes* por la de *persona humana*. La cobertura que establece el uso del concepto *persona humana* impide una interpretación de exclusión con base en el rol activo o pasivo de un sujeto durante un conflicto. Acorde con el comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja al protocolo antes mencionado, “... puesto que los principios de la humanidad reflejan la conciencia pública, constituyen una referencia universal y tienen validez independientemente del protocolo.”¹⁶⁵ Esto es, la categorización de sujeto protegido se amplía de forma tal que posiciona a la *Cláusula Martens* como un canal de protección universal e independiente a la categorización de los sujetos con base a su actuar.

En segundo lugar, se modificó la normatividad aplicable de la *Cláusula Martens* al eliminar las referencias a las *leyes de naciones* o *derecho internacional* así como la de *usos establecidos*. De forma particular, se justificó la eliminación del concepto de *usos establecidos* dado a que la reglamentación de los conflictos armados no internacionales era demasiado reciente para que la práctica de los

¹⁶⁵ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, Comentario del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949, <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/comentario-protocolo-ii.htm>, pág. 4434.

Estados estuviera suficientemente desarrollada en la materia.¹⁶⁶ Esto es, la aplicación de la cláusula fue separada de un marco normativo específico.

Las modificaciones de la *Cláusula Martens* para su inclusión en el “Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977” dieron pie a argumentar que había sido desprovista de su coherencia intrínseca y lógica legal dado a que entonces era posible confundir los *principios del derecho internacional*, concepto que fuera utilizado en la primera versión, con uno de sus elementos que son los *usos establecidos*. Lo anterior tuvo por consecuencia un fuerte cuestionamiento principalmente sobre la necesidad de los *principios de la humanidad* y los *dictados de la conciencia pública*.¹⁶⁷

3.1.3. Elementos de la *Cláusula Martens*.

De forma regular, con excepción del “Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977”, la sustancia de la *Cláusula Martens* se ha reflejado en tres elementos principales: en primer lugar, en los principios del derecho de gentes preconizados por los usos establecidos entre las

¹⁶⁶ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, *Comentario del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949*, <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/comentario-protocolo-ii.htm>, pág. 4435.

¹⁶⁷ Cfr. MERON, Theodor, “*The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience*”, *Op. Cit.*, pág. 81.

naciones civilizadas; en segundo lugar, en las leyes, o principios, de humanidad; y, por último, en las exigencias, o dictados, de la conciencia pública. Algunos autores han establecido que los elementos de la *Cláusula Martens* son, de una u otra forma, vagos e indeterminados en cuanto a su contenido legal. Sin embargo, han sido estos elementos los que también han sido discutidos por la literatura legal así como citados en casos con respecto al alcance de la *Cláusula Martens*.

Para los efectos de la presente investigación, únicamente se analizarán los elementos correspondientes a los *principios de humanidad* y los *dictados de la conciencia pública*. Lo anterior en virtud de que la controversia relacionada con los *principios del Derecho de Gentes* ha sido superada por la doctrina al ser establecida como una idea a ser correlacionada con el derecho consuetudinario internacional.

El *principio de humanidad*, desde una amplia perspectiva, es una emanación de conciencia humana que se proyecta tanto de forma convencional como consuetudinaria.¹⁶⁸ En consecuencia, se presenta en una pluralidad de circunstancias y no solamente durante la guerra, aún cuando se le considera como un elemento meramente consuetudinario del derecho internacional humanitario. De forma más acotada, este principio puede ser entendido como el tratamiento dado a los seres humanos el cual influye totalmente el *corpus iuris*

¹⁶⁸ Cfr. KOLB, Robert, *et al.*, Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law, *Op. Cit.*, pág. 188.

internacional. El principio de humanidad recibió atención judicial por primera vez durante los tribunales de crímenes de guerra que siguieron al a Segunda Guerra Mundial.¹⁶⁹

Por otra parte, los dictados, o exigencias, de la conciencia pública pueden ser examinados desde dos perspectivas diferentes.¹⁷⁰ Por una parte, la conciencia pública puede ser considerada como esa opinión pública, o *vox populi*, que influye el actuar de las partes que se encuentran en conflicto y la cual, a su vez, influencia el desarrollo del derecho internacional humanitario tanto convencional como consuetudinariamente. Es decir, no se trata de una opinión legal profesional, sino de un sentir de la población general. Por otra parte, los dictados de la conciencia pública pueden reflejar de la *opinio juris sive necessitatis*, la cual constituye el elemento subjetivo de la costumbre internacional. Así, de forma comprensiva, los dictados de la conciencia pública son una forma de participación social en la estructuración del derecho internacional humanitario, configurándolo como un derecho protector y realista de las condiciones colectivas. La reiteración de estos elementos en la historia convencional del derecho internacional humanitario hace que la *Cláusula Martens* pueda ser considerada como “una expresión de la razón de la

¹⁶⁹ Cfr. CRAWFORD Emily, “*The Modern Relevance of the Martens Clause*”, en ISILYearbook of International Humanitarian and Refugee Law, *Op. Cit.*, pág. 8.

¹⁷⁰ Cfr. MERON, Theodor, “*The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience*”, *Op. Cit.*, pág 83.

*humanidad, imponiendo límites a la razón de Estado.*¹⁷¹

3.2. Aplicación del *Modelo de Identificación Objetiva de Normas de Ius Cogens*: categorización de la *Cláusula Martens*.

A continuación el *Modelo de Identificación Objetiva de Normas de Ius Cogens* será aplicado a la *Cláusula Martens*. Para ello, se analizará si la *Cláusula*, con base a su historia legislativa y actual redacción en los tratados que la contienen, efectivamente se localiza en la intersección de los cinco *Criterios de Identificación* anteriormente desarrollados en este trabajo.

3.2.1. Identificación de la *Cláusula Martens* como norma de derecho internacional general.

La *Cláusula Martens* pertenece al universo normativo del derecho internacional humanitario el cual, como se ha explicado anteriormente, es una rama del derecho internacional público. De forma específica, la *Cláusula* es efectivamente un enunciado normativo que cumple con las cinco características necesarias para ser considerada una norma de derecho internacional general:

- Se configura como un esquema que explica la expectativa de una conducta estatal.

¹⁷¹Cfr. KOLB, Robert, *et al.*, Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law, *Op. Cit.*, pág. 191.

- Su aplicación en tiempo y espacio es determinada.
- Ha sido producida y aceptada por un acto legislativo legal.
- Tiene elementos propios, tales como los que se han analizado a lo largo del presente capítulo.
- Su validez es reconocida mediante la positivización de los instrumentos que la contienen.

En principio, y de forma gráfica como a continuación se ilustra, la *Cláusula Martens* necesariamente se ubica en algún punto del universo de normas del derecho internacional general el cual es el conjunto universal del *Modelo*, el cual se identifica como *u* y es el límite de interacción de los *Criterios de Identificación*¹⁷².



¹⁷² Véase, *Supra*, cap. 2.2.1.

3.2.2. Análisis de los *Criterios de Identificación* en la *Cláusula Martens*.

Una vez determinada la calidad de la *Cláusula Martens* como norma de derecho internacional general, por lo que se encuentra dentro del conjunto universal *u*, se procede a analizar su ubicación específica dentro del *Modelo de Identificación Objetiva de Normas de Ius Cogens* con respecto a los *Criterios de Identificación*. Para ello, a continuación se presenta cada uno de los Criterios y se desarrolla la interacción que tiene la *Cláusula Martens* con cada uno de ellos. De esta forma, se procederá a confirmar la intersección de Criterios en que la *Cláusula Martens* se encuentra y así establecer objetivamente si se trata de una norma de *ius cogens*.

3.2.2.1. Norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto.

La *Cláusula Martens* actualmente se encuentra contenida en:

- “Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña” de 1949, también conocido como el “Primer Convenio de Ginebra”, en su artículo 63, en el párrafo cuarto.
- “Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar” de 1949, o

“Segundo Convenio de Ginebra”, en el artículo 62, párrafo cuarto.

- “Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra” de 1949, o “Tercer Convenio de Ginebra”, en el artículo 142, párrafo cuarto.
- “Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra” de 1949, también nominado “Cuarto Convenio de Ginebra”, en su artículo 158, párrafo cuarto.

En estas disposiciones la *Cláusula Martens* es incluida en la parte del tratado relativa a la denuncia, por lo que en todos los casos se expresa como a continuación se indica: “*La denuncia sólo será válida para con la Potencia denunciante. No surtirá efecto alguno sobre las obligaciones que las Partes en conflicto hayan de cumplir en virtud de los principios del derecho de gentes, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública.*” Acorde con el Comité Internacional de la Cruz Roja, cada uno de los “Convenios de Ginebra” tiene 196 Estados Parte.

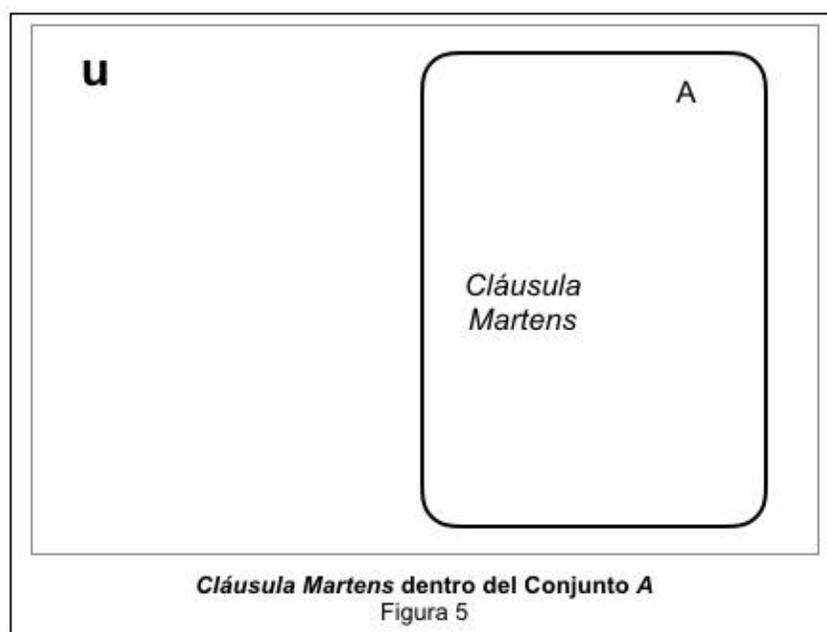
Por otra parte, la *Cláusula Martens* también se encuentra incluida en dos de los “Protocolos Adicionales”:

- “Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales” de 1977, en el artículo 1.2., el cual a la letra indica: “*En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública.*” Este protocolo tiene 174 Estados Parte y 3 firmantes.
- “Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional” de 1977, el cual contiene la *Cláusula Martens* en su preámbulo de la siguiente forma: “*Recordando que, en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública.*” Este protocolo tiene 168 Estados Parte y 3 firmantes.

El número de partes en los tratados anteriormente mencionados denotan la aceptación y reconocimiento de la *Cláusula Martens* por parte de la comunidad internacional en atención a que tal acto cumple con las dos condiciones establecidas anteriormente¹⁷³. Por una parte, es una norma que establece obligaciones y derechos recíprocos entre los miembros de la comunidad; y por

¹⁷³ Véase, *Supra*, págs. 55 y 56.

la otra, para su existencia debe existir un mínimo de cooperación entre los individuos miembros. En este sentido, dentro del conjunto universal u , es posible afirmar que la *Cláusula Martens* se ubica dentro del conjunto A , que es norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Gráficamente, la *Cláusula Martens* entonces se encuentra contenida dentro de uno de los conjuntos *Criterios de Identificación*.

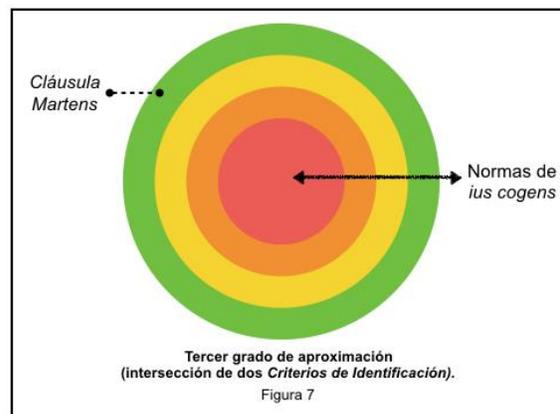
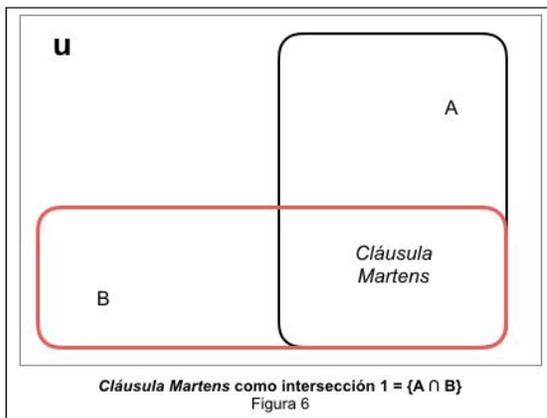


3.2.2.2. Norma que no admite acuerdo en contrario.

La aplicación de la *Cláusula Martens* no depende únicamente de la aplicación de los “Convenios de Ginebra” o los “Protocolos Adicionales”. Como se mencionó anteriormente, la *Cláusula Martens* es una norma que tiene por objetivo ofrecer una amplia protección de manera residual. En este sentido, si bien la disposición puede ser objeto de derogación positiva, también es cierto

que su inaplicación de forma consuetudinaria no sería aceptada. Por otra parte, una violación a esta condición especial para la denuncia de los “Convenios de Ginebra” tendría por consecuencia una división de responsabilidades en atención al Estado violentado como a aquél o aquellos que permitieran tal violación.

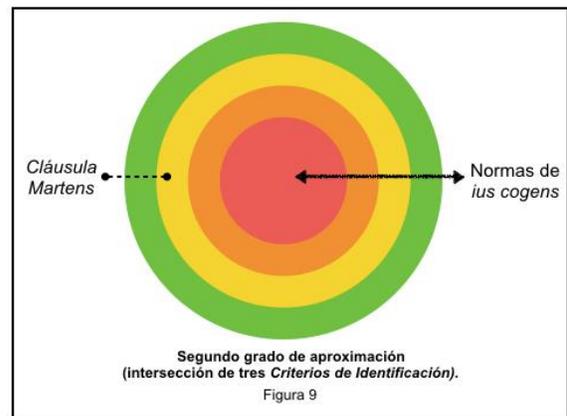
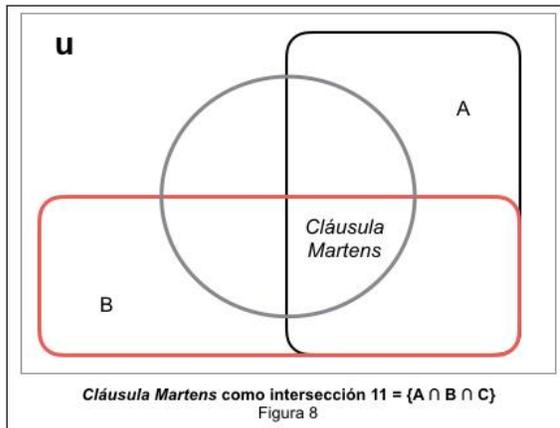
Así, la *Cláusula Martens* cumple con las dos consideraciones desarrolladas en la presente tesis para ser considerada como una *norma que no admite acuerdo en contrario*: no es objeto de derogación y divide responsabilidad en partes iguales. Al traducir esto en el lenguaje del *Modelo de Identificación de Normas de Ius Cogens*, significa que la *Cláusula Martens*, en este punto del análisis, se encuentra en la intersección $1 = \{A \cap B\}$ y en un tercer grado de aproximación. Esto es, es una norma de derecho internacional general que reúne dos de los *Criterios Objetivos*, tal como se representa de forma gráfica a continuación:



3.2.2.3. Norma que sólo puede ser modificada por norma ulterior del mismo carácter.

Como se ha señalado anteriormente, la *Cláusula Martens* es objeto de discusión académica su contenido. Al efecto, esta disposición señala aspiraciones de protección humanitaria de la persona humana en su esfera individual de manera universal de manera condicional a la codificación de normativa pertinente. En este sentido, la norma se posiciona en una jerarquía de superioridad en el sistema internacional ya que su contenido responde a condiciones consuetudinarias, que si bien posteriormente fueron positivizadas y referidas en resoluciones judiciales como a continuación se analizará, lo cual configura el primer escalón del sistema internacional en términos de lo referido en el Capítulo Primero de esta investigación. Al efecto, la *Cláusula Martens* cumple con este *Criterio de Identificación*.

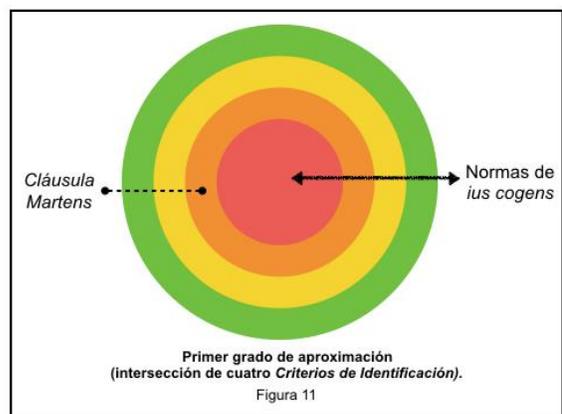
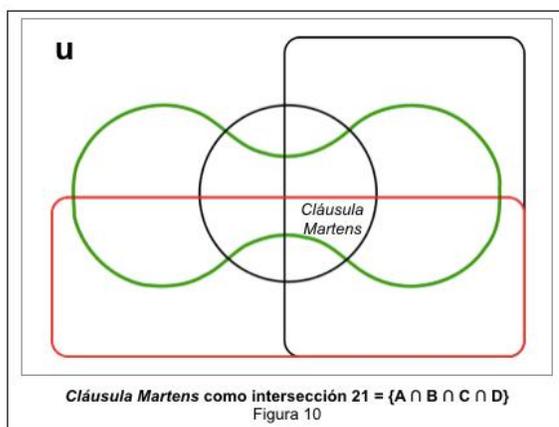
La Cláusula entonces se sitúa en la intersección de los tres *Criterios Objetivos* del *Modelo de Identificación Objetiva de Normas de Ius Cogens*. En este punto del análisis, es una norma situada en el tercer grado de aproximación y que en lenguaje matemático se puede decir que es la intersección once del *Modelo* que se denota como $11 = \{A \cap B \cap C\}$ y se gráfica como a continuación se muestra.



3.2.2.4. Práctica estatal.

Como se explicó anteriormente, este *Criterio de Identificación* corresponde a la parte subjetiva de identificación y es manifestado de diversas formas. Al efecto, la *Cláusula Martens* figura en la práctica estatal en tanto a que ha sido reiteradamente protagonista de conferencias internacionales, ha sido referida en desiciones judiciales nacionales y es incluida en instrumentos positivos de derecho internacional general. Ninguna de las formas de práctica goza de mayor jerarquía que otras.

Al ser parte de la práctica estatal, la *Cláusula Martens* reúne entonces cuatro de los *Criterios de Identificación*, lo cual en notación matemática acorde con el *Modelo* se enuncia como $21 = \{A \cap B \cap C \cap D\}$ y hace que la norma se encuentre, al menos en este punto del análisis, en el primer grado de aproximación, como a continuación se ilustra.



3.2.2.5. Jurisprudencia internacional.

La *Cláusula Martens* ha sido analizada en diversos tribunales nacionales e internacionales.¹⁷⁴ Es probable que el pronunciamiento más importante de la Corte Internacional de Justicia respecto derecho Internacional humanitario sea la opinión consultiva de fecha el 8 de junio de 1996, conocida como “*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*” la cual respondió a la consulta planteada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas respecto a la pregunta: *¿autoriza el derecho internacional en alguna circunstancia la amenaza o el empleo de las armas nucleares?*.

¹⁷⁴ Cfr. decisión de la Corte Suprema de Noruega del 27 de febrero del 1946 en el caso *Karl-Hans Hermann Klinge*; decisión del Tribunal Militar III-A de los Estados Unidos en Nüremberg del 10 de febrero de 1948 en el caso *Estados Unidos v Krupp*; decisión del Tribunal de Casación de Países Bajos del 12 de enero de 1949 en el caso *SS-Obergruppenführer Hanns Albin Rauter*; decisión de los tribunales militares de Bruselas del 8 de febrero de 1950 en el caso *K.W.*; decisión del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia del 8 marzo de 1996 en el caso *Milan Martić*; decisión de la Corte Constitucional de Colombia del 18 mayo de 1995 en la controversia de constitucionalidad sobre el “Segundo Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto del año 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales”, sentencia del Tribunal Constitucional de Alemania del 26 de octubre de 2004 en el caso de compatibilidad de las expropiaciones en la antigua zona de ocupación soviética entre 1945 y 1949 con el derecho internacional.

Tanto en la opinión emitida, como en las declaraciones verbales y escritas presentadas ante la Corte Internacional de Justicia por los Estados con derecho a comparecer, resaltan referencias a la *Cláusula Martens* así como una serie de interpretaciones posibles a la misma.¹⁷⁵ Para resolver la cuestión planteada, la Corte Internacional de Justicia definió que la consulta era de carácter legal¹⁷⁶ y estableció como derecho relevante: en primer lugar, la regulación del uso de la fuerza acorde con la “Carta de Naciones Unidas”; en segundo lugar, el derecho aplicable en conflictos armados; y en tercer lugar, cualquier tratado específicamente relacionado con armas nucleares.¹⁷⁷

La opinión consultiva refirió a la *Cláusula Martens* en relación con el *principio de distinción* y el *principio de prohibición a causar sufrimiento innecesario a los beligerantes*. En atención a estos principios, la Corte Internacional de Justicia argumentó que el derecho internacional humanitario, en sus inicios, prohibió ciertos tipos de armas.¹⁷⁸ La Corte estableció que la *Cláusula Martens* había “... demostrado ser un medio eficaz para reflejar la rápida evaluación de la tecnología militar”¹⁷⁹ sin embargo, fue una declaración estéril interpretar el

¹⁷⁵ Cfr. TICEHURST, Rupert, “*The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict*”, en International Review of the Red Cross, n. 317, abril 1997, págs. 131-141, <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jnhy.htm>

¹⁷⁶ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Legality of the threat or use of nuclear weapons*”, Opinión Consultiva, 8 de julio de 1996, <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf>, págs. 233 y 234.

¹⁷⁷ Cfr. *Ibidem*, pág. 243.

¹⁷⁸ Cfr. *Ibidem*, pág. 257.

¹⁷⁹ Cfr. TICEHURST, Rupert, “*The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict*”, en International Review of the Red Cross, *Op. Cit.*, págs. 131-141.

alcance práctico de la *Cláusula*. No analizó a profundidad el contenido de la *Cláusula Martens* y se limitó a utilizarla como un medio de evidencia en lugar de acreditarle como una norma de derecho internacional *ad hoc* al avance de la tecnología militar y las formas de hacer la guerra.

Por otro lado, la Corte Internacional de Justicia también abordó el tema de las normas de *ius cogens* en atención al derecho internacional humanitario aceptando que los “*principios y normas del derecho humanitario forman parte del ius cogens.*”¹⁸⁰ Sin embargo, omitió analizar específicamente si alguno de los principios o tratados que describió como derecho aplicable por estar relacionados con la regulación de los conflictos armados, como fue la *Cláusula Martens*, era una norma de *ius cogens* ya que decidió limitar su respuesta al derecho que le parecía aplicable a la consulta. La respuesta y aproximación de preceptos legales superó el marco de análisis legal propuesto por la misma Corte. Haber declarado principios como la proporcionalidad, la prohibición de causar sufrimiento innecesario y la *Cláusula Martens* como normas de *ius cogens* hubiera supuesto consecuencias políticas.

La Corte abordó el derecho aplicable en situaciones de conflictos armados de una forma que dejó mucho que desear. La Corte no profundizó en aspectos legales con consecuencias políticas en contra de potencias que se manifestaron en contra de la ilegalidad de las armas nucleares. Prueba de ello es el

¹⁸⁰ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Legality of the threat or use of nuclear weapons*”, *Op. Cit.*, párrafo 83.

contenido de la opinión. En lugar de abordar el tema desde una perspectiva progresista, la Corte interpretó con un *extremo positivismo*, como sostuvo el juez Abdul Koroma en su voto disidente, la legalidad de las armas nucleares. Una visión que puede ser equiparada a una regresión de criterio y aplicación frívola de la sentencia en el caso “*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*” por medio de la cual se estableció que los Estados soberanos estarían limitados solamente por reglas expresas.¹⁸¹ Si bien la Corte Internacional de Justicia desaprovechó, como órgano, la oportunidad de profundizar respecto la definición de la *Cláusula Martens*,¹⁸² el voto disidente del juez Christopher Weeramantry ahondó en el tema e incluso proporcionó un análisis sobre la calidad de de la Cláusula como norma de *ius cogens*.

Previo a analizar la opinión disidente del juez Weeramantry, es necesario establecer que la *Cláusula Martens* efectivamente se encuentra en la intersección de los cinco *Criterios de Identificación*. Como se ha analizado en esta sección, la Cláusula es considerada en el análisis de la Corte Internacional de Justicia. En este sentido, y como se desarrollará e ilustrará más adelante, la *Cláusula Martens* se encuentra en la intersección denotada matemáticamente como la número 26 = {A ∩ B ∩ C ∩ D ∩ E} y deja de estar en un grado de

¹⁸¹ “en el derecho internacional no hay reglas más que aquellas que pueden ser aceptadas por el Estado al que la situación le concierne, sea convencionalmente o de alguna otra forma, por lo que el nivel de armamento de un Estado soberano pueda estar limitado, y este principio es válido sin excepción alguna.” (traducción propia) CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*”, *Op. Cit.*, pág. 14, párrafo 269.

¹⁸² Cfr. TICEHURST, Rupert, “*The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict*”, en *International Review of the Red Cross*, *Op. Cit.*, pág. 131.

aproximación a las normas de *ius cogens* en términos del *Modelo* propuesto.

3.2.2.2.1. Opinión disidente del juez Christopher Weeramantry.

El voto del juez Weeramantry analizó la *Cláusula Martens* con base en los argumentos que presentados por la Corte Internacional de Justicia y algunos de los Estados que presentaron declaraciones escritas y orales. Así, el análisis se basa en dos temas: por una parte la influencia institucional sobre la comprensión de los elementos de la *Cláusula Martens*, y, por otra parte, la falacia de la prohibición específica. Para abordar ambos temas, primeramente se establece que la *Cláusula Martens* tiene un objeto y aplicación que han sido aceptados por los Estados de manera general por medio de tratados, manuales militares, decisiones judiciales de diversos tribunales y la literatura jurídica.¹⁸³ Dispone así que los principios de la *Cláusula Martens* han sido aceptados y no son controvertidos, por lo que no puede ponerse en duda razonable su nivel de aplicación general en temas de derecho internacional humanitario.¹⁸⁴ En consecuencia, el análisis presentado por el juez Weeramantry justifica la importancia de la *Cláusula Martens* como una norma de derecho humanitario, las cuales, a su entender, configuran normas de *ius cogens*.

Acorde con el juez Weeramantry, la influencia institucional que actúa sobre los

¹⁸³ Cfr. WEERAMANTRY, Christopher, “*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*”, Opinión Disidente, <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7521.pdf>, pág. 254.

¹⁸⁴ Cfr. *Ibidem*, pág. 255.

contenidos de la *Cláusula Martens* responde a dos configuraciones orgánicas: por un lado, la aplicación de los derechos humanos en el paradigma de la posguerra y, por el otro, la evolución de la noción de uso de la fuerza por parte de las naciones civilizadas. El modelo de entendimiento propuesto asume entonces que los *principios de la humanidad* y los *dictados de la conciencia pública*, como contenidos de la *Cláusula Martens*, son dinámicos y ajustables a las consideraciones del tiempo en el que se aplican, pero sobre todo que en la actualidad su entendimiento deriva de un paradigma de posguerra. Así, justifica la vigencia de la *Cláusula Martens* con base a la evolución política y social del contenido del derecho aplicable en la opinión consultiva.

Con respecto al uso de los derechos humanos, el Juez resalta que éstos configuran una estructura de normas internacionalmente aceptadas que ha pasado a formar parte de una conciencia colectiva moderna.¹⁸⁵ Son parte de un inmanente colectivo de expectativas mínimas, aún por encima de las planteadas al momento de formular la *Cláusula Martens*. Lo anterior plantea así un desarrollo progresivo en materia del derecho internacional humanitario, que por definición limita el desconocimiento de los Estados sobre el contenido del mismo y los liga a la mejora de su protección y contenido. En este sentido, el contexto de los derechos humanos plantea una modificación de los estándares esperados por la opinión pública con respecto al cumplimiento de los principios

¹⁸⁵ En palabras del Juez Weeramantry, existe “una tendencia a invocar inmediata y automáticamente sus principios toda vez que se plantea una cuestión de normas humanitarias” Cfr. *Ibidem*, pág. 258.

de la humanidad.

Por otra parte, en el paradigma de la posguerra evolucionó el entendimiento de la normalidad y la legitimidad de la guerra. Su resultado es que el uso de la fuerza es ahora limitado a causas de legítima defensa. Esta limitación, en conjunto con el vasto aparato normativo en diversas materias tal como reflejan, por ejemplo, el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” y el “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” de 1966, acorde con el juez Weeramantry ha generado una conciencia colectiva que desarrolla y define los contenidos de la *Cláusula Martens*.¹⁸⁶ Esto es, los acuerdos institucionales que limitan el actuar de los Estados, específicamente en términos de beligerancia, con efecto y consecuencia de consideraciones públicas que se reflejan en la ejecución del derecho mismo.

Al considerar el dinamismo de la *Cláusula Martens* y su constante influencia por diversas estructuras de derecho internacional, se abordó el tema de la falacia de la prohibición específica. La importancia del análisis que hizo el juez Weeramantry con respecto a la preposición de que *todo lo que no está expresamente prohibido a los Estados les está permitido* reside en declarar que el objeto mismo del derecho internacional es el principio y no la forma que puede ser alterable.¹⁸⁷ Asimismo, resalta que esta falacia, aún cuando estuviera

¹⁸⁶ Cfr. WEERAMANTRY, Christopher, “*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*”, *Op. Cit.*, pág. 259.

¹⁸⁷ Cfr. *Ibidem*, pág. 260.

fundada en una resolución emitida por la Corte Internacional de Justicia, es una interpretación de positivismo extremo en la doctrina jurídica.¹⁸⁸ En otras palabras, una descontextualización de la debida aplicación del derecho y sus principios.

El juez Weeramantry parte de aceptar que “... *la Cláusula Martens representa un principio universalmente aceptado de derecho internacional, significa que más allá del ámbito de las prohibiciones expresas está el ámbito de los principios generales del derecho humanitario.*”¹⁸⁹ Establece entonces que cualquier sistema jurídico dependiente de prohibiciones *ipsissimis verbis* no es compatible con los desarrollos del derecho moderno. Lo que permite proteger a los tutelados es la existencia de una “... *gama de principios generales aplicables a acontecimientos o actos específicos que no han sido objeto de una regulación expresa anterior.*”¹⁹⁰ En consecuencia, la falacia de la prohibición específica se hace evidente al reconocer que los principios generales de derecho son derecho mismo ya que sirven para el desarrollo del derecho convencional y de las costumbres comunales. La *Cláusula Martens* es entonces una norma que se autocompleta en su aplicación ya que su contenido mismo obliga a terceros a observarla.

¹⁸⁸ Cfr. WEERAMANTRY, Christopher, “*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*”, *Op. Cit.*, pág. 261.

¹⁸⁹ Cfr. Cfr. *Ibidem*, pág. 262.

¹⁹⁰ Cfr. *Idem*.

La observación de la *Cláusula Martens* no se contraponen con los derechos estatales de soberanía, al contrario de como lo expresaron diversas naciones en sus declaraciones escritas y orales. En este contexto, el juez Weeramantry alude al caso “*Lotus*”, con base al cual varias naciones sostuvieron el argumento de que la autoridad del Estado sería vulnerada de considerar que normas generales podrían prohibir armas específicas, ya que la diferencia principal es que la situación abordada en ese caso era una en la que no había espacio para la aplicación misma de las leyes humanitarias. El juez hace notar que el “... principio enunciado por la Corte en el asunto *Lotus* estaba formulado enteramente dentro del contexto de las leyes de la paz.”¹⁹¹ Por tanto, establecer que la soberanía estatal es una excepción a la observancia de los principios generales del derecho humanitario es erróneo.

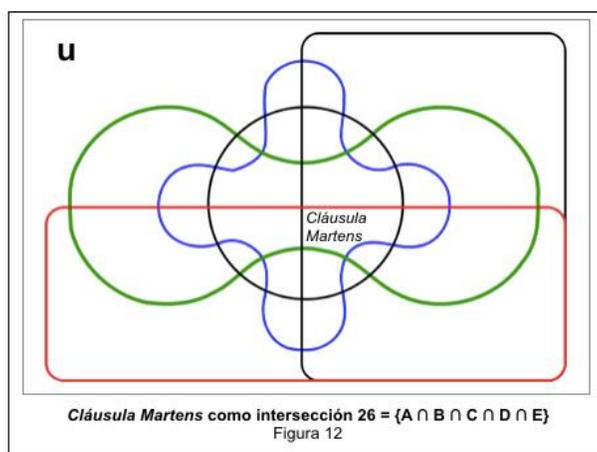
La intervención del derecho internacional en la soberanía estatal es materia de debate inacabado, sin embargo, es también una de las consideraciones que no pueden ser expuestas como razón de inaplicación de los principios humanitarios. Al respecto, la Corte Internacional de Justicia, en la jurisprudencia derivada del caso “*Corfu Channel*” declaró la obligación de los Estados de conducir sus asuntos de modo tal que no cause daño a otros Estados, en consideración de sus elementos modales, la población entre ellos, aún cuando no existiera prohibición *ipsissimis verbis* del acto concreto que fuera violatorio a

¹⁹¹ Cfr. WEERAMANTRY, Christopher, “*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*”, *Op. Cit.*, pág. 263.

los derechos de otra nación.¹⁹² Así, considera el juez Weeramantry, la opinión consultiva emitida “*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*” puede ser adjetivada como inacabada al no considerar ni siquiera su propia jurisprudencia de manera armónica.

3.2.3. Categorización de la *Cláusula Martens*.

Del análisis anteriormente presentado, se puede concluir que: primero, la *Cláusula Martens* es una norma de derecho internacional general; segundo, cumple efectivamente todos los *Criterios de Identificación del Modelo de Identificación Objetiva de Normas de Ius Cogens*; y tercero, se configura como una norma de *ius cogens* y no una en un grado de aproximación. En este sentido, gráficamente la *Cláusula Martens* es una norma que se localiza en la intersección 26 del *Modelo* propuesto en esta investigación. Así, se trata de una norma imperativa de derecho internacional general.



¹⁹² Cfr. *Ibidem*, pág 264.

Al efecto, es pertinente establecer algunos puntos aclaratorios. En primer lugar, el análisis de la *Cláusula Martens*, como se puede observar en los apartados anteriores, depende tanto de su faceta positiva como consuetudinaria. En este sentido, es necesario considerar que las normas pueden ser válidas y eficaces en el paradigma positivo sin por ello ser únicamente convencionales. En segundo lugar, la validación de la *Cláusula Martens* en cada uno de los *Criterios de Identificación* corresponde a un tiempo determinado. Esto significa que la clasificación de la cláusula es susceptible de modificación en tanto a que el derecho internacional se encuentra en constante desarrollo. Como se explicó anteriormente, no solamente es un sistema en progreso, sino también dependiente de la voluntad estatal.

El *Modelo de Identificación Objetiva de Normas de Jus Cogens* se propone como una solución para la categorización de objetos del derecho internacional cuya clasificación se intuye pertinente en el marco de las normas imperativas de derecho internacional general. Al efecto, es necesario considerar que si bien la *Cláusula Martens*, objeto con el cual fue probado dicho Modelo, en su análisis correspondió a las intersecciones 1, 11, 21 y 26; aún quedan 22 intersecciones en las cuales los objetos de estudio pudieran encuadrar. Como se mencionó en repetidas ocasiones, esto es relevante ya que esas son normas que dependiendo del número de *Criterios de Identificación* en intersección, es el grado de proximidad con normas imperativas de derecho internacional general.

Así pues, debe concluirse que la *Cláusula Martens* corresponde a la clasificación de las normas imperativas de derecho internacional en tanto a que cumple formalmente con los *Criterios de Identificación* derivados del artículo 53 de la “Convención de Viena sobre el derecho de los tratados”, así como los comentarios del a Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Sin embargo, la *Cláusula Martens* también responde a la discusión planteada a lo largo de la presente investigación con respecto a la calidad moral o ética del contenido de la norma. La presente investigación propuso como parte de la definición de las normas de *ius cogens* la consideración al contenido de las disposiciones en tanto a que en primer lugar protegiera derechos fundamentales en lo individual como en lo colectivo, y, en segundo, respondiera a la escala axiológica de época determinada. El contenido de la *Cláusula Martens* establece una protección humanitaria y universal. Responde a una escala axiológica en el paradigma de la positivización jurídica. En consecuencia, materialmente también es pertinente clasificarla como una norma de *ius cogens*.

CONSIDERACIONES FINALES

1. Las normas de *ius cogens*.

- La definición contemporánea de la noción de *ius cogens*, con base en la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, es inacabada. Al definir el fenómeno a partir de sus consecuencias en lugar de su conceptualización, la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” establece un sistema abierto de interpretación en el cual es necesario recurrir a los antecedentes de la noción para definir la esencia del concepto mismo de *ius cogens* en el contexto del sistema internacional.
- Las normas de *ius cogens* son aplicables en el paradigma del positivismo jurídico en lugar de un paradigma iusnaturalista. La filosofía dominante en el derecho internacional actualmente es positivista. En este sentido, para que una norma como enunciado jurídico sea aplicable debe tener un valor deóntico y ser materialmente aplicable. La noción establecida en el artículo 53 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” define la validez y efectividad de la norma al establecer las consecuencias de su violación y el objetivo de la misma.
- Las normas de *ius cogens* tienen efectos metaconvencionales en tanto en que definen la jerarquía de normas en el sistema internacional y generan

obligaciones *erga omnes*. Las normas de *ius cogens* establecen una verticalidad en el sistema internacional dado a que su imperatividad les supone superiores a otras, lo cual establece una obligatoriedad de cumplimiento que es universal, solidario e incorpora valores esenciales para la comunidad internacional.

2. La identificación de las normas de *ius cogens*.

- Es posible identificar objetivamente las normas de *ius cogens* a partir de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” y los comentarios a la misma hechos por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. El artículo 53 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” establece tres criterios de identificación: la aceptación y reconocimiento de la comunidad internacional, la no admisión de acuerdos en contrario, y la modificación únicamente por norma ulterior del mismo carácter. Los comentarios de la Comisión de Derecho Internacional establece dos: la práctica estatal, y la jurisprudencia internacional. Estos cinco criterios son una guía para la identificación de las normas imperativas de derecho internacional de manera objetiva. Si una norma cumple con estas cinco características, se trata de una norma de *ius cogens*.
- La teoría de conjuntos ilustra efectivamente los requisitos que una norma debe reunir para ser considerada *ius cogens* en tanto que presenta los

Criterios de Identificación, como el contenido axiológico al que las normas deben responder. Tanto el derecho como la teoría de conjuntos son lenguajes por lo que es posible traducir conceptos entre unos y otros. Los criterios de identificación derivados de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” así como de los comentarios de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas pueden establecerse como objetos matemáticos denominados conjuntos. Asimismo, el factor adicional de las normas de *ius cogens*, la respuesta a la escala axiológica de una época determinada, es expresada matemáticamente mediante el concepto del conjunto vacío. De esta forma, establecer que una norma cumple con todos los *Criterios de Identificación* necesariamente implica que es una norma con contenido moral.

- Existen normas gradualmente similares a las normas de *ius cogens* lo cual dificulta su identificación y aplicación. Entender la identificación de normas desde una perspectiva matemática permite establecer la existencia de normas similares a las normas de *ius cogens*. En este sentido, normas que reúnen 4 o menos de los *Criterios de Identificación* son objeto de confusión con las normas imperativas de derecho internacional general. Establecer su existencia ayuda a mejorar la identificación y aplicación de las normas de *ius cogens*.

3. Cláusula Martens, ¿norma de *ius cogens*?

- La *Cláusula Martens* ha ocupado un lugar constante en el desarrollo del derecho internacional humanitario como expresión de civilidad. El desarrollo del fraseo de la *Cláusula Martens*, y su posicionamiento en instrumentos ampliamente aceptados, concluye el interés internacional por mantener una protección residual a poblaciones vulnerables. En este sentido, la *Cláusula Martens*, al igual que el concepto de *ius cogens*, no solamente ha prevalecido en el desarrollo del derecho sino que incluso se se ha adecuado a la modernidad positivista para hacerle válida y eficiente.
- La aplicación del *Modelo de Identificación Objetiva de Normas de Ius Cogens* sirve como una guía de aplicación de los criterios desarrollados por la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” y los comentarios a la misma hechos por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas de forma tal que es posible identificar características específicas del objeto de estudio. Al aplicar el *Modelo* a la *Cláusula Martens* es posible observar dos hechos. El primero, es que establecer los *Criterios de Identificación* requiere de un ejercicio de análisis histórico y contextual del objeto de estudio. El segundo, es que para determinar la pertinencia de uno u otro *Criterio de Identificación*, es necesario considerar que cada uno de estos se basa en una escala axiológica determinada por lo que la evaluación debe hacerse a la luz de la escala axiológica vigente en el momento de la

determinación. En este sentido, es importante enfatizar que las normas de derecho internacional humanitario responden de manera constante a una serie de valores y principios, por lo que en este caso particular el segundo hecho no interfirió en la evaluación.

- La *Cláusula Martens* es una norma de *ius cogens*. Del análisis realizado es posible concluir que la *Cláusula Martens*, actualmente, puede ser identificada como una norma de *ius cogens* en virtud de que responde a todos y cada uno de los *Criterios de Identificación*.

CONCLUSIONES

PRIMERA: El concepto de *ius cogens*, en la presente investigación, se define como un tipo de norma atribuible únicamente a las normas de derecho internacional general en el paradigma del positivismo jurídico cuyo contenido protege derechos fundamentales de la persona humana en su proyección humanitaria y universal, tanto en lo individual como en lo colectivo de conformidad con una escala axiológica en época determinada.

SEGUNDA: El artículo 53 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” positiviza la noción de *ius cogens* a partir de sus efectos y no establece una definición conceptual, por lo cual el artículo 53 es inaplicable por sí mismo en virtud de que depende de la identificación de este tipo de normas.

TERCERA: Las normas de *ius cogens* tienen efectos metaconvencionales, tales como definir la jerarquía de normas en el sistema internacional y la generación de obligaciones *erga omnes*, por lo que su identificación es de suma importancia para el desarrollo del derecho internacional.

CUARTA: Existen normas gradualmente similares a las normas de *ius cogens*, las cuales dificultan la identificación y propia aplicación de las segundas.

QUINTA: El *Modelo de Identificación Objetiva de Normas de Ius Cogens*, propuesto en la presente investigación, desarrolla una metodología de

identificación objetiva general de normas de imperativas de derecho internacional con base en la teoría de conjuntos.

SEXTA: El *Modelo de Identificación Objetiva de Normas de Ius Cogens*, además de identificar las normas de *ius cogens*, sirve para determinar las normas con algún grado de aproximación a la categoría de *ius cogens* las cuales podrían configurar alguna categoría innominada de normas de derecho internacional general.

SÉPTIMA: El *Modelo de Identificación Objetiva de Normas de Ius Cogens* establece cinco *Criterios de Identificación*, los cuales son: debe ser una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional; no puede admitir acuerdo en contrario; solamente puede ser modificada por una norma ulterior del mismo carácter; debe ser parte de la práctica estatal; y, debe estar reflejada en la jurisprudencia internacional.

OCTAVA: La clasificación e identificación de normas de con base en el *Modelo de Identificación Objetiva de Normas de Ius Cogens* responde al análisis que se realice de la norma en cuestión y el número de *Criterios de Identificación* que esta reúna.

NOVENA: En el *Modelo de Identificación Objetiva de Normas de Ius Cogens*, el conjunto vacío, presente en todos y cada uno de los conjuntos del *Modelo*, corresponde a la escala axiológica vigente en el momento de analizar una

norma y determinar si esta corresponde a la categoría de *ius cogens*.

DÉCIMA: El *Modelo de Identificación Objetiva de Normas de Ius Cogens* es una propuesta que traduce categorías de derecho a un lenguaje lógico de primer orden matemático, por lo que sus bases pueden ser utilizadas para desarrollar modelos similares de categorización de normas de otros tipos.

DÉCIMA PRIMERA: La *Cláusula Martens* es una norma de derecho internacional humanitario contenida en los cuatro “Convenios de Ginebra” por medio de la cual se establece que las Partes deberán de cumplir con sus obligaciones en virtud de los principios del derecho de gentes, tal como resulta de los usos entre naciones civilizadas, las leyes de la humanidad y las exigencias de la conciencia pública.

DÉCIMA SEGUNDA: La *Cláusula Martens* es una norma de *ius cogens* en tanto a que reúne los cinco *Criterios de Identificación* planteados en el *Modelo de Identificación Objetiva de Normas de Ius Cogens*.

BIBLIOGRAFÍA

- AMOR MONTAÑO, José Alfredo, Teoría de conjuntos para estudiantes de ciencias, 2ª ed., Editorial U.N.A.M. - Facultad de Ciencias, Ciudad de México, México 2005.
- ARMSTRONG, David, *et al.*, Routledge Handbook of International Law, S.N.E., Editorial Routledge, Nueva York, Estados Unidos de América, 2009.
- BEAUMONT, Ross A., *et al.*, The algebraic foundations of mathematics, S.N.E., Editorial Addison-Wesley, Massachusetts, Estados Unidos de América, 1963.
- BOAS, Gideon, Public International Law. Contemporary Principles and Perspectives, S.N.E., Editorial Edward Elgar, Cheltenham, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 2012.
- BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons, S.N.E., Editorial Cambridge University, Cambridge, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 1999.
- BOUCHET-SAULNIER, Françoise, The Practical Guide to Humanitarian Law, 3a ed, Editorial Rowman & Littlefield, Estados Unidos de América, 2014.
- CASADO RAIGÓN, Rafael, Notas sobre el *ius cogens* internacional, 1ª ed., Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, España, 1991.

- CASSESE, Antonio, International Law, 2a ed., Editorial Oxford University, Oxford, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 2005.
- CHENG, Bin, General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals, S.N.E., Editorial Cambridge University, Cambridge, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 1993.
- CROWE, Jonathan, *et al.*, Principles of International Humanitarian Law, S.N.E., Editorial Edward Elgar, Cheltenham, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 2013.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, Derecho civil. Contratos., 3ª ed., Editorial Porrúa, Ciudad de México, México, 2007.
- DÖRR, Oliver, *et al.*, Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary., S.N.E., Springer, Berlín, República Federal de Alemania, 2012.
- FERNÁNDEZ-FLORES Y DE FUNES, José Luis, El derecho de los conflictos armados: de *iure belli*. El derecho de la guerra. El derecho internacional humanitario. El derecho humanitario bélico, S.N.E., Editorial Ministerio de Defensa Secretaría General Técnica, Madrid, España, 2001.
- FLECK, Dieter, The Handbook of International Humanitarian Law, 2ª ed., Editorial Oxford, Oxford, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 2008.

- GAGGIOLI, Gloria, *et al.*, Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law, S.N.E., Editorial Edward Elgar, Cheltenham, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 2013.
- GARCÍA MAYNEZ, Introducción al estudio del derecho, 23ª ed., Editorial Porrúa, Ciudad de México, México, 1974.
- GÓMEZ LAVEAGA, Carmen, Introducción a la teoría intuitiva de conjuntos: cardinales y ordinales, 1ª ed., Editorial U.N.A.M. - Facultad de Ciencias, Ciudad de México, México, 2007.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, El *ius cogens* internacional. Estudio histórico-crítico, 2ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, México, 2003.
- GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, Derecho de los Tratados, 1ª ed., Editorial Porrúa, Ciudad de México, México, 2010.
- HENSEL, Howard M., The Law of Armed Conflict. Constraints on the Contemporary Use of Military Force, S.N.E., Editorial Asgate, Hampshire, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 2005.
- JANIS, Mark Weston, *et al.*, International Law Cases and Commentary, 4a ed., Editorial Thomson Reuters, Minnesota, Estados Unidos de América, 2011.
- KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, 15ª ed., Editorial Porrúa, Ciudad de México, México, 1979.

- KOLB, Robert, *et al.*, Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law, S.N.E., Editorial Edward Elgar, Cheltenham, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 2013.
- KUHN, Thomas S., La estructura de las revoluciones científicas, 3ra. ed., Editorial Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, México, 1962.
- LIPSCHUTZ, Seymour, Teoría y problemas de teoría de conjuntos y temas a fines, S.N.E., McGraw-Hill, Ciudad de México, México 1970.
- MALANCZUK, Peter, Akehurst's modern introductory to International Law, 7a ed., Editorial Routledge, Nueva York, Estados Unidos de América, 1997.
- ORAKHELASHVILI, Alexander, Peremptory Norms in International Law, S.N.E., Oxford University Press, Oxford, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 2008.
- RAGAZZI, Maurizio, The concept of International Obligations *Erga Omnes*, S.N.E., Oxford University Press, Nueva York, Estados Unidos de América, 1997.
- SHAHABUDDEEN, Mohamed, Precedent in the World Court, 1ª ed., Editorial Syndicate of the University of Cambridge, Cambridge, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 1996.
- TOMUSCHAT, Christian, *et al.*, The Fundamental Rules of the International Legal Order. *Jus Cogens* and Obligations *Erga Omnes*, S.N.E., Editorial Martinus Nijhoff, Leiden, Países Bajos, 2006.

HEMEROGRAFÍA

- ACOSTA ESTÉVEZ, José B., “*Normas de ius cogens, efecto erga omnes, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos*” en Anuario Español de Derecho Internacional, Universidad de Navarra, Navarra, España, vol. IX, 1995, págs. 3-22.
- BUZAN, Barry, *et al*, “*The global transformation: the nineteenth century and the making of modern international relations*” en International Studies Quarterly, International Students Association, vol. 57, n. 3, septiembre de 2013, págs. 620-634.
- CASSESE, Antonio, “*The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?*”, en European Journal of International Law, vol. 11, n. 1, 2000, págs. 187-216.
- CEBADA ROMERO, Alicia, “*Los conceptos de obligación erga omnes, ius cogens y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos*”, en Revista Electrónica de Estudios Internacionales, Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales, Madrid, España, n. 4, junio 2002, págs. 1-14.
- CHETAIL, Vincent, “*The contribution of the International Court of Justice to the international humanitarian law*”, en International Review of the Red Cross, International Committee of the Red Cross, vol. 85, n. 850, 2003, págs. 235-269.

- CONKLIN, William E., “*The Peremptory Norms of the International Community*”, en The European Journal of International Law, Oxford University Press, Oxford, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, vol. 23, n. 3, 2012, págs. 837-861.
- CRAWFORD Emily, “*The Modern Relevance of the Martens Clause*”, en ISILYearbook of International Humanitarian and Refugee Law, vol. 6, 2006, págs. 1-18.
- CRIDDLE, Evan J., *et al*, “*A fiduciary theory of jus cogens*”, en Yale Journal of International Law, Yale University, New Heaven, Estados Unidos de América, vol. 34, 2009, págs. 331-387.
- FLORABEL QUISPE, Remón, “*Las normas de ius cogens: ausencia de catálogo*”, en Anuario Español de Derecho Internacional, Universidad de Navarra, Navarra, España, vol. 28, 2012, págs. 143-183.
- FOCARELLI, Carlo, “*Promotional Jus Cogens: A Critical Appraisal of Jus Cogens’ Legal Effects*”, en Nordic Journal of International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Países Bajos, vol. 77, 2008, págs. 429-459.
- GILADI, Rotem, “*The Enactment of Irony: Reflections on the Origins of the Martens Clause*” en The European Journal of International Law, Oxford University Press, Oxford, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, vol. 25, n. 3, 2014, págs. 847-869.

- GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, “*Codificación contrafactual de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Conmemoración crítica a cuarenta años de su adopción)*”, en Revista de la Facultad de Derecho de México, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, México, n. 252, julio-diciembre 2009, págs. 133-147.
- LINDERFALK, Ulf, “*The creation of ius cogens - Making sense of article 53 of the Vienna Convention*”, en Heidelberg Journal of International Law, W. Kohlhammer, República Federal de Alemania, vol. 71, n. 2, 2011, págs. 359-378.
- LINDERFALK, Ulf, “*What’s so special about Jus Cogens? - On the difference between the Ordinary and the Peremptory International Law*”, en International Community Law Review, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Países Bajos, vol. 14, 2012, págs. 3-18.
- MAGALLONA, Merlin M., “*The concept of jus cogens in the Vienna Convention on the Law of the Treaties*”, en Philippine Law Journal, University of the Philippines - College of Law, Manila, República de Filipinas, vol. 51, n. 5, diciembre 1976, págs. 521-542.
- MERON, Theodor, “*The Humanization of Humanitarian Law*”, en The American Journal of International Law, American Society of Internacional Law, vol. 94, n. 2, abril 2000, págs. 239-278.

- MERON, Theodor, “*The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience*”, en The American Journal of International Law, American Society of International Law, vol. 94, n. 1, enero 2000, págs. 78-89.
- MITCHELL, David S., “*The prohibition of rape in International Humanitarian Law as a norm of jus cogens: clarifying the doctrine*”, en Duke Journal of Comparative and International Law, Duke University Law School, North Carolina, Estados Unidos de América, vol. 15, n. 2, primavera de 2005, págs. 219-257.
- MUÑOZ QUEVEDO, José M., “*El tiempo y la teoría de conjuntos*”, en Ideas y valores, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia, vol. 42, n. 92-93, diciembre 1993, págs. 97-119.
- PUPPO, Alberto, *et al.*, “*Acerca de la existencia del ius cogens internacional: una perspectiva analítica y positivista*”, en Isonomía, Ciudad de México, México, n. 36, abril 2012, págs. 7-46.
- PUSTOGAROV, Vladimir Vasilevic, “*The Martens Clause in International Law*”, en Journal of the History of International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Países Bajos, 1999, págs, 125-135.
- SALTER, Michael, “*Reinterpreting competing interpretations of the scope and potential of the Martens Clause*” en Journal of Conflict and Security Law, Oxford University Press, Oxford, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, vol. 17, n. 3, 2012, págs. 403-437.

- SIMMA, Bruno, *et al*, “*The ‘International Community ‘: facing the challenge of globalization*”, en European Journal of International Law, Oxford University Press, Oxford, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, vol. 9, n. 2, 1998, págs. 266-277.
- VALLARTA MARRÓN, José Luis, “*La argumentación jurídica en torno al ius cogens internacional*”, en Anuario Mexicano de Derecho Internacional, U.N.A.M., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciudad de México, México, vol. X, enero 2010, págs. 11-47.
- VARÓN MEJÍA, Antonio, “*Orden público internacional y normas de ius cogens: una perspectiva desde la Comisión de Derecho Internacional y la Convención de Viena de 1969*”, en Diálogos de saberes, investigaciones y ciencias sociales, Universidad Libre, Bogotá, Colombia, n. 32, enero-junio, 2010, págs. 211-229.
- WEISBURD, A.Mark, “*The International Court of Justice and the concept of State Practice*”, en Journal of International Law, University of Pennsylvania Law School, Pensilvania, Estados Unidos de América, vol. 31, 2009, págs. 295-372.

CIBERBIBLIOGRAFÍA

- “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, Viena, Austria, 23 de mayo de 1969, D.O.F. 14 de febrero de 1975, en ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, https://www.oas.org/dil/esp/Convencion_de_Viena_sobre_derecho_tratados_Colombia.pdf.

- “Estatuto de la Corte Internacional de Justicia”, Nueva York, Estados Unidos, 26 de junio de 1945, D.O.F. 17 de octubre de 1945, en CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php>.
- “Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional”, Ginebra, Suiza, 8 de junio de 1977, en COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm>.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “*Document A/CN.4/659. Formation and evidence of customary international law. Elements in the previous work of the International Law Commission that could be particularly relevant to the topic. Memorandum by the Secretariat*”, 14 de marzo de 2013, <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/659>.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “*Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries*”, en Yearbook of the International Law Commission 1966, Vol. II, Organización de Naciones Unidas, Nueva York, Estados Unidos, 1967, http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/1960_1969.shtml.

- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, Yearbook of the International Law Commission 1950, Vol. II, Organización de Naciones Unidas, Nueva York, Estados Unidos de América, 1957, http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1950_v2.pdf&lang=E.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, “¿Qué es derecho internacional humanitario?”, en Servicio de asesoramiento en derecho internacional humanitario, <https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/dih.es.pdf>.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, “*Project of an International Declaration concerning the Laws and Customs of War. Brussels, 27 August 1874*” en Treaties, State Parties and Commentaries, <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/135?OpenDocument>.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, Comentario del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949, <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/comentario-protocolo-ii.htm>.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ, “*Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre*” en Derecho internacional relativo a la conducción de hostilidades, <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1907-hague-convention-4-5tdm34.htm>.

- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002)*”, República Democrática del Congo v. Rwanda, jurisdicción de la corte y admisión, del 3 de febrero de 2006, <http://www.icj-cij.org/docket/files/126/10435.pdf>.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Arrest Warrant*”, República Democrática del Congo v. Bélgica, sentencia del 14 de febrero de 2002, <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8126.pdf>.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Jurisdictional Immunities of the State*”, Alemania v. Italia, interviene Grecia, sentencia del 3 de febrero de 2012, <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf>.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Legality of the threat or use of nuclear weapons*”, Opinión Consultiva, 8 de julio de 1996, <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf>.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*”, Nicaragua v. Estados Unidos de América, sentencia del 27 de junio de 1986, <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*North Sea Continental Shelf*”, República Federal de Alemania v. Dinamarca / Países Bajos, sentencia del 20 de febrero de 1969, <http://www.icj-cij.org/docket/files/51/5535.pdf>.

- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*The Barcelona Traction Light and Power Company, Limited*”, Bélgica v. España, sentencia del 5 de febrero de 1970, <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>.
- CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA, “S.S. *Lotus*”, Francia v Turquía, serie A, n. 10, 7 de septiembre de 1927, http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf.
- CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA, “*Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder*”, Opinión Consultiva, serie A, n. 23, 10 de septiembre de 1929, http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_23/74_Commission_internationale_de_l_Oder_Arret.pdf.
- CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA, “*The Greco-Bulgarian ‘Communities’*”, Opinión Consultiva, serie B, n. 17, 31 de agosto de 1930, http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_17/01_Communautes_greco-bulgares_Avis_consultatif.pdf.
- DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, “*Las normas imperativas de derecho internacional general (jus cogens). Dimensión sustancial*”, en Boletín de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, año 8, no. 121, 2015, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/31463.pdf>.

- FIZTMAURICE, Gerald, “*Document A/CN.4/107 Rapport in the Law of Treaties*”, en Yearbook of the International Law Commission 1957, Vol. II, Organización de Naciones Unidas, Nueva York, Estados Unidos de América, 1957,
http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_107.pdf&lang=EFS.
- FIZTMAURICE, Gerald, “*Document A/CN.4/115 Rapport in the Law of Treaties*”, en Yearbook of the International Law Commission 1958, Vol. II, Organización de Naciones Unidas, Nueva York, Estados Unidos de América, 1958,
http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_115.pdf&lang=EFS.
- IVORRA CASTILLO, CARLOS, Lógica y teoría de conjuntos, S.N.E., Universitat de València, <https://www.uv.es/~ivorra/Libros/Logica.pdf>
- LACHS, Manfred, “*North Sea Continental Shelf*”, Opinión Disidente, República Federal de Alemania v. Dinamarca / Países Bajos, <http://www.icj-cij.org/docket/files/52/5583.pdf>.
- LAUTERPACHT, Hersh, “*Document A/CN.4/63 Report on the Law of Treaties*”, en Yearbook of the International Law Commission 1953, Vol. II, Organización de Naciones Unidas, Nueva York, Estados Unidos de América, 1959,
http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_63.pdf&lang=EFS.

E.

- MIRAMÓN DE LA PARRA, Araceli, "*Teoría de las nulidades e ineficiencias del acto jurídico*", en Cien años de derecho civil en México 1910-2010. Conferencias en homenaje a la Universidad Nacional Autónoma de México, U.N.A.M.M Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciudad de México, México, 2011, <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/8/3834/8.pdf>.
- NIETO NAVIA, Rafael, "*International peremptory norms (jus cogens) and international humanitarian law*", <http://www.iccnw.org/documents/WritingColombiaEng.pdf>.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, United Nations Conference on the Law of Teatries, First Session. Vienna, 26 March - 24 May 1968, Official Records, Nueva York, Estados Unidos, 1969, http://legal.un.org/diplomaticconferences/lawoftreaties-1969/1st_sess_e.html.
- SALMÓN, Elizabeth, Introducción al Derecho Internacional Humanitario, S.N.E., Editorial Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontifica Universidad Católica del Perú y Comité Internacional de la Cruz Roja, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25212.pdf>.
- TICEHURST, Rupert, "*The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict*", en International Review of the Red Cross, n. 317, abril 1997, págs. 131-141, <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jnhy.htm>.

- WALDOCK, Humphrey, “*Document A/CN.4/156 Rapport in the Law of Treaties*”, en Yearbook of the International Law Commission 1963, Vol. II, Editado por Organización de Naciones Unidas, Nueva York, Estados Unidos, 1964,
http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_156.pdf&lang=EFS.
- WEERAMANTRY, Christopher, “*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*”, Opinión Disidente, <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7521.pdf>.
- WOOD, Michael, “*Document A/CN.4/672 Second report on identification of customary international law*”, 22 de mayo de 2014,
<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/672>.
- WOOD, Michael, “*Document A/CN.4/695 Fourth report on identification of customary international law*”, 8 marzo de 2016,
<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/695>.